
DEFINITIONSUTREDNINGEN

– SOU 2019:56 DEFINIERAR

IDÉBURNA AKTÖRER, IDÉBURET

OFFENTLIGT PARTNERSKAP OCH

UPPHANDLINGSKONTRAKT

Erik Olsson*

1. INLEDNING

Det finns en stor vilja hos regeringen att öka möjligheterna för offentlig sektor att samverka med idéburna organisationer. I betänkandet Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning, SOU 2017:38, framhölls emellertid att en utmaning i arbetet med att utöka ett sådant samarbete är att det har saknats en tydlig definition av vad som utgör en idéburen aktör. I Kommittédirektiv 2018:46 beslutade därför regeringen att ge en särskild utredare i uppdrag att ta fram en tydlig definition av idéburna aktörer som sedan kan ligga till grund för olika laginitiativ och andra åtgärder som syftar till att främja dessa aktörer. TCO:s samhällspolitiska chef Samuel Engblom fick uppdraget som utredare. Den 14 december 2020 presenterades resultatet av utredningen i SOU 2019:56, Idéburen välfärd.

Utredningen innehåller tre centrala definitioner för upphandlingsrätten, nämligen 1) en definition av vad som utgör en Idéburen aktör, 2) en definition av idéburet offentligt partnerskap (IOP) och 3) en definition av begreppet upphandlingskontrakt. Jag kommer nedan att kort redogöra för dessa definitioner och dess betydelse för upphandlingsrätten.

* Erik Olsson, advokat och delägare, advokatfirman Kahn Pedersen.

2. IDÉBUREN AKTÖR

Först och främst innehåller utredningen följande definition av idéburna aktörer som bedriver offentligt finansierad verksamhet inom välfärden.

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

Det första kriteriet syftar till att definitionen ska vara så öppen som möjligt och inte vara beroende av vilken organisationsform som den idéburna aktören har. Det andra kriteriet syftar till att särskilja fristående idéburna aktörer i välfärden från den verksamhet som det offentliga själv bedriver. Kriteriet innebär emellertid inte att aktören inte får vara föremål för offentlighetsrättslig reglering såsom exempelvis är fallet med Svenska kyrkan.

Det tredje kriteriet är möjligen det mest intressanta eftersom det syftar att skilja en idéburen aktör från en kommersiell. I utredningen anges att aktören ska ha altruistiska mål, vilket inte är fallet om verksamheten är begränsad till vissa familjers, medlemmars eller andra bestämda personers ekonomiska intressen. I så fall är syftet inte oegennyttigt. Organisationens oegennyttiga syfte bör vara uttryckt i organisationens stadga, stiftelseurkund, bolagsordning eller motsvarande.

Syftet med det fjärde kriteriet är att säkerställa att definitionen används för det avsedda syftet, dvs. att öka möjligheterna till samarbeten mellan offentlig och idéburen sektor. Det femte kriteriet slutligen syftar till att förhindra att värdeöverföringar sker från en idéburen aktör till en kommersiell verksamhet eller till någon privatperson.

Enligt utredningen ska aktörer kunna ansöka om att få ingå i ett särskilt register över idéburna aktörer. Utredningen föreslår att de länsstyrelser som i dag är tillsyns- och registreringsmyndigheter för stiftelser ska sköta registreringen och bedöma huruvida en ansökande aktör uppfyller kriterierna. Även om registreringen är frivillig och inte heller ett krav vid exempelvis upphandlingar som är särskilt riktade mot idéburna aktörer, kan en central registrering på detta sätt naturligtvis underlätta för en idéburen aktör att bevisa att man har denna status. Detta får särskild betydelse eftersom utredningen även föreslår att upphandlande myndigheter ska kunna reservera vissa kontrakt för idéburna aktörer.

3. IDÉBURET OFFENTLIGT PARTNERSKAP

Den andra definitionen är följande definition av ett idéburet offentligt partnerskap (IOP):

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.

Utredningen föreslår ingen särskild lag som innehåller definitionen av IOP. Däremot föreslår utredningen att IOP endast får ingås under förutsättning att det inte innebär en tilldelning av ett offentligt kontrakt eller upphandling av en koncession samt att den offentliga finansiering som ingår i partnerskapet ska vara förenlig med EU:s statsstödsregler. På så sätt använder utredningen en definition av IOP som skiljer sådana partnerskap från all typ av samverkan där myndigheten också köper en tjänst av den idéburna aktören genom ett upphandlingskontrakt.

Som en bilaga till sitt betänkande har utredningen tagit fram en särskild vägledning som är tänkt att utgöra ett stöd för beslutsfattare inom offentlig sektor och idéburna organisationer som överväger att ingå ett IOP. Stödet ska bland annat hjälpa parterna att skilja mellan ett IOP och ett upphandlingspliktigt kontrakt och identifiera situationer då ett IOP skulle kunna innebära en överträdelse av statsstödsbestämmelserna.

4. UPPHANDLINGSKONTRAKT

Detta leder oss till den tredje definitionen, nämligen en definition av vad som utgör ett offentligt kontrakt enligt upphandlingsrätten. För denna definition gav utredningen Johan Falk och undertecknad i uppdrag att skriva en rapport vad avser begreppet offentligt kontrakt i upphandling, en rapport som i sin tur grundade sig på en artikel i ERT.² Med stöd av denna rapport identifierade utredningen följande sex kumulativa kriterier för vad som utgör ett upphandlingskontrakt.

1. Det ska vara ett avtal mellan två eller flera parter.
2. Avtalet ska innebära att en överenskommelse har träffats mellan berörda parter.
3. Avtalet ska röra en upphandlande myndighets anskaffning av en vara, tjänst eller byggentreprenad.

² Allt är inte upphandling som glimmar, Europarättslig tidskrift nr 3, 2017, s. 581.

4. Avtalet ska innebära att den upphandlande myndigheten gör ett val av leverantör (selektivitetskravet).
5. Avtalet ska innehålla ekonomiska villkor vilket innebär att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag och att det som anskaffas är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.
6. Avtalet ska innehålla rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär.

Utredningens syfte med att ta fram denna definition är att kunna särskilja upphandlingspliktiga köp från andra typer av samverkan mellan offentlig och idéburen sektor. Som utredningen påpekar kan frågeställningen även uppstå i andra sammanhang, exempelvis vad gäller skillnaden mellan ett köp och ett aktieägartillskott.

5. AVSLUTANDE KOMMENTAR

Upphandlingsrätten präglas av begrepp som saknar helt klarlagt innehåll. Detta är sant inte minst för den Idéburna sektorn där begrepp som IOP och icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse använts i olika sammanhang och med växlande betydelse, om än oftast med samma syfte: att undanta ett visst avtal från upphandlingsskyldighet. Samtidigt kan konstateras att begreppet upphandlingskontrakt också från tid till annan fått en väldigt vidsträckt betydelse och till och med ansetts omfatta transaktioner som inte ens utgör avtal i traditionell civilrättslig bemärkelse. Det är därför uppfriskande med en utredning som tar just definitioner på allvar och lägger ner den tid som krävs för att fånga in de upphandlingsrättsliga begreppen.

Samtidigt kan konstateras att frågan om hur dessa begrepp ska definieras inte är okontroversiell och att det säkert kommer att framföras invändningar mot utredningens definitioner i både den ena och den andra riktningen under remissarbetet. Alldeles oavsett var det hela till slut landar kan dock konstateras att utredningen, på ett sätt som tidigare saknats, lagt en ordentlig grund för den fortsatta diskussionen.