

LAGRÅDET

Utdrag ur protokoll vid sammanträde 2010-03-03

Närvarande: F.d. regeringsrådet Leif Lindstam, f.d. justitierådet Lars Dahllöf och regeringsrådet Carina Stävberg.

Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen

Enligt en lagrådsremiss den 11 februari 2010 (Arbetsmarknadsdepartementet) har regeringen beslutat att inhämta Lagrådets yttrande över förslag till

1. lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen,
2. lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

Förslagen har inför Lagrådet föredragits av kanslirådet Håkan Lundquist.

Förslagen föranleder följande yttrande av Lagrådet:

Förslaget till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

Förslaget innebär att Arbetsförmedlingen får besluta att myndigheten ska tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. I ett sådant system ska arbetssökande kunna välja att använda sig av en utomstående, i lagen kallad leverantör, med vilken myndigheten har

tecknat avtal. I remissen antas att systemet kommer att öka valfriheten framför allt vid användningen av kompletterande aktörer såsom s.k. jobbcoacher. Vid tillhandahållande av valfrihetssystem ska Arbetsförmedlingen, med vissa avvikelser, tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Den valda systematiken

I remissen hänvisas till prop. 2009/10:60 Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd, som för närvarande är föremål för behandling i riksdagen. Propositionen innehåller förslag till en lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare. I lagförslaget ingår föreskrifter om att Arbetsförmedlingen ska tillhandahålla ett eller flera valfrihetssystem som ger nyanlända rätt att välja en av Arbetsförmedlingen godkänd och kontrakterad leverantör av vissa tjänster (etableringslotsar). Även vid tillhandahållande av sådana valfrihetssystem ska Arbetsförmedlingen tillämpa lagen om valfrihetssystem.

Det anges i remissen att regleringen i flera olika lagar av frågor om upphandling med valfrihetssystem gör regelsystemet mindre överskådligt och att det naturligtvis är en fördel om all sådan upphandling regleras i en lag. Lagrådet delar denna uppfattning. Det kan i vart fall beträffande de i prop. 2009/10:60 och i denna remiss föreslagna valfrihetssystemen, som avser tjänster inom Arbetsförmedlingens ansvarsområde, enligt Lagrådets mening, inte erbjuda några särskilda svårigheter att samla bestämmelserna om valfrihetssystem i en gemensam lag. Lagrådet förordar att så sker.

Även om lagen om valfrihetssystem avser tjänster inom hälsovård och socialtjänster som upphandlas av kommunala myndigheter eller med sådana myndigheter likställda sammanslutningar m.fl. bör enligt

Lagrådets uppfattning en gemensam lag för alla valfrihetssystem vara att föredra.

Tjänstekoncession

I remissen hävdas att ett kontrakt enligt lagen om valfrihetssystem – och därmed också ett kontrakt enligt remissens lagförslag – är en tjänstekoncession, som inte behöver upphandlas enligt bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling men som styrs av vissa grundläggande EU-rättsliga principer.

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § ”ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten”. I 1 kap. 2 § samma lag föreskrivs att endast 1 kap. 12 § gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Definitionen i lagen synes i sak motsvara definitionen i artikel 1.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18.

Frågan om huruvida upphandling av valfrihetssystem utgör tjänstekoncession eller inte behandlades i den tidigare nämnda prop. 2009/10:60. Lagrådet ansåg (se prop. s. 213) att skäl talade för att det var fråga om ramavtal som borde upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling.

Regeringen ansåg i motsats till Lagrådet att det var fråga om en tjänstekoncession.

Enligt Lagrådets mening synes definitionen av tjänstekoncession ge litet utrymme för någon annan tolkning än att leverantören av de tjänster som omfattas av upphandlingen måste få sin ersättning i vart till någon del från dem som utnyttjar de tillhandahållna tjänsterna.

Definitionen utesluter dock inte att ersättning lämnas också av annan, t.ex. den upphandlande myndigheten.

I remissen uttalas att den del av ersättningen som består i en rätt att kommersiellt utnyttja den tjänst som koncessionen avser ska vara så omfattande att den ekonomiska risken övergår från den upphandlande myndigheten till leverantören/koncessionshavaren. Detta uttalande synes stödjas av två i remissen åberopade domar från EG-domstolen (domen den 11 juni 2009 i mål C-300/07 och domen den 10 september 2009 i mål C-206/08). Däremot framgår varken av dessa domar eller av de två övriga dokument som åberopas i remissen (Discussion document: Key issues of a possible initiative on concessions, CC/2007/17, och kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 29.4.2000) att det är möjligt att avstå från krav på att åtminstone någon ersättning ska utgå från dem som utnyttjar tjänsterna. Enligt kommissionens tolkningsmeddelande, som i första hand avser byggkoncessioner enligt ett äldre upphandlingsdirektiv, innebär en byggkoncession att de risker som är förenade med nyttjandet av en anläggning förs över på koncessionshavaren. Beträffande tjänstekoncessioner uttalade kommissionen att det rör sig som en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten och att sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet.

Enligt förslaget kommer de jobbcoacher som träffar avtal med Arbetsförmedlingen att få sin ersättning helt och hållet från myndigheten. Myndigheten för inte heller över någon ekonomisk risk från myndigheten till jobbcoacherna.

Med hänvisning till det anförda är det enligt Lagrådets uppfattning inte möjligt att behandla upphandling av sådana valfrihetssystem som avses i remissen som upphandling av tjänstekoncessioner.

1 §

Enligt bestämmelsen får Arbetsförmedlingen besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.

Beskrivningen av vilka tjänster som avses avviker härigenom från det sätt som hittills har tillämpats inom upphandlingslagstiftningen där tjänsterna avgränsats genom hänvisningar till vissa kategorier av tjänster och s.k. CPV-koder. Det sedvanliga förfarandet har använts senast i det nyss nämnda förslaget till lagstiftning om Arbetsförmedlingens upphandling av etableringslotsar. I det aktuella fallet avgränsas tjänsterna i stället genom att anknyta till myndighetens ansvarsområde enligt definitionen i 1 § i myndighetens instruktion. Detta innebär att det inte finns några lagliga begränsningar i fråga om vilka tjänster som ett valfrihetssystem kan tillhandahållas för, så länge myndigheten håller sig inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten. Inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten torde det dock finnas tjänster som kan hänföras till kategorin A-tjänster och som därför omfattas av i princip samtliga bestämmelser i direktiv 2004/18/EG och lagen om offentlig upphandling. För att den föreslagna lagen inte ska riskera att tillämpas i strid med bestämmelserna om den direktivstyrda upphandlingen föreslår Lagrådet att det i lagen införs ett förtydligande om att den inte avser A-tjänster.

3 §

Enligt den föreslagna paragrafen ska Arbetsförmedlingen utan hinder av vad som föreskrivs i 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223). Av 1 kap. 3 § framgår att förvaltningslagen inte ska tillämpas vid handläggning av ärenden enligt lagen om valfrihetssystem. Den nu föreslagna bestämmelsen innebär således att av förvaltningslagens paragrafer ska endast nämnda paragrafer om jäv tillämpas på ärenden som handläggs enligt lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

I den tidigare nämnda prop. 2009/10:60 har i 13 § andra meningen förslaget till lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare föreslagits samma begränsade tillämpning av förvaltningslagen som i fråga om lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen.

I lagrådsremissen anges att det skulle innebära risk för tillämpningsproblem och konflikter om man i den föreslagna lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen skulle föreskriva att förvaltningslagen ska tillämpas, eftersom två uppsättningar av förfaranderegler med delvis olika syften då skulle konkurrera vid Arbetsförmedlingens upphandling. För att undvika detta anförs i remissen att förvaltningslagen med nämnda undantag inte bör vara tillämplig.

Förslaget till lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare granskades av Lagrådet den 1 oktober 2009 som beträffande förvaltningslagens tillämpning anförde bl.a. följande (a. prop. bilaga 5 s. 213 och 214):

Enligt andra meningen i den föreslagna paragrafen ska Arbetsförmedlingen när den tillämpar lagen om valfrihetssystem följa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223).

Bestämmelsen föreslås med anledning av att 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem föreskriver att förvaltningslagen inte ska tillämpas vid handläggning av ärenden enligt valfrihetssystemslagen.

Den nyss nämnda bestämmelsen i 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem 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 valfrihetssystem gäller när en upphandlande myndighet beslutat att tillämpa valfrihetssystem 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.

Lagrådet gör i förevarande ärende samma bedömning som Lagrådet gjorde i sitt yttrande av den 1 oktober 2009. Detta innebär att enligt Lagrådets mening bör föreskrivas att Arbetsförmedlingen, som är en statlig myndighet, vid tillämpningen av den nu föreslagna lagen ska tillämpa förvaltningslagen i den utsträckning förfarandet inte är reglerat i lagen om valfrihetssystem.

Lagrådet vill samtidigt erinra om att myndigheters handläggning av upphandling enligt lagen om offentlig upphandling i allt väsentligt regleras i den lagen och inte i förvaltningslagen.

Förslaget till lag om medbestämmande i arbetslivet

Lagrådet lämnar förslaget utan erinran.