

Regeringens proposition

2009/10:146



Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen

Prop.
2009/10:146

Regeringen överlämnar denna proposition till riksdagen.

Stockholm den 11 mars 2010

Fredrik Reinfeldt

Sven Otto Littorin
(Arbetsmarknadsdepartementet)

Propositionens huvudsakliga innehåll

I propositionen föreslås en ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Lagen innebär att Arbetsförmedlingen får besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Förslaget ger Arbetsförmedlingen möjlighet att inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten öka valfriheten för den arbetssökande, framför allt vid användningen av kompletterande aktörer, t.ex. jobbcoacher. Systemet bygger på att det inte uppstår någon priskonkurrens mellan leverantörerna. Den arbetssökande ges i stället möjlighet att välja den leverantör som han eller hon uppfattar tillhandahåller den bästa kvaliteten bland dem som Arbetsförmedlingen tecknat avtal med. Arbetsförmedlingen svarar för att den arbetssökande får god information om de leverantörer som man kan välja mellan.

Det föreslås även att bestämmelserna om facklig vetorätt i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska vara tillämpliga vid ett upphandlingsförfarande enligt lagen om valfrihetssystem i samma utsträckning som gäller enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Lagändringarna föreslås träda i kraft den 1 juli 2010.

Innehållsförteckning

1	Förslag till riksdagsbeslut	3
2	Lagtext	4
2.1	Förslag till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen	4
2.2	Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	5
3	Ärendet och dess beredning	7
4	Lagen om valfrihetssystem	7
4.1	Ett kontrakt enligt lagen om valfrihetssystem är en tjänstekoncession	7
4.2	Tillämpningsområdet	9
4.3	Grundläggande principer för valfrihetssystem	10
4.4	Löpande annonsering på en nationell webbplats	10
4.5	Förfrågningsunderlaget	10
4.6	Rätt att ansöka och uteslutning av sökande	10
4.7	Godkännande av de sökande	11
4.8	Information till enskilda och ickevalsalternativ	11
4.9	Omval	12
4.10	Rättsmedel och tillsyn	12
5	Etableringslotsar och valfrihetssystem för nyanlända invandrare	12
6	Arbetsförmedlingen ska få tillhandahålla valfrihetssystem	13
6.1	En ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen	13
6.2	Valfrihetssystem ska få tillhandahållas inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten	19
6.3	Arbetsförmedlingen ska tillämpa förvaltningslagens bestämmelser om jäv	21
7	Facklig vetorätt vid upphandling med valfrihetssystem	22
8	Ikraftträdande	25
9	Konsekvenser	25
10	Författningskommentar	26
10.1	Förslaget till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen	26
10.2	Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet	27
Bilaga 1	Promemorians lagförslag	28
Bilaga 2	Förteckning över remissinstanser	31
Bilaga 3	Lagrådets yttrande	32
	Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 11 mars 2010	36

1 Förslag till riksdagsbeslut

Prop. 2009/10:146

Regeringen föreslår att riksdagen antar regeringens förslag till

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

2 Lagtext

Regeringen har följande förslag till lagtext.

2.1 Förslag till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

Häri genom föreskrivs följande.

1 § Arbetsförmedlingen får besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. Med valfrihetssystem avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra tjänsten och som Arbetsförmedlingen godkänt och tecknat kontrakt med.

2 § När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem enligt denna lag ska myndigheten tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem. I stället för det som sägs i 2 kap. 3 § första meningen, 6 och 7 §§ lagen om valfrihetssystem ska med

1. *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster som nämns i 1 §,

2. *tjänst* avses sådan tjänst som nämns i 1 §, och

3. *upphandlande myndighet* avses Arbetsförmedlingen.

3 § Arbetsförmedlingen ska, trots 1 kap. 3 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223).

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

2.2 Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Härigenom föreskrivs att 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

39 §¹

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden *annars* strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. *Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får en sådan förklaring göras endast om den grundar sig på omständigheter som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling eller 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om *en* sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden *på annat sätt* strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren.

Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en förklaring enligt första stycket göras

¹ Senaste lydelse 2007:1095.

endast om den grundar sig på omständigheter som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller

– 7 kap. 1 § lagen om valfrihets-system.

40 §²

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid offentlig upphandling har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, skall 39 § inte tillämpas.

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid sådan upphandling som avses i 39 § andra stycket har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som anges i

– 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,

– 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller

– 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, ska 39 § inte tillämpas.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

² Senaste lydelse 2007:1095.

3 Ärendet och dess beredning

I promemorian Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen (Ds 2010:1) föreslås en ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Förslaget innebär att Arbetsförmedlingen får besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten enligt förslaget tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem. Vidare föreslås i promemorian att bestämmelserna om facklig vetorätt i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska vara tillämpliga vid ett upphandlingsförfarande enligt lagen om valfrihetssystem i samma utsträckning som gäller enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Promemorians lagförslag finns i *bilaga 1*.

Promemorian har remissbehandlats. En förteckning över remissinstanserna finns i *bilaga 2*. En sammanställning av remissyttrandena finns tillgänglig i Arbetsmarknadsdepartementet (dnr A2009/4012/A).

Lagrådet

Regeringen beslutade den 11 februari 2010 att inhämta Lagrådets yttrande över förslaget i lagrådsremissen Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen. Lagrådsremissens lagförslag stämmer överens med propositionens. Lagrådets yttrande finns i *bilaga 3*. Regeringen delar Lagrådets uppfattning om den valda systematiken. I andra avseenden gör regeringen en annan bedömning än Lagrådet. Lagrådets synpunkter behandlas i avsnitt 6.1–6.3.

4 Lagen om valfrihetssystem

4.1 Ett kontrakt enligt lagen om valfrihetssystem är en tjänstekoncession

Lagen (2008:962) om valfrihetssystem trädde i kraft den 1 januari 2009 och gäller i den kommunala sektorn för tjänster inom hälsovård och socialtjänster. Med valfrihetssystem avses ett förfarande där den enskilde har rätt att välja den leverantör som ska utföra en tjänst och som en upphandlande myndighet godkänt och tecknat kontrakt med. Den upphandlande myndigheten behöver inte tillämpa samma valfrihetssystem inom alla berörda områden.

Lagen om valfrihetssystem bygger på principen att den upphandlande myndigheten som huvudman för verksamheten har ansvaret för att tjänsterna tillhandahålls brukaren eller invånaren i enlighet med gällande lag. Den upphandlande myndigheten tecknar ett offentligt kontrakt med ett antal leverantörer. Kontraktet innehåller ekonomiska villkor och avser tillhandahållande av en tjänst. Den enskilde brukaren eller invånaren

bestämmer därefter vilken av dessa leverantörer som ska tillhandahålla tjänsten.

Det finns således ett offentligt kontrakt mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Bakgrunden till lagen om valfrihetssystem är att förfarandet vid tilldelning av offentliga kontrakt regleras av EUF-fördraget, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg-entreprenader, varor och tjänster¹ (upphandlingsdirektivet) och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Upphandlingsdirektivet skiljer mellan offentliga upphandlingar och tjänstekoncessioner. Upphandlingsdirektivet och lagen om offentlig upphandling är inte tillämpliga på tjänstekoncessioner. Tjänstekoncessioner behöver därför inte upphandlas i enlighet med lagen om offentlig upphandling. Tjänstekoncessionerna styrs endast av de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Principerna är emellertid endast tillämpliga på kontrakt som i tillräcklig utsträckning hänger samman med den inre marknadens funktion.

För att det ska vara fråga om en tjänstekoncession måste det offentliga kontraktet i grunden vara av samma typ som ett traditionellt tjänstekontrakt, dvs. en eller flera leverantörer ska mot ersättning åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Dessutom krävs, för att kontraktet ska vara en tjänstekoncession, att ersättningen för tjänsternas utförande, till skillnad från vad som gäller vid offentliga kontrakt, utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Den del av ersättningen som består i en rätt att utnyttja tjänsten kommersiellt ska vara så omfattande att den ekonomiska risken övergår från den upphandlande myndigheten till leverantören/koncessionshavaren. Övergången av den ekonomiska risken utgör en avgörande skillnad mellan en koncession och ett offentligt upphandlingskontrakt. Vid offentliga upphandlingskontrakt bär leverantören en risk för att investeringar och driftskostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att inkomsterna kopplade till rätten att utnyttja tjänsten inte förslår.

I propositionen Lag om valfrihetssystem gjorde regeringen bedömningen att kontrakt om valfrihetssystem enligt lagen får anses utgöra en tjänstekoncession (prop. 2008/09:29 s. 56 f.). Enligt regeringens mening stod det klart att det är utföraren av tjänster inom ramen för ett valfrihetssystem som står den ekonomiska risken. Tjänsteleverantörens inkomster är beroende av att leverantören lyckas få exempelvis äldre till sitt äldreboende eller patienter till sin praktik. Att betalning inte sker från tredje man, brukaren, utan ersättningen i huvudsak härrör från den upphandlande myndigheten, medförde ingen annan bedömning vad gäller tjänstekoncession. Regeringen anförde vidare att frågan om betalning direkt från slutanvändaren krävs för att det ska vara fråga om en koncession inte har varit föremål för EU-domstolens prövning. Vilken bedömning EU-domstolen kan komma till i framtiden går inte att säkert förutsäga. Att det kan vara en tjänstekoncession även när betalning inte kommer direkt från tredje man, men förutsatt att leverantören bär risken, har kommis-

¹ EUT L 134, 30.4.2004, s. 114 (Celex 32004L0018).

sionen gett uttryck för i sitt förberedande lagstiftningsarbete (Discussion document: Key issues of a possible initiative on concessions, CC/2007/17, Bryssel 18 oktober 2007) inför ett möjligt förslag till ett nytt koncessionsdirektiv. Att kommissionen anser att betalningen inte behöver komma direkt från tredje man framkommer också av tolkningsmeddelandet om koncessioner (kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121, 29.04.2000, not 13).

I propositionen Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd (prop. 2009/10:60) utvecklar regeringen sin bedömning mot bakgrund av två nyligen meddelade domar från EU-domstolen (mål C-300/07 Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik mot AOK Rheinland/Hamburg och mål C-206/08 Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) mot Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH). Domarna är av intresse när det gäller den närmare gränsdragningen mellan begreppen tjänstekoncession och ramavtal. Regeringen gör i propositionen bedömningen att valfrihetssystem med etableringslotsar som Arbetsförmedlingen föreslås tillhandahålla enligt lagen om valfrihetssystem uppfyller villkoren för att det ska anses vara en tjänstekoncession (se prop. 2009/10:60 s. 86 f.).

Lagen om offentlig upphandling gäller, som nyss framgått, i princip inte för tjänstekoncessioner (1 kap. 2 § femte stycket). Däremot är lagen i begränsad utsträckning tillämplig på offentlig upphandling av sådana s.k. B-tjänster som lagen om valfrihetssystem omfattar (1 kap. 2 § andra stycket). Den upphandlande myndigheten kan välja att besluta att tillämpa ett valfrihetssystem eller att upphandla de aktuella tjänsterna enligt de för offentlig upphandling av B-tjänster tillämpliga bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling (15 och 16 kap.).

4.2 Tillämpningsområdet

Lagen om valfrihetssystem kan bara tillämpas inom den kommunala sektorn, av kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting samt vissa offentligt styrda organ som finansieras kommunalt eller på annat sätt står under kommunal kontroll (2 kap. 5 och 7 §§). Statliga myndigheter kan inte tillämpa lagen.

Lagen kan bara tillämpas för sådana tjänster inom hälsovård och socialtjänster som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till lagen om offentlig upphandling. Det kan t.ex. gälla äldreomsorg, social omsorg för handikappade, barnmorsketjänster, tjänster utförda av allmänpraktiserande läkare och tjänster för dagcenter. Barn- och ungdomsomsorgen är dock undantagen från lagen om valfrihetssystem, eftersom valfrihetssystemen inom dessa områden regleras på annat sätt, genom skollagstiftningen.

I 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) föreskrivs att lagen om valfrihetssystem ska tillämpas när ett landsting har beslutat att införa ett vårdvalssystem.

I lagen om valfrihetssystem slås det uttryckligen fast att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska gälla (1 kap. 2 §). Den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Den upphandlande myndigheten ska också iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när den tillämpar valfrihetssystem. Vid kommunikation med elektroniska medel ska medlen vara icke-diskriminerande, tillgängliga och möjliga att använda tillsammans med sådan maskin- och programvara som i allmänhet används (6 kap. 1 §).

Förvaltningslagen (1986:223) ska inte tillämpas vid handläggningen av ärenden enligt lagen om valfrihetssystem (1 kap. 3 §).

4.4 Löpande annonsering på en nationell webbplats

En upphandlande myndighet som beslutat att inrätta eller förändra ett valfrihetssystem ska löpande annonsera på en för ändamålet upprättad nationell webbplats (3 kap.), <www.valfrihetswebben.se>. Kammarkollegiet ansvarar för driften av webbplatsen. Annonseringen och förfrågningsunderlaget ska finnas tillgängligt på webbplatsen. Den löpande annonseringen innebär att den upphandlande myndigheten genom annonsen fortlöpande begär in ansökningar från leverantörer.

4.5 Förfrågningsunderlaget

Den upphandlande myndigheten ska i ett förfrågningsunderlag ange de villkor som leverantören ska uppfylla för att bli godkänd (4 kap.). Av förfrågningsunderlaget ska den ekonomiska ersättningen till leverantören framgå. Ersättningen i ett valfrihetssystem ska vara enhetlig för de leverantörer som utför samma tjänst. Den totala ersättning som leverantören får beror på hur många brukare som väljer leverantören som utförare och utförd mängd.

Den upphandlande myndigheten har möjlighet att i förfrågningsunderlaget ange särskilda kontraktsvillkor i form av särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur kontraktet ska fullgöras. Det kan t.ex. röra sig om skyldighet för leverantören att ta uppdrag eller att ta emot alla som väljer leverantören och om skyldighet att medverka vid uppföljning av verksamheten.

Av förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndighetens handläggningstid av en ansökan framgå.

I annonsen eller förfrågningsunderlaget ska det anges hur ansökan ska ges in.

4.6 Rätt att ansöka och uteslutning av sökande

Alla leverantörer som önskar delta i ett valfrihetssystem har rätt att ansöka (5 kap.). Även grupper av leverantörer, oavsett juridisk form, har

rätt att lämna in en ansökan. När kontrakt ska tecknas kan den upphandlande myndigheten dock begära att gruppen ska ha en viss juridisk form. Det finns vidare bestämmelser om en sökandes möjlighet att återropa andra företags kapacitet. Den upphandlande myndigheten får medge att den sökande rättar felskrivningar eller andra uppenbara fel (6 kap. 2 §). Den upphandlande myndigheten får begära att en ansökan förtydligas eller kompletteras.

För bedömningen av när en handling ska anses inkommen till den upphandlande myndigheten gäller vad som sägs i 10 § förvaltningslagen. Bestämmelserna i 5 kap. 1 och 2 §§ offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) om inkommande handlingar tillämpas när en ansökan om deltagande i valfrihetssystem kommer in till den upphandlande myndigheten. Det innebär att en ansökan öppnas och diarieförs så snart den kommit in till myndigheten. Bestämmelserna om s.k. anbudssekretess i 19 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen gäller inte vid ett ansökningsförfarande enligt lagen om valfrihetssystem.

I lagen om valfrihetssystem regleras under vilka omständigheter den upphandlande myndigheten får utesluta en sökande från att delta i valfrihetssystem (7 kap.). Dessa omständigheter är främst hänförliga till den sökandes ekonomiska problem och brott när det gäller yrkesutövningen.

4.7 Godkännande av de sökande

Samtliga sökande som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och som inte uteslutits ska godkännas av den upphandlande myndigheten (8 kap.). Den upphandlande myndigheten ska snarast underrätta en sökande om beslutet att godkänna eller inte godkänna den sökande och skälen för beslutet. Den upphandlande myndigheten ska utan dröjsmål teckna kontrakt med samtliga leverantörer som godkänts. En underrättelse ska lämnas om den upphandlande myndigheten beslutar att avbryta införandet av ett valfrihetssystem. Om den sökande inte har godkänts som leverantör, ska upplysningar lämnas om hur man ansöker om rättelse.

4.8 Information till enskilda och ickevalsalternativ

Den upphandlande myndigheten ska till enskilda lämna information om samtliga leverantörer som myndigheten tecknat kontrakt med (9 kap. 1 §). Informationen ska vara saklig, relevant, jämförbar, lättförståelig och lättillgänglig.

Avsikten är att den upphandlande myndigheten ska stödja, underlätta för och uppmuntra den enskilde att välja leverantör i ett valfrihetssystem. För den enskilde som inte väljer leverantör ska den upphandlande myndigheten tillhandahålla ett ickevalsalternativ (9 kap. 2 §). Den upphandlande myndigheten kan då tillhandahålla den aktuella tjänsten i egen regi, men det finns ingen skyldighet att göra det. Den upphandlande myndigheten kan i detta fall bestämma vilken leverantör som ska vara ickevalsalternativ. Det är dock viktigt att ickevalsalternativet är konkurrensneutralt mellan de leverantörer som tecknat avtal med den upphandlande myndigheten.

För att ett valfrihetssystem ska fungera ändamålsenligt är det viktigt att den enskilde utvärderar sitt val och väljer eller byter leverantör i enlighet med sina preferenser utifrån den information som finns. I den upphandlande myndighetens skyldighet att tillhandahålla information ingår också att ge information om villkor för omval och hur omvalet går till, t.ex. uppsägningstider och vart den enskilde ska vända sig för att göra ett omval. Villkor för omval bör anges i förfrågningsunderlaget. Myndigheten bör genom hjälp och stöd bistå den enskilde vid omval.

4.10 Rättsmedel och tillsyn

I lagen om valfrihetssystem finns det också bestämmelser om rättsmedel (10 kap.). En leverantör som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot en bestämmelse i lagen får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol. Endast den som ansökt om att delta i ett valfrihetssystem får ansöka om rättelse av den upphandlande myndighetens beslut att inte godkänna den sökande. En sådan ansökan ska ha kommit in inom tre veckor från det att myndigheten lämnat underrättelse om beslutet. Ansökan om rättelse ska ges in skriftligen. Ansökan om rättelse ges in hos den förvaltningsrätt i vars domkrets den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Prövningstillstånd krävs vid överklagande till kammarrätten. Om den upphandlande myndigheten brutit mot någon bestämmelse i lagen och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta om att den upphandlande myndigheten ska vidta rättelse.

En sökande kan begära skadestånd i allmän domstol om den upphandlande myndigheten inte följt bestämmelserna i lagen om valfrihetssystem (10 kap. 5 §). Talan om skadestånd på grund av beslut att inte godkänna den sökande som leverantör enligt lagen ska väckas inom ett år från det att den upphandlande myndigheten fattat beslutet.

Bestämmelserna om rättelse och skadestånd gäller inte beslut om information och ickevalsalternativ (10 kap. 6 §).

Konkurrensverket har tillsyn över valfrihetssystemen enligt lagen om valfrihetssystem. Verket får inhämta de upplysningar som är nödvändiga för tillsynen från de upphandlande myndigheterna. Upplysningarna ska i första hand inhämtas genom ett skriftligt förfarande. Om det på grund av materialets omfattning, brådska eller något annat förhållande är lämpligare, får upplysningarna i stället inhämtas genom besök hos den upphandlande myndigheten eller muntligen. Den upphandlande myndigheten är skyldig att tillhandahålla de upplysningar som tillsynsmyndigheten begär.

5 Etableringslotsar och valfrihetssystem för nyanlända invandrare

Den 26 november 2009 överlämnade regeringen till riksdagen propositionen Nyanlända invandrades arbetsmarknads-etablering – egenansvar

med professionellt stöd (prop. 2009/10:60). I propositionen föreslås bl.a. en ny lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare. Lagen innehåller regler om ansvar och insatser som syftar till att underlätta och påskynda de nyanlända invandrarnas etablering i arbets- och samhällslivet. Syftet med etableringsinsatserna är att ge de nyanlända förutsättningar för egenförsörjning och stärka deras aktiva deltagande i arbets- och samhällslivet. Arbetsförmedlingen ska upprätta en etableringsplan och tillhandahålla ett eller flera valfrihetssystem som ger de nyanlända rätt att välja en av myndigheten godkänd och kontrakterad leverantör av vissa tjänster, en s.k. etableringslots. Myndigheten ska tillämpa lagen om valfrihetssystem.

Den nya lagen föreslås träda i kraft den 1 december 2010. För att valfrihetssystem med etableringslotsar ska kunna finnas på plats den dagen behöver Arbetsförmedlingen i god tid påbörja arbetet med att upphandla etableringslotsar. Bestämmelserna om etableringslotsar och valfrihetssystem ska därför enligt regeringens förslag tillämpas redan fr.o.m. den 1 maj 2010.

Arbetsmarknadsutskottet har i betänkandet 2009/10:AU7 Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd föreslagit att riksdagen antar propositionens lagförslag med den ändringen att bestämmelserna om Arbetsförmedlingens upphandling av lotstjänster ska träda i kraft den 1 maj 2010 och lagen i övrigt den 1 december 2010.

6 Arbetsförmedlingen ska få tillhandahålla valfrihetssystem

6.1 En ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

Regeringens förslag: En ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen införs. När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten tillämpa lagen om valfrihetssystem.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (Ds 2010:1 s. 19).

Remissinstanserna: Ett flertal remissinstanser är positiva till förslaget, bl.a. *Arbetsförmedlingen*, *Migrationsverket*, *Svenskt Näringsliv*, *Almega*, *Företagarna* och *Sveriges Kommuner och Landsting*. Svenskt Näringsliv och Almega anser dock att det ska vara obligatoriskt för Arbetsförmedlingen att införa valfrihetssystem. Företagarna anser att Arbetsförmedlingen bör konkurransutsättas fullt ut och inte ha någon särställning. Sveriges Kommuner och Landsting anser att även kommunerna ska kunna vara en valbar aktör i ett valfrihetssystem.

Några remissinstanser har förklarat att de inte har något att invända mot förslaget, bl.a. *Arbetsdomstolen*, *Kammarkollegiet* och *Sveriges Akademikers Centralorganisation*. *Länsrätten i Stockholms län* (numera

Förvaltningsrätten i Stockholm) har inte heller några invändningar i sak men har föreslagit vissa förtydliganden av lagtexten.

Konkurrensverket är positivt till syftet med förslaget men kan av olika skäl inte tillstyrka förslaget så som det presenteras i promemorian. Verket förordar att all reglering av valfrihetssystem samlas i lagen om valfrihetssystem. Verket förordar också en tydligare skrivning i fråga om myndighetens roll och tillkommande uppgifter. Vidare anser verket att ökningen av verkets anslag med anledning av reformen bör vara större än vad som aviserats i promemorian.

Arbetsgivarverket har inga synpunkter på förslaget men vill i sammanhanget betona att det finns en problematik i gränsdragningen och rollfördelningen mellan å ena sidan trygghetsavtalens aktörer och å andra sidan Arbetsförmedlingen och dess leverantörer av upphandlade tjänster.

Diskrimineringsombudsmannen anför att det är viktigt att Arbetsförmedlingen utformar förfrågningsunderlaget så att ingen leverantör bryter mot de i lag angivna diskrimineringsgrunderna och att Arbetsförmedlingen tar särskild hänsyn till diskrimineringsgrunderna och tillgänglighetsaspekter när det gäller sättet att ge medborgare information.

Tjänstemännens Centralorganisation (TCO) är mycket kritisk till hanteringen av ärendet. Den korta remisstiden medger enligt TCO inte förutsättningar för att leverera ett tillräckligt genomarbetat remissvar. TCO begär att regeringen bordlägger promemorians förslag och återkommer till riksdagen med ett förslag om valfrihetssystem inom arbetsmarknadspolitiken baserat på en offentlig utredning. TCO har pekat på ett antal frågor som en framtida utredning bör belysa.

Landsorganisationen i Sverige (LO) avstyrker förslaget i huvudsak på följande grunder. Det har nyligen publicerats dokumentation från bl.a. Riksrevisionen som visar på sämre nytta med kompletterande aktörer jämfört med Arbetsförmedlingen. Förslaget säkerställer inte att alla arbetssökande får samma möjlighet att tillgå lediga arbeten. Flera kompletterande aktörer försvårar för den arbetssökande att få överblick över lediga arbeten. Förslaget innebär också en risk för s.k. ”creaming”, eftersom de svaga och svårförmedlade på arbetsmarknaden riskerar att hamna långt ner på prioriteringslistan med hänsyn till hur ersättningen till kompletterande aktörer bestäms. Det finns stora risker för försämrad kvalitet och effektivitet när komplex verksamhet bryts upp mellan olika aktörer, bl.a. utifrån kontrollfunktionen i arbetslöshetsförsäkringen.

LO är mycket kritisk till hanteringen av ärendet och förordar att frågan om ett valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen utreds av en offentlig utredning.

Skälen för regeringens förslag

Motiven bakom lagen om valfrihetssystem

Införandet av lagen om valfrihetssystem i den kommunala sektorn för tjänster inom hälsovård och socialtjänster var en del i strävandena efter att sätta brukaren i fokus, efter maktförskjutning från politiker och tjänstemän till medborgare, efter ökad valfrihet och ökat inflytande och efter fler utförare och större mångfald. Det antogs att det ökade brukar-

inflytandet också skulle öka kvaliteten på tjänsterna. Ett annat skäl till införandet av lagen om valfrihetssystem var att rättsläget hade varit oklart om hur valfrihetsmodeller förhåller sig till upphandlingslagarna. Ytterligare syften med införandet av lagen var att regelförenkla och att underlätta för små företag att vara leverantörer till offentlig sektor.

Den stora skillnaden mellan ett valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem och en traditionell offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är att det i ett valfrihetssystem inte finns någon konkurrenssituation mellan leverantörerna vid tidpunkten för ett tilldelningsbeslut. I ett valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem får alla leverantörer som godkänts teckna kontrakt med den upphandlande myndigheten om de skickat in en ansökan och uppfyller kraven, och några sådana tilldelningskriterier som ”ekonomiskt mest fördelaktiga” och ”lägsta pris” som gäller enligt lagen om offentlig upphandling tillämpas inte. Konkurrenssituationen mellan leverantörerna uppstår i stället efter att kontrakt har tecknats och den pågår löpande under hela avtalsperioden. Det är inte fråga om en priskonkurrens mellan leverantörerna, eftersom priset fastställs av den upphandlande myndigheten redan i förfrågningsunderlaget. Valfrihetssystemet medför således att det uppstår en kvalitetskonkurrens i brukarledet. Den enskilde brukaren ges makt och möjlighet att bestämma vad som är god kvalitet genom att välja den utförare som han eller hon uppfattar tillhandahåller den bästa kvaliteten.

Motiven är giltiga för Arbetsförmedlingens verksamhet

Arbetsförmedlingen tillhandahåller arbetssökande flera olika tjänster som kan passa för valfrihetssystem. Regeringens ambition är att den offentliga arbetsförmedlingens kompetens och tjänsteutbud ska kompletteras med flera olika aktörer. Syftet är att göra utbudet av förmedlingstjänster större och mer varierat, vilket ska bidra till att förbättra matchningen och ge förbättrad service till arbetslösa. Kompletterande aktörer ska erbjuda individuellt anpassade tjänster som innefattar personlig handledning och stöd utifrån varje deltagares behov. Syftet är att utveckla den arbetsökandes färdigheter i att söka arbete på ett aktivt och medvetet sätt. De kompletterande aktörerna ska också bidra med att hitta lämpliga anordnare för de arbetsmarknadspolitiska insatserna. Aktiviteter hos kompletterande aktörer kan ges till personer som deltar i jobb- och utvecklingsgarantin eller jobbgarantin för ungdomar, nyanlända invandrare, långtidssjukskrivna och till personer som varit arbetslösa en kortare tid.

Som *LO* uppmärksammar har vissa problem funnits när det gäller Arbetsförmedlingens roll inom arbetslöshetsförsäkringen vid upphandling av kompletterande aktörer. Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen granskade i rapporten Kompletterande aktörer 2009:5 hur Arbetsförmedlingen vid användningen av kompletterande aktörer säkerställer sitt ansvar för myndighetsutövningen inom ramen för arbetslöshetsförsäkringen. Inspektionen konstaterade att det saknades avtalsbestämmelser som ger Arbetsförmedlingen möjlighet att fullfölja myndighetens kontrollfunktion. Arbetsförmedlingen vidtog under 2009 en rad åtgärder

för att komma till rätta med problemet. Arbetet med detta fortsätter. Regeringen har gett Inspektionen för arbetslöshetsförsäkringen i uppdrag att fortsätta sitt arbete med att följa upp och analysera hur Arbetsförmedlingens kontrollfunktion säkerställs i samarbetet med kompletterande aktörer. De problem som enligt inspektionen varit förknippade med Arbetsförmedlingens kontrollfunktion utgör enligt regeringen inget skäl mot att införa en möjlighet för Arbetsförmedlingen att tillhandahålla valfrihetssystem.

Utöver tjänster av kompletterande aktörer upphandlar Arbetsförmedlingen även arbetsmarknadsutbildningar och förberedande insatser såsom förberedande utbildningar.

Vidare har regeringen i propositionen Nyanlända invandrares arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd (prop. 2009/10:60) föreslagit att Arbetsförmedlingen ska upphandla tjänster från s.k. etableringslotsar. Lotsarna ska tillhandahålla tjänster såsom t.ex. personalförmedling, coaching, studie- och yrkesvägledning samt jobb-sökaraktiviteter. Det är fråga om en rådgivnings- och vägledningstjänst i kombination med vissa andra tjänster med särskilt fokus på arbetsmarknadsetablering för nyanlända (se prop. 2009/10:60 s. 90).

De motiv som ligger bakom införandet av lagen om valfrihetssystem i den kommunala sektorn är lika giltiga för Arbetsförmedlingens verksamhet i den mån verksamheten inte innefattar myndighetsutövning. De fördelar som valfrihetssystem kan ge såväl det allmänna som enskilda arbetssökande och särskilt mindre leverantörer bör tas till vara även inom Arbetsförmedlingens verksamhetsområde. Som *Arbetsförmedlingen* anför innebär promemorians förslag ökade möjligheter för myndigheten att tillhandahålla tjänster väl anpassade till individens behov och kvalifikationer. Valfrihetssystem innebär dessutom att Arbetsförmedlingen bättre kommer att kunna genomföra regeringens uppdrag att öka mångfalden av leverantörer och förbättra för små och medelstora, lokalt förankrade företag att leverera tjänster till Arbetsförmedlingen.

Regeringen anser inte att förslaget behöver innebära någon påtaglig risk för att leverantörer av ekonomiska skäl hellre väljer att utföra tjänster åt arbetssökande som är starkt rustade på olika sätt eftersom de snabbare får en anställning. I förfrågningsunderlaget kan det bl.a. formuleras krav som innebär att leverantören blir skyldig att ta emot en arbetssökande som väljer leverantören. Vidare kan ersättningsystemet utformas så att det blir lika lönsamt för leverantörer att utföra tjänster åt personer som står nära arbetsmarknaden och personer som står långt från arbetsmarknaden och som av olika skäl förväntas ha svårare att hitta ett arbete. Arbetsförmedlingen kan också minska risken för att leverantören inte arbetar med de personer som bedöms ha små möjligheter att få en anställning genom att specificera krav i förfrågningsunderlaget som innebär att leverantören t.ex. blir skyldig att genomföra vissa aktiviteter för att öka den enskildes möjligheter till arbete.

Av 2 kap. 17 § lagen om offentlig upphandling framgår att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av en rätt att utnyttja tjänsten. Enligt *Lagrådets* mening synes denna definition ge litet utrymme för någon annan tolkning än att leverantören av de tjänster som omfattas av upphandlingen måste få sin

ersättning i vart fall till någon del från dem som utnyttjar de tillhandahållna tjänsterna. Definitionen utesluter dock inte, enligt Lagrådets mening, att ersättning lämnas också av annan, t.ex. den upphandlande myndigheten. Enligt förslaget i lagrådsremissen kommer de leverantörer som träffar avtal med Arbetsförmedlingen att få sin ersättning helt och hållet från myndigheten. Mot den bakgrunden är det enligt Lagrådets uppfattning inte möjligt att behandla upphandling av sådana valfrihets-system som avses i remissen som upphandling av tjänstekoncessioner.

Regeringen gör emellertid en annan bedömning än Lagrådet. Definitionen av tjänstekoncession medför enligt regeringens mening inte nödvändigtvis att någon del av ersättningen till leverantören måste komma från den enskilde för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession. Regeringen anser att begreppet ”rätt att utnyttja tjänsten” (eng. ”a right to exploit the service”) kan innebära att koncessionshavaren har rätt att ta betalt för tjänsten från slutanvändaren. Nyttjanderätten bör enligt regeringens mening även kunna innebära en rätt att på andra sätt exploatera tjänsten gentemot slutanvändarna i syfte att öka kundunderlaget och därmed intäkterna till den aktuella verksamheten. Att en arbetssökande själv inte betalar något för en tjänst som tillhandahålls i ett valfrihetssystem bör därför inte utgöra något problem. Frågan om betalning krävs direkt från slutanvändaren har inte heller varit föremål för EU-domstolens bedömning. Regeringen anser således att medlemsstaterna har ett visst tolkningsutrymme.

Den ansvariga avdelningen på Europeiska kommissionen – DG Markt – har angett sin uppfattning i bl.a. diskussionsdokumentet ”Key issues of a possible initiative on concessions” (CC/2007/17). I dokumentet ställdes frågan om definitionen av tjänstekoncessioner behöver klargöras. Kommissionen uttalar därvid att ett krav på användaravgifter inte bör kopplas till definitionen. Det skulle nämligen utesluta s.k. ”skuggtullar” som i många fall enligt kommissionen är koncessioner. Med ”skuggtullar” avses sådana arrangemang där leverantören får betalt av den upphandlande myndigheten beroende av hur många som nyttjar den tjänst eller anläggning som omfattas av avtalet.

Enligt regeringens mening är det avgörande kriteriet vid EU-domstolens bedömning av frågan om det föreligger en koncession eller inte vem som bär den ekonomiska risken för tillhandahållandet av tjänsten. Det följer av EU-domstolens praxis att när det överenskomna sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denna att utnyttja sina egna tjänster så innebär detta att leverantören tar på sig en risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna. Om den upphandlande myndigheten fortsätter att bära hela risken så att leverantören inte utsätts för riskerna på marknaden, måste tilldelningen av rätten att utnyttja tjänsten ske med iakttagande av de formaliteter som har föreskrivits i relevanta upphandlingsdirektiv (se mål C-206/08 Wasser- und Abwasserzweckverband Gotha und Landkreisgemeinden (WAZV Gotha) mot Eurawasser Aufbereitungs- und Entsorgungsgesellschaft mbH, p. 59 och 67). Den ekonomiska risk som övergår från Arbetsförmedlingen till leverantören utgörs av risken för att den arbetssökande inte väljer leverantören som utförare. Den risken påverkas inte av om ersättningen till leverantören för tjänstens utförande betalas helt eller delvis av Arbetsförmedlingen. Regeringen gör således bedömningen att ett kontrakt som

ingås av Arbetsförmedlingen vid en upphandling enligt lagen om valfrihetssystem utgör en tjänstekoncession.

Regeringen anser mot den bakgrunden att det bör skapas en laglig möjlighet för Arbetsförmedlingen att besluta att tillämpa valfrihetssystem enligt lagen om valfrihetssystem.

En ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

I prop. 2009/10:60 föreslår regeringen en ny lag om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare. I den lagen anges att lagen om valfrihetssystem ska tillämpas när Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem vid upphandling av etableringslotsar. I 5 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) föreskrivs att lagen om valfrihetssystem ska tillämpas när ett landsting har beslutat att införa ett vårdvalssystem. I promemorian föreslås att det införs en ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen där det anges att lagen om valfrihetssystem ska tillämpas när myndigheten tillhandahåller valfrihetssystem. Detta föreslogs också i lagrådsremissen.

Att regleringen av frågor om upphandling med valfrihetssystem är uppsplittrad i flera olika lagar gör regelsystemet mindre överskådligt. Det är naturligtvis en fördel om all upphandling av tjänster med valfrihetssystem regleras i en lag. *Lagrådet*, som kritiserar den valda systematiken, förordar en sådan lösning. En reformering av regelsystemet med den inriktningen tar emellertid tid att genomföra. Det är mycket viktigt att det så snart som möjligt skapas en laglig grund för Arbetsförmedlingen att tillhandahålla valfrihetssystem. Mot den bakgrunden anser regeringen att det lämpligaste i nuläget är att gå vidare med promemorians förslag om en ny lag. Regeringen kommer dock vid en framtida översyn av valfrihetssystemen att försöka tillmötesgå Lagrådets synpunkt för att åstadkomma en bättre systematik. I detta sammanhang kan noteras att Europeiska kommissionen aviserat att man avser att i år lägga fram ett lagförslag på koncessionsområdet (Se Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, KOM(2009)615 slutlig, Bryssel den 19 november 2009, s. 14).

I prop. 2009/10:60 föreslås att Arbetsförmedlingen ska ha en skyldighet att erbjuda nyanlända invandrare ett valfrihetssystem med etableringslotsar, dvs. att valfrihetssystem ska vara obligatoriskt. Av detta följer inte att valfrihetssystem måste vara obligatoriskt vid Arbetsförmedlingens upphandling av tjänster på andra områden. Det är inte enligt lagen om valfrihetssystem obligatoriskt för kommuner att införa valfrihetssystem. Att i lag göra det obligatoriskt att införa valfrihetssystem väcker frågan om exakt i vilka delar detta ska gälla. Vid införande av lagen om valfrihetssystem ansågs kommunerna själva vara de som bäst kan avgöra om valfrihetssystem är möjligt och lämpligt att införa och vilka delar av verksamheten som ska ingå i valfrihetssystemet. Detta synsätt gör sig gällande även i förhållande till Arbetsförmedlingen, bortsett från upphandlingen av etableringslotsar. Det bör därför inte vara genomgående obligatoriskt för myndigheten att tillämpa lagen om valfrihetssystem.

Kommuners möjligheter att medverka i arbetsmarknadspolitiska åtgärder styrs av kommunallagen (1991:900), lagen (2009:47) om vissa kommunala befogenheter och förordningen (2007:1364) om Arbetsförmedlingens samarbete med kommuner om arbetsmarknadspolitiska program. Dessa regler ger kommuner möjlighet att anordna arbetsmarknadspolitiska insatser eller aktiviteter i en utsträckning som är lämplig. Vid upphandling av tjänster finns det risk för en snedvridning av konkurrensen om en kommun agerar på en konkurrensutsatt marknad. Regeringen anser inte att det bör skapas någon möjlighet för kommuner att delta som en valbar aktör i ett valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen.

Regeringen föreslår att en ny lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen införs. Lagen innebär att Arbetsförmedlingen vid upphandling av tjänster får besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för arbets sökande. När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem ska myndigheten tillämpa lagen om valfrihetssystem.

6.2 Valfrihetssystem ska få tillhandahållas inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten

Regeringens förslag: Arbetsförmedlingen ska få tillhandahålla valfrihetssystem vid upphandling av tjänster inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (Ds 2010:1 s. 22).

Remissinstanserna: Endast *Konkurrensverket* har yttrat sig särskilt över förslaget i denna del. Verket förordar att det förtydligas att förslaget inte omfattar Arbetsförmedlingens upphandling av s.k. A-tjänster för att lagen inte ska riskera att tillämpas i strid med den direktivstyrda upphandling som gäller enligt EU-rätten.

Skälen för regeringens förslag: I lagen (2007:1091) om offentlig upphandling skiljer man på A-tjänster och B-tjänster. A-tjänster förtecknas i bilaga 2 till lagen, B-tjänster i bilaga 3. Tjänsterna i bilagorna 2 och 3 delas in i 27 olika kategorier. Till A-tjänsterna (kategori 1–16) räknas sådana tjänster som till sin art lättare kan bli föremål för gränsöverskridande handel, t.ex. underhåll och reparation av maskinutrustning, landtransporter, datatjänster och finansiella tjänster. Till B-tjänsterna (kategori 17–27) räknas tjänster som normalt lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel, bl.a. hotell- och restaurangtjänster, undervisning och yrkesutbildning samt hälsovård och socialtjänster. EU:s upphandlingsdirektiv är endast i begränsad omfattning tillämpligt på offentlig upphandling av B-tjänster.

I Arbetsförmedlingens arbetsmarknadspolitiska verksamhet är det framför allt aktuellt att upphandla B-tjänster inom kategori 22 (rekrytering och urval av personal, med undantag av anställningskontrakt), kategori 24 (undervisning och yrkesutbildning), kategori 25 (hälsovård och socialtjänster) och kategori 27 ("övriga tjänster", med undantag av kontrakt som avser förvärv, utveckling, produktion eller samproduktion som utförs av radio- och TV-bolag samt kontrakt om sändningstider).

Kategori 22 omfattar t.ex. personalförmedling och förmedling av vissa angivna kategorier av personal, t.ex. kontorspersonal. Kategori 24 omfattar en lång rad utbildningar, t.ex. datakurser, personlighetsutvecklande utbildning och olika former av yrkesutbildning. Kategori 25 omfattar t.ex. jobbsökningstjänster, vägledning och rådgivning samt rehabiliteringstjänster och yrkesrehabilitering. Kategori 27 utgör ett slags restpost som omfattar alla tjänster som inte i övrigt nämns i bilagorna 2 och 3 till lagen om offentlig upphandling.

I dag kan lagen (2008:962) om valfrihetssystem bara tillämpas i den kommunala sektorn för sådana tjänster inom hälsovård och socialtjänster som är upptagna som B-tjänster i kategori 25 i bilaga 3 till lagen om offentlig upphandling, dock inte barn- och ungdomsomsorg. Eftersom ett kontrakt enligt lagen om valfrihetssystem är en tjänstekoncession, som lagen om offentlig upphandling och bakomliggande EU-direktiv i princip inte är tillämpliga på, utgör hänvisningen till bilaga 3 i lagen om offentlig upphandling bara ett sätt att beskriva vilka tjänster lagen om valfrihetssystem är tillämplig på. Det är inte nödvändigt med hänsyn till EU-rätten att på detta sätt i lagen precisera exakt vilka kategorier av tjänster som ett valfrihetssystem kan tillämpas på. Det är i och för sig möjligt att beskriva tillämpningsområdet på ett annat sätt, som inte är kopplat till den indelning av tjänster som finns i lagen om offentlig upphandling och det bakomliggande EU-rättsliga regelverket, t.ex. genom att direkt i lagtexten ange vilka tjänster lagen är tillämplig på.

Arbetsförmedlingens upphandling inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten avser i praktiken framför allt B-tjänster, och kontrakt som sluts efter upphandling enligt lagen om valfrihetssystem är tjänstekoncessioner som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv. Det finns mot den bakgrunden enligt regeringens uppfattning inte tillräckliga skäl för att, som *Konkurrensverket* och *Lagrådet* föreslår, undanta A-tjänster för att lagen inte ska riskera att tillämpas i strid med EU-rätten.

I propositionen Lag om valfrihetssystem noterade regeringen att den valda kategorin av tjänster för den kommunala sektorn omfattar även tjänster vilka knappast lämpar sig för ett valfrihetssystem, t.ex. ambulanstransporter och patologiska tjänster. Regeringen gjorde emellertid bedömningen att en begränsning av tillämpningsområdet till ett visst antal s.k. CPV-koder, som närmare beskriver vilka tjänster en viss kategori innefattar, skulle medföra risk för gränsdragningsproblem. Därför föreslog regeringen inte någon sådan begränsning (prop. 2008/09:29 s. 59), förutom i fråga om barn- och ungdomsomsorg där de valfrihetssystem som redan finns regleras genom skollagstiftningen (a. prop. s. 60). Regeringen var vidare av den uppfattningen att den upphandlande kommunala myndigheten är den som bäst avgör om ett valfrihetssystem ska införas och vilka tjänster som i så fall ska omfattas, varför det inte ansågs finnas något praktiskt problem med att inte begränsa antalet CPV-koder inom kategorin.

Även i fråga om Arbetsförmedlingen finns det risk för gränsdragningsproblem om det i lagen preciseras exakt vilka kategorier av tjänster som ett valfrihetssystem kan tillämpas på. Arbetsförmedlingen avgör bäst själv om ett valfrihetssystem ska införas och vilka tjänster som i så fall ska omfattas. Till detta kommer att lagtexten blir förhållandevis svårtillgänglig med en sådan hänvisningsteknik som används i lagen om val-

frihetssystem. Om reglerna i lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen kan ges en enklare utformning utan att det leder till några tillämpningsproblem är detta att föredra. Det kan inte antas leda till några praktiska problem för Arbetsförmedlingen om tjänsterna beskrivs utan hänvisning till olika kategorier och CPV-koder. För Arbetsförmedlingen torde det vara bättre att avgränsa tjänsterna genom att i stället anknyta till myndighetens ansvarsområde. Ansvarsområdet definieras i 1 § förordningen (2007:1030) med instruktion för Arbetsförmedlingen. Där anges att Arbetsförmedlingen ansvarar för den offentliga arbetsförmedlingen och dess arbetsmarknadspolitiska verksamhet.

Regeringen föreslår därför att Arbetsförmedlingen får besluta att tillämpa valfrihetssystem för tjänster inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet. Detta innebär att det inte ska finnas några lagliga begränsningar i fråga om vilka tjänster som ett valfrihetssystem kan tillhandahållas för, så länge myndigheten håller sig inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten.

6.3 Arbetsförmedlingen ska tillämpa förvaltningslagens bestämmelser om jäv

Regeringens förslag: Arbetsförmedlingen ska tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (Ds 2010:1 s. 24).

Remissinstanserna: Endast *Akademikerförbundet SSR* har yttrat sig särskilt över förslaget i denna del. Förbundet anser att de argument som anförs i promemorian inte är tillräckligt starka för att förslaget ska kunna tillstyrkas. Som det får förstås anser förbundet att Arbetsförmedlingen vid tillämpningen av lagen om valfrihetssystem ska tillämpa förvaltningslagen i dess helhet och inte endast bestämmelserna om jäv.

Skälen för regeringens förslag: Enligt 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem ska förvaltningslagen inte tillämpas vid handläggningen av ärenden enligt lagen. Även om förvaltningslagens regler inte är tillämpliga är grundläggande krav på rättssäkerhet ändå uppfyllda, t.ex. finns jävsbestämmelser för kommunala myndigheter i kommunallagen (1991:900). Eftersom leverantörer enligt lagen om valfrihetssystem får ansöka om rättelse hos allmän förvaltningsdomstol ges också en möjlighet till domstolsprövning. I 4 kap. 5 § lagen om valfrihetssystem finns vidare en bestämmelse om att 10 § förvaltningslagen ska tillämpas vid bedömningen av när en handling ska anses inkommen till den upphandlande myndigheten.

Frågan är om Arbetsförmedlingen, trots 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem, ska tillämpa förvaltningslagen vid tillhandahållande av valfrihetssystem. Enligt *Lagrådet* bör det föreskrivas att Arbetsförmedlingen vid tillämpningen av den nu föreslagna lagen ska tillämpa förvaltningslagen i den utsträckning förfarandet inte är reglerat i lagen om valfrihetssystem.

I förvaltningslagen finns regler om förfarandet vid handläggning av ärenden hos förvaltningsmyndigheter. Förvaltningslagens bestämmelser gäller så länge inte några avvikande bestämmelser har meddelats i någon annan författning. I sådana fall ska bestämmelserna i förvaltningslagen inte tillämpas (3 § första stycket förvaltningslagen). Lagen om valfrihetssystem anvisar särskilda förfaranderegler för upphandling av valfrihetssystem som avviker från förvaltningslagens. Exempelvis kan en leverantör som inte godkänts av den upphandlande myndigheten inte överklaga ett sådant beslut utan får i stället ansöka om rättelse (9 kap. 1 §). Avsikten är således att förvaltningslagens regler om överklagande inte ska gälla. Avsikten är också att förvaltningslagens bestämmelser om muntlig handläggning, kommunikation och omprövning inte ska gälla. Att i den föreslagna lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen föreskriva att förvaltningslagen ska tillämpas, trots 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem, skulle innebära att två uppsättningar av förfaranderegler med delvis olika syften konkurrerar vid Arbetsförmedlingens upphandling. Detta skulle innebära risk för tillämpningsproblem och konflikter i förhållande till syftet med den särskilda regleringen i lagen om valfrihetssystem. För att undvika detta bör förvaltningslagen inte vara tillämplig när Arbetsförmedlingen upphandlar med valfrihetssystem. På det viset blir det också tydligt för Arbetsförmedlingen att det är förfaranderegler i lagen om valfrihetssystem som ska gälla vid sådana upphandlingar. Eftersom lagen inte innehåller några bestämmelser om jäv, bör det dock särskilt anges att jävsbestämmelserna i 11 och 12 §§ förvaltningslagen ska tillämpas när Arbetsförmedlingen genomför sådana upphandlingar. Det nu anförda innebär att regeringen inte följer Lagrådets synpunkt.

Regeringen föreslår därför att Arbetsförmedlingen ska tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen.

7 Facklig vetorätt vid upphandling med valfrihetssystem

Regeringens förslag: Bestämmelserna om facklig vetorätt i lagen om medbestämmande i arbetslivet ska vara tillämpliga vid ett upphandlingsförfarande enligt lagen om valfrihetssystem i samma utsträckning som gäller vid ett förfarande enligt lagen om offentlig upphandling.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (Ds 2010:1 s. 26).

Remissinstanserna: Flertalet remissinstanser har inget att invända mot förslaget, bl.a. *Arbetsdomstolen*, *Almega* samt *Sveriges Kommuner och Landsting*. *Svenskt Näringsliv* har inte yttrat sig i denna del. *Företagarna* anser att den fackliga vetorätten i lagen om medbestämmande i arbetslivet, förkortad medbestämmandelagen, bör slopas helt. *Sveriges Akademikers Centralorganisation* beklagar att det fackliga inflytandet begränsas men anser att ändringen är begriplig så länge motsvarande

begränsning gäller vid upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. *Akademikerförbundet SSR* ställer sig dock tveksamma till förslaget.

Landsorganisationen i Sverige (LO) och *Tjänstemännens Centralorganisation (TCO)* motsätter sig förslaget. LO anser att det vid all offentlig upphandling ska vara möjligt att utesluta en tilltänkt leverantör, om åtgärden att anlita denna medför att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde. TCO anför att den nuvarande ordningen vid offentlig upphandling omöjliggör för fackliga organisationer att ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor.

Skälen för regeringens förslag: Innan en arbetsgivare fattar beslut om att, utan att ett anställningsförhållande uppstår, låta någon annan utföra arbete för arbetsgivarens räkning eller i arbetsgivarens verksamhet ska enligt 38 § medbestämmandelagen förhandling ske med den organisation arbetsgivaren har kollektivavtal med. Undantag från denna förhandlings-skyldighet samt en rätt för arbetsgivaren att under vissa förutsättningar verkställa beslut utan att förhandlings-skyldigheten har fullgjorts finns i paragrafens andra och tredje stycken.

Har förhandling enligt 38 § medbestämmandelagen ägt rum har den centrala arbetstagarorganisationen eller, om en sådan inte finns, den lokala kollektivavtalsbärande organisationen en möjlighet att under vissa förutsättningar hindra att det av arbetsgivaren planerade beslutet verkställs. Arbetsgivaren får inte fatta eller verkställa ett beslut om organisationen förklarar att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal åsidosätts eller att den på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde. Facket har således en vetorätt mot arbetsgivarens beslut om åtgärder i dessa fall. Enligt 40 § medbestämmandelagen krävs dock att arbetstagarorganisationen har fog för sin ståndpunkt för att förbud mot att fatta eller verkställa beslutet ska inträda.

Den fackliga vetorätten är begränsad när det gäller beslut som arbetsgivaren fattar inom ramen för en offentlig upphandling. En förklaring från den fackliga organisationen får i dessa fall bara grunda sig på omständigheter som anges i 10 kap. 2 § och 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling samt liknande bestämmelser i lagen (2007:1092) om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Enligt 10 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören (1) är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud, (2) är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande, (3) genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen, (4) har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta, (5) inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller (6) i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna bestämmelse. Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott

avseende yrkesutövningen eller gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Grundas arbetstagarorganisationens förklaring vid offentlig upphandling på andra omständigheter än dessa inträder enligt 40 § medbestämmandelagen inget förbud mot att verkställa beslutet.

Bakgrunden till begränsningen i den fackliga vetorätten i dessa situationer är att en upphandlande myndighet inte ska riskera att hamna i en situation där en leverantör i princip måste väljas utifrån upphandlingsreglerna samtidigt som arbetstagarorganisationen kan förklara att beslutet inte får verkställas. Arbetsgivaren riskerar i en sådan situation att drabbas av skadeståndsskyldighet utifrån antingen upphandlingslagarna eller medbestämmandelagen. Lagarna om offentlig upphandling bygger på EU-direktiv på området, och det torde inte finnas något utrymme i dessa direktiv för att låta den fackliga vetorätten enligt medbestämmandelagen påverka upphandlingsförfarandet, såvida det inte rör sig om omständigheter som kan utgöra grund för uteslutning av en leverantör.

När lagen om valfrihetssystem infördes uppmärksammades inte frågan om hur lagen förhåller sig till den fackliga vetorätten. Förhandlingskyldigheten enligt 38 § medbestämmandelagen inträder enligt regeringens uppfattning i dessa situationer på motsvarande sätt som vid förfaranden enligt lagen om offentlig upphandling. Detta får till följd att även den fackliga vetorätten gäller i fråga om varje beslut om tilldelande av kontrakt som en upphandlande myndighet fattar inom ramen för ett förfarande enligt lagen om valfrihetssystem.

Även när det gäller upphandling enligt lagen om valfrihetssystem kan en konflikt i princip uppkomma mellan den fackliga vetorätten enligt medbestämmandelagen och den upphandlande myndighetens möjligheter att bortse från en leverantör som deltar i förfarandet. Den upphandlande myndigheten ska godkänna samtliga de leverantörer som uppfyller de kriterier som i förfrågningsunderlaget uppställts för den aktuella tjänsten. En leverantör får dock uteslutas på de grunder som anges i 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem. De omständigheter som får ligga till grund för uteslutning är desamma som enligt det nyss anförda gäller enligt lagen om offentlig upphandling. Den upphandlande myndigheten kan bli skadeståndsskyldig om en leverantör utesluts på annan grund.

För att en myndighet som tillämpar lagen om valfrihetssystem inte ska kunna hamna i en situation med oförenliga skyldigheter enligt olika regelverk, bör den fackliga vetorätten enligt medbestämmandelagen justeras i likhet med vad som redan gäller vid upphandling enligt lagen om offentlig upphandling. Valfrihetssystemet erbjuder ett alternativt förfarande till offentlig upphandling och den upphandlande myndigheten är på samma sätt som vid sådan upphandling styrd av lagens förutsättningar för att kunna utesluta en leverantör. Även i dessa fall bör därför den fackliga vetorätten gälla endast när åberopade omständigheter kan utgöra grund för uteslutning av en leverantör.

Regeringen föreslår därför att bestämmelserna om facklig vetorätt i medbestämmandelagen ska vara tillämpliga vid ett upphandlingsförfarande enligt lagen om valfrihetssystem i samma utsträckning som gäller vid ett förfarande enligt lagen om offentlig upphandling.

I 40 § första stycket andra meningen medbestämmandelagen används begreppet ”offentlig upphandling”. Detta begrepp är förknippat med lagen om offentlig upphandling men däremot inte med vare sig lagen om

upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen om valfrihetssystem. Lagtexten behöver därför förtydligas så att det klart framgår i vilka fall förbud inte inträder vid upphandling. Även sambandet mellan reglerna i 39 och 40 §§ bör klargöras i detta hänseende.

8 Ikraftträdande

Regeringens förslag: Lagändringarna ska träda i kraft den 1 juli 2010.

Promemorians förslag: Överensstämmer med regeringens förslag (Ds 2010:1 s. 30).

Remissinstanserna: *Arbetsförmedlingen* vill att lagändringarna träder i kraft redan den 1 maj 2010. Detta skulle enligt myndigheten möjliggöra att övergången till ett valfrihetssystem kan ske utan att myndigheten behöver förlänga befintliga avtal som löper ut vid halvårsskiftet, i vart fall inte under någon längre tid.

Landsorganisationen i Sverige anser att ett ikraftträdande den 1 juli 2010 inte möjliggör det förberedelsearbete som är nödvändigt för att de nya reglerna ska kunna hanteras korrekt.

Skälen för regeringens förslag: De föreslagna lagändringarna innebär bl.a. att det skapas möjlighet för Arbetsförmedlingen att vid upphandling av tjänster inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten tillhandahålla ett valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem. Förslaget innebär inte att det blir obligatoriskt att tillhandahålla ett valfrihetssystem vid en viss tidpunkt. Ett valfrihetssystem bör naturligtvis inte tillhandahållas förrän Arbetsförmedlingen i praktiken är redo för detta. Arbetsförmedlingen avgör när det nödvändiga förberedelsearbetet är gjort så att den nya ordningen kan tillämpas på ett korrekt sätt. Konkurrensverket fyller här en viktig funktion i egenskap av expertmyndighet för upphandlingsfrågor och tillsynsmyndighet enligt lagen om valfrihetssystem.

Att tillhandahållande av ett valfrihetssystem kräver ett visst förberedelsearbete utgör mot den bakgrunden inget skäl för att avvakta med ett ikraftträdande av lagändringarna. De föreslagna lagändringarna bör enligt regeringen träda i kraft snarast möjligt, dvs. den 1 juli 2010.

9 Konsekvenser

De föreslagna regelförändringarna syftar till att förbättra arbetsmarknadens funktionssätt genom att skapa en möjlighet för Arbetsförmedlingen att vid upphandlingar tillhandahålla ett valfrihetssystem, när ett sådant system för myndigheten framstår som arbetsmarknadspolitiskt motiverat. Förslagen bedöms inte få några ekonomiska konsekvenser för Arbetsförmedlingen.

Förslaget innebär vissa tillkommande uppgifter och initiala kostnader för Konkurrensverket i verkets egenskap av tillsynsmyndighet enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem. Regeringen avser därför att öka Konkurrensverkets anslag med 400 000 kronor för 2011.

När det gäller konsekvenser för domstolarnas verksamhet kan lagförslaget förväntas medföra endast ett fåtal ansökningar om rättelse enligt lagen om valfrihetssystem. Förslaget motiverar inte någon ökad resurstilldelning till domstolsväsendet.

Vissa administrativa kostnader kan uppstå för de företag som väljer att ingå i ett valfrihetssystem. Att kvantifiera dessa kostnader i nuläget är inte möjligt. De administrativa kostnaderna för företagen blir dock mindre med lagen om valfrihetssystem i jämförelse med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Företagen behöver inte räkna på ett pris eller lägga stora resurser på att lägga anbud som sedan inte leder till ett kontrakt. Det räcker att företaget kan kvalificera sig, dvs. att det uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Detta är särskilt betydelsefullt för små företag som har begränsade resurser för att lägga anbud.

En tillämpning av lagen om valfrihetssystem kan öppna upp nya marknader att konkurrera på, vilket bör leda till tillväxt av både nya och redan etablerade företag. Genom den ökade konkurrenssituationen bör i förlängningen systemet också kunna leda till högre kvalitet på de tjänster som utförs.

Förslagen förväntas inte ha några konsekvenser som påverkar Sveriges åtaganden inom EU.

Regeringen delar ILO-kommitténs bedömning att förslagen inte står i strid med Sveriges åtaganden enligt någon ILO-konvention som Sverige har ratificerat.

10 Författningskommentar

10.1 Förslaget till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

1 §

Paragrafen innebär att Arbetsförmedlingen får tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom den arbetsmarknadspolitiska verksamheten, t.ex. tjänster från kompletterande aktörer som erbjuder personlig jobbcoach. De tjänster som Arbetsförmedlingen kan upphandla med valfrihetssystem är inte begränsade till en viss kategori som anges i bilaga till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling på det sätt som gäller för kommunala myndigheter enligt 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem.

Förslaget behandlas i avsnitt 6.1 och 6.2.

2 §

Paragrafen innebär att Arbetsförmedlingen ska tillämpa lagen om valfrihetssystem. Begreppen leverantör, tjänst och upphandlande myndighet får vid Arbetsförmedlingens tillämpning av lagen delvis en annan innebörd än den som framgår av definitionerna i 2 kap. lagen om valfrihetssystem. Även vid Arbetsförmedlingens tillämpning av lagen ska emellertid med leverantör avses också en grupp av leverantörer.

Förslaget behandlas i avsnitt 6.1.

3 §

Paragrafen innebär att Arbetsförmedlingen ska tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223). Av 1 kap. 3 § lagen om valfrihetssystem följer att förvaltningslagen i övrigt inte ska tillämpas vid handläggningen (se dock 4 kap. 5 § lagen om valfrihetssystem).

Förslaget behandlas i avsnitt 6.3.

10.2 Förslaget till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

39 §

Paragrafen reglerar arbetstagarorganisationers vetorätt. Vid offentlig upphandling får vetorätten grundas endast på sådana omständigheter som kan utgöra grund för att utesluta en leverantör från en upphandling, t.ex. att leverantören är i konkurs eller likvidation eller är underkastad näringsförbud. Ett tillägg har gjorts beträffande 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, som innehåller motsvarande bestämmelser om uteslutning av en leverantör som i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Det bör observeras att upphandling enligt lagen om valfrihetssystem kan komma att ske med stöd av andra lagar, nämligen hälso- och sjukvårdslagen (1982:763), den i propositionen Nyanlända invandrades arbetsmarknadsetablering – egenansvar med professionellt stöd (prop. 2009/10:60) föreslagna lagen om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare och den här föreslagna lagen om valfrihet hos Arbetsförmedlingen. Även när upphandling med valfrihetssystem sker med stöd av dessa lagar får vetorätten grundas endast på sådana omständigheter som kan utgöra grund för att utesluta en leverantör enligt 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

Förslaget behandlas i avsnitt 7.

40 §

I paragrafen anges när ett veto enligt 39 § inte inträder. Ett tillägg har gjorts beträffande 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem, som innehåller bestämmelser om uteslutning av leverantörer.

Förslaget behandlas i avsnitt 7.

Förslag till lag om valfrihet hos Arbetsförmedlingen

Häri genom föreskrivs följande.

1 § Arbetsförmedlingen får besluta att tillhandahålla valfrihetssystem för tjänster som upphandlas inom myndighetens arbetsmarknadspolitiska verksamhet.

I 11–13 §§ lagen (2010:000) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare finns särskilda bestämmelser om valfrihetssystem vid Arbetsförmedlingens upphandling.

2 § När Arbetsförmedlingen tillhandahåller valfrihetssystem, ska myndigheten tillämpa lagen (2008:962) om valfrihetssystem. Vid tillämpningen ska, trots 2 kap. 3, 6 och 7 §§ lagen om valfrihetssystem, med

1. *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster som avses i 1 § första stycket,
2. *tjänst* avses sådan tjänst som framgår av 1 § första stycket, och
3. *upphandlande myndighet* avses Arbetsförmedlingen.

3 § Arbetsförmedlingen ska, trots 1 kap. 3 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem, tillämpa bestämmelserna om jäv i 11 och 12 §§ förvaltningslagen (1986:223).

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

Förslag till lag om ändring i lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet

Härigenom föreskrivs att 39 och 40 §§ lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet ska ha följande lydelse.

Nuvarande lydelse

Föreslagen lydelse

39 §¹

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tillänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig *upphandling* eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får en sådan förklaring göras endast om den grundar sig på omständigheter som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen om offentlig *upphandling* eller 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Har förhandling enligt 38 § ägt rum och förklarar den centrala arbetstagarorganisationen eller, om sådan inte finns, den arbetstagarorganisation som har slutit kollektivavtalet, att den av arbetsgivaren tillänkta åtgärden kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden annars strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde, får åtgärden inte beslutas eller verkställas av arbetsgivaren. Vid upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig *upphandling*, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2008:962) om valfrihetssystem får en sådan förklaring göras endast om den grundar sig på omständigheter som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen om offentlig *upphandling*, 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller 7 kap. 1 § lagen om valfrihetssystem.

¹ Senaste lydelse 2007:1095.

40 §²

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid offentlig upphandling har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig *upphandling* eller 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, *skall* 39 § inte tillämpas.

Förbud enligt 39 § inträder inte, om arbetstagarorganisationen saknar fog för sin ståndpunkt. Förbud inträder inte heller, om arbetstagarorganisationen vid offentlig upphandling har grundat sin förklaring på andra omständigheter än som sägs i 10 kap. 2 § samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1091) om offentlig *upphandling*, 10 kap. 2 och 3 §§ samt 15 kap. 13 § lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster *eller 7 kap. 1 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem*.

Har arbetsgivaren med stöd av 38 § tredje stycket verkställt beslut i den fråga som förhandlingen avser, *ska* 39 § inte tillämpas.

Denna lag träder i kraft den 1 juli 2010.

² Senaste lydelse 2007:1095.

Förteckning över remissinstanser

Prop. 2009/10:146
Bilaga 2

Arbetsdomstolen
Länsrätten i Stockholms län
Migrationsverket
Försäkringskassan
Socialstyrelsen
Arbetsgivarverket
Kammarkollegiet
Konkurrensverket
Regelrådet
Diskrimineringsombudsmannen
Arbetsförmedlingen
ILO-kommittén
Svenskt Näringsliv
Almega
Företagarna
Sveriges Kommuner och Landsting
Tjänstemännens Centralorganisation
Sveriges Akademikers Centralorganisation
Landsorganisationen i Sverige

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 arbetsökande 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 valfrietssystem i en gemensam lag. Lagrådet förordar att så sker.

Även om lagen om valfrietssystem 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 valfrietssystem vara att föredra.

Tjänstekoncession

I remissen hävdas att ett kontrakt enligt lagen om valfrietssystem – 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 valfrietssystem 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 bygg-

koncession 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 tjänsteverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten och att sättet på vilket tjänsteverantören 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.

Utdrag ur protokoll vid regeringssammanträde den 11 mars 2010

Närvarande: Statsministern Reinfeldt, ordförande, och statsråden Olofsson, Odell, Bildt, Ask, Husmark Pehrsson, Larsson, Erlandsson, Carlgren, Hägglund, Björklund, Carlsson, Littorin, Borg, Sabuni, Billström, Björling

Föredragande: Sven Otto Littorin

Regeringen beslutar proposition 2009/10:146 Valfrihetssystem hos Arbetsförmedlingen