
DÄR POLITIKEN GÅR IN, GÅR JURIDIKEN UT

En reflektion kring vinstbegränsningens förenlighet med upphandlingsrätten

Erik Olsson & Johan Falk*

1. INLEDNING

Få områden har varit föremål för så många lagstiftningsinitiativ de senaste åren som upphandlingsrätten. Just nu ligger, så vitt vi känner till, inte mindre än sex utredningar som hoppas på att kunna ge upphov till lagändringar på upphandlingsområdet.¹ Tre av dessa utredningar, *Ordning och reda i välfärden*, *Palett för ett stärkt civilsambälle* samt *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning* har det gemensamt att de tar sikte på att antingen begränsa vinstdrivande bolags tillgång till offentlig upphandling eller åtminstone att göra det lättare för så kallade idéburna organisationer att tilldelas offentliga kontrakt.² Tanken om att begränsa vinstuttaget ur välfärden har brett folkligt stöd och det finns stor politisk vilja bakom förslagen. Men, där politiken går in, går juridiken ut.

Som vi kommer att beskriva i denna krönika bygger ovan nämnda utredningar på en serie juridiska felslut och de förslag på lagändringar som utredningarna innehåller är ofta omöjliga att genomföra utan att komma i direkt konflikt med upphandlingsrätten.

Vår genomgång kommer att fokusera på Illmar Reepalus utredning kring vinster i välfärden men har, som kommer att framgå, även betydelse för *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning*.

* Erik Olsson, advokat och delägare och Johan Falk, biträdande jurist. Båda vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

¹ SOU 2016:78, *Ordning och reda i välfärden*, SOU 2016:13, *Palett för ett stärkt civilsambälle*, SOU 2017:44, *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning*, Ds 2017:31, *Elektroniska fakturor vid offentlig upphandling*, SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.*, samt Fi2017/03767/OU, *Promemoria: Vissa förslag till ändringar i lagen om offentlig upphandling med anledning av Välfärdsutredningens förslag*.

² SOU 2016:78, *Ordning och reda i välfärden*, SOU 2016:13, *Palett för ett stärkt civilsambälle* samt SOU 2017:44, *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning*.

2. VINSTER I VÄLFÄRDEN

Ilmar Reepalus utredning av finansiering av välfärdstjänster har rönt uppmärksamhet även utanför upphandlingsvärlden. I sina två betänkanden, *Ordning och reda i välfärden* samt *Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning* presenterar Ilmar Reepalu bland annat ett förslag om att endast juridiska personer som har ett visst tillstånd ska få ”ta emot offentlig finansiering”.³ Vidare föreslås att kommuner och landsting endast ska få ge ersättning i enlighet med avtal till juridiska personer som har ett sådant tillstånd. Slutligen föreslås att tillstånd att få ta emot offentlig finansiering endast ska ges till juridiska personer som högst har ett visst rörelseresultat.

Resultatet av den föreslagna regleringen blir, även om detta inte uttrycks fullt så tydligt i betänkandena, att endast företag som iakttar den föreskrivna vinstbegränsningen kan tilldelas kontrakt i offentlig upphandling avseende vissa välfärdstjänster. Reglerna föreslås gälla för all verksamhet som utförs enligt hälso- och sjukvårdslagen (2017:30) (HSL), socialtjänstlagen (2001:453) (SoL), lag (1993:387) om stöd och service till vissa funktionshindrade (LSS) och skollagen (2010:800), dvs. för fristående förskolor och skolor, hemtjänst, hem för vård och boende, boende för äldre, assistans och annan verksamhet för funktionshindrade samt all typ av hälso- och sjukvård.

Den rättsliga argumentationen för förslaget är i huvudsak och förkortat följande:

1. Skol- och förskoleverksamhet, såsom den bedrivs i Sverige, är icke-ekonomisk verksamhet och faller därmed utanför unionsrätten. Det finns därför inget hinder mot regleringen.
2. Vad avser verksamhet enligt HSL, SoL och LSS anser utredningen det vara mindre tydligt om verksamheten är icke-ekonomisk. Av denna anledning anser utredning att sådan verksamhet kan träffas av unionsrätten. Enligt vad utredningen anför är i en sådan situation den föreslagna regleringen endast tillåten om den är nödvändig, utformad på ett icke-diskriminerande sätt, och proportionerlig. Utredningen finner att så är fallet och att regleringen därmed inte möter något hinder.

³ SOU 2017:38, *Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning* är framförallt fokuserat på kvalitetskrav och uppföljning i upphandling men utgår ifrån premissen att enkom sådana åtgärder, utan krav på vinstbegränsning, är otillräckligt för att säkerställa tillräcklig kvalitet i välfärden. Kravet på vinstbegränsning framställs i SOU 2016:78, *Ordning och reda i välfärden*.

3. VINSTBEGRÄNSNINGAR OCH UPPHANDLINGSRÄTTEN

Det första man måste ta ställning till när man undersöker utredningens resonemang är begreppet icke-ekonomisk tjänst och om det förhållandet att exempelvis förskola och skola kan anses utgöra en icke-ekonomisk tjänst verkligen innebär att det står regeringen fritt att införa en sådan regel om vinstbegränsning som regeringen föreslår. För detta måste i sin tur tre frågor besvaras.

1. Utgör sådana transaktioner som utredningen brett beskriver som ”ta emot offentlig finansiering” upphandlingskontrakt?
2. Om sådana transaktioner utgör upphandlingskontrakt medför det förhållandet att ett visst upphandlingskontrakt avser bedrivande av en icke-ekonomisk verksamhet att det inte omfattas av upphandlingsdirektiven?
3. Om svaret på fråga 2 är nekande, utgör upphandlingsdirektiven hinder mot krav på vinstbegränsning vid tilldelning av upphandlingskontrakt?

Vi behandlar dessa tre frågor nedan.

3.1 Vad är ta ”emot offentlig finansiering” och utgör sådana transaktioner upphandlingskontrakt?

Som vi beskrev i *Allt är inte upphandling som glimmar* finns det i EU-domstolens praxis förhållandevis tydliga kriterier för vad som utgör ett upphandlingskontrakt och vad som utgör andra typer av överenskommelser med ekonomiska villkor, såsom exempelvis bidragsfinansiering.⁴ Vi ska inte återbesöka den diskussionen nu men kan konstatera att ett upphandlingskontrakt är ett avtal med ekonomiska villkor mellan en upphandlande myndighet som åtar sig att betala för en viss vara, byggentreprenad eller tjänst och en leverantör som åtar sig en rättsligt åberopbar skyldighet att leverera eller utföra den aktuella varan, byggentreprenaden eller tjänsten.

Utifrån denna definition är det tydligt att i princip alla avtal genom vilka en leverantör åtar sig en fullgörandeskyldighet att utföra en viss välfärdstjänst mot betalning träffas av det upphandlingsrättsliga kontraktsbegreppet. Det finns en diskussion om att avtal som tecknas inom ramen för ett auktorisationssystem, utan selektivitet, inte omfattas av upphandlingsdirektiven men för alla kontrakt på vård och utbildningsområdet som idag tilldelas genom upphandling snarare än inom ramen för ett valfrihetssystem är det tydligt att dessa utgör sådana upphandlingskontrakt som träffas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).⁵ Så är exempelvis fallet för vuxenutbildning, för drift av äldreboenden,

⁴ ERT 2017 nr 3, s. 581–601.

⁵ Jfr Skäl 4 i direktiv 2014/24 samt skäl 13 i direktiv 2014/23.

för hem för vård och boende, för diverse specialistvård samt för LSS-verksamheter och 2015 annonserades 829 upphandlingar avseende hälso- och sjukvård samt sociala tjänster.⁶ Det som utredningen beskriver som ”att ta emot offentlig finansiering” är således, i väldigt många fall, upphandlingskontrakt i upphandlingsdirektivens mening.

3.2 Omfattas tilldelning av upphandlingskontrakt vad avser tillhandahållandet av icke-ekonomiska tjänster av upphandlingsdirektiven?

Enligt utredningen faller tjänster av allmänt intresse som inte är ekonomiska helt utanför tillämpningen av EU:s konkurrens- och upphandlingsregler. Frågan är om detta påstående stämmer och i så fall, om det innebär att upphandlingsdirektiven inte äger tillämpning på tilldelning av upphandlingskontrakt som avser tillhandahållandet av sådana tjänster.

Enligt artikel 2 i protokoll nr 26 till Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) ska bestämmelserna i fördragen inte på något sätt påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Motsvarande skrivning finns i skälen till upphandlingsdirektiven som anger att direktiven inte bör omfatta icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.⁷

Till stöd för att välfärdstjänster utgör icke-ekonomiska tjänster åberopar utredningen även EU-domstolens avgöranden i *Humbel* och *FENIN*.⁸ Tanken om att upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte skulle omfattas av upphandlingsreglerna har därutöver utvecklats av Sylvan i P.P.L.R. samt i den så kallade Malmö-rapporten.⁹

Det som samtliga avgöranden som såväl utredningen som Sylvan åberopar har gemensamt är emellertid att de inte rör frågor om upphandlingsrättens tillämplighet. Avgörandena rör istället frågor om statsstöd, konkurrensrätt samt fri rörlighet. Som vi nedan kommer att se är det här fråga om en viktig perspektivskillnad där frågan om bestämmelserna om statligt stöd, konkurrens eller fri rörlighets tillämplighet på en viss relation inte ger stöd för att upphandlingsrätten skulle sakna tillämpning på en annan, närliggande, relation.

Låt oss ta några illustrerande exempel ur EU-domstolens praxis.

⁶ Upphandlingsmyndighetens rapport 2016:2 Konkurrensverkets rapport 2016:10, *Statistik om offentlig upphandling 2016*, s. 39.

⁷ Beaktandesats 6 i direktiv 2014/23/EU, beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU och beaktandesats 8 i direktiv 2014/25/EU.

⁸ Mål C-263/86, *Humbel*, EU:C:1988:451, respektive mål C-205/03 P, *FENIN*, EU:C:2006:453.

⁹ Se Mathias Sylan, *Do EU Rules on Public Procurement apply to Tax-funded welfare services?*, P.P.L.R, 2016, issue 6, s. 253–272, samt Mathias Sylan, *Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad*, 2014.

Humbel handlade i korthet om en fransk familj vars son gick i skolan i Belgien. Den belgiska skolan krävde utländska elever på en inskrivningsavgift, vilket inte belgiska elever behövde betala. Fråga uppkom om det var förenligt med nuvarande artikel 56 och 57 i FEUF, och närmare bestämt om den aktuella formen av utbildning utgjorde en "tjänst" i fördragets mening. Av artiklarna 56 och 57 i FEUF framgår att tjänster normalt avser prestationer som utförs mot ersättning. Enligt EU-domstolen ligger den väsentliga egenskapen i ersättningen som ska betalas för att det ska anses vara en tjänst, i faktumet att den utgör ersättning för den aktuella tjänsten och där ersättningen, vanligtvis, bestäms av tjänsteutövaren och tjänstemottagaren (punkten 17).

Enligt EU-domstolen saknades en sådan egenskap när det är fråga om utbildning inom det nationella utbildningssystemet, eftersom att det allmänna inte syftar till att bedriva affärsverksamhet utan endast att uppfylla sina skyldigheter gentemot medborgarna inom de sociala, kulturella och utbildningsområdena, och dels eftersom sådan utbildning normalt är offentligt finansierat. Att eleverna får betala vissa avgifter påverkar inte arten av verksamheten (punkterna 18 och 19).

Mot denna bakgrund bedömde således EU-domstolen att den tjänst som skolan tillhandhöll sina elever inte var ekonomisk, och att relationen mellan skolan och eleven därför inte omfattades av fördraget. Målet säger dock inte något om relationen mellan staten som köpare av exempelvis en friskolas tjänst att, mot betalning, tillhandahålla skolverksamhet för elever. Relationen mellan stat och tillhandahållaren av skolverksamheten kan således i allra högsta grad vara ekonomisk även om relationen mellan tillhandahållaren och eleven inte är det.

Ett mer färskt exempel hittar vi hos EFTA-domstolen i mål E-5/07 *Private Barnhager*.¹⁰ I målet bedömdes huruvida norska förskolor skulle anses tillhandahålla en tjänst enligt EES-avtalet (vilket bl.a. innehåller motsvarande bestämmelse som nuvarande artikel 57 FEUF). Domstolen fann att EU-domstolens resonemang i *Humbel* kunde tillämpas. Domstolen fann att eftersom 80 procent av kostnaderna för förskolorna betalades av kommunerna, den förskoleavgift som föräldrarna betalar saknar samband med den faktiska kostnaden för den tjänst som föräldrarna erhåller (förskoleplats) samt att skyldigheten gentemot medborgarna inom de sociala, kulturella och utbildningsområdena, i detta fall förskoleplatser, följer av författningskrav kunde det inte anses att någon ersättning betalades för de aktuella tjänsterna (punkterna 82 och 83).

Även detta avgörande rör emellertid frågan om relationen mellan förskolan och eleven är ekonomisk, vilket är en förutsättning för det statsstödsrättsliga företagsbegreppet. Avgörandet säger emellertid inget om karaktären på relatio-

¹⁰ Detta avgörande åberopas ofta till stöd för att skolverksamhet utgör en icke-ekonomisk tjänst. Se exempelvis Mathias Sylvan, *Do EU Rules on Public Procurement apply to Tax-funded welfare services?*, P.P.L.R., 2016, issue 6, s. 267.

nen mellan förskolan och staten, vilket är den relation för vilken upphandlingsrätten är relevant.

Ett avgörande som ofta åberopas, så även i utredningen, till stöd för att en verksamhets icke-ekonomiska karaktär ska smitta även upphandling av sådan verksamhet, är EU-domstolens avgörande i *FENIN*.¹¹

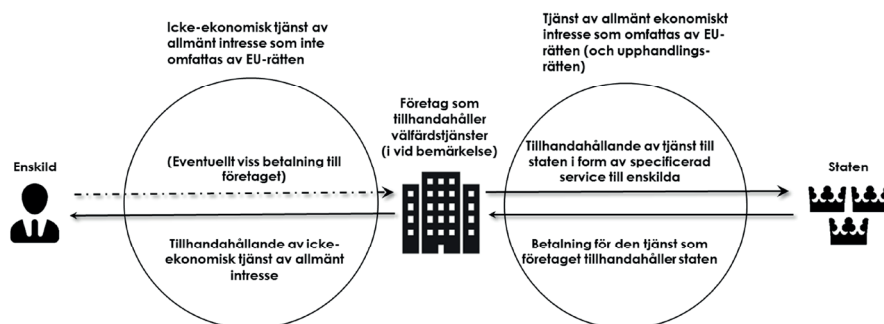
Målet avsåg en sammanslutning av spanska företag (FENIN) som sålde sjukvårdsprodukter till sjukhussektorn i Spanien. FENINs beställare var SNS-organen vilka bedrev administration av hälso- och sjukvård. SNS verksamhet var såvitt framgår av domen solidariskt finansierad genom sociala avgifter och andra statliga bidrag och de anslutna tillhandahölls SNS tjänster gratis. I målet hävdade dock FENIN att SNS-organens inköpsverksamhet skulle särskiljas från deras övriga verksamhet, och att inköpsverksamheten utgjorde ekonomisk verksamhet i *konkurrensrättslig* bemärkelse.

EU-domstolen konstaterade dock att det som är utmärkande för begreppet ekonomisk verksamhet är att erbjuda varor och tjänster på en viss marknad samt att det vid bedömningen av verksamhetens art inte finns någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat och att det är frågan huruvida den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär eller inte som oundvikligen avgör inköpsverksamhetens art (punkterna 25 och 26).

EU-domstolen slår således fast att inköpsverksamhet, till en icke-ekonomisk verksamhet, ska bedömas utifrån den icke-ekonomiska verksamhetens art, när det är fråga om att bedöma om *konkurrensrätten* är tillämplig på hur verksamheten agerar vid inköp. Vad *FENIN* däremot inte säger, är att även övrig EU-rätt saknar tillämplighet.

Det bör understrykas att den för upphandlingsrätten relevanta frågeställningen inte är om den tjänst som staten, genom olika leverantörer (såväl privata som statliga och kommunala), tillhandahåller är icke-ekonomisk, i Sverige torde det förhålla sig så för majoriteten av de tjänster som stat och kommun tillhandahåller. Den relevanta frågan är istället om de kontrakt som stat eller kommun tecknar med fristående aktörer för att dessa mot betalning ska tillhandahålla en icke-ekonomisk tjänst till medborgarna är ekonomiska. Så är nästan alltid fallet, vilket också vinner stöd av den breda kontraktsdefinition som EU-domstolen använder för att fastställa vad som utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor enligt upphandlingsrätten. Följande figur illustrerar skillnaden i perspektiv.

¹¹ Mål C-205/03 P, *FENIN*, EU:C:2006:453.



Det bör understrykas att ett upphandlingskontrakt anses ekonomiskt och omfattas av upphandlingsdirektiven även om det tecknas med en icke-vinstdrivande organisation.¹²

För vår uppfattning om att den icke-ekonomiska karaktären på sluttjänsten mot medborgare inte påverkar upphandlingsskyldigheten då en myndighet ingår avtal om tillhandahållandet av en sådan tjänst talar även kommissionens meddelande om tillämpningen av statsstödsreglerna på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Kommissionen uttalar att meddelandet

”[inte] [påverkar] tillämpningen av andra bestämmelser i unionslagstiftningen, särskilt de som gäller offentlig upphandling och krav som har sin grund i fördraget och sektorspecifik unionslagstiftning. Om en offentlig myndighet väljer att anförtro en tredje part tillhandahållandet av en tjänst, måste den följa unionslagstiftningen om offentlig upphandling [...] och sektorspecifika regler. Även i de fall där upphandlingsdirektiven helt eller delvis är icke-tillämpliga (till exempel för tjänstekoncessioner och tjänstekontrakt som förtecknas i bilaga II B till direktiv 2004/18/EG, inklusive olika typer av sociala tjänster), måste tilldelningen ändå uppfylla fördragets krav på insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande”.¹³

Det bör även understrykas att EU-domstolen vid ett antal tillfällen har ansett att kontrakt som avser upphandling av tillhandahållande av skattefinansierade välfärdstjänster omfattas av upphandlingsdirektiven. Så skedde exempelvis i *Grupo Hospitalario Quirón*.¹⁴ Målet rörde upphandling av vissa hälso- och sjukvårdstjänster. Avsikten var att avlasta de offentliga sjukhusen och förkorta väntetiden för dess patienter genom att viss offentlig läkarvård skulle ske på privata vårdinrättningar. Betalning för tjänster skedde från den upphandlande

¹² Se C-113/13, *Spezzino*, EU:C:2014:2440, punkterna 36 och 37 samt där angiven rättspraxis.

¹³ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse 2012/C8/02, punkten 5.

¹⁴ Mål C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón*, EU:C:2015:713.

myndigheten och inte från brukarna. EU-domstolen fann dock att fråga var om ett offentligt tjänstekontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektivet. Detta trots att vårdtjänsten som sådan tydligt tillhandahölls medborgarna utan att dessa betalade för den.

Att det inte finns något brett undantag från upphandlingsskyldighet vad avser upphandling av tillhandahållande av icke-ekonomiska tjänster talar även det förhållande att de nya direktiven uttryckligen omfattar upphandling av hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster. I detta avseende ska särskilt noteras att artikel 77 i LOU-direktivet innehåller en särskild möjlighet att reservera kontrakt inom vissa sjukvårdstjänster för konkurrensutsättning bland organisationer där vinsterna återinvesteras för att uppnå organisationens syfte. Detaljriki- domen i dessa bestämmelser samt i de bestämmelser som i övrigt reglerar upphandling av hälsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster talar tydligt för att det inte finns något brett undantag för upphandling av tillhandahållande av icke-ekonomiska välfärdstjänster.

Som stöd för att det skulle vara förenligt med unionsrätten att uppställa ett krav på vinstbegränsning hänvisar utredningen även till målet *Sodemare*.¹⁵ Det avgörandet rörde emellertid inte en situation som träffades av upphandlingsdirektiven utan tvärtom leverantörers deltagande i ett socialförsäkringssystem. Avgörandet ger således inte stöd för att det skulle vara möjligt att göra undantag från upphandlingsdirektivens bestämmelser med hänvisning till att fråga är om tillhandahållandet av en icke-ekonomisk tjänst. Det bör även understrykas att det vid tillfället när *Sodemare* meddelades inte fanns något direktiv som reglade upphandling av välfärdstjänster utan sådan upphandling föll helt utanför dåvarande direktivsreglering. Domstolen hade således, även om det hade kunnat konstateras att fråga var om ett köp enligt upphandlingsrättsliga kontraktsdefinitioner, inte kunnat komma fram till att detta stred mot då gällande upphandlingsdirektiv.

Som stöd för sin argumentation hänvisar utredningen även till ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm där kammarrätten ansåg att Skolverkets upphandling av en befattningsutbildning för rektorer och andra skolledare inte omfattades av upphandlingslagstiftningen då det avsåg en icke-ekonomisk tjänst.¹⁶ Såvitt känt är detta den enda gången som en svensk domstol ansett en upphandling undantagen upphandlingsskyldighet med hänvisning till att fråga var om tillhandahållandet av en icke-ekonomisk tjänst. Av sakomständigheterna i målet synes även framgå att de lärosäten som var "leverantörer" av den aktuella utbildningen typiskt sett inte tilldelas ett upphandlingskontrakt utan att deras skyldighet att utföra den aktuella utbildningen (om de blir utvalda för finansiering) följer av en förordning snarare än av en avtalsrättslig (och köp-

¹⁵ Mål C-70/95, *Sodemare*, EU:C:1997:301.

¹⁶ Kammarrätten i Stockholm dom den 19 maj 2009 i mål nr 8101-08.

rättslig) förpliktelse gentemot skolverket.¹⁷ Detta förhållande gör att det kan sättas ifråga huruvida det över huvud taget var fråga om upphandlingskontrakt i målet.¹⁸

Frågan om det finns ett generellt undantag från upphandling vad avser tillhandahållandet av icke-ekonomiska tjänster är emellertid just nu föremål för domstolsprövning i Förvaltningsrätten i Göteborg.¹⁹ I målet, där Konkursverket har ansökt om upphandlingsskadeavgift mot Alingsås kommun för direkttilldelning av ett kontrakt till Bräcke diakoni avseende tillhandahållande av vissa hälso- och sjukvårdstjänster, är kommunens främsta invändning att upphandlingen inte omfattas av upphandlingsskyldighet då den rör tillhandahållandet av en icke-ekonomisk tjänst. Konkursverket gör å sin sida, i enlighet med det resonemang vi anfört ovan, gällande att det saknar betydelse för kommunens upphandlingsskyldighet att den tjänst som Bräcke diakoni tillhandahåller brukarna är icke-ekonomisk, när det kontrakt som ingåtts mellan kommunen och Bräcke diakoni är ett upphandlingskontrakt med ekonomiska villkor.

Sammanfattningsvis är det vår bedömning att det förhållandet att fråga är om tillhandahållande av en icke-ekonomisk tjänst inte medför att upphandlingskontrakt mellan en myndighet och en leverantör varigenom leverantören åtar sig att utföra den icke-ekonomiska tjänsten, ska undantas upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Det bör understrykas att en annan tolkning, där det förhållandet att en viss tjänst gentemot medborgaren är icke-ekonomisk skulle medföra att upphandling på ekonomiska villkor av tillhandahållandet av en sådan tjänst också undantas upphandlingsdirektiven potentiellt skulle medföra att i princip all offentlig verksamhet som idag läggs ut på entreprenad skulle undantas. Med ett sådant synsätt skulle upphandlingsdirektivens tillämpningsområde i princip inskränkas till sådana uppdrag som utgör tjänstekoncessioner.²⁰

Det bör i sammanhanget framhållas att även utredningen *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning* innehåller förslag som grundar sig i ett resonemang om att upphandling av tillhandahållandet av en icke-ekonomisk tjänst skulle kunna undantas upphandlingsdirektiven.²¹ I utredningen föreslås att all upphandling som avser verksamhet inom skolväsendet kan undantas upphandling enligt LOU när den läggs ut på entreprenad. Ställningstagandet, som har mycket långtgående konsekvenser för konkurrensutsättningen av utbild-

¹⁷ Förordningen (2008:643) om befattningsutbildning för rektorer och annan personal med motsvarande ledningsfunktion i skola, förskola och fritidshem.

¹⁸ Se vidare om detta i *Allt är inte upphandling som glimmar*, ERT 2017 nr 3, s. 581–601.

¹⁹ Förvaltningsrätten i Göteborgs mål nr 7530-17. Pågående.

²⁰ En tjänstekoncession kännetecknas av att betalningen för tjänsten till någon del erläggs av tredje man och upphandling av sådana kontrakt regleras i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

²¹ SOU 2017:44, *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning*, s. 348–357.

ningstjänster, grundar sig helt på det förhållandet att utbildningstjänster, såsom dessa tillhandahålls och finansieras i Sverige, är icke-ekonomiska i relationen mellan utbildningsanordnaren och eleven. Att de i många fall är ekonomiska i relationen mellan stat och kommun å ena sidan och utbildningsanordnaren å den andra synes inte ha tillmätts någon betydelse.²²

3.3 Utgör upphandlingsdirektiven hinder mot krav på vinstbegränsning vid tilldelning av upphandlingskontrakt?

Då vi ovan kunnat konstatera att det som utredningen kallar att ”ta emot offentlig finansiering” allt som oftast kommer att utgöra tilldelning av ett upphandlingskontrakt enligt upphandlingsdirektiven och då vi dessutom kan konstatera att det förhållandet att ett visst upphandlingskontrakt avser tillhandahållandet av en icke-ekonomisk tjänst inte medför att upphandlingskontraktet kan undantas dessa direktiv återstår att undersöka om upphandlingsdirektiven medför hinder mot en sådan vinstbegränsning som föreslås.

Det kan inledningsvis konstateras att utredningen själv, efter att ha tagit del av rättsutlåtanden i frågan från Sejersted, Risvig Hamer, Kunzlik och Caranta, konstaterar att det för tjänster som omfattas av upphandlingsdirektiven, inte är möjligt att reservera dessa till icke-vinstsyftande aktörer i annan utsträckning än vad som framgår av direktiven.²³

Vad som anförs i artikel 76 i LOU-direktivet om principer för tilldelning av kontrakt synes inte ge utrymme för en nationell reglering som på ett generellt plan undantar vinstdrivande bolag från upphandling. Tvärtom pekar, som bland annat Caranta och Sejersted framhåller, det förhållandet att sociala tjänster och andra särskilda tjänster numera omfattas av direktivens tillämpningsområde, samt att möjligheten att reservera sådana kontrakt är föremål för en särskild och detaljerad reglering, att det inte finns någon möjlighet att på ett mer generellt sätt än vad direktiven föreskriver, reservera upphandlingskontrakt till endast sådana leverantörer som iakttar viss vinstbegränsning. Artikel 77 anger möjligheterna att reservera kontrakt till icke-vinstdrivande aktörer.

”Medlemsstaterna får föreskriva att de upphandlande myndigheterna får reservera rätten för en organisation att delta i offentlig upphandling exklusivt för de hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster som avses i artikel 74, som

²² Det ska dock märkas att utbildningstjänster i Sverige ofta finansieras genom en bidragsordning snarare än genom upphandlingskontrakt. Vissa utbildningstjänster kan således vara undantagna upphandlingslagarna av den anledningen, jfr *Allt är inte upphandling som glimmar*, ERT 2017 nr 3 s. 581–601.

²³ Se SOU 2016:78, *Ordning och reda i välfärden*, s. 549–551. Utredningen åberopar fyra olika rättsutlåtanden i fråga, varav tre särskilt inhämtats av utredningen. Professor Sejersted, lektor Risvig Hamer, professor Kunzlik och professor Caranta är samtliga överens om att direktiven inte tillåter en regel som innebär att endast icke-vinstdrivande företag får konkurrera om kontrakt.

omfattas av CPV-koderna 75121000-0, 75.12.2000-7, 75123000-4, 79.62.2000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, från och med 85000000-9 till och med 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8.

2. En organisation som avses i punkt 1 ska uppfylla samtliga följande villkor:

a) Dess syfte ska vara att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till tillhandahållande av sådana tjänster som avses i punkt 1.

b) Vinsterna ska återinvesteras för att uppnå organisationens syfte. Vid eventuell vinstutdelning eller omfördelning bör detta ske på grundval av deltagande.

c) Lednings- och ägarstrukturen i den organisation som fullgör kontraktet ska grundas på personalens ägande eller deltagande, eller ska kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

d) Organisationen får inte ha tilldelats något kontrakt för den berörda tjänsten av den berörda upphandlande myndigheten enligt denna artikel under de senaste tre åren.

3. Maximal löptid för kontraktet får inte överstiga tre år.

4. Anbudsinfordran ska innehålla en hänvisning till denna artikel.

5. Trots vad som sägs i artikel 92 ska kommissionen göra en bedömning av effekterna av denna artikel och rapportera till Europaparlamentet och rådet senast den 18 april 2019” (vår kursivering).

Det finns mycket i denna reglering som tyder på att den är uttömmande. Först och främst används begreppet *får föreskriva* i inledningen av bestämmelsen vilket indikerar att myndigheten i övrigt inte har en sådan frihet.²⁴ Möjligheten i artikel 77 är vidare noga avgränsad till vissa, med CPV-kod angivna, tjänster vilket måste uppfattas som att det är otillåtet att reservera kontrakt för andra tjänster än dessa. Slutligen har möjligheten att reservera kontrakt knutits till en maximal löptid för kontraktet (som är kortare än den som gäller som huvudregel för andra ramavtal) vilket indikerar att lagstiftaren i största möjliga mån sökt avgränsa den konkurrensbegränsande effekt som den föreskrivna möjligheten innebär. Regleringen ger således på flera sätt intryck av att vara en uttömmande och fullständig reglering av möjligheten för medlemsstater att reservera upphandling till icke-vinstdrivande organ. Det har med andra ord skett en harmonisering av medlemsstaters möjligheter att reservera kontrakt avseende icke-vinstdrivande aktörer.

Vi delar således utredningens bedömning att upphandlingsdirektiven inte tillåter en generell vinstbegränsning vid tilldelning av sådana kontrakt som omfattas av direktiven. Att det förhåller sig på detta sätt kan också indirekt utläsas av EU-domstolens avgöranden i *Spezzino* och *CASTA m.fl.* där domstolen tydligt angav att direkttilldelning av vissa typer av kontrakt till icke-vinstdrivande organ inte är tillåtet under då gällande direktiv, 2004/18/EG.²⁵ Det

²⁴ Jfr motsvarande formulering avseende möjligheten att göra undantag från de obligatoriska utslutningsgrunderna i artikel 57 (3) samma direktiv.

²⁵ Mål C-113/13, *Spezzino*, EU:C:2014:2440, p. 44 samt mål C-50/14, *CASTA m.fl.*, EU:C:2016:56, p. 54.

direktivet innehöll ingen särreglering avseende möjligheterna att reservera kontrakt och ovan angivna bestämmelse i nuvarande direktiv talar, i än större utsträckning för att reserverande av kontrakt till icke-vinstdrivande företag är otillåtet.

4. SPELAR DET NÅGON ROLL ATT VINSTBEGRÄNSNINGEN INTE FRAMGÅR AV UPPHANDLINGSLAGARNA?

Vi har ovan kunnat konstatera att upphandlingsdirektiven innebär hinder mot att på ett mer generellt plan än vad direktiven uttryckligen föreskriver i artikel 77, reservera kontrakt avseende välfärdstjänster till företag som iakttar viss vinstbegränsning.

Vi har även sett att det tillståndskrav som utredningen föreslår kommer att träffa sådana kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven.

Det kan således konstateras att det föreslagna tillståndskravet innebär att upphandlingskontrakt reserveras till icke-vinstdrivande företag på ett sätt som står i strid med upphandlingsdirektiven.

Frågan som då uppstår är om det har betydelse för regleringens tillåtlighet att utredningen valt att genomföra vinstbegränsningen i form av ett krav på tillstånd i LSS, lagen om läkarvårdsersättning, lagen om ersättning för fysioterapi, SoL, socialförsäkringsbalken, skollagen respektive HSL snarare än genom en reglering i LOU.

I detta avseende kan konstateras att medlemsstater har en skyldighet att genomföra upphandlingsdirektiven, precis som alla andra direktiv, på ett sätt som säkerställer att direktiven får full verkan i överensstämmelse med det syfte som de eftersträvar.²⁶

Det finns således en skyldighet för Sverige att tillse att upphandlingsdirektiven får sin fulla verkan såväl i lag som i praktiken.²⁷ Det saknar därför betydelse att Sverige genom LOU, lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner har genomfört upphandlingsdirektiven i lag om Sverige nu inför bestämmelser i en serie andra lagar som medför att upphandlingsdirektivens fulla verkan inte uppnås.

Det kan således konstateras att det finns stor risk för att utredningens förslag, om det genomförs, medför att Sverige inte längre kan anses ha genomfört upphandlingsdirektiven på ett korrekt sätt. Med tanke på att en vinstbegränsning av den föreskrivna typen i praktiken innebär en begränsning av leverantörers rätt att delta i upphandlingsförfaranden, och med tanke på att det framgår

²⁶ Mål 14/83, *Von Colson*, EU:C:1984:153, p. 15.

²⁷ Se exempelvis mål C-287/91, *kommissionen mot Italien*, EU:C:1992:242.

av EU-domstolens avgöranden i *Spezzino* och *CASTA m.fl.* samt av artikel 77:s uttömmande karaktär att en sådan begränsning står i strid med direktiven, är det därtill sannolikt att svensk domstol i en eventuell rättstvist hade varit tvungen att avstå från att tillämpa bestämmelserna om vinstbegränsning i den mån de i det enskilda fallet skulle förhindra en leverantörs deltagande i en offentlig upphandling.²⁸ Att en nationell domstol genom direkt effekt kan hindra vinstbegränsningens tillämplighet på offentliga kontrakt som upphandlas enligt upphandlingslagarna medför emellertid naturligtvis inte att det står Sverige fritt att genomföra ett förslag som innebär ett hinder mot upphandlingsdirektivets fulla verkan. Oaktat denna möjlighet för den enskilde leverantören att göra sina rättigheter enligt direktiven gällande i domstol utgör således utredningens förslag en otillåten begränsning av upphandlingsdirektiven som rätteligen inte kan tillåtas bli lag.

5. GEBHARD-TEST VID BRISTANDE GENOMFÖRANDE AV DIREKTIV

En annan central komponent i utredningens argumentation är att förslaget om vinstbegränsning är förenligt med det så kallade Gebhard-testet. Enligt detta test, som introducerades av EU-domstolen i målet *Gebhard*, ska nationella bestämmelser som hindrar eller gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheterna, uppfylla vissa förutsättningar för att vara tillåtna.²⁹ Bestämmelserna ska, enligt detta test, vara icke-diskriminerande, framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse, vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning, dvs. vara proportionerliga.

Utredningen lägger viss ansträngning vid att motivera sitt förslag utifrån detta test. Gebhard-testet är emellertid enligt vår bedömning endast relevant i avsaknad av en uttömmande och harmoniserade reglering i sekundärlagstiftning. Som vi gjort gällande i avsnitt 3.3 ovan innehåller upphandlingsdirektiven en uttömmande reglering av möjligheten att reservera kontrakt för icke-vinstdrivande organisationer och det är då inte möjligt för medlemsstater att med stöd av Gebhard-testet motivera ytterligare begränsningar härvidlag. Att det förhåller sig på detta sätt framgår dels av *Spezzino* och *CASTA m.fl.* där EU-domstolen, utan prövning enligt Gebhard-testet, angav att de undantag för icke-vinstdrivande organ som medlemsstaten hade lagstiftat om var otillåtna i den mån de träffades av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde. Motsvarande resonemang finns bland annat i *Wilson* som rörde en medlemsstats

²⁸ Se mål C-194/94, *CIA Security*, EU:C:1996:172, samt mål C-226/97, *Lemmens*, EU:C:1998:296.

²⁹ Mål C-55/94, *Gebhard*, EU:C:1995:411.

möjlighet att uppställa krav på språkförståelse för att få bedriva advokatverksamhet.³⁰ EU-domstolen som fann att ett sådant krav inte var möjligt att uppställa lade särskild vikt vid att det direktiv som fanns på området syftade till att harmonisera tillämpningen av fri rörlighet för advokattjänster och motiverade sitt ställningstagande på följande sätt:

”Såsom framgår av skäl 6 i direktiv 98/5 har gemenskapslagstiftaren genom direktivet avsett att bland annat avskaffa skillnaderna mellan de nationella bestämmelserna om villkor för registrering hos de behöriga myndigheterna, vilka gav upphov till olikheter och utgjorde hinder för den fria rörligheten (se även, för ett liknande resonemang, dom av den 7 november 2000 i mål C-168/98, Luxemburg mot parlamentet och rådet, REG 2000, s. I-9131, punkt 64).

[...]

Med hänsyn till det syfte med direktiv 98/5 som återges i punkt 64 i denna dom, finner domstolen, i likhet med Förenade kungarikets regering och kommissionen, att gemenskapslagstiftaren genom artikel 3 i direktivet har genomfört en fullständig harmonisering av de förutsättningar som krävs för utnyttjande av den rätt som ges genom direktivet” (punkt 64 och 66)

EU-domstolen konstaterar sedan i punkt 67–77 att det ifrågavarande direktivet innehöll en reglering som, även om den inte tar sikte på just språkrav, på olika sätt garanterar ett säkerställande av klientskydd och god rättsskipning. Mot bakgrund av dessa bestämmelsers karaktär och direktivets övergripande syfte finner domstolen att det inte är möjligt för medlemsstaten att införa ytterligare krav.

Vad avser möjligheten till vinsbegränsning enligt upphandlingsdirektiven så kan konstateras dels att frågan är uttömmande och uttryckligen reglerad i upphandlingsdirektiven, se avsnitt 3.3 ovan och dels att ett av huvudsyftena med upphandlingsdirektivet är att samordna nationella upphandlingsförfaranden för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.³¹ Det skulle fullständigt underminera såväl direktivsregleringen avseende möjligheten att reservera kontrakt som direktivens harmoniserande verkan och dessa syfte att öppna upp offentlig upphandling för konkurrens om medlemsstater med åberopande av Gebhard-testet skulle kunna besluta om ytterligare möjligheter att reservera kontrakt förutom de som upphandlingsdirektiven uttryckligen och tillsynes uttömmande föreskriver. Såvitt vi kan bedöma saknas också stöd i EU-domstolens praxis för att det någonsin, med stöd av Gebhard-testet, skulle vara möjligt att göra undantag från ett direktivs uttryckliga bestämmelser.

³⁰ Se C-506/04, *Wilson*, EU:C:2006:587. Se även exempelvis mål 222/86, *Heylens*, EU:C:1987:442 p. 10

³¹ Se skäl 1 i direktiv 2014/24.

6. AVSLUTANDE KOMMENTARER

Som vi har framhållit ovan delar utredningen vår bedömning att upphandlingsdirektiven inte medger någon generell vinstbegränsning vad avser de leverantörer som får delta i upphandling av välfärdstjänster. Mot den bakgrunden ter det sig besynnerligt att utredningen ändå föreslår just en sådan vinstbegränsning, om än utformad som ett krav på tillstånd i en serie andra lagar än upphandlingslagarna.

Än mer underligt ter det sig att utredningen till synes inte överhuvudtaget reflekterat över att ett krav på tillstånd som innebär ett krav på vinstbegränsning i praktiken naturligtvis är precis lika otillåtet som att införa ett sådant krav i upphandlingslagarna. Om utredningen ansåg att det fanns någon relevant unionsrättslig skillnad avseende i vilken lag som en viss begränsning införs så borde utredningen rimligen ha redogjort för den rättsliga grunden för en sådan inställning. Att så inte har skett, och att utredningen snarare synes vinnlägga sig om att formulera begränsningen som en förutsättning för att ”ta emot offentlig finansiering”, trots att det till stor del är upphandlingskontrakt som avses, ger i det närmaste intrycket av att utredningen sökt undvika frågeställningen om en sådan vinstbegränsning (oaktat rättslig form) är förenlig med upphandlingsdirektiven.

Även om vi har stor förståelse för utredningens ambition att komma åt kvalitetsbrister i välfärden så är det svårt att skilja sig från intrycket att det i detta fall har skett på bekostnad av en allsidig unionsrättslig belysning av de utmaningar som en vinstbegränsning för deltagande i offentlig upphandling innebär. För egen del kan vi inte komma till något annat slut än att den vinstbegränsning som utredningen föreslår medför att upphandlingsdirektiven inte genomförs på avsett sätt och att Sverige, om utredningens förslag genomförs, kommer att göra sig skyldigt till en överträdelse av upphandlingsdirektiven.

