

# Upphandling av skattfinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad

## 1. Inledning

Kommunstyrelsen i Malmö har beställt en utredning av Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) som ska svara på följande frågor:

*Kan staden ställa krav på att leverantörer saknar vinstsyfte, saknar koppling till skatteparadis eller att leverantören har kollektivavtal när staden upphandlar utförandet av skattfinansierade välfärdstjänster?*

I uppdraget ingår att vid behov lämna förslag på lagreformer. Undertecknad har fått i uppdrag att genomföra utredningen. Mina slutsatser redovisas i denna promemoria. Malmös frågor besvaras mot bakgrund av dels nuvarande lagstiftning, dvs. bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och i lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV), dels framtida lagstiftning, dvs. bestämmelserna i EU:s nya upphandlingsdirektiv och de möjligheter som medlemslandet Sverige har att ändra sin upphandlingslagstiftning till följd av dessa direktiv.

En tidig version av denna promemoria avhandlades första gången av SKL:s jurister i augusti 2013. Därefter har promemorian behandlats internt vid ytterligare möten. Promemorian har också ventilerats på seminarier och konferenser både nationellt och internationellt. Slutligen har den danske professorn vid Aarhus Universitet, Michael Steinicke, fått i uppdrag att granska innehållet. En svensk översättning av Steinickes utlåtande<sup>1</sup> finns bifogad till promemorian. Utlåtandet refereras i avsnitt 5. SKL har också valt att invänta Genomförandeutredningens betänkande, SOU 2014:51: "Nya regler om upphandling" med tillhörande departementsskrivelse, Ds 2014:25. Betänkandet behandlas i avsnitt 6.

### 1.1 Slutsatser

Enligt min bedömning medger varken LOU eller LOV i dag att en upphandlande myndighet ställer de krav som utredningsuppdraget avser. Detta beror på hur dessa lagar är utformade, särskilt det faktum att vare sig LOU eller LOV innehåller en bestämmelse som ger upphandlande myndigheter rätt att utesluta leverantörer som inte lever upp till de krav som Malmö har lyft. I både LOU och LOV saknas det vidare en bestämmelse som ger upphandlande myndigheter rätt att reservera upphandlingar för icke-vinstsyftande företag.

---

<sup>1</sup> Michael Steinicke, den 13 juni 2014, "Bemærkninger vedrørende notat om ikke-økonomiske tjensteydelse"

Men jag håller samtidigt för sannolikt att Sverige kan ändra sin upphandlingslagstiftning så att dessa krav blir möjliga att ställa i framtiden, särskilt när det gäller sådana välfärdstjänster som är att betrakta som "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" (I denna promemoria redovisar jag rättspraxis som talar för att skattefinansierade välfärdstjänster hör till denna kategori). Detta är i vart fall en möjlig slutsats av EU-domstolens rättspraxis rörande distinktionen mellan "ekonomiska" respektive "Icke-ekonomiska" tjänster - varav flera domar redovisas i denna PM - samt den omständigheten att enligt samtliga EU:s nya upphandlingsdirektiv ska inte den senare kategorin omfattas av dessa direktivs tillämpningsområde. Tyngdpunkten i denna utredning har därför lagts vid innehållet i de nya direktiven.

## 1.2 Utgångspunkter

Frågan om upphandlande myndigheter får kräva att leverantören har kollektivavtal har prövats av svenska domstolar vid några tillfällen. Kammarrätten i Stockholm slog tidigt fast att sådant krav stred mot bestämmelsen om ovidkommande hänsyn i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling<sup>2</sup>. Länsrätten i Skåne län gjorde samma bedömning i ett mål som rörde möjligheterna att kräva att leverantörer skulle teckna kollektivavtal för att få ingå i ett valfritetsystem. Enligt länsrätten stred kravet mot 1 kap. 2 § i LOV. Länsrätten grundade sin bedömning på ett uttalande i förarbetena enligt vilket det inte är tillåtet att kräva att leverantören ska teckna kollektivavtal i ett valfritetsystem<sup>3</sup>. Vidare har Konkurrensverket i ett beslut den 6 mars 2013 ansett att en kommuns krav att leverantörer ska sakna koppling till skatteparadis stred mot de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU<sup>4</sup>. Konkurrensverket konstaterade att kravet saknade lagstöd eftersom avsaknad av koppling till skatteparadis inte fanns med bland de uteslutningsgrunder som anges i 10 kap. 2 § LOU<sup>5</sup>. Det kan tilläggas att också LOV saknar en sådan uteslutningsgrund.

Enligt min mening speglar dessa exempel väl hur en svensk domstol skulle bedöma krav på att leverantören ska ha kollektivavtal eller sakna koppling till skatteparadis mot bakgrund av nu gällande LOU och LOV. Även krav att leverantören ska sakna vinstsyfte känns problematiskt i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse som tillåter ett sådant krav. Varken LOU eller LOV innehåller någon uttrycklig bestämmelse som ger upphandlande myndigheter rätt att reservera upphandlingar för icke-vinstsyftande företag. Det saknas vidare en bestämmelse i LOU eller LOV som ger upphandlande myndigheter rätt att utesluta vinstsyftande leverantörer. Ytterligare ett

---

<sup>2</sup> Kammarrätten i Stockholm, dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995.

<sup>3</sup> Länsrätten i Skåne län, mål 5538-09 och proposition 2008/09:29, ss. 77-78.

<sup>4</sup> Konkurrensverket, beslut 2013-03-06, dnr. 72/2012.

<sup>5</sup> Ibid., s. 5.

skäl till varför jag tror att de krav som Malmö har lyft inte kommer godtas av en svensk domstol är proportionalitetsprincipen och hur denna princip tolkas av svenska jurister<sup>6</sup>.

Mot denna bakgrund är de frågor som Malmö har ställt enkelt besvarade. Varken i lag eller i praxis finns det stöd för att ställa något av de krav Malmö har lyft. Min bedömning utgår från innehållet i nuvarande LOU och LOV samt hur dessa lagar tolkats av bland annat domstolar.

Men utredningen skulle bli ofullständig om den inte också tog hänsyn till innehållet i EU:s nya upphandlingsdirektiv (det fullständiga namnet på EU:s nya direktiv om offentlig upphandling är EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, nedan kallas det dock för "det nya direktivet"). Redan den 30 juni 2013 enades rådet och parlamentet om innehållet i ett nytt regelverk för offentlig upphandling bestående av tre direktiv, ett klassiskt direktiv om offentlig upphandling, ett direktiv om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, den så kallade försörjningssektorn samt ett helt nytt direktiv för tilldelning av koncessioner. Lagstiftningsprocessen inleddes den 20 december 2011 då kommissionen lade fram förslag till nya upphandlingsdirektiv. Det mest relevanta för denna utredning var kommissionens förslag till nytt klassiskt direktiv, det direktiv som LOU bygger på, "Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig". I detta förslag gjordes en tydlig åtskillnad mellan å ena sidan upphandlingar av entreprenader, varor och det stora flertalet tjänster eller, som de kallas i denna promemoria, de "kommersiella tjänsterna"<sup>7</sup>, samt å andra sidan upphandlingar av de tjänster som normalt ingår i ett välfärdssystemets innersta kärna, sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster. Den nuvarande uppdelningen i A- och B-tjänster skulle alltså ersättas med en ny uppdelning i dels *övriga tjänster* och dels *välfärdstjänster*. Den senare kategorin skulle upphandlas enligt särskilda regler vilka fanns samlade i ett eget kapitel under rubriken "*Sociala tjänster och andra specifika tjänster*". Dessa regler var mycket allmänt hållna. De innehöll bara några få konkreta skyldigheter. I övrigt lämnades åt medlemsstaterna att välja "*lämpliga förfaranden*" under förutsättning att förfarandena överensstämde med principerna om öppenhet och likabehandling.

---

<sup>6</sup> Se till exempel ett rättsutlåtande för Utredningen för en kommunallag för framtiden, SOU 2013:12, bilaga 20, "Rättsutredning avseende frågan om att reservera upphandlingskontrakt till icke-vinstsyftande företag/organisationer.

<sup>7</sup> "Kommersiella tjänster" är ett samlingsbegrepp som används i promemorian för tjänster som inte är välfärdstjänster eller "tjänster av allmänt intresse". I bilaga B till direktiv 2004/18 finns många sådana tjänster, till exempel olika slag av transporttjänster, bemanningstjänster, städ- och tvätteritjänster.

I Sverige framhålls ofta den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen som ett viktigt hinder mot olika slag av krav som det allmänna vill ställa på leverantörer av välfärdstjänster<sup>8</sup>. I både LOU och LOV anges proportionalitetsprincipen som en av de principer som ska gälla med samma kraft också för upphandlingar av sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster. Den svenska upphandlingslagstiftningen tar i detta avseende ingen hänsyn till om upphandlingen avser en välfärdstjänst. Men varken kommissionens ursprungliga förslag eller den slutliga versionen av det nya direktivet nämner proportionalitetsprincipen här. Det nya direktivet är tydligt med att upphandlingar av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" inte ska vara lika hårt reglerade som övriga upphandlingar. För dessa upphandlingar gäller i stället "*det enklare systemet*" vilket bland annat innebär att endast "*vissa grundprinciper om öppenhet och likabehandling ska iakttas.*"<sup>9</sup>

Enligt kommissionens förslag skulle alltså medlemsstaterna ges ett stort utrymme att anta egna regler för upphandling av välfärdstjänster. Till detta kom att dessa upphandlingar presumerades sakna ett gränsöverskridande handelsintresse<sup>10</sup> när värdet understeg 500 000 euro. Upphandlingar som saknar ett gränsöverskridande handelsintresse omfattas inte av EU-rätten, vare sig EU:s direktiv om upphandling eller de allmänt hållna bestämmelserna i funktionsfördraget<sup>11</sup>. Den rimliga slutsatsen var att medlemsländerna kunde anta helt egna regler för upphandlingar under detta värde. Enligt förslaget kunde visserligen presumtionen brytas men endast i mycket speciella fall som vid "*unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt.*"<sup>12</sup>

Kommissionens förslag till nytt direktiv för offentlig upphandling bearbetades därefter av parlamentet och rådet. I denna process förstärktes signalen att upphandling av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" ska kunna genomföras med en större flexibilitet. I den slutliga versionen har till exempel tröskelvärdet och därmed presumtionen för när en upphandling av "*sociala tjänster och andra särskilda tjänster*" har ett gränsöverskridande handelsintresse, höjts till 750 000 euro<sup>13</sup>. I den slutliga direktivtexten har det också lagts till bestämmelser som markerar medlemsstaternas oberoende i förhållande till EU vad gäller rätten att bestämma över vilka tjänster som är "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" liksom hur de egna sociala

---

<sup>8</sup> Som exempel kan nämnas ett rättsutlåtande i kommunallagsutredningens betänkande SOU 2013:53, "Privata utförare - kontroll och insyn", författad av Andrea Sundstrand, som ska svara på vilka möjligheter myndigheter har att ställa krav på utlämnande av information i syfte att tillgodose vissa av allmänhetens intressen vid upphandlingar av kommunala entreprenader.

<sup>9</sup> Nya direktivet om offentlig upphandling, beaktandesats 114.

<sup>10</sup> Med "gränsöverskridande handelsintresse" menas att en upphandling, till exempel på grund av sitt låga värde, inte är intressant för företag i andra EU- eller EFTA-länder och därmed inte omfattas av EU-rätten.

<sup>11</sup> C-336/12, p. 26.

<sup>12</sup> Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om offentlig upphandling KOM(2011) 896 slutlig, beaktandesats 11.

<sup>13</sup> Samma sak ska också gälla för vissa andra tjänster som hotell- och restaurangtjänster samt vissa juridiska tjänster, se 16725/12 REV 1 MAP 70 MI 772, beaktandesatser 115 - 117.

trygghetssystemen ska organiseras<sup>14</sup>. Av särskilt intresse för denna utredning är artikel 77 "Reserverade kontrakt för vissa tjänster" i den slutliga direktivtexten. Denna artikel ger nämligen medlemsstaterna rätt att reservera upphandlingar av välfärdstjänster till organisationer som återinvesterar vinsterna i den egna verksamheten och borde därmed sätta punkt för den svenska debatten om EU-rätten tillåter att upphandlingar av välfärdstjänster reserveras för vissa driftsformer<sup>15</sup>.

Ett minst lika flexibelt regelverk ska gälla när avtal att utföra sociala tjänster och andra specifika tjänster tilldelas i form av koncessioner<sup>16</sup>. Detta framgår av det nya direktivet för tilldelning av koncessioner. Även dessa upphandlingar saknar ett gränsöverskridande handelsintresse under ett visst kontraktsvärde<sup>17</sup>. I detta direktiv anges emellertid inte vilket kontraktsvärde.

EU:s nya direktiv på upphandlingsområdet, har naturligtvis relevans för denna utredning. Det innebär till att börja med att det inte finns några hinder i EU-rätten mot att Sverige antar en upphandlingslagstiftning vilken som huvudregel tillåter de krav som Malmö har lyft i upphandlingar av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" under 750 000 euro. Dessa upphandlingar presumeras ju sakna ett gränsöverskridande handelsintresse och omfattas därmed inte av EU-rätten. Men även i övrigt innebär det nya direktivet att Sverige kan genomföra avsevärda lättnader i det mycket restriktiva regelverk, både LOU och LOV, som idag gäller för upphandlingar av dessa tjänster. Särskilt 15 kapitlet i LOU, vilket gäller för upphandling av dessa tjänster, innehåller flera bestämmelser som är lånade från de övriga kapitlen i LOU, de så kallade "direktivstyrda" kapitlen. Så som framgår nedan är den centrala slutsatsen i denna promemoria att skattefinansierade välfärdstjänster bör kunna betraktas som "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" och att de därmed faller utanför det nya direktivet och även EU-rätten i övrigt. Men redan direktivets bestämmelser för upphandling av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster", vilka är "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" (skillnaden mellan "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" och "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" behandlas i kapitel 3 nedan) ger vid handen att Sverige kan reformera nuvarande upphandlingsregler högst avsevärt. I en officiell kommentar till kommissionens förslag välkomnade EFTA det nya direktivets flexibla bestämmelser för upphandling av dessa tjänster enligt följande:

---

<sup>14</sup> Nya direktivet för offentlig upphandling, artikel 1.4 och 1.5.

<sup>15</sup> Se t.ex. rapport från Almega, 2012-12-09, "Är det möjligt att ställa krav på driftsform i offentlig upphandling?"

<sup>16</sup> "Koncessioner" innebär att ett eller flera företag får en rätt att tillhandahålla en anläggning eller en tjänst mot ersättning från brukaren, till exempel vägtullar eller broavgifter. I 2 kap. 4 § och 17 § LOU definieras "byggkoncessioner" respektive "tjänstekoncessioner" så att ersättningen helt eller delvis består i en rätt för leverantören att utnyttja anläggningen eller tjänsten. Enligt definitionen i direktivet för tilldelning av koncessioner artikel 2.1b innebär en "koncession" också att leverantören ska stå verksamhetsrisken: "The award of a works or services concession shall imply the transfer to the concessionaire of an operating risk in exploiting these works or services encompassing demand or supply risk or both."

<sup>17</sup> Se direktivet för tilldelning av koncessioner, beaktandesats 20.

*“The EEA EFTA States are pleased to see that the Commission has proposed not to include any specific procedural rules for these services [“sociala och andra specifika tjänster services”, min anmärkning], except the obligation to publish a contract notice. Such a flexible approach gives the Member States significant leeway when establishing appropriate procedures for the awarding of contracts, which take into account the specificities of these services while adhering to the general principles of the Treaty.”<sup>18</sup>*

Av särskilt intresse för denna utredning är också en beaktandesats i det nya direktivet, beaktandesats 6, vilken har följande lydelse:

*“Det bör också erinras om att detta direktiv inte bör påverka medlemsstaternas lagstiftning på området för social trygghet. Det bör inte heller avse liberalisering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som är förbehållna offentliga eller privata enheter, eller privatisering av offentliga enheter som tillhandahåller tjänster. Det bör likaledes erinras om att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, såsom posttjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa. Det är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.”*

I denna beaktandesats betonas medlemsstaternas rätt att bestämma över sina sociala trygghetssystem samt frihet att välja att *“organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala och andra tjänster”* som antingen *“tjänster av allmänt ekonomiskt intresse”* eller som *“icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”* eller som en blandning av dessa två kategorier. I sista meningen slås det vidare fast att *“icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”* faller utanför direktivet: *“Det är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde”*. Samma sak står också i de två andra upphandlingsdirektiven<sup>19</sup>. Som framgår av nästa kapitel görs det ett motsvarande klarläggande i artikel 2 i *“Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse”* enligt vilket inte heller bestämmelserna i fördragen ska gälla när myndigheter beställer *“icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”*.

Det finns alltså en kategori tjänster – *“icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”* – som inte omfattas av någon upphandlingskyldighet grundad på EU:s direktiv- eller fördragsbestämmelser. En central slutsats i denna promemoria är att skattefinansierade, eller väsentligen

---

<sup>18</sup> EEA EFTA Comment on the Commission proposals for two new directives on public procurement replacing Directives 2004/17/EC and 2004/18/EC (COM(2011) 895 and COM(2011) 896), 2012-03-20, p. 19.

<sup>19</sup> Direktivet för försörjningssektorn, artikel 1.6 och direktivet om tilldelning av koncessioner, artikel 1c2.

skattefinansierade, välfärdstjänster bör kunna räknas till denna kategori. Mot bakgrund av den entydiga lydelsen i både beaktandesats 6 i den nya direktivet och artikel 2 i Protokoll 26, se nedan, leder det till slutsatsen att Sverige skulle vara fri att, i den utsträckning som den svenska rättsordningen tillåter, ha egna regler för upphandling, regler som tillåter de krav som Malmö har lyft. Promemorian tar avstamp i artikel 2 i "Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse" vilket protokoll antogs i samband med Lissabonfördraget 2007. Analysen går därefter in på en sedan gammalt grundläggande distinktion i EU-rätten, den mellan "ekonomiska" och "icke-ekonomiska" tjänster, samt på EU-domstolens rättspraxis sedan 80-talet enligt vilken offentligt finansierade välfärdstjänster är "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse".

### 1.3 Begreppsförklaringar

I Promemorian används om vartannat begrepp som "sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster", "tjänster av allmänt intresse", "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" samt "välfärdstjänster". De ska uppfattas som synonyma begrepp. Någon exakt definition av EU-rättsliga begrepp som "tjänster av allmänt intresse" och "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" är svår att ge dels därför att dessa tjänster kan variera mellan medlemsstater men också därför att begreppen inte definieras vare sig i EU:s fördrag eller i sekundärrätten<sup>20</sup>. Hit räknar författaren framför allt de tjänster som anges i bilaga XIV till det nya direktivet, dvs. hälso- och sjukvårdstjänster, socialtjänster och utbildningstjänster. Tjänsterna kan vara offentligt finansierade men också finansierade på annat sätt, till exempel genom ett försäkringssystem eller genom brukaravgifter baserade på en självkostnadsprincip.

I Promemorian görs vidare en distinktion mellan "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" och "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Konklusionen i denna promemoria är att den första kategorin utgörs av välfärdstjänster och andra samhällstjänster som är av allmänt intresse och som omfattas av skyldigheter för det allmänna att tillhandahålla dem men där finansieringen är så ordnad att dessa tjänster utförs mot ersättning i den mening som avses i artikel 57 i funktionsfördraget. Tjänsterna kan utföras mot avgifter från brukarna eller bekostas av olika typer av försäkringar vilket är en vanlig finansieringsmodell i många medlemsländer. Dessa välfärdstjänster är därmed "ekonomiska" i EU-rättslig mening." Den senare kategorin benämns också "icke-ekonomiska tjänster" och avser välfärdstjänster som är helt eller väsentligen skattefinansierade och som därmed är, så som EU-domstolen uttrycker det, "gratis" för brukarna<sup>21</sup>.

Ett samlingsbegrepp är "tjänster av allmänt intresse". Det inkluderar både "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" och "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Enligt kommissionen ryms här "en rad olika verksamheter... [som] är grundläggande för medborgarnas och näringslivets

<sup>20</sup> Detta framgår bland annat av kommissionens Vitbok om tjänster av allmänt intresse, KOM(2004) 374 slutlig.

<sup>21</sup> C-205/03 P, p. 8.

*dagliga verksamhet och kännetecknar den europeiska modellen.*<sup>22</sup>. Vad som är "tjänster av allmänt intresse" kan variera mellan medlemsstaterna. Begreppet kan omfatta också andra samhällstjänster än de tjänster som finns uppräknade i bilaga XIV till det nya direktivet, till exempel avfallstjänster, lotsning och posttjänster. De kan beskrivas som alla "sådana tjänster som de offentliga myndigheterna anser är av allmänt intresse och som omfattas av vissa skyldigheter att tillhandahålla dem"<sup>23</sup>.

I promemorian används också begreppen "offentligt finansierade tjänster" och "skattefinansierade tjänster" som synonyma begrepp. Även om det allmänna också har andra inkomstkällor än skatteintäkter är denna inkomstkälla, i vart fall i Sverige, den absolut viktigaste när det gäller utbildning, hälso- och sjukvård samt sociala tjänster.

Begreppet "kommersiella tjänster" har jag valt som samlingsnamn för övriga tjänster vilka utbjuds på marknaden på marknadsmässiga villkor och vilka saknar de egenskaper som utmärker "tjänster av allmänt intresse". De omfattas till exempel inte av någon lagstadgad skyldighet för det allmänna att tillhandahålla dessa tjänster till medborgarna eller av någon offentlig finansiering.

I promemorian används också om vartannat "ekonomisk" respektive "icke-ekonomisk" tjänst eller verksamhet. En "icke-ekonomisk" verksamhet är här synonymt med en "icke-ekonomisk" tjänst men kan också syfta på den organisatoriska enhet som tillhandahåller eller ansvarar för tillhandahållandet av en "icke-ekonomisk" tjänst. Ett annat EU-rättsligt begrepp för en organisatorisk enhet som bedriver "ekonomisk" verksamhet är "företag".

## 2. Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse

I samtliga tre nya upphandlingsdirektiv finns det ett påpekande att direktivet inte omfattar "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Utöver det faktum att dessa tjänster inte omfattas av direktiven är slutsatsen i denna PM att de heller inte omfattas av någon skyldighet att i vissa fall genomföra en öppen konkurrensutsättning grundad på de allmänt hållna bestämmelserna om fri rörlighet i EU:s funktionsfördrag. Stöd för det senare i ett protokoll som EU antog den 18 oktober 2007, Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse (Protokollet).

Protokollet, som har samma dignitet som fördragen och därmed är en del av EU:s primärrätt<sup>24</sup>, består av två artiklar. Den första artikeln avser "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse":

---

<sup>22</sup> Kommissionen, "Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande", KOM(2007) 725 slutlig, s. 3.

<sup>23</sup> Ibid., s. 4.

<sup>24</sup> Jean-Claude Piris, *The Lisbon Treaty*, Cambridge 2010, s. 316.



*Unionens gemensamma värden i fråga om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse i den mening som avses i artikel 14 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt inbegriper särskilt*

*- nationella, regionala och lokala myndigheters avgörande roll och stora handlingsutrymme när det gäller att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt ekonomiskt intresse så nära användarnas behov som möjligt,*

*- mångfalden av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till,*

*- en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter.*

Denna artikel slår alltså fast att medlemsstaterna, också på lokal nivå, har ett stort handlingsutrymme att tillhandahålla, beställa och organisera "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". Artikel 14 ger vid handen att upphandling av "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" inte ska lyda under samma stränga regelverk som gäller för upphandling av andra tjänster eller för den delen av varor och entreprenader. Protokollets första artikel är en av flera bestämmelser i EU:s primärrätt som framhäver den särställning som EU-rätten ger "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". Andra bestämmelser är artikel 14 och 106.2 i funktionsfördraget<sup>25</sup>. Av artikel 154.4 och artikel 168.7 framgår att medlemsstaterna har ett särskilt oberoende vad gäller fastställandet av principerna för sina system för social tygghet och organisationen av hälso- och sjukvård. Det nya direktivets mycket flexibla regler för upphandling av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" är ett exempel på denna särställning.

Men protokollet har också en andra artikel som avser "tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art" (som det heter i den svenska språkversionen av protokollet). Denna artikel har en mycket mer kortfattad och entydig 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."*

I den juridiska debatten finns det en osäkerhet rörande den rättsliga vidden av artikel 2. Det råder dock ingen tvekan om att protokollet och inte minst dess andra artikel har betydelse<sup>26</sup>. Med tanke

<sup>25</sup> Se Madell, "Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv", Sieps 2011:8, ss. 22-23.

<sup>26</sup> Piris: "Whatever might happen in the field of secondary law, Protocol no. 26, which has Treaty legal value, will probably have consequences in the way the Treaty has to be interpreted in this area." (s. 316). Dragana Damjanovic och Bruno De Witte: "Article 1 of the Protocol is presented as an interpretation of the new Article 14 TFEU... it spells out in a grammatically and stylistically clumsy

på artikelns entydiga innehåll ligger det nära till hands att anta att "tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art" helt faller utanför EU-rätten. Detta är också den slutsats som Dragana Damjanovic och Bruno De Witte drar i EUI Working Papers, Law 2008/34, "Welfare Integration through EU Law: The Overall Picture in the Light of the Lisbon Treaty. Enligt dem är Artikel 2 "a more radical statement seeking to shield non-economic services from the impact of EU law altogether."<sup>27</sup>

Den så kallade OFUKI-utredningen<sup>28</sup> tog i betänkandet "Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor, SOU 2011:43 upp frågan om "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" måste upphandlas. OFUKI-utredningen konstaterade att det inte fanns någon definition i EU-rätten av vad som är "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse"<sup>29</sup>, men noterade samtidigt att EU-domstolen ansett att en mängd olika samhällstjänster hörde hit såsom lotsning, postverksamhet, akuttransporter och avfallshantering<sup>30</sup>. Enligt OFUKI-utredningen gav EU:s reglering av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse "upphov till frågan huruvida ett företag kan anförtros att tillhandahålla sådana tjänster med verkan på så sätt att dessa inte behöver upphandlas"<sup>31</sup>. OFUKI-utredningen stannade vid slutsatsen att det inte fanns fog för något generellt undantag för dessa tjänster<sup>32</sup>. OFUKI-utredningens konstaterande gällde "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". OFUKI-utredningen gick inte in på vad som skulle gälla för "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Tom Madell konstaterar att denna kategori tjänster "berörs... endast i ringa omfattning av fördragen"<sup>33</sup> samt att det ofta sätts "likhetstecken mellan... obligatorisk utbildning, sjukvård och omsorg, arbetsförmedling och allmännyttiga bostadsföretag och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Han svarar emellertid inte på om det är så utan nöjer sig med att konstatera att frågan är "komplicerad"<sup>34</sup>. Upphandlingsutredningen 2010 berör mycket kortfattat "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" i SOU 2013:12 "Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling", där det konstateras att tjänstens "eventuella ekonomiska natur beror på hur verksamheten utövas, organiseras och finansieras" samt att "icke-ekonomisk verksamhet...

---

way the 'shared values' which are referred to in Article 14. Article 2 is a more radical statement seeking to shield non-economic services from the impact of EU law altogether." EUI Working Papers LAW No 2008/34, s. 28.

<sup>27</sup> Not 22.

<sup>28</sup> SOU 2011:43, *Offentlig upphandling från eget företag?! – och vissa andra frågor*, ss. 497-503. Förkortningen OFUKI står för Offentliga Företag Upphandling, Kontroll och Insyn.

<sup>29</sup> I Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse, KOM(2003) 270 slutlig, konstaterar kommissionen att begreppet "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" inte definieras i fördraget eller sekundärlagstiftningen. "I gemenskapens praxis råder dock bred enighet om att termen avser ekonomiska tjänster som medlemsstaterna eller gemenskapen bedömer ligger i allmänhetens intresse och därför skall omfattas av särskilda förpliktelser." (p. 16)

<sup>30</sup> *Ibid.*, s. 498.

<sup>31</sup> SOU 2011:43, s. 497.

<sup>32</sup> *Ibid.*, s. 503.

<sup>33</sup> Tom Madell, *Tjänster av allmänt intresse – ett svenskt perspektiv*, Sieps 2011:8, s. 39.

<sup>34</sup> *Ibid.*, s. 47.

berörs överhuvudtaget inte av EU-rätten”<sup>35</sup>. Någon närmare analys av vad som är ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” görs emellertid inte i betänkandet.

Frågan vad som är ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” är emellertid av avgörande betydelse inte bara för de krav som Malmö har lyft, utan för EU-rättens tillämplighet över huvudtaget. Är tjänsten ”icke-ekonomisk” gäller vare sig EU:s bestämmelser och principer om fri rörlighet eller om konkurrens, inbegripet EU:s bestämmelser om upphandling<sup>36</sup>. Enligt José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, är skillnaden ”enorm”<sup>37</sup>. Eftersom samtliga tre nya direktiv säger att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” faller utanför deras tillämpningsområde finns det anledning att närmare utreda vad detta är för något. En förklaring till att detta inte gjorts hittills kan vara att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” uppfattas som något mycket sällsynt och något som normalt inte läggs på externa utförare<sup>38</sup>. Men slutsatserna i denna promemoria är att för svenskt vidkommande är dessa tjänster varken sällsynt förekommande eller något som är reserverat för offentliga utförare.

### 3. Vad är ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”?

För att besvara frågan vad som gör en tjänst ”icke-ekonomisk” kan det vara lämpligt att börja i andra änden, dvs. genom att svara på frågan vad som enligt EU-rätten gör att en tjänst är att ses som ”ekonomisk” (begreppen anges med citattecken för att markera att de är EU-rättsliga begrepp).

Enligt EU-domstolen i C-281/06 (Jundt) ”är den bestämmande faktorn avseende huruvida en verksamhet omfattas av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster dess ekonomiska karaktär.”<sup>39</sup> Tjänstens ”ekonomiska” karaktär består i att den kräver en motprestation. Enligt

---

<sup>35</sup> Se SOU 2013:12, ss. 511-512. Upphandlingsutredningen 2010 drar dock den, enligt min mening felaktiga slutsatsen att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” inte får konkurrensutsättas.

<sup>36</sup> Endast artikel 18 i funktionsfördraget gäller för icke-ekonomiska tjänster (C-56/09 (Zanotti), p. 24). Artikel 18 i funktionsfördraget är ett allmänt förbud mot diskriminering som också gäller mot enskilda, t.ex. privata arbetsgivare (se Bernitz, *Europarättens genomslag i svensk rätt – var står vi idag?*, 2009-10 NR 3, s. 489).

<sup>37</sup> José Luis Buendia Sierra, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law*, Oxford, 1999 och 2004, p. 1.143: ”The law applicable to non-economic activities of the State is radically different [from economic activities, min anm.]. The State enjoys a wide discretion when organizing such services and may freely grant exclusivities and subsidies without causing the activities in question to be subject to the competition rules. It is clear that although labeling an activity as economic does not necessarily imply that the anti-competitive restrictions linked to the activity are illegal it does entail an obligation to justify such restrictions in the light of Articles 31 and/or 86; such an obligation does not exist when it is a question of a non-economic activity. The consequences of this distinction are thus enormous.”

<sup>38</sup> Se t.ex. SOU 2013:12, ”Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling”, s. 511: ”Icke-ekonomisk verksamhet, som till exempel verksamhet inom polis- och rättsväsende, får inte konkurrensutsättas och berörs överhuvudtaget inte av EU-rätten.”

<sup>39</sup> C-281/06, p. 32.

artikel 57 i funktionsfördraget ska det vara en tjänst som normalt utförs mot ersättning<sup>40</sup>. Första meningen i artikel 57 har följande lydelse:

*”Som ”tjänster” i fördragens mening ska anses prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.”*

Tjänsten måste alltså normalt utföras mot ”ersättning” för att omfattas av EU-rätten. Vad som menas med ”ersättning” utvecklas närmare i EU-domstolens praxis. Av denna praxis framgår att ersättningen för en tjänst normalt består av pengar även om den också kan vara en naturaprestation, till exempel en gentjänst<sup>41</sup>. Utgångspunkten är att ersättningen betalas av den person som mottar tjänsten. Den klassiska marknadsmässiga transaktionen är enligt generaladvokaten i C-51/96 och C-191/97 (Deliège) att *”en person tillhandahåller en tjänst direkt till mottagaren och erhåller ersättning från denne.”*<sup>42</sup>

Men även om ersättningen normalt kommer från mottagaren av tjänsten så anser EU-domstolen att ersättningen i vissa fall också kan komma från en tredje part. EU-domstolen har i några domar utvecklat detta, dvs. att betalning också från tredje man kan utgöra ”ersättning” i den mening som avses i artikel 57 i funktionsfördraget. Det första avgörandet är 352/85 (Bond van Adverteerders) som avsåg reklamfinansierade TV-program vilka producerades i ett medlemsland men vidaresändes av ett kabelföretag i ett annat medlemsland till tittare i det andra medlemslandet. Den omständigheten att kabelföretaget inte tog betalt av Tv-bolaget för vidaresändningen utan istället fick betalt av tittarna genom licensavgifter innebar inte att tjänsten vidarsändning var ”icke-ekonomisk”.<sup>43</sup> I en annan dom, i de nyss nämnda förenade målen C-51/96 och C-191/97 (Deliège), ansågs på samma sätt elitidrottarens deltagande i internationella tävlingar vara en ”ekonomisk” tjänst trots att idrottaren inte fick betalt för tjänsten att delta i tävlingen av tävlingsarrangören utan av sina sponsorer. Likaså ansågs tävlingsarrangörens beredande av en möjlighet för idrottaren att delta i tävlingen vara en ”ekonomisk” tjänst trots att ersättningen inte kom från idrottaren men väl från den betalande publiken och Tv-bolag som fick sända från tävlingen<sup>44</sup>.

Exempel på betalning från en tredje part finns också i några domar som rör gränsöverskridande sjukvård där vården ansetts vara ”ekonomisk” när kostnaden i slutändan täckts av patientens sjukförsäkring. I till exempel C-157/99 (Smits och Peerbooms) var den avgörande faktorn att

---

<sup>40</sup> Ibid., p. 28.

<sup>41</sup> C-196/87 (Udo Steymann).

<sup>42</sup> Förslag till avgörande i C-51/96 och C-191/97, p. 57.

<sup>43</sup> 352/85, p. 16.

<sup>44</sup> C-51/96 och C-191/97, pp. 56-57.

vården inte var "gratis" eftersom vårdgivaren i den medlemsstat dit patienten begett sig för att få vård tog betalt för vården<sup>45</sup>. I C-372/04 (Watts) gjorde den brittiska sjukvårdsmyndigheten National Health Service gällande att Yvonne Watts anspråk på ersättning för hennes kostnader för en operation utförd i Frankrike inte omfattades av EU:s bestämmelser om fri rörlighet för tjänster eftersom sjukvård i Storbritannien var skattefinansierad och därmed en "icke-ekonomisk" tjänst. EU-domstolen konstaterade att det var irrelevant om motsvarande vård var kostnadsfri i Storbritannien eftersom operationen utförts i Frankrike mot betalning. Operationen var därmed en sådan tjänst som normalt utförs mot ersättning och omfattades av EU:s bestämmelser om fri rörlighet för tjänster<sup>46</sup>. Samma utgång blev det i andra mål som rört gränsöverskridande sjukvård där vården utförts i en annan medlemsstat mot krav på betalning, till exempel C-158/96 (Kohll), C-368/98 (Vanbraekel) och C-385/99 (Müller-Fauré och Van Riet)<sup>47</sup>. I inget av dessa mål var vården "gratis" i den meningen att den aktuella vården var offentligt finansierad (se nedan). Den omständigheten att patienten vid hemkomsten begärde återbetalning för sina kostnader av hemlandets myndigheter ändrade inte detta förhållande.

Även om EU-domstolen gett begreppet "ersättning" en bred definition så framgår det också när det inte är fråga om "ersättning". Enligt EU-domstolen är välfärdstjänster som av solidariska skäl<sup>48</sup> finansieras över den offentliga budgeten, eller på annat sätt som innebär en solidarisk finansieringsform där tjänsten utförs oberoende av mottagarens betalningsförmåga, inte tjänster som utförs mot "ersättning". De är i stället tjänster som tillhandahålls "gratis" och därmed "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Detta slås fast i flera domar men det vägledande avgörandet är 263/86 (Humbel).

### 3.1 263/86 (Humbel)

René och Marie-Thérèse Humbel var franska medborgare bosatta i Luxemburg där René hade sitt arbete. De stämdes inför belgisk domstol när de vägrade betala skolavgift om 35 000 belgiska franc för deras sons skolgång i en belgisk gymnasieskola. Den belgiska domstolen begärde EU-domstolens svar om dåvarande artikel 59 i EG-fördraget om fri rörlighet för tjänster (numera artikel 56 i funktionsfördraget) hindrade Belgien från att ta ut skolavgift från medborgare från ett annat medlemsland när ingen avgift togs ut av belgiska elever. EU-domstolen konstaterade att gymnasieutbildning var en offentligt finansierad välfärdstjänst och därmed inte en sådan tjänst som normalt utförs mot ersättning. Den omständigheten att Belgien tog ut en avgift från utländska

<sup>45</sup> Se C-157/99 (Smits och Peerbooms), p. 55.

<sup>46</sup> C-372/04 (Watts), pp. 88-91.

<sup>47</sup> Se C-158/96 (Kohll), p. 29, C-368/98 (Vanbraekel), p. 2, p. 13, p. 17 och p. 40 samt C-385/99 ((Müller-Fauré och Van Riet), p. 39.

<sup>48</sup> EU-domstolen använder ordet "solidarisk" finansiering (se C-159/91 och C-160/91, pp. 8-12). Ett annat ord skulle kunna vara "fördelningspolitisk".

elever stred därför inte mot friheten att tillhandahålla tjänster eftersom den fria rörligheten endast avsåg sådana tjänster vilka normalt utförs mot ersättning<sup>49</sup>.

Det avgörande kännetecknet för "ersättning" låg i den betalning som tjänstemottagaren gav efter överenskommelse med utföraren. För offentligt finansierad utbildning saknades emellertid detta attribut (domen finns inte på svenska varför jag citerar från den engelska språkversionen av domen):

*"That characteristic is, however, absent in the case of courses provided under the national education system. First of all, the State, in establishing and maintaining such a system, is not seeking to engage in gainful activity but is fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields. Secondly, the system in question is, as a general rule, funded from the public purse and not by pupils or their parents... The answer... should therefore be that courses taught in a technical institute which form part of the secondary education provided under the national education system cannot be regarded as services for the purposes of Article 59 of the EEC Treaty [nu artikel 56 i funktionsfördraget], properly construed."<sup>50</sup>*

Enligt EU-domstolen var det alltså två skäl till varför undervisning på en belgisk gymnasieutbildning – som utgjorde en del av ett nationellt utbildningssystem - inte var en "ekonomisk" tjänst, dels hade undervisningen inte ett vinstsyfte utan ett socialt-, kulturellt- och utbildningspolitiskt syfte, dels var undervisningen offentligt finansierad. I ett senare avgörande säger EU-domstolen att välfärdstjänster som är offentligt finansierade erbjuds "gratis"<sup>51</sup>. Man kan naturligtvis invända att inte heller skattefinansierade tjänster är "gratis" bara därför att finansieringen sker över skattesedel. Icke desto mindre använder EU-domstolen ordet "gratis" när tjänstemottagaren inte behöver betala för tjänsten därför att den är offentligt finansierad<sup>52</sup>.

Av Humbel framgår vidare att tjänstens "icke-ekonomiska" karaktär inte förändras av att eleverna och deras föräldrar måste betala en skolavgift så länge denna avgift endast utgör ett mindre del av kostnaden<sup>53</sup>. I C-109/92 (Wirth) förklarade EU-domstolen att en "icke-ekonomisk" tjänst var "finansierad huvudsakligen med offentliga medel"<sup>54</sup>.

I C-246/08 (kommissionen mot Finland), som rörde frågan om Finland var skyldig att ha moms på skattesubventionerad rättshjälp, ansåg EU-domstolen att kravet enligt artikel 2.1 i det sjätte

---

<sup>49</sup> Ibid., p. 15.

<sup>50</sup> Ibid., p. 18 och p. 20. EU-domstolen upprepar detta i flera senare domar, så till exempel i C-318/05, pp. (kommissionen mot Tyskland), pp. 67-68 och C-281/06 (Jundt), p. 30.

<sup>51</sup> Se C-205/03 P. p. 8.

<sup>52</sup> Se t.ex. C-205/03 P, p. 8 och generaladvokatens förslag till avgörande i C-281/06, p. 12.

<sup>53</sup> C-263/86, p. 19

<sup>54</sup> C-109/92, p. 19: "...financed essentially out of public funds..."

momsdirektivet<sup>55</sup> att en tjänst måste ske *"mot vederlag"* innebar att det måste finnas *"ett direkt samband mellan tjänsten och motvärdet"* som mottagaren betalade för tjänsten<sup>56</sup>. I de fall mottagaren enligt den finska rättshjälpslagstiftningen var skyldig att betala en mindre avgift relaterad till vederbörandes inkomst saknades det ett sådant samband mellan avgiften och *"det faktiska värdet på den tillhandahållna tjänsten"*<sup>57</sup>. Därför var varken den helt skattefinansierade rättshjälpen eller den skattesubventionerade rättshjälpen en *"ekonomisk"* verksamhet.

I E-5/07 ansåg EFTA-domstolen att kommunala förskolor i Norge bedrev en *"icke-ekonomisk"* verksamhet trots att barnomsorgsavgiften uppgick till 20 procent av kostnaden. EFTA-domstolen motiverade detta med att de kommunala förskolorna hade ett viktigt socialt, kulturellt, utbildningsmässigt och pedagogiskt syfte, att kommunerna enligt lag var skyldiga att erbjuda barnomsorg, att det saknades samband mellan avgiftens storlek och kostnaden för barnomsorgen samt att avgiften endast var en liten del av kostnaden och därför skulle ses som ett bidrag till ett system som huvudsakligen var offentligt finansierat. Det som utmärkte den offentliga finansieringen var dess solidariska karaktär, dvs. att det inte fanns något samband mellan en persons rätt till tjänsten och hur mycket samma person har bidragit till dess finansiering<sup>58</sup>.

I *Cisal*, som rörde frågan om ett italienskt offentligt organ som förvaltade en arbetsskade-försäkring var ett *"företag"*, förklarade EU-domstolen att det inte var tillräckligt att ett försäkringssystem hade ett socialt syfte för att detta skulle anses vara en *"icke-ekonomisk"* verksamhet. Försäkringssystemet måste också innebära *"ett genomförande av solidaritetsprincipen"*<sup>59</sup>. I *Cisal* bestod detta i avsaknaden av ett *"direkt samband mellan de avgifter som erlagts och de förmåner som utbetalas"*<sup>60</sup>. Dessutom var förmånerna fastställda i lag samt både avgifternas och förmånernas storlek fastställdes i sista hand av staten<sup>61</sup>.

I *FENIN (C-205/03 P)*, som rörde sjukvård i Spanien, återkommer EU-domstolen och förstainstansrätten till dessa två egenskaper - tjänstens sociala karaktär och dess solidariska finansiering - som bestämmande för en tjänsts *"icke-ekonomiska"* karaktär<sup>62</sup> (domen kommenteras mer utförligt nedan).

---

<sup>55</sup> Rådets direktiv 77/388/EEG av den 17 maj 1977 om harmonisering av medlemsstaternas lagstiftning rörande omsättningsskatter – Gemensamt system för mervärdesskatt: enhetlig beräkningsgrund

<sup>56</sup> C-246/08, p. 45.

<sup>57</sup> *Ibid.*, p. 49.

<sup>58</sup> E-5/07, p. 82.

<sup>59</sup> C-218/00, p. 38.

<sup>60</sup> *Ibid.*, p. 42.

<sup>61</sup> *Ibid.*, p. 43.

<sup>62</sup> Se särskilt C-205/03 P, p. 8 och T-319/99, pp. 37-39.

### 3.2 C-41/90 (Höfner)

Enligt Humbel är den offentliga finansieringen avgörande för om en välfärdstjänst är "icke-ekonomisk". I Cisal ska ett försäkringssystem finansieras på ett sådant sätt att det innebär ett "genomförande av solidaritetsprincipen"<sup>63</sup>. Den solidariska finansieringens betydelse för en välfärdstjänst "icke-ekonomiska" karaktär framgår också av andra domar som Poucet och Pistre<sup>64</sup>, Wirth<sup>65</sup>, Smits och Peerbooms<sup>66</sup>, FENIN<sup>67</sup> med flera domar. I ett annat rättsfall, C-41/90 (Höfner), ger emellertid EU-domstolen en annan definition av vad som gör en tjänst "ekonomisk". Klaus Höfner och Fritz Eiser var rekryteringskonsulter som gick till domstol när de inte fick betalt för ett utfört rekryteringsuppdrag. Den tyska domstolen ville ha svar från EU-domstolen om tysk lag, enligt vilken rekrytering var en exklusiv uppgift för den offentliga arbetsförmedlingen var förenlig med EU:s konkurrensbestämmelser. En förutsättning för att EU-domstolen skulle kunna pröva den tyska lagens förenlighet med EU-rätten var att chefsrekrytering var en "ekonomisk" tjänst.

Enligt EU-domstolen var den det. EU-domstolens motivering var något överraskande och har ifrågasatts i litteraturen<sup>68</sup>. Enligt EU-domstolen hade nämligen "*[a]rbetsförmedlingsverksamhet... inte alltid utövats av offentliga organisationer och behöver inte nödvändigtvis utövas av sådana organisationer. Detta konstaterande gäller särskilt arbetsförmedlingsverksamhet som avser chefer inom näringslivet.*"<sup>69</sup> EU-domstolen frångick här finansieringen som bestämmande faktor. I stället utgjordes tjänstens "ekonomiska" karaktär av att den också utfördes, eller i vart fall kunde utföras, av privata företag.

Utgångspunkten för Höfner påverkar naturligtvis innebörden av Protokollets andra artikel liksom innebörden av beaktandesats 6 i det nya direktivet högst väsentligt. Höfner utgår från utförandet, dvs. att tjänster som kan utföras av privata företag är "ekonomiska". Utgångspunkten i Humbel är å andra sidan finansieringen. Enligt Humbel är gymnasieutbildning inte en "ekonomisk" tjänst om den är väsentligen offentligt finansierad. Valet mellan Höfner och Humbel har naturligtvis också avgörande betydelse för de frågor som Malmö har ställt. Det är väldigt få skattefinansierade välfärdstjänster som inte kan utföras av privata företag. I Sverige ägs ett flertal friskolor och vård företag av riskkapitalbolag. Genom definitionen av "ekonomisk" verksamhet i Höfner underkastas i princip all offentlig verksamhet EU:s bestämmelser om fri rörlighet och konkurrens, inbegripet EU:s upphandlingsregler.

---

<sup>63</sup> C-218/00, pp. 38 – 44.

<sup>64</sup> De förenade målen C-159/91 och C-160/91.

<sup>65</sup> Se not 40.

<sup>66</sup> C-157/99.

<sup>67</sup> C-205/03 P.

<sup>68</sup> Se Sierra, pp. 1.155 – 1.160.

<sup>69</sup> C-41/90, p. 22.



José Luis Buendia Sierra är kritisk till Höfner eftersom konsekvensen av denna dom var att

*“almost all State services, in fields such as education, health, pensions, and so on, being brought within the scope of the competition rules.”<sup>70</sup>*

Enligt Sierra är detta en alldeles för långtgående konsekvens varför EU-domstolen också sett sig nödgad att revidera denna definition av “ekonomisk” verksamhet i senare mål (*“Whatever the reasons, the enormous implications of considering public pension systems subject to competition rules made the Court open its eyes and substantially modify its definition of the concept of economic activity”*)<sup>71</sup>. Konsekvenserna av definitionen i Höfner är också anledningen till att EFTA-domstolen i ett avgörande från den 21 februari 2008, i mål E-5/07, valde bort Höfner och i stället godtog definitionen av “ekonomisk” tjänst i Humbel. Enligt Sierra gjorde EU-domstolen detsamma i de förenade målen C-159/91 och C-160/91 (Poucet och Pistre) som kom bara ett drygt år efter att domen i Höfner<sup>72</sup>. Poucet och Pistre rörde frågan om en fransk försäkringskassa som förvaltade en sjuk- och pensionsförsäkring var ett “företag” och därmed underkastad EU:s konkurrensbestämmelser. Enligt EU-domstolen var försäkringskassan inte det eftersom försäkringen eftersträvade *“ett socialt mål och bygger på solidaritetsprincipen”*<sup>73</sup>. Vidare saknade försäkringskassan vinstsyfte<sup>74</sup>. Därmed fanns det inte anledning för EU-domstolen att gå in på frågan om den franska sjukkassans dominerande ställning var förenlig med fördragets konkurrensbestämmelser<sup>75</sup>. Trots att försäkringen betalades med avgifter från försäkringstagarna var förvaltningen av den inte en “ekonomisk” verksamhet eftersom finansieringen hade ett så starkt solidariskt inslag<sup>76</sup>. Så som framgår ovan gjorde EU-domstolen en liknande bedömning C-218/00 (Cisal) som rörde en italiensk arbetsskadeförsäkring.<sup>77</sup> I dessa mål var, precis som i Humbel, den solidariska finansieringen avgörande.

I C-475/99 (Ambulanz Glöckner), motiverade EU-domstolen varför sjuktransporter i den tyska delstaten Rheinland-Pfatz var en “ekonomisk tjänst” genom att sätta sig på båda stolarna. Sjuktransporterna utfördes nämligen *“mot ersättning från användarna”* (Humbel), dessutom hade de *“inte alltid tillhandahållits, och behöver inte nödvändigtvis tillhandahållas, av sjukvårdsorganisationer eller offentliga myndigheter”*<sup>78</sup> (Höfner). Möjligen ska Ambulanz Glöckner

---

<sup>70</sup> Sierra, p. 1.159.

<sup>71</sup> Ibid., p. 1.160.

<sup>72</sup> Sierra, pp. 1.161-1.165.

<sup>73</sup> C-159/91 och C-160/91, p. 8.

<sup>74</sup> Ibid., p. 18.

<sup>75</sup> Ibid., pp. 19-20.

<sup>76</sup> Ibid., pp. 10-12.

<sup>77</sup> Ibid., p. 45.

<sup>78</sup> C-475/99, p. 20.

tolkas så att en tjänst måste uppfylla båda definitionerna för att vara "ekonomisk", dvs. den måste både utföras mot "ersättning" och kunna utföras av privata företag.

En förklaring till utgången i Höfner kan vara tjänstens kommersiella karaktär. Höfner avsåg rekrytering av chefer till företag inom näringslivet. I domen antyds att detta hade betydelse för utgången ("*Detta konstaterande gäller särskilt arbetsförmedlingsverksamhet som avser chefer inom näringslivet*"<sup>79</sup>). Man kan också invända att Höfner rör EU:s konkurrensbestämmelser medan Humbel avser EU:s bestämmelser om fri rörlighet samt att EU:s upphandlingsdirektiv har sitt ursprung i det senare rättsområdet<sup>80</sup>.

### 3.3 E-5/07 (norska barnomsorgsmålet)

Valet mellan Humbel eller Höfner ställdes på sin spets i ett mål i EFTA-domstolen, E-5/07, som rörde norsk barnomsorg. I Norge var barnomsorg huvudsakligen offentligt finansierad men tillhandahölls av både kommunala och privata utförare. De privata förskolornas intresseorganisation Private Barnehagers Landsforbund (PBL) gjorde gällande att det statliga bidragen till de kommunala daghemmen, som var högre än bidragen till de privata, var ett otillåtet statsstöd. En förutsättning för att EU:s statsstödsregler skulle bli tillämpliga var att de kommunala daghemmen kunde anses bedriva "ekonomisk" verksamhet och därmed var "företag". PBL ansåg att de kommunala förskolorna var det och åberopade till stöd för detta definitionen av "företag" och "ekonomisk verksamhet" enligt Höfner. Barnomsorg kunde utföras av privata företag med vinstsyfte och utfördes också av privata företag i Norge<sup>81</sup>.

Men EFTA-domstolen godtog inte PBL:s argumentation. Enligt EFTA-domstolen skulle detta få orimliga konsekvenser eftersom det skulle göra i princip all offentlig verksamhet "ekonomisk" förutom ren myndighetsutövning ("*Such an interpretation would basically bring any activity of the State not consisting in an exercise of public authority under the notion of economic activity.*")<sup>82</sup>. EFTA-domstolen utgick i stället från definitionen i Humbel<sup>83</sup>. EFTA-domstolen konstaterade att barnomsorg i Norge till 80 procent bekostades av offentliga medel, att det saknades koppling mellan kostnaden för barnomsorgen och den avgift som föräldrarna måste betala, att kommunerna var skyldiga enligt lag att tillhandahålla barnomsorg samt att daghemmen i Norge hade ett viktigt socialt, kulturellt och pedagogiskt ändamål varför barnomsorg i Norge inte är en

---

<sup>79</sup> C-41/90, p. 22 sista meningen.

<sup>80</sup> Se t.ex. direktiv 2014/24, beaktandesats 1.

<sup>81</sup> E-5/07, p. 68.

<sup>82</sup> Ibid., p. 80: "*It follows that the specific circumstances under which the activity is performed have to be taken into account in order to assess whether the Norwegian municipalities, when offering their kindergarten places, are providing a service as an economic activity or whether they are exercising their powers in order to fulfill their duties towards their population. In this respect, the reasoning of the ECJ in Humbel, which concerned the notion of 'service' within the meaning of the fundamental freedoms, can be transposed to a State aid case such as the one at hand.*"

<sup>83</sup> Ibid.

tjänst som normalt utförs mot ersättning<sup>84</sup>. Enligt EFTA-domstolen var barnomsorg i Norge därför inte en "ekonomisk" verksamhet. Därmed var inte heller bidragen till de kommunala daghemmen statsstöd. Domen slår fast att det är finansieringen och inte i vilken utsträckning utförandet är privatiserat som avgör om en tjänst med ett socialt syfte är "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk".

I E-5/07 slår alltså EFTA-domstolen fast att de kommunala daghemmen inte bedrev någon "ekonomisk" verksamhet. Fråga är då om samma sak gäller också för de privata daghemmen. Denna fråga blev föremål för bedömning hos EFTA:s motsvarighet till kommissionen, EFTA Surveillance Authority (ESA) i ett ärende som rörde EU:s statsstödsregler tillämplighet på norska statens stöd till de privata daghemmen. Enligt ESA:s preliminära bedömning gällde samma sak för de privata som för de kommunala daghemmen. Eftersom barnomsorg var huvudsakligen offentligt finansierad bedrev inte de privata daghemmen någon "ekonomisk" verksamhet och följaktligen var de inte heller några "företag" i EU-rättslig mening<sup>85</sup>.

Att EFTA-domstolens domar utgör en del av den EU-rättsliga praxisen framgår till exempel av ett meddelande från kommissionen, som i skrivandes stund endast finns som utkast. I detta meddelande anger kommissionen – med hänvisning till EFTA-domstolens avgörande i E-5/07 - offentligt finansierade förskolor som exempel på en verksamhet som kan vara "icke-ekonomisk"<sup>86</sup>.

#### 3.4 Skattefinansierade välfärdstjänster är "icke-ekonomiska tjänster"

I ett arbetsdokument från den 29 april 2013, som ska tjäna som vägledning till EU-rättens regler om statsstöd och offentlig upphandling<sup>87</sup>, anger kommissionen vilka verksamheter som inte utgör "ekonomiska" verksamheter enligt artikel 107.1 i EU:s funktionsfördrag. Kommissionen delar in dessa i två huvudkategorier. Den ena kategorin utgörs av verksamheter som är kopplade "*till utövandet av statliga befogenheter*". Hit räknar kommissionen verksamheter såsom militär och polisiär verksamhet, luftfartsäkerhet, föroreningskontroll samt kriminalvård<sup>88</sup>. Den andra kategorin är enligt kommissionen "*icke-ekonomisk verksamhet av rent social natur*". I den andra kategorin ingår bland annat följande uppgifter:

---

<sup>84</sup> Ibid., pp. 82-93.

<sup>85</sup> ESA, skrivelse till den norska regeringen, 2012-02-03, Case no: 68577: "*Based on the information at hand, the above considerations of the EFTA Court also seem to apply to private kindergartens under the envisaged legal framework, in particular, since the parents' fees constitute only a fraction of the true costs of the service of private kindergartens and do not seem to qualify as a quid-pro-quo vis-à-vis the private kindergartens... Based on the information at hand the Authority comes to the preliminary conclusion that the activities of private kindergartens in Norway should a priori be considered as non-economic in nature*" (ss. 1-2)

<sup>86</sup> Utkast till kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd i enlighet med artikel 107.1 i EUF-fördraget, not 42.

<sup>87</sup> SWD(2013) 53 final. Vägledning om hur Europeiska unionens bestämmelser om statligt stöd, offentlig upphandling och den inre marknaden ska tillämpas på tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, särskilt sociala tjänster av allmänt intresse.

<sup>88</sup> Ibid., p. 27.

*"Administrering av obligatoriska försäkringssystem som har ett uteslutande socialt syfte, förvaltas enligt solidaritetsprincipen och erbjuder förmåner som inte är beroende av de inbetalda avgifterna... Barnomsorg och offentlig utbildning som i regel finansieras av statsbudgeten och uppfyller statens sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot befolkningen [samt]... Organiseringen av allmänna sjukhus som är en integrerad del av det nationella hälso- och sjukvårdssystemet och som nästan helt bygger på solidaritetsprincipen, finansieras direkt med sociala avgifter och andra statliga medel och vars tjänster är gratis för dem som är anslutna till systemet på grundval av principen om allmän täckning."*<sup>89</sup>

De svenska obligatoriska, offentligträttsligt reglerade och väsentligen skattefinansierade välfärdstjänsterna ter sig onekligen som tydliga exempel på vad kommissionen benämner *"icke-ekonomiska verksamheter av rent social natur"*.

Exempel i EU-domstolens praxis på tjänster som är *"icke-ekonomiska"* därför att de innebär utövande av statliga befogenheter är C-364/92 (Eurocontrol), som rörde frågan om det europeiska organet för säkrare flygtrafiktjänst, Eurocontrol, var ett *"företag"* samt C-343/95 (Calí), som rörde en italiensk övervakningsmyndighets rätt att ta ut avgifter för miljökontroll av tankfartyg i Genuas hamn.

När det gäller den andra kategorin, dvs. *"icke-ekonomiska verksamheter av rent social natur"* är skattefinansiering, eller annan offentlig finansiering, inte ett absolut krav för att tjänsten ska vara *"icke-ekonomisk"*. I kommissionens arbetsdokument hänvisas bland annat till det ovan nämnda målet Poucet och Pistre<sup>90</sup>, där EU-domstolen slog fast att det organ som ansvarade för förvaltningen av en obligatorisk sjuk- och moderskapsförsäkring för egenföretagare, inte var ett *"företag"* eftersom försäkringens finansiering hade ett tydligt solidariskt inslag<sup>91</sup>. Samma sak gällde

---

<sup>89</sup> Ibid.

<sup>90</sup> SWD(2013) 53 final, not 63.

<sup>91</sup> Trots att försäkringstagaren betalade försäkringsavgifter ansåg alltså EU-domstolen att förmånerna som erhöles genom försäkringen inte var *"ekonomiska tjänster"*. EU-domstolen fäste bland annat avseende vid att rätten till pension inte var proportionell mot de avgifter som betalats in och att personer med ringa tillgångar var befriade från att betala avgift<sup>91</sup>. *"Denna solidaritet"* konstaterade EU-domstolen, *"innebär en omfördelning av inkomsterna mellan de mest välsituerade och de som utan ett sådant system och med hänsyn till sina tillgångar och till sitt hälsotillstånd skulle vara berövade det nödvändiga sociala skyddet"*. Å andra sidan i C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurance*, som rörde en frivillig pensionsförsäkring för egenföretagare inom jordbrukssektorn, ansåg EU-domstolen att finansieringen inte hade samma starka solidariska inslag. Viktiga skäl till detta var att försäkringen var frivillig, att försäkringen förvaltades enligt kapitaliseringsprincipen samt att förmånernas storlek var beroende av avgifternas storlek vilka i sin tur stod i proportion till den försäkrades förvärvsinkomst.

i *Cisal* som rörde en italiensk arbetsskadeförsäkring<sup>92</sup>. Av EU-domstolens praxis framgår alltså att också försäkringssystem kan vara en så solidarisk finansieringsform att verksamheten ska anses vara "icke-ekonomisk" och organet som förvaltar försäkringen inte ett "företag". Det tydligaste exemplet på solidarisk finansiering är emellertid skattefinansiering där välfärdstjänster tillhandahålls helt "gratis" eller endast mot en liten avgift och där det helt saknas koppling mellan rätten till tjänsten och hur mycket mottagaren bidragit till dess finansiering<sup>93</sup>.

Ett antal rättsfall, till exempel EU-domstolens domar i C-263/86 (*Humbel*), C-159/91 och C-160/91 (*Poucet och Pistre*), C-109/92 (*Wirth*) och C-205/03 P (*FENIN*) samt EFTA-domstolens dom i E-5/07, säger samtliga att den solidariska finansieringen är bestämmande för en välfärdstjänsts "icke-ekonomiska" karaktär. I C-41/90 (*Höfner*) ger EU-domstolen en annan definition på vad som gör en tjänst eller verksamhet "ekonomisk". Men enligt författaren till denna promemoria har definitionen av "ekonomisk" verksamhet i *Höfner* inte vunnit något genomslag i EU-domstolens senare praxis. Den valdes också bort av EFTA-domstolen. Slutsatsen är därför att utgångspunkten i *Humbel* bäst speglar vad som enligt EU-rätten är "ekonomiska" respektive "icke-ekonomiska" tjänster. Det ska dock sägas att det fortfarande saknas ett klagande från EU-domstolen som, på samma tydliga sätt som i EFTA-domstolens mål E-5/07, väljer bort definitionen i *Höfner* för definitionen i *Humbel*.

### 3.5 C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 AOK Bundesverband

Även om EU-domstolen inte uttryckligen tagit avstånd från definitionen av "ekonomisk" verksamhet i *Höfner* så kommer man mycket nära detta i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 (AOK Bundesverband).

Bakgrunden var att två läkemedelsföretag väckte talan mot de tyska sjukförsäkringskassornas förbund eftersom förbundet i två omgångar sänkt den maximala ersättning som betalades av sjukförsäkringskassorna för vissa läkemedel. En av de frågor som den nationella domstolen ville ha svar på var om beslutet att sänka maxbeloppet stred mot artikel 81 i dåvarande EG-fördraget (numera

---

<sup>92</sup> C-218/00.

<sup>93</sup> Detta illustreras av det sätt EU-domstolen fastställer huruvida välfärdstjänsten är solidariskt finansierad. I flera mål som *Poucet och Pistre* och de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 AOK Bundesverband (som behandlas mer utförligt nedan) har det varit fråga om en verksamhet som finansieras genom en försäkring. En försäkringsfinansiering innebär att förmånstagaren betalar en avgift eller en premie och i gengäld får vissa förmåner. En försäkringsfinansiering innebär alltså typiskt sett att tjänsten utförs mot ersättning i den mening som avses i artikel 57 i funktionsfördraget. Trots detta har EU-domstolen i några avgöranden som *Poucet och Pistre* och AOK Bundesverband ansett att försäkringsfinansieringen har så starka solidariska inslag att verksamheten ska anses vara "icke-ekonomisk" och det organ som förvaltar försäkringen därför inte ett "företag". Men detta sker efter en samlad bedömning där olika omständigheter vägs samman. I *Humbel* och *FENIN* (som också den behandlas mer utförligt nedan) där det rört sig om offentlig finansiering slår EU-domstolen utan några krusiduller fast att finansieringen är solidarisk och tjänsten därmed "icke-ekonomisk".

artikel 101 i funktionsfördraget) som förbjuder avtal mellan företag eller företagssammanslutningar vilka kan hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på den gemensamma marknaden. För att denna artikel skulle bli tillämplig krävdes att de tyska sjukförsäkringskassorna respektive sjukförsäkringsförbundet var "företag" respektive en "företagssammanslutning" i EU-rättslig mening, vilket i sin tur förutsatte att de bedrev en "ekonomisk" verksamhet.

EU-domstolen svarade att sjukförsäkringskassorna inte bedrev någon "ekonomisk" verksamhet. De var därmed inte heller "företag". Avgörande för bedömningen var att de var skyldiga enligt lag att tillhandahålla obligatoriska förmåner som väsentligen var identiska oberoende av avgifternas storlek, att sjukförsäkringskassorna saknade möjlighet att påverka förmånerna samt att de ingick i en "gemenskap grundad på solidaritet" där kostnader och risker utjämnades mellan sjukförsäkringskassorna<sup>94</sup>. Enligt EU-domstolen var inte heller sjukförsäkringskassornas förbund en "företagssammanslutning" eftersom förbundet saknade något intresse som kunde "särskiljas från försäkringskassornas utslutande sociala syfte"<sup>95</sup>. Tvärtom fullgjorde förbundet en lagstadgad uppgift<sup>96</sup>. Därmed saknades det anledning för EU-domstolen att besvara de övriga frågor som den nationella domstolen hade ställt, till exempel om beslutet kunde försvaras med stöd av dåvarande artikel 86.2 (numera artikel 106.2 i funktionsfördraget). EU-domstolens bedömning i AOK Bundesverband var snarlik den i Poucet och Pistre<sup>97</sup> där det sociala syftet och den solidariska finansieringen var avgörande för verksamhetens "icke-ekonomiska" art.

Det som gör domen extra intressant är det faktum att generaladvokaten gjorde en helt annan bedömning. Enligt honom bedrev de tyska sjukförsäkringskassorna en "ekonomisk" verksamhet. Med hänvisning till Höfner argumenterade generaladvokaten för "att det bästa testet vid bedömningen om en verksamhet är ekonomisk till sin karaktär är huruvida den, åtminstone i princip, kan bedrivas av ett privat företag i vinstsyfte."<sup>98</sup> En viktig omständighet för generaladvokaten var att sjukförsäkringskassorna i viss mån konkurrerade med varandra om försäkringstagarna<sup>99</sup>.

Men EU-domstolen bortsåg helt från generaladvokatens bedömning. För EU-domstolen var sjukförsäkringskassornas sociala funktion grundad på en solidaritetsprincip avgörande<sup>100</sup>.

---

<sup>94</sup> C-264/01 m.fl. pp. 52-55.

<sup>95</sup> Ibid., p. 63.

<sup>96</sup> Ibid., p. 63.

<sup>97</sup> Ibid., p. 55: "Sjukförsäkringskassorna tillhör således den kategori av organ som avses i domarna i de ovannämnda målet Poucet och Pistre samt Cisal. Deras verksamhet skall anses vara av icke ekonomisk art."

<sup>98</sup> C-264/01 m.fl. förslag till avgörande, p. 27.

<sup>99</sup> Ibid., pp. 38-42.

<sup>100</sup> C-264/01, p. 51.

Generaladvokatens argument att samma verksamhet också kunde bedrivas av privata företag med vinstsyfte förbigicks med tystnad. Den omständigheten att sjukförsäkringarna konkurrerade med varandra om försäkringstagarna, bland annat genom olika avgiftsnivåer, saknade också betydelse<sup>101</sup>. Även om EU-domstolen i sin senare praxis inte uttryckligen valt bort definitionen av "ekonomisk" verksamhet i Höfner för definitionen i Humbel, Poucet och Pistre med flera avgöranden, så får detta avgörande anses komma mycket nära ett sådant ställningstagande. Det EFTA-domstolen gör explicit i E-5/07 gör EU-domstolen implicit i AOK Bundesverband.

Det är alltså två faktorer som gör att en tjänst kan klassificeras som en "icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse". Till att börja med ska tjänsten ha ett socialt syfte. Det ska alltså vara en "tjänst av allmänt intresse". Men det sociala syftet är inte i sig tillräckligt för att tjänsten också ska vara "icke-ekonomisk"<sup>102</sup>. Därtill krävs att tjänsten också tillhandahålls på ett sådant sätt att det innebär "ett genomförande av solidaritetsprincipen"<sup>103</sup>. I C-218/00 (Cisal), som rörde frågan om ett offentligt organ som förvaltade en arbetsskadeförsäkring bedrev en "ekonomisk" verksamhet eller inte, innebar detta 1) att de förmåner som utgavs inte var proportionella till de avgifter som den enskilde betalade, 2) att höginkomsttagare på detta sätt bidrog till låginkomsttagares pensionsrätt, 3) att förmånerna var fastställda i lag samt 4) att anslutningen till försäkringen var obligatorisk<sup>104</sup> (vilket är en förutsättning för den solidariska finansieringen<sup>105</sup>). Verksamheten var därmed inte en "ekonomisk" verksamhet och följaktligen var organet inte ett "företag"<sup>106</sup>. I Humbel innebar den offentliga finansieringen av tjänsten, i detta fall gymnasieutbildning, att tjänsten blev "icke-ekonomisk".

Även om verksamheten av EU-domstolen bedöms vara "ekonomisk", dvs. om den aktuella tjänsten, istället för att vara en "icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse" bedöms vara en "tjänst av allmänt ekonomiskt intresse", så kan utgången bli densamma i den meningen att monopolet anses godtagbart trots att det innebär en begränsning av konkurrensen. Men vägen till denna slutsats är en fundamentalt annan. I Albany<sup>107</sup>, liksom andra mål där EU-domstolen ansett att det är fråga om en "tjänst av allmänt ekonomiskt intresse", underkastas verksamheten en prövning där intresset av en fri rörlighet eller av en fri konkurrens vägs mot andra i EU-rätten erkända intressen

---

<sup>101</sup> Ibid., p. 56: "Det handlingsutrymme som sjukförsäkringskassorna har vid fastställandet av avgiftsnivåer och för att i viss mån konkurrera om anslutna påverkar inte denna bedömning."

<sup>102</sup> Se till exempel C-218/00, p. 37: "Såsom framgår av domstolens praxis är det dock inte i sig tillräckligt att ett försäkringssystem har ett socialt syfte för att det skall vara uteslutet att kvalificera den ifrågavarande verksamheten som ekonomisk verksamhet..."

<sup>103</sup> Ibid., p. 38.

<sup>104</sup> Ibid., pp. 42-44.

<sup>105</sup> EU-domstolen konstaterar detta i C-159/91 och C-160/91, p. 12.

<sup>106</sup> Ibid., pp. 37-45.

<sup>107</sup> C-67/96.

som till exempel intresset enligt artikel 106.2 i funktionsfördraget av att en allmännyttig uppgift kan fullgöras vilket ibland endast kan säkerställas genom upprätthållande av ett offentligt monopol. I Albany var kravet på obligatorisk anslutning till en nederländsk tjänstepensionsfond godtagbart eftersom fonden annars inte skulle kunna tillhandahålla de sämst lottade pensioner till en rimlig kostnad<sup>108</sup> (i de förenade målen C-180/98 – C-184/98, Pavel Pavlov m.fl., gör EU-domstolen en liknande bedömning<sup>109</sup>).

I mål som Albany och Pavlov gör alltså EU-domstolen en ingående prövning där motstående intressen vägs mot varandra. Är emellertid verksamheten "icke-ekonomisk", som i till exempel i Cisal, sker ingen sådan prövning. EU-domstolen konstaterar då i stället att den aktuella verksamheten är "icke-ekonomisk". De övriga frågor som den nationella domstolen må ha ställt lämnas därmed också obesvarade av EU-domstolen<sup>110</sup>.

3.6 José Luis Buendia Sierra, "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law" I standardverket "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law", publicerad 1999, omtryckt 2004, för José Luis Buendia Sierra en utförlig diskussion om distinktionen mellan "ekonomiska" och "icke-ekonomiska" tjänster<sup>111</sup>. Sierra, som är kritisk till EU-domstolens brist på konsekvens<sup>112</sup>, lyfter frågan om finansieringen ska anses avgörande för tjänstens "ekonomiska" eller "icke-ekonomiska" karaktär med följden att tjänster som betalas av brukarna är "ekonomiska" medan tjänster som finansieras av myndigheter eller på ett annat sätt, som innebär att tillgången inte är beroende av brukarens betalningsförmåga<sup>113</sup>, är "icke-ekonomiska"<sup>114</sup>. Sierra landar dock i slutsatsen att finansieringen inte kan vara avgörande. Hans motivering är att detta skulle innebära att EU-rätten tillämpades olika mellan medlemsländerna beroende på hur dessa valt att finansiera sina välfärdssystem, något som, enligt Sierra, måste vara oförenligt EU:s mål att åstadkomma en gemensam marknad<sup>115</sup>. Enligt Sierra kan alltså inte EU-rätten tillåta att en välfärdstjänst anses vara "ekonomisk" i ett medlemsland men "icke-ekonomisk" i ett annat.

---

<sup>108</sup> C-67/96, pp. 108-110.

<sup>109</sup> Se C-180/98 – C-184/98, pp. 118-130.

<sup>110</sup> Så till exempel i C-218/00, p. 47: "Med hänsyn till svaret på den första frågan [dvs. att verksamheten inte var "ekonomisk"] saknas anledning att besvara den andra frågan."

<sup>111</sup> Sierra, punkterna 1.141 – 1.214.

<sup>112</sup> Ibid., 1.193.

<sup>113</sup> Sierra kallar denna form av finansiering "solidarity financing", se t.ex. p. 1.165.

<sup>114</sup> Ibid., 1.191.

<sup>115</sup> Sierra, p. 1.195: "If 'solidarity financing' is accepted as a criterion in order to exempt an activity from the application of the competition rules, the same activity may be subject to Community law in some countries but not in others, depending on the way it is organized. Even in times of rampant subsidiarity this is clearly incompatible with a legal system which aims to govern competition in a common market."



Det är mig okänt om Sierra fortfarande håller fast vid denna uppfattning. När han skrev "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law" hade han inte tillgång till flera senare avgöranden som framhåller finansieringens betydelse för en tjänsts "ekonomiska" respektive "icke-ekonomiska" karaktär<sup>116</sup>. Av EU:s nya direktiv om offentlig upphandling framgår dessutom att EU ger medlemsländerna ett större oberoende än Sierra förutsatte i "Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law". I ovan nämnda beaktandesats 6 i detta direktiv slås det fast att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av välfärdstjänster antingen som "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" eller som "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" eller som en blandning av båda dessa. Tvärtemot vad Sierra förutsatte kan alltså en tjänst vara "ekonomisk" i ett medlemsland men "icke-ekonomisk" i ett annat:

*"Det bör likaledes erinras om att medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster, såsom posttjänster, som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa."*

### 3.7 Upphandling av "icke ekonomiska tjänster av allmänt intresse"

I Sverige är utbildning, vård och omsorg till stor del skattefinansierad. Tillgången till tjänsten är inte beroende av hur mycket den enskilde har bidragit till finansieringen. Även personer som inte betalar någon skatt alls har rätt till den offentliga utbildningen, vården och omsorgen. Bakom detta ligger samma solidariska princip som i Humbel och i Cisal. I proposition 1997/98:6 motiverar regeringen varför elever på grundskolan ska ha en lagstadgad rätt till kostnadsfri skolmåltid med tydliga fördelningspolitiska, utbildningspolitiska och socialpolitiska argument som att "[m]ånga barnfamiljer har under de senaste åren fått sämre ekonomi" varför "[e]tt införande av skolmåltidsavgifter kan... bidra till att öka klyftorna mellan dem som har och dem som inte har ekonomisk möjlighet att betala för skolmaten", vidare att det är "viktigt... att eleverna får ett näringsriktigt mål mitt på dagen för att de skall kunna vara aktiva och ta till sig kunskaper under resten av dagen" och att "[d]en sociala samvaron vid skollunchen kan... bidra till att vuxna i tid uppfattar signaler som tyder på att ett barn har någon form av ätstörning eller inte mår bra av andra orsaker."<sup>117</sup>

Men även om välfärden i Sverige är väsentligen skattefinansierad så är utförandet till viss del privatiserat. Välfärdstjänster kan utföras av privata företag, antingen de är friskolor, vård- eller omsorgsföretag, företag som bedriver skolskjuts eller andra privata företag verksamma i den svenska välfärdssektorn. I Sverige finns det inga hinder mot att företagen har ett vinstsyfte eller

<sup>116</sup> Till exempel EU-domstolens avgöranden i C-205/03 P (FENIN), i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 (AOK Bundesverband) och C-246/08 (kommissionen mot Finland) samt EFTA-domstolens dom i E-5/07.

<sup>117</sup> Prop. 1997/98:6, s. 77.

ägs av riskkapital. En viktig bärande tes i denna promemoria är att det sätt medlemsstaten valt att organisera, tillhandahålla eller beställa en välfärdstjänst saknar betydelse för dess klassificering som "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk". Det som avgör är i stället i vilken utsträckning välfärdstjänsterna finansieras genom ett offentligt reglerat och obligatoriskt system grundat på solidaritet mellan förmånstagarna (i C-218/00, *Cisal*, säger EU-domstolen att systemet ska innebära "ett genomförande av solidaritetsprincipen"<sup>118</sup>). En skattefinansierad välfärdstjänst utförs inte mot "ersättning". Den utförs "gratis" i den meningen att utföraren inte tar betalt för tjänsten av brukaren eller att brukaren endast behöver betala en liten del av kostnaden.

Gränsdragningen mellan "ekonomiska" och "icke-ekonomiska" tjänster, ska inte sammanblandas med EU-domstolens in house- eller Teckalpraxis. EU-domstolen har i ett tjugotal domar utvecklat när tilldelningen av ett avtal är undantaget EU:s upphandlingsregler trots att det ingås mellan en upphandlande myndighet och annan juridisk person. I till exempel C-480/06 (*Hamburgdomen*) slog EU-domstolen fast att en myndighet har möjlighet att med egna medel själv eller i samverkan med andra myndigheter utföra en uppgift av allmänintresse utan att vara skyldig att genomföra en offentlig upphandling<sup>119</sup>. Men i de fall detta rör köp av tjänster så har det varit fråga om "ekonomiska tjänster". Enligt EU-domstolen har upphandlande myndigheter i några fall inte varit skyldiga att upphandla "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" därför att avtalet har tilldelats inom ramen för en myndighetssamverkan. Så var fallet i *Hamburgdomen* som rörde sophämtning i Tyskland. Sophämtningen var ingalunda "gratis". I själva verket initierades målet genom ett klagomål från en medborgare som ansåg att sophämningsavgiften var för hög<sup>120</sup>. För "icke-ekonomiska" tjänster å andra sidan behövs inget in house undantag eftersom köp av "icke-ekonomiska" tjänster inte omfattas av någon upphandlingskyldighet, i vart fall ingen sådan skyldighet grundad på EU-rätten.

Det kan vara svårt att ta till sig att kommersiella avtal mellan en myndighet och ett privat vinstsyftande företag inte ska anses vara "ekonomiska" avtal och därmed inte heller underkastas EU:s bestämmelser om fri rörlighet, konkurrens eller upphandling. En motsatt uppfattning skulle därför kunna vara att en tjänst visserligen är "icke-ekonomisk" så länge myndigheten utför den men att den blir "ekonomisk" när myndigheten uppdrar åt ett privat företag att utföra tjänsten. Enligt en sådan uppfattning skulle alltså det sätt som tjänsten utförs få avgöra om den är "ekonomisk" eller inte. Detta är den definition av "ekonomisk" verksamhet som ges i *Höfner* vilken enligt min mening inte fått något genomslag i EU-domstolens senare praxis. En variant på denna uppfattning skulle emellertid kunna vara att förhållandet mellan myndighet och brukare visserligen kan förbli "icke-ekonomiskt" men att förhållandet mellan myndigheten och den privata utföraren

---

<sup>118</sup> C-218/00, p. 38.

<sup>119</sup> C-480/06, p. 45 och C-324/07, pp. 48-49.

<sup>120</sup> C-480/06, generaladvokatens förslag till avgörande, p. 16.

är "ekonomiskt" och därmed omfattas av EU:s upphandlingsregler<sup>121</sup>. Man skulle kunna hävda att tjänsten utförs mot "ersättning" också när "ersättningen" betalas av myndigheten till den privata utföraren.

Denna uppfattning motsägs emellertid av artikel 2 i Protokollet som säger bestämmelserna i fördragen *"inte på något sätt [ska] påverka medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art."* Om tjänsten blir "ekonomisk" när myndigheten beställer den av ett privat företag blir innehållet i denna artikel meningslöst. Även påpekandet i beaktandesats 6, sista meningen, i det nya direktivet, enligt vilken *"[d]et är lämpligt att klargöra att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde*", framstår som meningslöst om en tjänst blir "ekonomisk" så snart en myndighet betalar en leverantör för att utföra tjänsten.

Uppfattningen att "ersättning" enligt artikel 57 i funktionsfördraget med automatik skulle omfatta ersättning som betalas av en myndighet för att ett privat företag ska utföra en allmännyttig tjänst motsägs dessutom av EU-domstolens praxis. I till exempel Calí<sup>122</sup> ansåg EU-domstolen att föreningsovervakning var en "icke-ekonomisk" tjänst trots att den italienska övervakningsmyndigheten betalade ett privat företag för att utföra detta. Enligt Sierra är Calí ett bevis på att en tjänst inte blir "ekonomisk" genom att myndigheten betalar ett privat företag för att sköta uppgiften. Det som gör tjänsten "icke-ekonomisk" är i stället tjänstens karaktär som sådan (*"the substance of the activities in question"*)<sup>123</sup>. Ett annat exempel är E-5/07 där EFTA-domstolen ansåg att skattefinansierad barnomsorg var en "icke-ekonomisk" tjänst trots att norska staten betalade både kommunala och privata förskolor för att utföra barnomsorgen (de privata förskolornas andel av "marknaden" uppgick till nästan 46 procent, 108 000 av totalt 235 000 barn<sup>124</sup>). Det tydligaste exemplet är dock C-205/03 P (FENIN) där EU-domstolen slår fast att ett avtal mellan en myndighet

---

<sup>121</sup> Eleanor Spaventa ger uttryck för en sådan tolkning i "Public Services and European Law: Looking for Boundaries", Durham Research Online, 13 augusti 2008, s. 18: *"In some Member States the health system is centrally organised, and the State directly and without intermediaries provides health care free of charge (or charging amounts significantly below costs) to its residents... In these cases it is even more difficult to qualify the relationship between patient and NHS as one of service provision for remuneration: the health care is provided free of charge to all those entitled to it, and the system is financed through general taxation. This obviously does not exclude that the NHS might enter into an "economic" relationship with commercial operators, for instance when it buys equipment. In those cases, of course, the NHS is under an obligation not to discriminate between suppliers on grounds of their nationality. Similarly when the NHS "contracts out" health care, i.e. agrees to pay private health care when it cannot directly meet the needs of the patient, the relationship between NHS and private health provider is properly qualified as one of services for remuneration."*

<sup>122</sup> C-343/95.

<sup>123</sup> Se Sierra, pp. 1.204 – 1210.

<sup>124</sup> Uppgiften är hämtad från Tarjei Bekkedal, "Tjenster av allmenn intresse fra et europeisk versus et norsk perspektiv" i antologon "Den nordiska välfärden och marknaden", IUSTUS förlag, 2011, red. Tom Madell, Tarjei Bekkedal och Ulla Neergard.

och ett privat företag inte är "ekonomisk" om avtalet är avsett för en verksamhet som är "icke-ekonomisk".

### 3.8 C-205/03 P (FENIN)

FENIN rörde de spanska sjukhusens sena betalningar till leverantörer av sjukvårdsprodukter. Det framgår inte annat av handlingarna i målet än att avtalen mellan de offentliga sjukhusen och leverantörerna av sjukvårdsprodukter i alla avseenden var kommersiella avtal. Leverantörerna av sjukvårdsprodukter var också kommersiella företag. Deras intresseorganisation, Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN), som förde talan först i EU:s förstainstansrätt och därefter i EU-domstolen, gjorde också gällande att sjukhusens inköp av sjukvårdsprodukter var "ekonomiska" varför sjukhusens systematiska dröjsmål med betalning av leverantörernas fakturor stred mot EU:s bestämmelser om missbruk av dominerande ställning. Sjukvården var visserligen offentligt finansierad och därmed "icke-ekonomisk", men enligt FENIN var inköpen av sjukvårdsprodukter "en ekonomisk verksamhet i sig som kan skiljas från den tjänst som tillhandahålls"<sup>125</sup>.

Men FENIN:s talan underkändes av förstainstansrätten som konstaterade att sjukvården finansierades enligt en solidaritetsprincip som innebar att den var "gratis" för patienterna<sup>126</sup>. Enligt förstainstansrätten bedrev därmed de spanska sjukhusen inte någon "ekonomisk" verksamhet och följaktligen var inte heller inköpen av sjukvårdsprodukter "ekonomiska". Enligt förstainstansrätten fanns det nämligen "inte någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat." eftersom det är "den senare användningen av den köpta produkten... som oundvikligen [ska] avgöra inköpsverksamhetens art".<sup>127</sup> Det saknade betydelse att de spanska sjukhusens inköp hade en stor marknads- påverkan. Eftersom de var avsedda för en "icke-ekonomisk" verksamhet omfattades inte inköpen av EU:s konkurrensbestämmelser enligt förstainstansrätten<sup>128</sup>.

FENIN överklagade till EU-domstolen. Målet avgjordes av EU-domstolens stora avdelning. FENIN anförde "att förstainstansrätten tillämpat en för snäv definition av begreppet ekonomisk verksam-

---

<sup>125</sup> C-205/03 P, p. 17.

<sup>126</sup> T-319/99, pp. 38-39.

<sup>127</sup> Ibid., p. 36.

<sup>128</sup> Ibid., p. 37: "När en enhet köper in en produkt, om än i stora kvantiteter, inte för att erbjuda

varor eller tjänster inom ramen för en ekonomisk verksamhet utan för att använda produkten i en annan verksamhet, exempelvis en verksamhet som helt och hållet är av social karaktär, är den följaktligen inte att anse som ett företagenbart på grund av att den utgör köpare på en marknad. Det är visserligen riktigt att en sådan enhet kan ha ett mycket stort ekonomiskt inflytande, vilket eventuellt kan ge upphov till monopson (köparmonopol), men i den mån den verksamhet som de inköpta produkterna skall användas till inte är av ekonomisk karaktär, är enheten inte att anse som företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensregler och omfattas således inte av de förbud som föreskrivs i artiklarna 81.1 EG och 82 EG."

het”<sup>129</sup>. Konsekvensen av domen var, enligt FENIN, att många organ kunde undgå EU:s konkurrensregler trots att deras beteende påverkade konkurrensen<sup>130</sup>. EU-domstolen avslog emellertid FENIN:s talan i en kortfattad dom. EU-domstolen konstaterade att de spanska sjukhusen enligt förstainstansrätten erbjöd ”gratis hälso- och sjukvårdstjänster” samt att verksamheten ”drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering”<sup>131</sup>. När det gällde frågan om också inköpen därmed skulle anses vara ”icke-ekonomiska” anförde EU-domstolen följande:

*”Härav drog förstainstansrätten med fog slutsatsen i punkt 36 i den överklagade domen att det vid bedömningen av verksamhetens art inte finns någon anledning att särskilja den verksamhet som avser inköp av en produkt från den senare användningen av den produkt som köparen förvärvat och att det är frågan huruvida den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär eller inte som oundvikligen avgör inköpsverksamhetens art.”<sup>132</sup>*

Den omständigheten att de spanska sjukhusen betalade FENIN:s medlemmar med ett dröjsmål på i genomsnitt 300 dagar medan de betalade sina skulder till andra företag inom betydligt kortare tid må vara stötande men det var inte en fråga för EU-rätten. FENIN motsäger alltså uppfattningen att ett avtal är ”ekonomiskt” om det har ett kommersiellt innehåll och är ingånget med en privat marknadsaktör. Det som gör avtalet ”ekonomiskt” är i stället dess ändamål. Är avtalet avsett för en ”icke-ekonomisk” verksamhet blir det inte ”ekonomisk”, inte i EU-rättslig mening. FENIN avsåg visserligen EU:s konkurrensregler. Men principen att en inköpsverksamhets ”ekonomiska” karaktär är beroende av karaktären på den verksamhet som inköpen är avsedda för borde rimligen vara en generell princip i EU-rätten<sup>133</sup>.

### 3.9 Avslutande kommentarer om ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse”

Eftersom redan artikel 2 i Protokollat säger att ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” inte ska påverkas av EU-rätten är det motiverat att ifrågasätta om LOU och LOV redan i dessa lagars nuvarande utformning ska gälla för upphandlingar av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse/skattefinansierade välfärdstjänster. I svensk domstolspraxis tillämpas LOU och LOV på upphandlingar av välfärdstjänster oberoende av hur tjänsterna är finansierade, dock med ett

---

<sup>129</sup> C-205/03 P, p. 23.

<sup>130</sup> Ibid.

<sup>131</sup> Ibid., p. 8.

<sup>132</sup> C-205/03 P, p. 26.

<sup>133</sup> En fråga är om EU:s direktiv 2011/7/EU om bekämpande av sena betalningar vid handelstransaktioner har ändrat rättsläget. Detta direktiv är emellertid begränsat till ”handelstransaktioner”, dvs. ”leverans av varor och tillhandahållande av tjänster mot ersättning” (se beaktandesats 8 och artikel 2.1). Den omständigheten att det ska vara ”tjänster mot ersättning” talar för att direktivet inte innebär en förändring av rättsläget.

undantag som framgår nedan. En förklaring till detta kan vara en otydlighet i gällande direktiv för upphandling. Till skillnad från de nya direktiven saknar Direktiv 2004/18 ett klarläggande att det inte omfattar "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Det ska dock tilläggas att detta inte är en helt självklar slutsats att i vart fall LOU även ska omfatta skattefinansierade välfärdstjänster. Kammarrätten i Stockholm har nämligen i en dom 2009-05-19<sup>134</sup> gjort bedömningen att upphandling av en treårig befattningsutbildning för rektorer inte omfattades av LOU. Enligt kammarrätten var inte utbildningen en "sådan 'prestation som normalt utförs mot ersättning' i den mening som avses i artikel 50 första stycket EG-fördraget [nu artikel 57 funktionsfördraget]" bland annat därför "att kostnaderna för befattningsutbildningen till största delen finansieras av staten utan att staten avser att bedriva verksamheten i ekonomiskt vinstsyfte"<sup>135</sup>. Domen, som var enhällig, överklagades till Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen). I ett beslut 2009-07-09 meddelat av tre regeringsråd fann Regeringsrätten inte skäl till att meddela prövningstillstånd. Det kanske inte behöver tilläggas att ingen av instanserna begärde förhandsavgörande från EU-domstolen.

I bilaga XIV till det nya direktivet om offentlig upphandling finns en uppräknning över de tjänster som avses i artikel 74 i direktivet, dvs. "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" vilka alltså ska upphandlas enligt "det enklare systemet". I denna uppräknning ingår tjänster som hälsovård, socialtjänst, undervisning och utbildning med flera tjänster. Till en av de tjänstekategorier som räknas upp i bilagan, "[o]bligatorisk socialförsäkring", finns en hänvisning som påpekar att dessa tjänster inte omfattas av direktivet "om de är organiserade i form av icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse..."<sup>136</sup>. En fråga är om den omständigheten att motsvarande hänvisning saknas för de övriga tjänstekategorier som räknas upp i bilaga XIV, till exempel kategorin "[h]älsovård, socialtjänst och närbesläktade tjänster" eller "posttjänster", ska tolkas så att endast "obligatoriska socialförsäkringstjänster" kan organiseras som "icke-ekonomiska tjänster", eller alternativt, att av alla tjänster som är "icke-ekonomiska" så är det bara "obligatoriska socialförsäkringstjänster" som inte omfattas av direktivet. Enligt min mening är båda dessa tolkningar osannolika. Den första tolkningen motsägs redan av andra meningen i samma hänvisning: "Medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Den motsägs också av beaktandesats 6. Av denna beaktandesats framgår också att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" inte omfattas av direktivet, alltså inte bara en viss kategori "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Även

---

<sup>134</sup> Mål 8101-8104-08.

<sup>135</sup> Ibid., s. 15.

<sup>136</sup> Not (1) i bilagan.

artikel 2 i Protokollat ger vid handen att alla "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" faller utanför EU:s regler om offentlig upphandling.

Det kan tilläggas att det finns ytterligare en grund till varför just undervisning inte ska omfattas av EU:s regler och principer om offentlig upphandling. Undervisning enligt skollagen innefattar nämligen myndighetsutövning dels genom betygsättning men också genom de befogenheter som läraren har enligt 5 kapitlet skollagen att vidta disciplinära åtgärder och beslagta föremål. Enligt artikel 51 i funktionsfördragat är verksamhet som "är förenad med utövandet av offentlig makt" undantagen från fördragat. Av EU-domstolens rättspraxis framgår att detta undantag också gäller för EU:s upphandlingsdirektiv<sup>137</sup>.

För att summera promemorians slutsatser i denna del kan man säga att "ersättning" enligt artikel 57 i funktionsfördragat avser normalt betalning från mottagaren av tjänsten. Det finns emellertid stöd i EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis att finansiering med offentliga medel inte är att ses som "ersättning" i fördragets mening. Likaså finns det stöd i EU-domstolens praxis för att betalning som en myndighet ger en privat aktör för att denne ska utföra en offentligt finansierad välfärdstjänst inte är detsamma som "ersättning" enligt artikel 57 i funktionsfördragat. Både artikel 2 i Protokollat och beaktandesats sex i nya direktivet om offentlig upphandling blir meningslösa om det vore så.

#### 4. Upphandling av "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse"

Enligt beaktandesats 6 i det nya direktivet är medlemsstaterna fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster som antingen "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse", som "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" eller som en blandning av dessa. De frågor Malmö har ställt rör skattefinansierade välfärdstjänster. En central tes i denna PM är att skattefinansierade eller väsentligen skattefinansierade välfärdstjänster är "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Eftersom konkurrensutsättning av offentliga kontrakt av denna kategori tjänster omfattas av vare sig det nya direktivet eller bestämmelserna i fördragen blir svaret att de krav som Malmö har lyft kan bli tillåtna beroende på hur Sverige implementerar det nya direktivet.

Men det finns också välfärdstjänster som inte är väsentligen skattefinansierade. I Sverige är välfärden till stor del skattefinansierad men i andra medlemsstater är andra finansieringsformer vanligt förekommande. Slutsatsen i denna promemoria är att finansieringen av en välfärdstjänst har avgörande betydelse för om den ska anses "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk". I det nya direktivet finns det regler för upphandling av välfärdstjänster. Dessa bestämmelser finns i Avdelning III "Särskilda upphandlingssystem", Kapitel I "Sociala tjänster och andra särskilda

---

<sup>137</sup> Se C-180/06, p. 74.

tjänster". Av artiklarna i detta kapitel och beaktandesats 114 i nya direktivet framgår att medlemsstaterna har ett stort handlingsutrymme att utforma sina upphandlingsregler för "sociala tjänster och andra särskilda tjänster". Förutom en skyldighet att annonsera upphandlingen innehåller dessa bestämmelser inga konkreta procedurbestämmelser. I denna del innehåller alltså det nya direktivet ingen skyldighet för Sverige att ha samma procedurregler som för andra upphandlingar vad gäller till exempel ramavtal, utslutning eller kontroll av leverantörer, tekniska specifikationer, utvärderingsgrunder eller viktning och rangordning av kriterier med mera. I stället föreskriver det nya direktivet att medlemsstaterna ska anta nationella regler för upphandling av "sociala tjänster och andra särskilda tjänster". Dessa nationella bestämmelser ska vara förenliga med principerna öppenhet och likabehandling. Så som framgår inledningsvis i denna promemoria nämns inte proportionalitetsprincipen som en princip vilken måste iaktas vid upphandling av dessa tjänster. Det är svårt att exakt ange vilken betydelse detta har. Ett exempel på att proportionalitetsprincipen inte, i vart fall inte med samma skärpa, ska gälla för upphandling av dessa tjänster är artikel 77 i det nya direktivet som möjliggör att upphandlingar reserveras för non-profit organisationer. Någon motsvarande möjlighet finns inte för övriga upphandlingar. Nytt är också att de upphandlingsregler som medlemsstaterna förväntas anta inte bara ska se till leverantörernas intresse utan också ska beakta brukarnas behov av välfärdstjänster som har hög kvalitet och tillgänglighet. Det nya direktivet innehåller dessutom en bestämmelse som möjliggör att upphandlingar reserveras för icke-vinstsyftande företag.

Men som framgår av ovanstående resonemang är det mycket som talar för att dessa bestämmelser, som alltså redan de är mycket mer flexibla än dagens svenska regler för upphandling av socialtjänst samt hälso- och sjukvård, inte avser skattefinansierade välfärdstjänster utan välfärdstjänster som finansieras på sådant sätt att de blir "ekonomiska" i EU-rättslig mening, till exempel genom brukaravgifter eller försäkringslösningar som är så utformade att tjänsterna anses utföras mot "ersättning". De välfärdstjänster som omfattas av detta kapitel i nya direktivet hör alltså till kategorin "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse". Signalen i EU:s nya direktiv är tydlig att upphandlingar av dessa tjänster ska lyda under vad det nya direktivet kallar "*det enklare systemet*"<sup>138</sup>, vilket är helt i linje med Protokollets första artikel enligt vilken medlemsstaterna ska ha en stor handlingsfrihet att tillhandahålla, beställa eller organisera "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse".

I kommissionens förslag till nytt direktiv utvecklar kommissionen varför upphandling av "sociala tjänster och andra specifika tjänster" ska omfattas av mer tillåtande regler med argumenten att dessa tjänster tillhandahålls "*i ett särskilt sammanhang som varierar starkt mellan medlemsstaterna på grund av skilda administrativa, organisatoriska och kulturella omstän-*

---

<sup>138</sup> Det nya direktivet för offentlig upphandling, beaktandesats 28.



digheter” samt att de har ”på grund av sin natur endast en mycket begränsad gränsöverskridande dimension” varför det är ”olämpligt att tillämpa de vanliga förfarandena för tilldelning av offentliga tjänstekontrakt på dem”<sup>139</sup>. Samma sak framgår av beaktandesats 114 i den slutliga versionen av det nya direktivet, enligt vilket medlemsstaterna “[m]ed hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet...[bör] ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast”. Medlemsstaterna ska till exempel kunna

*”organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför slutande av offentliga upphandlingskontrakt exempelvis genom att enbart finansiera sådana tjänster eller genom att bevilja licens eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de krav som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att systemet tryggar tillräckligt offentliggörande och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.”<sup>140</sup>*

Enligt det nya direktivet saknar dessutom upphandlingar av ”sociala tjänster och andra särskilda tjänster” under ett kontraktsvärde om 750 000 euro ”intresse för leverantörer från andra medlemsstater, annat än om det finns konkreta indikationer på motsatsen, som unionsfinansiering av gränsöverskridande projekt”<sup>141</sup>. Upphandlingar som inte är intresse för leverantörer i andra medlemsländer omfattas inte av EU-rätten. För dessa tjänster kan medlemsstaterna anta helt egna upphandlingsregler. För mindre kommuner är behovet av många tjänster inom ramen för socialtjänstlagstiftningen, såsom skyddat boende, familjerådgivning, hem för vård och boende, insatser avseende stöd och service till vissa funktionshindrade m.m. inte så stort att man kommer över detta tröskelvärde.

I den upphandlingslagstiftning som Sverige ska anta till följd av de nya upphandlingsdirektiven finns det alltså ett stort utrymme till nationell anpassning. Men icke-desto mindre finns det hinder. Ett hinder som har relevans för en av de frågor som Malmö har ställt, rör artikel 77 i nya direktivet, dvs. den bestämmelse som säger att medlemsstaterna får göra det möjligt för upphandlande myndigheter att reservera upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster för organisationer som återinvesterar vinsterna i den egna verksamheten, dvs. non-profit företag. Artikel 77 innehåller restriktioner som gör den mindre användbar för upphandlande myndigheter som vill reservera vård- och omsorgsupphandlingar till icke-vinstsyftande företag. Ett kontrakt får nämligen inte vara längre än tre år och ett non-profit företag som har fått ett kontrakt

---

<sup>139</sup> KOM(2011) 896 slutlig, s. 10.

<sup>140</sup> Ibid, beaktandesats 114.

<sup>141</sup> Ibid.

efter en sådan upphandling får inte delta nästa gång den upphandlande myndigheten upphandlar samma sak med stöd av denna regel<sup>142</sup>.

En konsekvens av diskussionen i denna promemoria är att dessa restriktioner inte gäller för upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster eftersom medlemsstaterna här är fria att ha friare regler.. Det borde därför vara möjligt att för skattefinansierade välfärdstjänster välja en bestämmelse för reserverade kontrakt likt den som föreslogs av Upphandlingskommittén 2001 i SOU 2001:31 "Mera värde för pengarna", men som då inte ledde till någon lagstiftning. Förslaget hade följande lydelse:

*"Vid upphandling av tjänster avseende hälso- och sjukvård eller socialtjänst får den upphandlande enheten<sup>143</sup> uppställa som krav att utförandet av tjänsten endast får överlämnas till ett bolag, en förening, en stiftelse eller annan som driver verksamheten utan syfte att skapa vinst åt ägare eller motsvarande intressent."<sup>144</sup>*

## 5. Michael Steinicke, "Bemærkninger vedrørende notat om ikke-økonomiske tjenesteydelse

Sveriges Kommuner och Landsting har låtit professorn i offentlig upphandling vid Aarhus universitet, Michael Steinicke, ge sin bedömning av slutsatserna i denna promemoria. Här sammanfattas hans synpunkter i korthet.

Steinicke delar slutsatsen att "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse omfattas av vare sig av EU:s upphandlingsdirektiv eller av fördragen<sup>145</sup>. Steinicke anser också att det går att tolka gällande praxis på det sätt som görs i promemorian<sup>146</sup>. Enligt Steinicke är emellertid rättsläget alltjämt osäkert beträffande vad som gör en tjänst "icke-ekonomisk" liksom vilka tjänster som är "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" eftersom EU-domstolens avgöranden pekar i olika riktning. De domar som promemorian utgår från rör huvudsakligen EU:s konkurrensrätt och inte den fria rörligheten som är det rättsområde till vilket EU:s upphandlingsregler hör. Enligt Steinicke är det tjänstens karaktär som avgör om tjänsten är en "icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse". Även om de "sociala tjänster och andra särskilda tjänster" som anges i bilaga XIV till det nya direktivet huvudsakligen torde vara "ekonomiska" och därmed underkastade de grundläggande

---

<sup>142</sup> Enligt beaktandesats 114 i det nya direktivet finns det dock en möjlighet för medlemsstaterna att "att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt". Jag låter det vara osagt om detta innebär att det därmed är möjligt att reservera för non-profit utan dessa begränsningar.

<sup>143</sup> Idag: "upphandlande myndigheten".

<sup>144</sup> SOU 2001:31, s. 35.

<sup>145</sup> Michael Steinicke, "Bemærkninger vedrørende notat om ikke-økonomiske tjenesteydelse: "Det er undersøgelsens samlede konklusion, at ikke-økonomiske tjenesteydelser ikke er omfattet af hverken EU's udbudsregler eller af EUF-traktaten. Denne konklusion er jeg som udgangspunkt enig i."

<sup>146</sup> Ibid.: "Min overordnede konklusion er... at der er basis for at læse den foreliggende praksis på den måde som der lægges op til i undersøgelsen"

principerna i fördraget så anser Steinicke att däribland också finns vissa sociala tjänster och andra välfärdstjänster som är icke-ekonomiska oberoende av hur de är finansierade eller om de kan utföras på en marknad. Dessa tjänster faller därmed också utanför både upphandlingsdirektiven och EU-rätten enligt Steinicke<sup>147</sup>. Steinicke delar slutligen slutsatsen att bestämmelserna i Avdelning III "Särskilda upphandlingssystem", Kapitel I "Sociala tjänster och andra särskilda tjänster" (artikel 74 – 77) ger medlemsstaterna stort handlingsutrymme att anta egna regler för upphandling även om det även här krävs att det finns vissa procedurregler som säkerställer att EU:s grundläggande principer följs<sup>148</sup>.

## 6. Genomförandeutredningen

Regeringen har genom Kommittédirektiv 2012:96 gett den särskilde utredaren, Eskil Nord, i uppdrag att ge förslag på hur EU:s nya direktiv ska genomföras i svensk rätt. I ett delbetänkande den 1 juli 2014, SOU 2014:51: "Nya regler om upphandling" ger utredaren förslag på hur de delar i det nya direktivet och direktivet 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster som bedöms vara nya i förhållande till 2004 års direktiv bör införas. Övriga delar i dessa direktiv behandlas i en departementsskrivelse, Ds 2014:25, som också innehåller ett konsoliderat lagtextförslag.

I kommittédirektivet ges utredaren bland annat i uppdrag att "analysera och ge förslag till genomförande av bestämmelser som sociala tjänster och andra specifika tjänster (art. 74-76 i OU [Kommittédirektivets benämning på kommissionens ursprungliga förslag till nytt direktiv om offentlig upphandling, (KOM(2011) 896)] och art. 84-86 i FÖRS [Kommittédirektivets benämning på kommissionens förslag till nytt direktiv för områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, (KOM(2011) 895)]." I ett senare Kommittédirektiv, 2013:92, får utredaren också i uppdrag att analysera och ge förslag till genomförande av artikel 77 i det nya direktivet om reserverade kontrakt för vissa tjänster. Enligt uppdraget ska utredaren vidare analysera behovet av sådana direktivbestämmelser som är fakultativa, dvs. sådana bestämmelser i det nya direktivet som medlemsstaterna "får" införa. Utredaren är också "fri att lämna de förslag som utredningsarbetet kan

---

<sup>147</sup> Ibid.: "Den afgrænsning af begreppet ikke-økonomiske tjensteydelser af almindelig interesse som virker til at have mest merit er den, som baseres på karakteren af den pågældene tjensteydelse. Herefter vil der således være nogle ydelser, eksempelvis visse sociale ydelser og visse velfærdsydelse, som på grund af deres karakter vil væbetragtet som ikke-økonomiske, og dette uanset om de er skattefinansierede og om de pågældene ydelser reelt har potentialet til at blive håndteret på det kommercielle marked... Min overordnede konklusion er... at art. 74 i udbudsdirektivet lægger op til at ydelserne er omfattet af EU-retten, med opfyldelse af de generelle principper som følge.... at der dog potentielt kan være nogen af de ydelser som omfattes af direktivets bilag XIV som i traktatens fortand kan kategoriseres som ikke-økonomiske ydelser af almen interesse og derfor efter protokollen uden for EU-retten (og dermed reelt også udenfor direktivets område)"

<sup>148</sup> Ibid.: "I forhold til konklusionen om, at der er meget plads til at udforme de nationale udbudsregler er jeg meget enig. Jeg ser dog ikke helt basis for en reguleringsmodel, hvor der ikke stilles krav til proceduren. Udbudsdirektivets model peger i retning af, at der for alle de særlige tjenester (jf. art. 74) også vil være et krav om etableringen af en eller anden procedure. Selv om denne procedure dog vil kunne være tydeligt lempeligere end de almindelige procedurer i udbudsdirektivet vil de stadig skulle overholde de generelle principper. Dette ville ikke være helt undtaget fra EUF-traktaten."

*föranleda*” heter det slutligen. Något specifikt uppdrag att analysera betydelsen av beaktandesats 6 i det nya direktivet, enligt vilket ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” inte bör omfattas av direktivets bestämmelser, ges inte.

Det nya direktivets bestämmelser om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster behandlas i avsnitt 11 i betänkandet. Idag upphandlas dessa tjänster (liksom övriga B-tjänster) enligt LOU:s 15:e kapitel vilket kapitel innehåller mycket detaljerade procedurbestämmelser varav flera är lånade från de direktivstyrda kapitlen i LOU. Den stora handlingsfrihet som enligt det nya direktivet bör gälla för upphandling av dessa tjänster ger vid handen att Sverige kan välja ett mer, eller rent av mycket mer, flexibelt regelverk. Utredaren är också medveten om detta: *”Den precisering i 2014 års direktiv av vilka tjänster som typiskt sett inte bör omfattas av upphandlingsdirektivets regelverk i dess helhet kan givetvis användas som argument för att regelnivån beträffande dessa tjänster bör vara lägre än den som i dag gäller för B-tjänster”*, står det i betänkandet<sup>149</sup>. Utredaren noterar också att både Upphandlingsutredningen 2010 och SKL förordar att Sverige använder sig av detta handlingsutrymme<sup>150</sup>.

Utredaren konstaterar emellertid att det inte ingår i utredningens uppdrag att föreslå regler som avviker från dagens regler för upphandling i 15 kapitlet LOU. De regler som föreslås är därför *”snarlika dem som gäller för B-tjänster enligt nuvarande regelverk”*<sup>151</sup>. Någon mer ingående analys om detta verkligen är nödvändigt eller i vilken utsträckning Sverige skulle kunna reformera dessa regler finns inte i betänkandet. Utredningen föreslår inte heller en höjning av gränsen för direktupphandling eller att denna procentsats ska beräknas på det högre tröskelvärde som ska gälla för sociala tjänster och andra särskilda tjänster<sup>152</sup>. Den omständigheten att proportionalitetsprincipen inte är nämnd som en av de grundprinciper som ska iakttas vid upphandling av dessa tjänster blir inte föremål för någon diskussion. Enligt lagförslaget ska följaktligen denna princip även fortsättningsvis gälla för upphandling dessa tjänster. Enligt utredaren har slutligen bestämmelsen om reserverade kontrakt *”ett begränsat praktiskt intresse”* varför utredaren avråder från att införa en sådan möjlighet i den svenska lagstiftningen. För det fall lagstiftaren skulle vara av motsatt uppfattning lämnar utredaren ett förslag på hur detta skulle kunna göras<sup>153</sup>.

Cantral för denna promemoria är beaktandesats 6 i det nya direktivet enligt vilken ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” inte bör omfattas av direktivets tillämpningsområde. Betänkandet berör emellertid över huvudtaget inte denna beaktandesats. Följaktligen finns det inte heller någon analys av vad ”icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse” är för något.

---

<sup>149</sup> SOU 2014:51, s. 325.

<sup>150</sup> Ibid.

<sup>151</sup> SOU 2014:51, s. 326.

<sup>152</sup> Här saknas det sannolikt text i lagförslaget eftersom detta inte preciserar vilket av de tröskelvärden som anges i 5 kap. 1 § i lagförslaget som ska ligga till grund för beräkningen av direktupphandlingsgränsen, se 19 kap. 6 § andra stycket i lagförslaget, Ds 2014:25, s. 104.

<sup>153</sup> SOU 2014:51, ss. 330-333.

## 7. Avslutning

I sitt remissvar över betänkandet "Nya regler om upphandling", SOU 2014:51 och Ds 2014:25, uttrycker Sveriges Kommuner och Landsting ett önskemål om att betydelsen av beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU att icke-ekonomiska tjänster inte bör omfattas av direktivet närmare analyseras. Är slutsatserna i denna PM korrekta finns det nämligen möjligheter för Sverige att anta ett betydligt mer flexibelt regelverk för upphandling av välfärdstjänster i allmänhet och skattefinansierade välfärdstjänster i synnerhet.

EU-rätten är en rättsordning som består av en mycket omfattande samling rättsakter. Därtill kommer en ofta svårtolkad rättspraxis från EU-domstolen. Det är därför en näst intill omöjlig uppgift att ge fullständigt säkra svar på frågor som exakt vilka slags tjänster som är "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" eller i vilken utsträckning dessa tjänster omfattas av EU-rätten, till exempel EU:s bestämmelser om fri rörlighet som EU:s upphandlingsdirektiv är en del av. I denna promemoria framhålls den offentliga finansieringen som en bestämmande faktor för en välfärdstjänsts "icke-ekonomiska" karaktär. Men detta betyder inte att skattefinansierad välfärd helt faller utanför EU-rätten. EU-domstolens dom i Humbel, och ett tidigare avgörande, 293/83, Gravier, ger vid handen att *yrkesinriktad utbildning* omfattas av den fria rörligheten oavsett hur den finansieras<sup>154</sup>. EU:s patientrörlighetsdirektiv, som rör patienters möjligheter att få tillgång till säkra och högkvalitativ gränsöverskridande hälso- och sjukvård, slår fast att all sjukvård oavsett hur den är finansierad omfattas av "*den grundläggande principen om fri rörlighet för tjänster*"<sup>155</sup>.

Denna promemoria rör dock en mer avgränsad frågeställning, nämligen om det är möjligt att ställa vissa krav när en kommun som Malmö stad upphandlar skattefinansierade välfärdstjänster. För att besvara denna frågeställning har det varit nödvändigt att också svara på frågor som hur skattefinansierade välfärdstjänster klassificeras i EU-rätten, dvs. om de är att betrakta som "tjänster av allmänt intresse" eller rent av "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" samt i vilken utsträckning särskilt den senare kategorin omfattas av EU:s regler och principer om upphandling, oavsett de finns i EU:s direktiv om offentlig upphandling eller följer av de allmänt hållna bestämmelserna om fri rörlighet i funktionsfördraget. Utgångspunkten för analysen är tydliga uttalanden i EU:s nya direktiv om upphandling, framför allt beaktandesats 6 i direktiv 2014/24/EU, enligt vilket "*icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde*" (enligt artikel 4.2, direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner "ska" dessa tjänster inte omfattas) samt artikel 2 i Protokoll som entydigt slår fast att det sätt medlemsstaterna väljer att beställa dessa tjänster "*inte på något sätt*" ska påverkas av bestämmelserna i fördragen.

<sup>154</sup> Se 263/86, p. 9 och 293/83, p. 19.

<sup>155</sup> Direktiv 2011/24/EU, beaktandesats 11.

En stor del av promemorian ägnas åt innebörden av begreppet "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Detta begrepp har behandlats tidigare i den svenska EU-rättsliga litteraturen<sup>156</sup>, men mig veterligen inte i förhållande till EU:s regler om offentlig upphandling. När nu samtliga nya upphandlingsdirektiv säger att de inte omfattar "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" tjänster får frågan vad dessa tjänster är för något en förhöjd aktualitet.

Analysen utmynnar i slutsatsen att skattefinansierade eller väsentligen skattefinansierade välfärdstjänster faller inom kategorin "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse". Det som gör skattefinansierade välfärdstjänster "icke-ekonomiska" är dels det sociala ändamålet, dels den solidariska finansieringen vilken säkerställs genom en obligatorisk anslutning till systemet. I *Cisal* anger EU-domstolen att tre rekvisit ska vara uppfyllda för att en tjänst eller verksamhet inte ska klassificeras som "ekonomisk". Verksamheten ska ha "socialt syfte"<sup>157</sup>. Den ska vidare organiseras på ett sätt som innebär ett "genomförande av solidaritetsprincipen"<sup>158</sup>. Slutligen ska systemet stå under statlig tillsyn samt förmånernas och avgifternas storlek bestämmas av staten<sup>159</sup>. I *Humbel* framhåller EU-domstolen tjänstens sociala, kulturella och utbildningspolitiska ändamål samt att den huvudsakligen finansieras genom offentliga medel<sup>160</sup>.

Steinicke är inte övertygad om att finansieringen är avgörande för en välfärdstjänsts klassificering som "ekonomisk" eller "icke-ekonomisk". Enligt Steinicke är det tjänstens karaktär i sig, snarare än det sätt tjänsten finansieras eller om den kan utföras på en marknad, som avgör om den ska klassificeras som en "icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse".<sup>161</sup> Det sätt tillhandahållandet av välfärdstjänster organiseras i det enskilda medlemslandet skulle alltså ha mindre betydelse. Men EU-domstolens praxis visar i motsats till denna uppfattning att en välfärdstjänsts "ekonomiska" eller "icke-ekonomiska" karaktär är beroende av hur den organiseras och tillhandahålls i det enskilda medlemslandet. Detta bekräftas också av beaktandesats 6 i det nya direktivet enligt vilken "*medlemsstaterna är fria att organisera tillhandahållandet av obligatoriska sociala tjänster och andra tjänster... som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, eller som en blandning av dessa*". Det kan visserligen invändas att den omständigheten att en välfärdstjänst "ekonomiska" karaktär är beroende av hur den organiseras och finansieras i det enskilda medlemslandet ger medlemsländerna möjlighet att undandra

---

<sup>156</sup> Se t.ex. Susanne S:t Claire Renard, "Förhållandet mellan tjänster av allmänt (ekonomiskt) intresse och artikel 56 EUF-fördraget", ss. 167-188 i "Den nordiska välfärden och marknaden", red. Tom Madell, Terjei Bekkedal & Ulla Neergard.

<sup>157</sup> C-218/00, p. 37.

<sup>158</sup> Ibid., p. 38.

<sup>159</sup> Ibid., p. 43.

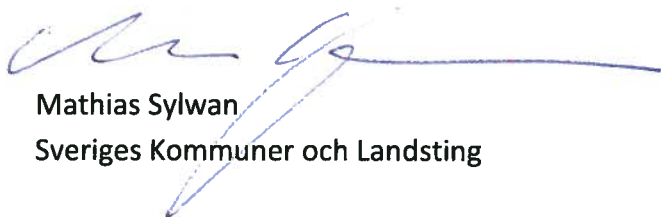
<sup>160</sup> 263/86, p. 18.

<sup>161</sup> Se not 154.

välståndstjänsterna EU:s regler om upphandling eller andra EU-rättsliga marknadsregler. Men åtgärder som har ett otillbörligt syfte ska inte kunna få den effekten. Enligt det nya direktivet ska inte konstgjorda upplägg kunna innebära att skyldigheten att konkurransutsätta offentliga kontrakt på ett öppet och icke-diskriminerande sätt kringgås<sup>162</sup>. Det sätt medlemsstaten väljer att finansiera sina välfärdssystem har emellertid normalt andra bakomliggande syften än att kringgå EU:s upphandlingsregler.

Icke desto mindre är Steinicke överens med mig om att vissa sociala tjänster och vissa välfärdstjänster kan vara "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" vilka därmed faller utanför både upphandlingsdirektiven och EU-fördragen. Med tanke på välfärdstjänsternas centrala betydelse i den politiska debatten finns därför anledning för den svenska lagstiftaren att gå till botten med den frågeställning som är ämnet för denna promemoria. Någon sådan ansats finns dock inte i betänkandet SOU 2014:51: "Nya regler om upphandling. Betänkandet bidrar inte till någon som helst ökad klarhet vad gäller betydelsen av beaktandesats 6 i det nya direktivet eller för den delen Artikel 2 i Protokollat.

Stockholm 2014-10-29



Mathias Sylwan  
Sveriges Kommuner och Landsting

---

<sup>162</sup> Se artikel 18.1.

## Kommentar till PM om icke-ekonomiska tjänster

### Om uppdraget och utredningen

Uppdraget är beskrivet enligt följande: "Uppdraget består i att bedöma om den centrala slutsatsen i en ännu preliminär rapport, nämligen att helt eller väsentligen skattefinansierade välfärdstjänster är 'icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse' vilka inte omfattas av EU:s nya upphandlingsdirektiv samt att dessa tjänster inte omfattas av någon upphandlingsskyldighet grundad på vare sig de nya direktiven eller på EU:s fördrag om Europeiska Unionens funktionssätt. Du får gärna ge din bedömning om detta gäller lika för såväl skattefinansierad sjukvård, socialtjänst och utbildning eller om bedömningen skiljer sig åt beträffande dessa tre områden.

Enligt rapporten är utrymmet att reformera svensk upphandlingslagstiftning också stort vad gäller välfärdstjänster som är ekonomiska, dvs. 'tjänster av allmänt ekonomiskt intresse'. Rapporten utgår här från vad som står i direktiv 2014/24/EU, beaktandesats 114 samt artikel 74-77. Du får gärna ge din syn på om även dessa slutsatser är korrekta enligt din mening."

Slutsatsen av utredningen är att icke-ekonomiska tjänster inte omfattas av EU-rätten och därmed inte heller av upphandlingsdirektivet och den häri fastslagna upphandlingsskyldigheten. Slutsatsen är också att icke-ekonomiska tjänster är sådana som är fullt skattefinansierade, baserat på den definition som fastslogs redan i målet Humbel 263/86.

I det följande fokuserar vi på följande punkter:

- Definitionen av icke-ekonomiska tjänster
- De nya reglerna i upphandlingsdirektivet i förhållande till icke-ekonomiska tjänster



Utredningen har utgått ifrån de domar, bestämmelser och den litteratur som finns på området. Det framgår av behandlingen i utredningen, att det handlar om ett område där utvecklingen är i sin linda och det finns en viss oklarhet om hur rättsläget ser ut. Man kan inte urskilja någon entydig hållning, varken i rättspraxis, lagstiftningen eller i litteraturen. De källor som använts verkar vara relevanta, men ger som nämnts inte någon helt entydig bild av hur man ska tolka begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt ekonomiskt intresse. Det framgår därför också naturligt av rapporten att slutsatser får dras på grundval av ett antal komplexa avvägningar mellan de olika källorna.

### **Definitionen av icke-ekonomiska tjänster**

Det finns inte några samstämmiga källor som tydligt pekar på hur begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse ska tolkas eller definieras.

Man drar slutsatsen att icke-ekonomiska tjänster inte faller under EU:s upphandlingsregler och heller inte omfattas av EUF-fördraget. Den samlade slutsatsen av utredningen är att icke-ekonomiska tjänster inte omfattas varken av EU:s upphandlingsregler eller av EUF-fördraget. Som utgångspunkt håller jag med om denna slutsats. Det svåra är dock att kartlägga vilka typer av tjänster som är icke-ekonomiska till sin karaktär. Jag anser att man på god grund kan säga att det inte finns någon entydig definition av vad som är icke-ekonomiska tjänster. Det framgår också ganska klart i utredningen. Det finns olika förhållanden som, enligt de olika källorna, kan vara avgörande för vad man menar med icke-ekonomiska tjänster. De tydligaste hållningarna är baserade på tjänsternas

- finansiering
- organisation
- karaktär.

Några av de viktigaste källorna för analysen av vad som ska betraktas som ekonomisk aktivitet är målen Humbel 263/86 och Höfner C-41/90. Baserat på bl.a. Humbel-målet kan man hävda att finansieringsformen är avgörande, det vill säga att det faktum att det handlade om en "kostnadsfri" (skattefinansierad) tjänst var avgörande för att den skulle klassificeras som icke-ekonomisk. De avgöranden som hänvisas till i utredningen argumenterar också i olika grad för detta.

Det verkar ligga mindre fokus på det andra förhållandet som låg till grund för Humbel-avgörandet, nämligen att tjänsten innebar att staten "... [was] fulfilling its duties towards its own population in the social, cultural and educational fields" och i EFTA- domen, att det handlade om "ett viktigt socialt, kulturellt, utbildningsmässigt och pedagogiskt syfte". Jag tycker det är mer ändamålsenligt att klassificeringen av en tjänst primärt baseras på dess karaktär än på förhållanden som finansiering och organisation. För mer om detta, se nedan. Vad gäller praxis i Höfner-målet var det avgörande att den aktuella aktiviteten skulle kunna utföras (och faktiskt utfördes) av privata företag. När så är fallet skulle det alltså föreligga en ekonomisk verksamhet.

Det verkar i senare praxis som att det både finns ståndpunkter för att Humbel fortsatt är den bästa lagtolkningen, liksom det i motsvarande utsträckning även finns grund för att se Höfner som den mest korrekta lagtolkningen.<sup>163</sup> Tillämpning av gängse juridiska metoder ger (tyvärr) visst stöd för båda riktningarna pga. den omfattande tvetydigheten i praxis och lagstiftningen. Således kan man argumentera för att båda riktningarna kan få fotfäste i praxis och i de meddelanden och dokument som utfärdas av EU:s lagstiftande institutioner.

Undertecknad har inställningen att tolkningar, som lutar åt att organisations- eller finansieringssättet skulle vara avgörande för om det föreligger en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse, har den väsentliga bristen att det vid en viss omfattning kan ske en organisation av utförandet på sådant sätt att det kan finnas en risk för att begreppet kringgås (och därmed även konsekvenserna av den aktuella klassificeringen). Den avgränsning av begreppet icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som verkar mest meriterad är den som baseras på den aktuella tjänstens karaktär. Baserat på detta kommer det således att finnas ett antal tjänster, exempelvis vissa sociala tjänster och välfärdstjänster, som på grund av sin karaktär kommer att betraktas som icke-ekonomiska. Det gäller även om de är skattefinansierade och om de aktuella tjänsterna i realiteten skulle kunna hanteras på den kommersiella marknaden.

En väsentlig del inom den EU:s rättspraxis som används för förståelsen av begreppet icke-ekonomisk utgörs av ett antal mål som rör konkurrensreglerna. För att

---

<sup>163</sup> För ett exempel på synpunkten att hållningen som intas i Höfner och E-5/07 är ohållbar, se Tarjei Bekkedal: Tjenester av allmenn interesse fra et europeisk versus et norsk perspektiv, i Madell, Bekkedal och Neergaard (red.): Den nordiska välfärden och marknaden, sid. 87.

konkurrensreglerna ska kunna tillämpas är det avgörande att det handlar om ett företag, vilket i sin tur innebär en enhet som bedriver ekonomisk verksamhet. Därför är det en naturlig del av praxis inom konkurrensrätten, att man bedömer om det föreligger en ekonomisk verksamhet. En kritik i det avseendet skulle kunna vara att bedömningen av vad som är en ekonomisk verksamhet inte nödvändigtvis överensstämmer inom alla delar av EU. På sidan 13 görs en jämförelse mellan ekonomibegreppet i momsbestämmelserna och motsvarande inom bl.a. konkurrensrätten, och det framgår att det kan vara skillnad mellan begreppen inom olika regelverk.<sup>164</sup> Om så är fallet kan bl.a. praxis på konkurrensrättsområdet inte användas okritiskt som grund för slutsatser inom ett annat område, nämligen frågan om den fria rörligheten, som ju faktiskt är det område där upphandlingsreglerna har sitt ursprung.

Det finns också det perspektivet att, när det i protokollen om tjänster av allmänt intresse sägs att fördragets bestämmelser inte kan tillämpas på sådana tjänster, så måste det istället vara så att enbart tjänster som i realiteten endast är icke-ekonomiska omfattas av undantaget. Det beror på att man inte lättvindigt gör undantag när det gäller den inre marknaden och EU-rätten. Utgångspunkten bör vara att de tjänster där det framgår att det finns ett ekonomiskt perspektiv, svårligen kan omfattas av begreppet och därmed inte heller undantas från EUF-fördragets tillämpningsområde.

Undantaget från EUF-fördraget framgår endast i protokollen, liksom begreppet icke-ekonomisk tjänst heller inte återfinns någon annanstans i fördragskomplexet än i protokollen. Det behöver inte nödvändigtvis betyda något, men det kan inte heller uteslutas att det kan ha en betydelse. Även om ordalydelsen ter sig mycket precis kan man inte helt utesluta att konsekvensen av att det föreligger en icke-ekonomisk tjänst inte medför att sådana tjänster är helt uteslutna från EUF-fördragets tillämpningsområde. I samband med ett av undantagen till fördraget, artikel 345, som gäller medlemsstaternas egendomsrättsliga regler har EU-domstolen under hösten 2013 beslutat att ett nationellt privatiseringsförbud omfattas av artikel 345 och skulle därmed som utgångspunkt vara undantaget från fördragets bestämmelser. Domstolen menade i samma mål (C-105/12–107/12, Essent m.fl.),

---

<sup>164</sup> Man hänvisar till målet C-246/08, Kommissionen mot Finland. Se även Tarjei Bekkedal: Tjenester av allmenn interesse fra et europeisk versus et norsk perspektiv, i Madell, Bekkedal och Neergaard (red.): Den nordiska välfärden och marknaden, sid. 93. Där står: "Det ligger i dette at man bør holde analyser av begrepet "økonomisk aktivitet" under de to regelsett fra hverandre og ikke forsøke å ekstrahere et generelt og samlende konsept."

att så inte nödvändigtvis var fallet, eftersom reglerna om kapitalets fria rörlighet samtidigt måste respekteras. Domstolen förtydligade att de hänsyn som ligger till grund för undantaget kunde tas med i beräkningen i samband med en prövning av fördragets bestämmelser om den fria rörligheten för kapital.

Något som talar för att undantaget i protokollet möjligtvis inte är fullständigt är även Kommissionens meddelande Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande, KOM(2007) 725, där det står: " ... Den här typen av tjänster, t.ex. traditionellt statliga åligganden som polis, domstolar och obligatoriska system för socialskydd lyder inte under några särskilda EG-rättsliga bestämmelser och omfattas inte heller av fördragets bestämmelser i fråga om den inre marknaden och konkurrens. *Vissa aspekter på dessa tjänster kan falla under andra bestämmelser i fördraget, t.ex. principen om icke-diskriminering.*"<sup>165</sup> Härmed ter det sig som att EU-domstolen inte, enligt Kommissionens uppfattning, släpper dessa tjänster helt, även om det verkar vara ordalydelsen i protokollet.

### **Icke-ekonomiska tjänster enligt direktivet**

I förhållande till upphandlingsdirektivet bör det enligt det 6:e skälet i ingressen vara så att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte omfattas av direktivet. Den svåra frågan i sammanhanget torde vara vad som ska betraktas som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse. Baserat på direktivets egen förklaring är det ganska få tjänster som skulle falla helt utanför, eftersom de tjänster som omfattas av artikel 74 om sociala tjänster osv. inte är undantagna från direktivets tillämpningsområde, utan endast underkastade uppenbart lämpligare regler.

Det verkar inte vara någon direkt koppling mellan, å ena sidan hänvisningen i det 6:e skälet i ingressen om att icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse faller utanför direktivets tillämpningsområde, och å andra sidan de tjänster som finns i bilaga XIV efter hänvisning i artikel 74. Det är korrekt, att om man skulle beskriva de tjänster som kan förväntas falla under kategorin icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse, så bör flera av de som finns med i bilaga XIV falla under den kategorin. Det skulle exempelvis kunna vara vissa sociala tjänster, välfärdstjänster, fängelserelaterade tjänster, undersöknings- och säkerhetstjänster osv. Samtidigt kan man nog med säkerhet utgå ifrån att lagstiftaren inte har avsett att

---

<sup>165</sup> Se även Ulla Neergaard, i Krajewski, Neergaard och Van den Gronden: *The Changing Legal Framework for Services of General Interest in Europe*, sid. 27 f

tjänsterna i bilaga XIV skulle undantas från EU-rättens område, eftersom de grundläggande principerna ändå ska upprätthållas. Något som inte hade varit fallet, om lagstiftaren hade bedömt att tjänsterna skulle falla utanför direktivet/fördraget.

När det gäller slutsatsen att det finns gott om handlingsutrymme i utformningen av de nationella upphandlingsreglerna håller jag helt med. Jag kan dock inte se att det finns grund för en regleringsmodell där man inte alls ställer krav på processen. Upphandlingsdirektivets modell pekar på att det för alla särskilda tjänster (jfr artikel 74) också kommer att ställas krav på att etablera någon form av process. Även om en sådan process skulle kunna vara klart bättre lämpad än de allmänna processerna i upphandlingsdirektivet, måste den ändå upprätthålla de grundläggande principerna. Det skulle inte vara fallet, om de nämnda tjänsterna skulle anses vara helt undantagna från EUF-fördraget.

Avslutningsvis kan ämnet illustreras mycket precist genom följande citat:

"Altogether, the borderline between economic and non-economic services of general interest may at present be considered to be blurred, risky and uncertain. Indeed, the degree thereof only seems to get worse and worse."<sup>166</sup>

---

<sup>166</sup> Se även Ulla Neergaard, i Krajewski, Neergaard och Van den Gronden: *The Changing Legal Framework for Services of*

*General Interest in Europe*, sid. 39

## Slutsats

Min överordnade slutsats är att

- det finns grund för att tolka befintlig praxis på det sätt som läggs fram i undersökningen
- det finns några förhållanden som man bör vara uppmärksam på i samband med detta, eftersom det finns många tvetydiga hållningar i befintlig praxis, vilka medför en viss osäkerhet
- begreppet ekonomisk (och därmed även icke-ekonomisk) ska förstås i den särskilda kontext som behandlas i det här sammanhanget, och begreppet ekonomisk kan ha flera olika betydelsenyanser inom olika områden inom EU-rätten
- att artikel 74 i upphandlingsdirektivet kan tolkas som att tjänsterna omfattas av EU-rätten, med följden att de grundläggande principerna ska uppfyllas
- att det emellertid kan vara några av de tjänster som omfattas av direktivets bilaga XIV som enligt fördraget kan kategoriseras som icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse och därför enligt protokollet ligger utanför EU-rätten (och därmed också i realiteten utanför direktivets område)

Michael Steinicke

Professor, Århus

Universitet, 13 juni 2014