

**Sandberg Per**  
förvaltningschef  
Tel. 0470-419 50

### **Komplettering av rättsutlåtande gällande avtal/upphandling av utbildningstjänster.**

Jag noterar inledningsvis att jag inte har besvarat den fråga som ställts av nämnden utan istället svarat på om det är möjligt med en form av kundvalsmodell där leverantörer upphandlas traditionellt men att fördelning inte sker efter rangordning utan genom att den enskilde själv väljer. Det förslag som är för handen är emellertid en modell där avtal tecknas löpande med alla som uppfyller ställda krav, och därmed inget ramavtal på sätt som följer av LOU.

Av avgörande från EU-domstolen har tidigare framgått att det kan vara acceptabelt med nationell lagstiftning för viss verksamhet, ofta avsett vård och omsorg, som innehåller bestämmelser om att den idéburna sektorn, ideella organisationer och så vidare kan ges ett försteg och därmed kan andra fördelningsregler och motsvarande användas. Det har dock varit fråga om ganska särpräglade fall som inte är tillämpligt på det nu föreslagna upplägget.

Det upplägg som nu föreslås liknar LOV – lagen om valfrihetssystem - som kommunen har infört avseende personlig assistans och särskilt boende. Kommunen tecknar avtal löpande med alla som lämnar anbud och uppfyller de krav som ställs. Som jag nämnt tidigare finns ingen sådan reglering avseende utbildningstjänster.

EU-domstolen har emellertid i somras prövat ett fall där en tysk statlig myndighet under viss period löpande tecknade avtal med samtliga leverantörer som anmälde intresse. Det som skulle tillhandahållas enligt detta system var medicin till enskilda innehållande viss substans. Själva upplägget hade uttryckligt stöd i tysk lag. En leverantör gjorde vid nationell tysk domstol gällande att myndigheten borde ha tillämpat det sedvanliga regelverket för offentlig upphandling. Dennes överklagande avslogs. Domen överklagades till högre instans som beslutade att ställa frågan till EU-domstolen om uppläggets förenlighet med EU-rätten.

**Sandberg Per**  
förvaltningschef  
Tel. 0470-419 50

EU-domstolen kommer fram till att förfarandet, som de benämner auktorisationsförfarande, förenligt med EU-rätten varför myndigheten hade rätt att ingå avtal som den gjort. Det kontrakt som ingåtts ansågs inte som ett offentligt kontrakt som behövde underkastas upphandlingsdirektiven. Det intressanta med domen är inte enbart själva utfallet utan att domen är skriven på ett generellt sett utan beaktande av de unika omständigheterna i just det fallet. EU-domstolen kunde till exempel ha grundat sin bedömning delvis på att den nationella lagen uttryckligen öppnade upp för förfarandet. Lite som det svenska LOV-systemet. Detta gjorde domstolen inte varför tillämpningen av rättsfallet blir betydligt vidare än vanligt, och därför också kan tillämpas på det nu föreslagna upplägget. Man ska dock vara väl medveten om att frågan inte rättsligt har prövats i Sverige och det är tillåtet att ha strängare regler för upphandling än vad som föreskrivs av EU.

EU-domstolen uttalar emellertid att vissa villkor grundläggande villkor måste uppställas: (i) under vilken tidsperiod systemet ska tillämpas, (ii) annonsering så att systemet görs allmänt känt för leverantörer, (iii) avtalen ska vara helt identiska, (iv) myndigheten får inte påverka valet av leverantör, (v) avtal ska kunna tecknas under hela den tid systemet ska tillämpas och (vi) systemet måste vara icke-diskriminerande och proportionerligt.

Det aktuella fallet rörde varor men får anses tillämpningsbart även på tjänster. I det aktuella fallet fanns lagstöd för åtgärden och det var reglerat så att myndigheten inte hade reell möjlighet att påverka de enskildas val. Det sistnämnda är således mycket viktigt att säkerställa, och det måste alltså vara den enskilde som gör ett övervägt val själv utan påverkan från myndigheten. EU-domstolen besvarar inte frågan hur ett sådant här upplägg ska annonseras utan det lämnades till den tyska domstolen att avgöra om detta skett på sådant sätt att leverantörer gavs möjlighet att få kännedom om möjligheten att kvalificera sig. Det bör således annonseras på sedvanligt sätt i tillgängliga databaser samt göras tillgängligt på lämpligt sätt under hela den tidsperiod systemet ska tillämpas. Härvid bör erfarenheter från LOV hämtas. Det hör också ihop med vilken tidsperiod som ska väljas. Det är ju möjligt med en tidsperiod omfattande omkring 3-4 och sedan sätts ny annons ut där systemet ska pågå ytterligare 3-4 år och så vidare. Att begränsa perioden kan vara nödvändigt på grund av förändrade krav etc, och under alla förhållande måste det finnas möjlighet att ändra i befintliga avtal

2017-08-07

**Sandberg Per**  
*förvaltningschef*  
Tel. 0470-419 50

som ingåtts med leverantörer, alternativt säga upp dem, så att alla avtal vid varje given tidpunkt är identiska.

Sammanfattningsvis: om det som omnämns i de två föregående styckena kan säkerställas bör det föreslagna upplägget med att teckna avtal/kontrakt med alla leverantörer utan tillämpning av LOU vara förenligt med gällande rätt, och detta trots att upplägget saknar uttryckligt lagstöd.

Magnus Bengtsson  
Chefsjurist