

Socialdepartementet
Enheten för socialtjänst och funktionshinderspolitik,
Äldre- och funktionshindersgruppen
s.remissvar@regeringskansliet.se

Handlingsplan för en långsiktig utveckling av tolktjänst för döva med flera (SOU 2022:11)

Inledning

Upphandlingsmyndigheten yttrar sig härmed över ovan nämnda utredning.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att verka för rättssäkra, effektiva och hållbara upphandlingar till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling samt att ge vägledning till kommuner och regioner i statsstödsfrågor. Yttrandet fokuserar därför uteslutande på de delar av betänkandet som rör offentlig upphandling och statsstöd.

Övergripande synpunkter

Upphandlingsmyndigheten ser positivt på utredningens arbete för att uppnå ett mer samordnat och ändamålsenligt system för tolktjänster för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet. Det är av stor vikt att åtgärda de brister som upphandlande myndigheter, enskilda brukare och leverantörer upplever vad gäller tillhandahållandet av dessa tjänster.

Upphandlingsmyndigheten har ingen erinran mot att det införs möjligheter för regioner att inrätta valfrihetssystem beträffande aktuella tjänster.

Ert datum:
2022-05-04

Datum:
2022-09-02

Er ref:
S2022/01621

Diarienummer:
UHM-2022-0120

De lösningar som utredningen föreslår behöver emellertid utvecklas och utredas närmare. Detta gäller särskilt de delar som rör förutsättningarna för anskaffning mellan upphandlande myndigheter.

Upphandlingsmyndigheten vill också särskilt framhålla att det vore önskvärt om de behov som utredningen har lokaliserat i stället kan lösas inom ramen för befintlig lagstiftning.

7. 4 Tolkjänst för vardagstolkning

I 3 § i förslaget till ny lag om tolktjänst för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet föreslås att en region får erbjuda tolktjänst för vardagstolkning för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet som omfattas av en annan regions ansvar för tolktjänst, om regionerna kommer överens om det. Enligt utredningen får regionerna komma överens om de ekonomiska konsekvenserna som detta får.

Upphandlingsmyndigheten erinrar om att även utformningen av eventuella överenskommelser mellan regioner begränsas av förutsättningarna i upphandlingslagstiftningen. Anskaffningar mot ersättning mellan upphandlande myndigheter omfattas som huvudregel av LOU.¹ Vid en överenskommelse som innebär att en region åtar sig att tillhandahålla en tjänst mot ersättning till annan region i egenskap av leverantör på en marknad kan det vara fråga om ett upphandlingspliktigt kontrakt enligt LOU (se 1 kap. 2 §, 15 § och 16 § LOU).

7. 5 .1 Upphandlingsrättsliga och andra förutsättningar för att köpa tolktjänst av regionen

Förutsättningarna för direktupphandling

I tillägg till utredningens beskrivning av förutsättningarna för direktupphandling noteras att den upphandlande myndigheten i vissa fall även måste beakta värdet av andra köp vid bedömningen av om direktupphandlingsgränsen överskrids vid en specifik anskaffning (se 5 kap. 8 § och 11 §§ samt 19 kap. 1 § andra stycket LOU). Detta är ofta en väsentlig del av bedömningen.

Direktupphandling – tolktjänst för döva, hörselskadade och personer med dövblindhet ska ingå i kategorin sociala tjänster och andra särskilda tjänster

Upphandlingsmyndigheten har förståelse för utredningens resonemang om att tolktjänster avseende teckenspråk skulle kunna betraktas som en sådan tjänst som faller in under kategorin sociala och andra särskilda tjänster i bilaga 2 till LOU.

¹ Jfr EU-domstolens dom i mål C-451/08, *Helmut Müller*, p. 53.

Ert datum:
2022-05-04

Er ref:
S2022/01621

Datum:
2022-09-02

Diarienummer:
UHM-2022-0120

Upphandlingsmyndigheten anser emellertid inte att utredningen presenterar tillräckligt med stöd för sin bedömning att det ligger närmare till hands att betrakta teckenspråkstolkning som en sådan tjänst som faller inom koden för andra samhällseliga och personliga tjänster (98000000-3) och som därför omfattas av den lättare regimen i LOU, samt den högre direktupphandlingsgränsen som för närvarande motsvarar ca 7 800 000 kronor. Upphandlingsmyndigheten vill understryka att en felaktig bedömning skulle medföra att Sverige inte uppfyller sina unionsrättsliga åtaganden inom området offentlig upphandling.

Som utredningen har noterat finns det en specifik cpv-kod som reglerar tolktjänster (7954000-1). Tolktjänster tillhör inte den kategori tjänster som faller inom den mindre reglerade regimen. Det finns ingen särskild kod för tolktjänster avseende teckenspråk. Den generella skrivningen "tolktjänst" synes enligt sin lydelse ha en allmän betydelse och det ligger nära till hands att cpv-koden kan omfatta alla typer av tjänster avseende tolkning. Det är också till synes vanligt förekommande att cpv-koden för tolktjänster används vid upphandling av teckenspråkstolkning. Detta talar i sig för att aktuella tolktjänster omfattas av cpv-koden (7954000-1) och att det således inte rör sig om tjänster som omfattas av Bilaga 2 till LOU.

Det noteras också att cpv-koden (98000000-3) är en övergripande kod och att det inte är uppenbart att tolktjänster för teckenspråk platsar under någon av de specifika koder som faller under denna kategori.

Av skäl 114 i LOU-direktivet framgår förvisso att syftet med att anskaffningen av vissa tjänster, bl.a. att s.k. personliga tjänster (t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster) regleras mindre ingående är att de på grund av sin natur har en begränsad gränsöverskridande dimension. Dessa tjänster tillhandahålls i ett särskilt sammanhang som varierar betydligt mellan medlemsstaterna på grund av olika kulturella traditioner. Särskilda bestämmelser bör därför enligt skälen införas för upphandlingskontrakt för dessa tjänster med ett högre tröskelvärde än det som tillämpas på andra tjänster. Kontrakt för personliga tjänster över tröskelvärdet bör vara öppna på unionsnivå. Med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och tjänsternas känslighet, bör dock medlemsstaterna enligt skälen ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast.

Såvitt framgår av bilaga XIV till LOU-direktivet och av bilaga 2 till LOU innebär emellertid inte regleringen att den lättare regimen omfattar samtliga tjänster som är av en sådan karaktär att det kan anses förenligt med syftet att låta dessa omfattas av den lättare regimen. Detta framgår vid en jämförelse mellan bilagorna och med de tjänster med cpv-koder som inte omfattas av aktuella bilagor. Det finns inte heller något stöd för att samtliga tjänster som är av sådan karaktär att det är förenligt med ordalydelsen att betrakta dessa som tjänster av personlig karaktär skulle omfattas av kategori 98000000-3. Det kan exempelvis argumenteras för att även tolktjänster avseende talade språk i vissa situationer kan anses vara av "personlig karaktär". Det får anses ostridigt att sådana tjänster inte omfattas av kategori 98000000-3 och den

Ert datum:
2022-05-04
Er ref:
S2022/01621

Datum:
2022-09-02
Diarienummer:
UHM-2022-0120

lättare regimen. Detta talar emot att enbart det förhållande att det hade varit förenligt med syftet med den lättare regimen och med ordalydelsen att betrakta en teckenspråkstolkning som en som sådan tjänst av personlig karaktär som omfattas av kategori 98000000-3.

I sammanhanget noteras vidare att utredningens förslag, vid sidan av tolktjänster, till synes även kan innefatta att en region, genom avtal med annan upphandlande myndighet, tillhandahåller tjänster i form av inrätta och administrera valfrihetssystem. Om sådana tjänster tillhandahålls genom kontrakt i den mening som avses i LOU måste upphandlingslagstiftningen beaktas. Upphandlingsmyndigheten, som noterar att utredningen saknar en redogörelse avseende dessa tjänster, anser att utredningen bör kompletteras i denna del.

Samarbete mellan myndigheter

Utöver det som anförs i beskrivningen av gällande rätt kan tilläggas att samarbetet inte heller får innebära att någon privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter (se skäl 33 till LOU-direktivet).

Alla former av gynnande i strid mot de EU-rättsliga principerna riskerar även att stå i strid mot EU:s statsstödsregler.

Det ska också tilläggas att det finns andra möjliga lösningar för regioner att gemensamt tillgodose sina behov, såsom att inrätta gemensamma nämnder enligt kommunallagen. Någon upphandlingsskyldighet föreligger inte när värdkommunen anskaffar tjänster från den gemensamma nämnden. För en annan kommun som har tillsatt nämnden, men som inte är värdkommun, kan anskaffningar från nämnden var undantagna om förutsättningarna för intern upphandling i 3 kap. LOU är uppfyllda.

Det noteras vidare att vid köp från en upphandlande myndighet som utgör en inköpscentral enligt LOU råder särskilda förutsättningar.

Valfrihetssystem kan användas i stället för offentlig upphandling

Upphandlingsmyndigheten har ingen erinran mot att regionerna inrättar valfrihetssystem beträffande tjänster som regionen själv ansvarar för att tillgodose, och att lagen om valfrihetssystem tillämpas avseende dessa tjänster. Valfrihetssystem avseende sådana tjänster bedöms inte utgöra upphandling i den mening som avses i LOU.²

Möjligheten för andra myndigheter att ansluta sig till regionens valfrihetssystem genom överenskommelse med regionen bör dock utvecklas och utredas närmare.

² Jfr. bland annat EU-domstolens dom i mål C-410/14, *Falk Pharma*, och C-9/17, *Tirkkonen*.

Ert datum:
2022-05-04

Er ref:
S2022/01621

Datum:
2022-09-02

Diarienummer:
UHM-2022-0120

Utredningen föreslår att det införs valfrihetssystem som regionen själv, men även andra upphandlande myndigheter, kan använda sig av. Regionen ska i sådana fall i eget namn teckna avtal med leverantörer om att ingå som utförare i systemet. Även regionens egna tolkar kan vara en av utförarna i systemet. Andra myndigheter har då också möjlighet att använda utförarna i systemet efter överenskommelse med regionen. Andra myndigheter får på så sätt ska få tillgång till regionens tolkar genom att nyttja systemet. Utredningen gör bedömningen att en överenskommelse mellan en myndighet som i en viss situation ansvarar för att använda tolk och en region inte omfattas av upphandlingsregelverket om överenskommelsen innebär att en enskild väljer utförare från ett av regionen inrättat valfrihetssystem för tolkar och att myndigheten står för kostnaden. Enligt utredningen utgör sådan överenskommelse i stället en del av valfrihetssystemet. Utredningens analys avser situationen då den enskilde tolkanvändaren har vänt sig till regionens tolkcentral för att få stöd och hjälp med tolktjänst i en viss situation, men det är en annan myndighet som har betalningsansvar för tolkningen.

Fråga uppkommer bland annat om de rättsliga förutsättningarna för annan myndighet att, genom en överenskommelse med en region, ansluta sig till ett redan upprättat valfrihetssystem i efterhand. Fråga uppkommer också om dessa överenskommelser utgör kontrakt som enligt huvudregeln ska upphandlas enligt LOU.

Såvitt Upphandlingsmyndigheten känner till, och som utredningen noterat, har den situation som aktualiseras genom utredningens förslag inte blivit rättsligt prövad.

Upphandlingsmyndigheten delar inte utredningens bedömning att relationen mellan de myndigheter som vill använda sig av systemet och regionen inte utgör ett sådant kontrakt som omfattas av LOU enbart med hänvisning till att det inte sker något urval från myndigheternas sida vad gäller den som ska utföra tjänsten.

Upphandlingsmyndigheten gör bedömningen att förslaget till synes avser två slags tjänster. Dels tolktjänster som anskaffas inom ramen för valfrihetssystem där valet av utförare görs av enskild. Dels tjänster som innebär att en region åtar sig att inrätta och administrera ett valfrihetssystem som en annan upphandlande myndighet får tillgång till. Vad gäller dessa tjänster görs valet av utförare av den upphandlande myndigheten.

Upphandlingsmyndigheten erinrar om att LOU inte innehåller något särskilt undantag som gör det möjligt för en upphandlande myndighet att anskaffa tjänster från annan upphandlande myndighet i form av inrättande och administration av ett valfrihetssystem, samt inom ramen för ett sådant system även själv tillhandahålla tjänster.

I sammanhanget noteras att den tjänst som regionerna föreslås kunna tillhandahålla genom aktuella överenskommelser delvis synes ha vissa likheter med de tjänster som tillhandahålls av en inköpscentral enligt LOU. Med inköpscentral avses enligt 1 kap. 14 § LOU en upphandlande myndighet som stadigvarande tillhandahåller centraliserad inköpsverksamhet i form av anskaffning av varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller tilldelning av kontrakt eller ingående av ramavtal

Ert datum:
2022-05-04

Er ref:
S2022/01621

Datum:
2022-09-02

Diarienummer:
UHM-2022-0120

om varor, tjänster eller byggtreprenader som är avsedda för upphandlande myndigheter. Förutsättningarna för att nyttja inköpscentraler utan föregående annonsering regleras särskilt i 7 kap. 10–13 §§ LOU. Någon sådan särskild reglering saknas dock beträffande valfrihetssystem.

Upphandlingsmyndigheten saknar vidare en rättslig analys av förslaget att låta annan myndighet få tillgång till regionens valfrihetssystem, och inom ramen för systemet få tillgång till tjänster som regionen tillhandahåller, mot bakgrund av EUF-fördraget. Vid utformningen av valfrihetssystem som är av ett gränsöverskridande intresse ska EUF-fördraget beaktas. Detta gäller även när det inte rör sig om upphandling. Förfarandet ska utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principen om förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn.³

Upphandlingsmyndigheten vill framhålla att det vore önskvärt om de viktiga behov som utredningen har identifierat kan lösas inom ramen för befintlig lagstiftning. Exempelvis kan det vara av intresse att utreda möjligheten att tillämpa bestämmelserna om inköpscentraler och dynamiska inköpssystem.

Upphandlingsmyndigheten noterar att det finns andra lösningar än valfrihetssystem som, till skillnad från ramavtal, är öppna för nya leverantörer. Även dynamiska inköpssystem, som regleras i 8 kap. LOU tillåter löpande anslutning av nya leverantörer. Det noteras också att undantaget avseende inköpscentraler i LOU omfattar dynamiska inköpssystem. Detta framgår av 7 kap. 10-12 § LOU.

7. 8 Regionen ska få möjlighet att inrätta valfrihetssystem för tolktjänster

Utredningen föreslår att det ska införas en bestämmelse som innebär att regionen får besluta om att tillhandahålla valfrihetssystem för utförande av tolktjänster åt döva, hörselskadade och personer med dövblindhet. Det ska även anges att regionen i sådant fall ska tillämpa lagen om valfrihetssystem.

Vad gäller de rättsliga förutsättningarna för att införa ett sådant valfrihetssystem som föreslås, samt möjligheten att använda sig av andra alternativa lösningar inom ramen för befintlig lagstiftning, såsom gemensamma nämnder, dynamiska inköpssystem och inköpscentraler, hänvisas till Upphandlingsmyndighetens synpunkter ovan avseende p. 7.5.1.

Vad gäller valet mellan att tillämpa upphandling eller valfrihetssystem, och de syften som utredningen lyfter fram med att införa ett valfrihetssystem, noteras härutöver särskilt följande.

³ Se EU-domstolens dom i mål C-410/14, *Falk Pharma*, p. 47.

Ert datum:
2022-05-04
Er ref:
S2022/01621

Datum:
2022-09-02
Diarienummer:
UHM-2022-0120

Utredningen framhåller bland annat att med ett valfrihetssystem har utförarna möjlighet att välja tolkleverantör och att tolkanvändarna, genom ökat inflytande, kan uppleva att kvaliteten på tjänsterna ökar. Upphandlingsmyndigheten instämmer i att valfrihetssystem kan vara ett bra verktyg för att öka enskildas inflytande. Upphandlingsmyndigheten vill dock samtidigt framhålla att det även inom ramen för ramavtal som upphandlas enligt LOU finns goda möjligheter att beakta den enskildes val. De objektiva kriterierna som används för att avropa från ramavtal, och som avgör vilken av leverantörerna i ramavtalet som bör utföra en viss uppgift, får innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val (se LOU-direktivet skäl 61).

Upphandlingsmyndigheten instämmer i vad utredningen anför om att de ställda kraven i såväl upphandling som valfrihetssystem i kombination med ersättningsmodell och en väl fungerande uppföljning är avgörande för kvaliteten på tjänsten. Såvitt framgår av utredningen förekommer olika brister i dagens upphandlingar av aktuella tolktjänster. Bland annat framhålls att det förekommer upphandlingsmodeller som innebär prispress som påverkar kvaliteten negativt och gör det ekonomiskt svårt att vara verksam som tolk eller tolkbolag. Upphandlingsmyndigheten vill härvid framhålla att det är fullt möjligt att upphandla med fokus på kvalitet även inom ramen för upphandling enligt LOU. I vilken utsträckning kvalitet beaktas i förhållande till pris är snarast en fråga om upphandlingens utformning.

Upphandlingsmyndigheten instämmer i att det är lämpligt att tillämpa LOV istället för en ny lagkonstruktion. En sådan vidare utredning som föreslås ovan under p. 7.5.1 avseende förutsättningarna att låta annan upphandlande myndighet ansluta sig systemet kan emellertid eventuellt förväntas medföra att det blir aktuellt med kompletterande bestämmelser.

Förslagets förenlighet med EU-rätten i övrigt (15.9.7)

Utredningen bedömer att förslaget i kapitel 8 om ett stöd till arbetsgivare för tolkkostnader som avser anställda kan utformas enligt den allmänna gruppundantagsförordningen. Upphandlingsmyndigheten konstaterar att utredningen hänvisar till den numera upphävda förordningen 800/2008 men att liknande undantagsmöjligheter finns i artikel 34 punkten 2 b i den nu gällande allmänna gruppundantagsförordningen 651/2014. Upphandlingsmyndigheten delar således bedömningen att förslaget kan utformas i enlighet med statsstödsreglerna.

Generaldirektör Inger Ek har beslutat i detta ärende. Juristen Sophia Anderberg har varit föredragande. I handläggningen har också juristen Magnus Lindbäck deltagit. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund och tf. enhetschefen Eva-Lotta Sandberg deltagit.

Inger Ek

Sophia Anderberg