

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Utbildningsdepartementet

Remissyttrande R 17-05
2017-09-21

Dnr. U2017/02532/GV

Yttrande med anledning av betänkandet SOU 2017:44, Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civil-ekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, tidigare ställföreträdande generaldirektören vid Konkurrensverket Lennart Göranson samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor.

SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget att införa ett förtydligande i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Det framgår tydligt av direktiv 2014/24/EU och rättspraxis att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av lagens tillämpningsområde. Det finns därför ingen anledning till ett särskilt stadgande i detta avseende.

Konkurrenskommissionen avstyrker det alternativa förslaget att införa särskilda upphandlingsregler för utbildningstjänster. Tjänsterna omfattas redan idag av de förenklade reglerna i 19 kap. LOU och separata regler för utbildningstjänster riskerar att ytterligare försvåra en redan komplex lagstiftning till tvivelaktig nytta.

Konkurrenskommissionen förordar vidare att frågan om vilka tjänster som omfattas av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI) blir föremål för en separat utredning. Den utredning som redovisas i betänkandet är av begränsad omfattning, presenterar en selektiv och onyanserad redogörelse av rättsläget samt utgår ifrån ett antal ogrundade antaganden. Utredningens ställningstagande skulle innebära att myndigheterna har möjlighet att anlita valfri leverantör utan föregående upphandling. Bristen på konkurrensutsättning riskerar medföra sämre kvalitet på tjänsterna samtidigt som det öppnar för korrupcion och ovidkommande hänsyn. Frågan behöver därför utredas mer utförligt innan något definitivt ställningstagande kan ske.

1. Grundläggande utgångspunkter

Det fria skolvalet är en grundläggande del av det svenska skolsystemet och bygger på ett valfrihetssystem finansierat med den så kallade skolpengen. Det svenska utbildningssystemet på grundskole- och gymnasienivå har tack vare detta en mångfald av aktörer som gör det möjligt för elever och föräldrar att välja den utbildning som passar eleven bäst.

Det nu aktuella betänkandet berör dock inte skolpengen som sådan, vilken möjliggör både offentliga och privata huvudmän inom utbildningssystemet. Betänkandet utreder istället förutsättningarna för offentliga huvudmän att köpa tjänster, antingen av andra myndigheter eller av privata aktörer. De så kallade utbildningsentreprenaderna påverkar inte förhållandet mellan eleven och det offentliga, utan är ett rent köp av tjänster som ska tillhandahållas eleverna av tredje part, med det offentliga som bibehållen huvudman. Det föreligger därmed en avgörande principiell skillnad mellan skolpengen såsom sådan och utbildning på entreprenad.

Sverige har en väl utvecklad marknad för utbildningstjänster, med såväl små lokala företag som multinationella koncerner med verksamhet i flertalet EU-länder. Det finns inga hinder för vinstdrivande företag att bedriva utbildningsverksamhet och den aktuella marknaden präglas av betydande konkurrens, vilket bland annat visar sig i samband med upphandling av grundläggande och gymnasial vuxenutbildning.

Varken tjänsterna eller marknaden skiljer sig därmed på något betydande sätt gentemot andra upphandlingspliktiga sociala tjänster som finansieras av det allmänna, exempelvis sjukvård. En förutsättning för att det offentliga ska kunna säkerställa brukarna dessa tjänster är dock att det finns, och upprätthålls, en effektiv konkurrens med fokus på kvalitet. Om det öppnar sig en möjlighet för myndigheterna att anlita valfri leverantör, utan föregående upphandling i konkurrens, riskerar detta medföra sämre kvalitet på tjänsterna. Dessutom uppkommer en exponering för ovidkommande hänsyn med därmed följande risk för nepotism och korrupcion.

2. Vad som avgör om en tjänst är NESGI

Tjänster av allmänt intresse är sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter bedömt ha ett allmänt intresse, och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter för myndigheterna. Tjänster av allmänt intresse kan vidare delas in i ekonomiska tjänster och icke-ekonomiska tjänster.

En tjänst som definieras som icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse (NESGI) faller utanför EU-rättens område. Det är för medlemsstaterna därför fritt att lagstifta om sådana tjänster. Detta innebär, som utredningen mycket riktigt påpekar, att NESGI inte omfattas av de EU-rättsliga upphandlingsdirektiven.

Frågan om vilka tjänster som inte ska omfattas av unionsrätten berör de mest grundläggande aspekterna av den unionsrättsliga regleringen som måste beaktas utifrån såväl EU:s primära som sekundära rätt.

Vilka tjänster som ska anses utgöra NESGI omgärdas av stora tveksamheter. Utredningen för i detta avseende fram en selektiv och i allt väsentligt illa underbyggd redogörelse för den rätt spretiga praxis som utvecklats av EU-domstolen under de senaste 30 åren. Redogörelsen baserar sig dessutom på egna och högst tveksamma antaganden avseende vilken praxis som är relevant ifråga om offentlig upphandling. Det finns därför anledning att kort beröra en del av den praxis som presenteras av utredningen.

Utredningen bygger en stor del av sitt resonemang på EU-domstolens dom i målet *Humbel* (C-41/90) EU:C:1988:451. I målet bedömdes relationen mellan en elev å ena sidan, och det offentliga som utbildningsanordnare å andra sidan, vara av icke-ekonomisk natur. Relationen motsvarar den som gäller i fråga om elevens rätt till skolpeng. I de för utredningen nu aktuella utbildningsentreprenaderna ligger emellertid huvudmannskapet redan från början hos den offentliga utbildningsanordnaren, utan att i sig påverka relationen mellan denne och eleverna. Det för upphandling aktuella avtalsförhållandet är däremot det mellan det offentliga, som utbildningsanordnare, och entreprenören; inte relationen mellan det offentliga och elevens rätt till finansiering av utbildningen, som bedömdes i *Humbel*. Målet berör sålunda överhuvudtaget inte relationen mellan huvudmannen och en fristående tillhandahållare av tjänster. *Humbel* kan därför inte tillmätas sådan betydelse utredningen påstår.

Utredningen synes härvid vidare bortse från EU-domstolens dom i målet *Höfner* (C-41/90) EU:C:1991:161. Detta avgörande står nämligen i direkt konflikt med utredningens tolkning av *Humbel*. EU-domstolen uttalade i *Höfner* att arbetsförmedlingsverksamhet skulle anses vara en ekonomisk verksamhet eftersom verksamheten kan utövas av privata aktörer, oavsett formen för utförandet och formen av finansiering, se pp. 21-22. Överfört till för utredningen relevanta förhållanden innebär detta att de aktuella utbildningsentreprenaderna innefattar ekonomisk verksamhet eftersom dessa, oaktat formerna för utförande och finansiering, kan utövas – och faktiskt utövas – av privata aktörer.

Varken *Hubel* eller *Höfner* avser dock upphandlingsrättsliga bedömningar, och inget av målen uttalar sig om vad som kan anses utgöra en icke-ekonomisk tjänst i den mening som följer av direktiv 2014/24/EU. Klart står dock att det finns mer praxis och fler aspekter av frågan än vad som redovisas i utredningen. Betänkandet underlåter även att beröra det rättsutlåtande av professor Erika Szyszczak som Regeringskansliet inhämtat inom ramen för den s.k. Valfärdsutredningen (SOU 2017:38). I detta utlåtande uttrycker professorn tydligt att tjänster inom det svenska utbildningssystemet, med undantag av skolpengen, inte utgör NESGI.¹

Det kan vidare konstateras att målet med de norska förskolorna, *Private Barnehagers Landsforbund* (E-5/07) avsåg det norska systemet för privata förskolor, vilket i betydande mån motsvarar det svenska. Som tidigare konstaterats föreligger det dock en väsentlig skillnad mellan det fria skolvalet, som finansieras med skolpeng, och det offentligas köp av tjänster såsom huvudman och utbildningsanordnare för elever. Det bör även noteras att det norska målet avsåg prövning av företagsbegreppet i ett statsstödsärende, och därmed hänför sig till konkurrensrätten. Det ter sig mot denna bakgrund närmast tendentiöst att utredningen åberopar detta mål till stöd för sin tes, samtidigt som annan unionsrättslig praxis avseende konkurrensrätten, exempelvis *Höfner*, förbises helt.

De nu aktuella utbildningsentreprenaderna uppvisar även betydande skillnader jämfört med det avgörande från Kammarrätten i Stockholm (i mål nr. 8101-08) som utredningen framhåller. I målet var det fråga om en av regeringen beslutad befattningsutbildning, som primärt skulle utföras av statliga universitet utan möjlighet till konkurrerande verksamhet. Verksamheten sågs vidare som ett styrinstrument och skulle ske utan vinstintresse. Förutsättningarna skilde sig därmed markant från sådana utbildningsentreprenader som utredningen behandlar. Kammarrättsavgörandet kan därför inte ensamt läggas till grund för unionsrättslig tolkning av vad som kan utgöra NESGI.

¹ Se "Opinion" av professor Erika Szyszczak av den 8 december 2015, inhämtat till Valfärdsutredningen (SOU 2016:78).

3. Är utbildning inom skolväsendet en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse (NESGI)?

Utredningen synes mena att det för att utgöra NESGI är tillräckligt att tjänsten ingår i ett nationellt utbildningssystem som upprättas och upprätthålls av staten samt att tjänsten i huvudsak finansieras av det allmänna. Utredningens resonemang innebär antingen att alla offentligt finansierade tjänster som slutanvändaren inte betalar till fullo skulle utgöra NESGI, eller att endast utbildningstjänster – och inga andra tjänster – kan utgöra en NESGI. Båda dessa slutsatser är lika orimliga.

EU-kommissionen har uttalat att tjänster såsom rättsväsende och socialtjänst kan utgöra NESGI.² Dessa tjänster är visserligen offentligt finansierade och reglerade samt medför som regel inga kostnader för brukaren. Det bör dock beaktas att i dessa fall saknas en effektiv marknad samt att tjänsterna inte utförs av privata aktörer med vinstsyfte.

En grundläggande förutsättning för upphandlingsrättens tillämplighet är existensen av ett bestämt gränsöverskridande intresse. EU-domstolen³ har uttryckt det s.k. *samhandelskriteriet* så att det aktuella kontraktet ska bedömas kunna vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat, se bland annat *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605 och *Wall* (C-91/08) EU:C:2010:182. De tjänster som EU-kommissionen refererar till (se ovan) saknar helt sådant intresse. De nu aktuella utbildningsentreprenaderna uppfyller dock i högsta grad samhandelskriteriet, utifrån förutsättningarna på den svenska marknaden.

I Sverige finns det idag en väl utvecklad marknad för sådana utbildningstjänster som behandlas i utredningen, med olika aktörer i varierande associationsformer, syften och storlekar. Ett betydande inslag i den svenska marknaden är dessutom transnationella företagskoncerner med verksamhet i andra EU-länder. De privata aktörerna på den svenska marknaden för utbildningstjänster utför vidare ett antal olika tjänster och med tydligt samhandelsintresse. Vikten av att beakta vad en verksamhet gör, det vill säga vilken typ av verksamhet som bedrivs, betonas i den EU-rättsliga doktrin som ges uttryck för i generaladvokatens yttrande i *Spezzino* (C-113/13) EU:C:2014:291 – särskilt p. 24. Det kan vid de svenska förhållandena inte råda någon tvekan om att verksamheten och därmed tjänsterna är av ekonomisk natur och därmed är upphandlingspliktiga.

Detta stöds även av det faktum att tjänster för *undervisning och utbildning* (CPV 8000000-4) omfattas av bilaga 2 till LOU. Det är därmed uppenbart att unionslagstiftarna ansett att dessa och dylika tjänster normalt ska omfattas av de primärrättsligt grundläggande principerna och även av upphandlingsskyldighet enligt direktiv 2014/24/EU, om än i begränsad grad.

4. LOU bör användas för viss entreprenad

Till grund för bedömningen att andra, *närstående tjänster*, såsom skolmåltider och skoltransporter, inte utgör NESGI konstaterar utredningen att dessa tjänster saknar ett direkt samband med utbildningen, att den upphandlingsrättsliga försiktighetsprincipen bör tillämpas samt att tjänsterna är av en annan karaktär. Med avseende på karaktären hos tjänsterna nämner utredningen att huvudmannen har viss frihet att utforma verksamheten och att välja mellan egen regi eller privat utövare. Vidare framhålls i betänkandet att huvudmannen agerar som en tjänstekonsument bland andra på en marknad och att tjänsterna utförs mot ekonomisk ersättning i vinstsyfte.

² KOM(2007) 725 slutlig.

³ Se Sundstrand, *Offentlig upphandling – Primärrättens reglering av offentliga kontrakt* (Jure 2012), s. 139 f.

Konkurrenskommissionen instämmer självfallet i utredningens bedömning att ovanstående tjänster är upphandlingspliktiga. Vad utredningen framhållit till stöd för sådan skyldighet framstår dock som motsägelsefullt i förhållande till sådana utbildningsentreprenader som samtidigt uppges utgöra icke upphandlingspliktiga NESGI. Även i fråga om dessa tjänster finns det nämligen ett kommersiellt utbud och en marknad. Huvudmannen agerar sålunda också i fråga om dessa entreprenadtjänster som tjänstekonsument med frihet att utforma verksamheten och kan även välja privat utövare.

Det är mot denna bakgrund anmärkningsvärt, och framstår närmast som tendentiöst, att försiktighetsprincipen inte bedömts tillämplig i förhållande till utbildningsentreprenader, jämfört med de *närstående tjänsterna*. Samtliga aspekter som utredningen framför till stöd för att *närstående tjänster* är upphandlingspliktiga, talar för att utbildningsentreprenader måste upphandlas i konkurrens.

5. Utredningens ställningstaganden och förslag

Sammantaget finns det anledning att sätta ifråga de slutsatser som utredningen presenterar, inte minst i ljuset av att slutbetänkandet kommit till en diametralt annorlunda slutsats jämfört med delbetänkandet.

Betänkandet presenterar en selektiv och onyanserad redogörelse av rättsläget samt gör ett antal ogrundade och motsägelsefulla antaganden. De ställningstaganden som redovisas i betänkandet angående vad som utgör NESGI respektive inte utgör NESGI grundar sig inte på någon analys som finner stöd i unionsrätten, och hänvisningen till de unionsrättsliga rättskällorna är såväl irrelevant som selektivt ofullständig.

De förslag som framförs i betänkandet skulle innebära en möjlighet för myndigheter att anlita valfri leverantör utan föregående upphandling, på sätt som riskerar medföra sämre kvalitet på tjänster samt öppnar upp för korruption och ovidkommande hänsyn. Frågan behöver därför utredas utförligt innan något definitivt ställningstagande kan ske.

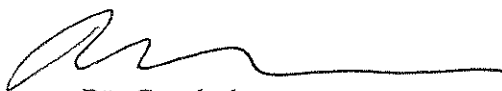
Konkurrenskommissionen avstyrker sammanfattningsvis förslaget att införa ett förtydligande i LOU. Det är tydligt av direktiven och rättspraxis att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av lagens tillämpningsområde. Detta behöver därför inte särskilt stadgas. Kommissionen avstyrker även det alternativa förslaget att införa särskilda upphandlingsregler för utbildningstjänster. Tjänsterna omfattas redan idag av de förenklade reglerna i 19 kap. LOU. Separata regler för utbildningstjänster riskerar att ytterligare försvåra en redan komplex lagstiftning till tvivelaktig nytta.

Konkurrenskommissionen förordar slutligen att frågan om vilka tjänster som skulle kunna utgöra NESGI klarläggs i en särskild utredning.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderoth
/ordförande/



Pär Cronhult
/föredragande/