

## LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2022-02-16

**Närvarande:** F.d. justitieråden Leif Thorsson och Anna-Karin Lundin samt justitierådet Malin Bonthron

### **Idéburen välfärd**

Enligt en lagrådsremiss den 10 februari 2022 har regeringen (Finansdepartementet) beslutat inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om registrering av idéburna organisationer,
2. lag om ändring i lagen (2008:962) om valfrihetssystem,
3. lag om ändring i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av rättssakkunniga Marzia Kristensson och departementssekreteraren Li Björk Dronjak.

Förslagen föranleder följande yttrande.

## Förslaget till lag om registrering av idéburna organisationer

### 12 §

Paragrafen innehåller bestämmelser som möjliggör för registreringsmyndigheten att meddela förelägganden och att förena sådana förelägganden med vite. Av författningskommentaren framgår att ett föreläggande exempelvis kan avse uppgifter om beslutade värdeöverföringar enligt 9 §. Enligt 9 § ska en registrerad idéburen organisation lämna uppgift rörande såväl tillåtna som otillåtna värdeöverföringar som skett. Vilka värdeöverföringar som är tillåtna för en registrerad organisation framgår av 8 §. Den som uppsåtligen eller av oaktsamhet gör värdeöverföringar i strid med 8 § döms enligt 14 § till böter, dock inte bl.a. om gärningen omfattas av ett föreläggande om vite, om gärningen ligger till grund för en ansökan om utdömande av vitet.

Av artikel 6.1 i Europakonventionen följer bl.a. att den som är anklagad för brott har rätt att inte belasta sig själv vid utredningen av anklagelsen (s.k. passivitetsrätt). Artikeln omfattar även administrativa sanktioner, t.ex. vite. Den som är misstänkt för en gärning som kan föranleda straff eller sanktionsavgift får alltså inte vid vite föreläggas att medverka i utredningen av gärningen. Att det förhåller sig på detta sätt behandlas i allmänmotiveringen i remissen, men inte i författningskommentaren till 12 § eller i det avsnitt i allmänmotiveringen som det hänvisas till i den kommentaren. Frågan behandlas i stället i det avsnitt i allmänmotiveringen som rör sanktioner.

Registreringsmyndigheten måste redan vid utfärdandet av ett föreläggande överväga huruvida det är förenligt med passivitetsrätten att förelägga mottagaren vid vite. Lagrådet anser därför att författningskommentaren till 12 § bör byggas ut med ett resonemang om denna frågeställning.

## Lagen om ändring i lagen om offentlig upphandling

### 19 kap. 25 a §

Paragrafen, som är ny, reglerar möjligheten att under vissa förutsättningar reservera upphandlingar, dvs. att förbehålla deltagandet i upphandlingar, för idéburna organisationer. Enligt förslaget ska deltagande kunna reserveras för sådana organisationer i upphandlingar av tjänster som avses i bilaga 2 till lagen om offentlig upphandling och som omfattar vissa angivna s.k. CPV-koder.

Den föreslagna paragrafen är utformad på liknande sätt som 19 kap. 25 §. Även den sistnämnda paragrafen ger möjlighet att under vissa förutsättningar reservera deltagandet i en upphandling till organisationer som uppfyller vissa krav. Vid införandet angavs att paragrafen genomför artikel 77.1–3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

LOU-direktivet innehåller i artikel 74–77 bestämmelser om ett särskilt upphandlingssystem för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster, som föreskriver hur kontrakt som avser sådana tjänster och som uppgår till eller överstiger ett särskilt tröskelvärde ska tilldelas. Artikel 77 ger medlemsstaterna möjlighet att införa bestämmelser om reserverad upphandling avseende vissa av tjänsterna. Tillämpningsområdet för artikeln är smalt och reserverad upphandling tillåts endast för ett begränsat antal sociala tjänster till vissa organisationer. Organisationen måste ha ett syfte som motsvarar tjänsten, återinvestera vinsten för att uppnå detta syfte samt ha en lednings- och ägarstruktur som grundas på personalens ägande eller deltagande. Vidare får löptiden för ett sådant kontrakt inte överstiga tre år. För att identifiera vilka tjänster som avses används CPV-koder. CPV-nomenklaturen är ett klassificerings-

system med numeriska koder för varor, tjänster och bygg- och anläggningsarbeten, som regleras i CPV-förordningen, dvs. Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), f.n. i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 (se prop. 2021/22:5 s. 89–90).

När det gäller upphandlingar av sådana sociala tjänster och andra särskilda tjänster som överskrider de gränsvärden som följer av LOU-direktivet ryms den föreslagna 19 kap. 25 a §, till skillnad från 19 kap. 25 §, inte inom de ramar som artikel 77 i direktivet ställer upp. I lagrådsremissen görs emellertid bedömningen att artikel 77 inte uttömmande reglerar möjligheten att reservera kontrakt på nu aktuellt område. Bedömningen baseras på en tolkning av ett par avgöranden från EU-domstolen från tiden före tillkomsten av det nu gällande LOU-direktivet, att de grundläggande principerna för offentlig upphandling som följer av EUF-fördraget inte har förändrats i och med antagandet av LOU-direktivet samt på att det i skälen till LOU-direktivet (se skäl 41) anges att ingenting i direktivet bör hindra vidtagandet eller genomförandet av sådana åtgärder som behövs för att bl.a. skydda allmän ordning, allmän moral och allmän säkerhet, hälsa och att skydda människors liv, under förutsättning att åtgärderna överensstämmer med EUF-fördraget.

I remissen anges att regeringen konstaterar att medlemsstaterna, inom ramen för sina befogenheter, kan fastställa på vilken nivå de vill säkerställa t.ex. skyddet för allmän ordning, allmän säkerhet och hälsa samt skydd för människors liv, och bestämma att detta bäst tillgodoses av exempelvis idéburna organisationer, under förutsättning att det bidrar till att uppnå den sociala målsättningen med tjänsten och leder till budgetmässig effektivitet. Detta talar enligt regeringen för att artikel 77 i LOU-direktivet inte är uttömmande och att medlemsstaterna, t.ex. när det gäller upphandlingar med

betydelse för hälsa och skydd för människors liv, kan välja att reservera kontrakt utöver vad som följer av direktivet. De rekvisit som anges i den föreslagna 19 kap. 25 a § är valda för att uppfylla de allmänna EU-rättsliga krav som följer av nämnda praxis från EU-domstolen.

Enligt Lagrådets mening kan den rättsliga analysen av huruvida den föreslagna paragrafen är förenlig med EU-rätten ifrågasättas. Flera remissinstanser, däribland Konkurrensverket, Kommerskollegium och Upphandlingsmyndigheten, uttrycker också stor tvekan rörande motsvarande analys från utredningens sida. Det går förvisso inte att med säkerhet säga att det är uteslutet att resonemanget skulle hålla men det framstår som långt ifrån givet. Det som anges i skäl 41 får visserligen anses ge uttryck för vissa grundläggande principer i EU-rätten. Det framstår dock som långtgående att med detta som grund skapa ett system för reserverade upphandlingar helt vid sidan av LOU-direktivets reglering. Det kan dock inte anses fullt klarlagt att regeringens tolkning av rättsläget är felaktig; i slutänden är det en fråga för EU-domstolen. Mot den bakgrunden stannar Lagrådet för att inte avstyrka förslaget trots att det framstår som mycket osäkert om det är förenligt med EU-rätten.

När det gäller den närmare utformningen av paragrafen konstaterar Lagrådet att två av de CPV-koder som anges (85321000-5 och 85322000-2) förefaller ligga inom ramen för ett intervall ("från 85000000-9 till 85323000-9") som också anges i paragrafen (jfr hur numren räknas upp i bilaga 1 till CPV-förordningen). Det bör klargöras i den fortsatta beredningen huruvida det finns någon saklig anledning till detta. Vidare anser Lagrådet att regeringen i den kommande propositionen bör tydliggöra i författningskommentaren vilken som är den nu aktuella versionen av CPV-förordningen samt, i klartext, vilka tjänster som avses med de aktuella beteckningarna.

### Övriga lagförslag

Lagrådet lämnar förslagen utan erinran.