
Mathias Sylvan

Upphandling av icke-ekonomiska tjänster
av allmänt intresse – en replik

2021 nr 3-4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Upphandling av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse – en replik

Mathias Sylvan*

1 Inledning

I en rapport för Malmö stad år 2013 ifrågasätter författaren att lagen om offentlig upphandling (LOU), oavsett årgång, omfattar upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster.¹ Anledningen är att skattefinansierade välfärdstjänster inte uppfyller definitionen av ”tjänster” i artikel 57 EUF-fördraget, enligt vilken ”tjänster” är prestationer som normalt utförs mot ersättning.² Enligt författaren gäller LOU endast för tjänster som omfattas av denna definition.

EU-domstolen har i ett antal avgöranden utvecklat innebörden av definitionen av ”tjänster” i förhållande till utbildningstjänster, varav det mest centrala är EU-domstolens dom i målet *Humbel*.³ I målet *Humbel* slog EU-domstolen fast att allmän gymnasieutbildning som staten upprättar och vidmakthåller av sociala, kulturella och utbildningspolitiska skäl och som är huvudsakligen offentligt finansierad inte utförs mot ersättning från mottagaren och därmed inte är en ”tjänst” enligt definitionen i EUF-fördraget.⁴ Utbildning som uppfyller de s.k. *Humbel*-kriterierna omfattas därför inte av bestämmelserna om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster. Den fria rörligheten gäller nämligen endast för tjänster som utförs mot ersättning och därmed kan beskrivas som *ekonomiska* tjänster. För att markera detta används nedan begreppet (ekonomiska) ”tjänster”, vilka ska särskiljas från tjänster som uppfyller kriterierna i målet *Humbel*. De senare betecknas av EU som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (nedan icke-ekonomiska tjänster).

I rapporten gör författaren gällande att målet *Humbel* ger stöd för antagandet att offentligt finansierade utbildningstjänster också faller utanför EU:s direktiv om offentlig upphandling (Direktivet), eftersom ”tjänster” i Direktivet har samma

* Mathias Sylvan är jurist och konsult i offentlig upphandling. I egenskap av förbundsjurist på Sveriges Kommuner och Regioner författade han år 2013 rapporten ”Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en rapport för Malmö stad”.

¹ Begreppet ”skattefinansierade välfärdstjänster” används här för välfärdstjänster som är helt eller huvudsakligen skattefinansierade.

² Definitionen finns i artikel 57 EUF-fördraget.

³ Dom av den 27 september 1988, *Humbel*, C-263/86, EU:C:1988:451.

⁴ Dom av den 27 september 1988, *Humbel*, C-263/86, EU:C:1988:451, punkt 18.

innebörd som ”tjänster” i EUF-fördraget.⁵ Enligt författaren gäller samma sak för EU:s konkurrens- och statsstödsbestämmelser. Även de förutsätter att en verksamhet tillhandahåller en (ekonomisk) ”tjänst”. I rapporten görs vidare gällande att inte heller offentligt finansierad sjukvård och socialtjänst utgör (ekonomiska) ”tjänster”. Även de faller alltså utanför EU:s regler om fri rörlighet, offentlig upphandling, konkurrens och statsstöd.

En ofta förekommande invändning är att målet *Humbel* saknar relevans för svenska förhållanden eftersom det i Sverige finns en marknad för välfärdstjänster och därför att upphandlande myndigheter ingår kontrakt, dvs. avtal med ekonomiska villkor, med leverantörer. Vi återkommer till det.

I Sverige har domstolar (läs: förvaltningsdomstolar – eftersom de handlägger den absoluta merparten upphandlingsmål) i snart 30 år tillämpat LOU:s bestämmelser på upphandlingar av äldreomsorg, sjukvård, vuxenutbildning, SFI och andra skattefinansierade välfärdstjänster. Rapporten ifrågasätter denna tillämpning.

Rapportens slutsatser är kontroversiella. I debatten har flera jurister ryckt ut till försvar för den svenska tillämpningen. Ett exempel är i en artikel av Philip Thorell.⁶ Många räknar dessutom med att Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) genom domen i målet mellan Konkurrensverket och Alingsås kommun om upphandlingsskadeavgift, HFD 2020 ref. 15, har satt punkt för diskussionen. Diskussionen är emellertid inte avslutad. Den förs för övrigt inte bara i Sverige. Rapporten följdes år 2016 upp av en artikel i *Public Procurement Law Review* (PPLR), ”Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-funded Welfare Services?”, vilken år 2021 följdes upp av ännu en artikel i PPLR nr 5, ”New case law Sheds Light to Whether EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-Funded Welfare Services”. I den senare artikeln tar författaren upp tre avgöranden som meddelats efter det att den tidigare artikeln publicerades. De handlar om två avgöranden från EU-domstolen, målen *Congregación*⁷ och *Dóvera*⁸, vilka behandlar statsstödsreglernas tillämplighet på utbildning respektive sjukvård, samt ett avgörande från EFTA-domstolen, målet *Hradbraut*⁹, som behandlar Direktivets tillämplighet på den isländska statens upphandling av tre externa gymnasieskolor. Den senare artikeln tar även upp domen i mål HFD 2020 ref. 15, där HFD – enligt författaren, felaktigt – bedömer att skattefinansierade

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

⁶ Thorell, Philip, Upphandling av idéburna offentliga partnerskap och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, UfT 2017 s. 271.

⁷ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16, EU:C:2017:496.

⁸ Dom av den 11 juni 2020, *Dóvera*, C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450.

⁹ Dom av den 10 december 2020, i mål E-13/19 *Hradbraut*.

äldreomsorgen i Sverige är en (ekonomisk) ”tjänst” som omfattas av LOU:s bestämmelser.¹⁰

Det är ingen överdrift att de jurister som gett sig in i debatten, med undantag från författaren, ansluter sig till HFD:s bedömning.¹¹ Oavsett de sitter på domstolar, myndigheter, lärosäten eller advokatbyråer, förefaller svenska jurister vara överens om att den bedömning som görs av HFD är korrekt och fullt förenlig med EU-rätten.

Skälen till varför skattefinansierade välfärdstjänster faller utanför Direktivet, och därmed också utanför LOU, utvecklas mer i detalj i ovannämnda artiklar i PPLR. Denna artikel synar framför allt rimligheten i den andra sidans argument vilka kan sammanfattas i tre påståenden:

1. Skattefinansierade välfärdstjänster är (ekonomiska) ”tjänster” om de utförs på en marknad.
2. Skattefinansierade välfärdstjänster är (ekonomiska) ”tjänster” när de utförs enligt villkoren i ett kontrakt.
3. Målet *Jundt* är bevis på att skattefinansierade välfärdstjänster är (ekonomiska) ”tjänster” när de tillhandahålls av en privat utförare.¹²

2 Påstående nr 1: Skattefinansierade välfärdstjänster är (ekonomiska) ”tjänster” om de utförs på en marknad

Den centrala frågan i Alingsås-målet HFD 2020 ref. 15 var om avtalet mellan Alingsås kommun (kommunen) och stiftelsen Bräcke diakoni (stiftelsen) avseende driften av ett äldreboende och anknutna omsorgstjänster avsåg (ekonomiska) ”tjänster” och därför omfattades av LOU. Begreppet ”tjänster” i EU-rätten omfattar nämligen inte alla prestationer som i vardagligt tal är ”tjänster”. Begreppet ”tjänster” omfattar bara sådana prestationer som är (ekonomiska) ”tjänster” enligt definitionen i artikel 57 EUF-fördraget, dvs. ”prestationer som normalt utförs mot ersättning”. Icke-ekonomiska tjänster faller utanför denna definition.

Enligt kommunen är skattefinansierad äldreomsorg en icke-ekonomisk tjänst och ska därför inte omfattas av bestämmelserna i Direktivet eller i LOU. Till stöd för detta åberopade kommunen, utöver målet *Humbel*, bland annat skäl 6 Direktivet enligt vilken ”*icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde*”.

¹⁰ Enligt HFD bröt därför kommunen mot LOU när den ingick ett kontrakt med Stiftelsen Bräcke diakoni avseende driften av äldreboendet Ginstgården och andra kringliggande insatser för äldre.

¹¹ Dock ska även nämnas rapporten *Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten?*, författad av Göran Petterson, Mohamed Hama Ali och Amir Daneshpajr år 2016.

¹² Dom av den 18 december 2007, *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816.

I debatten görs det gällande att skäl 6 inte ska tolkas så att icke-ekonomiska tjänster är undantagna från Direktivet och LOU. Vi återkommer också till detta. En rimlig tolkning av HFD 2020 ref. 15 är att HFD inte delar den invändningen. Enligt HFD är det nämligen en ”förutsättning för att lagen ska vara tillämplig... att tjänsterna är av ekonomisk art”.¹³ HFD ger emellertid inga exempel på vad som är tjänster som inte ”är av ekonomisk art”.

Parentetiskt kan tilläggas att detta inte är det enda i domen HFD 2020 ref. 15 som lämnar läsaren frustrerad. I ett examensarbete inlämnat under våren 2020 vid Uppsala universitet tar Philippa Nilsson på sig uppgiften att förklara vad HFD egentligen menar eftersom domskälen, enligt henne, är ”delvis otydliga”.¹⁴ Nilssons iakttagelse är ingen överdrift. Faktum är att HFD:s domskäl väcker fler frågor än som besvaras. HFD noterar till exempel att kommunen ”rentav upphandlat driften av det aktuella äldreboendet tidigare”,¹⁵ men förklarar inte vilken betydelse det har – dvs. att kommunen tidigare upphandlat äldreomsorgen – för de rättsfrågor som ska besvaras i målet.

I ett avseende är HFD dock tydlig. Enligt HFD är den skattefinansierade äldreomsorgen en (ekonomisk) ”tjänst”. Detta därför att det ”i Sverige finns en marknad för sådana tjänster”.¹⁶

Detta är också Konkurrensverkets ingång. I ansökan om upphandlings-skadeavgift åberopar Konkurrensverket statistik från Socialstyrelsen som visar att ca 20 procent av alla särskilda boenden drivs av en annan aktör än kommunen och ”att det blir allt vanligare med konkurrensutsättning av särskilda boenden”.¹⁷

Enligt både Konkurrensverket och HFD är förekomsten av privata utförare och konkurrens bevis på att äldreomsorgen är en (ekonomisk) ”tjänst”. Kommunen, å sin sida, åberopar praxis som talar för att varken konkurrens eller privata utförare med någon nödvändighet medför att äldreomsorgen är en (ekonomisk) ”tjänst”. Denna del av kommunens talan redovisas emellertid mycket knapphändigt av både HFD och underinstanserna. De avgöranden som kommunen åberopar till varför varken konkurrens eller privata utförare måste medföra att äldreomsorgen är en (ekonomisk) ”tjänst” redovisas därför nedan.

¹³ HFD 2020 ref. 15, punkt 18.

¹⁴ Philippa Nilsson, Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig, vid Uppsala universitet, vårterminen 2020: ”Kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU – en analys av gränsen mellan bidrag, IOP och upphandlingsplikt”, s. 25.

¹⁵ HFD 2020 ref. 15, punkt 22.

¹⁶ HFD 2020 ref. 15, punkt 22.

¹⁷ HFD 2020 ref. 15, punkt 34.

2.1 AOK Bundesverband

EU-domstolens dom i de förenade målen *AOK Bundesverband*¹⁸ behandlade frågan om de tyska sjukförsäkringskassorna, genom att bestämma högsta ersättningsgilla inköpspriset för läkemedel, agerar som en inköpskartell i strid med EU:s konkurrensrätt. En förutsättning för att EU:s konkurrensbestämmelser ska bli tillämpliga är nämligen att de tyska kassorna bedriver ”ekonomisk verksamhet” och därmed är ”företag” enligt EU-rätten. Bedriver inte kassorna ”ekonomisk verksamhet” förekommer inget brott mot konkurrensbestämmelserna, inköpskartell eller inte.

Ett exempel på frågans komplexitet är de skilda bedömningar som görs av generaladvokaten respektive EU-domstolen. Generaladvokaten anser nämligen att kassorna bedriver ekonomisk verksamhet eftersom kassorna konkurrerar med varandra både beträffande avgifter/priser och innehållet i de erbjudna tjänsterna.¹⁹ Generaladvokaten noterar att de dessutom bedriver ”*omfattande marknadsföringsinsatser*”.²⁰

Enligt EU-domstolen bedriver kassorna emellertid inte ”ekonomisk verksamhet”.²¹ Anledningen är att de tyska sjukkassorna genom att ”*administrera socialförsäkringssystemet... fyller... uteslutande en social funktion som grundas på solidaritet och saknar helt vinstsyfte*”.²² De obligatoriska förmånerna som kassorna är skyldiga att tillhandahålla är vidare ”*väsentligen... identiska och... utges oberoende av avgifternas storlek*”.²³ Deras verksamhet är således ”*av icke-ekonomisk art*” och inslagen av konkurrens ändrar inte detta förhållande.²⁴

De tyska sjukförsäkringskassorna är dock offentligtrettsliga rättssubjekt. En möjlig invändning skulle kunna vara att utgången blivit en annan om den tyska marknaden också bestått av privata sjukförsäkringsbolag.

¹⁸ Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150.

¹⁹ Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkterna 38, 40 och 42.

²⁰ Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 43.

²¹ De Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 57.

²² Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 51.

²³ Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkt 52.

²⁴ Dom av den 16 mars 2004, *AOK Bundesverband m.fl.*, C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, EU:C:2004:150, punkterna 54-55.

2.2 Private Barnehager

Frågan om existensen av privata aktörer påverkar bedömningen aktualiseras några år senare i ett mål från EFTA-domstolen, målet *Private Barnehager*.²⁵ Målet *Private Barnehager*, liksom målet *Hradbraut* nedan, är alltså meddelat av EFTA-domstolen, vilken genom EES-avtalet har getts behörighet att pröva tolkningen av EU-rätt som uppkommer i mål i de kvarvarande EFTA-länderna Island, Liechtenstein och Norge. I EES-avtalet som i dag gäller mellan EU och de kvarvarande EFTA-länderna finns mekanismer som ska säkerställa en identisk tolkning av avtalet och därmed EU-rätten.²⁶ Enligt till exempel artikel 105.2 ska en gemensam kommitté noga följa de respektive domstolarnas praxis för att säkerställa en enhetlig praxis.²⁷ Det kan tilläggas att Europeiska kommissionen (kommissionen) avger yttranden i samtliga av EFTA-domstolens mål.²⁸

Målet *Private Barnehager* behandlade frågan om norska statens stöd till kommunala förskolor utgör otillåtet statsstöd enligt artikel 61(1) i avtalet om europeiska ekonomiska samarbetsområdet (EES-avtalet) vilket väsentligen har samma innehåll som artikel 107 EUF-fördraget. Klagande är intresseorganisationen för de privata förskolorna, Private Barnehagers Landsforbund. I Norge går vid tidpunkten för målet 46 procent av alla barn på en privat förskola.²⁹ Både de kommunala och de privata förskolornas verksamhet är emellertid huvudsakligen finansierad av staten.³⁰ Om man med ”marknad” syftar på att det finns konkurrens från privata aktörer går det att prata om en norsk ”marknad” för offentligt finansierad barnomsorg eftersom både kommunala och privata förskolor konkurrerar om brukarna.³¹ Andelen privata aktörer på denna ”marknad” är dessutom betydligt högre än på den svenska ”marknaden” för äldreomsorg.

EFTA-domstolen konstaterade emellertid att barnomsorgen i Norge är offentligt finansierad till ca 80 procent. Med hänvisning till målet *Humbel*,³² slog EFTA-domstolen fast att de kommunala förskolorna inte bedriver någon ekonomisk verksamhet eftersom 1) staten upprätthåller ett offentligt system avseende barnomsorg av sociala, kulturella och utbildningspolitiska skäl och inte för att

²⁵ Dom av den 21 februari 2008 i mål E-5/07, *Private Barnehager*, Private Barnehagers Landsforbund mot EFTA Surveillance Authority.

²⁶ Avtal om europeiska ekonomiska samarbetsområdet, undertecknat den 2 maj 1992 med ikraftträdande den 1 januari 1994.

²⁷ Se också Treumer, Steen, The EFTA Court, Eipascope 1994/2.

²⁸ Baudenbacher, Carl, The EFTA Court: An Actor in the European Judicial Dialogue, *Fordham International Law Journal*, vol. 28, Issue 2, 2004, s. 367.

²⁹ Dom den 21 februari 2008, mål E-5/07, *Private Barnehager*, punkt 1.

³⁰ Dom den 21 februari 2008, mål E-5/07, *Private Barnehager*, punkt 4.

³¹ Marknad anges med citationstecken eftersom det är tveksamt om detta är en ”marknad” i EU-rättslig mening, se nedan.

³² Dom den 21 februari 2008, mål E-5/07, *Private Barnehager*, punkt 80.

göra vinst, samt 2) barnomsorgen är huvudsakligen offentligt finansierad.³³ Dessa två kriterier vägde alltså tyngre än både konkurrens och privata utförare.

Mot bakgrund av domarna i målen *AOK Bundesverband* och *Private Barnehager* är det rimligt att förvänta sig en mer utvecklad motivering från HFD varför den svenska ”marknaden” för äldreomsorg ska bedömas på ett annat sätt än den tyska ”marknaden” för sjukförsäkringar eller den norska ”marknaden” för barnomsorg. Det gäller i synnerhet som kommunen återkommande åberopar dessa avgöranden som bevis på att existensen av en ”marknad” inte med någon automatik medför att äldreomsorgen är en (ekonomisk) ”tjänst”. Någon sådan motivering ges emellertid inte, vare sig av HFD eller av underinstanserna.

En möjlig motivering hade kanske varit att målet *Private Barnehager* endast avser frågan om en *offentlig utförare* bedriver ekonomisk verksamhet. Målet *Private Barnehager* svarar inte på frågan om samma sak också gäller för en *privat utförare*. Denna fråga besvaras emellertid i ett senare avgörande, målet *Congregación*, meddelat av EU-domstolen.

2.3 Congregación

Målet *Congregación* behandlade frågan om skattebefrielse för ombyggnationen av aulan till den spanska kongregationens skola stred mot EU:s statsstödsregler.³⁴ Eftersom endast ”företag” kan vara mottagare av statsstöd skulle det först fastställas om kongregationen var ett företag, dvs. om kongregationen bedrev ekonomisk verksamhet. Kongregationen är inte en del av den spanska staten. Kongregationen är med andra ord en privat aktör, om än inte en kommersiell aktör. Kongregationen kan närmast beskrivas som en idéburen organisation, närmare bestämt ett trossamfund. Spelar det någon roll att kongregationen är en privat aktör för bedömningen om verksamheten är ekonomisk eller icke-ekonomisk?

Under rubriken: ”*Begreppen ’företag’ och ’ekonomisk verksamhet’*” svarade EU-domstolen att det inte spelar någon roll. EU:s konkurrensrätt omfattar nämligen ”*varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras*”.³⁵ Detta är ett ofta förekommande påpekande i EU-domstolens domar vars innebörd inte är helt enkel att få grepp om. I målet *Congregación* ger emellertid EU-domstolen ytterligare vägledning:

”...att frågan om huruvida den enhet som bedriver den aktuella verksamheten ska betecknas som ”företag” inte påverkas av om enheten är offentlig eller privat”.³⁶

³³ Dom den 21 februari 2008, mål E-5/07, *Private Barnehager*, punkterna 81-83.

³⁴ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16, EU:C:2017:496.

³⁵ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 41.

³⁶ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 42.

Det saknar alltså betydelse för frågan om verksamheten är ekonomisk om verksamheten bedrivs av en offentlig eller privat aktör. Det som spelar roll är på vilka villkor utbildningen bedrivs och, inte minst, hur utbildningen finansieras.

EU-domstolen konstaterade att enligt ”samstämmiga uppgifter som lämnats under förhandlingen vid domstolen av kongregationen, kommunen och den spanska regeringen” ingår kongregationens utbildningsverksamhet i Spaniens ”offentliga system för grundskole- och gymnasieutbildning”. Enligt samma uppgifter bedrivs utbildningen på kongregationens skola La Inmaculda dessutom ”i enlighet med villkoren i ett avtal som ingåtts mellan kongregationen och den autonoma regionen Madrid, och att den finansieras helt och hållet med offentliga budgetmedel”.³⁷ För det fall dessa uppgifter visar sig stämma, vilket EU-domstolen överlämnade åt den nationella domstolen att kontrollera, kan utbildningen, enligt EU-domstolen, ”inte kvalificeras som ’ekonomisk’”.³⁸

En privat aktör kan alltså bedriva en icke-ekonomisk verksamhet. Tilläggs kan att det i Spanien finns en ”marknad” där skolor i offentlig och privat regi konkurrerar med varandra.³⁹ Detta påverkade inte heller EU-domstolens bedömning. Det som avgör är sättet utbildningen finansieras, dvs. om den finansieras med offentliga eller privata medel. Utbildning som ingår i det nationella utbildningssystemet och som finansieras av staten är icke-ekonomisk även när den tillhandahålls av en privat aktör i konkurrens.

EU-domstolen konstaterade emellertid att kongregationen också bedriver annan verksamhet, nämligen undervisning ”utanför skoltid och efter skolplikten upphörande”,⁴⁰ samt att denna verksamhet finansieras genom privata avgifter ”framför allt av eleverna och deras föräldrar”.⁴¹ Denna undervisning, som finansieras med privata medel, är därför ekonomisk verksamhet.⁴² En organisation kan alltså bedriva både ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet. En avgörande faktor om välfärdsverksamheten är ekonomisk eller icke-ekonomisk är alltså hur den finansieras, dvs. om den finansieras med privata eller med offentliga medel.

HFD gav ingen förklaring till varför den svenska ”marknaden” för skattefinansierad äldreomsorg ska bedömas på ett annat sätt än den spanska ”marknaden” för offentligt finansierad utbildning. Faktum är att HFD inte ens nämner målet *Congregación*, trots att kommunen upprepade gånger åberopade detta avgörande. I ytterligare ett försök att förklara vad HFD egentligen menade skulle en möjlig

³⁷ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 55.

³⁸ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 56.

³⁹ Se generaladvokatens förslag till avgörande den 16 februari 2017, *Congregación*, C-74/16, EU:C:2017:135, punkt 47.

⁴⁰ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 57.

⁴¹ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 58.

⁴² Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 57.

förklaring kunna vara att kongregationen är ett trossamfund medan det på den svenska "marknaden" för äldreomsorg också finns privata vinstsyftande aktörer.

2.4 Dôvera

I målet HFD 2020 ref. 15 åberopade kommunen inte EU-domstolens dom i de förenade målen *Dôvera*⁴³ eftersom den domen meddelas först tre månader efter domen i målet HFD 2020 ref. 15. Kommunen åberopade emellertid generaladvokatens förslag till avgörande av den 19 december 2019 vilket meddelades medan målet i HFD fortfarande pågick. Generaladvokatens förslag till avgörande överensstämde i allt väsentligt med den bedömning som EU-domstolen sedermera gjorde.⁴⁴ Omständigheterna i de förenade målen *Dôvera* skiljer sig från tidigare nämnda mål i ett väsentligt avseende: två av tre aktörer i det slovakiska sjukförsäkringssystemet är privata vinstsyftande aktiebolag.

Tvistefrågan i de förenade målen *Dôvera* var om det kapitaltillskott som den slovakiska staten lämnat till det statliga sjukförsäkringsbolaget Spoločná zdravotná poisťovňa, a.s (SZP), var ett statligt stöd som var oförenligt med artikel 107.1 EUF-fördraget. De privata konkurrenterna till det statliga sjukförsäkringsbolaget ansåg att kapitaltillskottet snedvred konkurrensen. I de förenade målen *Dôvera* är, som sagt, två av tre konkurrenter privata vinstsyftande aktiebolag. Spelade det någon roll? Kommissionens svar var nej eftersom de solidariska inslagen i sjukvårdssystemet vägde tyngre. Enligt kommissionen var verksamheten således inte ekonomisk och aktörerna i systemet var därmed inte heller företag. Ytterligare ett bevis på frågans komplexitet är att tribunalen gjorde en motsatt bedömning och ogiltigförklarade kommissionens beslut. Till skillnad från kommissionen ansåg tribunalen att existensen av konkurrens och vinstsyfte får till följd att en verksamhet är ekonomisk. Kommissionen överklagade tribunalens dom till EU-domstolen. Det gjorde också Slovakien.

Medan överklagandena fortfarande handlas av EU-domstolen uppmärksammades målen i Sverige av bland annat utredningen om idéburna aktörer i välfärden, vars betänkande publicerades innan EU-domstolens dom i de förenade målen *Dôvera* meddelades.⁴⁵ I en rapport för Konkurrensverket, också den publicerad

⁴³ Dom av den 11 juni 2020, *Dôvera*, C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450.

⁴⁴ Generaladvokaten Pikamäes förslag till avgörande av den 19 december 2019, *Dôvera*, C-262/18 och C-271/18, EU:C:2019:1144.

⁴⁵ SOU 2019:56 Idéburen välfärd, s. 216.

före EU-domstolens dom, ansluter sig Caroline Wehlander till tribunalens bedömning.⁴⁶ Enligt henne innebär tribunalens dom att det blir:

*”...mycket svårt framöver att argumentera för att verksamheten i blandade system som finansieras med skattemedel inte är ekonomisk när den utövas i konkurrens av privata aktörer, varav en del har vinstsyfte”.*⁴⁷

Uppfattningen att välfärdstjänster som utövas i konkurrens av privata aktörer ska klassificeras som ekonomisk verksamhet förefaller också delas av Upphandlingsmyndigheten (UHM) som i webbstödet ”Kommuners finansiering eller anskaffning av skyddat boende” anför att den skattefinansierade socialtjänstinsatsen skyddat boende är ekonomisk verksamhet eftersom det tillhandahålls på en ”konkurrensutsatt marknad” (se vidare nedan).⁴⁸

I sitt förslag till avgörande i EU-domstolens förenade mål *Dôvera* gjorde emellertid generaladvokaten den motsatta bedömningen. Enligt generaladvokaten borde därför EU-domstolen upphäva tribunalens dom.⁴⁹ Anledningen var, enligt generaladvokaten, att varken konkurrens eller privata aktörer med vinstsyfte medför att den aktuella verksamheten ska klassificeras som ekonomisk.⁵⁰ Det slovakiska sjukförsäkringssystemet har nämligen sociala, solidariska och regulatoriska inslag som väger tyngre. Den solidariska karaktären består i att alla försäkrade har rätt till vård efter behov och inte efter betalningsförmåga, samt att aktörerna i systemet står under statlig tillsyn.⁵¹

I en ny rapport, denna gång för Arena idé, som publicerades under försommaren 2020, bara veckor innan domen meddelas i målet *Dôvera*, avfärdade Wehlander generaladvokatens bedömning som ”*helt orimlig*”.⁵² Anledningen är att den, enligt Wehlander, innebär att inte ens privata bolag ”*med vinstsyfte och med möjlighet att använda och dela ut vinst*” bedriver någon ekonomisk verksamhet.⁵³

⁴⁶ Konkurrensverket forskningsrapport 2018:5, ”När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU? – Studie med särskilt fokus på EU-begreppen SGEI och NSGI”, författad av Caroline Wehlander på uppdrag av Konkurrensverket.

⁴⁷ Konkurrensverket forskningsrapport 2018:5, s. 185.

⁴⁸ UHM: Dokumentversion av webbstöd: Kommuners finansiering eller anskaffning av skyddat boende, senast uppdaterad 2020-11-04, s. 37.

⁴⁹ Generaladvokaten Pikamäes förslag till avgörande av den 19 december 2019, *Dôvera*, C-262/18 och C-271/18, EU:C:2019:1144.

⁵⁰ Generaladvokaten Pikamäes förslag till avgörande av den 19 december 2019, *Dôvera*, C-262/18 och C-271/18, EU:C:2019:1144, punkterna 124-130.

⁵¹ Generaladvokaten Pikamäes förslag till avgörande av den 19 december 2019, *Dôvera*, C-262/18 och C-271/18, EU:C:2019:1144, punkt 116.

⁵² Wehlander, Caroline, Är offentligt finansierade tjänster i valfrihetssystem för arbetsförmedling, skola och hemtjänst förenliga med EU-reglerna om statsstöd?, Arena idé, april 2020.

⁵³ A.a, s. 20-21.

Wehlanders uppfattning må vara representativ för det sätt många svenska jurister tolkar EU-rätten. Generaladvokatens bedömning är emellertid inte orimlig. Den är i själva verket helt korrekt. I domen, som meddelades den 11 juni 2020, förklarade EU-domstolens stora avdelning att aktörerna i det slovakiska sjukvårdssystemet inte bedriver någon ekonomisk verksamhet.⁵⁴ Detta trots att de konkurrerar om brukarna och dessutom drivs med vinstsyfte är de alltså inte företag.⁵⁵ Det gäller såväl för det statliga sjukförsäkringsbolaget som för de två privata sjukförsäkringsbolagen. Ingen av dem bedriver någon ekonomisk verksamhet. EU-domstolen upphävde tribunalens dom med motiveringen att den:

*”utgör felaktig rättstillämpning, genom att felaktigt slå fast att den verksamhet som bedrivs av de organ som administrerar systemet är av ekonomisk karaktär, trots att det slovakiska obligatoriska sjukförsäkringssystemet eftersträvar ett socialt ändamål och genomför solidaritetsprincipen under statlig tillsyn”.*⁵⁶

EU-domstolens avgörande i de förenade målen *Dôvera* kullkastar den utbredda uppfattningen att existensen av konkurrens och privata aktörer med vinstsyfte med nödvändighet medför att en välfärdsverksamhet ska klassificeras som ekonomisk. Domen i målet *Dôvera* ger därmed också stöd för antagandet att aktörer på den svenska ”välfärdsmarknaden”, som börsnoterade Academedia och Attendo samt det riskkapitalägda Engelska skolan, enligt EU-rätten varken är företag eller bedriver någon ekonomisk verksamhet, till den del dessa aktörer är verksamma inom ramen för ett skattefinansierat välfärdssystem.

Både målet *Congregación* och målet *Dôvera* är tunga avgöranden eftersom de meddelats av EU-domstolens stora avdelning. De öppnar för ett paradigmskifte i synen på EU-rätten.

Tyvärr lär ett sådant paradigmskifte dröja. UHM, som också har i uppdrag att ge stöd och vägledning i frågor som rör statsstöd, förefaller vara opåverkad av dessa två avgöranden. På UHM:s webb finns inga hänvisningar till vare sig målet *Dôvera* eller målet *Congregación*. Den som söker på ”*Dôvera*” eller ”*Congregación*” får svaret: ”*O sökresultat*”. I webbstödet ”Kommuners finansiering eller anskaffning av skyddat boende” slår UHM fast att den skattefinansierade socialtjänsten skyddat boende omfattas av EU:s statsstödsregler eftersom utförarna ”*agerar på en konkurrensutsatt marknad*” (se ovan). UHM:s källa är en promemoria från Arbetsmarknadsdepartementet.⁵⁷ Webbstödet saknar referenser till rättsfall som

⁵⁴ Dom av den 11 juni 2020, *Dôvera*, C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450.

⁵⁵ Dom av den 11 juni 2020, *Dôvera*, C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450, punkt 39.

⁵⁶ Dom av den 11 juni 2020, *Dôvera*, C-262/18 P och C-271/18 P, EU:C:2020:450, punkt 51.

⁵⁷ UHM: Dokumentversion av webbstöd: Kommuners finansiering eller anskaffning av skyddat boende, senast uppdaterad 2020-11-04, s. 37.

Private Barnehager, Congregación och *Dôvera* vilka motiverar att UHM åtminstone problematiserar denna slutsats.

Enligt författaren är målet *Dôvera* en signal om vad EU-domstolen skulle ha svarat om Alingsås-målet HFD 2020 ref. 15 lyfts dit för förhandsavgörande. De sociala, solidariska och regulatoriska inslagen är minst lika starka här som på den slovakiska ”marknaden” för sjukvård. Rätten till äldreomsorg är behovsprövad genom biståndsbeslut. Denna rätt är inte beroende av vare sig risk eller betalningsförmåga. Äldreomsorgen är därtill skattefinansierad till ca 95 procent. Privata aktörer måste dessutom ha tillstånd från Inspektionen för vård och omsorg (IVO) och deras verksamhet står under IVO:s tillsyn.⁵⁸

Domar i mål som *Congregación* och *Dôvera* visar att begrepp som återfinns i EU-rätten inte med någon självklarhet har samma innebörd som motsvarande begrepp i de nationella rättsordningarna. I målet *CILFIT* påpekar EU-domstolen att ”gemenskapsrätten använder en egen, särskild terminologi” samt att samma begrepp ”inte nödvändigtvis har samma innehåll i gemenskapsrätten och i de olika nationella rättsordningarna”.⁵⁹ Skillnaden gäller till exempel begrepp som ”tjänster”, ”ekonomisk verksamhet”, ”företag” och ”marknad”. Dessa begrepps EU-rättsliga innebörd överensstämmer inte nödvändigtvis med samma begrepps innebörd i de nationella rättsordningarna, i nationalekonomisk teori eller stämmer med de ordförklaringar som ges i Svenska Akademiens ordlista.

Det går utöver syftet med denna artikel att närmare analysera innebörden av begreppet ”marknad” i EU-rätten. Av målet *Kirschstein* framgår emellertid att fler kriterier än konkurrens och privata utförare med vinstsyfte bör vara uppfyllda för att välfärdstjänster ska anses utförda på en ”marknad”.⁶⁰ Andra kriterier som också bör vara på plats är att de privata aktörerna ”agerar på eget initiativ... och utan någon offentlig finansiering”.⁶¹

En fullt möjlig slutsats av domen i målet *Kirschstein* är alltså att existensen av konkurrens och privata vinstsyftande aktörer inte är tillräckligt för att en välfärdstjänst ska anses vara utförd på en ”marknad”. Anledningen är att de privata aktörernas deltagande inte sker på eget initiativ utan någon offentlig finansiering.

⁵⁸ För att erhålla tillstånd krävs enligt 7 kap. 2 § socialtjänstlagen (2001:453) att verksamheten uppfyller kraven på god kvalitet och säkerhet och att sökanden i övrigt bedöms vara lämplig samt har ekonomiska förutsättningar för att följa de föreskrifter som gäller för verksamheten.

⁵⁹ Dom av den 6 oktober 1982, *Cilfit*, C-283/81, EU:C:1982:335, punkt 19.

⁶⁰ Dom av den 4 juli 2019, *Kirschstein*, C-393/17, EU:C:2019:563.

⁶¹ Dom av den 4 juli 2019, *Kirschstein*, C-393/17, EU:C:2019:563, punkt 56.

3. Påstående nr 2: Skattefinansierade välfärdstjänster är (ekonomiska) ”tjänster” när de utförs enligt villkoren i ett kontrakt

I målet HFD 2020 ref 15 mellan Konkurrensverket och Alingsås kommun anför Konkurrensverket ytterligare ett skäl till att den skattefinansierade äldreomsorgen är en (ekonomisk) ”tjänst” som ska upphandlas enligt LOU. Enligt verket utförs nämligen äldreomsorgen i enlighet med ett avtal med *ekonomiska villkor* som kommunen ingått med stiftelsen. Så som Konkurrensverkets talan borde förstås omvandlas den icke-ekonomiska äldreomsorgen till en (ekonomisk) ”tjänst” genom detta avtal eftersom avtalet innehöll ekonomiska villkor, dvs. rättsligt bindande avtalsvillkor vars fullgörelse kunde åberopas vid domstol.

Verket föreföll vidare anse att den ekonomiska motprestation som kommunen betalat till stiftelsen skulle likställas med ”ersättning” enligt definitionen av ”tjänster” i artikel 57 EUF-fördraget.

Det finns många invändningar mot denna tolkning. En invändning är att den motsägs av EFTA-domstolens dom i målet *Hradbraut*, se nedan.⁶² En annan är att ”ersättningen” enligt artikel 57 EUF-fördraget som huvudregel ska erläggas av *mottagaren*, dvs. den som faktiskt kommer i åtnjutande av äldreomsorgen.⁶³ Kommunen är inte mottagare av omsorgen. Mottagare av äldreomsorg är omsorgstagarna, dvs. de som faktiskt bor på äldreboendet Ginstgården. Kommunen är *tillhandahållare* av äldreomsorgen eftersom kommunen har den lagstadgade skyldigheten enligt 5 kap. 5 § socialtjänstlagen att tillhandahålla äldreomsorg. Kommunens huvudmannskap försvinner inte av att kommunen anlitar ett ombud som tillhandahåller äldreomsorgen på kommunens uppdrag.

Uppfattningen att skattefinansierade välfärdstjänster omvandlas till (ekonomiska) ”tjänster” när en upphandlande myndighet lägger ut dessa på en extern aktör genom ett avtal är emellertid utbredd. Enligt Erik Olsson och Johan Falk innebär ett offentligt kontrakt, dvs. ett avtal som innehåller ekonomiska villkor ”att den upphandlande myndigheten erhåller en prestation mot vederlag” där avtalsvillkor är rättsligt bindande i den meningen att deras fullgörande kan åberopas i domstol.⁶⁴ Enligt Olsson och Falk finns det inte ”något särskilt undantag från LOU eller upphandlingsdirektivet för avtal som avser icke-ekonomiska tjänster”. Detta därför att ett avtal med ekonomiska villkor, ”definitionsmissigt inte [kan] anses avse en icke-ekonomisk tjänst i relationen

⁶² Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*.

⁶³ Ersättningen måste inte erläggas av mottagaren. Den kan också erläggas av tredje man, till exempel elevens föräldrar, och utgöra ”ersättning” i den mening som avses i artikel 57 EUF-fördraget. För att betalningen ska vara ”ersättning” enligt artikel 57 EUF-fördraget måste den dock bestå av *privata medel*, se dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkterna 48-49.

⁶⁴ Se Olsson, Erik och Falk, Johan, PM 2018-12-29 Fråga om vad som utgör ett sådant kontrakt som omfattas av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, upprättad på uppdrag av Utredningen om idéburna aktörer i välfärden, s. 20.

mellan den upphandlande myndigheten och tjänsteleverantören".⁶⁵ Olsson och Falk förefaller alltså sätta likhetstecken mellan "kontrakt" som definieras i Direktivet och "tjänster" som definieras i EUF-fördraget.

En rimlig invändning är att "tjänster" och "kontrakt" är två väsensskilda begrepp. Definitionen av "tjänster" är densamma som i Romfördraget, vilket antogs den 25 mars 1957 (definitionen fanns då i artikel 60), långt innan det fanns några direktiv om offentlig upphandling. Det första direktivet om upphandling av tjänster antogs den 18 juni 1992.⁶⁶ Redan av den anledningen borde det vara vanskligt att para ihop "tjänster" med "kontrakt".

Nedan behandlas EFTA-domstolens dom i målet *Hradbraut*, vilken visar att ett avtal med ekonomiska villkor, som avser en icke-ekonomisk tjänst, inte alls är någon definitionsmässig omöjlighet. Redan klargörandet i skäl 6 Direktivet är emellertid anledning att ifrågasätta påståendet att det inte finns något undantag för icke-ekonomiska tjänster. Enligt skäl 6 gäller ju att

"...icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde".

Ska inte detta klargörande i Direktivet tolkas så att det faktiskt finns ett sådant undantag, eller mer korrekt att icke-ekonomiska tjänster faller utanför Direktivet och LOU även om de utförs av en privat aktör i enlighet med ekonomiska villkor i ett avtal? I EFTA-domstolens mål *Hradbraut* ingav regeringarna i Norge, Island och Spanien yttranden. Samtliga tolkar bestämmelsen på detta sätt.

Olsson och Falk utvecklar inte varför ett kontrakt, dvs. ett avtal med ekonomiska villkor, "definitionsmissigt" inte kan avse en icke-ekonomisk tjänst.⁶⁷ De ger inte heller någon förklaring till hur de menar att skäl 6 ska tolkas. Det ger emellertid Thorell.⁶⁸ Enligt Thorell innebär skäl 6 inte att icke-ekonomiska tjänster är undantagna från Direktivets bestämmelser. Skäl 6 är, enligt honom, endast ett klargörande att upphandlande myndigheter är fria välja mellan att använda sin egen regi eller att upphandla. För det fall de väljer det senare alternativet, dvs. att vända sig till en extern utförare på marknaden så gäller att även en icke-ekonomisk tjänst ska upphandlas enligt Direktivets bestämmelser, enligt Thorell. Han motiverar detta med att artikel 1 i Direktivet inte:

⁶⁵ A.a., s. 30.

⁶⁶ Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

⁶⁷ Enligt författaren bortser Olsson och Falk från att ett av rekvisiten för att det ska vara ett "tjänste-kontrakt" enligt Direktivet är att avtalet avser tillhandahållande av "tjänster" och att med "tjänster" enligt Direktivet avses detsamma som enligt definitionen i EUF-fördraget, dvs. (ekonomiska) "tjänster".

⁶⁸ Philip Thorell, "Upphandling av idéburna offentliga partnerskap och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse", UrT 2017 s. 271.

”gör någon åtskillnad mellan upphandling av icke-ekonomiska och ekonomiska tjänster av allmänt intresse – alla tjänster omfattas”.⁶⁹

Enligt Thorell inkluderar alltså ordet ”tjänster” i artikel 1 Direktivet både ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster.

Författarens invändning är att Thorell bortser från den särskilda innebörd som begreppet ”tjänster” har i EU-rätten. Av definitionen i artikel 57 EUF-fördraget och EU-domstolens praxis framgår att med ”tjänster” avses endast (ekonomiska) ”tjänster”. Av EFTA-domstolens dom i målet *Hradbraut* (nedan) framgår vidare att denna definition också gäller när ”tjänster” förekommer i Direktivet.⁷⁰ Med ”tjänster” i Direktivet avses alltså också endast (ekonomiska) ”tjänster”. Sådana prestationer som enligt domen i målet *Humbel* är icke-ekonomiska tjänster är inte ”tjänster”, vare sig enligt definitionen i EUF-fördraget eller enligt artikel 1 i Direktivet. De är, såsom generaladvokaten i målet *Kirschstein* uttrycker det, ”icke-tjänster”.⁷¹

Inte heller Nilsson förmår ge en övertygande förklaring till hur skäl 6 ska tolkas. I likhet med Thorell anför Nilsson att skäl 6 innebär:

”...att de icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som en upphandlande myndighet tillhandahåller i egen regi inte omfattas av upphandlingsplikt, så länge den upphandlande myndigheten väljer att fortsätta tillhandahålla tjänsterna i egen regi”.⁷²

Denna förklaring är inte rimlig av flera skäl:

1. Ett dylikt påpekande är överflödigt eftersom det är en förutsättning för att det ska råda en upphandlingsplikt att det tilldelas ett *kontrakt*. När en upphandlande myndighet utför uppgiften i egen regi tilldelas inte något *kontrakt*.
2. Inget som en upphandlande myndighet tillhandahåller i egen regi omfattas av upphandlingsplikt. Inte varor och inte heller (ekonomiska) ”tjänster”. Nilsson ger ingen förklaring till varför Direktivet ska påpeka detta just i förhållande till icke-ekonomiska tjänster.
3. Det framgår av andra bestämmelser i Direktivet – och med ett helt annat ordval – att en upphandlande myndighet alltid är fri att välja att utföra en uppgift själv i stället för att göra en upphandling.⁷³

⁶⁹ A.a., s. 279.

⁷⁰ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 90.

⁷¹ Förslag till avgörande av den 15 november 2018, *Kirschstein*, C-393/17, EU:C:2018:918, punkt 66.

⁷² Nilsson, Philippa, Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig, vid Uppsala universitet, vårterminen 2020: ”Kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU – en analys av gränsen mellan bidrag, IOP och upphandlingsplikt”, s. 30.

⁷³ Se skäl 5 och skäl 31 Direktivet.

Direktivet innehåller många bestämmelser som anger vilka upphandlingar som omfattas eller inte omfattas av Direktivet eller endast omfattas av Direktivets enklare system. När det till exempel står i skäl 47 att FoU-tjänster ”inte omfattas av detta direktiv” så avses – precis som det låter – att FoU-tjänster är undantagna från Direktivets bestämmelser om upphandling⁷⁴. Därmed avses inte att endast FoU-tjänster som myndigheten tillhandahåller i egen regi är undantagna. Även FoU-tjänster som köps in från marknaden är undantagna. Det är i vart fall så den svenska lagstiftaren tolkar Direktivet.⁷⁵

Ett mer rimligt antagande är att skäl 6 Direktivet ska tolkas på samma sätt som liknande bestämmelser i andra rättsakter, till exempel artikel 2.2(a) i tjänstedirektivet, enligt vilken *tjänstedirektivet* inte ska tillämpas på ett antal angivna prestationer varav en är icke-ekonomiska tjänster.⁷⁶ I artikeln står följande:

”Detta direktiv skall inte tillämpas på följande verksamheter:
a) Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse...”.

Eftersom tjänstedirektivet inte avser offentlig upphandling, utan att i allmänhet underlätta för utövandet av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster, kan denna bestämmelse svårligen tolkas så att den avser prestationer som upphandlande myndigheter utför i egen regi.

3.1 Hradbraut

Även EFTA-domstolens dom i målet *Hradbraut* motsäger uppfattningen att upphandling av icke-ekonomiska tjänster omfattas av Direktivet.⁷⁷ Det gäller i vart fall offentligt finansierad utbildning.

Bakgrunden till målet *Hradbraut* är att den isländska staten utan upphandling hade ingått avtal med tre externa gymnasieskolor, men inte med en fjärde skola som drivs av den privata aktören Hradbraut ehf. Enligt avtalen, som hade en avtalstid om totalt sju år, erhöll skolorna betalning för att tillhandahålla gymnasieutbildning från staten. Den offentliga finansieringen varierade mellan 78 och 95 procent av skolans totala intäkter.⁷⁸ Det är svårt att hävda att avtalen skulle sakna ett gränsöverskridande intresse. Avtalens värde för bara ett av läsåren uppgick till

⁷⁴ Undantag från undantaget gäller för FoU-tjänster i de fall 1) resultaten endast tillkommer den upphandlande myndigheten, samt 2) FoU-tjänsterna finansieras helt och hållet av den upphandlande myndigheten.

⁷⁵ Se prop. 2015/16:195, s. 331.

⁷⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

⁷⁷ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*.

⁷⁸ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 21.

ca 35 000 000 euro. I ett av Hradbrauts yttranden till EFTA-domstolen beskrevs avtalen som bland de största tjänstekontrakten som den isländska staten slutit ("among the largest service contracts made by the state").⁷⁹

Avtalen, som i allt väsentligt var likalydande,⁸⁰ innehöll dessutom rättsligt bindande ekonomiska villkor vilka kunde åberopas i domstol.⁸¹ Enligt punkt 8.2 i avtalet mellan staten och en av skolorna, Islands handelshögskola, hade staten rätt att kräva rättelse om skolan inte fullgjorde sina skyldigheter. Enligt punkt 8.4 i avtalet kunde detta i sista hand ske vid domstol, närmare bestämt vid tingsrätten i Reykjavik.

Var avtalen mellan den isländska staten och de tre externa skolorna, vilka innehöll ekonomiska villkor men som varken hade annonserats eller konkurrensutsatts, "offentliga kontrakt" som skulle ha upphandlats enligt den isländska upphandlingslagen vilken, precis som den svenska lagen, är ett genomförande av EU:s regler i Direktivet? Enligt EFTA-domstolen var den första fråga som skulle besvaras om avtalen avsåg "tjänster" i den mening som menas i Direktivet.

Härvid skulle, enligt EFTA-domstolen, beaktas att Direktivets bestämmelser är utformade för att genomföra EES-avtalets (och därmed EUF-fördragets) bestämmelser om etableringsfrihet och friheten att tillhandahålla tjänster. Enligt EFTA-domstolen avses därför med "tjänster" enligt Direktivet samma sak som "tjänster", enligt definitionen i artikel 37 EES-avtalet vilken är densamma som i artikel 57 EUF-fördraget.⁸²

EFTA-domstolen menade att denna definition innebär att prestationen normalt måste utföras mot ersättning för att vara en "tjänst". EFTA-domstolen konstaterade att enligt målet *Humbel* saknas detta för (ekonomiska) "tjänster" avgörande rekvisit när det gäller offentligt finansierad utbildning. Utbildning som tillhandahålls inom ramen för ett nationellt utbildningssystem utförs nämligen inte mot ersättning om två kriterier är uppfyllda: 1) att staten upprätthåller systemet av sociala, kulturella och utbildningspolitiska skäl och inte för att göra vinst samt, 2) att utbildningen huvudsakligen är finansierad med offentliga medel.⁸³

Enligt EFTA-domstolen uppfyllde gymnasieutbildningen båda dessa kriterier. Eftersom avtalen med de externa gymnasieskolorna inte avsåg (ekonomiska) "tjänster" var de inte heller "tjänstekontrakt" enligt punkt 9 artikel 2(1) Direktivet.⁸⁴

Avtalen omfattades alltså inte av någon upphandlingsplikt enligt Direktivet redan av den anledningen att kontraktsföremålet inte var en sådan prestation

⁷⁹ Hradbraut, "Observations in Case No. E-13/19", 21 juni 2020.

⁸⁰ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 19.

⁸¹ Enligt dom av den 25 mars 2010, *Helmut Müller*, C-451/08, EU:C:2010:168, punkterna 59-63 är det en förutsättning för att det ska vara ett "kontrakt" att avtalet innehåller rättsligt bindande villkor var fullgörande kan åberopas inför domstol.

⁸² Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 90.

⁸³ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 92.

⁸⁴ Dom av den 10 december 2020 i mål E-13/19 *Hradbraut*, punkt 98.

som omfattades av Direktivet. Avtalen mellan den isländska staten och de externa skolorna avsåg inte en (ekonomisk) ”tjänst”. De kunde följaktligen inte heller vara några ”tjänstekontrakt”.

Det fanns därmed ingen anledning för EFTA-domstolen att gå in på andra frågor, som om avtalen innehöll ekonomiska villkor (vilket helt säkert är fallet), om det fanns en ”marknad” för gymnasieutbildning (vilket det uppenbart finns – annars hade det aldrig blivit en rättsprocess), eller om avtalen hade ett bestämt gränsöverskridande intresse (vilket de uppenbart hade – men som endast var av relevans om avtalen avsåg (ekonomiska) ”tjänster”). Det fanns heller ingen anledning för EFTA-domstolen att besvara frågan om Direktivets enklare system för upphandling av sociala tjänster eller andra särskilda tjänster var tillämpligt (vilket det inte kunde vara eftersom Direktivet i sin helhet inte var tillämpligt).

Målet *Hradbraut* står i kontrast till HFD:s bedömning i målet HFD 2020 ref. 15. Målet *Hradbraut* talar också emot uppfattningen att ett avtal med ekonomiska villkor per automatik medför att en skattefinansierad välfärdstjänst blir en (ekonomisk) ”tjänst”. Det ska påpekas att denna uppfattning motsägs redan av EU-domstolen i målet *Congregación*. Även i målet *Congregación* bedrevs nämligen utbildningen enligt villkoren i ett avtal mellan en offentlig beställare och en privat utförare. EU-domstolen konstaterade nämligen att:

*”...undervisningen på [kongregationens skola] La Inmaculada bedrivs med stöd av och i enlighet med villkoren i ett avtal som ingåtts mellan kongregationen och den autonoma regionen Madrid, och att den finansieras helt och hållet med offentliga budgetmedel”.*⁸⁵

Kongregationen bedrev alltså undervisningen i sin skola i enlighet med villkoren i ett avtal med regionen Madrid. Utbildningen finansierades dessutom *”helt och hållet med offentliga budgetmedel”*. Kongregationen fick med andra ord betalt av regionen för att tillhandahålla utbildning. Det är rimligt att anta att avtalet även i övrigt innehöll ekonomiska villkor.

För EU-domstolen påverkade detta inte avtalens rättsliga status. Anledningen var att föremålet för avtalet var en icke-ekonomisk tjänst. Avtalets närmare innehåll medförde inte att den offentligt finansierade och därmed icke-ekonomiska utbildningen omvandlades till en (ekonomisk) ”tjänst”. Faktum är att avtalet snarare hade den motsatta effekten.⁸⁶ Generaladvokaten uttryckte det så att utbildningen som bedrevs i kongregationens skola genom avtalet blev *”integrerad i Spaniens offentliga utbildningssystem”*.⁸⁷ Genom avtalet blev alltså utbildningen

⁸⁵ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 55.

⁸⁶ Dom av den 27 juni 2017, *Congregación*, C-74/16 EU:C:2017:496, punkt 56.

⁸⁷ generaladvokatens förslag till avgörande den 16 februari 2017, *Congregación*, C-74/16, EU:C:2017:135, EU:C:2017:135, punkt 46.

som bedrevs av kongregationen en integrerad del av ett offentligt finansierat och därmed icke-ekonomiskt utbildningssystem.

4. Påstående nr 3: Målet *Jundt* är bevis på att offentligt finansierade välfärdstjänster är ”ekonomiska” (tjänster) om de tillhandahålls av privata utförare

I målet HFD 2020 ref. 15 gjorde Konkurrensverket gällande att endast EU-domstolens praxis rörande offentlig upphandling hade relevans för frågan om avtalet mellan kommunen och stiftelsen avsåg en ekonomisk eller en icke-ekonomisk tjänst. Verket avfärdade därför de rättsfall som kommunen åberopade eftersom de avsåg andra rättsområden.⁸⁸

Detta är emellertid inte en ståndpunkt som Konkurrensverket upprätthöll med någon konsekvens. När det passade den egna argumentationen åberopade verket friskt rättsfall från andra rättsområden än offentlig upphandling. Ett sådant rättsfall är målet *Jundt*.⁸⁹

Kortfattat rör målet *Jundt* frågan om den tyska skattelagstiftningen var förenlig med fördragets bestämmelse om friheten att tillhandahålla tjänster. Enligt de vid tidpunkten gällande skattereglerna kunde nämligen inkomster från undervisning vara befriade från beskattning om undervisningen bedrevs i Tyskland, men inte om den bedrevs i ett annat medlemsland. Den tyske advokaten Hans-Dieter Jundt var därför tvingad att betala skatt eftersom han arbetat som lärare vid ett franskt universitet. Enligt *Jundt* stred den tyska skattelagstiftningen mot friheten att tillhandahålla tjänster.

Konkurrensverket ser målet *Jundt* som ett bevis på att skattefinansierad utbildning ska klassificeras som en (ekonomisk) ”tjänst” om den bedrivs av en privat utförare. I yttrande till Kammarrätten i Göteborg den 4 februari 2019 framhåller verket målet *Jundt* som ett rättsfall som är ”*helt i linje*” med dess egen uppfattning. Enligt Konkurrensverket visar också målet *Jundt* att målet *Humbel* saknar relevans för situationen då skattefinansierade välfärdstjänster utförs av privata aktörer. Enligt verket går det inte ”*att dra paralleller mellan kommunens anskaffning av tjänster från Bräcke Diakoni och bland annat EU-domstolens dom i Humbel*”.⁹⁰

Wehlander tolkar målet *Jundt* på samma sätt. I en rapport för Konkurrensverket beskriver Wehlander Hans-Dieter Jundt som en ”operator” vilken ”*utövade*

⁸⁸ Konkurrensverket utvecklar utförligt varför rättspraxis från andra rättsområden saknar relevans ”*för den upphandlingsrättsliga bedömningen*” i bland annat yttrande den 31 augusti 2017 i Förvaltningsrätten i Göteborgs mål 7530-17, punkt 13 ff.

⁸⁹ Dom av den 18 december 2007, *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816.

⁹⁰ Konkurrensverkets yttrande den 4 februari 2019 i Kammarrätten i Göteborgs mål 3556-18, punkt 23.

en ekonomisk verksamhet trots att dess undervisning var finansierad med offentliga medel... som ingick i ett nationellt offentligt finansierat utbildningssystem".⁹¹

Även Nilsson framhåller målet *Jundt* som bevis på att skattefinansierade välfärdstjänster blir (ekonomiska) "tjänster" "[n]är en upphandlande myndighet anlitar en extern aktör för att utföra välfärdstjänster mot betalning". Enligt Nilsson har målet *Humbel* endast relevans för de fall då den upphandlande myndigheten "erbjuder skattefinansierade välfärdstjänster i egen regi".⁹²

Är detta en korrekt tolkning av målet *Jundt*? Båda målen *Congregación* och *Hradbraut* är bevis på motsatsen, dvs. att det faktum att en upphandlande myndighet anlitar en extern aktör för att utföra en offentligt finansierad välfärdstjänst inte medför att välfärdstjänsten blir en (ekonomisk) "tjänst". Detta och det faktum att varken EU-domstolen i målet *Congregación* eller EFTA-domstolen i målet *Hradbraut* innehåller någon hänvisning till målet *Jundt* (men väl till målet *Humbel*) borde vara en signal om att målet *Jundt* inte ska tolkas på det sätt som Konkurrensverket med flera gör gällande. Inte heller målet *Private Barnehager* innehåller någon hänvisning till målet *Jundt*.

4.1 Målet *Jundt* avser en bemanningstjänst

Det korta svaret varför målet *Jundt* saknar relevans för frågan om skattefinansierad utbildning som tillhandahålls av en privat aktör ska klassificeras som en (ekonomisk) "tjänst" är att målet inte avser en utbildningstjänst utan en *bemannings*tjänst. Det har nämligen betydelse under vilka former en utomstående lärare bedriver undervisningen om denna ska anses vara utbildning/undervisning eller bemanning/uthyrning. Samma sak gäller för sjukvård respektive bemanningstjänster som utförs av inhyrda läkare eller annan inhyrd sjukvårdspersonal. Det framgår av rättspraxis i skatterätten där denna gränsdragning är av ekonomisk betydelse eftersom prestationer som utgör utbildning, sjukvård eller omsorg är befriad från moms medan prestationer som utgör bemanning/uthyrning till verksamheter som tillhandahåller utbildning, sjukvård eller omsorg är belagda med moms.

Enligt Skatteverkets ställningstagande nr 202 398355-18/111 om moms på vårdpersonal är det fråga om bemanning när beställaren ansvarar för uppdragstagarens arbetsledning, bestämmer arbetsmetoder och definierar uppdragstagarens arbetsuppgifter. Detta ska skiljas från vård som en uppdragstagare tillhandahåller "för egen räkning och under eget ansvar", vilket är fallet om uppdragstagaren "driver den vårdmottagning som tillhandahåller vården gentemot patienten".

⁹¹ Wehlander, Caroline, "När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?", Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport, s. 210.

⁹² Nilsson, Philippa, Examensarbete i förvaltningsrätt, särskilt offentlig, vid Uppsala universitet, vårterminen 2020: "Kommuners möjligheter att finansiera och samverka med idéburna kvinnojourer utan tillämpning av LOU – en analys av gränsen mellan bidrag, IOP och upphandlingsplikt", s. 27.

Skillnaden mellan de prestationer som tillhandahålls av en vårdmottagning och de prestationer som tillhandahålls av en inhyrd läkare på samma vårdmottagning består i vem som ska anses vara mottagare, dvs. till vem prestationen är riktad. Mottagare av en vårdmottagnings tjänster är patienterna. Mottagare av en inhyrd läkares tjänster är den vårdmottagning som hyr in läkaren. Enligt Skatteverkets beslut är den vård som en vårdmottagning tillhandahåller riktad ”direkt till patienten och som är patientens motpart”.⁹³ En inhyrd läkares prestationer, däremot, är riktade till den vårdmottagning som hyr in läkaren och som är hyrläkarens motpart.

Av målet *Horizon College* framgår att samma bedömning ska gälla för lärare som hyrs ut eller lånas ut till en läroanstalt. Enligt EU-domstolen omfattas utlåning av lärare där mottagarinstitutet beslutar om lärarens arbetsuppgifter och betalar försäkring inte av begreppet ”undervisning”. Anledningen är att syftet med den inhyrda lärarresursen är ”på sin höjd endast att underlätta den undervisning som ges vid mottagarinstitutet”.⁹⁴

Det framgår inte annat av omständigheterna i målet *Jundt* än att Hans-Dieter Jundt var en inhyrd resurs som bedrev undervisningen inom ramen för universitetets organisation, i universitetets lokaler och under universitetets arbetsledning.⁹⁵ Hans-Dieter Jundts direkta motpart var därmed inte eleverna utan universitetet till vars förfogande han ställde sina tjänster och som anlätade honom ”för att uppfylla sina uppgifter”.⁹⁶

4.2 En bemanningstjänst saknar ett socialt syfte

De kriterier som EU-domstolen slår fast i målet *Humbel* till varför offentligt finansierad utbildning inte utgör en (ekonomisk) ”tjänst” gör sig därmed inte gällande i fråga om Hans-Dieter Jundts prestationer. Detta därför att en bemanningstjänst saknar ett sådant socialt syfte som avses i målet *Humbel*.⁹⁷ Mottagaren av en bemanningstjänst är nämligen inte en elev, en patient eller en omsorgstagare utan den organisation som bemannas, vilken som oftast är en juridisk person. Hans-Dieter Jundts prestationer utförs dessutom mot ersättning.

Till skillnad från i målet *Jundt* har stiftelsen ett helhetsansvar för driften av demensboendet Ginstgården. Stiftelsen bedriver verksamheten inom ramen

⁹³ Skatteverkets ställningstagande nr 202 398355-18/111.

⁹⁴ Dom av den 14 juni 2007, *Horizon College*, C-434/05, EU:C:2007:343, punkt 22.

⁹⁵ Hans-Dieter Jundts relation till det franska universitetet kan liknas vid ett anställningsförhållande. På samma sätt som arbetsgivaren är den direkta mottagaren av en arbetstagares prestationer är ett utbildningsinstitut den direkta mottagaren av en inhyrd lärares tjänster.

⁹⁶ Dom av den 18 december 2007, *Jundt*, C-281/06, EU:C:2007:816, punkt 31.

⁹⁷ I dom av den 12 mars 2015, *go fair*, C-594/13 EU:C:2015:164, punkt 28 konstaterade EU-domstolen ”att uthyrning av personal inte i sig utgör någon tjänst av allmänintresse inom den sociala sektorn”.

för sin egen organisation och sin egen arbetsledning. Stiftelsen har också tillstånd vilket är ett krav för en verksamhet som bedriver boende för service och omvårdnad för äldre personer. Stiftelsen bedriver därmed äldreomsorg, inte bemanning. EU-domstolens dom i målet *Jundt* saknar relevans för rättsfrågan om den äldreomsorg som stiftelsen bedriver är en ekonomisk eller icke-ekonomisk tjänst. Hade stiftelsen varit ett bemanningsföretag som hyrde ut vårdbiträden och undersköterskor till ett demensboende vilket drevs av kommunens egen regi hade bedömningen blivit en annan. Så var emellertid inte fallet.

5. Avslutande kommentarer

5.1 Humbel-kriterierna

Gränsdragningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster är central för frågan i vilken utsträckning EU:s bestämmelser om fri rörlighet liksom EU:s konkurrens- och statsstödrätt äger tillämplighet på medlemsstaternas välfärds-system. EU:s direktiv om upphandling, som är en del av den fria rörligheten, är därvid inget undantag. Gränsdragningen har betydelse för var EU:s makt slutar och medlemsstatens självbestämmande börjar. Den har också betydelse för det nationella politiska handlingsutrymmet, inte minst på lokal nivå.

Den politiska sprängkraften är en anledning till att författaren framhårdar trots ett kompakt motstånd. De senaste årens praxisutveckling är ytterligare en anledning. Rättsfall som målen *Congregación*, *Dóvera* och *Hradbraut* ger alla stöd för antagandet att skattefinansierade välfärdstjänster faller utanför EU:s marknadsregler i stort, inbegripet EU:s upphandlingsregler. Under de senaste fem åren har åtminstone sex statliga utredningar brottats med frågan vad som, enligt EU-rätten, är icke-ekonomiska tjänster. Några utredningar har inte varit främmande för tanken att målet *Humbel* ska tolkas så att offentligt finansierad välfärd är icke-ekonomisk vilken inte omfattas av LOU, i vart fall när det kommer till skattefinansierad utbildning.⁹⁸ Välfärdsutredningen konstaterar att ”grundläggande utbildning som bedrivs enligt skollagen” är offentligt finansierad varför den, enligt utredningens bedömning, ”inte [är] en ekonomisk verksamhet”.⁹⁹ Så som Välfärdsutredningen ska förstås gäller detta även friskolornas verksamhet. När det gäller socialtjänst och sjukvård är, enligt Välfärdsutredningen ”praxis inte lika entydig”. Det faktum att också dessa välfärdstjänster är huvudsakligen skattefinansierade ”talar” emellertid ”för att verksamheten är icke-ekonomisk”.¹⁰⁰

⁹⁸ Se Ordning och reda i välfärden, SOU 2016:78 och Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning, SOU 2017:44.

⁹⁹ SOU 2016:78, s. 409 f.

¹⁰⁰ SOU 2016:78, s. 410.

Välfärdsutredningen anför vidare att det i samtliga upphandlingsdirektiv ”anges att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av upphandlingsdirektiven” samt

*”att det finns mycket som talar för att merparten av de tjänster som omfattas av utredningens uppdrag är icke-ekonomiska men att det inte kan uteslutas att i vart fall delar av hälso- och sjukvårds- samt socialtjänstområdet är ekonomiska tjänster av allmänt intresse”.*¹⁰¹

Trots Välfärdsutredningens försiktiga ordval finns här ett implicit ifrågasättande av en nästan 30 år lång svensk domstolspraxis där LOU regelmässigt tillämpas på upphandlingar av skattefinansierade välfärdstjänster. Välfärdsutredningens ifrågasättande grundar sig på förståelsen av de kriterier som EU-domstolen slår fast i målet *Humbel* till varför offentligt finansierad utbildning är en icke-ekonomisk tjänst.

Mycket energi har därför lagts på att avfärda målet *Humbels* relevans. I en rapport av Wehlander på uppdrag av Konkurrensverket nämns målet *Humbel* inte mindre än 71 gånger. Rapportens budskap är kortfattat att målet endast är stöd för att offentligt finansierade utbildningstjänster är icke-ekonomiska ”när de utförs i offentlig regi”,¹⁰² men inte när samma utbildningstjänster ”tillhandahålls i konkurrens av bl.a. operatörer med vinstsyfte”.¹⁰³

Olle Lundin är inne på samma linje. I ett rättsutlåtande till KLIVA-utredningen avfärdar han att målet *Humbel* skulle ha någon relevans för frågan om skattefinansierad utbildning omfattas av offentlig upphandling.¹⁰⁴ Anledningen är att målet *Humbel* ”rör det franska skolväsendet som är helt och hållet statligt” medan det i Sverige ”finns en tydlig marknad för skolverksamhet”.¹⁰⁵

Målen *Congregación*, *Dóvera* och *Hradbraut* är emellertid bevis på *Humbel*-kriteriernas relevans också då det finns en ”marknad”.

I målet HFD 2020 ref. 15 avslog HFD kommunens yrkande om förhandsavgörande med motiveringen att ”den korrekta tolkningen av unionsrätten beträffande den fråga som aktualiserats i målet [är] så uppenbar att det inte finns utrymme för något rimligt tvivel om hur frågan ska avgöras”.¹⁰⁶ HFD:s domskäl är emellertid

¹⁰¹ SOU 2016:78, s. 487.

¹⁰² Konkurrensverket forskningsrapport 2018:5, ”När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU? – Studie med särskilt fokus på EU-begreppen SGEI och NSGI”, Caroline Wehlander på uppdrag av Konkurrensverket, s. 191.

¹⁰³ A.a., s. 225.

¹⁰⁴ Samverkande krafter – för stärkt kvalitet och likvärdighet inom komvux för elever med svenska som andraspråk, SOU 2020:66.

¹⁰⁵ A.a., bilaga 7: Lundin, Olle, Rättsutlåtande – skollagsreglerad vuxenutbildning, upphandling och valfrihetssystem, s. 27 (KLIVA står för stärkt kvalitet och likvärdighet inom komvux för elever med svenska som andra språk). Lundin ger ingen referens men av sammanhanget framgår att han måste syfta på målet *Humbel* vilket rör det belgiska skolväsendet.

¹⁰⁶ HFD 2020 ref. 15, punkt 17.

lika osammanhängande som de är kategoriska. De motsägs också av ny praxis från EU-domstolen och från EFTA-domstolen. Sedan målet HFD 2020 ref. 15 meddelades har det meddelats två nya avgöranden, målen *Dóvera* och *Hradbraut*, som båda visar att den korrekta tolkningen inte är så uppenbar som HFD gör gällande.