

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2009-10-01

Närvarande: F.d. justitierådet Bo Svensson, regeringsrådet Carina Stävberg och f.d. justitieombudsmannen Nils-Olof Berggren.

Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd

Enligt en lagrådsremiss den 10 september 2009 (Integrations- och jämställdhetsdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare,
2. lag om ändring i skollagen (1985:1100),
3. lag om ändring i lagen (1993:737) om bostadsbidrag,
4. lag om ändring i lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl.,
5. lag om ändring i inkomstskattelagen (1999:1229),
6. lag om ändring i studiestödslagen (1999:1395),
7. lag om ändring i socialtjänstlagen (2001:453),
8. lag om ändring i lagen (2001:454) om behandling av personuppgifter inom socialtjänsten,
9. lag om ändring i lagen (2001:761) om bostadstillägg till pensionärer m.fl.,
10. lag om ändring i lagen (2008:307) om kommunalt vårdnadsbidrag,
11. lag om ändring i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av departementssekreteraren Christine Brunner, biträdd av departementsrådet Lars G Johansson.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

I remissen föreslås en ny lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare. Lagen innehåller regler om insatser som syftar till att underlätta och påskynda de nyanländas etablering i arbets- och samhällslivet. Arbetsförmedlingen ska ha det samordnande ansvaret för etableringsinsatserna och bl.a. tillhandahålla s.k. etableringslotsar som Arbetsförmedlingen har godkänt och tecknat kontrakt med. Följändringar föreslås i tio andra lagar.

Förslaget till lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare

Upphandling av valfrihetssystem (11–13 §§)

Enligt de föreslagna paragraferna ska Arbetsförmedlingen för att underlätta och påskynda den nyanländes etablering i arbetslivet tillhandahålla ett eller flera valfrihetssystem som ger den nyanlände rätt att välja en av Arbetsförmedlingen godkänd och kontrakterad leverantör av tjänster (etableringslots). När Arbetsförmedlingen upphandlar valfrihetssystem föreslås den tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) för tjänster som är upptagna som B-tjänster i vissa kategorier i bilaga 3 till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Kontrakt i ett valfrihetssystem anses utgöra tjänstekoncessioner och omfattas i motsats till ramavtal (offentliga tjänstekontrakt) inte av LOU (prop. 2008/09:29 s. 52 ff.). De krav som den upphandlande

myndigheten är skyldig att följa vid en upphandling enligt LOU är i vissa avseenden strängare och mer omfattande än vid en upphandling enligt LOV. I den sistnämnda lagen finns t.ex. inga bestämmelser om uteslutning av leverantörer som är dömda för en viss typ av brottslighet, om interimistiska åtgärder eller om skadestånd.

Efter det att lagen om valfrihetssystem trädde i kraft den 1 januari 2009 har EG-domstolen meddelat två domar som är av intresse när det gäller den närmare gränsdragningen mellan begreppen tjänstekoncession och ramavtal (domarna i mål nr C-300/07 av den 11 juni 2009 och i mål nr C-206/08 av den 10 september 2009).

Ett ramavtal definieras som ett avtal som ingås i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet (artikel 1.5 i direktiv 2004/18 när det gäller det aktuella upphandlingsområdet). En tjänstekoncession är ett kontrakt av samma typ som ett ramavtal med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt och dels betalning (artikel 1.4 i nämnda direktiv för den nu aktuella upphandlingen).

Betecknande för en tjänstekoncession kan med andra ord sägas vara att den upphandlande myndighetens ersättning till leverantören består i en rätt för leverantören att utnyttja vissa tjänster och att leverantören då har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt ska utnyttjas. Förfarandet innebär att leverantören tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet. För att en tjänstekoncession ska anses föreligga måste leverantören stå den övervägande risken vid driften av verksamheten i fråga (se nämnda EG-domar).

Enligt förslaget i lagrådsremissen ska etableringslotsen i ett kontrakt med Arbetsförmedlingen förplikta sig att tillhandahålla vissa prestationer åt de nyanlända som valt denne som etableringslots. I kontraktet ska också anges vilken ersättning etableringslotsen har rätt till för de olika prestationer som denne åtar sig att utföra, liksom prestationernas varaktighet. Utgångspunkten bör enligt förslaget vara att ersättningen är prestationsbaserad, där övergång till arbete bör ge högre ersättning än övergång till utbildning och där insatser för personer som står längre från arbetsmarknaden och kräver en större arbetsinsats, berättigar till högre ersättning. Ersättningen ska enligt förslaget i remissen i sin helhet betalas av Arbetsförmedlingen.

Förslaget till valfrihetssystem för nyanlända ger, enligt Lagrådets uppfattning, närmast vid handen att villkoren för etableringslotsens olika uppdrag i allt väsentligt kommer att regleras i det kontrakt som ska upprättas mellan etableringslotsen och Arbetsförmedlingen. Etableringslotsen synes därmed inte ha den grad av ekonomisk frihet vid utförandet av uppdragen som kännetecknar en tjänstekoncession. Det skulle visserligen kunna hävdas att etableringslotsen riskerar att dennes tjänster inte efterfrågas eller att lotsen inte uppnår önskat resultat. Av väsentlig betydelse vid riskbedömningen är dock, enligt Lagrådets mening, att etableringslotsen inte står någon som helst risk för att inte få betalt för de uppdrag som faktiskt utförs. Det förhållandet att etableringsersättningen till en nyanländ ska utformas så att det stimulerar till aktivt deltagande i etableringsinsatser och bör sättas ned om den nyanlände utan godtagbart skäl inte deltar i aktiviteter är också av betydelse i sammanhanget. Det sist nämnda bör rimligen minska risken för att den nyanlände inte fullföljer etableringsplanen och därmed också risken för att etableringslotsen inte uppnår önskat resultat. Det förefaller inte heller troligt att etableringslotsen, såsom det tänkta förfarandet har beskrivits i remissen, måste göra betydande egna investeringar i verksamheten eller kommer att

ha betydande egna driftskostnader för utförandet av uppdragen. Mot bakgrund av vad som nu sagts är det tveksamt om det finns tillräckliga skäl för att påstå att etableringslotsen står den övervägande ekonomiska risken vid utförandet av uppdragen.

På grund av det anförda ifrågasätter Lagrådet den i remissen gjorda bedömningen att den aktuella upphandlingen är en tjänstekoncession. Skäl talar enligt Lagrådets mening för att det i stället är fråga om ramavtal och att tjänsterna bör upphandlas enligt LOU och inte enligt LOV.

Enligt Lagrådets mening är det angeläget att frågan om LOU eller LOV ska tillämpas på upphandlingen av de aktuella tjänsterna belyses ytterligare i det fortsatta beredningsarbetet.

Förvaltningslagens tillämpning (13 §)

Enligt andra meningen i den föreslagna paragrafen ska Arbetsförmedlingen när den tillämpar lagen om valfrietssystem följa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223). Bestämmelsen föreslås med anledning av att 1 kap. 3 § lagen om valfrietssystem föreskriver att förvaltningslagen inte ska tillämpas vid handläggning av ärenden enligt valfrietssystemslagen.

Den nyss nämnda bestämmelsen i 1 kap. 3 § lagen om valfrietssystem fördes in på inrådan från Lagrådet (prop. 2008/09:29 s. 138 och 187). Skälet till Lagrådets uppfattning var att andra organ än förvaltningsmyndigheter skulle komma att tillämpa lagen utan att vara bundna av förvaltningslagen (a. prop. s. 186).

Lagen om valfrietssystem gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrietssystem vad gäller vissa tjänster inom

hälsovård och socialtjänster. Med upphandlande myndighet avses enligt 7 § lagen en kommunal myndighet, varmed ska likställas bl.a. beslutande församlingar i kommuner och landsting.

Lagen om valfrihetssystem har således inte hittills gjorts tillämplig på statliga förvaltningsmyndigheter såsom exempelvis Arbetsförmedlingen. Om så ska ske föreligger enligt Lagrådets mening inte de särskilda skäl som enligt det nyss sagda motiverat undantaget från förvaltningslagens tillämpning. Det bör därför i den nu föreslagna lagen föreskrivas att Arbetsförmedlingen vid tillämpningen av den lagen ska tillämpa förvaltningslagen i dess helhet och inte endast jävsbestämmelserna.

Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar övriga lagförslag utan erinran.