

Datum Vår referens
2024-03-06 AD

Sveriges Kommuner och Regioner
Via epost

Upphandling med reserverade kontrakt kan strida mot EU-rätten

Mesta möjliga välfärd per skattekrona borde vara en grundprincip för politiker i kommuner och regioner. Upphandlingar med reserverade kontrakt, där vissa aktörer ges företräde, frångår den principen. Därutöver finns det en risk att sådana upphandlingar kan komma att underkännas, eftersom de frångår principen om likabehandling. Det framgår av flera domar från EU-domstolen och nu också av en ny dom från EFTA-domstolen.

Från och med den 1 januari 2023 infördes en möjlighet för Sveriges kommuner och regioner att med stöd av LOU och LOV reservera rätten att delta i upphandlingar av vissa välfärdstjänster och vissa valfrihetssystem till idéburna organisationer.

Lagstiftningens förenlighet med EU-rätten, vilken har företräde framför svensk rätt, har dock ifrågasatts på flera håll. Redan före dess tillkomst riktades skarp kritik från flertalet remissinstanser, däribland Lagrådet, Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, som överlämnade frågan till EU-domstolen att slutligen avgöra.¹

I ett flertal avgöranden² har EU-domstolen konstaterat att det är möjligt att införa reserverade kontrakt för idéburna organisationer under förutsättning att grundläggande principer om budgetmässig effektivitet och öppenhet uppfylls. Dessa krav har nu förtydligats av EFTA-domstolen, efter att Oslo tingsrätt begärt förhandsavgörande i ett mål som rörde en upphandling av vårdplatser.

EFTA-domstolen konstaterar att reserverad upphandling till förmån för idéburna aktörer endast får ske inom mycket begränsade ramar och med högt uppställda krav på kommunen, som måste kunna visa att budgetmässig effektivitet faktiskt uppnås. EFTA-domstolen överlät därefter till Oslo tingsrätt att bestämma om förutsättningarna var uppfyllda i det aktuella målet.

Oslo tingsrätt underkände upphandlingen då kommunen inte kunnat styrka att den bidragit till budgetmässig effektivitet, det vill säga att kommunens resurser använts på så sätt att man fick ut mesta möjliga välfärd per skattekrona. Tingsrätten menade att utgångspunkten måste vara att öppen konkurrens leder till högre budgetmässig effektivitet till dess att motsatsen bevisats.

¹ Prop. 2021/22:135 s. 79.

² Se till exempel C-436/20 ASADE, C-113/13 Spezzino och C-50/14 CASTA.

Vidare menade tingsrätten att det heller inte framstod som vare sig nödvändigt eller proportionerligt att reservera kontrakt till förmån för idéburna aktörer. Detta eftersom kommunen med största sannolikhet hade fått fler anbudsgivare, lägre priser och/eller bättre kvalitet om konkurrensen varit öppen.

I Sverige har reserverade kontrakts förenlighet med EU-rätten ännu inte prövats. Domen i Oslo tingsrätt har förvisso överklagats men mot bakgrund av såväl EU-domstolens domar som EFTA-domstolens dom förefaller det dock som mycket sannolikt att kommuner som använder sig av reserverade kontrakt riskerar att få sina upphandlingar underkända vid en eventuell överprövning. Detta mot bakgrund av de mycket högt uppställda kraven på effektivitet och proportionalitet i de fall undantag från likabehandlingsprincipen ska vidtas.

Vårdföretagarna vill därför uppmana landets kommuner och regioner att hålla fast vid såväl likabehandlingsprincipen som principen om mesta möjliga vård och omsorg per skattekrona. Det är principer som sätter brukare och patienter i fokus, och som gagnar kvalitetsutveckling såväl som kostnadseffektivitet.

Med vänlig hälsning

Antje Dederling

Förbundsdirektör Vårdföretagarna