

Nordanstigs kommun
Kommunstyrelseförvaltningen
Box
820 70 Bergsjö

Nordanstigs kommun – Valfrihetssystem för hemtjänst

Konkurrensverkets beslut

Nordanstigs kommun har brutit mot 1 kap. 2 § lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV) genom att i valfrihetssystem för hemtjänst uppställa villkor som på ett otillåtet sätt begränsar leverantörers rätt att anlita underleverantörer samt villkor som på ett otillåtet sätt reglerar de tilläggstjänster som leverantörer har rätt att utföra.

Ärendet

Som ett led i vår tillsyn av LOV har vi granskat ert förfrågningsunderlag "Gällande hjälp i hemmet enligt Socialtjänstlagen (SoL)" som finns publicerat på Valfrihetswebben. Vid granskningen uppmärksammade vi följande delar i förfrågningsunderlaget:

1.13 Underleverantörer till utförare:

Underleverantör kan anlitas för att utföra vissa uppgifter (städning, tvätt eller inköpsärenden) inom serviceinsatser.

1.15 Tilläggstjänster:

En utförare som tecknat avtal med kommunen har möjlighet att erbjuda kunderna så kallade tilläggstjänster [...] om följande förutsättningar är uppfyllda:

- *Tilläggstjänst faktureras av utföraren direkt till kunden (inte kontant betalning).*

- *Kundens nyttjande av tilläggstjänster ska dokumenteras genom en av kunden undertecknad beställningshandling i vilken tjänstens innehåll och kostnad redovisas till kunden.*
- *Utföraren ska, om kommunen begär det, kunna redovisa för kommunen vilka tilläggstjänster de utfört hos kommunens kunder och dess tjänster omfattning.*

Ni har uppgett att ni, efter att ha fört dialog med andra kommuner som redan infört LOV, ansett det relevant att begränsa leverantörers nyttjande av underleverantörer. Ni har även uppgett att ni har fört en dialog med de privata aktörerna avseende kravställningen och att de inte har haft några synpunkter på eller påtalat att begränsningen i nyttjandet av underleverantörer är ett hinder för deras verksamheter.

Avseende tilläggstjänster har ni uppgett att det under pågående revideringsarbete förts diskussioner om att kravet rörande tilläggstjänster ska ändras till att enbart avse en skyldighet för leverantören att till er lämna statistik över vilka tilläggstjänster som utförts samt i vilken omfattning.

Ni har vidare uppgett att det nuvarande kravet avseende tilläggstjänster grundar sig i att ni anser att det är av största vikt att det tydligt framgår för brukaren att det är just en tilläggstjänst och inget som ingår i vare sig biståndsbeslutet eller i den ordinarie hemtjänstens åtagande och taxa. Därför ställs krav på att tilläggstjänsten ska faktureras direkt till brukaren utan er inblandning samt att brukaren ska ha skrivit på en beställningshandling avseende tilläggstjänsten.

Att ni ställer som krav att leverantören ska kunna redovisa vilka tilläggstjänster och i vilken omfattning de utförts anser ni är relevant för uppföljningen av såväl innehållet i underlaget som för brukarnas behov av denna typ av tjänster i stort.

Ni har fått möjlighet att yttra er över vårt utkast till beslut, men ni har valt att inte lämna något yttrande.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över valfrihetssystemslagstiftningen i syfte att öka regel- efterlevnaden och att bidra till en effektiv tillämpning av valfrihetssystemen. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut.

Rättsläget

Ett av syftena med valfrihetssystem är att skapa en mångfald av leverantörer som den enskilde kan välja mellan, vilket i sin tur leder till konkurrens och förbättrad kvalitet till nytta för den enskilde.¹

¹ Prop. 2008/09:29, s. 62.

Grunden i valfrihetssystem är att alla leverantörer som uppfyller kraven ska kunna vara med och tävla på lika villkor. Det skapar god konkurrens mellan leverantörerna vilket är till nytta för den enskilde som brukar den tjänst som valfrihetssystemet avser.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iaktta principerna om öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet när de tillämpar valfrihetssystem. Det följer av 1 kap. 2 § LOV. De grundläggande principerna i 1 kap. 2 § LOV är desamma som gäller enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven måste också vara kopplade till föremålet för upphandlingen, det så kallade kontrakt föremålet.²

Det finns ingen entydig rättspraxis från EU-domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen i frågan om hur en proportionalitetsbedömning generellt ska göras i offentliga upphandlingar eller i ett valfrihetssystem. I det här ärendet gör vi en helhetsbedömning av om de ifrågasatta villkoren gällande underleverantörer och tilläggstjänster är förenliga med proportionalitetsprincipen.

Konkurrensverkets bedömning

Ni har i förfrågningsunderlaget uppställt villkor om att underleverantörer endast kan anlitas för att utföra vissa uppgifter (städning, tvätt eller inköpsärenden). Ni har även uppställt villkor för så kallade tilläggstjänster. Utifrån de skäl som ni har anfört anser vi inte att de ifrågasatta villkoren är förenliga med proportionalitetsprincipen.

Vi anser att kravet som begränsar en leverantörs möjlighet att använda sig av underleverantörer kan medföra att färre leverantörer ansluter sig till valfrihetssystemet. Konsekvensen av att färre leverantörer ansluter sig blir en minskad valfrihet för den enskilde medborgaren och villkoret kan därför enligt vår mening motverka det grundläggande syftet med LOV, dvs. att skapa en mångfald av leverantörer.

Som förklaring till varför ni har uppställt ett villkor som begränsar användandet av underleverantörer har ni uppgett att det var "relevant" att införa denna begränsning samt att "de privata aktörerna" inte har ansett att begränsningen utgjorde ett hinder för deras verksamheter. Ni har, trots upprepade frågor från oss, inte närmare uppgett på vilket sätt eller varför ni ansett det relevant att införa begränsningen av användandet av underleverantörer.

² Se bl.a. mål C-513/99 *Concordia Bus Finland*, p. 69 samt C-448/01 *EVN och Wienstrom*, p. 34.

Vid tolkningen av om ett villkor i ert förfrågningsunderlag är förenligt med principerna i LOV har inte frånvaron av synpunkter från privata aktörer någon betydelse. Vi anser att det finns skäl för er att ha kontroll över vilka underleverantörer som utför arbete inom valfrihetssystemet. Detta både för att ni ska kunna följa upp det utförda arbetet och för att ni ska kunna säkerställa att underleverantörerna har erforderlig kompetens. Enligt vår uppfattning får detta anses säkerställt genom de villkor ni har uppställt i förfrågningsunderlaget i punkterna 1.13 och 3.2. Där anges att (i) det ska framgå av ansökan vilka uppgifter som kommer att utföras av underleverantörer, att (ii) eventuella tillkommande underleverantörer under avtalstiden på förhand ska godkännas av kommunen samt att (iii) utföraren ansvarar för att anlita underleverantörer uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Det villkor som ni har ställt upp som möjliggör för leverantörer att anlita underleverantörer endast för utförande av vissa uppgifter kan därför inte anses nödvändigt.

Era villkor avseende hur en tilläggstjänst ska beställas samt hur fakturering och redovisning av utförda tilläggstjänster ska ske är inte heller förenliga med proportionalitetsprincipen.

Enligt proportionalitetsprincipen får, som framgått ovan, inga krav på leverantören vara större än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Dessutom måste kraven vara kopplade till kontraktsföremålet.³ I förevarande fall är det hemtjänst som utgör kontraktsföremålet. Tilläggstjänsterna bygger på en överenskommelse mellan brukaren och leverantören och betalas av brukaren själv. Detta sker helt utan er inblandning. Därmed ska tilläggstjänsterna ses som fristående från kontraktsföremålet.

Ni har uppgett att kraven rörande fakturering och beställning av tilläggstjänster syftar till att göra det tydligt för den enskilde brukaren vad som ingår i ett biståndsbeslut respektive vad som utgör en tilläggstjänst.

Omfattningen av brukarens rätt till hemtjänst framgår av biståndsbeslutet. Det är ert ansvar att detta utformas på ett sådant sätt att hemtjänstens omfattning är tydlig för brukaren.

I förfrågningsunderlaget uppställs ett antal villkor som är ägnade att medföra att leverantören bidrar till att tydliggöra för brukaren vad som ingår i ett biståndsbeslut respektive vad som utgör en tilläggstjänst. Leverantören har ansvar för att det är tydligt för brukaren när en tilläggstjänst erbjuds. Det framgår även att brukaren aldrig har skyldighet att använda sig av leverantörens tilläggstjänster. Därtill utgör det grund för omedelbar hävning av avtalet mellan er och leverantören om leverantören täcker en brukares utökade behov av hemtjänst genom att

³ Se bl.a. mål C-513/99 *Concordia Bus Finland*, p. 69 samt C-448/01 *EVN och Wienstrom*, p. 34.

utföra tilläggstjänster istället för att meddela det utökade behovet till era biståndshandläggare.

Mot denna bakgrund är vår bedömning att det går att åtgärda eventuella otydligheter avseende vad som ingår i ett biståndsbeslut respektive vad som utgör en tilläggstjänst på annat sätt än de villkor som ni har uppställt.

Ni har uppgett att villkoret på att leverantören ska kunna redovisa vilka tilläggstjänster som utförts och i vilken omfattning syftar till att ge er underlag för uppföljning av såväl "innehållet i underlaget" som brukarnas behov av tilläggstjänster.

Villkoret avser redovisning av utförda tilläggstjänster. Föremålet för upphandlingen är hemtjänst. De skäl som ni har uppgett motiverar inte förekomsten av villkoret. Vi anser inte att skälet till varför villkoret har ställts upp är ändamålsenligt. Uppföljningen kan ske på annat sätt.

Slutsats

Vi anser att villkoret som förhindrar att leverantören i valfrihetssystemet för hemtjänst anlitar underleverantör för andra uppgifter än städning, tvätt eller inköpsärenden inte är förenligt med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 2 § LOV.

Vi anser att villkoren avseende (i) hur leverantören i valfrihetssystemet för hemtjänst ska ta betalt för tilläggstjänster, (ii) hur leverantören får ta emot en beställning av tilläggstjänster från en brukare samt (iii) att leverantören ska kunna redovisa för er vilka tilläggstjänster, inklusive tjänsternas omfattning, som leverantören har utfört åt brukare av hemtjänst inte är förenliga med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 2 § LOV.

Detta beslut kan komma att följas upp.

Detta beslut har fattats av stf. generaldirektören. Föredragande har varit Axel Asp.

Kristina Geiger

Axel Asp

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1.

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats