

Utbildningsdepartementet

103 33 Stockholm

Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning (SOU 2017:44)

U2017/02532/GV

Sammanfattning

Konkurrensverket avgränsar sitt remissyttrande till utredningens ställningstaganden om upphandling och därtill anknytande förslag om förtydligande i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) samt förslaget om nytt regeringsuppdrag till Upphandlingsmyndigheten.

Konkurrensverket avstyrker förslaget om förtydligande i LOU eftersom behov av ett sådant förtydligande saknas. Ett förtydligande skulle närmast vara ägnat att vilseleda om vilket rättsläge som redan gäller samt synes huvudsakligen tjäna rent symboliska syften.

Enligt Konkurrensverket råder ingen oklarhet om frågan huruvida icke-ekonomiska tjänster omfattas av upphandlingsreglerna eller inte – vilket de inte gör. Det framgår även av skälen till upphandlingsdirektivet. Oklarheten gäller i stället vilka verksamheter som är att betrakta som icke-ekonomiska. Konkurrensverket kan i den delen inte ställa sig bakom utredningens bedömningar av upphandlingsskyldigheten eftersom det inte kan anses klarlagt att samtliga aktuella verksamheter är icke-ekonomiska.

Utredningen borde enligt Konkurrensverket ha dragit den naturliga slutsatsen att relevant praxis är mycket begränsad och att försiktighetsprincipen talar för att upphandla på sedvanligt sätt. I stället väljer utredningen att selektivt dra paralleller från statsstöds- och konkurrensrättspraxis endast i den utsträckning det understödjer utredningens slutsatser.

Konkurrensverket avstyrker även förslaget till regeringsuppdrag åt Upphandlingsmyndigheten eftersom ett sådant uppdrag vore uppenbart inkonsekvent sett i förhållande till den bedömning utredningen har gjort att utbildningstjänster generellt sett inte är upphandlingspliktiga.

Inledande kommentarer

Konkurrensverket avgränsar sitt remissyttrande till utredningens ställningstaganden som de framgår i avsnitt 10, Ställningstaganden om upphandling. Konkurrensverket kommenterar därmed inte närmare bl.a. den allmänna redogörelsen för upphandlingsregelverket i avsnitt 6. Baserat på redogörelsen där kan dock konstateras att avgörande för utredningsfrågan är huruvida berörda tjänster är ekonomiska eller icke-ekonomiska samt att – som utredningen själv konstaterar – denna gränsdragning inte är given utan måste göras från fall till fall.

Utredningens uppdrag i denna del har varit att analysera hur entreprenader inom skolväsendet förhåller sig till lagen om offentlig upphandling och vad upphandlingslagstiftningen innebär för huvudmän inom skolväsendet. Konkurrensverket konstaterar att i uppdraget ligger – åtminstone som utredaren har tolkat det – att uttala sig generellt om ett antal sådana gränsdragningsfrågor som rättsligt sett endast kan avgöras i det enskilda fallet och som bör lämnas till lagtillämpningen.

Utredningen konstaterar att det skulle kunna finnas en skillnad mellan å ena sidan upphandlings- och å andra sidan konkurrens- och statsstödsregelverken men att merparten av all rättspraxis hänför sig till det senare området.¹ Utredningen drar dock inte den naturliga slutsatsen baserat på detta: att relevant praxis är begränsad och att försiktighetsprincipen därför talar för att upphandla på sedvanligt sätt.

Utredningen drar i stället paralleller från statsstöds- och konkurrensrättspraxis endast i den utsträckning det understödjer utredningens slutsatser.

Utredningens bedömning av upphandlingsskyldigheten

Sammanfattningsvis anser utredningen att entreprenader inom skolväsendet inte omfattas av EU:s upphandlingsregelverk med hänsyn till att de utgör icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse och därigenom explicit inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Som argument framhålls särskilt att medlemsstaterna har relativt stor frihet att själva avgöra om en tjänst är ekonomisk eller icke-ekonomisk och huruvida densamma är av allmänt intresse eller inte. Baserat på befintlig rättspraxis identifierar utredningen som de centrala frågorna huruvida tjänsten ifråga ingår i ett nationellt utbildningssystem som är upprättat av och upprätthålls av staten och huruvida tjänsten i huvudsak finansieras av det allmänna.²

Utredningen prövar de olika skolformerna mot ovanstående två kriterier och kommer för samtliga aktuella utbildningsverksamheter fram till att kriterierna är uppfyllda på ett eller annat sätt.³ Förekomsten av olika former av privata aktörer

¹ SOU 2017:44 s. 215 och 219.

² SOU 2017:44 s. 344-346.

³ SOU 2017:44 s. 348-356.

inom aktuella verksamheter anses inte ha någon betydelse för upphandlingsfrågan. Sammanfattningsvis anser utredningen i denna del – som det får förstås – att paralleller inte kan dras mellan å ena sidan konkurrens- och statsstödsrätten och å andra sidan upphandlingsrätten i just detta avseende. Alldeles oavsett kan enligt utredningen – också som det får förstås – en verksamhet vara icke-ekonomisk trots förekomsten av enskilda huvudmän som ingår i ett offentligt utbildningssystem och helt eller delvis finansieras med offentliga medel.⁴

Konkurrensverkets bedömning av upphandlingsskyldigheten

Konkurrensverket kan sammanfattningsvis inte ställa sig bakom utredningens bedömning av upphandlingsskyldigheten eftersom det inte kan anses klarlagt att samtliga aktuella verksamheter är icke-ekonomiska.

Av artikel 74 i upphandlingsdirektivet⁵ framgår att tjänster avseende undervisning och utbildning omfattas av direktivets tillämpningsområde och att offentliga kontrakt över tröskelvärdet ska tilldelas enligt bestämmelserna i direktivet (se även Bilaga 2 till LOU). Den naturliga utgångspunkten måste därför vara att utbildningstjänster omfattas av LOU.

Utredningen hänvisar till praxis vars tillämplighet måste ifrågasättas. Flertalet avgöranden hämtas från konkurrens- och statsstödspraxis och det är enligt Konkurrensverket inte möjligt att dra några generella slutsatser från densamma såvitt avser tillämpningen av upphandlingsregelverket.

De bägge citerade rättsfallen C-263/86 Humbel samt C-318/05 KOM ./ Tyskland gäller i och för sig bägge frågor om fri rörlighet enligt fördraget. Bedömningarna avser dock relationen mellan elev eller brukare och myndigheten, inte en relation mellan myndighet och leverantör, som nu är fråga om. Det upphandlingsrättsligt relevanta torde inte vara myndighetens eventuella ekonomiska verksamhet i relation till eleverna eller brukarna utan om den avser att ingå avtal med tredje man om att få prestationer utförda mot ersättning. Det är då myndighetens agerande har konsekvenser för den inre marknaden ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv.

Andra tjänster än utbildningstjänster

Det leder enligt Konkurrensverket alltför långt att mera generellt analysera vilka konsekvenserna skulle bli om utredningens utgångspunkter för avgränsning av icke-ekonomisk verksamhet extrapolerades och tillämpades avseende andra välfärdstjänster än just utbildning eller för den del inom statsstöds- och konkurrensrätten. Det kan dock konstateras att utbildningstjänsterna inte är artskilda från den typen av tjänster som regelmässigt har bedömts utgöra ekonomisk verksamhet, t.ex. många former av hälso- och sjukvård.

⁴ SOU 2017:44 s. 347.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Konkurrensverket instämmer i slutsatsen att det utredningen betecknar som "vissa tjänster som inte avser utbildning", t.ex. skolskjuts och skolmåltider, typiskt sett är sådana som bör upphandlas enligt LOU.⁶ Konkurrensverket vill dock i det sammanhanget uppmärksamma att det är inkonsekvent med utredningens tidigare argumentation att för denna slutsats hänvisa till förekomsten av en marknad.⁷ Det utredningen anför till stöd för att "vissa tjänster som inte avser utbildning" ska upphandlas talar i allt väsentligt även för upphandling av själva utbildningstjänsten.

Även om Konkurrensverket anser att rättsläget såvitt avser upphandlingsskyldigheten är klart kan upplysningsvis konstateras att en liknande fråga avseende omsorgstjänster f.n. prövas av Förvaltningsrätten i Göteborg (mål 7530-17) och även behandlas i ett rättsutlåtande som har ingivits till Valfärdsutredningen av professor Erika Szyszczak, vilket utredningen i vart fall inte förefaller ha beaktat.

Utredningens förslag till förtydligande av LOU

Utredningens ställningstaganden – vilka i sig måste ifrågasättas – resulterar dels i ett förslag till förtydligande i LOU, dels i förslag på ett nytt regeringsuppdrag åt Upphandlingsmyndigheten.

Enligt utredningen bör således Regeringen överväga att föreslå ett förtydligande i LOU så att det direkt av lagen framgår att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av lagens tillämpningsområde. Enligt Konkurrensverket råder emellertid ingen oklarhet om frågan huruvida icke-ekonomiska tjänster omfattas av upphandlingsreglerna eller inte, vilket de alltså inte gör, som framgår även av skälen till upphandlingsdirektivet.

Oklarheten gäller i stället vilka verksamheter som är att betrakta som icke-ekonomiska. Utredningens förslag är således onödigt, det är till sin utformning ägnat att vilseleda om vilket rättsläge som redan gäller samt synes huvudsakligen tjäna rent symboliska syften. Generellt sett bör restriktivitet iaktas när det gäller att avvika från den EU-rättsliga systematiken i samband med implementering av direktiv som håller sådan detaljningsnivå som upphandlingsdirektiven.

Utredningens förslag om ett nytt uppdrag till Upphandlingsmyndigheten

Konkurrensverket avstyrker förslaget till regeringsuppdrag åt Upphandlingsmyndigheten eftersom ett sådant uppdrag vore uppenbart inkonsekvent sett i förhållande till den bedömning utredningen har gjort att utbildningstjänster generellt sett inte är upphandlingspliktiga.

⁶ SOU 2017:44 s. 358 ff.

⁷ Jämför argumentationen i SOU 2017:44 s. 347 med argumentationen på s. 360.

Upphandlingsmyndighetens uppdrag är att ge stöd till offentlig upphandling. Om inköp sker på annat sätt än genom upphandling framstår det som mera ändamålsenligt att ett sådant uppdrag läggs t.ex. på Skolverket.

Utredningen förefaller i denna del ha överskattat omfattningen av icke-ekonomiska tjänster som skulle kunna köpas in på ett sätt som liknar offentlig upphandling, och därmed naturligen skulle kunna vara föremål för det föreslagna uppdraget åt Upphandlingsmyndigheten. Utredningens egen beskrivning handlar nästan uteslutande om utbildningsverksamheter med en blandning av statliga regelverk och kommunal finansiering men utan någon upphandling i sedvanlig mening.

Utredningens alternativa förslag

Som alternativ till utredningens huvudförslag föreslås att Regeringen för aktuella sektorer inför motsvarande regler som föreslagits av Valfärdsutredningen. Eftersom den utredningens förslag har remissbehandlats i särskild ordning ser Konkurrensverket inte skäl att kommentera föreliggande utredning i denna del.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit avdelningschefen Johan Hedelin

Rikard Jermsten

Johan Hedelin