

FRONT ADVOKATER

Kammarrätten i Göteborg

Inges endast per e-post till kammarratten.goteborg@dom.se

Göteborg den 7 september 2018

KOMPLETTERING AV ÖVERKLAGANDE

Mål nr 3556-18, avd. 3

Alingsås kommun ./ . Konkurrensverket

Efter erhållet anstånd utvecklar härmed Alingsås kommun ("Kommunen") grunderna för överklagandet och skälen för prövningstillstånd.

FRONT ADVOKATER

1	BAKGRUND	3
1.1	Kommunens IOP-avtal med Stiftelsen.....	3
2	SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER	4
3	GRUNDER OCH UTVECKLING AV ÖVERKLAGANDET I SAK	5
3.1	Inledning	5
3.2	Huruvida ersättning med offentliga medel innebär att LOU inte blir tillämplig	6
3.3	Förvaltningsrätten sammanblandar begreppet ”tjänst” med begreppet ”kontrakt”	8
3.4	Huruvida icke-ekonomiska tjänster endast kan utföras av staten	9
3.5	Huruvida icke-ekonomiska tjänster endast kan vara tjänster som leverantörer utför vederlagsfritt .	18
3.6	Huruvida ersättning som Kommunen betalar Stiftelsen är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget	19
3.7	Beträffande FENIN	21
3.8	Beträffande Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 8101--8104-08.....	21
3.9	Beträffande Konkurrensverkets talan m.m.	23
3.10	Huruvida rättsläget är klart	26
4	SKÄL FÖR FÖRHANDESAVGÖRANDE.....	27
5	GRUNDER FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND I KAMMARRÄTTEN	27
5.1	Ändrings- och granskningsdispens.....	27
5.2	Prejudikatdispens.....	27

FRONT ADVOKATER

1 BAKGRUND

1.1 Kommunens IOP-avtal med Stiftelsen

- 1.1.1 Den 30 juni 2016 ingick Kommunen och Stiftelsen Bräcke diakoni ("Stiftelsen") ett IOP-avtal (idéburet offentligt partnerskap) avseende verksamheten på ett av Kommunens vård- och omsorgsboenden, Ginstgården. Syftet med verksamheten inom ramen för partnerskapet är att utveckla en sammanhållen vårdkedja för personer med demenssjukdom. Kommunens samarbete med Stiftelsen är Sverigeunikt och har varit föremål för en forskningsstudie inom ramen för Tillitsdelegationens arbete.¹ I den forskningsantologi (SOU 2018:38) som Tillitsdelegationen presenterade i juni 2018 har tjugo forskare följt tolv särskilt utvalda utvecklingsprojekt inom vård, skola, och omsorg – däribland Stiftelsens verksamhet på Ginstgården.
- 1.1.2 Kommunens uppfattning är att avtalet med Stiftelsen avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som varken omfattas av EU:s primärrätt eller sekundärrätt. Eftersom upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av EU:s inre marknadsregler omfattas den heller inte av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.
- 1.1.3 Den 29 juni 2017 ansökte Konkurrensverket hos Förvaltningsrätten i Göteborg att Kommunen enligt 17 kap. 1 § 3 LOU² ska betala fem miljoner kronor i upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket menar att Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling.
- 1.1.4 Vid prövningen av om Kommunen ska påföras en upphandlingsskadeavgift är den centrala frågan i målet huruvida äldreomsorg, som huvudsakligen är skattefinansierad, är en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Kommunen menar att äldreomsorg ska bedömas på samma sätt som skattefinansierad utbildning, dvs. att den inte utförs mot ersättning.³

¹ Se SOU 2018:38, s. 249-276.

² LOU i dess lydelse före den 1 januari 2017.

³ Kommunen har i denna del bl.a. hänvisat till Kammarrätten i Stockholms avgörande den 19 maj 2009 i mål 8101--8104-08, enligt vilken Statens skolverks upphandling av rektorsutbildning inte omfattades av LOU eftersom offentligt finansierad utbildning, enligt kammarrätten, bedömdes vara en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse.

FRONT ADVOKATER

1.1.5 Förvaltningsrätten har i den nu överklagade domen ansett att Kommunen genomfört en otillåten direktupphandling.

1.1.6 Uppskattningsvis finns i dagsläget över 100 IOP-samarbeten mellan det offentliga och idéburna aktörer i Sverige. I en intervju i Dagens Samhälle publicerad den 22 augusti 2018 uttrycker sig Konkurrensverkets generaldirektör, Rikard Jermsten, enligt följande beträffande Kommunens beslut att överklaga förvaltningsrättens dom:

”Vi tycker att det är helt riktigt att fallet prövas av högre insats så att vi får ett prejudikat.”

1.1.7 Den 7 juni 2018, dvs. bara några veckor innan förvaltningsrätten meddelade dom i målet, tillkännagav regeringen att den tillsatt en utredning som bl.a. ska utreda innebörden av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Kommunen är av uppfattningen att utredningens tillsättande ger stöd för att rättsläget beträffande innebörden av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är så pass oklart att det saknas förutsättningar för att bifalla Konkurrensverkets talan.

1.1.8 Kommunen utvecklar grunderna till varför kammarrätten bör ta upp målet till prövning i avsnitt 4.1.1 nedan.

2 SAMMANFATTANDE SYNPUNKTER

2.1.1 Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att avtalet mellan Kommunen och Stiftelsen avser en ”tjänst” i unionsrättslig mening och felaktigt bedömt att upphandlingen av avtalet omfattas av LOU.⁴ I vart fall har förvaltningsrätten gjort en felaktig bedömning angående om rättsläget är klart. Bristerna i förvaltningsrättens bedömning kan sammanfattas enligt följande:

- 1) förvaltningsrätten har inte förstått Kommunens anförda skäl till varför skattefinansierad äldreomsorg inte är en ”tjänst”,
- 2) förvaltningsrätten har, i likhet med Konkurrensverket, sammanblandat begreppet ”tjänst” med begreppet ”kontrakt”,

⁴ Med ”LOU” avses här lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt Kommunen gäller emellertid samma sak enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

FRONT ADVOKATER

3) förvaltningsrätten har i domskälen underlåtit att beröra centrala delar av Kommunens argumentation till bemötande av ansökan, t.ex. Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 8101--8104-08, samt

4) förvaltningsrättens domskäl är i de centrala frågorna så knapphändiga att det inte går att följa förvaltningsrättens resonemang.

2.1.2 Nedan utvecklar Kommunen sina invändningar mot domen. Kommunen åberopar också enligt nedan nya rättskällor som inte var kända för Kommunen under handläggningen i förvaltningsrätten. Den 27 juni 2017 meddelade EU-domstolen (stora avdelningen⁵) dom i mål C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania (Congregación), den 4 december 2017 meddelade Kommissionen beslut i ärende rörande statsstöd, SA.39913 (2017/NN) och den 7 februari 2018 meddelade EFTA Surveillance Authority beslut 017/18/COL som också det rörde statsstöd. Sagda avgörande och beslut talar för att förvaltningsrättens bedömning är felaktig och för att Konkurrensverkets ansökan inte ska vinna bifall. Kommunen avser vidare att uppmärksamma kammarrätten på ett pågående mål hos EU-domstolen, C-262/18 P Dôvera, som har relevans för de rättsfrågor som aktualiseras i detta mål.

3 GRUNDER OCH UTVECKLING AV ÖVERKLAGANDET I SAK

3.1 Inledning

3.1.1 Kommunens talan kan sammanfattas enligt följande: Kommunen har inte genomfört en otillåten direktupphandling eftersom upphandlingen avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse som vare sig omfattas av direktivet⁶ eller av LOU⁷. Enligt art. 2 i Protokoll (nr 26) om tjänster av allmänt intresse ("Protokollet") och beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU omfattas beställning/upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse varken av fördraget⁸ eller av direktivet. Bestämmelserna har ett tydligt innehåll.

⁵ Domstolen sammanträder i den stora avdelningen endast när en medlemsstat eller en av unionens institutioner som är part i ärendet kräver det.

⁶ Med "direktivet" avses när inte annat uttryckligen anges både direktiv 2004/18 och direktiv 2014/24/EU.

⁷ Med "LOU" avses, när inget annat uttryckligen anges, både lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

⁸ Med "fördraget" avses Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

FRONT ADVOKATER

3.1.2 Av principen om direktivkonform tolkning följer att när unionsrätten inte är tillämplig – vilket är fallet för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse – så gäller inte heller LOU, eftersom det inte finns någon uttrycklig bestämmelse i LOU som anger något annat. Enligt Kommunen framgår det av EU-domstolens praxis och andra rättskällor som Kommunen åberopat att huvudsakligen skattefinansierade, eller på annat sätt solidariskt finansierade, välfärdstjänster är icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Skälet härför är att välfärdstjänster inte utförs mot ersättning från tjänstemottagaren, dvs. patienten, eleven eller omsorgstagaren som välfärdstjänsten är avsedd för, och detta gäller oavsett om det är en offentlig eller en privat aktör som utför välfärdstjänsten. Äldreomsorgen är en huvudsakligen skattefinansierad välfärdstjänst och utförs därför inte mot ”ersättning” enligt den innebörd som ”ersättning” har i art. 57 i EUF-fördraget. Den är därmed en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. I vart fall är rättsläget beträffande avgränsningen av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse så oklart att förutsättningar för att bifalla Konkurrensverkets talan saknas.

3.2 Huruvida ersättning med offentliga medel innebär att LOU inte blir tillämplig

3.2.1 Förvaltningsrätten har uppfattat Kommunens talan som att betalning med offentliga medel i största allmänhet utesluter att LOU blir tillämplig. På s. 26 i domen anför förvaltningsrätten följande:

”Kommunen har anført att betalning som består av skattemedel inte kan utgöra ersättning i den bemärkelse som avses i artikel 57 i EUF-fördraget. Enligt förvaltningsrättens mening finns det i unionsrätten inte stöd för något sådant kategoriskt undantag.”

3.2.2 På s. 27 i domen anför förvaltningsrätten:

”Vidare är föremålet för avtalet inte verksamhet som bedrivs av staten endast för att uppfylla dess sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare. Avtalet reglerar istället relationen mellan kommunen och stiftelsen och det är alltså dessa åtaganden som ska bedömas. Att den ersättning som stiftelsen enligt avtalet ska erhålla för sina prestationer utgörs av offentliga medel spelar då ingen självständig roll vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.” [Kommunens understrykning]

FRONT ADVOKATER

- 3.2.3 Kommunen har inte ”anfört att betalning som består av skattemedel inte kan utgöra ersättning i den bemärkelse som avses i artikel 57 i EUF-fördraget”. En dylik hållning vore orimlig eftersom allt en kommun upphandlar betalas med offentliga medel. I så fall skulle LOU aldrig bli tillämplig. Kommunen har varit tydlig med att tjänster som Kommunen upphandlar för sin egen räkning omfattas av LOU.⁹ Dessa tjänster betalas också med skattemedel. Kommunen gör gällande att upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster inte omfattas av LOU eftersom de är icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.
- 3.2.4 Välfärdstjänster är, till skillnad från andra tjänster som Kommunen upphandlar, avsedda för någon annan än Kommunen. Kommunen är inte mottagare av välfärdstjänster, eller ”personliga tjänster”.¹⁰ Beträffande exempelvis IT-tjänster, konsulttjänster, städning, catering m.m. som Kommunen upphandlar för sitt eget bruk råder identitet mellan köpare och mottagare. Dessa tjänster utförs därför mot ersättning enligt art. 57 EUF-fördraget. Så är inte fallet med utförande av välfärdstjänster som Kommunen upphandlar. Kommunen har ett lagstadgat ansvar för att tillhandahålla äldreomsorg. Kommunen kan utföra äldreomsorgen själv eller genom annan. Den omständigheten att Kommunen låter Stiftelsen utföra äldreomsorgen för Kommunens räkning innebär inte att Kommunen blir mottagare av tjänsten i den mening som avses i art. 57 i EUF-fördraget. Mottagare av äldreomsorgen är alltså den som kommer i åtnjutande av den, dvs. den som konsumerar äldreomsorgen. Om den brukare som konsumerar äldreomsorgen inte betalar för den därför att tjänsten är skattefinansierad utförs äldreomsorgen inte mot ersättning.¹¹ Av EU-domstolens praxis framgår att välfärdstjänster som är offentligt finansierade eller på annat sätt finansieras enligt en solidaritetsprincip inte utförs mot ersättning. De är därför inte ”tjänster” i fördragets mening. I ett välfärdssystem som finansieras på detta sätt är välfärden antingen gratis i den meningen att mottagaren inte betalar för den eller endast betalar en mindre avgift som inte står i paritet med värdet på tjänsten. Av EU-domstolens praxis framgår att skattefinansiering är ett,

⁹ Se t.ex. Kommunens yttrande den 12 december 2017, p. 1.20 (förvaltningsrättens aktbilaga 22).

¹⁰ Beaktandesats 114, direktiv 2014/24/EU.

¹¹ Kommunen hänvisar till vad som anförts vid förvaltningsrätten, t.ex. Kommunens yttrande den 12 december 2017, p. 1.20 (förvaltningsrättens aktbilaga 22).

FRONT ADVOKATER

men inte det enda, exemplet på solidarisk finansiering av välfärdstjänster vilket innebär att dessa tjänster inte utförs mot ersättning i fördragets mening.

3.3 Förvaltningsrätten sammanblandar begreppet ”tjänst” med begreppet ”kontrakt”

3.3.1 Enligt förvaltningsrätten avser avtalet ”tjänster” enligt art. 57 i EUF-fördraget eftersom Kommunen *”har avtalat om en ekonomisk motprestation för stiftelsens åtaganden om vissa prestationer”*.¹² Förvaltningsrätten, precis som Konkurrensverket, sammanblandar därmed begreppet ”tjänst” i art. 57 EUF-fördraget med begreppet ”kontrakt” i direktivet.¹³ Det är ostridigt att Kommunen *”har avtalat om en ekonomisk motprestation för stiftelsens åtaganden om vissa prestationer”*. Det innebär emellertid inte att *föremålet* för kontraktet är en ”tjänst” som omfattas av direktivet och av LOU. Huruvida ett ”kontrakt” enligt LOU föreligger, respektive huruvida ett sådant kontrakt avser ekonomiska eller icke-ekonomiska tjänster, är två separata juridiska frågeställningar med helt olika bedömningsutgångspunkter. Förvaltningsrättens sammanblandning av frågeställningarna kommer bl.a. till uttryck genom att domstolens motivering ifråga om att avtalet är ett ”kontrakt” är en upprepning av motiveringen till avtalet att avser en ”tjänst”. Enligt domskälen avser avtalet en tjänst därför att *”[k]ommunen och stiftelsen har... avtalat om ekonomisk motprestation för stiftelsens åtaganden om vissa prestationer”*.¹⁴ Avtalet är enligt domskälen ett ”kontrakt” eftersom Kommunen *”erhåller en prestation mot vederlag”*.¹⁵

3.3.2 Om förvaltningsrättens juridiska bedömning i denna del vore korrekt – innebärande att förekomsten av ett ”kontrakt med ekonomiska villkor” per definition innebär att avtalet också avser ”ekonomiska tjänster” – fyller det inget syfte att tala om beställning eller upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. En situation där kontraktsdefinitionen är uppfylld *utan att* ”ekonomiska tjänster” samtidigt är för handen, är då helt enkelt inte ens teoretisk möjlig. Det principiella problemet med en sådan juridisk hållning är den kräver att EU-lagstiftarens beslut att använda begreppet ”beställa” icke-ekonomiska tjänster i art. 2 i Protokoll (nr 26) om tjänster av allmänt intresse – liksom beslutet att uttryckligen beröra icke-ekonomiska

¹² Se s. 26 i förvaltningsrättens dom.

¹³ Ibid., s. 25.

¹⁴ Ibid., s.26.

¹⁵ Ibid., s. 28.

FRONT ADVOKATER

tjänster av allmänt intresse i beaktandesats 6 i upphandlingsdirektivet 2014/24/EU – underkänns som rena förbiseenden från EU-lagstiftarens sida, utan varje avsikt till materiell betydelse. Förvaltningsrättens bedömning synes gjord helt utan hänsyn till dessa implikationer. Kommunen vidhåller att ett ställningstagande som på detta sätt helt fränkänner tydliga ordalydelser i Protokollat och i upphandlingsdirektivet sin innebörd inte kan göras av något annat organ är EU-domstolen.

- 3.3.3 Förvaltningsrättens domskäl är i nu aktuell del så knapphändiga att det inte går att avgöra vad förvaltningsrätten menar. Domen kan tolkas så att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse endast kan utföras av offentliga aktörer, men inte av privata aktörer.¹⁶ Domen kan också tolkas så att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som utförs av en privat aktör endast kan vara tjänster som utförs vederlagsfritt. Slutligen kan domen tolkas så att den ersättning som en upphandlande myndighet betalar en privat leverantör för att denne ska utföra en välfärdstjänst också ska ses som ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget. Kommunen, som redan i förvaltningsrätten utförligt argumenterat för att samtliga dessa uppfattningar är felaktiga, utvecklar detta ånyo nedan.

3.4 Huruvida icke-ekonomiska tjänster endast kan utföras av staten

- 3.4.1 Enligt Kommunen ger art. 2 i Protokollat och beaktandesats 6 i direktivet i sig stöd för antagandet att icke-ekonomiska tjänster kan beställas/upphandlas och därmed också utföras av privata aktörer. Beaktandesats 34 i tjänstedirektivet ger ytterligare stöd för detta antagande. Enligt artikel 2.2a ska tjänstedirektivet inte tillämpas på icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. I beaktandesats 34 i tjänstedirektivet beskriver EU vad som är icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, nämligen tjänster som utförs ”utan ekonomiskt vederlag” på bland annat ”det sociala och det kulturella området”. I samma bestämmelse anges att detta gäller oavsett om verksamheten ”bedrivs av staten eller för statens räkning”. Kommunen har påpekat att ”staten” inkluderar alla nivåer i den offentliga sfären, dvs. också den lokala och den

¹⁶ Domen, s. 26: ”EU-domstolen har dock uttalat att viss verksamhet som bedrivs av staten inte faller inom begreppet tjänst enligt artikel 57.”.

FRONT ADVOKATER

regionala nivån.¹⁷ Med ”för statens räkning” (eng. ”on behalf of the State”) avses därför en aktör som inte är en del av det allmänna.

- 3.4.2 Beaktandesats 34 i tjänstedirektivet ger även stöd för att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är ett bredare begrepp än bara offentligt finansierad utbildning. På ”det sociala området” ger vid handen att också sociala tjänster som äldreomsorg kan vara en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse om den utförs ”utan ekonomiskt vederlag” samt att dessa tjänster också kan utföras av annan ”för statens räkning”. Enligt förvaltningsrätten saknar beaktandesats 34 i tjänstedirektivet relevans. Förvaltningsrättens motivering i denna del är emellertid svårbegriplig (se s. 27 i domen):

”Som angetts ovan är det de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som ska bedömas. Dessa prestationer utförs inte för statens eller kommunens räkning [Kommunens understrykning]. Vad kommunen anfört om att det i beaktandesats 34 i tjänstedirektivet anges att viss verksamhet som bedrivs av staten eller för statens räkning inte omfattas av definitionen av begreppet tjänst enligt artikel 57 i EUF-fördraget saknar därför relevans vid bedömningen av om de prestationer stiftelsen åtagit sig utgör tjänster.”

- 3.4.3 Det är minst sagt oklart vad förvaltningsrätten menar med att de prestationer som Stiftelsen åtagit sig ”utförs inte för... kommunens räkning”. Enligt Kommunen utför Stiftelsen äldreomsorgen på Ginstgården för Kommunens räkning. Även övriga tjänster enligt avtalet mellan Kommunen och Stiftelsen utförs för Kommunens räkning. Det framgår därtill av förvaltningsrättens egen beskrivning av avtalet att tjänsterna utförs för Kommunens räkning. Enligt förvaltningsrätten har Stiftelsen ”åtagit sig att ansvara för driften” av Kommunens vård- och omsorgsboende, Ginstgården och andra kringtjänster.¹⁸ För detta betalar Kommunen ”en ekonomisk motprestation”.¹⁹ Vidare har Kommunen en ”direkt nytta” av att Stiftelsen ”tillhandahåller denna tjänst” eftersom Kommunen är skyldig ”att se till att kommuninvånare som är i behov av det har tillgång till vård- och omsorgsboende”.

¹⁷ I förslag till avgörande i mål C-74/16, p. 67 beskrivs en kommun som ”en statlig underindelning”.

¹⁸ Domen, s. 25.

¹⁹ Ibid., s. 26.

FRONT ADVOKATER

Förvaltningsrätten konstaterar att om inte Stiftelsen tog på sig driften av Ginstgården så skulle Kommunen behöva göra det själv eller anlita någon annan.²⁰

- 3.4.4 Den omständigheten att förvaltningsrätten inte utvecklar vad man menar med att prestationerna ”utförs inte för... kommunens räkning” ger intryck av en summarisk prövning. Även vad förvaltningsrätten redovisar om föremålet för avtalet ger upphov till frågetecken. Enligt förvaltningsrätten (se s. 27 i domen):

”...är föremålet för avtalet inte verksamhet som bedrivs av staten endast för att uppfylla dess sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare. Avtalet reglerar istället relationen mellan kommunen och stiftelsen och det är alltså dessa åtaganden som ska bedömas.”

- 3.4.5 Äldreomsorg saknar naturligtvis ett utbildningspolitiskt syfte eftersom det är äldreomsorg och inte utbildning. Äldreomsorgen är dock en uppgift med tydligt socialt innehåll som Kommunen enligt lag är skyldig att tillhandahålla. Förvaltningsrätten förklarar inte vad domstolen menar med påståendet att äldreomsorgen inte avser ”att uppfylla [Kommunens] sociala... uppgifter gentemot sina medborgare”. Påståendet förefaller också motsägelsefullt eftersom förvaltningsrätten samtidigt konstaterar att ”stiftelsens åtaganden” hänför ”sig till området för social trygghet”.²¹

- 3.4.6 Enligt ett nyligen meddelat beslut från Kommissionen angående sjukvård i Lazio-regionen i Italien framgår att Kommissionen tolkar rättsläget så att också privata företag kan bedriva solidariskt finansierad och därmed icke-ekonomisk verksamhet, dvs.:²²

”(i) the activities are accredited by the State and performed under a contract or an agreement with the State, the Regions or local authorities; (ii) the activities are a part of a complementary to the public national health system, and (iii) the services are provided to users free of charge or for a low fee which covers only a small fraction of the actual cost of the service”²³

²⁰ Ibid., s. 29.

²¹ Ibid., s. 27.

²² State Aid SA.39913 (2017/NN) – Italy Alleged compensation of public hospitals in Lazio, p. 59.

²³ Ibid., p. 59.

FRONT ADVOKATER

- 3.4.7 Enligt Kommissionen gäller detta både för de offentliga och för de privata sjukhus som bedriver sjukvården på dessa premisser. Inte heller de privata sjukhusen bedriver alltså någon ekonomisk verksamhet eller är företag i EU-rättslig mening (*"The Commission also concluded that non-public hospitals which fulfil the conditions above did not qualify as undertakings"*).²⁴ Av Kommissionens beslut framgår också att det enligt Kommissionen saknar betydelse att ett privat sjukhus bedriver verksamheten på grundval av ett kontrakt med staten (*"...performed under a contract or an agreement with the State"*). Beslutet motsäger därmed Konkurrensverkets ståndpunkt att icke-ekonomiska tjänster blir *"ekonomiska tjänster"* när *"en kommun valt att anlita tredje man för att mot ersättning utföra tjänster"*.²⁵ Det motsäger vidare förvaltningsrättens uppfattning att ett avtal enligt vilket en tjänst utförs mot en ekonomisk motprestation innebär att tjänsten är *"ekonomisk"* enligt unionsrätten.
- 3.4.8 Kommunen vill även fästa kammarrättens uppmärksamhet på ett pågående mål hos EU-domstolen, C-262/18 P *Dóvera*. Målet rör frågan om den slovakiska regeringens kapitaltillskott till ett statligt ägt sjukförsäkringsbolag var ett otillåtet statsstöd då detta statliga sjukförsäkringsbolag verkade i ett system i konkurrens med privata vinstdrivande sjukförsäkringsbolag. Kommissionen konstaterade att varken de offentliga eller de privata sjukförsäkringsbolagen bedrev någon ekonomisk verksamhet och följaktligen inte var företag. Kommissionens motivering motsvarar i allt väsentligt Kommunens argument till varför skattefinansierad äldreomsorg är en icke-ekonomisk tjänst. Enligt Kommissionen var verksamheten icke-ekonomisk på grund av 1) att sjukförsäkringen var obligatorisk – dvs. försäkringsbolagen var tvungna att ansluta alla som anmälde sig oavsett inkomst och risk, 2) att avgifterna baserades på en solidaritetsprincip enligt vilken avgifterna bestämdes av försäkringstagarens inkomster och förmånerna inte var beroende av avgifternas storlek som den enskilde betalade, samt 3) att systemet var noga reglerat i lag och stod under statlig tillsyn.²⁶ Enligt Kommissionen ändrades inte denna bedömning av att de privata sjukförsäkringsbolagen hade ett vinstsyfte eller att aktörerna i systemet

²⁴ Ibid., p. 59.

²⁵ Konkurrensverkets yttrande den 30 oktober 2017, p. 6 (förvaltningsrättens aktbilaga 18).

²⁶ SA.23008 (2013/C) (ex 20) Kommissionens beslut 248/15 i ärende, SA.23008 (2013/C) (ex 2013/NN), pp. 84-89.

FRONT ADVOKATER

konkurrerade med varandra om försäkringstagare.²⁷ Kommissionen grundade sitt beslut på samma rättspraxis som Kommunen har åberopat (väsentligen *Poucet och Pistre, Cisa* och *AOK Bundesverband*). Kommissionens bedömning sammanfattas av Tribunalen, dit beslutet överklagades, enligt följande:

*”For its part, the Commission contends that neither the existence of competition as to quality within the regime, nor the possibility of making, using and distributing profits, nor even the presence of profit-making private providers offering health insurance services are sufficient to call into question the fact that, in the light of its predominant social, solidarity and regulatory features, the Slovak compulsory health insurance scheme is non-economic in nature.”*²⁸

- 3.4.9 Tribunalen upphävde Kommissionens beslut. Tribunalen ifrågasatte visserligen inte systemets sociala, solidariska och lagreglerade karaktär²⁹, men ansåg att omständigheterna att aktörerna i systemet kunde konkurrera med varandra om patienter och att systemet härbärgerade privata vinstdrivande företag innebar att aktörerna i systemet bedrev ekonomisk verksamhet och därmed var företag i unionsrättslig mening.³⁰
- 3.4.10 Kommissionen har nu överklagat Tribunalens dom till EU-domstolen. Av de grunder som Kommissionen anför är den andra grunden särskilt relevant för tvistefrågorna i detta mål:

”Kommissionen hävdar för det andra att tribunalen gjorde en felaktig rättstillämpning genom att felaktigt tolka begreppet företag i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. I den överklagade domen fastställde tribunalen kommissionens slutsats, nämligen att det slovakiska obligatoriska sjukförsäkringssystemet huvudsakligen var solidaritetsbaserat, samt dess förklaring att de ekonomiska inslagen hade införts för att säkerställa att de sociala och solidaritetsrelaterade syftena skulle kunna uppnås. Tribunalen fastställde emellertid att kommissionen hade gjort en felaktig bedömning när den fann att den verksamhet som bedrivs av försäkringsgivare i enlighet med det slovakiska obligatoriska sjukförsäkringssystemet inte är av ekonomisk art. Tribunalen kom fram till denna slutsats genom att beakta att försäkringsgivarna hade möjlighet att göra vinster och att använda och fördela en del av sin

²⁷ Ibid., p. 90.

²⁸ T-216/15, *Dövera*, p. 62.

²⁹ Ibid., p. 58.

³⁰ Tribunalens dom förefaller inte vara förenlig med vad EU-domstolen slår fast i C-74/16, se vidare p. 3.4.12 nedan.

FRONT ADVOKATER

vinst, samt konkurrensen om kunder och kvalitén på tjänsterna mellan försäkringsgivarna. Tribunalen fann därefter att endast den omständigheten att det finns försäkringsgivare med vinstsyfte i Slovakien innebär att SZP och VZP³¹ därmed ska betraktas som företag i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Tribunalen beaktade således inte den rättspraxis enligt vilken ett sjukförsäkringssystem som huvudsakligen är solidaritetsbaserat och vars ekonomiska inslag har införts för att säkerställa systemets kontinuitet och att de sociala och solidaritetsrelaterade syftena som ligger till grund för nämnda system uppnås, ska anses vara av icke-ekonomisk art, vilket innebär att de försäkringsgivare som tillhandahåller tjänster inom det systemet inte ska betraktas som företag.”³²

- 3.4.11 Dom i målet Dôvera kan förväntas om ca ett år. Kommissionens ståndpunkt motsäger både Konkurrensverkets talan och förvaltningsrättens dom. Den visar att rättsläget i vart fall inte kan anses vara klarlagt.
- 3.4.12 I Konkurrensverkets nyligen publicerade rapport ”När medför offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?” (se vidare nedan) utgår författaren Caroline Wehlander från att EU-domstolen kommer att avslå Kommissionens överklagande.³³ Enligt Kommunen är motsatt utgång den mest troliga. Tribunalens dom förefaller nämligen inte vara förenlig med EU-domstolens nyligen meddelade dom i Congregación³⁴ som rörde frågan om statligt finansierad utbildning som utförs av kyrkan är en ekonomisk verksamhet. Enligt EU-domstolen i Congregación är den undervisning som den kyrkliga organisationen bedriver inte en ekonomisk verksamhet i den utsträckning undervisningen ”finansieras helt och hållet med offentliga medel”.³⁵ EU-domstolen fastslår vidare att det saknar betydelse om en enhet är offentlig eller privat för bedömningen om enheten är ett ”företag”:

”Det framgår av domstolens fasta praxis att begreppet företag, inom unionens konkurrensrätt, omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras...

³¹ SZP och VZP avser de två berörda statliga försäkringsbolagen.

³² Mål 262-18 P, Kommissionens överklagande ingett den 16 april 2018 av Europeiska kommissionen av den dom som tribunalen (andra avdelningen) meddelade den 5 februari 2018 i mål T-216/15, Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. mot Europeiska kommissionen.

³³ Se t.ex. s. 185 i rapporten.

³⁴ C-74/16 Congregación de Escuelas Pías Provincia Betania.

³⁵ Ibid., p. 55.

FRONT ADVOKATER

*Av detta följer att frågan om huruvida den enhet som bedriver den aktuella verksamheten ska betecknas som "företag" inte påverkas av om enheten är offentlig eller privat [Kommunens understrykning].*³⁶

- 3.4.13 EU-domstolens besked är entydigt. Verksamheten är icke-ekonomisk oavsett om den bedrivs av en offentlig eller en privat enhet. *Congregación* innehåller ingen reservation för att något annat skulle gälla om den privata enheten har ett vinstsyfte eller är utsatt för konkurrens. I *Congregación*, visar EU-domstolen, kanske för första gången, på det nära sambandet mellan begreppet "tjänst" i den fria rörligheten och begreppet "ekonomisk verksamhet" i konkurrens- och statsstödsrätten. Enligt EU-domstolen utgör "[p]restationer som normalt utförs mot ersättning... tjänster som kan bli kvalificerade som "ekonomisk verksamhet". EU-domstolen hänvisar härvid till bland annat *Schwarz* och *Humbel*.³⁷ I ett mål om statsstöd hänvisar alltså EU-domstolen till sin praxis som rör fri rörlighet för tjänster. *Congregación* visar därmed att "tjänst" enligt den fria rörligheten och "ekonomisk verksamhet" enligt konkurrens- och statsstödrätten väsentligen är synonyma begrepp. Kommunen vill ånyo påpeka att direktiven om upphandling är en del av den fria rörligheten. *Congregación* visar att praxis som *Poucet*, *Cisal*, *FENIN* och *Private Barnehager* har relevans för förståelsen av art. 2 i Protokollat och beaktandesats 6 i direktivet, dvs. att beställning/upphandling av "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" varken omfattas av fördragets eller direktivets bestämmelser. Av *Congregación* framgår att det är det sätt välfärdstjänster finansieras som avgör om de är icke-ekonomiska, inte om de också kan utföras på en marknad av vinstsyftande privata aktörer. Enligt *Congregación*, *Schwarz* med flera domar är välfärdstjänster som är offentligt finansierade icke-ekonomiska medan välfärdstjänster som är privat finansierade är ekonomiska.³⁸ Betalning från tredje man är "ersättning" endast om det är privata medel.³⁹ Om välfärdstjänster kan utföras på

³⁶ *Ibid.*, p. 41-42.

³⁷ *Ibid.*, p. 47. I *Schwarz* framgår att betalning från tredje man kan innebära ersättning i den mening som avses i till exempel *Bond van Adverteerders* endast om betalningen består av privata medel (se C-76/05 *Schwarz*, pp. 41-43). Betalning med offentliga medel kan alltså aldrig utgöra ersättning enligt art. 57 i EUF-fördraget, inte ens ersättning från tredje man.

³⁸ I *Congregación* p. 58 konstaterar EU-domstolen att förskoleverksamheten, till skillnad från skolundervisningen, finansieras av privata medel: "Denna verksamhet finansieras nämligen inte av spanska staten. Tvärtom rör det sig om verksamhet som organiseras av kongregationen själv och som i huvudsak finansieras genom privata ekonomiska bidrag som lämnas, framför allt av eleverna och deras föräldrar, för att täcka skolans kostnader"; *Schwarz*, pp. 40-41, p. 43 och p. 47.

³⁹ Se *Congregación*, pp. 48-50 och *Schwarz*, pp. 40-41.

FRONT ADVOKATER

en marknad av privata vinstsyftande aktörer saknar betydelse för bedömningen om verksamheten är ”ekonomisk” eller ”icke-ekonomisk”.

- 3.4.14 Enligt förslaget till avgörande i *Congregación* saknar det vidare betydelse att offentliga och privata aktörer konkurrerar med varandra i ett system som är icke-ekonomiskt.⁴⁰ *Congregación* motsäger förvaltningsrättens bedömning att icke-ekonomiska tjänster inte kan utföras av privata aktörer. Den motsäger också Konkurrensverkets talan och vad som anförs i Konkurrensverkets rapport. Enligt Kommunen ska samma överväganden som gäller för begreppet ”tjänst” inom fri rörlighet, statsstöd, konkurrens också gälla för rättsområdet offentlig upphandling.
- 3.4.15 Av inte minst beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU framgår nu att inte heller EU:s regler om upphandling gäller för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Det saknar betydelse att Kommunen och Stiftelsen har ”avtalat om en ekonomisk motprestation för Stiftelsens åtaganden om vissa prestationer”⁴¹ eftersom dessa prestationer avser en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse vilken faller utanför LOU.
- 3.4.16 Kommunen åberopar, i tillägg till vad som anförts i förvaltningsrätten, EFTA Surveillance Authoritys (ESA) brev den 3 februari 2012 till den norska regeringen i ärende nr 68577 där ESA tolkar *Private Barnehager* så att också de privata daghemmen i Norge bedriver en icke-ekonomisk verksamhet (bilaga 1). ESA:s bedömning motsäger Konkurrensverkets talan. Den motsäger också förvaltningsrättens dom, och visar att rättsläget rörande vad som är icke-ekonomiska tjänster i vart fall inte kan anses klart.
- 3.4.17 Konkurrensverket gör gällande att begreppet ”tjänst” i upphandlingsrätten skulle ha en helt egen innebörd varför EU-domstolens praxis på andra områden, till exempel på området statsstöd, skulle sakna relevans.⁴² Kommunen bestrider detta och hänvisar till vad Kommunen har anfört i förvaltningsrätten.⁴³ Kommunen har påpekat att rättsområdet offentlig upphandling är en del av den fria rörligheten.⁴⁴

⁴⁰ C-74/16, förslag till avgörande, p. 47.

⁴¹ Förvaltningsrättens dom, s. 26.

⁴² Se t.ex. Konkurrensverkets yttrande den 31 augusti 2017, pp. 22-26 (förvaltningsrättens aktbilaga 8).

⁴³ Se t.ex. Kommunens yttrande den 3 oktober 2017, pp. 2.26-2.33 (förvaltningsrättens aktbilaga 13).

⁴⁴ Se t.ex. direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 1.

FRONT ADVOKATER

Definitionen av en "tjänst" och "ersättning" i art. 57 i EUF-fördraget gäller också för rättsområdet offentlig upphandling, innebärande att EU-domstolens praxis, som tydliggör begrepp som "tjänst", "ersättning" och "ekonomisk verksamhet", har relevans för tolkningen av art. 2 i Protokoll och beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU. Konkurrensverket har vidare anfört att begreppet "ersättning" i art. 57 i EUF-fördraget har olika innebörd beroende på vems perspektiv som är aktuellt och att det i upphandlingsrätten skulle finnas ett "leverantörsperspektiv" där "ersättning" enligt art. 57 i EUF-fördraget har en annan innebörd än i *Humbel, Private Barnehager*, beaktandesats 34 i tjänstedirektivet etc.⁴⁵ Kommunen – som vidhåller sitt bestridande av detta – har under skriftväxlingen vid upprepade tillfällen efterfrågat besked om vilket rättsligt stöd verket åberopar för sin uppfattning.⁴⁶ Det noteras också att Konkurrensverkets ståndpunkt i detta avseende motsägs av uttalanden i den rapport Konkurrensverket låtit ta fram:

"Begreppet "ekonomisk verksamhet" kan således påstås vara enhetligt oavsett om rättsområdet är frirörlighet, konkurrens, statsstöd eller upphandling, vilket leder till slutsatsen att definitionerna av "ekonomisk verksamhet" på frirörlighets- respektive konkurrens- och statsstödsområdet är ekvivalenta:

*utföra prestation mot ersättning ⇔ erbjuda tjänster eller varor på marknaden"*⁴⁷

3.4.18 När det gäller frågan om endast offentliga aktörer kan bedriva icke-ekonomisk verksamhet eller tillhandahålla icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, vill Kommunen uppmärksamma kammarrätten på ESA:s beslut den 7 februari 2018 till norska regeringen i frågan om statlig kompensation för pensionskostnader till icke-vinstsyftande organisationer som utför hälsotjänster och välfärdstjänster riktade till barn utgör statsstöd (017/18/COL). I beslutet ([bilaga 2](#)) anför ESA att statsstödsreglerna inte gäller för enheter som "*exercise public prerogatives or provide non-economic services of general interest (SSGI) on the basis of the principle of national solidarity*".⁴⁸ I beslutet konstaterar ESA att kompensationen inte utgör statsstöd

⁴⁵ Se t.ex. Konkurrensverkets yttrande den 30 oktober 2017, pp. 20-22 (förvaltningsrättens aktbilaga 18).

⁴⁶ Se t.ex. Kommunens yttrande den 16 februari 2018, p. 1.12 (förvaltningsrättens aktbilaga 30).

⁴⁷ *När medför offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?*, 2018:5, s. 16.

⁴⁸ ESA, 017/18/COL, p. 32.

FRONT ADVOKATER

eftersom de privata non-profit organisationerna inte tillhandahåller tjänster som är ekonomiska. Detta med motiveringen att dessa välfärdstjänster:

*"...constitute an integral part of the national health system that is directly funded by the social security contributions and other state resources. The services are provided entirely free of charge to the patient or the patient may be required to pay just a marginal fee, which only covers a small fraction of the true cost of the services."*⁴⁹

3.4.19 Den omständigheten att tjänster som organisationerna utför *"are open to competition does not mean that the EEA rules on State aid come into play"*.⁵⁰ Enligt ESA saknar det vidare betydelse om den privata aktören är non-profit eller for-profit. Inte heller kommersiella privata aktörer som tillhandahåller samma slag av tjänster är "företag":

*"It is expected that a few commercial private providers also benefit from the compensation scheme. However, commercial private providers also do not constitute undertakings for these purposes in as far as they provide the services concerned, which are not economic in nature..."*⁵¹

3.5 Huruvida icke-ekonomiska tjänster endast kan vara tjänster som leverantörer utför vederlagsfritt

3.5.1 Kommunens talan utgår från art. 2 i Protokollet och beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU, som ger stöd för antagandet att kontrakt trots att detta innehåller ekonomiska villkor ändå inte omfattas av LOU om kontraktets föremål är en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse. Förvaltningsrättens domskäl lämnar ingen tydlig förklaring till hur dessa två bestämmelser ska tolkas. Vad förvaltningsrätten anför på s. 30 i domen kan dock motsatsvis tolkas som att art. 2 i Protokollet enligt domstolen endast avser prestationer som leverantören utför vederlagsfritt (eftersom det då inte föreligger något kontrakt med ekonomiska villkor):

"Denna bedömning är förenlig med artikel 2 i protokollet om tjänster av allmänt intresse. Av artikeln framgår att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt ska påverka

⁴⁹ Ibid., p. 35.

⁵⁰ Ibid., p. 32.

⁵¹ Ibid., not 13.

FRONT ADVOKATER

medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Förvaltningsrätten bedömer, som framgår ovan, att avtalet mellan kommunen och stiftelsen innehåller ekonomiska villkor och reglerar tjänster av ekonomisk art. Det är således inte fråga om några tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.”

3.5.2 Som Kommunen har anfört redan i förvaltningsrätten leder den omständigheten att avtalet ”innehåller ekonomiska villkor” inte till slutsatsen att avtalet även ”reglerar tjänster av ekonomisk art”. I enlighet med vad som anförts ovan har både förvaltningsrätten och Konkurrensverket sammanblandat ”tjänst” enligt fördraget med ”kontrakt” enligt direktivet. Uppfattningen att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse endast kan vara tjänster som leverantören utför utan krav på ekonomisk motprestation är felaktig därför att den utgår från att den ersättning som Kommunen betalar till Stiftelsen är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget (se vidare nedan). Begreppet ”tjänst” är ett gemensamt begrepp inom unionsrätten. Det avser prestationer som normalt utförs mot ersättning, där ersättningen ska betalas av den som kommer i åtnjutande av tjänsten, i detta fall omsorgstagaren. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att ersättningen också kan betalas av tredje man men bara under förutsättning att den består av *privata medel*. Offentlig finansiering av välfärdstjänster utgör inte ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget, inte ens ”ersättning” från tredje man.⁵² Det finns ingen för rättsområdet offentlig upphandling egen definition av begrepp i fördraget som ”tjänst” och ”ersättning”.

3.6 Huruvida ersättning som Kommunen betalar Stiftelsen är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget

3.6.1 Uppfattningen att den ekonomiska motprestation som Kommunen enligt avtalet ska betala Stiftelsen är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget är felaktig och saknar stöd i EU-domstolens praxis.⁵³ Av *Humbel, Congregación, Private Barnehager, Schwarz* med flera avgöranden framgår att ”ersättningen” enligt art. 57 i EUF-fördraget ska erläggas av *mottagaren* av tjänsten, dvs. den person som kommer i åtnjutande av tjänsten. För det fall ersättningen betalas av tredje part, måste det vara privata medel

⁵² Se *Schwarz*, pp. 40-41, p. 43 och p. 47; *Congregación*, p.58.

⁵³ Denna uppfattning framförs också i rapporten *När medför offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?*, s. 143ff.

FRONT ADVOKATER

för att kunna utgöra ”ersättning”. Offentlig finansiering av en välfärdstjänst kan därmed aldrig vara ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget.⁵⁴ Detta följer likaledes av EU-domstolens praxis, enligt vilken finansiering som innebär ett ”genomförande av solidaritetsprincipen” att ”ersättning” ska uppfattas ur ett brukarperspektiv.⁵⁵

3.6.2 Förvaltningsrättens tolkning är felaktig också därför att den betraktar Kommunen som mottagare av tjänsten enligt art. 57 i EUF-fördraget. Kommunen, som har en lagstadgad skyldighet att tillhandahålla äldreomsorg, är alltjämt utförare av äldreomsorgen enligt art. 57 i EUF-fördraget. Detta gäller oavsett om Kommunen låter Stiftelsen göra detta för Kommunens räkning. Kommunen behåller sitt lagstadgade ansvar såsom utförare av äldreomsorgen även när man låter annan utföra den för Kommunens räkning.⁵⁶ Skulle Stiftelsen inte kunna fullgöra sitt uppdrag är Kommunen skyldig att ta över verksamheten eller hitta en annan utförare. Den omständigheten att Kommunen tillhandahåller äldreomsorgen genom annan ändrar inte det förhållandet att Kommunen alltjämt är den som enligt art. 57 i EUF-fördraget tillhandahåller tjänsten.

3.6.3 Kommunen har under skriftväxlingen i förvaltningsrätten efterlyst stöd i unionsrättsliga rättskällor för uppfattningen att ”ersättning” från den upphandlande myndigheten är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget. Något sådant stöd har Konkurrensverket inte redovisat. Kommunen har också begärt att Konkurrensverket redovisar rättsligt stöd för att det i rättsområdet upphandling skulle finnas en egen definition för vad som är en ”tjänst” och vad som är ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget; enligt vilket definitioner som skiljer sig från övriga rättsområden. Inte heller detta har Konkurrensverket redovisat. Även i förvaltningsrättens dom saknas hänvisning till något tydligt rättsligt stöd för att ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget kan utgöras av den ekonomiska motprestation som Kommunen erlägger till Stiftelsen enligt avtalet.

⁵⁴ Se *Schwarz*, pp. 40-41, p. 43 och p. 47; *Congregación*, p.58.

⁵⁵ Se t.ex. *Cisal*, pp. 38-44.

⁵⁶ Se prop. 2017/18:158, s. 102 och s. 103. Se även Valfärdsutredningen, *SOU 2016:78*, s. 164.

FRONT ADVOKATER

3.7 **Beträffande FENIN**

3.7.1 Förvaltningsrättens domskäl indikerar att domstolen inte har förstått i vilket syfte Kommunen åberopat *FENIN*. Kommunen har åberopat *FENIN* och andra avgöranden som *Private Barnehager* till stöd för att begreppen ”tjänst” och ”ekonomisk verksamhet” i huvudsak är synonyma. EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis inom konkurrens- och statsstödsrätten rörande vilka omständigheter som gör en *verksamhet* icke-ekonomisk är därför relevant också för bedömningen av vad som gör en *tjänst* icke-ekonomisk inom den fria rörligheten, inklusive rättsområdet offentlig upphandling. Kommunens ståndpunkt vinner nu stöd även i ovannämnda *Congregación* där EU-domstolen i ett mål om statsstöd hänvisar till sin praxis rörande den fria rörligheten, till exempel *Schwarz* och *Humbel*.⁵⁷ *FENIN*, liksom andra avgöranden som *Private Barnehager*, påvisar att även andra välfärdstjänster än offentligt finansierad utbildning kan vara icke-ekonomisk.

3.7.2 Kommunen har *inte* åberopat *FENIN* till stöd för att avtalet mellan Kommunen och Stiftelsen skulle sakna ekonomiska villkor – i målet är ostridigt att avtalet innehåller ekonomiska villkor. Förvaltningsrätten förefaller dock att ha uppfattat Kommunens hänvisning till *FENIN* som hänförlig till kontraktetsbegreppet. På s. 29 i domen anges följande:

”Vad gäller det av kommunen åberopade avgörandet FENIN anser förvaltningsrätten att det saknar relevans för bedömningen om något utgör ett avtal med ekonomiska villkor. I det målet var det i stället fråga om att bedöma om en viss verksamhet utgjorde ekonomisk verksamhet (FENIN, p. 23-27).”

3.8 **Beträffande Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 8101--8104-08**

3.8.1 Förvaltningsrättens domskäl utelämnar helt Kammarrätten i Stockholms dom i mål 8101--8104-08. Kommunen har åberopat och argumenterat kring detta avgörande eftersom det tydligt talar emot Konkurrensverkets juridiska argumentation på flera punkter.⁵⁸

⁵⁷ *Congregación*, p. 47 och *Schwarz*, pp. 37-38.

⁵⁸ Kommunens yttrande den 12 december 2017, pp. 1.2 – 1.3 (förvaltningsrättens aktbilaga 22).

FRONT ADVOKATER

- 3.8.2 Målet avsåg upphandling av ett avtal med ekonomiska villkor där leverantören åtog sig att utföra prestationer mot en ekonomisk motprestation. Avtalet upphandlades av Skolverket på en marknad ”där även andra än statliga myndigheter, t.ex. helt privata juridiska personer kan komma ifråga som leverantörer”.⁵⁹ Med stöd av bland annat *Humbel* och art. 2 i Protokollet slog kammarrätten fast att rektorsutbildningen inte var en ”tjänst” eftersom ”kostnaderna för befattningsutbildningen till största delen finansieras av staten utan att staten avser att bedriva verksamheten i ekonomiskt vinstsyfte”.⁶⁰
- 3.8.3 Kammarrättsavgörandet och den tolkning av rättsläget som däri redovisas skiljer sig på flera avgörande punkter från förvaltningsrättens bedömningar i den nu överklagade domen. Domarnas respektive analys av vad som avgör huruvida en tjänst är ekonomisk eller icke-ekonomisk är oförenliga; bl.a. motsäger kammarrättsavgörandet tydligt förvaltningsrättens bedömning att det är ”de prestationer som stiftelsen åtagit sig gentemot kommunen som regleras i det aktuella avtalet... som är relevanta att bedöma för att avgöra om avtalet avser tjänster”.⁶¹ Kammarrätten tolkar i denna del *Humbel* och art. 2 i Protokollet på ett annat sätt än förvaltningsrätten. Både Valfärdsutredningen och Distansutbildningsutredningen lyfter kammarrättsavgörandet som stöd för uppfattningen att skattefinansierad utbildning inte omfattas av LOU.⁶² De vitt skilda bedömningar som redovisas i kammarrättsavgörandet respektive den nu överklagade domen ger anledning att ifrågasätta riktigheten av förvaltningsrättens dom och påvisar i vart fall att rättsläget präglas av stor osäkerhet. Beaktat den stora bristen på svenska avgöranden rörande icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, och det faktum att Kommunen vid flera tillfällen berört kammarrättsavgörandet under skriftväxlingen i förvaltningsrätten, är det enligt Kommunen förvånande att förvaltningsrättens domskäl inte på något sätt förhåller sig till kammarrättsavgörandet.

⁵⁹ Kammarrätten i Stockholm, dom den 19 maj 2009, mål 8101-8104--08, s. 9.

⁶⁰ *Ibid.*, s. 15.

⁶¹ *Domen*, s. 25.

⁶² SOU 2016:78, s. 410 och SOU 2017:44, ss. 219-220.

FRONT ADVOKATER

3.9 **Beträffande Konkurrensverkets talan m.m.**

3.9.1 Kommunen har vid upprepade tillfällen påpekat att Konkurrensverkets talan innehåller motsägelser och juridisk argumentation som saknar stöd i någon unionsrättslig rättskälla.

3.9.2 Den 11 juli 2018 publicerade verket en rapport författad av Caroline Wehlander med rubriken ”När medför offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?”. Rapporten spänner över flera ämnen såsom tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, gränsöverskridande handelsintresse, in-house etc. I rapporten anför författaren att offentligt finansierade välfärdstjänster bör betraktas som ”ekonomiska” och därmed underkastade unionsrättens inre marknadsregler, inklusive regler om upphandling. Kommunen finner mot den bakgrunden anledning att kort kommentera delar av rapportens innehåll.

3.9.3 På s. 210 i rapporten anges beträffande *Jundt*⁶³ (ett avgörande som också förvaltningsrätten hänvisar till) att EU-domstolen fann:

”att operatören utövade en ekonomisk verksamhet trots att dess undervisning var finansierad med offentliga medel [de understrukna orden är betonade genom kursivering i rapporten] och ingick i den undervisning som gavs studenterna på ett universitet som ingick i ett nationellt offentligt finansierat utbildningssystem.”

3.9.4 Rapporten saknar referens till var i domen det anges att undervisningen skulle vara offentligt finansierad. Kommunen vill påpeka att det varken av domen eller av förslag till avgörande framgår att undervisningen på det franska universitetet i Strasbourg skulle vara offentligt finansierad.

3.9.5 På s. 213 i rapporten görs det gällande att EFTA-domstolen i *Private Barnehager* fann att de privata daghemmen var ”företag” i den mening som avses i statsstödsreglerna. Rapporten hänvisar till punkterna 62-63 och 79 i *Private Barnehager*. Enligt Kommunen är detta en felaktig tolkning av domen. I punkterna 62-63 behandlar EFTA-domstolen frågan om klaganden har talerätt i den mening att klagande påverkas av det statliga bidraget till de kommunala daghemmen. I det sammanhanget konstaterar EFTA-domstolen att Private Barnehagers Landsforbund

⁶³ C-281/06.

FRONT ADVOKATER

är ”an association of undertakings running kindergartens as an economic activity and finding themselves in competition with municipal kindergartens”.⁶⁴ Den omständigheten att EFTA-domstolen använder orden ”economic activity” i detta sammanhang betyder inte att EFTA-domstolen anser att de privata daghemmen är ”företag” i unionsrättslig mening. I punkt 79 återger EFTA-domstolen klagandens inställning. Att *Private Barnehager* inte kan tolkas så att de privata daghemmen ansågs som ”företag” framgår av det sätt som EFTA:s motsvarighet till Kommissionen, EFTA Surveillance Authority (ESA), tolkar *Private Barnehager* i ett brev till den norska regeringen i ärende 68577 (bilaga 1). Av detta brev framgår att ESA, i motsats till Konkurrensverkets publicerade rapport, tolkar *Private Barnehager* på så sätt att inte heller de privata daghemmen bedrev någon ”ekonomisk verksamhet” eller var ”företag”.

3.9.6 På s. 75 i rapporten görs det gällande att EU-domstolen i *Hartlauer*⁶⁵ fann:

”att ett nationellt tillståndssystem för offentligt finansierad tandvård som inte omfattade alla privata aktörerna stred mot etableringsfriheten eftersom systemet inte respekterade principerna om icke-diskriminering, likabehandling och transparens, dvs. samma kombination av principer som de som styr primärrätten om upphandling.”

3.9.7 Påståendet att tandvården var offentligt finansierad är inte förenat med någon närmare hänvisning. Någon sådan uppgift finns inte heller i domen. I domen framgår att tandvården i Österrike finansierades genom två försäkringssystem där det huvudsakliga systemet innebar att de försäkrade kunde ”söka tandvård utan att behöva betala vårdgivaren” (dock framgår inte att detta system byggde på en solidaritetsprincip liknande den i *Poucet och Pistre, Cali* eller *Dôvera*). I det andra, kompletterande systemet, kompensoerades försäkringstagaren ”för de kostnader som denne haft upp till ett maxbelopp, vanligtvis 80 procent av det belopp som skulle ha fakturerats om vården hade sökts hos en läkare som omfattades av avtal med en försäkringskassa [dvs. det huvudsakliga systemet]”.⁶⁶ Det kompletterande systemet innebar inte att tandvården var offentligt finansierad utan att patienten måste betala för tandvården och i efterskott söka kompensation för sina kostnader. Det kompletterande systemet innebar alltså att

⁶⁴ *Private Barnehager*, p. 63.

⁶⁵ C-169/07.

⁶⁶ *Hartlauer*, pp. 16-17.

FRONT ADVOKATER

tandvården utfördes mot ersättning i fördragets mening. Av *Hartlauer* framgår vidare att *Hartlauer Handelgesellschaft mbH* ansökt om att få bedriva sin verksamhet inom det kompletterande systemet.⁶⁷

- 3.9.8 På s. 143 i rapporten görs det gällande att betalning från tredje man i den mening som avses i *Bond Adverteerders* kan inkludera offentlig finansiering. Enligt rapporten framgår detta av ”fast rättspraxis”. Kommunen vill påpeka att det av fast rättspraxis framgår att offentlig finansiering av välfärdstjänster inte är ”ersättning”, inte heller ”ersättning” från tredje man. Detta framgår tydligt av *Schwarz* och *Congregación* att betalning från tredje man ska vara betalning med *privata medel* för att vara ”ersättning” enligt art. 57 i EUF-fördraget.⁶⁸
- 3.9.9 På s. 168 i rapporten görs det gällande att EU-domstolen i *AOK Bundesverband* bekräftade det komparativa test⁶⁹ som generaladvokaten förespråkade i förslaget till avgörande. Faktum är att EU-domstolen inte bekräftade detta test eller bekräftade generaladvokatens bedömning att verksamheten var ekonomisk.⁷⁰
- 3.9.10 På ss. 183-184 i rapporten görs det gällande att de kostnadsfria tjänsterna som de spanska SNS-sjukhusen tillhandahöll i *FENIN* inte var ”*SNA-sjukvårdsverksamhet utan SNS-sjukvårdsförsäkring [markerat genom kursivering] som administrerades av 26 enheter däribland tre ministerier inom den spanska regeringen.*” Enligt rapporten var det alltså inte sjukvården utan administrationen av sjukvårdsförsäkringen som var gratis i *FENIN*. Kommunen vill påpeka att det, i motsats till vad som påstås i rapporten, tydligt framgår att det var just sjukvårdsverksamheten som erbjöds utan kostnad:

”Förstainstansrätten fann inledningsvis att den andra grunden beträffande tillämpningen av artiklarna 82 EG och 86 EG inte kunde godtas och slog i punkt 40 i den överklagade domen fast att de ansvariga SNS-organen inte kan anses som företag när de köper in sjukvårdsmaterial som säljs av FENIN:s medlemsföretag för att kunna erbjuda gratis hälso- och sjukvårdstjänster [Kommunens understrykning] till dem som är anslutna till SNS.”⁷¹

⁶⁷ Ibid., p. 31.

⁶⁸ *Schwarz*, pp. 40-41, p. 43 och p. 47; *Congregación*, p.58.

⁶⁹ Detta test innebär att all verksamhet som kan bedrivas av ett privat företag med vinstsyfte är ekonomisk.

⁷⁰ Sylvan M., Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-funded Welfare Services?, *Public Procurement Law Review*, 2016 Number 6, s. 264 (se bilaga 1 till förvaltningsrättens aktbilaga 4).

⁷¹ C-203/05 P, p. 8.

FRONT ADVOKATER

3.9.11 På bland annat s. 210 anförs Tribunalens dom i *Dôvera* som bevis på ”att aktörer som erbjuder tjänster eller varor med vinstsyfte utövar ekonomisk verksamhet, oavsett vilket nationellt system de verkar i”, trots att domen är överklagad och EU-domstolen ännu inte meddelat dom.

3.10 Huruvida rättsläget är klart

3.10.1 Kommunen har åberopat bl.a. åberopat Valfärdsutredningen, SOU 2016:78, och utredningen Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning, SOU 2017:44 (Distansutbildningsutredningen) till stöd för att rättsläget i vart fall är så oklart att förutsättningar saknas för bifall av Konkurrensverkets talan.⁷² Att rättsläget är oklart har också angetts som grund för yrkandet om förhandsavgörande respektive som grund för att upphandlingsskadeavgift under alla förhållanden inte ska utdömas till yrkat belopp.

3.10.2 Båda omnämnda utredningar betonar vikten av uppdelningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster ”eftersom den avgör i vilken utsträckning EU-rätten blir tillämplig”.⁷³ Kommunen har också åberopat det faktum att regeringen i två utredningsdirektiv efterlyser en utredning av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse och lyft detta begrepps stora betydelse för Sveriges handlingsutrymme när det gäller nationell reglering av upphandling av välfärdstjänster.⁷⁴

3.10.3 Som framgått ovan anser Kommunen att förvaltningsrätten gjort en felaktig tolkning av rättsläget vad gäller upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse utifrån Protokoll, upphandlingsdirektiven och EU-domstolens rättspraxis. Kommunen ifrågasätter vidare förvaltningsrättens bedömning att ”innebörden av de unionsrättsliga begrepp som är relevanta i målet har uttolkats av EU-domstolen” – i vart fall om förvaltningsrätten med detta avser att rättsläget skulle vara *acte éclairé* eller *acte clair*. Kommunen vidhåller att det finns en betydande rättsosäkerhet

⁷² Se Valfärdsutredningen, SOU 2016:78, s. 400-411 och SOU 2017:44, ss. 212-220. Valfärdsutredningen lyfter frågan ”i vad mån det är möjligt att göra undantag från upphandlingsreglerna när det gäller NESGI. I vart och ett av de nya upphandlingsdirektiven noteras att ’icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde’” (s. 400).

⁷³ SOU 2017:44, s. 215.

⁷⁴ Kommunens yttrande den 9 augusti 2017, pp. 3.24-3.29 och p. 4.1 (förvaltningsrättens aktbilaga 4).

FRONT ADVOKATER

gällande kring – och följaktligen *inte är uppenbart* – hur unionsrätten ska tolkas såvitt gäller upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse.

- 3.10.4 Slutligen är det Kommunens uppfattning att förvaltningsrätten felaktigt underlåtit att ta hänsyn till det oklara rättsläget vid fastställandet av upphandlingsskadeavgift. I den delen har förvaltningsrätten funnit att *”[r]ättsläget vad gäller frågan om kommunen varit skyldig att upphandla de aktuella tjänsterna enligt LOU kan... mot bakgrund av EU-domstolens praxis, inte sägas ha varit oklart.”*

4 SKÅL FÖR FÖRHANDSAVGÖRANDE

- 4.1.1 Kommunen åberopar samma skål som i förvaltningsrätten till varför kammarrätten bör begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

5 GRUNDER FÖR PRÖVNINGSTILLSTÅND I KAMMARRÄTTEN

5.1 Ändrings- och granskningsdispens

- 5.1.1 Kommunen har ovan anført skål till att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut förvaltningsrätten har kommit till. I denna del hänvisas till avsnitt 3 ovan. Domskålen är vidare i vissa fall så knapphändig att det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till.

5.2 Prejudikatdispens

- 5.2.1 Tvistefrågornas komplexitet och dignitet innebär att det också är av vikt för rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.
- 5.2.2 Det finns rättspraxis som rör betydelsen av ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” och ”icke-ekonomisk verksamhet” för rättsområden som fri rörlighet, konkurrens och statsstöd. Det saknas emellertid rättspraxis som behandlar dessa begrepps innebörd inom rättsområdet offentlig upphandling. Eftersom det nu anges i samtliga tre direktiv om upphandling som antogs den 26 februari 2014 att de inte omfattar upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att innebörden av till exempel beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU klargörs. Likväl ska i denna del betonas beaktandesatsens

FRONT ADVOKATER

innehåll enligt Kommunens uppfattning endast är en förtydligande kodifiering av vad som redan gällde före 2014 års direktiv, eftersom den primärrättsliga regleringen av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse utgörs av Protokollet och EU-domstolens praxis sedan 1980-talet rörande betydelsen av begreppet ”tjänst” i fördraget. Det saknas också rättspraxis rörande innebörden av art. 2 i Protokollet. Denna avsaknad av rättspraxis utgör både skäl för prövningstillstånd och skäl för att kammarrätten lyfter målet till EU-domstolen för förhandsavgörande.

- 5.2.3 Det ska även tilläggas att även förvaltningsrätten har konstaterat att de frågor som behandlats i målet är komplexa och att det saknas inhemsk praxis som behandlar den situation som är aktuell i målet (se s. 33 i domen).
- 5.2.4 De rättsfrågor som målet aktualiserar har avgörande betydelse för avgränsningen av Sveriges nationella regleringsutrymme, i förhållande till tvingande unionsrätt, inom välfärdsområdet, inte minst i fråga om vilka regler som ska gälla för upphandling av välfärdstjänster. Kommunen har i skriftväxlingen i förvaltningsrätten lyft fram flera statliga utredningar där utrymmet att lägga förslag om ny lagstiftning har konstaterats vara svårbedömt med direkt hänvisning till rättsosäkerheten på EU-nivå gällande begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Av tradition intar den svenska lagstiftaren i detta läge en defensiv hållning av försiktighetsskäl – det anses klokare att vid osäkerhet ge unionsrätten det mest extensiva tillämpningsområdet av tillgängliga tolkningsalternativ.⁷⁵ Detta får effekten av att ytterligare cementera den ursprungliga rättsosäkerheten, eftersom lagstiftningen därmed av försiktighetsskäl aldrig utmanar unionsrättens osäkra ytterområden. Ett ännu större ansvar för rättsutvecklingen faller då indirekt på domstolarna, i fråga om att tillse att uppkommande rättsfrågor belyses av högre rätt och ytterst hänskjuts till EU-domstolen.
- 5.2.5 Det kan i sammanhanget på nytt påpekas, se ovan i punkt 1.1.6, att Konkurrensverket i media uttalat att det är ”helt riktigt att fallet prövas av högre rätt så att vi får ett prejudikat”.

⁷⁵ Den norska lagstiftaren har tolkat utrymmet att särreglera upphandling av välfärdstjänster på ett betydligt mer extensivt sätt, se t.ex. ESA:s avgörande den 20 september 2017 i Case No: 77606.

FRONT ADVOKATER

5.2.6 Den politiska betydelsen av art. 2 i Protokollet uppmärksammades redan 2008 i en motion undertecknad av ett stort antal riksdagsledamöter.⁷⁶ Enligt motionen borde riksdagen ratificera Lissabonfördraget bland annat eftersom detta fördrag ”stärker de nationella parlamentens inflytande och förtydligar den nationella suveräniteten, särskilt vad gäller välfärden”. Motionen omfattade en rad politikområden där motionärerna såg nya möjligheter genom Lissabonfördraget. Ett avsnitt i motionen hade rubriken ”Tjänster”. Motionärerna konstaterade att Protokollet om tjänster av allmänt intresse klargjorde innebörden av begreppet tjänster av allmänt intresse samt att detta protokoll ”skiljer... på ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”. I motionen lyftes särskilt Protokollets andra artikel och dess betydelse för medlemsstatens möjligheter att, utan EU:s inflytande, bestämma över hur dessa tjänster ska beställas, organiseras och finansieras:

”I artikel 2 beskrivs det tydligt att bestämmelserna i fördragen inte på något sätt ska påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art. Exempel på sådana tjänster är barnomsorg, hälso- och sjukvård, skola och andra offentliga tjänster. Lissabonfördraget innebär på detta sätt att medlemsstaternas ansvar för att beställa, organisera och finansiera dessa tjänster tydliggörs. Detta stärker medlemsstaternas rätt att definiera vad som är icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse och som således ska hållas utanför den inre marknaden och EU:s beslutsmakt.”

5.2.7 Ytterligare exempel på den betydelse de folkvalda lägger vid innebörden av skiljelinjen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster är de två utredningsdirektiv som regeringen på kort tid har tillkännagivit. I kommittédirektivet till Välfärdsutredningen *Ett nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster* (dir. 2015:22) ville regeringen att utredaren skulle beakta:

”gränsdragningen mellan vad som kan anses utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse respektive icke-ekonomiskt intresse och vilka konsekvenser det kan få när en tjänsteverksamhet anses vara av det ena eller andra slaget.”

⁷⁶ Motion 2008/09:U1 av Mona Sahlin m.fl. (s).

FRONT ADVOKATER

5.2.8 Kommunen har redogjort för Valfärdsutredningens slutsatser i denna fråga och det oklara rättsläge som Valfärdsutredningen konstaterat föreligger. Regeringen har uppenbarligen inte nöjt sig med Valfärdsutredningens svar vilket förklarar att regeringen i ett nytt kommittédirektiv ånyo vill få frågan utredd.⁷⁷ Enligt kommittédirektiv *En tydlig definition av idéburna i välfärden* (dir. 2018:46) ska en ny utredare bland annat:

*”analysera och lämna förslag på hur på hur det utrymme som finns inom EU-rätten för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse kan tillämpas i en svensk välfärdscontext, exempelvis för att underlätta samverkan med idéburna aktörer”*⁷⁸

5.2.9 Såsom Kommunen påpekat i skriftväxlingen i förvaltningsrätten ger utredningens tillsättande och regeringens uppdragsbeskrivning enligt kommittédirektivet stöd för att rättsläget beträffande innebörden av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse är oklart och att en materiellt korrekt prövning av ansökan inte låter sig göras utan ett föregående tolkningssvar från EU-domstolen.⁷⁹

5.2.10 Enligt Kommunen har målet mellan Konkurrensverket och Alingsås kommun relevans för de frågor som riksdagsmotionen från 2008 lyfte i samband med ratificeringen av Lissabonfördraget och som nyss nämnda kommittédirektiv vill få besvarade. Det framstår dock som uppenbart att lagstiftaren saknar möjligheter att blott *utreda sig fram till* ett klart rättsläge – jfr de statliga utredningar jämte remissvar som Kommunen tidigare berört vid skriftväxlingen i förvaltningsrätten, där vitt skilda juridiska slutsatser redovisas utifrån samma rättskällematerial, dock med gemensam nämnare att rättsläget anges vara osäkert. Det är angeläget att högre rätt ger ett klagörande angående vad som gäller för upphandling av huvudsakligen skattefinansierade välfärdstjänster såsom äldreomsorg mot bakgrund av innehållet i såväl art. 2 i Protokollat som beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU.

(signatursida följer)

⁷⁷ Se även Kommunens yttrande den 14 juni 2018, där Kommunen utförligt redogjort för relevanta delar i Dir. 2018:46 (förvaltningsrättens aktbilaga 32).

⁷⁸ Dir. 2018:46, s. 15.

⁷⁹ Se Kommunens yttrande daterat den 14 juni 2018 (förvaltningsrättens aktbilaga 32).

FRONT ADVOKATER

Göteborg som ovan,



Kaisa Adlercreutz

Advokat



Johan Lidén

Advokat



Amir Daneshpip

Biträdande jurist

BILAGOR

1. ESA, brev den 3 februari 2012 till norska regeringen i ärende 68577.
2. ESA, beslut den 7 februari 2018, 017/18/COL.