# Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad

Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) offentliggjorde i oktober 2014 rapporten "Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad” (Malmörapporten). Rapporten hade länge varit preliminär och beslutet att offentliggöra den hade föregåtts av en grundlig genomgång som bland annat inkluderat ett utlåtande från den danske professorn vid Århus universitet, Michael Steinicke. I förordet skriver SKL:s chefsjurist att de frågor som rapporten lyfter bör utredas vidare av regeringen. Anledningen till den utdragna beslutsprocessen är rapportens slutsatser. Enligt Malmörapporten faller nämligen upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster utanför EU-rätten. Sverige skulle alltså kunna anta egna regler för upphandling av skattefinansierad vård, omsorg och utbildning. För många jurister är rapportens slutsatser svårsmälta. De har ju lärt sig att vård, omsorg och utbildning är underkastade EU:s principer om upphandling och ska upphandlas enligt regler i 15 kapitlet i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), ett kapitel som ska vara mer flexibelt men som i praktiken är nästan lika strikt som övriga kapitel i LOU.

Icke-desto mindre är detta vad rapporten säger. Malmörapporten lyfter ett begrepp inom EU-rätten som visserligen är väl känt men vars närmare innebörd är föga utredd: "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Särskilt intresserade kan läsa hela rapporten (rapporten finns på www.mathiassylvan.se ). För den som vill ha ett sammandrag kommer här en kortversion.

Malmörapportens utgångspunkter

Rapporten tar avstamp i två av EU:s rättsakter. Den ena är EU:s direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (nya LOU-direktivet). Beaktandesats 6 i detta direktiv inleds med påpekandet att nya LOU-direktivet inte påverkar *”medlemsstaternas lagstiftning på området för social trygghet”*. I beaktandesatsens andra stycke påpekas vidare att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av ”*sociala tjänster och andra tjänster*” som antingen "*tjänster av allmänt ekonomiskt intresse*" eller som "*icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse*" eller som en blandning av dessa. Beaktandesats 6 avslutas med följande klarläggande:

*”Det är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.”*

Av beaktandesatsens avslutande klarläggande framgår alltså att det finns en kategori tjänster som inte omfattas av nya LOU-direktivet, tjänster som på EU-språk heter "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Med tanke på den frustration som många känner över den offentliga upphandlingen och det byråkratiska regelverk som styr denna verksamhet borde väl ett sådant klarläggande ge upphov till nyfikenhet och beaktandesatsens innebörd utredas närmare? Men en vanlig förklaring jag fått till varför någon sådan utredning inte behövs är att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" hur som helst omfattas av de allmänna principerna om fri rörlighet i fördraget varför Sverige ändå måste ha strikta regler också för upphandling av dessa tjänster.

Denna förklaring må gälla för B-tjänster, vilka fanns som ett begrepp i det gamla LOU-direktivet[[1]](#footnote-2). B-tjänsterna skilde sig från A-tjänsterna genom att de inte fullt ut omfattades av de detaljerade bestämmelserna i det gamla LOU-direktivet. Men uppdelningen mellan "ekonomiska" och "icke-ekonomiska" tjänster är av mer grundläggande natur. B-tjänster, till exempel hotell- och restaurang, tvätt, bevakning och juridiska tjänster, ansågs visserligen vara mindre lämpade för gränsöverskridande handel än A-tjänsterna varför upphandlingen av B-tjänster inte skulle vara lika hårt reglerad[[2]](#footnote-3). Men B-tjänster var likafullt ”ekonomiska” tjänster och upphandling av dessa tjänster omfattades därför av fördragets allmänna principer om likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

"Icke-ekonomiska" tjänster däremot faller med några få undantag utanför EU-rätten. Av EU-domstolens praxis, varav några domar nämns i denna artikel, framgår att varken EU:s regler om fri rörlighet, konkurrens, statsstöd eller moms är tillämpliga på "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". En rimlig tolkning av den andra rättsakt som Malmörapporten tar avstamp i, artikel 2 i EU:s protokoll om tjänster av allmänt intresse (Protokollet), är att detta också gäller för offentlig upphandling. Artikeln har följande lydelse:

*”Bestämmelserna i fördragen ska inte på något sätt påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art.”*

Bestämmelserna i fördragen ska alltså inte *”på något sätt påverka”* hur medlemsstaterna väljer att ”*beställa* …*tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art”*. Artikel 2 i Protokollet ger vid handen att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" inte bara faller utanför det nya LOU-direktivet utan också utanför de allmänna principerna om tjänsters fria rörlighet i fördraget.

Kanske det nu finns anledning att närmare utreda vad detta är för något, dvs. ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”? En vanlig förklaring jag fått till varför det ändå inte är värt att utreda är att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" under alla omständigheter måste vara något mycket ovanligt vilket dessutom inte läggs ut på upphandling. Men jag påstår att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" varken är något sällsynt förekommande eller något som är reserverat för offentliga utförare.

"Icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse", vad är det?

För att besvara frågan vad som gör en tjänst ”icke-ekonomisk” är det lämpligt att börja i andra änden, dvs. att besvara vad som gör en tjänst ”ekonomisk”. Svaret finns i artikel 57 i funktionsfördraget. Enligt denna artikel är en tjänst som är underkastad fördragets bestämmelser om fri rörlighet, dvs. en ”ekonomisk” tjänst, en prestation *”som normalt utförs mot ersättning”*.

En förutsättning för att det ska vara en "ekonomisk” tjänst är alltså att tjänsten utförs mot ersättning. Vad som avses med ”ersättning” utvecklas inte i funktionsfördraget men väl i EU-domstolens praxis. Med ”ersättning” avses ett marknadsmässigt pris för tjänsten, som normalt betalas av kunden. Av EU-domstolens praxis framgår emellertid att ersättningen inte alltid måste betalas av den som kommer i åtnjutande av tjänsten. Ersättningen kan också betalas av tredje man. Ett exempel på detta är reklamfinansierad television[[3]](#footnote-4). Ett annat är sponsrade idrottstävlingar[[4]](#footnote-5). Tjänster som finansieras genom reklam är också "ekonomiska" tjänster trots att de inte betalas av mottagarna av tjänsten.

Humbel

Den omständigheten att ersättningen också kan komma från tredje man har felaktigt tolkats så att även offentlig finansiering är ersättning i fördragets mening[[5]](#footnote-6). Den tolkningen motsägs nämligen av flera avgöranden varav det viktigaste är 263/86 Humbel vilket rörde frågan om offentligt finansierad gymnasieutbildning var en ”ekonomisk” tjänst. Enligt EU-domstolen utmärkte sig ”ekonomiska” tjänster av att de utfördes mot ersättning. Detta för "ekonomiska" tjänster utmärkande drag saknades emellertid här enligt EU-domstolen, dels därför att staten inte tillhandahöll utbildningen i vinstsyfte utan av sociala, kulturella och utbildningspolitiska motiv, dels därför att utbildningen var offentligt finansierad[[6]](#footnote-7). Av Humbel framgår alltså att offentligt finansierad utbildning inte är en ”ekonomisk” tjänst därför att utbildningen inte utförs mot ”ersättning”. Hade utbildningen helt eller huvudsakligen finansierats genom avgifter. Hade bedömningen blivit en annan. Men nu var utbildningen finansierad med offentliga medel och offentlig finansiering är inte ”ersättning” i fördragets mening.

I ett senare avgörande, C-205/03 P, FENIN, gjorde EU-domstolen samma bedömning beträffande fördragets konkurrensbestämmelser i ett mål som avsåg offentligt finansierad sjukvård. Enligt EU-domstolen innebar den offentliga finansieringen att sjukvården utfördes "gratis”[[7]](#footnote-8). Sjukvården var inte "gratis" i den meningen att den inte slukade resurser, men den var "gratis" därför att mottagaren inte behövde betala någon ersättning för sjukvården. Av Humbel med flera domar framgår vidare att en tjänst kan vara "icke-ekonomisk" även om mottagaren måste betala en mindre avgift[[8]](#footnote-9).

Den solidariska finansieringen gör tjänsten ”icke-ekonomisk”

Det som gör skattefinansierad välfärd ”icke-ekonomisk” är den solidariska finansieringen. Till skillnad från den marknadsmässiga ersättning som avkrävs köparen av en ”ekonomisk” tjänst innebär den solidariska finansieringen att alla har lika rätt till de förmåner som välfärds-systemet erbjuder, oavsett hur mycket de bidragit till systemets finansiering. Ett begrepp för detta är ”generell välfärd” (till skillnad från den selektiva, behovsprövade välfärden). EU-domstolen kallar det för *”ett genomförande av solidaritetsprincipen”[[9]](#footnote-10)*. I EU-rätten är gränsdragningen mellan generell eller solidarisk välfärd å ena sidan och selektiv, behovsprövad välfärd å andra central för gränsdragningen mellan ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” och ”tjänster av allmänt ekonomisk intresse”.

Skattefinansiering är i och för sig inte det enda exemplet på ett genomförande av solidaritetsprincipen. Av EU-domstolens praxis framgår att också välfärdstjänster som finansieras genom obligatoriska försäkringssystem kan ha en sådan utformning att de ska anses vara ”icke-ekonomiska". Det som avgör är om försäkringen uppfyller det EU-domstolen kallar "solidaritetsprincipen". Exempel på detta är C-218/00 Cisal, som rörde en obligatorisk arbetsskadeförsäkring. Enligt EU-domstolen var försäkringen ingen "ekonomisk" verksamhet eftersom försäkringen 1) var *”en funktion av uteslutande social art”[[10]](#footnote-11)*, 2) innebar ett *"genomförande av solidaritetsprincipen"[[11]](#footnote-12),* samt 3) stod ”*under tillsyn av staten”[[12]](#footnote-13).*

Finansieringsdoktrinen versus marknadsdoktrinen

Enligt Malmörapporten är det sätt välfärdstjänster *finansieras* avgörande för om de är "ekonomiska" eller "icke-ekonomiska". Enligt Malmörapporten gör skattefinansiering eller annan solidarisk finansiering att en välfärdstjänst ska anses vara en ”icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse”. Vi kan kalla denna uppfattning för finansieringsdoktrinen. Det finns emellertid en konkurrerande doktrin till finansieringsdoktrinen. Enligt denna konkurrerande doktrin är en välfärdstjänst "ekonomisk" om den utförs eller i vart fall kan utföras av privata företag med vinstsyfte. Vi kan kalla denna konkurrerande doktrin för marknadsdoktrinen.

I Malmörapporten påstår jag att marknadsdoktrinen inte har vunnit något genomslag i EU-domstolens praxis. Men det betyder inte att den är helt gripen ur luften. Anhängare till marknadsdoktrinen brukar åberopa EU-domstolens dom i C-41/90, Höfner. Höfner rörde frågan om rekrytering av chefer till privata företag var en "ekonomisk" verksamhet. Enligt EU-domstolen var den det. Omständigheten att *”arbetsförmedlingsverksamhet normalt överlämnas till offentliga institutioner”* saknade betydelse för tjänstens klassificering som ”ekonomisk”, ansåg EU-domstolen. Det som avgjorde var i stället att verksamheten också kunde utföras av privata aktörer. EU-domstolens konstaterade att arbetsförmedling *”inte alltid utövats av offentliga organisationer”* och behövde ”*inte heller* *utföras av sådana organisationer”*. Detta gällde *”särskilt arbetsförmedlingsverksamhet som avser chefer inom näringslivet”[[13]](#footnote-14)*.

Definitionen av ”ekonomisk” verksamhet i Höfner skiljer sig alltså i grunden från definitionen i Humbel med flera domar. Till skillnad från finansieringsdoktrinen kan marknadsdoktrinen inte härledas ur definitionen av en ”ekonomisk” tjänst i artikel 57 i funktionsfördraget enligt vilken det ska vara en prestation som normalt utförs mot ersättning. Konsekvensen för EU-rättens tillämplighet blir också betydligt mer långtgående. I princip all offentlig verksamhet kan utföras av privata företag bara det finns en köpare som är villig att betala. Detta gäller inte bara vård, omsorg och utbildning utan också funktioner som polis, fängelser och domstolar. Med denna definition blir det svårt att tänka sig många områden där medlemsstaterna behåller ett oberoende till EU.

Det kanske är mycket sagt att Höfner ska ses som ett olycksfall i arbetet. En anledning till utgången i Höfner kan vara den aktuella tjänstens kommersiella karaktär. Rekrytering av chefer till i näringslivet har knappast ett socialt syfte.

EU-domstolen har under alla omständigheter i sin senare praxis valt bort marknadsdoktrinen till förmån för finansieringsdoktrinen. Bara något år efter Höfner meddelade EU-domstolen dom i de förenade målen C-159/91 och C-160/91, Poucet och Pistre. Bakgrunden var att två personer, Christian Poucet och Daniel Pistre, vägrade att ansluta sig till en obligatorisk sjuk- och pensionsförsäkring eftersom de hellre ville *”vända sig till vilket privat försäkringsbolag som helst”[[14]](#footnote-15)*. Här var det alltså fråga om en försäkring som också erbjöds av privata försäkringsbolag. Enligt marknadsdoktrinen skulle försäkrings­tjänsten därmed vara en ”ekonomisk” tjänst.

Men inte enligt EU-domstolen eftersom den obligatoriska sjuk- och pensionsförsäkringen eftersträvade *”ett socialt mål och bygger på solidaritetsprincipen”[[15]](#footnote-16)*. Samma utgång blev det i C-218/00 där det italienska företaget Cisal inte ville betala avgifter till en obligatorisk arbetsskadeförsäkring eftersom man hade en likvärdig försäkring hos ett privat försäkringsbolag[[16]](#footnote-17). Även här var det alltså en tjänst som också kunde utföras av privata företag. Men enligt EU-domstolen var arbetsskade­försäk­ringen inte en ”ekonomisk” tjänst. En viktig anledning var den solidariska finansieringen. Samma bedömning blev det i de förenade målen C-264/01 m.fl., AOK Bundesverband. Målen rörde rörde frågan om en obligatorisk läkemedelsförsäkring var en ”ekonomisk” tjänst. Generaladvokaten argumenterade, med stöd av Höfner, att förvaltningen av läkemedelsförsäkringen var en ”ekonomisk” verksamhet eftersom den *”…åtminstone i princip, kan bedrivas av ett privat företag i vinstsyfte.”[[17]](#footnote-18)* Men EU-domstolen bortsåg från generaladvokatens uppfattning. Enligt EU-domstolen var läkemedelsförsäkringen inte ”ekonomisk” eftersom försäkringen hade ett socialt syfte och innebar ett genomförande av solidaritetsprincipen[[18]](#footnote-19). I samtliga dessa domar valde alltså EU-domstolen finansieringsdoktrinen framför marknadsdoktrinen.

En variant på marknadsdoktrinen är att en välfärdstjänst kan glida över till att bli en ”ekonomisk" tjänst om tillräckligt många privata företag utför den. Denna uppfattning förefaller vara vanlig hos svenska EU-jurister. I Sverige är andelen privata utförare av vård, omsorg och utbildning ca 20 procent[[19]](#footnote-20). Innebär detta att vård, omsorg och utbildning i Sverige har blivit "ekonomiska" verksamheter? Jag har inte funnit något stöd i EU-domstolens praxis för uppfattningen att en ”icke-ekonomisk” välfärdstjänst blir ”ekonomisk” om medlemsstaten anförtror utförandet på privata företag. I till exempel C-343/95, Cali, ansåg EU-domstolen att tjänsten föroreningsbevakning i Genuas hamn var en ”icke-ekonomisk” tjänst trots att myndigheten lagt uppgiften på ett privat företag. Denna variant av marknadsdoktrinen innebär att EU-rätten lägger sig i hur medlemsstaten organiserar tillhandahållandet av ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”. Den motsägs därför också av artikel 2 i Protokollet säger att detta är precis vad EU inte ska göra, nämligen att bestämmelserna i fördragen ”*inte på något sätt”* ska ”*påverka*” hur medlemsstaterna väljer att ”*tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art*.”

Ytterligare ett bevis på att en hög andel privata utförare inte medför att en välfärdstjänst blir ”ekonomisk” är EFTA-domstolens dom i E-5/07. Målet rörde frågan om barnomsorg i Norge var en "ekonomisk" verksamhet där ca 46 procent av alla förskolor var privata. Både privata och kommunala förskolor finansierades till 80 procent genom bidrag från norska staten medan övriga 20 procent finansierades med avgifter från föräldrarna. De privata förskolornas intresseorganisation, Private Barnehagers Landsforbund (PBL), gjorde gällande att de statliga bidragen till de kommunala förskolorna var otillåtna statsstöd. En förutsättning för att fördragets regler om statsstöd skulle bli tillämpliga var att barnomsorgen var en "ekonomisk" verksamhet. PBL ansåg med stöd av EU-domstolens dom i Höfner att den var det och pekade på att barnomsorgen i Norge till stor del utfördes av privata företag med vinstsyfte. Men EFTA-domstolen avfärdade PBL:s argumentation. Ett sådant synsätt skulle nämligen göra i princip all offentlig verksamhet ”ekonomisk” - en orimlig konsekvens enligt EFTA-domstolen[[20]](#footnote-21). EFTA-domstolen valde i stället finansieringsdoktrinen. Enligt EFTA-domstolen hade barnomsorgen ett socialt syfte och var huvudsakligen offentligt finansierad varför den var en "icke-ekonomisk" verksamhet[[21]](#footnote-22). Trots att nästan hälften av utförarna var privata företag vilka fick betalt av staten för att tillhandahålla barnomsorg var verksamheten inte "ekonomisk" enligt EFTA-domstolen.

"Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse"

I Malmörapporten gör jag gällande att upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster är "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" och därför faller utanför både bestämmelserna i det nya LOU-direktivet och principerna i fördragen. Men välfärdstjänster är normalt inte skattefinansierade i övriga EU. Där är det mer vanligt att välfärden finansieras genom försäkringssystem. Försäkringssystemen kan ha olika utformning. I C-67/96, Albany ansåg EU-domstolen att en tjänstepensionsförsäkring som förvaltades enligt kapitaliseringsprincipen var en ”ekonomisk” välfärdstjänst (som framgår ovan kom EU-domstolen till motsatt resultat i Poucet och Pistre samt i Cisal). "Ekonomiska" välfärdstjänster heter på EU-språk "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". De skiljer sig från "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" i det sätt tjänsterna organiseras och finansieras. Men även om "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" är "ekonomiska" och därmed underkastade EU-rätten i och för sig så har medlemsstaterna också här en stor handlingsfrihet i förhållande till EU[[22]](#footnote-23). Att detta också gäller den offentliga upphandlingen av ”ekonomiska” välfärdstjänster framgår av nya LOU-direktivets bestämmelser om särskilt upphandlingssystem för sociala tjänster och andra särskilda tjänster[[23]](#footnote-24). Dessa regler i nya LOU-direktivet behandlas i ett särskilt kapitel i Malmörapporten.

Möjligt att anta mer tillåtande regler för upphandling av välfärdstjänster

Sverige har valt ett mycket restriktivt och marknadsorienterat regelverk också för upphandling av välfärdstjänster, kanske därför att vi trott oss vara tvungna till detta. Välfärdstjänster, också skattefinansierade välfärdstjänster, upphandlas enligt reglerna i 15 kapitlet LOU. Detta är ett kapitel som lånar många av sina bestämmelser från de direktivstyrda kapitlen, bestämmelser som är menade för upphandlingar av hårda tjänster och varor vilka är ägnade för de upphandlande myndigheternas eget bruk. Det har aldrig varit EU:s avsikt att dessa regler ska tillämpas också på upphandlingar av välfärdstjänster vilka är avsedda för elever, patienter och omsorgstagare. Den särställning som gäller för välfärdstjänsterna har visserligen inte framgått med någon tydlighet av tidigare direktiv om upphandling, men framgår desto tydligare av det nya LOU-direktivet. Sverige kan alltså anta mer tillåtande regler för upphandling av välfärdstjänster. Detta gäller oavsett hur välfärdstjänsterna finansieras.

Genomförandeutredningen, som fått i uppdrag att lägga förslag på hur Sverige ska genomföra EU:s nya direktiv, vill emellertid inte att vi tar den här chansen. I betänkandet "Nya regler om upphandling", SOU 2014:51, föreslår man i stället regler som är snarlika de vi har idag[[24]](#footnote-25). Blir detta också den svenska lagstiftarens val avstår Sverige självmant från möjligheten att reformera nuvarande regelverk.

Regeringen har bollen

Den 3 juni 2014 hölls en interpellationsdebatt i riksdagen mellan Vänsterpartiets ekonomisk politiske talesperson Ulla Andersson och Stefan Attefall, vid tidpunkten ansvarig minister för arbetet med att revidera lagen om offentlig upphandling (LOU). Ulla Andersson lyfte Malmörapporten, som då fortfarande var preliminär, och frågade om Attefall avsåg att utreda möjligheterna att lägga de skattefinansierade välfärdstjänsterna utanför LOU. Attefall svarade att han inte hade någon sådan avsikt, att rapporten inte var officiell och att han därför inte funnit anledning att läsa den.

Idag är Malmörapporten en officiell rapport. I både förordet till Malmörapporten och remissvar över Genomförandeutredningens betänkande vill SKL att regeringen utreder de ämnen som lyfts i rapporten och vilka möjligheter EU-rätten ger Sverige att välja ett mer flexibelt regelverk för upphandling av välfärdstjänster. Det krävs inte mycket fantasi för att se de möjligheter som öppnas upp om rapportens slutsatser är korrekta. Många krav som idag anses problematiska – till exempel krav på vinstbegränsningar eller vinstförbud, krav att ägarna har seriösa avsikter och krav på insyn i välfärdsföretagens verksamhet ­- kommer i ett nytt ljus. Samma sak gäller möjligheten att anta regler som bättre kan beakta de mervärden som erbjuds av de sociala företagen, liksom möjligheten att undanta de ideella kvinnojourerna från formella upphandlingsförfaranden.

Redan nya LOU-direktivets artiklar om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster – vilka avser välfärdstjänster som inte är skattefinansierade och därmed i och för sig faller inom EU-rättens ramar - visar att utrymmet att förenkla är stort. Dock inte lika stort som för välfärdstjänster vilka finansieras med skatter och vilka därmed är ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”. Detta är den centrala slutsatsen i Malmörapporten.

Det finns åtminstone en anledning till varför Malmörapportens slutsatser inte kan ignoreras. Och varför den centrala frågeställningen i rapporten också finns i kommittédirektivet till regeringens utredning om ett nytt regelverk för offentlig finansiering av privat utförda välfärdstjänster. Enligt regeringens överenskommelse med vänsterpartiet, ”Vår gemensamma syn på vinst i välfärden” ska upphandlingar av välfärdstjänster få reserveras för ”*icke-kommersiella aktörer*”. En förutsättning för att detta mål ska bli verklighet är att Malmörapportens slutsatser är korrekta, dvs. att upphandling av skatte­finansierad välfärd faller utanför nya LOU-direktivet, och därmed också utanför artikel 77 i detta direktiv. Enligt denna artikel får visserligen upphand­lingar av vårdoch omsorg reserveras för organisationer som återinvesterar vinsterna i verksamheten (så kallad non-profit). Men samtidigt innehåller artikel 77 restriktioner som kraftigt begränsar denna möjlighet. Ett avtal som upphandlas med stöd av artikel 77 får nämligen vara högst tre år och en non-profit organisation som fått ett avtal får inte delta när uppdraget upphandlas på nytt med stöd av denna bestämmelse. Dessa villkor begränsar kommuners möjligheter att skapa långsiktiga relationer med lokala non-profit organisationer. Är emellertid Malmörapportens slutsatser korrekta gäller dessa restriktioner inte välfärdstjänster som är skattefinansierade.

Mathias Sylvan

Författare till SKL:s rapport ”Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad.

1. Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. [↑](#footnote-ref-2)
2. C-234/03, Contse, p. 68. [↑](#footnote-ref-3)
3. 352/85, Bond van Adverteerders. [↑](#footnote-ref-4)
4. De förenade målen C-51/96 och C-191/97, Deliège. [↑](#footnote-ref-5)
5. Se till exempel förslag till avgörande i C-532/03, p. 54. [↑](#footnote-ref-6)
6. 263/86, Humbel, p. 18. [↑](#footnote-ref-7)
7. C-205/03 P, FENIN, p. 8. [↑](#footnote-ref-8)
8. HUmbel, p. 19. [↑](#footnote-ref-9)
9. C-218/00, Cisal, p. 44. [↑](#footnote-ref-10)
10. C-218/00, Cisal, p. 45. [↑](#footnote-ref-11)
11. Ibid., p. 44. [↑](#footnote-ref-12)
12. Ibid., p. [↑](#footnote-ref-13)
13. C-41/90, p. 22. [↑](#footnote-ref-14)
14. C-159/91 och C-160/91, p. 3. [↑](#footnote-ref-15)
15. Ibid., p. 8. [↑](#footnote-ref-16)
16. Enligt Cisal var de försäkringstjänster som det offentliga organiset INAIL tillhandahöll *”fullt jämförbara med de tjänster som privata försäkringsföretag tillhandahåller”* (C-218/00, p. 25). Detta påstående motsägs inte av EU-domstolen, men det är heller inte avgörande för försäkringens ”ekonomiska” karaktär. [↑](#footnote-ref-17)
17. C-264/01 m.fl. förslag till avgörande, p. 27. [↑](#footnote-ref-18)
18. C-264/01, pp. 47-55. [↑](#footnote-ref-19)
19. Denna uppskattning bygger på siffror i ”Krav på privata aktörer i välfärden”, SOU 2015:7. [↑](#footnote-ref-20)
20. E-5/07, p. 80. [↑](#footnote-ref-21)
21. Efta-domstolen utvecklar detta i pp. 82-93 i ovan nämnda dom. [↑](#footnote-ref-22)
22. Detta framgår t.ex. av artikel 1 i Protokollet. [↑](#footnote-ref-23)
23. Se direktiv 2014/24/EU, särskilt beaktandesats 6 och 114 samt artikel 74-77. [↑](#footnote-ref-24)
24. ”Nya regler om upphandling”, SOU 2014:51, s. 326. [↑](#footnote-ref-25)