

Utbildnings- och kulturdepartementet
103 33 STOCKHOLM

Gymnasieentreprenadutredningens betänkande Skola och samhälle, SOU 2006:1

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)¹, tillsyn över den offentliga upphandlingen. NOU ingår inte bland de 81 remissinstanser som särskilt inbjudits att lämna remissvar trots att utredningen själv nämner upphandling som en nyckelfråga. NOU lämnar på eget initiativ yttrande över remissen. NOU begränsar sitt yttrande till de delar som har anknytning till offentlig upphandling.

Sammanfattning

NOU anser att utredningens slutsats att anskaffning från ett helägt kommunalt företag skulle vara undantaget från LOU saknar stöd i rättspraxis. Även anskaffning från ett sådant företag skall normalt föregås av en upphandling.

NOU delar utredningens uppfattning att upphandlingsprocessen är av avgörande betydelse för en god kvalitet på den utbildning som upphandlas.

¹ LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper. För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling oavsett värde. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att även upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden (Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98). NOU anser att de hänvisningar som görs till EG-rätten i detta yttrande är av den grundläggande karaktär att de är relevanta även för upphandlingar som genomförs enligt 6 kap. LOU.

NOU saknar en analys om förutsättningarna för att överföra gymnasieutbildning till ett sådant särskilt företag som utredningen föreslår. NOU anser det vara önskvärt att det klargörs huruvida en upphandling måste ske. Om så är fallet kan detta på ett väsentligt sätt ändra förutsättningarna för att bedriva verksamhet i de föreslagna företagen.

Avsnitt 1.3 Kvalitet och kvalitetsutveckling i gymnasieskolan

Utredningen anför att huvudsyftet med att utreda entreprenader i gymnasieskolan är att höja utbildningens kvalitet. Utredningen säger att utgångspunkten för kvalitetsbedömningarna måste grunda sig dels på en bedömning av verksamhetens resultat dels på hur verksamheten bedrivs. NOU vill påpeka att det i samband med offentlig upphandling även måste vara möjligt att före avtalstecknandet bedöma de olika leverantörernas kvalitet. Den upphandlande enheten måste således redan innan tjänsten börjar utföras kunna bedöma vilken kvalitet de olika leverantörerna erbjuder på sina tjänster. Den uppföljning av kvalitén som sedan görs under avtalstiden måste överensstämma med vad som tagits till grund för kontraktstilldelningen. Att efterge krav under avtalstiden är inte tillåtet. Inte heller är det tillåtet att göra uppföljning av sådant som inte anges i förfrågningsunderlaget eller att kräva förändringar av tjänsten under avtalstiden, om detta inte regleras i avtalsklausuler.

Avsnitt 1.5.6 Andra möjligheter att låta utomstående svara för undervisning

Som utredningen nämner kan sponsringsavtal i vissa fall omfattas av bestämmelserna i LOU. NOU vill informera om att myndigheten tidigare på regeringens uppdrag har kartlagt under vilka förutsättningar LOU är tillämplig vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter.²

Avsnitt 5 Entreprenadernas utformning

NOU vill påminna om att avtalstiden vid offentlig upphandling skall vara begränsad och att upphandlingar skall genomföras återkommande. En situation kan även uppstå där en leverantör av olika orsaker inte kan fullgöra kontraktet. NOU efterlyser en analys av vilka konsekvenser upprepade leverantörsbyten kan få för verksamhetens kontinuitet. Det skulle exempelvis kunna påverka elevernas situation på ett negativt sätt.

² LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter, NOU:s dnr 2003/0039-28.

Avsnitt 5.7 Offentlig upphandling och konkurrens och avsnitt 5.8 Kvalitetssäkring – uppföljning, insyn och kontroll

NOU anser att utredningens slutsats att anskaffning från ett helägt kommunalt företag skulle vara undantaget från LOU saknar stöd i rättspraxis. Även anskaffning från ett sådant företag skall normalt föregås av en upphandling. EG-domstolen³ har vid upprepade tillfällen uttalat att upphandlingsdirektiven är tillämpliga om avtal har slutits mellan å ena sidan en myndighet och å andra sidan en i förhållande till denna myndighet juridiskt fristående person. Endast i det fallet myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, och denna person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den, skulle något annat kunna gälla. NOU vill med anledning av detta även betona att i de fall ett kommunalt företag deltar i en upphandling skall det behandlas på samma sätt som övriga leverantörer. Företaget skall vare sig gynnas eller missgynnas i förhållande till andra leverantörer. Detta framgår även av EG:s upphandlingsdirektiv⁴ i vilket anges att om ett offentligt organ lämnar in ett anbud i ett förfarande för offentlig upphandling bör medlemsstaterna se till att konkurrensen gentemot privata anbudsgivare inte snedvrids.

NOU delar utredningens uppfattning att upphandlingsprocessen är av avgörande betydelse för en god kvalitet på den utbildning som upphandlas. Utredningen lyfter särskilt fram vikten av att förfrågningsunderlaget håller hög kvalitet. Likaså framhålls att uppföljningsarbetet är av central betydelse. NOU anser att det är viktigt att det sker med utgångspunkt i förfrågningsunderlag, anbud och avtal så att den upphandlande enheten försäkras om att leverantören levererar vad han utlovat i upphandlingen. NOU vill även betona att en förutsättning för att kunna utforma ett bra förfrågningsunderlag är ett gediget förarbete. Det bör bl.a. innehålla en behovsanalys och kräver god branschkunskap.

NOU delar utredningens uppfattning att det är viktigt att de personer som genomför upphandlingen har rätt kompetens. Tillräckliga resurser måste avsättas till upphandlingsfunktionen. Även beställarkompetensen i övrigt är viktig för en lyckad upphandling.

³ Se bl.a. C-107/98 Teckal, C-84/03 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, C-26/03 26/03 Stadt Halle. I Sverige har Regeringsrätten avgjort målet RÅ 2000 Ref 60. Regeringsrätten (mål nr 172-175-06) har nyligen även meddelat prövningstillstånd i ett mål i vilket det prövas om en kommuns förvärvande av tjänster från ett aktiebolag som kommunen äger tillsammans med andra kommuner ska föregås av en upphandling.

⁴ Direktiv 2004/18/EG beaktandesats 4. Direktivet är antaget av Europaparlamentet och rådet den 31 mars 2004. Införlivningen i den svenska lagstiftningen pågår för närvarande.

Avsnitt 6 Nya driftsformer i den kommunala gymnasieskolan

Utredningen föreslår att gymnasieutbildning under vissa förutsättningar skall få utföras av ett särskilt kommunalt företag. I detta ska kommun och arbetsliv ha ett delat ansvar och inflytande. NOU saknar en analys om förutsättningarna för att överföra gymnasieutbildning till ett sådant företag. Om en sådan överföring är att betrakta som tilldelning av ett upphandlingskontrakt måste det ske enligt bestämmelserna i LOU.

Ett offentligt upphandlingskontrakt är enligt EG-direktivet ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer (leverantörer) och en eller flera upphandlande myndigheter⁵. Begreppet offentliga kontrakt skall enligt Europeiska kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning⁶. Tilldelningen av ett sådant kontrakt måste föregås av en upphandling enligt reglerna i LOU.

Bidragsgivning omfattas däremot inte av LOU. Skulle t.ex. den situationen föreligga att Skolverket avgör vilka skolor som är berättigade till bidrag utan påverkan eller önskemål från kommunen skulle någon upphandling inte behöva ske.

Någon analys av vilken av dessa situationer som föreligger i utredningens förslag finns inte. Utredningen menar dock att sådana skolor som skulle drivas i den nya driftformen inte ska betecknas som fristående i skollagens mening. Av utredningen framgår även att kommun och arbetsliv har ett delat ansvar och inflytande. Kommunen och övriga delägare skall tillskjuta resurser till företaget. Kommunen ska alltså stå för en del av kostnaderna för utbildningsplatserna. Utredningen föreslår vidare att kommunen genom att bilda ett kommunalt företag överlämnar ansvaret för att anordna viss gymnasieutbildning till företaget. Samtidigt kommer utbildningen att vara en del av det kommunala utbildningsutbudet och kommunen kommer att ha ett fortsatt övergripande ansvar. Det är kommunen som avgör hur många elevplatser som ska erbjudas hos företaget. Kommunen ska också svara för exempelvis ansökningsförfarandet, mottagande och antagning. Utifrån vad utredningen angivit anser NOU det vara sannolikt att en anskaffning av denna typ skall föregås av en upphandling.

⁵ Direktiv 2004/18/EG artikel 1.2 (a)

⁶ Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

NOU anser det vara nödvändigt att det klargörs huruvida en upphandling måste ske. Om så är fallet kan det på ett väsentligt sätt ändra förutsättningarna för att bedriva verksamhet i de föreslagna företagen. Det skulle kunna innebära att en upphandling fordrades redan innan det gemensamma bolaget bildades. Resultatet av denna upphandling skulle avgöra vilken leverantör som fick vara med i bildandet av företaget. Det torde förändra förutsättningarna för det föreslagna samarbetet.

Som NOU redan tidigare anfört skall avtalstiden vara begränsad och upphandlingar skall genomföras regelbundet. Det kan även i denna driftsform påverka kontinuiteten i verksamheten vid leverantörsbyte.

Avsnitt 6.2.3 Närmare om kommunala företag i gymnasieskolan, möjligheterna till vinstutdelning

Utredningen har gjort vissa överväganden beträffande begränsningar i rätten till vinstutdelning. NOU har vid flera tillfällen uttalat sig beträffande möjligheten att reservera upphandlingskontrakt för företag med begränsad vinstutdelning. NOU har i tidigare remissvar anfört bl.a. följande. ”Tilldelning av offentliga kontrakt skall ske utan ovidkommande hänsyn och utan någon preferens för en viss associationsrättslig form. Alla fysiska och juridiska personer, inklusive ideella föreningar, skall behandlas lika och utan hänsyn till om de är offentligt eller privat ägda och om de delar ut vinst eller inte. Att direkt eller indirekt gynna eller missgynna en leverantör på grund av leverantörens associationsform är enligt NOU:s uppfattning inte förenligt med upphandlingsreglerna.”⁷

Offentlig-privata partnerskap

Utredningens förslag berör i vissa delar vad som brukar benämnas offentlig-privata partnerskap⁸. Med anledning av det vill NOU informera om att Europeiska kommissionen har kartlagt förekomsten av sådana partnerskap i medlemsstaterna. Kommissionen utreder för närvarande i vilken utsträckning sådan samarbeten omfattas av upphandlingsreglerna.⁹

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 9 maj 2006 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Hans Ekman, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen

⁷ Remissvar angående departementspromemorian Begränsad vinstutdelning vid privat drift av offentligt finansierade sjukhus NOU:s dnr 2006/0036-22. Se även remissvar angående aktiebolag med begränsad vinstutdelning (SOU 2003:98), NOU:s dnr 2003/0332-22.

⁸ Termen offentlig-privat partnerskap är inte definierad på gemenskapsnivå. Den gäller i allmänhet de former av samarbete mellan offentliga myndigheter och näringslivet som syftar till att säkerställa finansiering, genomförande, modernisering, förvaltning eller underhåll av en infrastruktur eller tillhandahållande av en tjänst.

⁹ Mer information om offentlig-privata partnerskap finns att läsa på Europeiska kommissionens webbplats för offentlig upphandling, http://europa.eu.int/comm/internal_market/publicprocurement/ppp_en.htm#consultation

Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av ek.kand. Magnus Nilsson. Ytrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson