

Utbildningsdepartementet
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2017-10-05

Ulrica Dyrke

U2017/02532/GV

Remissyttrande – Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning (SOU 2017:44)

Företagarna har givits möjlighet att yttra sig över rubricerat slutbetänkande och vill lämna följande kommentarer. Företagarna väljer att begränsa sina kommentarer till nedan berörda delar.

Allmän kommentar

Företagarna anser att skolan är ett område av central betydelse för samhället. Genom entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning finns möjlighet att skapa ny dynamik och fler möjligheter i skolsektorn. Dessa möjligheter bör tas tillvara.

Nedan följer våra mer EU-rättsliga synpunkter på utredningens resonemang i valda delar av betänkandets upphandlingskapitel.

Kap 10.2 Är utbildning en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse?

Utredningen bedömer att tjänster som avser utbildning i grundskolan och övriga obligatoriska skolformer utgör icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI). Utredningen gör motsvarande bedömning även beträffande bl.a. tjänster som avser utbildning i gymnasieskolan och gymnasiesärskolan, verksamhet i förskola, förskoleklass och fritidshem samt utbildning inom kommunal vuxenutbildning och särskild utbildning för vuxna. Utifrån detta drar utredningen slutsatsen att en rad uppgifter inom skolväsendet inte behöver upphandlas när de överlämnas på entreprenad.

Företagarna kan inledningsvis konstatera att sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter bedömer ha ett allmänt intresse och som därför är förenade med särskilda skyldigheter för myndigheterna anses utgöra s.k. tjänster av allmänt intresse. Denna typ av tjänster kan i sin tur delas upp i ekonomiska tjänster av allmänt intresse och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI). Tjänster som utgör NESGI omfattas inte av EU-rätten, utan kan regleras på valfritt sätt av EU:s medlemsländer. Som även

utredningen slår fast innebär detta är att NESGI-tjänster inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv.

Vilka tjänster som ska anses utgöra NESGI är dock en fråga som omgärdas av stora oklarheter. Utredningen redogör för olika rättsfall och gör utifrån detta sin ovan redovisade bedömning.

Det måste beaktas att frågan om vilka tjänster som inte ska omfattas av EU-rätten berör de mest grundläggande aspekterna av den EU-rättsliga regleringen. Denna typ av frågor måste bedömas utifrån såväl EU:s grundläggande fördrag (primärrätten) som EU:s förordningar, direktiv och beslut (sekundärrätten). Företagarna anser att den analys som utredningen gjort inte är tillräcklig.

Företagarna uppfattar att utredningen anser att det för att en utbildningstjänst ska anses utgöra NESGI räcker att tjänsten ingår i ett nationellt system för offentlig undervisning som upprättas och upprätthålls av staten samt att tjänsten i huvudsak finansieras med offentliga medel. Företagarna kan dock konstatera att EU-domstolen ännu inte har tagit ställning till frågan om det svenska utbildningsväsendet utgör ekonomisk aktivitet.

Vi kan vidare konstatera att det på den svenska utbildningsmarknaden finns många olika aktörer med olika storlek och associationsformer. Flera av aktörerna som verkar inom skolektorn i Sverige är därtill internationellt verksamma, vilket talar för att det föreligger ett gränsöverskridande intresse och att EU-rätten därmed är tillämplig. Under sådana förhållanden får undantag från den fria rörligheten endast göras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse och åtgärderna uppfyller EU-rättens villkor enligt de s.k. Gebhard-kriterierna¹.

I fråga om upphandlingsreglernas tillämplighet bör även uppmärksammas att tjänster för undervisning och utbildning omfattas av bilaga 2 till LOU (se CPV 8000000-4). Detta innebär att sådana tjänster därmed normalt ska omfattas av de grundläggande principer som följer av primärrätten och även av upphandlingsskyldighet enligt direktiv 2014/24/EU.

Mot denna bakgrund är det enligt Företagarnas mening mycket som talar för att denna typ av tjänster kan anses vara av ekonomisk natur och därmed omfattas av upphandlingsreglerna.

Företagarna ifrågasätter således utredningens NESGI-bedömning, som i sak skulle medföra att myndigheterna skulle ges möjlighet att anlita valfri leverantör utan upphandling i konkurrens och transparens. Detta medför risk för sämre kvalitet på tjänsterna samtidigt som det öppnar för korrupcion och ovidkommande hänsyn. Företagarna anser att frågan behöver utredas mer utförligt innan något definitivt ställningstagande kan ske.

Företagarna anser att frågan om vilka tjänster som skulle kunna utgöra icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NESGI) bör utredas närmare i särskild ordning.

Kap. 10.4.1 Ett förtydligande i LOU

Utredningen föreslår att ett förtydligande i lagen om offentlig upphandling (LOU) ska göras, så att det direkt av lagen ska framgå att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av lagens tillämpningsområde.

¹ Se mål C- 55/94 Gebhard

Företagarna är negativa till förslaget. Det framgår redan av upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och av rättspraxis att LOU inte är tillämplig på icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. I vart fall bör en svensk reglering inte införas förrän det skapats klarhet i vilka tjänster som faktiskt avses, annars finns risk för felaktiga tolkningar från upphandlande myndigheters sida.

Kap 10.5 Alternativ lösning

För det fall att regeringen inte delar utredningens bedömning att tjänster som avser utbildning utgör NESGI, föreslår utredningen att möjligheten att införa särskilda upphandlingsregler för utbildningstjänster bör övervägas. Utredningen anser att sådana regler kan utformas enligt de förslag till nya regler i LOU om upphandling av välfärdstjänster som har lämnats av Välfärdsutredningen.

Välfärdsutredningens förslag innebär i korthet att upphandling av välfärdstjänster inte ska behöva ske för kontrakt som understiger tröskelvärdet om 750 000 Euro och som saknar gränsöverskridande intresse. I de fall en sådan upphandling i det enskilda fallet bedöms ha ett bestämt gränsöverskridande intresse ska dock vissa bestämmelser i lagen tillämpas, såsom principerna för upphandling samt bestämmelser om information till leverantörerna och om dokumentation.

Företagarna har avstyrkt Välfärdsutredningens förslag att undanta kontrakt som understiger tröskelvärdet 750 000 Euro och saknar gränsöverskridande intresse. Det är av stor vikt att kontrakten annonseras och tilldelas i ett öppet och likabehandlande system, annars finns uppenbara risker för ineffektivitet och konkurrensnedvridningar samt även ökad risk för korruption. I fråga om Välfärdsutredningens förslag till reglering avseende upphandling som bedöms ha ett bestämt gränsöverskridande intresse har Företagarna lämnat synpunkter, bl.a. rörande annonsering. Företagarna vidhåller sina synpunkter och hänvisar till vad som framförts i vårt remissyttrande avseende Välfärdsutredningens betänkande².

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert

² Företagarnas remissyttrande över Välfärdsutredningens delbetänkande "Ordning och reda i välfärden" (SOU 2016:78)