

LOU?



När medför en offentlig finansiering en skyldighet att följa LOU?

- Studie med särskilt fokus på EU-begreppen SGEI och NSGI

Av Caroline Wehlander på uppdrag av Konkurrensverket

UPPDRAGSFORSKNINGSRAPPORT 2018:5

Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2018:5

Utredare: Caroline Wehlander, jur.dr.

ISSN-nr 1652-8069

Foto: Mostphotos

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket har gett jur. dr Caroline Wehlander i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, belysa de marknadsregler som styr de samverkansformer som finns mellan offentliga myndigheter och externa aktörer och då särskilt utreda i vilka fall en samverkan omfattas av lagen om offentlig upphandling (LOU).

Många kommunala företag, ideella organisationer samt företag med vinstintresse utför i dag olika typer av sociala tjänster gentemot kommuner, landsting och andra offentliga aktörer. Det finns i dag en osäkerhet om en del av dessa tjänster ska upphandlas enligt LOU eller ej. Det finns i princip två olika sätt för offentliga aktörer att finansiera dessa tjänster, vilket är antingen som uppdragsersättning eller ekonomiskt bidrag. Något förenklat innebär det att en tjänst ska upphandlas enligt LOU om leverantören erhåller ersättning för ett utfört uppdrag, men om leverantören däremot erhåller ekonomiskt bidrag kan uppdraget falla utanför LOU:s tillämpningsområde. Gränsdragningen mellan dessa finansieringsformer kan dock vara omgärdad av komplicerade överväganden.

Rapporten innehåller en gedigen genomgång av olika sorters offentliga finansieringar och hur dessa bör förstås i ljuset av EU-rätten. Mot bakgrund av de grundläggande EU-rättsliga principerna ställer författaren frågor som väcker eftertanke, även hos den insatte läsaren, och har som ambition att klargöra dessa frågeställningar.

Till projektet har det knutits en referensgrupp, som haft möjlighet att lämna synpunkter på utkast till slutrapport, bestående av Tobias Indén (Umeå universitet), Magnus Ljung (SKL), Sofia Mårtensson samt Robin Anderson Boström (Upphandlingsmyndigheten). Från Konkurrensverket har Carl-Henrik Bergh, Mattias Berger, Magnus Ehn, Malin de Jounge, Malin Rönnblom, Nathalie Vaardahl samt Joakim Wallenklint deltagit.

Författaren ansvarar själv för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, juli 2018

Rikard Jermsten
Generaldirektör

Förkortningar

EU:s primärrätt består av fördragen med tillhörande protokoll samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna

EUD	Europeiska unionens domstol
EUSGR	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
FEU	Fördrag om Europeiska unionen
FEUF	Fördrag om Europeiska unionens funktionssätt
GA	Generaladvokaten
IOP	Idéburet offentligt partnerskap
LOU	Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF	Lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna LUF-direktiv Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
LUK	Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LUK-direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
NSGI	Icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse (engelska: non-economic service of general interest)
SGEI	Tjänst av allmänt ekonomiskt intresse (engelska: service of general economic interest)
SGI	Tjänst av allmänt intresse (engelska: service of general interest)

Innehåll

Sammanfattning	9
Summary	33
1 Inledning	57
1.1 Bakgrund.....	57
1.1.1 EU-rättens ökade relevans för nationell organisation av offentligt finansierade sociala tjänster	57
1.1.2 EU-reglerna om upphandling och om statsstöd till SGEI begränsar medlemsstaternas frihet att organisera och finansiera ekonomisk verksamhet i den offentliga sektorn.....	60
1.1.3 Utdragen, och mycket problematisk, osäkerhet om tolkningen av begreppen "ekonomisk verksamhet", SGEI och NSGI i den svenska rättsliga debatten	63
1.2 Uppdraget och rapportens syfte.....	66
1.3 Metod, avgränsningar, terminologi, disposition.....	67
2 EU-rättens grunder för upphandlingsreglerna: nya direktiv, nya principer och förstärkt koppling till SGEI-statsstödsreglerna.....	70
2.1 2014-direktiven i den post-Lissabon EU-konstitutionella ramen: "marknadsprinciper" och "icke-marknadsprinciper"	70
2.2 Marknadsprinciperna om fri rörlighet och icke-snedvriden konkurrens förenas i upphandlingsreglerna genom principerna om likabehandling och öppenhet	72
2.2.1 Rättspraxis i EUD: tilldelning av kontrakt omfattas av krav som följer direkt av fördragets marknadsprinciper	73
2.2.2 Doktrinen om kontrakt utan ett bestämt gränsöverskridande intresse	75
2.2.3 Likabehandling ett uttryck för principen om "icke-snedvriden konkurrens" inom ramen för unionens upphandlingsrätt	76
2.2.4 Artikel 18.1 LOU-direktivet: bevis på att "fri konkurrens" utgör en grundläggande princip inom EU-rätten om upphandling?	77
2.3 Den funktionella kopplingen mellan upphandlingsreglerna och reglerna om statsstöd till företag som anförtrots SGEI.....	79
2.3.1 I <i>Altmark</i> slogs fast att upphandling kan utesluta statsstöd vid ersättning av allmännyttiga tjänster som tillhandahålls av företag som anförtros SGEI-uppgifter	80
2.3.2 Kommissionens regler om tillämpningen av artikel 106.2 FEUF på statsstöd till SGEI.....	82

2.4	Post-Lissabon fördragen: även "icke-marknad principer" styr EU-rätten om verksamheter inom den offentliga sektorn	88
2.4.1	Fördragens "icke-marknadsprinciper" bygger delvis på rättspraxis om medlemsstaternas befogenheter inom den offentliga sektorn	90
2.4.2	Principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten.....	92
2.4.3	Principerna om SGI, SGEL, NSGI i artikel 106.2 FEUF, artikel 14 FEUF, SGI-protokoll och artikel 36 EUSGR.....	94
2.5	Rättsbegreppen SGEL, SGI och NSGI: vilken innebörd i EU-rätten?.....	102
2.5.1	EU-begreppet SGEL: en analys av grundrekvisiten med utgångspunkt av rättspraxis i EUD.....	103
2.5.2	Tolkning av de nya EU-rättsbegreppen NSGI och SGI: en ekvation med många variabler	109
2.6	Relevans för EU:s upphandlingsregler av den nya EU-konstitutionella ramen om verksamheter i den offentliga sektorn	118
2.6.1	Relevans av "icke-marknad" principerna i EU-domstolens rättspraxis på upphandlingsområdet: <i>Spezzino, Casta, Remondis, Hamburg</i>	119
2.6.2	Relevans av de "icke-marknad" principerna i 2014-direktiven	125
2.7	Slutsatser	136
3	Analys av begreppet NSGI mot bakgrund av praxis i EUD om begreppen "tjänster", "varor" och "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i fördragets regler om fri rörlighet och konkurrens.....	139
3.1	Fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsrätten tillämpliga enbart för varor och tjänster i fördragets mening	140
3.1.1	Tjänster och varor i fördragets mening är sådana som <i>normalt</i> utförs mot ersättning, men inte nödvändigtvis utförs mot ersättning i det enskilda fallet	140
3.1.2	Tjänster som inte utförs mot ersättning <i>hos en medlemsstat</i> faller utanför artiklarna 49 och 56 FEUF.....	147
3.1.3	"Ekonomisk verksamhet" i frirörlighetsrättens mening: definition, rekvisit och relevans för tillämpligheten av reglerna om fri rörlighet	154
3.2	Fördragets konkurrens- och statsstödsregler gäller enbart <i>företag</i> i fördragets mening.....	160
3.2.1	Företag i fördragets mening är varje enhet som driver en ekonomisk verksamhet	161
3.2.2	Två kategorier av verksamhet som anses icke-ekonomisk och därmed faller utanför unionens konkurrens- och statsstödsregler	171

3.2.3	Verksamheten i ett nationellt välfärdssystem är ekonomisk när reglerna förutsätter konkurrens mellan operatörerna varav vissa har vinstsyfte: <i>CBI, Dôvera</i>	176
3.3	Slutsatser av avsnitt 3.1 och 3.2 om innebörden av begreppet "ekonomisk verksamhet" och om de två huvudfallen av verksamhet som kan anses icke-ekonomisk hos en medlemsstat.....	186
3.3.1	"Ekonomisk verksamhet" har samma innebörd inom rätten om fri rörlighet och konkurrensrätten. De enda grundläggande kriterierna är ersättning och risk	186
3.3.2	Verksamheten är icke-ekonomisk i såväl frirörlighetsreglernas som konkurrensreglernas mening när den (1) är förenad med utövandet av offentlig makt eller (2) enbart utförs i socialt syfte	189
3.4	Begreppet NSGI i ljuset av EU-domstolens rättspraxis om ekonomisk verksamhet på områdena för fri rörlighet och konkurrens	190
3.4.1	Verksamhet som <i>i medlemsstaten</i> är förenad med utövandet av offentlig makt: "UOM-NSGI"	193
3.4.2	Verksamhet inom ramen för ett nationellt system där tjänsterna <i>utförs</i> uteslutande med ett socialt syfte: "solidaritet-NSGI"	206
3.5	Slutsatser	219
4	Grundläggande villkor för att en offentlig finansiering ska anses vara en "upphandling enligt LOU", med särskilt fokus på "anskaffning"	229
4.1	LOU omfattar enbart kontrakt som utgör "upphandling" i LOU-direktivets mening och tillämpas inte på NSGI	229
4.1.1	Principer om SGEI och NSGI är osynliga i LOU	229
4.1.2	Krav som ska vara uppfyllda för att offentlig finansiering av en verksamhet ska omfattas av LOU	231
4.2	Första kravet för LOU-kontrakt: den offentliga finansieringen avser tjänster och/eller varor i fördragets mening.....	234
4.2.1	Ett försök att kartlägga huvudtyper av tjänster som kan anses utgöra NSGI i Sverige och därför inte omfattas av LOU.....	235
4.2.2	Även NSGI omfattas av LOU om de externaliseras genom upphandling i LOU:s mening	237
4.3	Den offentliga finansieringen sker genom ett skriftligt kontrakt mellan en/flera upphandlande myndigheter och en/flera operatörer	239
4.3.1	Ett skriftligt kontrakt.....	239
4.3.2	Upphandlande myndighet.....	243
4.3.3	Leverantör.....	245

4.4	Kontraktet sker med ekonomiska villkor: den offentliga finansieringen utgör en ersättning för operatörens verksamhet.....	248
4.5	Den offentliga finansieringen tilldelas i syfte att <i>anskaffa</i> tjänster, varor eller byggtreprenader	251
4.5.1	Rekvisitet "anskaffningssyfte" överlappar med rekvisitet "ekonomiska villkor"	252
4.5.2	Hur förklaras "anskaffning" i skäl 4 LOU-direktivet?	254
4.5.3	Första och andra meningarna i andra paragrafen av skäl 4 LOU-direktivet kan inte anses som ett nytt undantag från upphandlingsreglerna.....	256
4.5.4	Är begreppen "finansiering" och "bidrag" lämpliga för att beteckna offentlig finansiering som inte omfattas av LOU?	259
4.5.5	Slutsats: trots dess förekomst i skäl 4 LOU-direktivet utgör "bidrag" inget funktionellt begrepp för att avgöra tillämpbarheten av LOU	265
4.5.6	Vilka kriterier avgör huruvida ett avtal kan anses ha ett anskaffningssyfte i LOU:s mening?.....	267
4.6	Den offentliga finansieringen tilldelas en/flera leverantörer som den upphandlande myndigheten <i>har valt ut</i> (selektivitetsrekvisit).....	272
4.6.1	Selektivitetsrekvisitet i LOU infört genom LOU-direktivet och fastställt i <i>Falk Pharma</i> och <i>Tirkkonen</i>	273
4.7	Slutsatser	277
5	Huruvida offentlig finansiering av verksamheter omfattas av LOU: fokus på några osäkra situationer	283
5.1	Offentlig finansiering av sociala tjänster i Sveriges valfrihetssystem omfattas inte av LOU men verksamheten som finansieras bör anses som ekonomisk.....	283
5.1.1	Att sociala tjänster i Sveriges offentligt finansierade valfrihetssystem utgör en ekonomisk verksamhet är tämligen säkert	284
5.1.2	Knepiga frågor uppstår när den ekonomiska karaktären av välfärdstjänster i valfrihetssystem erkänns	287
5.2	Huruvida statens finansiering av ett uppdrag som den anförtror en privat aktör omfattas av LOU: Allmänna uppdraget.....	289
5.2.1	Tre beslut om statsstöd för miljöåtgärder där kommissionen ansåg att den offentligt finansierade verksamheten var icke-ekonomisk.....	289
5.2.2	Närmare om bidrag för Allmänna uppdraget kan ses som en upphandling i LOU:s mening	291
5.3	IOP-avtal	294

5.3.1	Idéburna partnerskap i kontext: vilka rättsliga ramar som ska styra icke-vinstdrivande aktörers roll i välfärden är en politisk fråga som avgörs både i Sverige och på EU-nivå.....	294
5.3.2	Vad är "idéburet-offentligt partnerskapsavtal" som modell och i praktiken?	298
5.3.3	Vad är "idéburen verksamhet" och har idéburen verksamhet en privilegierad ställning i svensk rätt om välfärdstjänster?	300
5.3.4	Relevanta frågor vid bedömningen huruvida IOP-avtal omfattas av LOU... ..	303
5.4	Slutsatser	310
6	Källor	314

Sammanfattning

Många organisationer får offentliga medel för att utföra tjänster i det allmänna intresset, särskilt inom den sociala sektorn. Det finns som grundregel två olika sätt för myndigheter att finansiera tjänster som utförs av aktörer inom den sociala ekonomin – uppdragsersättning eller bidrag. Gränsdragningen dem emellan kan dock vara omgärdad av komplicerade överväganden. I princip gäller att en tjänst ska upphandlas om leverantören erhåller en ersättning för ett utfört uppdrag. Om en verksamhet däremot erhåller ekonomiska bidrag från det allmänna, utan att en upphandlande myndighet lämnat något som helst uppdrag, föreligger ingen skyldighet att tillämpa upphandlingsreglerna.

Det finns idag ett behov av att tydliggöra vilka omständigheter som en upphandlande myndighet ska beakta när den planerar att finansiera externa aktörers utförande av vissa tjänster och vill säkerställa att den inte bryter mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Syftet med denna rapport är bland annat att besvara följande frågor:

- Vilka kriterier avgör om offentlig finansiering av vissa bestämda tjänster ska betraktas som en anskaffning av tjänster i LOU:s mening?
- Hur påverkas denna bedömning av mottagarens karaktär av kommunalt bolag, bolag med vinstsyfte eller organisation utan vinstsyfte?
- Vilken betydelse har reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse för tillämpningen av LOU på en offentlig finansiering?

Det finns en rådande osäkerhet, inte minst hos den svenska lagstiftaren, beträffande betydelsen av begreppen "ekonomisk verksamhet", "tjänster av allmänt intresse" (SGI¹), "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" (SGEI²) samt "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" (NSGI³). Denna sammanfattning fokuserar framför allt på att belysa:

- EU-rättens grunder för upphandlingsreglerna: nya direktiv, nya principer och förstärkt koppling till SGEI-statsstödsreglerna för sociala tjänster.
- En analys av begreppet NSGI mot bakgrund av rättspraxis från EUD om begreppen "tjänster", "varor" och "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i fördragens regler om fri rörlighet och konkurrens.

1 SGI - Services of General Interest.

2 SGEI - Services of General Economic Interest.

3 NSGI - Non-economic Services of General Interest.

- Villkor för att en offentlig finansiering ska anses som en "upphandling enligt LOU", med särskilt fokus på "anskaffning".
- Huruvida offentlig finansiering av verksamheter omfattas av LOU – utifrån några osäkra situationer.

EU-rättens grunder för upphandlingsreglerna: nya direktiv, nya principer och förstärkt koppling till SGEI-statsstödsreglerna för sociala tjänster

Lissabonfördraget har försett unionen med en kvasi-konstitutionell plattform som har föranlett viktiga ändringar i unionens upphandlingsdirektiv (2014-direktiven) och därför också i de svenska upphandlingslagarna (LOU, LUK och LUF). De post-Lissabon fördragen innehåller således ett antal föreskrifter och icke-marknadsprinciper av stor betydelse för unionens och medlemsstaternas befogenheter vad gäller tjänster inom den offentliga sektorn:

- EU:s värden (artikel 2 FEU)
- principen om tilldelade befogenheter, som innebär att varje befogenhet som inte tilldelats unionen i fördragen tillhör medlemsstaterna (artikel 4.1 FEU)
- principen om respekten av den nationella identiteten, inbegripet det regionala och lokal självstyret, som kan anses begränsa unionens utövande av de befogenheter som den har tilldelats och tvinga EU-rätten att vara mer receptiv till medlemsstaternas konstitutionella regler (artikel 4.2 FEU)

Dessa principer är tillämpliga över hela fördraget och kan anses få ett särskilt uttryck i principerna om tjänster av allmänt intresse (SGI), tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (SGEI) och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NSGI) i unionens primärrätt:

- Undantagsregeln (artikel 106.2 FEUF) innebär att medlemsstater får vidta konkurrensbegränsande åtgärder med undantag från fördragets regler, för att möjliggöra att företag som har anförtrotts SGEI fullgör sina uppgifter och att medlemsstaten uppnår de politiska mål som dessa SGEI-uppgifter har till syfte att förverkliga.
- Principen om skydd för SGEI-uppgifter (artikel 14 FEUF) som innebär att EU och medlemsstaterna ska sörja för att SGEI omfattas av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för SGEI att fullgöra sina uppgifter, och som tillåter att EU antar förordningar om sådana principer och villkor.

- Tolkningsprinciper för SGI (i protokollet om tjänster av allmänt intresse, nedan kallat "SGI-protokoll") som förtydligar principen i artikel 14 FEUF och slår fast att medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera NSGI inte alls påverkas av fördragen.
- Rätten till tillgång till SGEI (artikel 36 i EU-stadgan om grundläggande rättigheter).

Dessa "icke-marknadsprinciper" i fördragen ska beaktas när EU-institutionerna, inbegripet EUD, tillämpar fördragens marknadsprinciper och regler på verksamheter inom den offentliga sektorn. Principerna har införts och förstärkts i fördragen i reaktion till expansionen av EU-rättens marknadsregler på alltfler områden som tillhör medlemsstaternas kompetens. Denna expansion kan förklaras främst av de alltmer marknadsbaserade välfärdssystemen i många medlemsstater och av EU-domstolens vida tolkning av bl.a. begreppen "tjänster", "företag" och "ekonomisk verksamhet" i rättspraxis.

EUD har förklarat att medlemsstaterna har en stor frihet att definiera *SGEI-uppdrag* men att SGEI utgör ett EU-begrepp med autonom EU-rättslig betydelse, vilket innebär att unionen får kontrollera att begreppet inte uppenbart missbrukas av medlemsstaterna. SGEI är inte definierat i EU-rätten men EUD har uttalat att det är fråga om tjänster som har en *särskild karaktär* i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet, och domstolens rättspraxis visar att de grundläggande element som ska finnas i tjänstens "särskilda karaktär" kan anses vara följande:

1. Verksamheten har särskild betydelse för att uppnå *mål av allmänt intresse* som unionen eller en medlemsstat, inom ramen för sina respektive befogenheter, har fastställt
2. Verksamheten därför är kopplad till klara och tydliga *SGEI-uppdrag* som åläggs företag och/eller offentliga organ för att verksamheten ska utövas på bestämda villkor. Uppdraget ska vara *samhällsomfattande* (eller allmännyttig) och *obligatoriskt* till sin karaktär.
3. Det finns en marknad för liknande tjänster.

Relevansen av SGEI-karaktern av tjänster är sedan länge tydlig på konkurrens- och statsstödsrättens områden. EUD har fastställt att det faktum att företag har anförtrots SGEI har relevans vid tillämpning av fördragets frirörlighets-, konkurrens- och statsstödsregler på handelshindrande nationella åtgärder som särbehandlar dessa företag. I denna rättspraxis har EUD utvecklat ett "milt proportionalitetstest" som framför allt används på områden som inte har harmoniserats i EU-rätten och (1) gör det möjligt att ta hänsyn till företagets ekonomiska villkor för uppdragets fullgörande och (2) inte ställer krav på att medlemsstaten tillgriper den minst handelshindrande åtgärden.

EUD har funnit att beviljandet av en ensamrätt att utöva en verksamhet till företag som anförtratts SGEI-uppdrag kan vara förenlig med artikel 106.1 FEUF, med stöd av undantagsregeln i artikel 106.2 FEUF, när ensamrätten är nödvändig för att företaget skulle kunna fullgöra sitt SGEI-uppdrag under ekonomiskt godtagbara villkor (t. ex. genom s.k. korssubventionering). EUD har också fastställt i *Altmark* att den offentliga finansieringen av offentliga tjänster inte utgör statsstöd när den avser ett företags SGEI-uppdrag och när fyra kumulativa kriterier är uppfyllda: (1) transparent och precis definition av SGEI-uppdraget, (2) förutbestämda parametrar för ersättningen, (3) mekanism för återkrav av överkompensation och (4) ersättningen utgår efter upphandling eller fastställs på grundval av ett välskött företags kostnader och intäkter för att genomföra uppdraget plus en rimlig vinst (kostnadseffektivitetskrav).

Med stöd av dessa *Altmark*-kriterier har EU-kommissionen antagit statsstödsregler för SGEI, som gäller finansieringen av allmännyttiga tjänster som inte uppfyller det fjärde *Altmark*-kriteriet (kostnadseffektivitetskrav) och därmed utgör statsstöd. Den funktionella kopplingen mellan dessa regler och upphandlingsreglerna är särskilt tydlig beträffande sociala tjänster. Statsstödsreglerna är nämligen tänkta (i den mån de tillämpas av medlemsstaterna) att komplettera reglerna om upphandling av sociala tjänster i 2014-direktiven, inte minst eftersom de senare enbart ställer minimala förfarandekrav och därmed inte utesluter att offentlig finansiering leder till överkompensation.

Även på upphandlingsrättens område har dessa icke-marknadsprinciper om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI relevans, som motvikt till upphandlingsreglernas allt vidare tillämpningsområde enligt EU-domstolens rättspraxis. Dessa principer kan anses ligga bakom EU-domstolens doktriner om kontrakt utan ett bestämt gränsöverskridande intresse och om "in-house" kontrakt. *Spezzino*, *Casta*, *Remondis* och *Hamburg* visar också att EUD har efter antagandet av Lissabonfördraget sett sig förpliktad att tolka upphandlingsreglerna med beaktande av dessa icke-marknadsprinciper.

Vad gäller begreppen NSGI och SGI i SGI-protokollet kan konstateras att de inte heller är definierade i EU-rätten. En utgångspunkt kan dock anses vara att gränsdragningen mellan SGEI och NSGI är kopplad till EU-domstolens rättspraxis om tolkningen av begreppet ekonomisk verksamhet inom frirörlighetsrätten och konkurrensrätten. Enligt denna rättspraxis faller tillhandahållande, organisation och beställning av en tjänst som *inom ramen för en EU-rättslig bedömning* kan betraktas som icke-ekonomisk hos en viss medlemsstat, utanför unionens *konkurrensregler*.

Förstärkningen av de icke-marknadsprinciperna i fördragen avspeglas i de 2014-direktiven, inte minst i LOU-direktivet. Samtidigt som en konkurrensprincip har införts i LOU-direktivet, vilket konsoliderar EU-domstolens ympning av en konkurrensprincip på upphandlingsreglerna, har principerna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI/SGEI/NSGI fått många uttryck i direktiven, där de kompletterar de grundläggande principerna om respekt av de grundläggande friheterna, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Bland annat fastställer 2014-direktiven medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara SGEI-uppgifter, att bestämma hur SGEI bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd och vilka särskilda krav de bör underställas. Direktiven fastställer också myndigheternas frihet att besluta om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 FEUF och SGI-protokollet. Det är således tydligt att 2014-direktiven inte bara konsoliderar rättspraxis om undantag från upphandlingsreglerna utan också erkänner att unionens upphandlingsregler kan begränsa offentliga myndigheternas frihet att definiera, tillhandahålla, organisera och beställa offentliga tjänster och att fördragsprinciperna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI/SGEI/NSGI därför är normerande för både utformningen och tolkningen av direktivens regler.

Beträffande sociala tjänster kräver 2014-direktiven att de nationella reglerna om upphandling inte bara ser till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om transparens och likabehandling av ekonomiska aktörer, utan också gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga. De särskilda egenskaper som anges i direktivet är nästan identiska med de SGEI-egenskaper som återfinns i SGI-protokollet. Denna implicita hänvisning till SGEI förklarar de minimala förfarandekrav som direktiven ställer på upphandling av sociala tjänster.

I 2014-direktiven klargörs att de inte tillämpas på NSGI. Betydelsen av begreppet NSGI klargörs emellertid varken i direktiven, i artikel 2 i SGI-protokollet eller i kommissionens vägledningsdokument om NSGI. Denna betydelse kommer således att förbli osäkert så länge EUD inte klargör den. Det som är säkert är att unionens post-Lissabon upphandlings- och statsstödsregler ger den politik som förs på unionsnivå stora möjligheter att direkt eller indirekt styra utvecklingen av välfärdsmodellerna i medlemsstaterna. LOU-direktivet, genomfört i LOU, och kommissionens regler om statsstöd till SGEI, har helt enkelt blivit en del av svensk välfärdslagstiftning, oavsett att Sverige på det sociala området formellt inte har överfört sina politiska befogenheter till unionen.

Analys av begreppet NSGI mot bakgrund av rättspraxis från EUD om begreppen "tjänster", "varor" och "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i fördragets regler om fri rörlighet och konkurrens

Följande slutsatser får dras från EU-domstolens praxis om tolkningen av fördragets regler om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd.

Tolkning av EU-begreppen tjänster, varor och företag i rättspraxis

EUF-fördragets frirörlighetsregler är tillämpliga enbart på varor och tjänster i fördragets mening, dvs. varor som kan vara föremål för handel (enligt rättspraxis) och tjänster som *normalt* utförs *mot ersättning* (enligt artikel 57 FEUF). Det viktigaste kännetecknet på begreppet "ersättning" i den mening som avses i artikel 57 FEUF är att denna utgör den *ekonomiska* motprestationen för tjänsten i fråga (*Humbel*). EUD tolkar "mot ersättning" i ett operatörs perspektiv (även på utbildningsområdet) och funktionellt.

I EU-domstolens praxis ges begreppet tjänst två nära kopplade men olika betydelser:

1. en tjänst som i det enskilda fallet utförs mot ersättning (är ekonomisk i det enskilda fallet)
2. en tjänst som normalt utförs mot ersättning (*kan vara ekonomisk, i teori*).

Enbart tjänster som i det enskilda fallet är ekonomiska åtnjuter de grundläggande friheterna i fördragen. Även om en tjänst är icke-ekonomisk hos en medlemsstat på grund av dess reglering i denna stat, kan denna reglering omfattas av fördragets principer om frirörlighet för tjänster, om liknande tjänster utförs mot ersättning (är ekonomiska) i andra medlemsstater.

EUF-fördragets konkurrens- och statsstödsregler är tillämpliga på företag i dessa reglers mening, dvs. varje enhet, oavsett dennes form och finansiering, som vid en bedömning i det enskilda fallet driver en *ekonomisk verksamhet*. En ekonomisk verksamhet i konkurrens- och statsstödsreglernas mening en verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. Det är *erbjudandet*, och inte anskaffningen, av tjänster eller varor på en marknad som avgör huruvida en verksamhet är ekonomisk.

Att verksamheten utövas utan vinstsyfte, av en offentlig myndighet eller av ett religiöst samfund, utesluter inte att den kan anses vara ekonomisk. Vad gäller offentliga myndigheter är det fast rättspraxis att de agerar antingen genom att utöva offentliga maktbefogenheter eller genom att erbjuda tjänster eller varor på marknaden. Beträffande offentliga myndigheters ekonomiska verksamheter tillämpar EUD en doktrin om avskiljbarhet: om en myndighet bedriver en

ekonomisk verksamhet som kan skiljas från dess myndighetsutövning, agerar den i egenskap av företag med avseende på den delen av verksamheten. Om den ekonomiska verksamheten i fråga inte kan skiljas från dess övriga verksamhet ska däremot hela dess verksamhet anses vara knuten till utövandet av offentliga maktbefogenheter.

EUD fann i *Höfner* att ett offentligt organs lagstadgade ensamrätt att tillhandahålla arbetsförmedling omfattades av EU-konkurrensreglerna eftersom "den inte alltid utövats av offentliga organisationer och inte nödvändigtvis behövde utövas av sådana organisationer". Senare praxis visar att detta komparativa test utgör enbart ett grundläggande "abstrakt" test som inte ensam avgör huruvida verksamheten i det enskilda fallet är ekonomisk eller inte.

EU-begreppet "ekonomisk verksamhet" har samma innebörd inom frirörlighets- och konkurrensrätten

På både frirörlighets- och konkurrensrättens områden ska prövningen huruvida en verksamhet är ekonomisk göras vid en objektiv bedömning i det enskilda fallet. Av EU-domstolens praxis framgår att *samma grundrekvisit avgör på frirörlighetsrättens- respektive konkurrensrättens område* huruvida en tjänsteverksamhet är ekonomisk, nämligen

1. tjänsten utförs inte utan någon ekonomisk motprestation (ersättningskriterium)
2. tjänstens utförare har autonomi och tar en ekonomisk risk för att utföra tjänsten (risk/autonomi kriterium).

EUD gör en vid tolkning av begreppet ekonomisk verksamhet, med andra ord de två grundläggande rekvisiten ersättning och autonomi/risk är lätt uppfyllda. Att verksamheten utövas utan vinstsyfte eller inte betalas av den som mottar den (t. ex för att den är offentligt finansierad) utesluter inte att den kan betraktas som ekonomisk vid en bedömning i det enskilda fallet. Det som avgör om finansieringen kan ses som en ersättning är att den kan anses utgöra villkoret för att operatören ska utföra just den aktuella prestationen.

Huruvida finansieringen av en verksamhet utgör en ekonomisk ersättning bedöms således *i ett operatörs perspektiv*. Detta betyder att, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, utbetalningar som erhålls från flera källor (t.ex. en kombination av avgifter och offentlig finansiering) eller bara från *solidarisk* offentlig eller privat finansiering kan vara att anse som ekonomisk ersättning för operatören. Om verksamheten inte är förenad med utövandet av offentlig makt räcker det inte att den utövas in-house eller med ensamrätt för att kvalificeras som icke-ekonomisk.

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

utföra prestation mot ersättning ⇔ erbjuda tjänster eller varor på marknaden

Skilja mellan "ekonomisk verksamhet" (konkret test i det enskilda fallet) och verksamhet som är/kan vara föremål för marknad inom EU (abstrakt test)

På både frirörlighetsrätts- och konkurrensrättsområdet skiljer EUD frågan om en verksamhet *är* ekonomisk i *det enskilda fallet* (konkret test) från frågan om en verksamhet generellt *kan vara* ekonomisk (abstrakt test). Det abstrakta testet går ut på att pröva om tjänsten generellt "kan" utföras mot ersättning (frirörlighetsområdet) eller om den "inte alltid utövats av offentliga organisationer och inte nödvändigtvis behövde utövas av sådana organisationer" (konkurrensområdet). Oavsett rättsområde syftar det abstrakta testet att etablera att det finns en marknadsaktivitet för denna typ av tjänst.

Om en sådan marknadsaktivitet för denna typ av tjänst konstateras, ska varje medlemsstat se till att dess *reglering* av tjänstens tillhandahållande är förenlig med frirörlighetsreglerna eller med konkurrensregeln i artikel 106.1 FEUF. dvs. inte hindrar ekonomiska operatörer att erbjuda tjänsten på dess territorium *utan en motivering av allmänt intresse som är förenlig med EU-rätten*. Även om tjänstens reglering innebär att dess tillhandahållande är icke-ekonomisk i en viss medlemsstat, ska denna således se till att dessa regler inte oproportionerligt begränsar möjligheten för aktörer som i andra medlemsstater erbjuder liknande tjänster kommersiellt att utöva sin frihet att erbjuda tjänsten i dess territorium (*Freskot*). Även om nationella åtgärder (föreskrifter eller administrativa beslut) innebär att en aktör utan vinstsyfte (offentlig eller privat) tillhandahåller tjänsten med en ensamrätt i den mening som avses i artikel 106.1 FEUF, innebär det faktum att det finns marknadsaktivitet för tjänsten att de offentliga myndigheter som vidtagit sådana åtgärder ska se till att dessa motiveras av allmänna intressen i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Det faktum att det abstrakta testet är uppfyllt (vilket i princip alltid är fallet) innebär att *både* frågan om vilka kriterier som avgör om verksamheten inom ramen för en nationell reglering kan anses icke-ekonomisk *och* frågan om hur en medlemsstat ska kunna motivera frirörlighets- eller konkurrensbegränsande åtgärder blir *en EU-rättslig fråga*, som ytterst avgörs av EUD. Domstolens krav kan innebära att medlemsstaterna blir tvungna att gradvis liberalisera regleringen av välfärdstjänster och det är tydligt att EUD har använt dessa abstrakta test för att liberalisera de nationella välfärdssystemen.

Två identiska huvudfall av icke-ekonomisk verksamhet inom frirörlighets- och konkurrensrätten: verksamhet förenad med utövande av offentlig makt (UOM) och verksamhet med uteslutande socialt syfte (solidaritet)

Konvergensen är också stor mellan frirörlighetsrätten och konkurrensrätten vad gäller frågan när verksamheten är att betrakta som icke-ekonomisk *hos en medlemsstat*. På båda rättsområden är nämligen verksamheten icke-ekonomisk *hos en medlemsstat* i två identiska huvudfall

1. när verksamheten *hos medlemsstaten* är förenad med utövandet av offentlig makt (UOM). På frirörlighetsrättens område följer detta av artiklarna 51 och 62 FEUF, som föreskriver att en sådan verksamhet inte omfattas av fördragets frirörlighetsregler. På konkurrensrättens område följer det av praxis där EUD har slagit fast att en verksamhet som på grund av sin natur, sitt syfte och sin reglering har anknytning till utövande av offentlig makt inte omfattas av konkurrens- och statsstödsreglerna (*Diego Cali, SAT-Fluggesellschaft, Compass-Datenbank, TenderNed*, jfr *Charleroi flygplats*).
2. när verksamheten, inom ramen för ett nationellt system baserat på solidaritetsprincipen *utförs* uteslutande i socialt syfte och under statens strikta kontroll. Denna typ av icke-ekonomisk verksamhet har funnits i praxis om socialförsäkring såväl på frirörlighetsrättens område (*Freskot, Kattner-Stahlbau*) som på konkurrens- och statsstödsområdet (*Poucet och Pistre m.m.*).

Verksamhet som inte är ekonomisk faller utanför unionens konkurrens- och statsstödsregler.

Att tjänsten formellt utförs inom ramen av ett nationellt system utesluter inte att den är ekonomisk eftersom bedömningen ska göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet eller i det enskilda systemet (*Smits och Peerbooms, CBI, Jundt, Dövera*). Utförande av tjänster i ett nationellt system som förutsätter konkurrens mellan operatörerna samtidigt som vissa av dessa har vinstsyfte, har funnits vara ekonomisk både när tjänsten är offentligt finansierad (*CBI*) och när den är finansierad privat men solidariskt (*Dövera*).

I *Dövera* förklarade tribunalen det som verkar självklart, nämligen att privata operatörer med vinstsyfte utövar en ekonomisk verksamhet, oavsett i vilket nationellt system de utövar sin verksamhet och oavsett om tjänstens utförande är offentligt finansierad inom ramen av systemet. Domen har överklagats av kommissionen i april 2018 (C-262/18 P) men om EUD instämmer i tribunalens resonemang, bekräftar det att *Humbel* inte kan förstås så att välfärdstjänster är icke-ekonomiska när de tillhandahålls inom ramen för ett nationellt offentligt finansierat system, *oavsett huruvida de utförs av offentliga operatörer eller av privata operatörer som får ha vinstsyfte*.

Om tribunalens bedömning i *Dövera* bekräftas av EUD, blir det klart att EU-domstolens resonemang i *Humbel* inte kan förstås så att välfärdstjänster är icke-ekonomiska när de tillhandahålls inom ramen för ett nationellt offentligt finansierat system, oavsett huruvida de utförs av offentliga operatörer eller av privata operatörer som får ha vinstsyfte.

Frågan om offentliga operatörer utövar en ekonomisk verksamhet när de deltar i ett välfärdssystem i konkurrens med privata aktörer som får ha vinstsyfte (blandsystem) kan däremot inte sägas vara helt klargjort i rättspraxis. I *CBI* fann tribunalen att offentliga sjukhus som tillhandahöll sjukvård i konkurrens med privata aktörer med vinstsyfte i Bryssel-regionen utövade en ekonomisk verksamhet vars offentliga finansiering omfattades av statsstödsreglerna. Samtidigt verkar andra domar i EUD öppna för att tjänster som tillhandahålls av offentliga myndigheter kan under vissa villkor anses som förenade med utövande av maktbefogenheter, om de är nödvändiga för att de ska fullgöra obligatoriska allmännyttiga uppdrag, och detta trots att det finns en marknad för sådana tjänster i medlemsstaten.

Huruvida verksamheten i de två typfallen (a) och (b) ovan utgör NSGI i den mening som avses i LOU-direktivet bör anses kräva att (1) verksamheten är icke-ekonomisk, (2) att den utgör en SGI och (3) att artikel 2 i SGI-protokollet är uppfyllt, dvs. fördragets bestämmelser påverkar inte på något sätt medlemsstatens behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera denna NSGI.

Två typer av NSGI: "UOM-NSGI" och "solidaritet-NSGI"

En verksamhet som utövas av en icke-statlig aktör, kan på grund av sin natur, sitt syfte och sin reglering anses ha anknytning till utövande av offentlig makt och därmed inte omfattas av konkurrens- och statsstödsreglerna (*Diego Cali, SAT-Fluggesellschaft*).

Vad gäller offentliga myndigheter innebär EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet att myndighetens olika verksamhetsdelar skall prövas var för sig och att fördragets konkurrensregler är tillämpliga på den del av myndighetens verksamhet som kan särskiljas från dess verksamhet i egenskap av offentlig myndighet. Vid prövningen ska det särskilt skiljas mellan verksamhet som består i att säkerställa att en allmännyttig tjänst utförs och verksamhet som består i utförandet av tjänsten (*Tierkörperbeseitigung*). Följande slutsatser får vidare dras från *SELEX, Compass-Datenbank, Tierkörperbeseitigung* och *TenderNed*.

En offentlig myndighets *obligatoriska* befogenheter (t.ex. ett lagstadgat uppdrag att säkerställa tillhandahållandet av en tjänst) utgör SGI. Sådana SGI anses som a priori förenade med utövande av offentlig makt och utgör därmed en icke-ekonomisk verksamhet. En verksamhet som utförs inom ramen för en offentlig myndighets *frivilliga* befogenheter (t.ex. inom befogenheten att bestämma SGI-tjänstens närmare utformning och att utföra den i egen regi) kan, oavsett dess ekonomiska effekter på en existerande marknad, ses som en del i utövandet av myndighetens

maktbefogenheter, om den kan anses *nödvändig* för att genomföra dess obligatoriska SGI-uppdrag och därmed *oskiljbar* från detta uppdrag. Undantaget från upphandlingsreglerna för offentlig samverkan i *Hamburg* kan förstås så att EUD betraktade den frivilliga verksamhet som omfattades av samverkansavtalet som *nödvändig* för att kommunerna skulle *under godtagbara ekonomiska villkor* kunna uppfylla sina *obligatoriska* uppdrag (SGI-uppdrag) och därför förenad med utövandet av deras maktbefogenheter.

Från rättspraxis i EUD, och med hänsyn till att denna praxis förefaller förenlig med principen i artikel 2 i SGI-protokollet, får slutsatsen dras att följande verksamheter bör ses som "UOM-NSGI" när de utövas av offentliga myndigheter:

1. myndighetsutövning, bl.a. tvångsåtgärder
2. verksamhet som utgör ett *obligatoriskt allmännyttigt uppdrag* (SGI)
3. verksamhet som är frivillig för myndigheten, om verksamheten är *oskiljbar* från (1) eller (2), dvs. är *nödvändig* för fullgörandet av myndighetsutövningen eller myndighetens SGI-uppdrag.

Vidare kan verksamheten vara att anses som icke-ekonomisk inom ramen för den nationella regleringen när den inom denna ram har ett uteslutande socialt syfte. Socialförsäkring är dock det enda området där EUD hittills har funnit att verksamheten är icke-ekonomisk på denna grund. Villkoren är mycket strikta: försäkringens reglering i nationell rätt ska syfta till att säkerställa ett allmänt intresse av social natur, innebära en hög grad av solidaritet vad gäller *både finansiering och utförande* av tjänsten, och verksamheten ska utövas under strikt kontroll av staten. I de fall där EUD har funnit att socialförsäkringen utgjorde en icke-ekonomisk verksamhet blev effekten att principen i artikel 2 i SGI-protokollet blev respekterad. Därför kan de socialförsäkringstjänster som uppfyller kriterierna om solidaritet och statlig kontroll ställda i rättspraxis med stor säkerhet betraktas som "solidaritet-NSGI".

Humbel-doktrinen ingen definition av "solidaritet-NSGI", inte ens på utbildningsområdet

EU-domstolens doktrin i *Humbel* att "kurser som ges vid vissa inrättningar som ingår i ett system för offentlig undervisning och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel inte omfattas av begreppet tjänster" kan inte anses uttrycka en doktrin om att verksamheten är icke-ekonomisk i ett offentligt finansierat välfärdssystem oavsett hur verksamheten är organiserad i systemet. En sådan tes, som förs fram i flera svenska utredningar, är inte förenlig med rättspraxis i EUD, inte ens på utbildningsområdet. Att endast obligatorisk socialförsäkring utpekas i 2014-direktiven som tjänster som inte omfattas av direktiven om de är organiserade i form av NSGI visar att EU-lagstiftaren faktiskt delar denna uppfattning.

Frågan i Sverige och i många andra medlemsstater som inrättat blandssystem för tillhandahållandet av offentligt finansierade sociala tjänster är således vilken relevans *Humbel*-doktrinen kan anses ha för att identifiera NSGI i systemen, dvs. vilket utrymme som finns för en icke-ekonomisk verksamhet i välfärdssystem där tjänsten finansieras av det allmänna men tillhandahålls i konkurrens av bl.a. operatörer med vinstsyfte. Mot bakgrund av rättspraxis i EUD är det numera svårt att se vilka argument skulle kunna åberopas för att hävda att privata aktörer i konkurrens med aktörer med vinstsyfte inom ramen för offentligt finansierade system utövar en "solidaritet-NSGI". I EU-domstolens praxis är det inte systemets eller finansiärens syfte som är relevant för att avgöra huruvida privata operatörer i systemet driver en ekonomisk verksamhet eller inte, utan frågan om statens finansiering utgör en ersättning i operatörens perspektiv. Att EUD har valt detta angreppssätt även på utbildningsområdet är tydligt i *Jundt*.

Om *Humbel*-doktrinen ska kunna ha någon relevans vad gäller frågan huruvida offentligt finansierade tjänster kan vara NSGI i ett blandssystem måste därför utgångspunkten vara att *endast de operatörer för vilka den offentliga finansieringen objektivt sett inte utgör en ekonomisk ersättning för utförandet av tjänsten* kan anses utföra en NSGI. De övriga operatörerna, som utför tjänsten mot ekonomisk ersättning från det allmänna, utför SGEI. I *Private Barnehager* har EFTA-domstolen således funnit att verksamheten i ett nationellt blandssystem för offentligt finansierade förskolor bestod av både NSGI (kommunernas obligatoriska SGI-uppdrag att säkerställa förskoleplatser för alla som behövde det i kommunen, samt deras frivilliga utförande av tjänsten eftersom detta var nödvändig för SGI-uppdraget och därmed oskiljbart från det) och SGEI (de privata operatörernas utförande av förskole tjänster i systemet).

Humbel-doktrinen kan således vara relevant för att avgöra huruvida offentliga organ som utför tjänster inom ramen för ett nationellt system kan anses utföra NSGI. Doktrinen tar nämligen sikte på "statens uppgifter gentemot sina medborgare", dvs. statens obligatoriska uppdrag att säkerställa viss utbildning avgiftsfritt, vilket kan ses som icke-ekonomiska SGI-uppdrag. Mot bakgrund av *Private Barnehager* och av EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet förefaller det möjligt att hävda att offentliga operatörer som på basis av de offentliga myndigheternas frivilliga kompetens utför tjänsten inom ramen för sådana system utövar en "UOM-NSGI", under villkoret att denna operativa verksamhet kan anses nödvändig för (och därmed oskiljbar från) myndigheternas utförande av sitt obligatoriska SGI-uppdrag.

En annan sak är att utbildningsområdet ännu utgör ett särfall i EU-domstolens praxis på så sätt att privat finansiering i vissa fall anses relevant för att pröva huruvida privatägda skolor erbjuder sina kurser med ett annat syfte än statens uteslutande sociala syfte. EU-domstolens angreppssätt på just detta område kan påstås bero på den, i och utanför medlemsstaterna, dominerande uppfattningen att särskilt obligatorisk utbildning i nationellt finansierade system inte bör bli en kom-

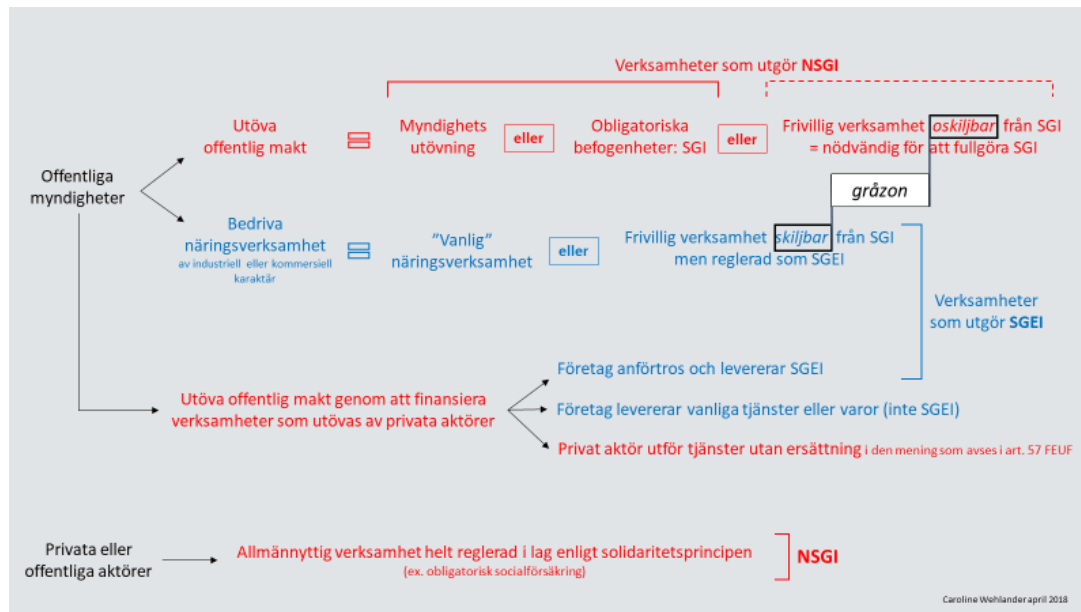
mersiell verksamhet. Denna dominerande uppfattning i en politiskt ultrakänslig fråga förklarar att EUD hittills har låtit den otydliga doktrinen i *Humbel* uppfattas som en presumtion att även privata aktörer i offentligt finansierade skolsystem har ett uteslutande socialt syfte. Mot bakgrund av övrig relevant rättspraxis i EUD (särskilt *Jundt*) och av utvecklingen av skolsystemet i Sverige kan dock privat finansiering inte längre anses nödvändig för att bryta denna presumtion vad gäller nationella offentligt finansierade system där privata skolföretag erbjuder sina tjänster i vinstsyfte.

Mer allmänt kan konstateras att utvecklingen av blandsystem där offentliga medel finansierar kommersiell verksamhet inom den sociala sektorn leder till att EU-rätten alltmer påverkar välfärdspolitiken i medlemsstaterna. Detta kan vara ett problem inte bara för medlemsstaterna själva utan också för en EU-kommission mån om unionens goodwill i medlemsstaterna. Detta politiska bekymmer kan förklara det färiska statsstödsbeslutet om offentlig finansiering av offentliga sjukhus i Lazio-regionen där kommissionen hävdar att verksamheten i det italienska offentligt finansierade sjukhusystemet, där även vinstsyftande aktörer får delta, inte är ekonomisk, vilket går stick i stäv med kommissionens egna bedömning i ett tidigare statsstödsbeslut som bekräftades av tribunalen i *CBI*.

Det kan uppfattas som politiskt olyckligt att offentliga aktörer som konkurrerar med vinstsyftande aktörer i offentligt finansierade välfärdssystem klassificeras som företag i konkurrens- och statsstödrättslig mening. Den rättsliga lösningen kan emellertid inte vara att hävda att även vinstsyftande aktörer i blandade offentligt finansierade system bedriver en icke-ekonomisk verksamhet. Ett sådant påstående strider inte bara mot tribunalens bedömning i *Dövera* utan är så pass underligt att man vågar förutse att EUD i denna del kommer att bekräfta tribunalens överklagade dom i *Dövera*. "Avgiftsfritt för välfärdstjänstens mottagare" är inte synonym med "utan ersättning för välfärdstjänstens utförare". En rättslig lösning till problemet kan i stället skönjas i EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis om att offentliga operatörers verksamhet i blandsystem under vissa villkor kan utgöra "UOM-NSGI".

Offentligt finansierade blandsystem för sociala tjänster: troligen ingen plats för "solidaritet-NSGI" utan bara för "UOM-NSGI"

En slutsats som får dras av utvecklingen av välfärdsmodellerna inom EU och av domstolens rättspraxis är att möjligheten att argumentera för existensen av NSGI i offentligt finansierade blandsystem för sociala tjänster har blivit mycket större vad gäller "UOM-NSGI" än vad gäller "solidaritet-NSGI". I och med utvecklingen av marknadsbaserade välfärdssystem i medlemsstaterna kommer frågan om vilka kriterier som avgör gränsdragningen mellan SGEI och NSGI oundvikligen att hamna under EU-domstolens jurisdiktion, men följande skiss kan anses sammanfatta rapportens analys av gränsdragningen mellan SGEI och NSGI hos offentliga myndigheter, offentliga organ och privata organ.



Alla NSGI inte automatiskt utanför fördragen

Rättspraxis i EUD visar att det förhållandet att en verksamhet utgör en NSGI inte *automatiskt* kan påstås innebära att den helt faller utanför fördragen.

- En medlemsstats regler som innebär att tjänsten i denna medlemsstat kan kvalificeras som en solidaritet-NSGI kan påverka den fria rörligheten för kommersiella leverantörer av en liknande tjänst i andra medlemsstater och *reglerna* kan därför behöva prövas med tillämpning av proportionalitetsprincipen (*Freskot*).
- Offentlig upphandling utgör en NSGI (*TenderNed*, överprövad) men omfattas av EU-reglerna om offentlig upphandling.
- Åtgärder som vidtagits av offentliga utbildningsorgan, oavsett huruvida dessa kunde anses utöva NSGI eller inte, har funnits falla inom tillämpningsområdet av fördragets regler om den fria rörligheten för EU-medborgare (*Gravier, Grzelczyk, Bidar*).

Villkor för att en offentlig finansiering ska anses som en "upphandling enligt LOU", med särskilt fokus på "anskaffning"

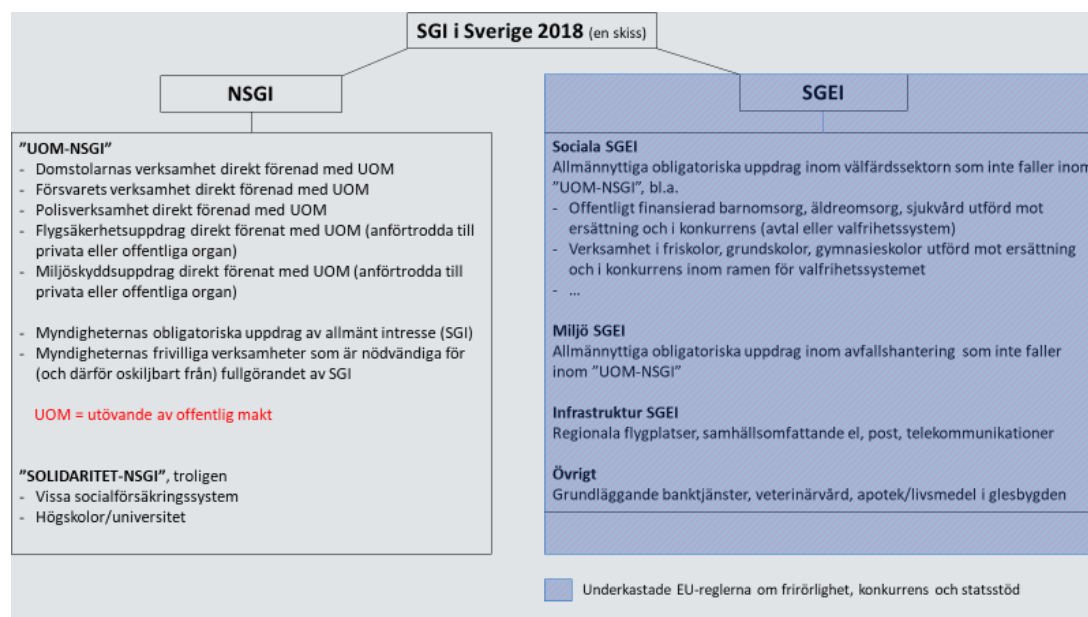
Följande slutsatser får dras om de kriterier som tillsammans avgör om den offentliga finansieringen av en verksamhet kan ses som en upphandling i LOU:s mening, dvs. rekvisiten (1) till (5) nedan.

(1) Tjänster eller varor i EUF-fördragets mening, med undantag av NSGI

Tjänster och varor i LOU-definitionen av upphandling är sådana varor och tjänster som *normalt* (dvs. generellt, i teori) utföras/levereras mot ersättning. Bland dessa tjänster och varor utgör vissa NSGI som inte bör omfattas av LOU-direktivet och därmed inte heller av LOU. Trots osäkerheten om vilka verksamheter som kvalificeras som NSGI kan med stöd av analysen i avsnitt 3 påstås att det i Sverige finns tre grupper av NSGI, varav två sorterar under huvudkategorin "UOM-NSGI" och en under huvudkategorin "solidaritet-NSGI".

- Den första huvudtypen, "UOM-NSGI", innefattar således dels verksamheter som är *direkt och specifikt* förenade med utövande av offentlig makt, dels statens, landstingens och kommunernas obligatoriska befogenheter som kan betraktas som SGI-uppdrag i den mening som avses i artikel 2 i SGI-protokollet, samt all verksamhet som är oskiljbar från dessa SGI-uppdrag. Med "oskiljbar" avses verksamhet som är nödvändig för att den ansvarige myndigheten ska fullgöra sitt SGI-uppdrag.
- Den andra huvudtypen, "solidaritet-NSGI", innefattar sådana NSGI som tillhandahålls av organ vars verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte och under statens kontroll. En sådan "solidaritet-NSGI" kan tänkas vara den svenska allmänna pensionen.

Schemat nedan visar hur rättsläget skulle kunna anses vara för närvarande i Sverige.



Även icke-ekonomiska tjänster omfattas av LOU om de anskaffas genom upphandling i LOU:s mening, vilket beror på att de blir ekonomiska genom en upphandlingsprocess. NSGI är således primärt en fråga för den svenska lagstiftaren i den mening att svensk rätt bör klargöra vilka verksamheter utgör sådana NSGI i EU-rättens mening som i Sverige *inte får* upphandlas och därför inte omfattas av LOU.

(2) Skriftligt kontrakt mellan en/flera upphandlande myndigheter och en/flera leverantörer

I rättspraxis har begreppet "kontrakt" i LOU tolkats funktionellt, dvs. extensivt. I begreppet ligger ett krav på ömsesidiga prestationer där parterna kan påverka villkoren för överenskommelsen. En myndighets begränsade autonomi inom ramen för vissa markexploateringsavtal utesluter inte att avtalet anses som ett kontrakt i LOU:s mening om det innebär en anskaffning av tjänster och varor (*Ordine delli Architetti*). Vad gäller operatören förutsätter begreppet kontrakt att denna åtminstone har handlingsfrihet i fråga om huruvida den ska utföra en beställning som gjorts av den berörda offentliga myndigheten eller har något inflytande på vilken ersättning den ska få för dess tjänster (*Tragsa*). En dominerande uppfattning i doktrinen är att upphandlingsreglerna inte slutar vara tillämpliga på ett avtal endast för att detta inte har slutits skriftligt.

Upphandlande myndigheter kan vara både offentliga myndigheter och offentligt styrda organ. Begreppet "offentligt styrda organ" har tolkats vitt i rättspraxis. När det (enligt min mening felaktigt) hävdas att alla aktörer som tillhandahåller avgiftsfria sociala tjänster inom ett offentligt finansierat system utövar NSGI måste frågan ställas om privata operatörer i sådana system i så fall utgör offentligt styrda organ och därmed upphandlande myndigheter i LOU:s mening.

Begreppet "leverantör" i LOU motsvarar begreppet "ekonomisk operatör" i LOU-direktivet som progressivt har visat sig i princip synonymt med begreppet "företag" i EU-konkurrensrätten (*CoNISMa*). Den mycket vida tolkningen av begreppet leverantör gör tydligt att EUD ser på varje upphandlande myndighets planer att anförtro uppdrag till externa aktörer mot offentlig finansiering som en form av *marknad* i konkurrensrättens mening.

EUD har fastställt att vid bedömningen om en åtgärd utgör en offentlig upphandling saknar betydelse om leverantören själv är en upphandlande myndighet (*Teckal*), om den inte i första hand bedriver verksamhet i vinstsyfte (*Spezzino, kommissionen mot Italien C-119/06*), om den inte är organiserad som ett företag eller inte varit stadigvarande på marknaden (*CoNISMa*). Det saknar också betydelse huruvida leverantören ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser (*Auroux*).

(3) Ett kontrakt med ekonomiska villkor

I och med införandet av definitionen av begreppet "upphandling" i LOU-direktivet och i LOU, som kräver att kontraktet ingås i syfte att "anskaffa" tjänster, varor eller byggtreprenader, kan kontraktkriteriet "med ekonomiska villkor" anses ha självständig betydelse framför allt vad gäller *operatörens* ekonomiska intresse av kontraktet. Ett sådant ekonomiskt intresse kräver att leverantören utför den avtalade prestationen mot *ekonomisk ersättning*, dvs. dels att operatören faktiskt erhåller en ersättning (som självfallet kan bestå av allmänna medel), dels att denna ersättning kan anses vara ett marknadspris för prestationen, vilket förutsätter att operatören tar en *ekonomisk risk* genom att autonomt åta sig att utföra en bestämd prestation för en viss ersättning.

En utbetalning kan objektivt sett betraktas som en ekonomisk ersättning för den avtalade prestationen även om den bara täcker kostnaderna för tjänsten (*Lecce, Spezzino*). Det som kan visa att en offentlig finansiering objektivt sett utgör den ekonomiska ersättningen av tjänster som en frivillig organisation åtar sig att utföra är att avtalet gör det möjligt för organisationen att *i förväg veta vilken ersättning den erhåller för sina åtaganden* och därmed kan säkerställa att ersättningens beräkning inte utsätter den för en ekonomisk risk som den inte själv har accepterat.

(4) Den offentliga finansieringen syftar till att anskaffa tjänster, varor eller byggtreprenader.

Skäl 4 i LOU-direktivet kan anses uttrycka att rekvisitet "anskaffning" konsoliderar EU-domstolens rättspraxis om den del av kontraktrekvisitet "med ekonomiska villkor" som kräver att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av avtalet. I enlighet med denna praxis ska således anskaffningskravet (1) ges en vid tolkning, (2) anses vara uppfyllt när avtalet garanterar att den upphandlande myndigheten får tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna och (3) inte kräva överlåtelse av äganderätten för att en sådan tillgång ska anses garanterad genom kontraktet.

EUD har fastställt att offentlig myndigheters finansiering av en verksamhet inte kan anses som upphandling om myndigheten inte har ett direkt ekonomiskt intresse av att finansiera de tjänster eller varor som den finansierar. Detta krav i rättspraxis kan anses ligga bakom den kryptiska meningen i skäl 4 direktiv 2014/24/EU som lyder "Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna för offentlig upphandling".

De objektiva kriterier som avgör huruvida ett kontrakt sluts i anskaffningssyfte kan anses finnas i EU-domstolens rättspraxis om att den upphandlande myndigheten ska ha ett ekonomiskt intresse av finansieringen (*Ordine delli Architetti, Auroux, Helmut Müller*, och mål C-271/08 *kommissionen mot Tyskland*). Av denna praxis får dras slutsatsen att ett avtal om offentlig finansiering kan anses ha till syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader och därmed utgöra en upphandling i LOU:s mening, *förutsatt att de övriga rekvisiten är uppfyllda*, om samtliga följande kriterierna är uppfyllda

- den offentliga finansiering som fastställs i avtalet avser en bestämd prestation,
- den prestation som får offentlig finansiering kan objektivt sett anses fullgöra den upphandlande myndighetens *egna* frivilliga eller obligatoriska uppgifter, oavsett om prestationen är avsett för ett offentligt ändamål eller inte, och oavsett om leverantörens prestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo,
- finansieringens mottagare är direkt eller indirekt skyldig att utföra prestationen, i den meningen att *prestationens fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten*.

Så länge det saknas en tydlig definition av "finansiering" och "bidrag" i EU-rätten eller i svensk rätt, kan dessa termer inte anses lämpliga för att beteckna offentlig finansiering som inte utgör anskaffning och därför inte omfattas av LOU. Termen "bidrag" har en otydlig betydelse i svensk rätt, i EU-reglerna om upphandling och i EU-rätten generellt. I *Cambridge* används således bidrag för att beteckna både ekonomiskt stöd utan motprestation och den ekonomiska motprestationen av avtalsenliga tjänster och i den svenska skollagen används begreppet "bidrag" för att beteckna utbetalningar till friskolor som är att ses som den *ekonomiska motprestationen* för de skoltjänster som dessa skolor utför.

(5) Den offentliga finansieringen går till en/flera leverantörer som den upphandlande myndigheten har valt ut (selektivitetsrekvisit)

Skäl 4 direktiv 2014/24/EU anger att situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster). Eftersom skäl 4 inte utgör någon bestämmelse kan det inte i sig anses innebära ett krav på selektivitet i begreppet upphandling in LOU:s mening. Däremot kan skäl 4 anses uttrycka ganska väl tolkningen av begreppet upphandling i direktivet, såsom den har utvecklats sedan 2014-direktivet trädde i kraft, i *Falk Pharma* och *Tirkkonen*.

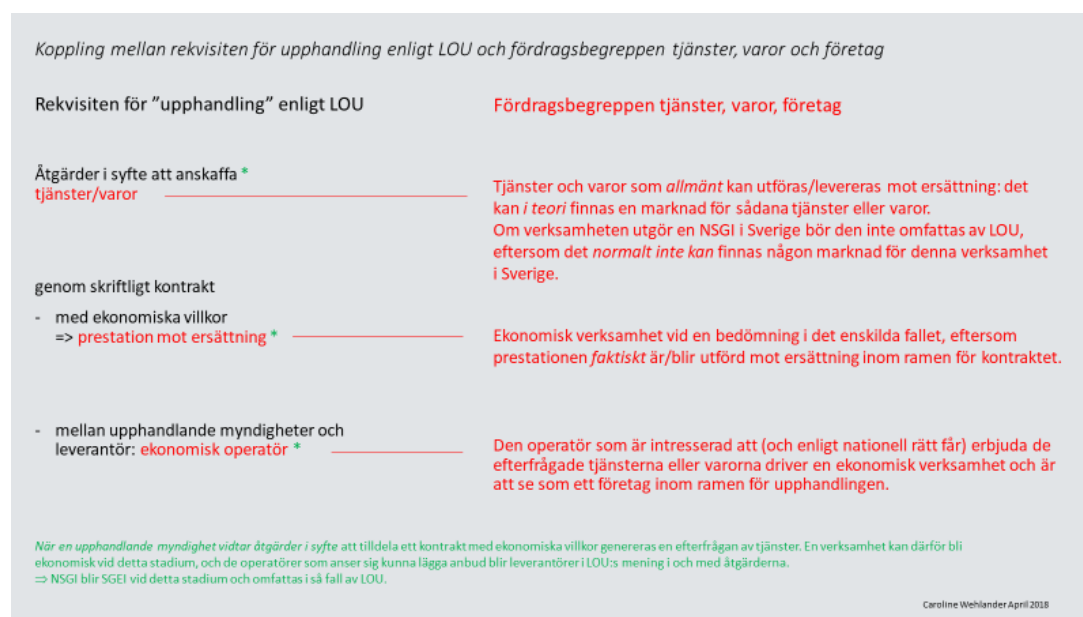
Av *Falk Pharma* och *Tirkkonen* får slutsatsen dras att ett avtal inte omfattas av LOU om det ingår i ett avtalsbaserat system där den upphandlande myndigheten inte väljer mellan olika leverantörer utan ingår avtal med varje aktör som åtar sig att leverera den prestation som omfattas av avtalet på i förväg bestämda villkor. Detta är fallet även om inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig till det avtalsbaserade systemet under dess begränsade giltighetstid. Om föremålet för ett sådant icke-selektivt avtalsbaserat system är av bestämt gränsöverskridande intresse, ska emellertid förfarandet för tilldelningen av avtal utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principerna om icke-diskriminering, likabehandling av de ekonomiska aktörerna och transparens, vilka innebär krav på ändamålsenligt offentliggörande (*Falk Pharma* och skäl 114 i LOU-direktivet).

Även om svenska icke-selektiva system för offentligt finansierade sociala tjänster faller utanför LOU, omfattas de således av fördragen och ska därför trygga en tillräcklig annonsering och överensstämma med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Selektivitetskriteriet uttrycks diskret i definitionen av upphandling i LOU-direktivet ("ekonomiska aktörer som *utvalts* av dessa upphandlande myndigheter", artikel 1.2 LOU-direktivet) och ännu mer diskret i LOU ("genom *tilldelning* av kontrakt", 1 kap. 2 § 1st LOU), samt i skäl 4 i LOU-direktivet, som uttalar att situationer (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster) då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem.

Sammanfattning om sambanden mellan rekvisiten för upphandling enligt LOU och EU-begreppen tjänster, varor, företag och ekonomisk verksamhet

Sammanfattningsvis konstateras att den vida tolkning som EUD har gjort av flera kontraktrekvisit – "varor", "tjänster", "med ekonomiska villkor" och "ekonomisk operatör" – ligger i linje med domstolens tolkning av fördragsbegreppen "tjänster" och "varor" inom frirörlighetsrätten samt "företag" inom konkurrens- och statsstödsrätten. Den nära kopplingen mellan kontraktrekvisiten i LOU och EU-begreppen tjänster, varor, företag och ekonomisk verksamhet illustreras i bilden nedan.



Huruvida offentlig finansiering av verksamheter omfattas av LOU – utifrån några osäkra situationer

Följande slutsatser får dras av analysen utförd i del 5.

Om sociala tjänsters ekonomiska karaktär i svenska marknadsbaserade välfärdssystem

Sociala tjänster som utförs inom ramen för kontrakt som tilldelats efter upphandlingsförfarande enligt LOU och inom ramen för LOV-avtal bör ses som en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening. Solidarisk finansiering och tjänstens sociala karaktär kan innebära att utbildning betraktas som NSGI men bara under vissa förutsättningar. Utbildning som utförs av friskolor inom ramen för det svenska offentligt finansierade systemet måste betraktas som en ekonomisk verksamhet. Vill man ändra på den ekonomiska karaktären av sociala tjänster i valfrihetssystem måste den svenska lagstiftning som styr målen och organisationen av dessa tjänster ändras.

Följaktligen, även om rättspraxis i EUD innebär att både avtalsbaserade och icke-avtalsbaserade valfrihetssystem för offentligt finansierade sociala tjänster (LOV-system och skolsystemet) faller utanför LOU, är det nödvändigt att kontrollera att svenska lagstiftande och administrativa åtgärder kopplade till dessa tjänster är förenliga med EU-reglerna om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd. Hur operatörernas rättigheter i svenska valfrihetssystem ska kvalificeras EU-rättsligt återstår att se. Möjligen kan rätten till offentlig finansiering som åtnjuts av företag som beviljas tillstånd att driva friskolor i det svenska valfrihetssystemet ses som särskilda rättigheter i den mening som avses i artikel 106.1 FEUF.

Om statens beslut att tilldela bidrag till Jägareförbundet för det Allmänna Uppdraget

I ett funktionellt betraktelsesätt kan statens beslut att tilldela bidrag till Jägareförbundet för det Allmänna Uppdraget vara att anse som en överenskommelse om att Jägareförbundet åtar sig att utföra ett förvaltningsuppdrag som *staten* har beslutat om. I ett sådant betraktelsesätt kan det inte uteslutas att bidraget, åtminstone delvis, kan ses som ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF.

Bidragsbeslutet kan dock inte ses som en upphandling om staten inte kan anses ha till syfte att *anskaffa* de tjänster som beslutet avser, vilket kräver att staten har ett direkt ekonomiskt intresse av de tjänster som finansieras. I den mån de villkor som fastställts i statens beslut om bidrag till Jägareförbundet berättigar staten att kräva tillbaka belopp som inte används till Allmänna uppdraget men inte att kräva inför domstol att de tjänster som omfattas av uppdraget utförs eller att skadestånd annars utgår, bör beslutet inte kunna betraktas som en upphandling i LOU:s mening.

Om idéburna offentliga partnerskap (IOP-avtal)

För att kunna säga något om huruvida IOP-avtal omfattas av LOU är man tvungen att karakterisera deras gemensamma drag. En sådan karakterisering är emellertid svår att göra eftersom de förekommande IOP-avtalen omfattar olika verksamheter (i kommunernas allmänna eller specialreglerade kompetens) och varierar vad gäller bl.a. graden av precision i den verksamhet som får finansiering, graden av styrning från den offentliga myndigheten, villkoren för att avsluta avtalet och valet av tvistelösningar. Dessutom saknas en tydlig och rättssäker definition av begreppet "idéburen organisation", även om de flesta s.k. idéburna organisationer som ingår IOP-avtal verkar vara ideella föreningar eller stiftelser.

I praktiken förefaller IOP generellt beteckna avtal mellan en idéburen organisation som åtar sig att utföra specifika (oftast sociala) tjänster och därvid bidra med visst frivilligt arbete, och en offentlig myndighet som åtar sig att finansiera stora delar av de tjänster som avtalet avser. Partnerskapen innebär att parterna tillsammans följer upp och justerar den avtalade verksamheten. Huruvida sådana IOP omfattas av LOU beror på om avtalet vid en bedömning i det enskilda fallet uppfyller de kriterier som karakteriserar ett tjänstekontrakt i LOU:s mening, varvid följande rekvisit kan anses ha särskild betydelse: (1) huruvida avtalet kan anses avse tjänster som inte utgör NSGI, (2) huruvida den idéburna operatören kan betraktas som en leverantör, (3) huruvida avtalet kan betraktas som ett kontrakt med ekonomiska villkor, och (4) huruvida avtalet kan anses ha till syfte att anskaffa tjänster.

(1) Det är mycket svårt att se hur tjänster som omfattas av IOP-avtal skulle kunna hävdas vara NSGI. Oavsett om den verksamhet som omfattas av avtalet är i huvudsak offentligt finansierad visar det faktum att tjänsten anförtros genom avtal till en extern aktör att verksamheten *är* skiljbar från kommunens utövande av sina maktbefogenheter. Om den offentliga myndighet som ingår avtalet har ett icke-ekonomiskt SGI-uppdrag kopplat till de tjänster som omfattas av avtalet kan avtalet i stället innebära att den idéburna aktören har anförtrotts en SGEI. Om IOP-avtalet avser en verksamhet som ingår i kommunernas allmänna kompetens utgör finansieringen av denna verksamhet en angelägenhet av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Detta innebär dock inte att verksamheten utgör en SGI, och inte heller att de kan ses som NSGI.

Oavsett om de tjänster som omfattas av ett IOP-avtal ligger inom myndighetens obligatoriska eller frivilliga kompetens, kommer den idéburna operatörens utförande av de offentligt finansierade tjänsterna att ha ekonomisk karaktär om IOP-avtalet har ett ekonomiskt intresse för operatören i ett objektivet betraktelsesätt.

(2) Huruvida operatörens verksamhet kan betraktas som ekonomisk beror på om den kan anses vara utförd på en viss marknad. För denna bedömning kan relevanta omständigheter bl.a. vara att tjänster liknande dem som omfattas av IOP-avtalet har anförtrotts till företag i regionen och/eller i andra regioner av Sverige, eller att den offentliga myndigheten tidigare, eller till och med samtidigt, upphandlar sådana tjänster som omfattas av IOP-avtalet eller delar av den.

Föreligger inga sådana omständigheter är det i stället bedömningen huruvida IOP-avtalet utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor som kan avgöra om tjänsten *inom ramen av avtalet* kan anses vara utförd mot ersättning, dvs. en ekonomisk verksamhet i detta enskilda fall.

(3) Om IOP-avtalet har slutits på grund av att en offentlig myndighet har tagit initiativet att söka en leverantör som den ska anförtro en specifik typ av tjänst till, bör det anses klart att den idéburna aktören utför de aktuella tjänsterna mot ersättning om den åtar sig att utföra dem mot ett vederlag som den får friheten att påverka och acceptera innan avtalet ingås.

Att IOP-avtalet istället *formellt* har ingåtts på initiativ av den idéburna aktören, t.ex. genom att denne skickar ett förslag om IOP-avtal, bör emellertid inte anses tillräckligt för att utesluta att den utför avtalets tjänster mot ersättning. Bedömningen huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att tillhandahålla inom ramen för IOP-avtalet utförs mot ersättning bör göras objektivt med utgångspunkten av avtalets villkor. Att tjänsterna kan anses utförda mot ersättning förutsätter att den idéburna aktören i ett objektivt betraktelsesätt bedöms utföra tjänsterna *på uppdrag av* den offentliga myndigheten.

Om tjänsterna är reglerade i speciallagstiftning kan det vara svårt att hävda att den idéburna operatören har fått bestämma vilken tjänst som erhåller offentlig finansiering genom IOP-avtalet och under vilka villkor av exempelvis kvalitet, närhet till användarnas behov, etc. Att avtalet är att se som ett uppdrag kan i sådana fall vara lättare att avgöra.

Om de tjänster som omfattas av IOP-avtalet omfattas av myndighetens allmänna kompetens är existensen av "någon form av uppdragsförhållande" mellan kommunen och den idéburna aktören avgörande för om verksamheten ska klassificeras som en upphandling eller om verksamheten ska ses som en bidragsfinansierad enskild verksamhet. Frågan lär i så fall ställas huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att utföra genom avtalet objektivt sett kan anses tillgodose de behov som myndigheten på förhand definierat inom ramen för sina befogenheter. Denna bedömning kan anses kräva att avtalets villkor granskas med utgångspunkt av följande frågor:

- Är tjänsternas, eller en del av tjänsternas, särdrag och hur de ska tillhandahållas tydligt fastställda i avtalet? Framgår det vid en rättsenlig tolkning av avtalet att myndigheten har fastställt dessa villkor?
- Är utbetalningarnas belopp fastställda i förväg och kan de anses som ersättningen för de prestationer som är specificerade i avtalet och som den idéburna organisationen genom avtalet åtar sig att utföra?
- Har den idéburna operatör som åtar sig att utföra tjänsterna ett frihetsutrymme att innan avtalet sluts bestämma om den är villig att utföra dessa tjänster på de villkor om tjänstens egenskaper och tillhandahållande som föreskrivs i avtalet?

Är svaret ja på alla dessa frågor bör de utbetalningar som föreskrivs i avtalet kunna anses som en ekonomisk ersättning. Frågan om vilka principer om avtalstolkning ska gälla och hur de ska kombineras vid tolkning av IOP-avtal behöver dock analyseras framöver.

(4) IOP-avtal kan anses utgöra en upphandling i den mening som avses i LOU enbart om de innebär ett krav på att den idéburna operatören är direkt eller indirekt skyldig att utföra de tjänster som är föremål för avtalet. Det måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten. Är rekvisitet inte uppfyllt bör slutsatsen kunna dras att det aktuella IOP-avtalet inte omfattas av LOU, och detta även i situationer där utförandet av tjänsterna inom ramen av avtalet bedöms utgöra en ekonomisk verksamhet.

Summary

Many organizations receive public funds for services of general interest, especially in the social sector. There are, as a rule, two different ways for the authorities to finance services provided by social economy actors - assignments or grants. However, the boundaries between them can be subject to complex considerations. In principle, a service is to be procured if the supplier receives a compensation for a completed assignment. However, if an activity receives a financial contribution from the public without the contracting authority giving any assignment, there is no obligation to apply the procurement rules.

There is today a need to clarify what circumstances a contracting authority should take into account when it plans to fund the performance of certain services by external actors and wants to ensure that it does not violate the Public Procurement Act (LOU - 2016: 1145). The purpose of this report is to answer the following questions:

- Which criteria determine whether public funding of certain particular services should be considered as procurement of services in the opinion of the LOU?
- How is this assessment affected by the recipient's character of municipal companies, profit-making companies or non-profit-making organizations?
- What is the meaning of the rules on services of general economic interest and on non-economic services of general interest for the application of the LOU to public funding?

There is currently uncertainty, not least with the Swedish legislature, regarding the meaning of the terms "economic activity", "services of general interest" (SGI), "services of general economic interest" (SGEI) and "non-economic services of general interest" (NSGI).

This summary focuses above all on:

- EU law grounds for procurement rules: new directives, new principles and enhanced links with SGEI state aid rules for social services.
- An analysis of the concept of NSGI in the light of EUD case law on the concepts of "services", "goods" and "economic activities" within the meaning of the Treaty rules on free movement and competition.

- Conditions for public funding to be considered as a "LOU procurement", with particular focus on "acquisition".
- Whether public funding of activities is covered by the LOU - based on some uncertain situations.

Sources of EU-law on public procurement – new directives, new principles and strong connection to SGEI state aid rules for social services

The Lisbon Treaty has established a quasi-constitutional platform in the EU treaties, which underpins important modifications in EU procurement directives (2014-directives) and therefore also in the Swedish procurement laws (LOU, LUK and LUF). To be sure, the post-Lisbon treaties contain a number of provisions and principles of importance for EU's and the Member States respective powers with regard to services in the public sector:

- EU-values (Article 2 TEU)
- the principle of conferral, which involves that every competence which is not conferred upon the Union remains with the Member States (Article 4.1 TEU)
- the principle of the respect of the national identities of the Member States, inclusive of regional and local self-government, which may limit the exercise of EU powers and forces the Union to be more receptive to the constitutional rules of the Member States (Article 4(2) TEU).

These principles apply throughout the Treaty and find a specific expression in the principles on services of general interest (SGI), services of general economic interest (SGEI) and non-economic services of general interest (NSGI) in EU primary law.

- The exemption rule in Article 106(2) TFEU may be invoked to justify national measures limiting competition, as far as such measures are necessary for the fulfilment of SGEI-tasks entrusted to undertakings
- The principle of the protection of SGEI-tasks (Article 14 TFEU) which means that the Union and the Member States shall take care that SGEI operate on the basis of principles and conditions, particularly economic and financial conditions, which enable them to fulfil their missions, and gives the Union powers to adopt regulations on such principles and conditions.

- Protocol nr. 26 on services of general interest (SGI-Protocol) provides interpretative provisions on SGEI and principles which apply to SGEI in the meaning of Article 14 TFEU. The SGI-Protocol provides also that the provisions of the Treaties do not affect in any way the competence of the Member States to provide, commission and organise non-economic services of general interest (NSGI).
- Article 36 of the charter of fundamental rights of the EU provides the right of access to SGEI.

These “non-market principles” in the Treaties must be respected by EU-institutions, including the Court of Justice of the EU (CJEU), when they interpret and apply principles and rules of EU-market law to activities in the public sector. The non-market principles have been introduced and reinforced in the Treaties in reaction to the expansion of EU market rules to areas still within the competence of the Member States. This expansion of EU market rules is arguably a result from the increasing marketization of welfare services in the Member States and from the broad interpretation of the concepts of services, undertaking and economic activity by the CJEU.

The CJEU has explained that the Member States have a wide discretion in defining SGEI-missions, but the concept of SGEI has an autonomous meaning in EU-law and therefore the EU-Commission (hereafter “the Commission”) and the CJEU may exercise a control of manifest error on Member States’ definition of SGEI-missions. The EU concept SGEI is not defined in EU law but the CJEU has explained that SGEI are services which have a *special character* compared to other economic activity, and the Court’s case law shows that this “special character” includes the following core elements:

1. The activity is of special importance for the achievement of public interest objectives set by the Union or by the Member States within their respective powers.
2. The activity is therefore connected to clear and precise missions and tasks entrusted to different bodies (public authorities, undertakings) so that its provision complies with certain conditions. The task/mission shall have universal (public service) and compulsory character.
3. There is a market for the activity connected to the SGEI-mission/task.

The legal significance of the SGEI-character of an activity has long been clear in the fields of competition and state aid law. The CJEU has established that the SGEI-character of certain activities entrusted to undertakings in a Member State is relevant for the application of the Treaty rules on competition and state aid, and free movement to national measures connected to these undertakings. In this case law the Court has developed a “mild proportionality test” which (1) allows to take into consideration the economic conditions in which the undertaking performs its SGEI-tasks and (2) does not impose on the Member State to choose the least restrictive measure.

The CJEU has found that Article 106(2) TFEU may be invoked to justify granting of exclusive rights in the meaning of Article 106.1 TFEU to undertakings entrusted with SGEI-tasks, provided that these rights are necessary to allow such undertakings to fulfil their SGEI-tasks under economically acceptable conditions (for instance through cross-subsidization). Also, the Court established in *Altmark* that the public funding of public services does not constitute state aid in the meaning of Article 107(1) TFEU when this funding compensates SGEI-tasks and when four cumulative criteria are fulfilled: (1) a clear and precise definition of the SGEI-tasks, (2) parameters to calculate the compensation established beforehand, (3) a mechanism for the recovery of over-compensation and (4) if the undertaking is not chosen in a public procurement procedure, the level of compensation has been determined on the basis of the costs and revenues which a typical undertaking, well run would have incurred in discharging those obligations, including a reasonable profit.

Based on Article 106.2 TFEU, the EU-Commission (hereafter “the Commission”) adopted state aid rules for SGEI which apply to public funding of public services which does not fulfil the fourth *Altmark*-criterion (compensation in the frame of a public procurement procedure or based on a comparison with a typical well-run undertaking), and therefore constitutes state aid. The functional connection between these rules and EU public procurement rules is particularly clear regarding social services. The state aid rules for SGEI adopted 2011 can namely complement (if they applied by the Member States) the public procurement rules for social services in the 2014-directives, particularly because the latter impose only minimal requirements on the procurement procedure and therefore do not exclude that public funding leads to overcompensation.

It is nowadays clear that the non-market principles on conferred powers, respect of the national identities of the Member States and SGI also have relevance in the field of public procurement law, as a balance to the expanding scope of EU procurement rules through case law in the CJEU. These principles have arguably underpinned the CJEU’s doctrines on contracts without a certain cross-border interest and on “in-house” contracts. *Spezzino*, *Casta*, *Remondis* and *Hamburg* show that the CJEU after the adoption and entry into force of the Lisbon Treaty saw itself forced to interpret EU procurement law in line with these non-market principles.

As to the EU-concepts of NSGI and SGI introduced in the SGI-protocol, it must be noted that they are not either defined in EU law. However, a point of departure is arguably the delineation between SGEI and NSGI is connected to the interpretation by the CJEU of the concept of “economic activity” in the frame of EU free movement and competition rules. It follows from this case law that EU competition rules do not apply to a service which in the frame of an assessment under EU-law may be regarded as non-economic in a specific Member State.

The reinforcement of the non-market principles in the Treaties is reflected in the 2014-directives, and particularly in directive 2014/24/EU (the classical directive). Indeed, a principle on competition has been introduced in Article 18(1) of directive 2014/24/EU, which consolidates the CJEU’s grafting of a competition principle onto the procurement rules. However, at the same time, many expressions of the principles on conferred powers, respect of the national identities of the Member States and SGI have been introduced in the directives, where they complement the basic principles of respect of the fundamental freedoms, equal treatment, transparency, mutual recognition, and proportionality.

For instance, the 2014-directives consolidate the freedom of Member States to define SGEI-tasks in conformity with EU law, to decide on how SGEI should be organised and financed in compliance with EU state aid rules and which specific requirements they should be subject to. Also, the directives include provisions affirming the freedom of public authorities to decide on whether, how and to what extent they wish to perform public functions themselves pursuant to Article 14 TFEU and the SGI-Protocol. And thus, it seems clear that the 2014-directives do not only consolidate case law on exemptions from the public procurement rules but also reflect the EU-legislator’s acknowledgment that EU procurement rules can restrict contracting authorities’ freedom to provide, organise and commission public services and that the principles on conferred powers, respect of the national identities of the Member States and SGI therefore impose norms on both the design and the interpretation of EU procurement law. The Member States’ freedom pursuant to EU law to define SGEI-missions is laid down in each of the 2014-directives,

Regarding social services, the classical directive requires that the national public procurement rules not only secure that contracting authorities respect the principles of equal treatment and transparency of economic operators, but also ensure that contracting authorities may take into account the special characteristics of social services. The characteristics mentioned in the directive are almost identical to the SGEI-characteristics enumerated in the SGI-Protocol. This implicit connection to SGEI is directly connected to the minimal requirements laid down in the directives for the public procurement of these services.

Each of the 2014-directives clarifies that it does not apply to NSGI. However, the meaning of the concept of NSGI is clarified neither in the 2014-directives nor in explanatory documents from the Commission. Therefore, uncertainty on this concept will persist until the CJEU clarifies it. What is clear is that the post-Lisbon EU rules on public procurement and on state aid give large possibilities, through the political play at EU level, to govern the evolution of welfare models in the Member States directly or indirectly. The classical directive and the Commission rules on state aid to SGEI have simply become a part of Swedish welfare law, although Sweden has in that area not formally conferred its powers to the Union.

Analysis of the concept of NSGI, based on case law from CJEU on the concepts of “services”, “goods” and “economic activity” in the meaning of the Treaty rules on free movement and competition

The following conclusions may be drawn from the case law of the CJEU on the interpretation of the Treaty rules on free movement, competition and state aid.

Interpretation by the CJEU of the EU-concepts of services, goods and undertaking

The Treaty rules on free movement apply only on goods and services in the meaning of the Treaty, i.e. goods which are capable of being subject of commercial transactions (case law) and services that are *normally* provided *for remuneration* (Article 57 TFEU). The main characteristics of the concept of “remuneration” in the meaning of Article 57 TFEU is that it constitutes the economic compensation for the service in question (*Humbel*). The CJEU interprets “for remuneration” in an operator’s perspective and, even regarding education, functionally.

In its case law the CJEU gives two closely connected but different meanings to the concept of services:

1. a service which in the individual case is provided against remuneration (*is* economic in the particular case)
2. a service activity which “in theory”, “normally”, is provided against remuneration (*can be* economic, in theory)

Only economic service activity enjoys the fundamental freedoms of the Treaty. Even if a service activity is to be considered as non-economic in a Member State because of its “solidarity-based regulation” in that State, the national *rules* which in that state apply to that service activity can be subject to the Treaty rules on free movement.

The Treaty rules on competition and state aid apply to undertakings in the meaning of these rules, i.e. every entity, regardless of its form and financing, which in the particular case under consideration conducts an *economic activity*. An economic activity for the purpose of EU competition and state aid rules is an activity which consists in offering goods or services on a given market. It is the activity of *offering* services and *not of acquiring* services or goods on a market which is relevant to assess whether the activity is economic in the particular case.

That the activity is exercised not-for-profit, by a public authority or by a religious institution, does not exclude that it can be economic. Regarding public authorities, it is settled case law that they may act either by exercising public powers or by carrying on economic activities by offering goods or markets on the market. Regarding public authorities' economic activities, the CJEU applies a doctrine of severability: if a public authority exercises an economic activity that can be separated from the exercise of its public powers, it must be considered as an undertaking regarding that economic activity. By contrast, in case the economic activity at issue cannot be separated from the exercise of public powers, the whole activity must be regarded as an exercise of public powers.

In *Höfner* the CJEU found that a public entity's law-based exclusive right to provide employment services was covered by EU competition rules because that service "has not always been, and does not necessarily have to be, provided by public bodies". Later rulings show that this comparative test constitutes a basic test (in abstracto test) which is not by itself sufficient to establish whether an activity in the particular case under consideration is economic or not.

The EU-concept of "economic activity" has the same meaning in free movement and competition law

In the frame of both free movement and competition rules, the assessment of whether the activity *is* economic must be made in the particular case under consideration. It emerges from the case law of the CJEU that the same basic criteria are decisive for the economic character of an activity for the purpose of the free movement rules and of the competition rules, namely

1. the service is not provided without remuneration (remuneration criterion) and
2. the service operator has decisional autonomy and takes an economic risk in providing the service (risk/autonomy criterion).

The CJEU gives an extensive interpretation of the concept of “economic activity”, in other words the two basic criteria of remuneration and risk/autonomy are easily fulfilled. The fact that the service is provided not-for-profit or is not paid by those who receive it (for instance because it is publicly funded) does not exclude that its provision is economic in a particular case under consideration. For a payment to be seen as remuneration, it is decisive that it can be seen as the condition under which the operator commits to provide the specific service in question.

Whether the public funding of an activity should be regarded as an economic remuneration must be assessed in an operator’s perspective. This means that, depending on the circumstances of the case under consideration, payments can constitute remuneration even when the operator receives them from different sources (for instance a combination of fees and public funding), or from solidarity-based public or private funding.

The concept of “economic activity” can thus be argued to be unitary in the fields of free movement, competition, state aid and public procurement, which leads to the conclusion that the definitions of “economic activity” in the field of competition and state aid law respectively free movement are equivalent:

Offer services or goods on a market ⇔ provide services/goods against remuneration

Distinction between “economic activity” (in concreto) and activity which is/can be subject to market activity in the EU (in abstracto)

Both in the frame of free movement rules and of the competition rules the CJEU makes a distinction between the question of whether an activity in the particular case under consideration *is* economic (in concreto test) and the question of whether an activity generally *can be* economic (in abstracto test). The abstract test consists in asking whether the service “can be” provided for remuneration (free movement law) or whether it “has not always been, and does not necessarily have to be, provided by public bodies” (competition law).

These two “in abstracto test” in free movement and competition law have a similar function, namely to establish that there is some market activity within the Union for this type of service. If it is found that there is a market activity for that type of service, each Member State is bound to take care that its regulation of the service does not hinder economic operators established in other Member States to offer this service on its territory *without a public interest which is compatible with EU law*.

The abstract test in the frame of free movement law (whether the activity is a service that in general “can be” provided against remuneration and whether national rules affecting that service are therefore covered by Article 56 TFEU) has a similar and more well-known liberalising function. Even if the national rules governing a social service in a Member State imply that the service in that Member State is non-economic, that Member State must take care that these rules do not constitute an unproportionate limitation for commercial operators of a similar service in other Member States to use their fundamental EU freedom to offer this service in its territory (*Freskot*).

The fact that the abstract test is fulfilled (which is *always* the case) allows the definition of the criteria required for an activity to be regarded as not economic in the particular case to be made *in the frame of EU-law* and ultimately by the CJEU. In this regard the Court has laid down strict criteria and it seems clear that the CJEU has used these abstract tests to liberalise national welfare systems.

Two identical types of non-economic activity in the frame of free movement law and of competition and state aid law: activity connected with the exercise of public authority (EOA) and activity fulfilling an exclusively social function (solidarity)

There is also a high degree of convergence between free movement rules and competition/state aid rules regarding the issue of when an activity can be regarded as non-economic in a Member State. Both for the purpose of free movement and competition rules an activity is non-economic in a Member State in two identical types of situation

1. when the activity in a Member State is connected with the exercise of public/official authority (EPA). Pursuant to Articles 51 and 62 TFEU such an activity is not covered by the free movement rules. The CJEU has also established that an activity is not covered by the competition and state aid rules when its nature, its aim and the rules it is subject to, involves powers which are typical of public authority (*SAT-Fluggesellschaft*, *Diego Cali*, *Compass-Datenbank*, *TenderNed*, compare to *Charleroi airport*).
2. when the activity, as exercised in the frame of a national system governed by the principle of solidarity and under the control of the state, fulfils an exclusively social function. This type of non-economic activity has been found in case law on social security services, both related to the application of internal market rules (*Freskot*, *Kattner Stahlbau*) and of competition rules (the *Poucet and Pistre* line of case law).

An activity which is found to be non-economic falls outside EU competition and state aid rules.

That the service activity is exercised in the frame of a national system does not exclude that it is economic because this assessment must be made in the particular case or in the particular system under consideration (*Jundt, Døvera*). A service activity in the frame of a national system involving competition between operators, some of which are for-profit, has been found economic both when the service is publicly-funded (*CBI*) and when it is financed privately but according to the solidarity principle (*Døvera*).

In *Døvera* the General Court spelled out what seems obvious, namely that private for-profit service operators exercise an economic activity, regardless of the national system in which they provide the service. This ruling was appealed to the CJEU in April 2018 (C-262/18 P).

If the Court of Justice confirms the General Court's findings in *Døvera*, it will clarify that its reasoning in *Humbel* cannot be understood so that welfare services are non-economic when they are provided in a national publicly-financed system, regardless of whether they are provided by public entities or by private actors allowed to be for-profit.

By contrast, the issue of whether public operators conduct an economic activity when they provide their services in the frame of a welfare system where they are in competition with private actors who may be for-profit (mixed system) is not settled. In *CBI* the General Court found that public hospitals providing health care in competition with private for-profit operators in the Brussels-region, exercised an economic activity whose public funding is covered by EU state aid rules. At the same time, other rulings open for arguing that services provided by public authorities may under certain conditions be considered as inseparable from the exercise of public authority, if these services are necessary for the fulfilment of these authorities' mandatory tasks, even though a market for those services exists in the Member State in question.

Whether the activity in the two types of case (a) and (b) above constitutes NSGI in the meaning of the classical directive, requires arguably that (1) the activity is non-economic, (2) the activity is an SGI, and (3) the principle in Article 2 of the SGI-Protocol is fulfilled, i.e. the Treaty rules do not in any way affect the competence of Member States to provide, commission or organise NSGI.

Two types of NSGI: "EPA-NSGI" and "solidarity-NSGI"

An activity exercised by a private entity can by its nature, its aim and the rules it is subject to be seen as directly connected to the exercise of public authority (EPA) and therefore not covered by EU competition and state aid rules (*Diego Cali, SAT-Fluggesellschaft*).

Regarding public authorities, the CJEU applies a “separability doctrine” which implies that different parts of a public authority’s activity must be assessed separately and that the Treaty rules on competition apply to the part of public authority’s activity which can be separated from its activity consisting in the exercise of public authority (EPA). A special distinction should be made between (a) activity consisting in *ensuring the provision* of a service and (b) activity consisting in *providing* the service (*Tierkörperbeseitigung*). Also, the case law in *SELEX*, *Compass-Datenbank*, *Tierkörperbeseitigung* och *TenderNed* allows to draw the following conclusions.

A public authority’s *mandatory* tasks (for instance a statutory task to ensure the provision of a service) constitutes an SGI. Such SGI are regarded as a priori are connected to the exercise of public authority and are therefore non-economic. An activity exercised in the frame of the public authority’s *voluntary* competence (for instance prerogatives to decide upon the specific requirements of a service that is SGI-regulated or to provide this service with its own resources) can, regardless of its impact on a market, be regarded as part of the exercise of public authority, if this activity can be seen as *necessary* for the fulfilment of a mandatory SGI-task and thereby as *not separable* from that task. The exemption from public procurement procedures allowed for public cooperation contracts in *Hamburg* may be understood so that the Court considered the voluntary activity which was the subject of the contract between the local authorities as *necessary* for them to fulfil their *mandatory* task (SGI-task), and therefore connected to their exercise of public authority (EPA).

Based on the case law of the CJEU, and *with regard to the fact that this case law appears to abide by the principle in Article 2 of the SGI-Protocol*, it may be concluded that the following activities should be regarded as “EPA-NSGI” when they are exercised by public authorities:

1. exercise of public authority
2. activity which consists in a mandatory public task (SGI)
3. activity which is voluntary for the public authority, if this activity is non-separable from (1) or (2) above, i.e. is necessary for the exercise of public authority or for the fulfilment of an SGI-task conferred upon the public authority.

Moreover, an activity can be considered as non-economic when, in the frame of national rules, it has an exclusively social function. In fact, social security is the only sector where the CJEU so far has found that the activity is non-economic on that ground. The conditions are very strict: the social security’s regulation in national law must be aimed at ensuring social objectives of general interest, entail a high degree of solidarity in *both the funding and the provision* of the service, and ensure that the activity is subject to a strict control of the state. In cases where the CJEU

found the social insurance activity at issue to be a non-economic activity, the effect was that the principle laid down in Article 2 of the SGI-Protocol was respected. Therefore, it seems very safe to propose that social security services which fulfil the criteria of solidarity and state control established by the CJEU in case law constitute what is here called “solidarity-NSGI”.

The *Humbel*-doctrine is not a definition of “solidarity-NSGI”, not even in the field of education

The CJEU’s doctrine in *Humbel* that courses provided under the national education system and as a general rule funded from the public purse do not constitute services in the meaning of the Treaties, cannot be seen as expressing a doctrine that the activity is non-economic in a solidarity-financed welfare system, regardless of how the system is organised and of which type of operator in the system is at issue. Such a thesis, held in several commissions of inquiry in Sweden, is not compatible with case law from the CJEU, not even in the field of education. The fact that only compulsory social security is mentioned in the 2014-directives as services which are not covered by the directive if they are organised as NSGI suggests that the EU-legislator shares this view.

The correct question, both in Sweden and in many other Member States which establish and maintain mixed systems for the provision of publicly financed social services is therefore which relevance the *Humbel*-doctrine may have to identify NSGI in the system, i.e. which part of the activity may be non-economic in welfare systems where the service is financed by the state but provided in competition by operators of which some are for-profit. In the case law from the CJEU it is neither the system’s nor the financier’s objective which are relevant to assess whether the activity in the system is economic or not, but instead the question of whether the state’s funding constitutes a remuneration in the operator’s perspective. That the Court has chosen this approach even in the field of education is clear in *Jundt*.

If the *Humbel*-doctrine is to have any relevance to assess whether publicly-funded services can be NSGI in a mixed-system, the point of departure should therefore be that only operators for which this funding objectively cannot be regarded as an economic remuneration for their provision of the service can be regarded as NSGI. Other operators in the system, which provide the service against economic remuneration from tax money, provide SGEI. Thus, in *Private Barnehager*, the EFTA-Court found that the activity in a national mixed system for publicly-funded childcare could be seen as including both NSGI (the local authorities’ mandatory task to secure childcare capacity covering the needs of all children in the authority’s territory, and the authorities’ voluntary operation of the service seen as necessary for their SGI-task and therefore non-separable from it) and SGEI (the childcare services provided by private operators in the system).

The *Humbel*-doctrine may thus be relevant to assess whether public entities providing services in the frame of a national system may be regarded as NSGI. The doctrine focuses namely on “the duties of the state towards its population”, in other words the state’s mandatory task to ensure the provision of certain education free of charge, which may be regarded as non-economic SGI-tasks. Based on *Private Barnehager* and the CJEU’s separability doctrine, it seems possible to argue that public operators providing a service based on public authorities’ voluntary competence exercise a “EPA-NSGI”, on the condition that this operative activity may be regarded as necessary for (and therefore non-separable from) the public authorities’ fulfilment of their mandatory SGI-task.

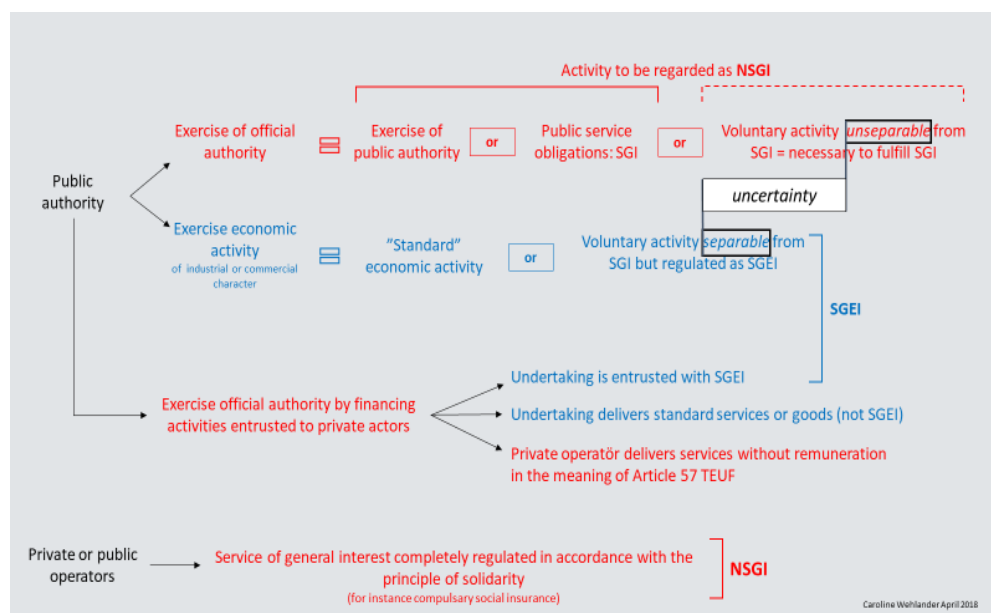
However, education is still a part in the case law of the CJEU because private funding is considered as a relevant criterion in certain cases to assess whether privately-owned schools provide their courses with other aims than the state’s exclusively social aims to serve its population. This specific approach of the CJEU in the field of education may be explained by the dominating view, within and outside the Union, that compulsory school education in national tax-funded systems should not be a commercial activity. This dominating view in a politically extremely sensitive matter may explain that the CJEU has allowed the unclear *Humbel*-doctrine to maintain a kind of presumption that even private operators in a public-funded school system have an exclusively social objective. However, later relevant case law (in particular *Jundt*) and the present school system in Sweden (which includes for-profit operators) show that it is no longer necessary to invoke private financing to rebut this presumption regarding national publicly-funded systems in which private school companies may offer their services for-profit.

At a more general level, it seems clear that the development of mixed systems in which public funds finance commercial activity in the social sector, leads to increase the impact of EU-law on the welfare policies of the Member States. This can be a serious problem not only for the Member States themselves, but also for an EU-Commission keen on preserving EU goodwill in the Member States. The serious worries may explain a recent state aid decision on the public funding of public hospitals in the Lazio-region (Italy), where the Commission argues that the activity in the Italian publicly-funded system which also includes for-profit operators, is non-economic, which is in perfect contradiction with its own assessment in another state aid decision which was confirmed by the General Court in *CBI*.

It may appear as politically problematic that public operators competing with for-profit operators in publicly-funded welfare system are qualified as undertakings in the meaning of EU competition and state aid rules. However, the legal solution cannot be to argue that even for-profit operators in mixed systems exercise a non-economic activity. Such an argument is not only in contradiction with the CJEU's ruling in *Dövera* but also bizarre to the point that it may be foreseen that the CJEU will confirm this part of the General Court's assessment in *Dövera*. "Free of charge for the recipient of the welfare service" is not synonym with "without remuneration for the operator of the welfare service". A legal solution to the political problem can instead emerge from the case law of the CJEU and the EFTA-Court suggesting that public entities providing in mixed systems may under certain conditions be regarded as providing "EPA-NSGI".

Publicly-financed mixed system for social services: probably no "solidarity-NSGI" but only "EPA-NSGI"

A conclusion that may be drawn from the evolution of the welfare systems in the Member States and from the case law of the Court is that the possibility to argue for the existence of NSGI in tax-funded systems for the provision of social services has become much stronger for "EPA-NSGI" than for "solidarity-NSGI". Given the development of market-based welfare systems in the Member States the question of which criteria determine the delimitation between SGEI and NSGI will inevitably come under the CJEU's jurisdiction, but the following diagram summarizes the report's tentative analysis of the delineation between SGEI and NSGI exercised by public authorities, public entities and private entities.



All NSGI do not automatically fall outside the Treaties

The case law from the CJEU shows that the fact that an activity constitutes a NSGI does not automatically imply that it falls outside the Treaties.

- National rules which imply that the service in that Member State qualifies as a “solidarity-NSGI” may affect the fundamental freedoms of operators offering similar service on a commercial basis in other Member States and such rules must therefore be assessed in the light of the free movement rules under the principle of proportionality (*Freskot*).
- Public procurement constitutes a NSGI (*TenderNed, under appeal*) but is subject to EU-law on public procurement.
- Measures from public education entities, regardless of whether their activity was or not a NSGI, has been found to be subject to the Treaty principle on free movement for EU-citizens (*Gravier, Grzelczyk, Bidar*).

Basic criteria determining whether a public funding constitutes a “procurement in the meaning of LOU, with a particular focus on “acquisition”

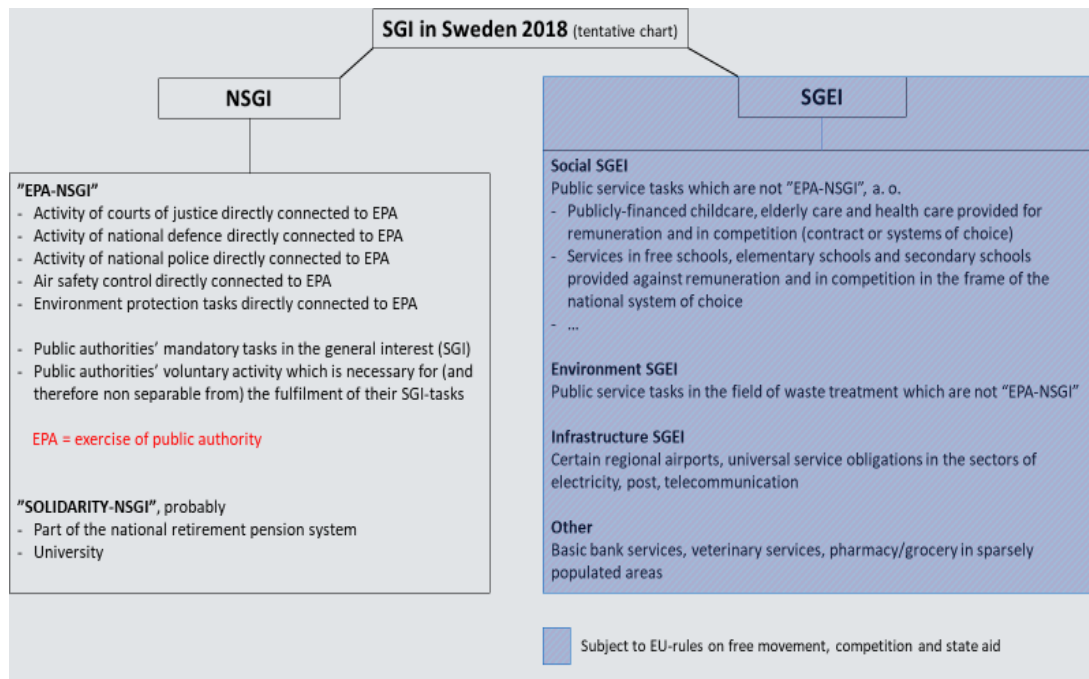
The following conclusions may be drawn about the criteria (1) to (5) below, which together determine whether a public financing measure may be regarded as procurement in the meaning of the Swedish Law on Public Procurement (LOU).

(1) Services or goods in the meaning of the Treaty, with exemption for NSGI

“Services” and “goods” in the LOU-definition of a procurement are such services and goods that *normally* (i.e. generally, in theory) can be provided against remuneration. Among these services and goods some constitute NSGI which should not be covered by the classical directive and thus not either by LOU. There is still uncertainty about which activities may be regarded as NSGI, but on the basis of the analysis in part 3 of this report it is proposed that the following three groups of activity may be seen as NSGI in Sweden, of which two belong to the main category “EPA-NSGI” and one to the main category “solidarity-NSGI”.

- The first main type, “EPA-NSGI”, includes firstly activities directly and specifically connected to the exercise of public authority, and secondly mandatory tasks conferred on public authorities (the state, the regional authorities, and the local authorities) which may be regarded as SGI-tasks, as well as every activity which is not separable from these SGI-tasks. By “not separable” is meant activity which is necessary to the fulfilment of the authorities’ SGI-tasks.

- The second main type, “solidarity-NSGI”, includes NSGI provided by entities based on the principle of national solidarity and entirely non-profit-making, and under state control. Such a “solidarity-NSGI” can possibly be found in the Swedish national retirement pension. The chart below proposes a tentative picture of the present legal situation in Sweden.



Even non-economic activities are covered by LOU if they are funded through a contract in the meaning of LOU, which is explained by the fact that they become economic through the procurement procedure. NSGI is therefore primarily an issue for the Swedish legislator in the sense that Swedish law should clarify which activities constitute such NSGI in the meaning of EU law that *may not* be procured in Sweden and therefore are not covered by LOU.

(2) Contract in writing between one or more contracting authorities and one or more providers

The notion of “contract” in LOU is a concept of EU law which has been interpreted functionally, i.e. extensively, by the CJEU. The limited autonomy of a contracting authority in the frame of certain development agreements does not exclude that such an agreement may be regarded as contract in the meaning of LOU if it entails the acquisition of services and goods (*Ordine delli Architetti*). The degree of autonomy required implies that the operator should at least be able to decide whether it will perform the commissioned services at issue or that the operator has some influence on the remuneration it will receive for the services at issue (*Tragsa*). The dominating view doctrine is that the fact that a contract does not fall outside the public procurement rules simply because it is not in writing.

Contracting authorities can be both public authorities and bodies governed by public law. The concept of “body governed by public law” has been interpreted extensively. When it is argued (in my view incorrectly) that all operators providing free of charge services in the frame of a publicly-funded system exercise a NSGI, the issue arises of whether private operators in such systems should be regarded as bodies governed by public law and therefore as contracting authorities in the meaning of LOU.

The concept of “provider” in LOU corresponds to the concept of “economic operator” in the classical directive, a concept that progressively has shown to be in principle synonymous with the concept of “undertaking” in EU competition law (*CoNISMα*). The very extensive interpretation of the concept of “provider” (economic operator) makes clear that the CJEU considers a contracting authority’s objective intention to entrust tasks to external entities against public funding as a form of market in the meaning of competition law.

The CJEU has established that it is irrelevant for the assessment of whether a public funding measure constitutes a public procurement whether the provider is itself a contracting authority (*Teckal*), does not primarily seek profit (*Spezzino, Commission v. Italy C-119/06*), is not organised as a company or is not continuously active on the market (*CoNISMα*). Also, it is irrelevant whether the provider is able to perform the contract with its own resources (*Auroux*).

(3) A contract with pecuniary interest

A consequence of the introduction of a definition of “procurement” in the classical directive and in LOU, which requires that the contract contracting authority’s intention with the contract is to “acquire” services, goods or works, is that the contract criterion of “pecuniary interest” can nowadays be argued to have specific relevance mainly in relation to the *provider’s* economic interest of the contract. Such an economic interest requires that the operator provides the services or goods specified in the contract against remuneration, i.e. receives a remuneration (which of course can consist of public funding), and that this remuneration can be seen as a market price, which supposes that the operator takes an autonomous decision to accept the *economic risk* of committing to provide for this remuneration.

A payment can objectively be regarded as an economic remuneration for the services specified in the contract, even if it only covers the expenses for providing those services (*Lecce, Spezzino*). A relevant circumstance to assess whether a *voluntary organisation* has a pecuniary interest of the contract is that the agreement makes it possible for the voluntary organisation to *know beforehand which compensation it gets for the service it commits to* and thereby to ensure that the remuneration’s calculation does not expose it to an economic risk that it is not ready to assume.

(4) The public funding's objective is to acquire services, goods or works

Recital 4 in directive 2014/24/EU may be understood as expressing that the requirement of "acquisition" in the definition of "procurement" in the meaning of the directive (and of LOU) in fact consolidates the case law of the CJEU on the contract criterion of "pecuniary interest", which requires that the contracting authority has an economic interest of the contract. In accordance with this case law the criterion of acquisition (or of economic interest for the contracting authority) shall namely (1) be understood broadly, (2) be regarded as fulfilled when the contract guarantees that the contracting authority obtains the benefits of the specified services, goods or works, and (3) not require that a transfer of ownership for such benefits to be regarded as guaranteed through the contract.

The CJEU has established that the contracting authority's funding cannot be regarded as a public procurement unless it has a *direct economic interest* of the services, goods or works it finances. This requirement in case law may be said to lie behind the unclear sentence of recital 4 in directive 2014/24/EU that "the *mere financing*, in particular through grants, of an activity, which is *frequently* linked to the obligation to reimburse the amounts received where they are not used for the purposes intended, does not *usually* fall within the scope of the public procurement rules".

The objective criteria which determine whether a given contract constitutes a means to acquire services, goods or works are arguably to be found in the case law of the CJEU which requires that the contracting authority has a *direct economic interest* of the contract (*Ordine delli Architetti, Auroux, Helmut Müller*, and case C-271/08 *Commission v Germany*). The conclusion that may be drawn from this case law is that a contract on public funding may be regarded as a means to acquire services, goods or works and thereby constitute a procurement in the meaning of LOU, on the condition that the other relevant criteria are fulfilled, if all the following requirements are fulfilled:

- the public funding provided by the contract is related to *specified* services/goods,
- the services/goods which get public funding through the contract can objectively be regarded as fulfilling the contracting authority's *own* voluntary or mandatory functions, regardless of whether the services/goods are intended for a public purpose, and regardless of whether the services provided are to the benefit of the contracting authority or of third persons,
- the entity receiving the public funding assumes a direct or indirect obligation to carry out the services (or deliver the goods) which are the subject of the contract and that obligation is legally enforceable in accordance with the procedural rules laid down by Swedish law.

In the absence of a clear definition of “financing” and “grant” in EU-law or in Swedish national law, it seems quite inappropriate to use of these terms to characterise public funding which does not constitute procurement and therefore is not covered by LOU.

The meaning of the term “grant” is unclear both in Swedish law, in EU procurement law and generally in EU-law. Indeed, in the *Cambridge* ruling, the term “grant” is used to qualify *both* public funding which does not constitute the economic compensation of specific services or goods, *and* public funding that does constitute the economic compensation of services specified in a contract. Also, the term “grant” is used in the Swedish Education Act to qualify payments to free schools, which constitute the *economic remuneration* of the education services which they provide.

(5) The public funding is awarded to one or more providers chosen by the contracting authority (selectivity criterion)

Recital 4 in directive 2014/24/EU declares that situations where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, such as customer choice and service voucher systems, should not be understood as being procurement but simple authorisation schemes (for instance licences for medicines or medical services). As recital 4 in directive 2014/24/EU is not a provision it cannot by itself be regarded as imposing a requirement of selectivity in the concept of procurement in the meaning of LOU. Recital 4 can however be said to enunciate rather well the interpretation of the concept that has developed since the 2014-directives entered into force, in *Falk Pharma* and *Tirkkonen*.

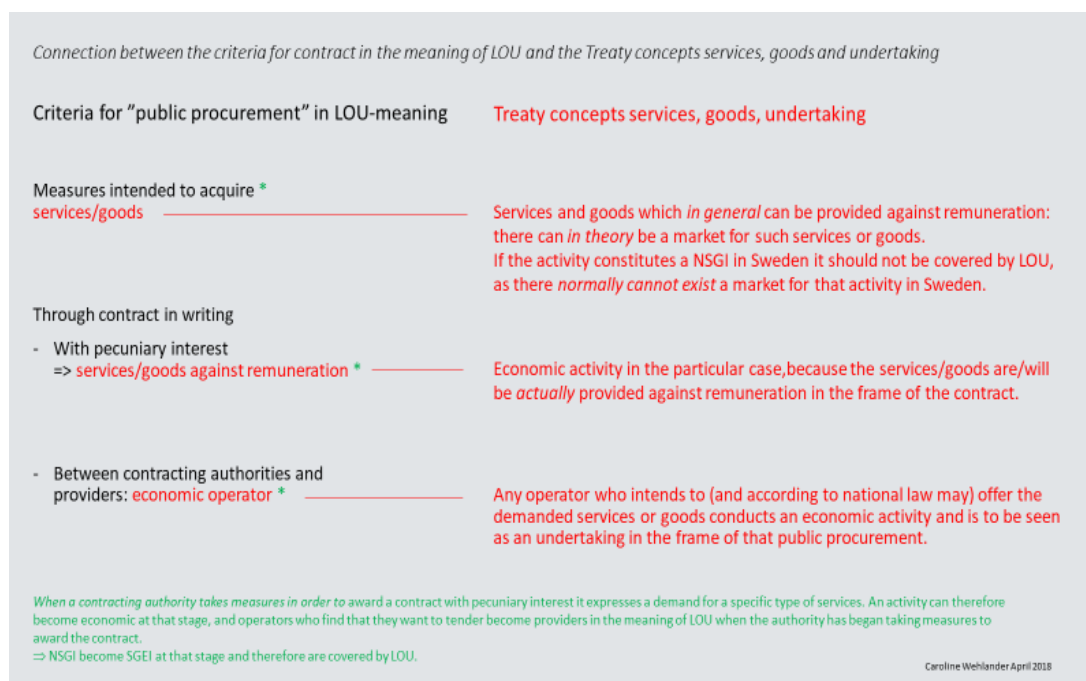
It may be concluded from *Falk Pharma* and *Tirkkonen* that LOU does not cover contracts concluded in the frame of a “non-selective contract-based system” where the contracting authority does not choose among different providers but instead concludes a contract with every operator committing to provide the services specified in the contract on financial conditions which are set beforehand. This is the case even in situations where no new economic operators can take part in the system during the contract period. However, if the subject matter of such a non-selective system is of certain cross-border interest, the procedure for awarding contracts must be designed and performed in accordance with the fundamental rules of the FEU Treaty, especially the principles of equal treatment and of non-discrimination between economic operators and the consequent obligation of transparency, that obligation requiring that there be adequate publicity (*Falk Pharma* and recital 114 in directive 2014/24/EU).

In Sweden, such non-selective market-based systems for publicly-funded social services are thus not covered by LOU, but they are covered by the Treaties and must therefore *ensure sufficient advertising and comply with the principles of transparency and non-discrimination*.

The selectivity criterion is expressed discreetly in the definition of procurement in the classical directive (“economic operators chosen by those contracting authorities, Article 1(2) in Directive 2014/24/EU), even more discreetly in LOU “through *awarding* a contract”, and in recital 4 in directive 2014/24/EU, which explains that situations (for instance licences for medicines or medical services) where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, such as customer choice and service voucher systems, should not be understood as being procurement but simple authorisation schemes.

A summary on the connection between the criteria required for a “procurement” in the meaning of LOU and the EU-concepts of services, goods, undertaking and economic activity

In sum, it seems clear that the CJEU’ wide interpretation of several contract criteria – “goods”, “services”, “pecuniary interest” and “economic operator/provider” – is in line with the Court’s interpretation of the Treaty concepts of “services” and “goods” for the purpose of free movement rules and of “undertaking” for the purpose of competition and state aid rules. This close connection between the contract criteria in LOU and the EU-concepts of “goods”, “services”, “undertaking” and “economic activity” is shown in the following picture.



When is public funding covered by LOU – focus on some uncertain situations

The following conclusions may be drawn from the analysis in part 5 of this report.

Economic character of social services in Swedish market-based welfare systems

Social services provided in the frame of contracts awarded through public procurement complying with LOU and contracts in the frame of LOV-based systems (LOV: Swedish Act on System of Choice in the Public Sector) must be regarded as an economic activity in the meaning of EU law. Solidarity-based financing and the social character of the service are relevant elements to qualify education as a NSGI but only under certain conditions. Education provided by free schools in the frame of the Swedish publicly-funded system must be regarded as an economic activity. If the Swedish legislator wishes to amend the economic character of social services in systems of choice, the Swedish legislation governing the objectives and the organisation of these services must be amended.

Consequently, even if the case law of the CJEU implies that both contract-based and non-contract-based systems of choice for publicly-funded (LOV-systems and the school system) fall outside LOU, it is necessary to ensure that legislative and administrative measures connected to these services are compatible with EU rules on free movement, competition, and state aid.

It remains to be seen how the providers' right in such systems should be categorised in EU law. It is possible that the right to public funding enjoyed by undertakings authorised to run free schools should be regarded as special rights in the meaning of Article 106.1 TFEU.

The Swedish state's grant to the Swedish hunters' association for the performance of the so called "General mission" (sw: "Allmänna uppdraget")

In a functional perspective, the state's funding decision may be regarded as an agreement by which the Swedish hunters' association commits to carry out administrative tasks that the *state* has decided upon. In that perspective it cannot be excluded that the grant may be regarded as remuneration in the meaning of Article 57 TFEU.

However, the decision cannot be regarded as a public procurement if its aim cannot be deemed to be the acquisition of the services covered by the decision, which requires that the state has a *direct economic interest* of the services it funds. If the conditions provided by the state's decision entitle the state to obtain the reimbursement of the amounts paid in case they are not used for the "General mission", but not to demand the mission's fulfilment as an obligation legally enforceable in accordance with the procedural rules laid down by Swedish law, the decision can arguably not be regarded as a contract in the meaning of LOU.

“Idea-based public partnerships” (IOP-contracts)

To be able to assess in some way whether IOP-contracts are covered by LOU, one is forced to describe them in general terms. However, such a characterisation is difficult because these contracts are concluded for different activities (within public authorities’ mandatory or voluntary competence) and differ a lot regarding the degree of precision of the activities which get public funding, the degree of control from the public authority, the terms for ending the contract and for conflict resolution. Moreover, there is no definition of the concept of “idea-based organisation”, even if most idea-based organisations part to IOP-contracts are non-profit associations or foundations.

In practice, IOP appears to designate contracts between an idea-based organisation which commits to carry out specific (mostly social) services and thereby contribute with some amount of voluntary work, and a public authority which commits to fund large parts of the services covered by the contract. The partnership implies that both parts follow up and adjust the activity covered by the contract. Whether an IOP-contract is covered by LOU depends on whether the contract, assessed in the particular case, fulfils the criteria of a service contract in the meaning of LOU, whereby the following criteria have particular importance: (1) whether the contract’s subject may be regarded as services which are not NSGI, (2) whether the idea-based operator may be regarded as a provider, (3) whether the contract is concluded with pecuniary interest, and (4) whether the contract is a means to acquire services.

(1) It is very hard to see how services covered by IOP-contracts could be argued to constitute NSGI. Regardless of whether the services covered by the contract are financed mostly by payments from the public authority, the fact that an external actor provides the service suggests that the service *is* separable from the authority’s exercise of public authority. In case the service public authority has an SGI-task connected to the services covered by the contract, this contract could rather involve that the idea-based organisation has been entrusted with an SGEI. If the IOP-contract covers services within local or regional authorities’ general (voluntary) competence, the public funding measure lies within competence only if it concerns a matter of general concern connected with the area of the authority or with its members. That an IOP-contract fulfils this condition does not mean that its object is an SGI, and not either that the publicly-funded activity may be regarded as a NSGI.

Regardless of whether the services covered by an IOP-contract lie within the authority’s mandatory or the voluntary competence, the idea-based organisation’s provision of the services will be economic if the IOP-contract objectively has an economic interest for the organisation.

(2) Whether the operator's activity may be regarded as economic depends on whether the service can be regarded as offered on a market. For that assessment relevant circumstances can a.o. be that undertakings are entrusted with similar services in the region at issue or in other regions of the Member State. Another relevant circumstance is that the public authority earlier or even at the same time has entrusted similar services (or part of them) through public procurement.

In the absence of such circumstances it is instead the assessment of whether the contract has a pecuniary interest which can determine whether the service, *in the frame of the contract*, may be seen as provided for remuneration and in that particular case economic.

(3) If the IOP-contract has been concluded on the initiative of a public authority which has taken contact with a provider with a view to entrust it with a specific type of services, it seems clear that the idea-based actor provides the specified service against remuneration if it commits to provide them for a compensation that it is free to influence and accept before the contract is concluded.

That the IOP-contract instead has formally been concluded on the initiative of the idea-based actor, for instance when the latter sends a proposal of IOP-contract, should however not be sufficient to exclude that the idea-based actor provides services against remuneration. The assessment of whether the services which the idea-based actor commits to in the frame of an IOP-contract are provided against remuneration should be made objectively based on the terms of the contract. The services covered by the contract are provided against remuneration only if the idea-based actor may objectively be regarded as providing those services *on behalf of* the public authority.

If the services are covered by the public authority's mandatory competence it may be difficult to argue that the idea-based actor has been able to decide on which service would get public funding through the IOP-contract and to which conditions of for instance quality, closeness to users' needs etc. That the public authority commissions the contract should be relatively easy to determine in such cases.

If the services covered by the IOP-contract lie within the public authority's general (voluntary) competence, the existence of "some kind of commissioning" from the public authority to the idea-based actor is decisive in assessing whether the activity must be regarded as a public procurement or as a subsidised private activity. The relevant question in that case should be whether the services which the idea-based actor commits to through the contract may objectively be regarded as meeting needs which the public authority, in the frame of its competence, has defined beforehand. Such a test should require that the contract terms are assessed based on the following questions:

- Are the services, or part of them, clearly specified in the contract as to their content and the conditions of their provision? Does the interpretation of the contract terms make clear that the public authority has imposed those terms?
- Is the amount of compensation for the services fixed in advance and can it be regarded as an economic compensation for the services specified in the contract and which the idea-based actor has engaged to provide through the contract?
- Does the idea-based actor who commits to provide the services in question have a freedom to decide before the contract is concluded whether it wishes to provide those services on the terms of content and provision fixed in the contract?

If the answer is “yes” to all these questions it seems that the payments set by the contract can be regarded as an economic remuneration. The question of which principles of contract interpretation should be used and how to combine them with the interpretation of IOP-contracts should however be further analysed.

(4) IOP-contracts may not be considered as service contracts in the meaning of LOU unless they involve that the idea-based actor assumes a direct or indirect obligation to carry out the services which are the subject of the contract and that that obligation be legally enforceable in accordance with the procedural rules laid down by national law. If this criterion is not fulfilled, the conclusion may be that the IOP-contract in question is not covered by LOU, a conclusion which does not exclude that the provision of the services may under certain circumstances be regarded as provided against remuneration in the frame of the contract.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

1.1.1 EU-rättens ökade relevans för nationell organisation av offentligt finansierade sociala tjänster

EU-domstolen (EUD) har i många domar funnit att medlemsstaternas reglering, organisation och finansiering av sociala tjänster inom den offentliga sektorn omfattades av, och kunde komma i konflikt med, EU-reglerna om den fria rörligheten, offentlig upphandling och konkurrens, inbegripet statsstödsreglerna. Detta beror dels på liberaliseringen av offentliga tjänster i medlemsstaterna, dels på domstolens angreppssätt, bl.a. dess vida tolkning av de begrepp som triggar tillämpningen av fördragets marknadsregler, inte minst begreppen "tjänster", "varor" och "företag".

EUD har också gjort en extensiv tolkning av begreppen som avgör tillämpbarheten av upphandlingsdirektiven, bl.a. "upphandlande myndighet", "ekonomisk operatör" och "ekonomiska villkor". Därmed har även avtal där den upphandlande myndigheten inte väljer sin avtalspart, exempelvis vissa exploateringsavtal, kommit att betraktas som offentlig upphandling. EU-upphandlingsreglernas tillämpningsområde utvidgades radikalt när EUD i slutet av 1990-talet slog fast att vissa minimala krav på upphandlingsförfaranden följer direkt från fördragen och kan gälla även för offentliga kontrakt som inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Därmed skulle kontrakt som då inte omfattades av upphandlingsdirektiven – tjänstekoncessioner, kontrakt om B-tjänster inbegripet sociala tjänster samt kontrakt under direktivens tröskelvärden – omfattas av upphandlingsregler som direkt följer av EUF-fördraget.

Få medlemsstater hade från början föreställt sig att EU-marknadsregler skulle omfatta områden där medlemsstaterna inte hade överfört sina befogenheter till EU såsom sjukvård, social omsorg, social försäkring och utbildning. På 1990-talet började medlemsstaterna reagera på expansionen av EU-rätten bl.a. genom införandet av subsidiaritetsprincipen i fördragen genom Maastricht-fördraget år 1992. Trenden har emellertid fortsatt, inte minst på grund av rättspraxis i EUD om social omsorg, sjukvård och utbildning. Expansionen av EU-rätten på välfärdsområdet var i huvudsak baserad på att fördragets marknadsbestämmelser, dvs. om fri rörlighet, konkurrens, statsstöd, har funnits tillämpliga på medlemsstaternas reglering, organisation, upphandling och finansiering av sociala tjänster.

Den krokiga vägen fram till antagandet av Lissabon-fördraget, som återtagit huvuddelen av det havererade konstitutionella fördraget, har därför krävt en politisk debatt, inte minst mellan medlemsstaternas regeringar, om vad det allt tätare samspelet mellan nationell rätt och EU-rätten skulle innebära för medlemsstaterna välfärdsmodeller. Debatten och dess stötestenar var inte särskilt uppmärksammade i svenska medier. Den orkestrerades av EU-kommissionen (härefter "kommissionen") inom ramen för meddelanden om "tjänster av allmänt intresse" ("SGI") som då lanserades som ett samlingsbegrepp för "tjänster av allmänt ekonomiskt intresse" (SGEI) och "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" (NSGI).⁴

Kommissionen förklarade följande

*"Begreppet tjänster av allmänt ekonomiskt intresse används i artikel 16 och artikel 86.2 i fördraget. Det definieras inte i fördraget eller i sekundärlagstiftningen. I gemenskapens rättspraxis råder dock bred enighet om att SGEI avser ekonomiska tjänster som medlemsstaterna eller gemenskapen bedömer vara av allmänt intresse och därför skall kopplas till särskilda skyldigheter. Begreppet omfattar därför framförallt vissa tjänster som tillhandahålls inom de stora nätverksamheterna, till exempel transport-, post-, energi- och kommunikationstjänster. Det inbegriper dock även annan ekonomisk verksamhet som kopplas till sådana skyldigheter."*⁵

Att debatten artikulerades kring begreppet SGEI berodde på att medlemsstaterna i flera mål framgångsrikt hade åberopat artikel 90.2 EEG, sedermera artikel 86.2 EG och numera artikel 106.2 FEUF, som tillåter undantag från fördragens marknadsregler, särskilt artiklarna 101–102 FEUF om konkurrens och artikel 107.1 FEUF om statsstöd, i den mån dessa hindrar företag som anförtrotts SGEI att genomföra sina uppgifter.

Debatten om den framtida EU-regleringen av offentliga tjänster, inbegripet sociala tjänster, nådde en höjdpunkt när kommissionens förslag om tjänstedirektivet, som omfattade dessa tjänster, mötte starkt motstånd från vissa medlemsstater och majoriteten av EU-parlamentet, vilket ledde till att många sociala tjänster undantogs från direktivets tillämpningsområde. En ytterligare höjdpunkt blev att vissa regeringar, som villkor för att underteckna Lissabon-fördraget, krävde införandet och förtydligandet av principer om respekten av medlemsstaternas befogenheter och identitet samt om SGI. Resultatet av denna politiska förhandling på hög nivå blev att unionens primärrätt (som innefattar EU-fördraget och EUF-fördraget, de

⁴ SGI, SGEI och NSGI är de engelska förkortningarna av dessa EU-begrepp. De används i denna rapport för att underlätta läsningen eftersom begreppen hittills alltid förkortas på engelska i Sverige. Det är dock enligt min mening inte önskvärt att svenska myndigheter och domstolar fortsätter att använda den engelska förkortningen.

⁵ Kommissionens meddelande Vitbok om tjänster av allmänt intresse KOM (2004) 374 slutlig, s. 22.

protokoll som fogats till fördragen samt EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna, härefter "EU-stadgan") inte bara slår fast marknadsprinciperna (de grundläggande friheterna och principen om icke-snedvriden konkurrens) utan även "icke-marknadsprinciper" som ska tillämpas tillsammans med unionens "marknadsprinciper".

Denna utveckling i fördragen (och i debatten) kan delvis anses förklara att EUD har funnit det lämpligt att utveckla tolkningar och doktriner som begränsar eller mildrar påverkan av EU-marknadsreglerna inom medlemsstaternas reglering och finansiering av verksamheter inom den offentliga sektorn. I en rad viktiga domar utvecklade domstolen ett särskilt test vid tillämpning av artikel 106.2 FEUF om SGEI, som karakteristiskt tillåter undantag från fördragsregler i den mån det är nödvändigt för att företag ska kunna fullgöra SGEI-uppgifter *under ekonomiskt godtagbara villkor*.

En annan avgörande dom är *Altmark*, där EUD slog fast att ersättningen av allmännyttiga tjänster inte utgör stöd i strid med huvudregeln om förbud mot statsstöd i artikel 107.1 FEUF, om denna ersättning står i strikt proportion av kostnaderna för SGEI-uppgifter. Domstolen etablerade en stark koppling mellan EU-reglerna om upphandling och statsstöd genom att fastställa att statsstöd kunde uteslutas genom ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att anskaffa tjänsterna till den lägsta kostnaden för det allmänna.

Domstolen har också slagit fast att verksamhet i nationella system som har allmännyttiga syften och uteslutande regleras i enlighet med solidaritetsprincipen inte är ekonomisk. Denna rättspraxis har haft stor betydelse för utformningen av de fördragsregler som infördes genom Lissabonfördraget om SGEI (tjänster av allmänt ekonomiskt intresse), NSGI (icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse) och SGI (tjänster av allmänt intresse, som hittills uppfattats som "moder-begreppet" för SGEI och NSGI). Därmed är det inte längre enbart SGEI som utgör ett rättsligt begrepp, utan även SGI och NSGI.

EUD har också begränsat upphandlingsreglernas räckvidd genom doktriner om kontrakt som saknar ett bestämt gränsöverskridande intresse, om "in-house"-avtal, om samverkansavtal mellan offentliga organ och om omfördelning av myndigheters befogenheter. Domstolen har också slagit fast att *fördragets* bestämmelser om den fria rörligheten inte hindrar att en medlemsstat reserverar tillgången till offentlig finansiering av välfärdstjänster till operatörer utan vinstsyfte.

1.1.2 EU-reglerna om upphandling och om statsstöd till SGEI begränsar medlemsstaternas frihet att organisera och finansiera ekonomisk verksamhet i den offentliga sektorn

Mot bakgrund av den ovan beskrivna utvecklingen i fördragen blir det tydligt att rättspraxis från EUD (efter antagandet av Lissabonfördraget) skickar ett dubbelt budskap:

- Fördragens marknadsregler, inbegripet de regler som styr offentlig upphandling och offentlig finansiering, har ett närmast obegränsat potentiellt tillämpningsområde.⁶
- Unionens marknadsregler, inbegripet upphandlingsreglerna, ska återspegla unionens skyldighet att respektera medlemsstaternas återhållna befogenheter och identitet, som får ett särskilt uttryck i fördragsprinciperna om verksamhet förenad med utövandet av maktbefogenheter, om SGEI och om NSGI. Detta innebär att medlemsstaterna bör ha det första ordet om vilka principer och villkor som ska styra tillhandahållandet av tjänster inom den offentliga sektorn inom områden där de inte har överfört sina befogenheter till unionen.

Detta "dubbla budskap" är också tydligt i de tre EU-direktiv om upphandling som antogs 2014 och trädde i kraft 2016 (härefter kallade "2014-direktiven"): direktivet om upphandling inom den klassiska sektorn⁷ (härefter kallat "LOU-direktivet), direktivet om upphandling inom försörjningssektorn, dvs. vatten, energi, transport och posttjänster (härefter kallat "LUF-direktivet")⁸, och direktivet om tilldelning av koncessioner (härefter kallat "LUK-direktivet")⁹.

Expansionen av upphandlingsrätten (den första delen av det "dubbla budskapet") har konsoliderats i och med införandet av procedurregler om tjänstekoncessioner och av grundläggande principer och transparenskrav för kontrakt för "sociala tjänster och andra speciella tjänster" över tröskelvärden (750 000 euros i LOU-direktivet) samtidigt som den tidigare uppdelningen i så kallade A- och B-tjänster har avskaffats. Detta avspeglar EU-lagstiftarens erkännande att det finns marknader för offentligt finansierade sociala tjänster i medlemsstaterna och att det kan vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater att delta i dessa marknader. Det är också ett känsligt politiskt steg, eftersom det gör tydligt för alla intresserade att EU-lagstiftaren numera har befogenheter att begränsa medlems-

⁶ Enligt Azoulai är detta välkänt av "generalisterna av EU-rättens", se Azoulai L., 2011.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

staternas frihet att organisera tillhandahållandet av offentligt finansierade sociala tjänster, samtidigt som medlemsstaterna inte har överfört sina befogenheter inom politiskt känsliga områden som utbildning och hälso- och sjukvård till unionen. Här kan också konstateras att LOU-direktivet och LUF-direktivet begränsar det frihetsutrymme som EUD har skapat i *Spezzino* för att reservera kontrakt för vissa hälso- och sjukvårdstjänster, sociala tjänster och kulturella tjänster till organisationer utan vinstsyfte.¹⁰

Samtidigt ger 2014-direktiven en ökad flexibilitet för medlemsstaterna att organisera sina välfärdssystem (den andra delen av det "dubbla budskapet"). De undantag som formulerats av EUD för "in-house"-avtal och samverkansavtal mellan upphandlande myndigheter, samt rättspraxis från EUD om befogenhetsöverföring, har konsoliderats i direktiven. Direktivens räckvidd har förtydligats genom införandet av en definition av begreppet "upphandling" som styr direktivens tillämpningsområde. Upphandling definieras som en "anskaffning" genom ett offentligt kontrakt, ett rekvisit som enligt direktivens skäl innebär att vissa modeller för den offentliga finansieringen av välfärdstjänster faller utanför definitionen. Här bör också nämnas bestämmelser om kontrakt reserverade för organisationer utan vinstsyfte som begränsar det frihetsutrymme som i detta avseende hade skapats av EUD i rättspraxis.

Eftersom upphandling av sociala tjänster nu är föremål för grundläggande krav är det vidare av stor betydelse för erkännandet av medlemsstaternas vidmakthållna befogenheter att 2014-direktiven innehåller både bestämmelser och skäl med explicit och implicit koppling till principerna om SGEI, samt bestämmelser och skäl om att direktiven inte ska (LUK-direktivet och LUF-direktivet) och inte "bör" (LOU-direktivet) tillämpas på NSGI.

Beträffande SGEI har det redan nämnts att upphandlingsreglerna har kopplats till statsstödsreglerna om SGEI genom domen i *Altmark*. Med utgångspunkt i domens kriterier för att offentlig finansiering av SGEI ska vara förenlig med fördragen antog kommissionen år 2005 ett regelverk om tillämpningen av artikel 106.2 FEUF på statsstöd i form av ersättning till företag som tillhandahåller SGEI. I samband med antagandet av de nya upphandlingsdirektiven har kommissionen ersatt det första regelverket genom ett nytt statsstödspaket som består av fyra texter, bl.a. kommissionens beslut om statsstöd till SGEI som anger på vilka villkor statsstöd för en SGEI kan anses förenligt med artikel 106.2 FEUF och därför inte behöver anmälas till kommissionen.¹¹ Beslutet omfattar vissa sociala tjänster (dock inte utbildning), men gäller endast om den period för vilken företaget har anförtrots att tillhandahålla en SGEI inte överstiger tio år och ställer kravet att ersättningen inte överstiger

¹⁰ Artikel 77 i LOU-direktivet och artikel 94 i LUF-direktivet begränsar möjligheten till kontrakt om högst tre år.

¹¹ Kommissionens beslut 2012/21/EU av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 FEUF på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

vad som krävs för att täcka nettokostnaden för att fullgöra skyldigheterna i samband med tillhandahållandet av den allmännyttiga tjänsten, inklusive en rimlig vinst.¹²

Det kan således konstateras att reglerna i 2011 års statsstödspaketet å ena sidan möjliggör den offentliga finansieringen av företag som tillhandahåller offentligt finansierade sociala tjänster, men å andra sidan inför villkor som begränsar medlemsstaternas frihet att organisera och finansiera välfärdstjänster. Avsikten verkar ha varit att kompensera upphandlingsreglernas begränsade tillämpningsområde och svaga krav på konkurrens vad gäller upphandling av dessa tjänster. Därvid är det viktigt att notera att reformen av regelverken för upphandling och statsstöd till SGEI inleddes samtidigt och presenterades av kommissionen som instrument för dess agenda "En ny kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa" (nedan kallad "SGI-kvalitetsramen").¹³

Statsstödsreglerna om SGEI och särskilt LOU-direktivet bland 2014-direktiven har således blivit parhästar i unionens policy om organisationen och finansiering av offentliga tjänster. Regelverken har olika syften, men båda tillämpas enbart på finansieringen av verksamheter som har ekonomisk karaktär. Är verksamheten som får offentlig finansiering inte ekonomisk kan dess utövare inte betraktas som ett företag i EU-konkurrens- och statsstödsreglernas mening och i så fall utgör finansieringen inte statsstöd. Huruvida ett avtal om offentlig finansiering omfattas av LOU förutsätter att verksamheten kan betraktas som ekonomisk inom ramen för avtalet.

Vad gäller tolkningen av begreppet ekonomisk verksamhet utgör rättspraxis i EUD den centrala rättskällan. Komplexiteten av denna rättspraxis, som studerats i stor detalj i ett annat sammanhang¹⁴, kan inte förnekas och den avspeglas i kommissionens kasuistiska redogörelser av domstolens praxis.¹⁵ Beträffande det nya rättsbegreppet NSGI kan konstateras att det inte är definierat i EU-rätten och att dess tolkning hittills inte har preciserats av EUD. Detta till trots förutsätter medlemsstaternas korrekta tillämpning av kommissionens beslut om statsstöd till SGEI och av LOU-direktivet (och därmed en korrekt tillämpning av de direktiv-styrda reglerna i LOU) att lagstiftaren och myndigheter är kapabla att avgöra huruvida de tjänster som finansieringsåtgärden eller beställningen avser kan betraktas som en ekonomisk verksamhet och hur gränsen dras mellan SGEI och NSGI.

12 Ibid., artikel 2.2 och artikel 5.1; uppdragets varaktighet regleras också av EU-rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster (2012/C 8/03), punkt 17.

13 Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa KOM(2011) 900 slutlig.

14 Se Wehlander C., 2015, s. 39–188.

15 Bl.a. i SGEI-guiden 2013 och s. 3–8 i kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01).

1.1.3 Utdragen, och mycket problematisk, osäkerhet om tolkningen av begreppen "ekonomisk verksamhet", SGEI och NSGI i den svenska rättsliga debatten

Den offentliga sektorn i Sverige är i hög grad decentraliserad och ligger inom svenska kommuner och landstings befogenheter. Ett stort antal icke-statliga operatörer tillhandahåller tjänster som ingår i statens eller kommunernas obligatoriska eller frivilliga befogenheter. Denna utveckling innebär att svenska myndigheter i stor omfattning överför offentliga medel till olika typer av aktörer som verkar inom den sociala sektorn och miljösektorn, såsom kommunala företag, ideella organisationer samt bolag med vinstsyfte. Det är inte bara aktörernas form och syfte som varierar, utan också ramen för den offentliga finansieringen av deras verksamhet. De svenska myndigheternas finansiering av tjänster som tillhör deras befogenheter men utförs av icke-offentliga aktörer sker idag inom ramen av olika system och modeller. Av särskilt intresse i förevarande rapport är följande former av offentlig finansiering:

- a. kontrakt i den mening som avses i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som genomför LOU-direktivet
- b. kontrakt inom ramen för valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV)
- c. kommunala beslut om bidrag till enskilda huvudmän som fått tillstånd av driva skolor med stöd av skollagen (2010:800)
- d. samverkanskontrakt utan upphandlingsförfarande mellan kommuner och landsting och aktörer av civilsamhället under beteckningen "idéburna offentliga partnerskap" (IOP)
- e. offentliga beslut om bidrag för miljö-, kultur- och sociala verksamheter med stöd av statens och kommunernas allmänna befogenheter

Gemensamt för alla dessa åtgärder är att de innebär att offentliga medel överförs till icke-statliga aktörer och att frågan har uppstått huruvida åtgärderna omfattas av tillämpningsområdet för LOU och/eller EU-statsstödsreglerna. I egenskap av tillsynsmyndighet är det naturligt att Konkurrensverket fokuserar på frågan om IOP, bidragsbeslut och uppdrag till kommunala företag kan utföras utan att bryta mot LOU. För att svara på det måste man emellertid ställa frågan huruvida (1) verksamhetens speciella karaktär (hälsoskydd, miljöskydd, kulturaktivitet, idrottsaktivitet), (2) utförarens karaktär och syfte med verksamheten (aktiebolag med vinstsyfte, ideell organisation, organ som utgör en del av den offentliga förvaltningen) eller (3) verksamhetens reglering i svensk rätt, kan påverka bedömningen och bl.a. innebära att verksamheten inom ramen för finansieringen inte har ekonomisk karaktär, eller om det utgör en NSGI i LOU-direktivets mening.

Flera utredningar, förarbeten och EU-ärenden, bl.a. med anledning av införandet av LOV, av genomförandet av 2014-direktiven, om avtal mellan skolhuvudmän om att utföra undervisning har gått in på dessa frågor, men med fokus på situationerna (a), (b) och (c) ovan. Det är en eufemism att säga att dessa inte har levererat tydliga, koherenta och övertygande kriterier för att avgöra om en verksamhet är ekonomisk eller icke-ekonomisk, utgör en SGEI eller i stället en NSGI.¹⁶ I vissa fall görs motsägelsefulla och ibland rentav förvirrande redogörelser av EU-begreppet "ekonomisk verksamhet", exempelvis i välfärdsutredningens betänkande där utredaren först bedömer att de välfärdstjänster som berörs av utredningen i huvudsak inte är ekonomiska och några sidor senare drar slutsatsen att de är tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹⁷

I välfärdsutredningens betänkande anförs också att "regeringen och kommissionen anser att den verksamhet som berörs av utredningens uppdrag i huvudsak inte är ekonomisk eftersom den främst är skattefinansierad och bör ses som system baserade på solidaritetsprincipen" (min kursivering).¹⁸ Till stöd för detta påstående hänvisas till kontakter mellan näringsdepartementet och kommissionen med anledning av Sveriges anmälan i april 2015 av regler om anställningsstöd i form av extrajobb och för traineejobb inom välfärdssektorn enligt förordning (2015:503) om särskilt anställningsstöd. Efter möten med kommissionen drog Sverige tillbaka sin ansökan med följande motivering på engelska

*According to Sweden's assessment the sectors of schemes A and B (stöd enligt förordningen) mainly include non-economic activities. The sectors are primarily funded from taxes and social contributions and should therefore to a large extent be seen as systems based on the principle of solidarity were (sic) the services are offered free of charge, or to a fraction of the true costs, on the basis of universal coverage. However, economic activity exists to a limited extent where companies offering care and school services charge fees directly from clients.*¹⁹

Detta korta resonemang verkar i linje med Sylvans tes och citeras här på engelska: "tax-funded services are not "services" within the meaning of TFEU since tax-funded welfare services are not provided for remuneration."²⁰ Läser man mejlväxlingen mellan näringsdepartementet och kommissionen med anledning av ärendet om stöd för extrajobb hittar man dock inget meddelande från kommissionen som godtar näringsdepartementets resonemang ovan. Därmed kan man inte vara säker

16 I detta avseende bör det uppmärksammas att det i Sverige inte finns någon nationell tillsynsmyndighet för statsstöd.

17 Välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden SOU 2016:78, s. 416.

18 Ibid., s. 407 och s. 416.

19 Brev av den 31 augusti 2015 från näringsdepartementet till EU-kommissionen, rubricerat SA.41625 (2015/N) – Sweden – Traineejobb – Wage subsidy scheme for youth unemployment and SA. 41639 (2015/N) – Sweden – Extratjänster – Wage subsidy scheme for long-term unemployed, dnr. N2015/3516/KSR och N2015/3518/KSR.

20 Sylvan M., 2016, s. 271.

på att kommissionen officiellt står för resonemanget, särskilt med tanke på att det inte ligger i linje med dess egen rättspraxis om offentlig finansiering av offentliga sjukhus.²¹ Näringsdepartementets resonemang och Sylvans finansieringsdoktrin har fördelen att för närvarande hålla EU-rätten om statsstöd på armslängd. De är dock svåra att förena inte bara med rättspraxis i EUD utan också med rättsuppfattningen i Sverige. Om dessa resonemang (och Sylvans finansieringstes) stämde kan man exempelvis ställa sig frågan varför Stockholms läns landsting såg behovet att tillämpa LOU för att sluta ett vårdavtal med företaget Capio AB om vårdtjänster på Sankt Görans sjukhus, dvs. ett avtal med *ekonomiska villkor* mellan en upphandlande myndighet och en *ekonomisk operatör*.

Regeringens resonemang är dessutom svårt att förena med den ekonomiska realiteten i Sverige. I gemene mans ekonomiska perspektiv är det lätt att konstatera existensen och tillväxten av marknader för offentligt finansierade välfärdstjänster i Sverige. Reformen med LOV bedöms ha haft störst enskild effekt på tillväxten av privat vård och omsorg i Sverige de senaste åren.²² Det finns flera hundra privata vård- och omsorgsföretag i Sverige, varav de allra flesta är små företag som driver en enda vårdcentral, äldreboende eller skola. Samtidigt domineras marknaderna inom den offentligt finansierade välfärdssektorn i privat regi av stora företag.²³ Flera av dessa har förvärvat bolag inom den sociala sektorn utanför Sverige och några är börsnoterade i Sverige och verksamma i flera medlemsstater.²⁴

Mot regeringens kortfattade resonemang ovan, upprepad i välfärdsutredningens betänkande, talar att Stockholms tingsrätt fällde tre stora vårdbolag för samarbete i strid med konkurrensreglerna i samband med upphandlingar utan att tveka eller ens ifrågasätta huruvida bolagen (som hade fått kontrakt med Stockholms läns landsting) bedrev en ekonomisk verksamhet.²⁵ I den juridiska doktrinen verkar också allt fler, exempelvis professor Szyszczak i ett rättsutlåtande till välfärdsutredningen, räkna med att offentligt finansierade sociala tjänster som i Sverige

21 Avgiftsfri sjukvård på offentliga sjukhus ansågs utgöra en ekonomisk verksamhet i konkurrens med privata sjukhus i Bryssel regionen, se domen i mål T-137/10 *CBI mot kommissionen* ECLI:EU:T:2012:584.

22 Ibid, s. 18.

23 Några exempel är Praktikertjänst, Capio (sjukvård) Humana, Aleris, Ambea, Attendo, Academedia, Kunskapsskolan och Internationella Engelska Skolan.

24 Av drygt 700 miljarder som landstingen och kommunerna spenderade år 2015 på äldreboende, vårdcentral, sjukhus mm. gick 114 miljarder till privata företag, enligt en sammanställning av Grant Thornton. Under år 2015 och första halvan av år 2016 har tre av de tio största svenska vårdbolagen börsnoterats. – Capio noterades i juni 2015 och Attendo senare under hösten i november 2015. – Humanas börsintroduktion skedde mars 2016, se Grant Thorntons rapport, 2016 s. 33.

25 I dom nr T 12305-13 av den 18 december 2015 fann Stockholms tingsrätt att Aleris, Capio och Hjärtkärlgruppen hade samarbetat i strid med konkurrensreglerna i samband med en upphandling av klinisk fysiologi (vård cirka 211 mkr) gjord av Stockholms läns landsting. Se även EU-kommissionens fusionsbeslut där frågan inte ens ställdes huruvida de leverantörer av offentligt finansierade sociala tjänster som berördes kunde anses utöva en ekonomisk verksamhet: Capio 2007 M.4367, 2011 M.6103, Aleris 2006 M.4205 och M.4382, 2010 M.5816, 2012 M.6675.

tillhandahålls av privata aktörer, inbegripet undervisning i friskolor, ska betraktas som ekonomiska verksamheter i EU-rättens mening.²⁶

Mot bakgrund av dessa omständigheter framstår det som angeläget att redogöra för rättspraxis från EUD om EU-begreppen begreppen "tjänster", "varor", "ekonomisk verksamhet", SGEI och NSGI samt att analysera vilken betydelse dessa begrepp har vid prövning av frågan om offentlig finansiering av allmännyttiga tjänster omfattas av LOU. Uppgiften kräver ödmjukhet, inte minst på grund av rättspraxisens komplexitet och dynamiska karaktär, men också, med tanke på den ekonomiska och politiska sprängkraften i tolkningen av EU-marknadsregler på välfärdstjänster, ett visst mått av dumdrighet eller mod.

1.2 Uppdraget och rapportens syfte

Det finns enligt Konkurrensverket idag ett behov av att tydliggöra vilka omständigheter som en upphandlande myndighet ska beakta när den planerar att finansiera externa aktörers utförande av vissa tjänster och vill säkerställa att den inte bryter mot LOU.

Behovet ligger till grund för det uppdrag jag har fått av Konkurrensverket och i uppdraget ingår att besvara bl.a. följande frågor:

- Vilka kriterier avgör om offentlig finansiering av vissa bestämda tjänster ska betraktas som en anskaffning av tjänster i LOU:s mening?
- Hur påverkas denna bedömning av mottagarens karaktär av kommunalt bolag, bolag med vinstsyfte eller organisation utan vinstsyfte?
- Vilken betydelse har reglerna om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse och om icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse för tillämpningen av LOU på en offentlig finansiering?

Man kan konstatera den rådande osäkerheten, inte minst hos den svenska lagstiftaren, beträffande betydelsen av begreppen SGI och SGEI, men också om betydelsen av begreppen "ekonomisk verksamhet" och NSGI. Därför har jag fått stöd av den referensgrupp som har kopplats till rapporten för att, om än översiktligare än i min tidigare forskning, kartlägga EU-domstolens praxis om vad som utgör en ekonomisk verksamhet i det enskilda fallet.

²⁶ På samma linje se Wehlander C., 2016, s. 297–339, och remissvar av den 21 februari 2017 från SIEPS (Svenska institutet för europapolitiska studier) om välfärdsutredningens delbetänkande Ordning och reda i välfärden (SOU 2016:78), Dnr 16/0138.

Därför intas ett bredare perspektiv i rapporten, i den mening att den ger stor plats till SGEI och NSGI, två begrepp som har gjort entré i 2014-direktiven men faktiskt är EU-konstitutionella begrepp. Vad gäller NSGI har min ambition varit att med utgångspunkt i den begränsade rättspraxis i EUD utreda vilka typer av NSGI som kan anses finnas och vilka verksamheter i Sverige som kan anses tillhöra dessa typer av NSGI.

1.3 Metod, avgränsningar, terminologi, disposition

De regelverk som står i fokus är främst LOU och LOU-direktivet, men rapporten förhåller sig i lämpliga delar också till EU-statsstödsregler om SGEI och till fördragen. I den del som behandlar fallstudier är det främst svenska regelverk om valfrihet (LOV, skollagen) som berörs. Andra regelverk berörs endast undantagsvis i analysen. I rapporten bortses helt från rättsmedelsdirektiven²⁷. Vad gäller LUF-direktivet och LUK-direktivet tas de upp endast marginellt som en del av rättskontexten.

Rapporten bygger i huvudsak på en rättsdogmatisk metod, även om ekonomiska fakta spelar roll för marknadsrättsliga resonemang och därför beaktas i analysen. LOU:s främsta syfte är att genomföra LOU-direktivet, varför de begrepp som avgör LOU:s tillämplighet i de delar som styrs av LOU-direktivet måste tolkas i enlighet med den mening som de har i direktivet och i enlighet med EU-rättsmetoden. Detta innebär att förarbeten om genomförandet av LOU-direktivet har relevans som rättskälla främst i de delar av LOU som inte styrs av direktivet.

Här måste uppmärksammas att EU-rättsmetoden skiljer sig från svensk rättsdogmatisk metod vad gäller både källor och tolkningsprinciper. EU-rätten innefattar inga förarbeten även om direktivens skäl i viss mån kan jämföras med svenska förarbeten. Det är också viktigt att understryka skillnaden mellan bestämmelser och skäl i EU-direktiv eftersom det finns en uppenbar trend att införa reglering genom direktivskäl, en trend som har stöd av vissa intressenter under direktivens beredning men som är problematisk i ett rättssäkerhetsperspektiv.²⁸ EUD har i alla fall uttalat att skälen i en EU-rättsakt visserligen kan tjäna som tolkningsdata för en rättsregel men som i sig inte kan utgöra en sådan regel.²⁹ Domstolen har konsekvent erinrat om att ingressen till en gemenskapsrättsakt inte är juridiskt bindande och således vare sig kan åberopas till stöd för undantag från

²⁷ Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

²⁸ Treumer S., 2014, s. 21–23.

²⁹ Domarna i mål C-429/07 *Inspecteur van de Belastingdienst mot X BV*. ECLI:EU:C:2009:35, punkt 31 och mål 215/88, *Casa Fleischhandels* ECLI:EU:C:1989:331, p. 31.

bestämmelserna i den aktuella rättsakten eller för att tolka dessa bestämmelser på ett sätt som uppenbart strider mot deras lydelse.³⁰

Ett annat särdrag i EU-rättsmetoden, såsom den har utvecklats av EUD, är vikten av den teleologiska metoden, som går ut på att bestämmelser tolkas i enlighet med deras syfte. Detta har stor betydelse för vissa analyser i förevarande rapport, eftersom nya principer, inte minst om SGEI och NSGI, har införts i EU-fördragen genom Lissabonfördraget, vilket måste förväntas bli normerande i EU-domstolens teleologiska tolkning av unionens rättsregler.

Praxis från EUD utgör en viktig rättskälla i rapporten. Tolkningen av de begrepp och rekvisit som ingår i definitionen av "kontrakt" i LOU måste göras i enlighet med LOU-direktivet såsom tolkat av EUD i upphandlingsmål. Rapporten bygger dock också på EUD-praxis i mål som avser tillämpningen av EU-reglerna om den fria rörligheten och konkurrensen, inbegripet statsstöd. Att denna praxis också är relevant beror på att upphandlingsreglerna faktiskt bygger på fördragets principer om den fria rörligheten och om icke-snedvriden konkurrens. Att praxis från de tre rättsområdena – upphandling, fri rörlighet och konkurrens/statsstöd – används i analysen beror också på att jag i tidigare forskning har kunnat visa att begreppet "ekonomisk verksamhet" formellt har två olika definitioner i konkurrensrätten och frirörlighetsrätten, men i sak har samma betydelse. Rapporten beaktar praxis fram till 30 april 2018.

Rapporten fokuserar inte på undantagen från LOU för intern upphandling och upphandling mellan upphandlande myndigheter, men rättspraxis i EUD om dessa undantag tas upp i den mån det är relevant för analysen av rapportens frågor.

Kommissionens praxis i statsstödsärenden används i rapporten som ett underlag för resonemang och inte som rättskälla eftersom den inte är prejudicerande utan snarare vägledande för kommissionen själv. Även icke-bindande dokument där kommissionen ger sin förståelse av EU-rätten, s.k. "soft law", används för att kontextualisera vissa regler.

Begreppet "offentlig myndighet" används flitigt av EUD som en motsvarighet av det engelska rättsbegreppet "public authorities". I svensk rätt talas endast om "myndigheter". I rapporten används normalt "offentlig myndighet" när begreppet används i citerad rättspraxis eller dokument) och "myndighet" i övrigt.

Begreppet "operatör" används i rapporten för aktörer som producerar tjänster eller varor. Begreppet avser både ekonomiska och icke-ekonomiska operatörer, dvs. både operatörer som producerar tjänster/varor som en ekonomisk verksamhet och operatörer som producerar tjänster/varor som en icke-ekonomisk verksamhet.

30 Dom i mål C-136/04 *Deutsches Milch Kontor* ECLI:EU:C:2005:716 p. 32, med hänvisning till domarna i mål C-162/97 *Nilsson* m.fl. ECLI:EU:C:1998:554, p 54 och mål C-308/97 *Manfredi* ECLI:EU:C:1998:566, p 30.

Termen "post-Lissabon" förekommer på flera ställen i rapporten och syftar på rättsläget i EU-rätten efter ikraftträdandet av Lissabon-fördraget (2009) som har ändrat EU-fördragen.

I kapitel 2 redogörs för de "icke-marknadsprinciper" som ligger till grund för 2014-direktiven och direktivens koppling till EU-reglerna om statsstöd till SGEI.

I kapitel 3 görs en genomgång av rättspraxis från EUD om tolkningen av begreppen "tjänster", "företag" och "ekonomisk verksamhet" som har avgörande betydelse för tillämpbarheten av föredragets frirörlighets- och konkurrensregler och för analysen av begreppet NSGI.

I kapitel 4 analyseras de rekvisit som ligger till grund för begreppet "upphandling" i LOU-direktivet. Ett försök görs att kartlägga de verksamheter som för närvarande kan anses som NSGI i Sverige.

I kapitel 5 analyseras huruvida offentlig finansiering av verksamhet omfattas av LOU med fokus på några osäkra situationer, bl.a. IOP-avtal.

2 EU-rättens grunder för upphandlingsreglerna: nya direktiv, nya principer och förstärkt koppling till SGEI-statsstödsreglerna

I detta kapitel redogörs först för de marknadsprinciper som ligger till grund för EU:s upphandlingsregler. I avsnitt 2.2 förklaras hur EUD har fastställt att vissa upphandlingsregler följer direkt från fördragen och hur detta har lett till att EU:s upphandlingsrätt kan sägas ha en fot i reglerna för den inre marknaden och den andra i konkurrensreglerna.

Införandet av dessa nya icke-marknadsprinciper kan ha ansetts nödvändigt mot bakgrund av dels införandet av en "konkurrensprincip" i LOU-direktivet (artikel 18.1 FEUF), dels den nya konstitutionella ramen om tjänster av allmänt intresse i EU-fördragen, som kartläggs i avsnitt 2.4.

Avsnitt 2.5 visar hur dessa icke-marknadsprinciper inte kan hävdas sakna relevans för utformningen och tillämpningen av upphandlingsreglerna.

2.1 2014-direktiven i den post-Lissabon EU-konstitutionella ramen: "marknadsprinciper" och "icke-marknadsprinciper"

De svenska upphandlingslagarna bygger till övervägande del på unionens direktiv om upphandling. Sedan de första direktiven antogs på 1970-talet har flera "generationer" av upphandlingsdirektiv följt varandra, vars regler omfattat alltfler verksamheter, alltfler upphandlingsformer och generellt kan sägas ha blivit allt mer komplexa.³¹

Oavsett generation har alla upphandlingsdirektiv haft bestämmelsen i artikel 118 FEUF som lagstiftningsgrund och därmed huvudsyftet enligt artikel 26 FEUF att upprätta den inre marknaden på offentliga marknader eller säkerställa dess funktion i enlighet med tillämpliga bestämmelser i fördragen. Detta innebär att upphandlingsdirektiven ytterst vilar på unionens befogenhet att lagstifta för att säkerställa att upphandlande myndigheter och enheter inte omotiverat hindrar rätten till *fri rörlighet* för tjänster och varor som garanteras av fördragen (ofta kallat de "grundläggande friheterna").

³¹ Uttrycket "generationer" av upphandlingsdirektiv lånas av Bovis C., 2007, s. 49.

Oavsett generation har direktiven också haft som mål att upphandlingsförfarandena ska utnyttja konkurrensens fördelar och många direktivregler är numera kopplade till detta specifika mål. Till detta har bidragit att EUD har slagit fast att de grundläggande friheterna i sig innebär ett krav på likabehandling och därmed kan ansetts ha "ympat" principen om icke-snedvriden konkurrens på de frirörlighetsregler som styr upphandling.³²

2014-direktiven skulle ha varit genomförda senast den 18 april 2016, men genomförandet blev försenat i många medlemsstater. Den 5 april 2017 hade fjorton medlemsstater genomfört alla 2014-direktiven, fem hade genomfört LOU-direktivet och LUF-direktivet och nio medlemsstater arbetade ännu med genomförandet av alla tre direktiven. Ett huvudsyfte med de nya 2014-direktiven har varit att förenkla reglerna och införa mer flexibilitet i upphandlingsförfarandena.³³

Detta kan bero på att flera bestämmelser var dispositiva och därmed öppna för politiska beslut på nationell nivå. Det kan också bero på att 2014-direktiven, vars huvudsyfte från början var att förenkla reglerna, också fick uppgiften att leverera regler som skulle överensstämma med unionens "post-Lissabon fördrag", som kan anses ha skapat en ny "EU-konstitutionell ram" för EU-regler om tjänster inom medlemsstaternas offentliga sektor.³⁴

Beträffande EU-reglerna om upphandling innebär detta att de inte bara ska sörja för att de grundläggande friheterna och principen om icke-snedvriden konkurrens säkerställs vid upphandling utan också att unionens upphandlingsregler är förenliga med fördragets grundläggande principer som garanterar att medlemsstaternas vidmakthållna befogenheter respekteras. Därmed kan 2014-direktiven anses bygga primärt på "marknadsprinciper" (fri rörlighet, konkurrens) men också vara normativt styrda av ett antal primärrättsliga "icke-marknadsprinciper", främst principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten (artiklarna 4.2 och 5 FEU) och principerna om SGI, SGEI och NSGI i EUF-fördraget, protokoll 26 om SGI (härefter "SGI-protokollet") och EU-stadgan.

32 Wehlander C., 2015, s. 164.

33 Se Notice (02/2017) till medlemmarna av EU-parlamentets kommitté för den inre marknaden och konsumentskydd, "Legislative scrutiny time" on the 2014 Public Procurement Directives, 21.4.2017, tillgänglig vid <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=COMPART&reference=PE-603.079&format=PDF&language=EN&secondRef=01>.

34 Om den "kvasi-konstitutionella" karaktären av EU-fördragen, se exempelvis Rossi L. S., 2014, s. 7f, Scharpf F. W., 2014 och Wessel R. A., 2003.

2.2 Marknadsprinciperna om fri rörlighet och icke-snedvriden konkurrens förenas i upphandlingsreglerna genom principerna om likabehandling och öppenhet

Offentlig upphandling omfattas av fördragsbestämmelser som garanterar att de grundläggande friheterna skyddas mot handelshindrande åtgärder. De grundläggande EU-friheterna är som bekant den fria rörligheten för varor (artiklarna 28, 30 och 31 FEUF), friheten för medborgare i en medlemsstat att etablera sig i en annan medlemsstat (etableringsfriheten, artikel 49 FEUF), friheten att tillhandahålla tjänster inom unionen (artikel 56 FEUF) och fri rörlighet för kapital (artikel 63 FEUF). Offentlig upphandling ska inte heller strida mot den generella principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, fastställd i artikel 18 FEUF.

I egenskap av potentiellt "handelshindrande" åtgärd omfattas offentlig upphandling också av ytterligare "marknadsprinciper" som EUD har formulerat i rättspraxis, nämligen principerna om likabehandling, ömsesidigt erkännande och proportionalitet och öppenhet.

EUD har fastställt att likabehandlingsprincipen utgör en av de grundläggande principerna inom EU-rätten och innebär att jämförbara situationer inte ska behandlas på olika sätt, om det inte finns någon saklig grund för en särbehandling.³⁵ Domstolen har också fastställt att principen får ett särskilt uttryck i etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i artiklarna och att den förbjuder inte enbart öppen diskriminering grundad på nationalitet utan även alla former av dold diskriminering som, genom tillämpning av andra särskiljande kriterier, faktiskt leder till samma resultat.³⁶

Principen om ömsesidigt erkännande slogs fast av EUD i domen *Cassis de Dijon* och gör det möjligt att säkerställa den fria rörligheten för varor och tjänster utan att det är nödvändigt att harmonisera medlemsstaternas nationella lagstiftningar.³⁷ Inom ramen för upphandlingsdirektiven ligger principen till grund för bl.a. regler som ålägger den upphandlande myndigheten att godta examensbevis, certifikat och andra kvalifikationsbevis som utfärdats av andra medlemsstater samt att utgå från dessa bevis för att jämföra den kompetens som intygas med de kunskaper och kvalifikationer som krävs enligt den nationella lagstiftningen.

Proportionalitetsprincipen innebär att medlemsstaterna inte får vidta en åtgärd som begränsar de grundläggande friheterna om åtgärden går utöver vad som är ändamålsenligt och nödvändigt för att uppnå åtgärdens legitima mål. Principen syftar till att avgöra om åtgärder och krav som är handelshindrande kan upprätthållas med stöd av legitima skäl. Beträffande unionens upphandlingsregler

35 Dom i förenade målen 117/76 och 16/77 *Ruckdesche* ECLI:EU:C:1977:160, p. 7.

36 Dom i mål C-3/88 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1989:606, p. 8.

37 Dom i mål 120/78 *Rewe-Zentral* ECLI:EU:C:1979:42.

innebär principen generellt att den upphandlande myndigheten ställer krav som är kopplade till föremålet för upphandlingen och som står i proportion till målet med upphandlingen.

EUD har också fastställt att principen om öppenhet är en allmän princip av unionens upphandlingsrätt, eftersom den gör det möjligt att kontrollera att tilldelning av offentliga kontrakt respekterar principerna om icke-diskriminering och likabehandling.

2.2.1 Rättspraxis i EUD: tilldelning av kontrakt omfattas av krav som följer direkt av fördragets marknadsprinciper

Från och med slutet av 1990-talet har EUD utvecklat en rättspraxis som innebär att offentlig upphandling inte bara omfattas av de regler som följer av upphandlingsdirektiven utan också av de krav som direkt följer från principerna i fördragen. Utvecklingen började i *Telaustria*. I domen konstaterade EUD först att offentliga kontrakt i form av tjänstekoncessioner var uteslutna från de då gällande upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Sedan slog domstolen fast att upphandlande myndigheter som ingick sådana avtal ändå var skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler, särskilt principen om icke-diskriminering.³⁸ Domstolen fann att principen om icke-diskriminering bland annat förutsätter att det finns en skyldighet att lämna insyn, vilket syftar till att dels garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen offentliggörs och att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens, dels kunna kontrollera om principen om icke-diskriminering har iakttagits.³⁹

I *Coname* bekräftade EUD sitt resonemang i *Telaustria* och fann att tilldelningen av en tjänstekoncession omfattades av artiklarna 43 EG och 49 EG, vilket innebar ett krav för den upphandlande myndigheten att lämna insyn. Transparensprincipen innebar enligt domstolen inte nödvändigtvis en skyldighet att göra en anbudsinfordran, men måste bland annat möjliggöra för ett företag i en annan medlemsstat att få tillgång till relevanta uppgifter om koncessionen, innan tilldelning sker, och därmed att kunna tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen.⁴⁰

38 Dom i mål C-324/98 *Telaustria* ECLI:EU:C:2000:669, p. 60.

39 Ibid, p. 61–62.

40 Dom i mål C-231/03 *Coname* (stora avdelningen) ECLI:EU:C:2005:487, p. 28.

I *Vestergaard* uttalade domstolen att "även om EU-lagstiftaren har ansett att detaljreglerna i direktiven inte är lämpade för offentliga upphandlingar av lägre värde än direktivens tröskelvärden, är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler". Detta innebar att frågan huruvida en klausul i ett bygg- och anläggningskontrakt under direktivets tröskelvärde var rättsenlig skulle bedömas mot bakgrund av den fria rörligheten för varor i fördraget.⁴¹

I *Parking Brixen* bekräftade domstolen sin rättspraxis om att artiklarna 49 och 56 FEUF ger särskilt uttryck för principen om likabehandling och att förbudet mot diskriminering på grund av nationalitet ger särskilt uttryck för den allmänna principen om likabehandling.⁴² Domstolen erinrade om att den i rättspraxis avseende upphandlingsdirektiven har angett att principen om likabehandling av anbudsgivare syftar till att alla anbudsgivare skall ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet. Av detta följde att principen om likabehandling skulle tillämpas på koncessioner (som då ännu inte omfattades av upphandlingsdirektiven) avseende allmännyttiga tjänster även då det inte hade skett någon diskriminering av anbudsgivare på grund av nationalitet.⁴³

Vidare uttalade EUD att principerna om icke-diskriminering och likabehandling *bland annat* innebar en skyldighet att lämna insyn, men preciserade inte vad detta transparenskrav exakt innebar. EUD fann dock att det i princip inte var förenligt med kraven i artiklarna 43 EG och 49 EG eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn att inte alls infordra anbud vid tilldelning av tjänstekoncession.⁴⁴ Domstolen slog också fast att *nationella bestämmelser* enligt vilka koncessioner kunde tilldelas utan anbudsinfordran stred mot upphandlingsregler som direkt följer av fördragen (artiklarna 49 FEUF eller 56 FEUF eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn).⁴⁵ Detta följde av artikel 106.1 FEUF som förbjuder att medlemsstaterna, i fråga om offentliga företag eller företag som de beviljar särskilda eller exklusiva rättigheter, vidtar eller bibehåller någon åtgärd som strider mot reglerna i fördraget, i synnerhet förbudet mot diskriminering och reglerna om konkurrens och statsstöd.

Denna rättspraxis tycks ha lett till ett rättsläge där både enskilda offentliga kontrakt och nationella regler om tilldelning av offentliga kontrakt, oavsett om de omfattas av upphandlingsdirektiven eller inte, omfattas av de grundläggande friheterna och av de "allmänna principerna av EU-upphandlingsrätt", dvs. icke-diskriminering, likabehandling och transparens. I den mån kontraktet kan vara av intresse för ett företag som är etablerat i en annan medlemsstat än där kontraktet beviljas, kräver

41 Dom i mål C-59/00 *Vestergaard* ECLI:EU:C:2001:654, p. 19-21.

42 Dom i mål C-458/03 *Parking Brixen* ECLI:EU:C:2005:605, p. 48, med hänvisning till domen i mål C-87/94, *kommissionen mot Belgien*, p. 33 och p. 54.

43 Dom i mål C-458/03 *Parking Brixen* ECLI:EU:C:2005:605, p. 48 och p. 49.

44 Dom i mål C-458/03 *Parking Brixen* ECLI:EU:C:2005:605, p. 50 och C-410/04 *ANAV* ECLI:EU:C:2006:237, p. 22.

45 Dom i mål C-458/03 *Parking Brixen* ECLI:EU:C:2005:605, p. 51-52.

de fördragsbaserade upphandlingsprinciperna inte nödvändigtvis en anbudsinfordran men i alla fall en skyldighet avseende öppenhet. Skyldigheten innebär att myndigheten som beviljar kontraktet ska garantera alla potentiella anbudsgivare en tillräcklig grad av offentlighet för att kontraktet ska kunna öppnas för konkurrens och för att det ska gå att kontrollera om tilldelningsförfarandena är opartiska.⁴⁶ I praktiken innebär det ett krav att upphandlande myndigheter på förhand ska annonsera sin avsikt att tilldela ett eller flera offentliga kontrakt.

Det är viktigt att understryka att organisationen av sociala tjänster i tillståndsbaserade system också kan ifrågasättas på grund av samma principer. I *Hartlauer* fann EUD att ett nationellt tillståndssystem för offentligt finansierad tandvård som inte omfattade alla privata aktörerna stred mot etableringsfriheten eftersom systemet inte respekterade principerna om icke-diskriminering, likabehandling och transparens, dvs. samma kombination av principer som de som styr primärrätten om upphandling.⁴⁷ En väsentlig skillnad är emellertid att tillstånd i offentliga vårdssystem såsom det som var fråga om i *Hartlauer* inte blir föremål för krav om föregående annonsering. Denna skillnad har troligen varit en inspirationskälla när EU-lagstiftaren bestämde att definiera och förklara begreppet upphandling inom ramen för de 2014-direktiven.

Den ovan redogjorda rättspraxisen bygger på förklaringen att likabehandling utgör ett särskilt uttryck av principen om icke-diskrimineringsprincipen i de grundläggande friheterna. Den har höjt konkurrensmålen i direktiven till en fördragsgaranterad "rätt till likabehandling vid upphandling" för ekonomiska operatörer.⁴⁸ I denna mening kan EUD anses ha "konstitutionaliserat" unionens upphandlingsrätt.

2.2.2 Doktrinen om kontrakt utan ett bestämt gränsöverskridande intresse

EU-domstolens rättspraxis om att materiella krav på förhandsannonsering direkt kan följa av fördragets principer har beskrivits av Horvijk och Meulenbelt som "en bro för mycket". Dessa författare ansåg att likabehandling inom ramen för upphandlingsrätten krävde öppenhet, men inte i sig anbudsinfordran i konkurrens.⁴⁹ Domstolen har dock insett att rättspraxisen var ett betydande steg och har i viss mån begränsat dess påverkan genom sin doktrin om kontrakt utan ett bestämt gränsöverskridande intresse.

46 Se bl.a. dom i de förenade målen C-72/19 C-72/10 *Costa och Cifone* ECLI:EU:C:2012:80, p. 55.

47 Dom i mål C-169/07 *Hartlauer* ECLI:EU:C:2009:141.

48 Principen om icke-snedvriden konkurrens är numera fastställd i protokoll 27 fogat till fördragen. Huruvida dess placering bland protokollen innebar en försvagning av principen har varit en debatterad fråga.

49 Horvijk P. och Meulenbelt M., 2005, p. 126.

I *An Post* begränsades inverkan av primärrättsliga krav på upphandlingsförfaranden genom kravet att kontraktet skulle ha gränsöverskridande karaktär. EUD fann att ett kontrakt enligt vilket den irländska posten skulle betala ut sociala förmåner vid sina postkontor (en s.k. B-tjänst som då inte omfattades av upphandlingsdirektiven) inte kunde presumeras ha ett bestämt gränsöverskridande intresse och att detta intresse skulle vara bevisat för att hävda att tilldelning av ett kontrakt utan föregående annonsering utgjorde ett fördragsbrott.⁵⁰ EUD har bekräftat rekvisitet om bestämt gränsöverskridande intresse för tillämpbarheten av primärrättsliga krav på förhandsannonsering i flera domar.

I *SECAP* bekräftades att tilldelning av offentliga kontrakt under direktivens tröskelvärden inte omfattas av de förfaranden som föreskrivs i direktiven men likväl ska följa fördragets grundläggande regler, dock endast under förutsättningen att de berörda kontrakten är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.⁵¹ I *Tyskland mot kommissionen* uttalade tribunalen att skyldigheten att lämna insyn, i betydelsen ett tillfredsställande offentliggörande, omfattar en form av offentliggörande före tilldelningen av det offentliga kontraktet i fråga, med andra ord ett föregående offentliggörande.⁵² Tribunalen erinrade om rättspraxis att de primärrättsliga skyldigheter som följer av principerna om likabehandling och öppenhet ska gälla de kontrakt som, även om de inte omfattas av tillämpningsområdet för upphandlingsdirektiven, är av ett bestämt gränsöverskridande intresse.⁵³

2.2.3 Likabehandling ett uttryck för principen om "icke-snedvriden konkurrens" inom ramen för unionens upphandlingsrätt

Genom en extensiv tolkning av de principer som kan härledas från artikel 49 och 56 FEUF har EUD fastställt att tilldelningen av offentliga kontrakt med ett bestämt gränsöverskridande intresse ska annonseras i förhand. Detta gäller *a priori* även kontrakt om sociala tjänster inom medlemsstaternas välfärdssystem för vilka det finns potentiella leverantörer i andra medlemsstater än den upphandlande myndighetens medlemsstat. Att förhandsannonsering krävs för varje offentligt kontrakt som har ett bestämt gränsöverskridande intresse innebär att det konkurrensmål som alltid funnits i upphandlingsdirektiven har upphöjts till en princip som direktiven *ska* respektera.

50 Dom i mål C-507/03 *kommissionen mot Irland (An Post)* ECLI:EU:C:2007:676, p. 33–34.

51 Dom i mål C-147/06 och C-148/06 *SECAP* ECLI:EU:C:2008:277, p. 20-21.

52 *Ibid*, p. 79.

53 Dom i mål T-258/06 *Tyskland mot kommissionen* ECLI:EU:T:2010:214, p. 80, med hänvisning till domarna i mål C-6/05 *Medipac-Kazantzidis* ECLI:EU:C:2007:337, p. 33 (varukontrakt under tröskelvärdet) och mål C-412/04 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2008:102, p. 66 och 81 (tjänstekontrakt under tröskelvärdet).

Att utropa likabehandling till en allmän princip *härledd* från de grundläggande friheterna kan beskrivas så att EUD explicit har "ympat" konkurrens mål på principerna för den inre marknaden som tillämpas på upphandling (operatörer ska inte diskrimineras på grund av nationalitet och de ska också få lika tillgång till offentliga marknader). Domstolens djärva steg har ansetts kontroversiellt,⁵⁴ och kan ses som ett exempel på det som Scharpf kallar för "judiciell lagstiftning".⁵⁵ EU-domstolens rättspraxis innebär nämligen att de yttre gränserna för EU-rättens krav på konkurrensutsättning vid tilldelning av offentliga kontrakt inte fastställs genom EU-lagstiftarens politiska beslut, utan genom tolkningen av tillämpbarheten av fördragets marknadsregler, en tolkning som ytterst ligger i EU-domstolens ansvar.

Frågan om primärrättens princip om likabehandling kan ses som ett särskilt uttryck för en allmän konkurrensprincip i upphandlingsrätten är omdebatterad. GA Trstenjak har framfört att "konkurrensavsikter" är inbyggda i principen om likabehandling.⁵⁶ Följande rättspraxis kan anses bekräfta denna bedömning. I *Stadt Halle*, som gällde ett tjänstekontrakt som omfattades av upphandlingsdirektivet, konstaterade EUD att huvudsyftet med EU:s bestämmelser om offentlig upphandling av tjänster är fri rörlighet för tjänster och att området öppnas upp för icke-snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.⁵⁷ I *Acoset*, där det ifrågasatta kontraktet var en tjänstekoncession som för tillfället inte var reglerad i direktiven, fann domstolen att tilldelningen av en tjänstekoncession till ett bolag som har både privata och offentliga ägare utan anbudsinfordran skulle strida mot "EU-upphandlingsrättens målsättning om fri, icke snedvriden konkurrens och principen om likabehandling".⁵⁸ I *Tyskland mot kommissionen* ansåg tribunalen att upphandlingsrättens målsättning att säkerställa att näringsidkare, oavsett ursprung, har samma möjligheter att delta i planerade upphandlingar följer av iakttagandet av principerna om etableringsfrihet, frihet att tillhandahålla tjänster och fri konkurrens.⁵⁹

2.2.4 Artikel 18.1 LOU-direktivet: bevis på att "fri konkurrens" utgör en grundläggande princip inom EU-rätten om upphandling?

Även om EUD successivt har förstärkt vikten av att säkerställa en "fri och icke-snedvriden konkurrens" vid tillämpning av primärrättsliga principer om upphandling, ifrågasätter Arrowsmith huruvida *likabehandlingskrav direkt baserade på fördragen* ska kunna ställas på offentlig upphandling utöver de icke-

54 Se bl.a. Hordijk och Meulenbelt, som har kallat konstitutionaliseringen av konkurrens målen i upphandlingsdirektiven "a bridge too far", Hordijk och Meulenbelt, 2005, s. 126.

55 Scharpf F. W., 2014, s. 8, 9, 14.

56 Se GA Trstenjaks förslag om avgörande i mål C-160/08 *kommissionen mot Tyskland* punkt 101, med hänvisning till domen i mål C-458/03 *Parking Brixen* p. 48.

57 C-26/03 *Stadt Halle* ECLI:EU:C:2005:5, p. 44 och 47.

58 C-196/08 *Acoset* ECLI:EU:C:2009:628, p. 56.

59 T-258/06 *Tyskland mot kommissionen*, p. 116.

diskrimineringskrav som kan anses följa av principen om icke-diskriminering.⁶⁰ Sánchez-Graells försvarar istället tesen att *fri konkurrens* utgör ytterligare en grundläggande princip som alltid varit *implicit närvarande* på upphandlingsområdet inom EU-rätten.⁶¹ Debatten i doktrinen kan enligt min mening inte anses ha avgjorts genom införandet i artikel 78.1 LOU-direktivet av följande principer om upphandling

De upphandlande myndigheterna ska behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt. Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

Det är en sak att EU-lagstiftaren har beslutat att införa denna bestämmelse som anger att *direktivets* principer om upphandling inkluderar ett krav att inte på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen och som förklarar hur en sådan begränsning ska tolkas. Det är en annan sak att ta ett sådant förtydligande i sekundärrätten till belägg för tesen att EU-lagstiftaren *ska* respektera en "allmän konkurrensprincip i primärrätten om upphandling", som *i sig* skulle ställa mer långtgående krav på EU-lagstiftning om upphandling än likabehandlingsprincipen.⁶² En försiktig och återhållsam tolkning av bestämmelsen i artikel 18.1 LOU-direktivet verkar vara i linje med skäl 1 LOU-direktivet som förklarar att

- offentlig upphandling *måste* överensstämma med principerna i EUF-fördraget, särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bland annat om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet.
- för offentliga kontrakt över ett visst värde *bör* dock bestämmelser fastställas om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att dessa principer omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

60 Arrowsmith S., 2011, s. 262-263, med hänvisning till C-412/04 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2008:102, p. 106 och C-95/10 *Strong Seguranza* ECLI:EU:C:2011:161, p. 40-42.

61 Sánchez-Graells A., 2015, s. 196f. Om jag förstår det rätt för Sánchez-Graells tesen om att en konkurrensprincip kopplad men autonom i förhållande till likabehandlingsprincipen innebär specifika krav inom ramen för EU-upphandlingsrätten, se s. 227.

62 Se Arrowsmith S., 2011, s. 262-263.

Icke-desto mindre finns det enligt min mening i LOU-direktivet en bestämmelse som skulle kunna ses som ett särskilt uttryck av fördragets princip om icke-snedvriden konkurrens. Det är nämligen lätt att befara att bestämmelsen i artikel 18.1 LOU-direktivet, som kräver att upphandling inte begränsar konkurrensen "på ett konstgjort sätt" och att förfarandena är "proportionerliga", begränsar medlemsstatens eller den upphandlande myndighetens frihet att "definiera" de tjänster som får offentlig finansiering.

Som förklaras i avsnitt 2.4.3 har emellertid medlemsstaterna ett stort frihetsutrymme att definiera, tillhandahålla och organisera SGEI. Frihetsutrymmet är ännu större i fråga om NSGI. Därför framgår det som naturligt att de medlemsstater som mest velat införa nya principer om SGEI och NSGI i fördragen också har satt tryck på kommissionen och de andra medlemsstaterna för att dessa friheter respekteras i unionens upphandlingsregler.

2.3 Den funktionella kopplingen mellan upphandlingsreglerna och reglerna om statsstöd till företag som anförtrotts SGEI

EU-domstolens vida tolkning av begreppet "offentligt kontrakt" och domstolens upphöjning av konkurrens från en målsättning till en "kvasi-princip" av EU-upphandlingsrätten har utvecklat EU-reglerna om upphandling till ett kraftigt instrument för att öppna upp medlemsstaternas offentliga finansiering av sociala tjänster för konkurrens. I den mån upphandlingsförfarandet leder till en verklig konkurrens mellan anbuderna är det lätt att presumera att kontraktets pris avspeglar "marknadspriset" för de upphandlade tjänsterna. Därmed kan det också presumeras att den upphandlande myndigheten inte har gynnat den operatör som fått kontraktet och riskerat att ge stöd i strid med statsstödsreglerna i artikel 107.1 FEUF.

Vissa upphandlingsförfaranden ställer höga krav på konkurrensutsättning och likabehandling av anbudsgivarna och kan anses säkerställa en "proportionerlig ersättning" av tjänster vars utförande är förenat med särskilda villkor i syfte att uppnå mål av allmänt intresse, s.k. SGEI-uppdrag. Detta förklarar den starka koppling som skapats först i rättspraxis i EUD, sedermera i EU-lagstiftning och policy, mellan upphandlingsreglerna och reglerna om offentlig finansiering av SGEI.

2.3.1 I *Altmark* slogs fast att upphandling kan utesluta statsstöd vid ersättning av allmännyttiga tjänster som tillhandahålls av företag som anförtros SGEI-uppgifter

Upphandlingsdirektivens "mål att öppna upp offentlig upphandling för icke-snedvriden konkurrens" återspeglas i de förfaranderegler som upphandlande myndigheter ska iaktta vid upphandling. Dessa har till effekt att de upphandlande myndigheternas frihetsutrymme begränsas vad gäller bl.a. definitionen av upphandlingsföremålet, möjligheten att välja operatör och villkoren för kontraktens utförande. Därmed blir styrkeförhållanden mellan parterna på offentliga marknader mer lika de villkor som finns på fria marknader. De konkurrensfrämjande reglerna i direktiven, i kombination med medlemsstaternas skyldighet att överträdelse av reglerna kan överprövas i enlighet med rättsmedelsdirektiven, skapar en presumtion att ingen aktör gynnas när reglerna om upphandlingsförfaranden tillämpas korrekt.

Detta innebär att offentlig upphandling kan betraktas som ett angeläget instrument för att motverka de offentliga konkurrensbegränsande åtgärder som är föremål för regler i fördragen: statsstöd (artiklarna 107 till 109 FEUF) och beviljandet av särskilda eller exklusiva rättigheter (artikel 106.1 FEUF), särskilt till företag som tillhandahåller SGEI.

Enligt bestämmelsen om statsstöd i artikel 107.1 FEUF är huvudregeln, föremål för åtskilliga och breda undantag, att

stöd som ges av en medlemsstat (eller med hjälp av statliga medel), som snedvrider eller hotar att snedvrیدا konkurrensen genom att gynna vissa företag eller viss produktion, oförenligt med den inre marknaden i den utsträckning det påverkar handeln mellan medlemsstaterna.

Vad som kan utgöra stöd i den mening som avses i denna bestämmelse framgår inte av fördraget utan har utvecklats med utgångspunkt i praxis från EUD. Domstolen uttalade i *Altmark* att en offentlig finansiering inte anses som stöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF i den mån den ska betraktas som ersättningen för tjänster som företaget har tillhandahållit för att fullgöra skyldigheter avseende allmännyttiga tjänster, när finansieringen inte innebär att företaget gynnas ekonomiskt och får en fördel gentemot konkurrerande företag.⁶³ För att offentlig finansiering i konkreta fall ska anses vara en ersättning som inte utgör statsstöd slog EUD fast att följande kumulativa villkor ska vara uppfyllda:

⁶³ Dom i mål C-280/00 *Altmark* ECLI:EU:C:2003:415, p. 87.

- För det första skall det mottagande företaget faktiskt ha ålagts skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster och dessa skyldigheter skall vara klart definierade.
- För det andra skall de kriterier på grundval av vilka ersättningen beräknas vara fastställda i förväg på ett objektivet och öppet sätt, på så sätt att det kan undvikas att ersättningen medför att det mottagande företaget gynnas ekonomiskt i förhållande till konkurrerande företag.
- För det tredje får ersättningen inte överstiga vad som krävs för att täcka hela eller delar av de kostnader som har uppkommit i samband med skyldigheterna att tillhandahålla allmännyttiga tjänster, med hänsyn tagen till de intäkter som därvid har erhållits och till en rimlig vinst på grund av fullgörandet av dessa skyldigheter.
- För det fjärde, när det företag som ges ansvaret för att tillhandahålla de allmännyttiga tjänsterna i ett konkret fall inte har valts ut efter *ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna*, ska den ersättningsnivå som behövs fastställas på grundval av en undersökning av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.⁶⁴

Det fjärde kriteriet i *Altmark*-testet har etablerat upphandlingsreglerna som EU-rättens "schweiziska armékniv": genom att tillämpa upphandlingsreglerna säkerställs att ekonomiska operatörer ges lika tillgång till offentlig finansiering och att statsstöd till företag utesluts. Kriteriet öppnade uppenbarligen också upp för en allt större konvergens mellan begreppen "ekonomisk operatör" i upphandlingsreglerna och "företag" i konkurrens- och statsstödsreglerna. Statsstöd utesluts dock endast om det *offentliga upphandlingsförfarandet gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna*. Detta kvalificerade krav förutsätter en tillräcklig grad av konkurrens mellan anbudsgivare och kunde främja utvecklingen av EU-upphandlingsregler till rena konkurrensregler, med en stor potentiell påverkan på definitionen och organisationen av offentliga tjänster i medlemsstaterna.

Trots att begreppet SGEI inte förekommer i *Altmark* är det emellertid viktigt att vara medveten om att *Altmark*-kriterierna faktiskt bygger på begreppet SGEI, eftersom EUD använder begreppet "skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster", som kan anses synonymt med begreppet "SGEI-uppdrag".

⁶⁴ Ibid, p. 88–93.

När en offentlig finansiering som ersätter ett SGEI-uppdrag uppfyller de fyra *Altmark*-kriterierna utgör den inte statsstöd och omfattas följaktligen inte av förbudet i artikel 107.1 FEUF. Finansieringen avser ett SGEI-uppdrag men undantagsregeln för SGEI i artikel 106.2 FEUF behöver inte åberopas.

2.3.2 Kommissionens regler om tillämpningen av artikel 106.2 FEUF på statsstöd till SGEI

Om den offentliga finansieringen av allmännyttiga tjänster som tillhandahålls av företag som anförtrotts SGEI-uppgifter inte uppfyller det fjärde *Altmark*-kriteriet utgör ersättningen statsstöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF. Med stöd av sina befogenheter enligt artikel 106.3 FEUF har kommissionen antagit regler som med tillämpning av undantagsregeln för SGEI i artikel 106.2 FEUF gör det möjligt för ett sådant stöd att vara förenligt med fördragen. Det första regelpaketet antogs år 2005 och fick positiv respons av medlemsstaterna. Reglerna reformerades genom ett nytt regelverk om statsstöd för SGEI som antogs år 2011 och som för närvarande gäller.

2.3.2.1 Undantag från marknadsreglerna i artikel 106.2 FEUF: mildare proportionalitetstest för fullgörandet av SGEI-uppgifter

Allt sedan år 1957 har fördragen innehållit en undantagsregel, numera under artikel 106.2 FEUF, med följande lydelse

Företag som anförtrotts att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse eller som har karaktären av fiskala monopol ska vara underkastade reglerna i fördragen, särskilt konkurrensreglerna, i den mån tillämpningen av dessa regler inte rättsligt eller i praktiken hindrar att de särskilda uppgifter som tilldelats dem fullgörs. Utvecklingen av handeln får inte påverkas i en omfattning som strider mot unionens intresse.

Det finns en omfattande rättspraxis rörande EU-domstolens tillämpning av denna bestämmelse (för en mycket kort redogörelse av denna praxis se avsnitt 2.5.1.1). I denna praxis har domstolen funnit att vissa nationella åtgärder som syftar till att göra det möjligt för företag att genomföra allmännyttiga uppdrag (SGEI-uppdrag) kunde vara förenliga med EU-rätten trots att de kom i konflikt med vissa marknadsregler i fördragen.

Att bestämmelsen i artikel 106.2 FEUF är formulerad som en undantagsregel ansågs i grunden innebära att den ska tolkas strikt. EUD har dock tidigare uttalat att regelns syfte är "att förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska

politiken eller skattepolitiken med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas och att enhetligheten på den gemensamma marknaden bevaras".⁶⁵ Denna utgångspunkt har lett domstolen att i många fall tillämpa artikel 106.2 FEUF som en balansregel snarare än som en strikt undantagsregel och att då tillämpa ett "milt" proportionalitetstest vid tillämpning av bestämmelsen.

Det milda testet som EUD ofta har använt när den har tillämpat artikel 106.2 FEUF skiljer sig från det striktare proportionalitetstest som EUD i huvudregel använder när den prövar om hänsyn till allmänintresset motiverar nationella åtgärder som begränsar den fria rörligheten. För att en åtgärd ska vara förenlig med fördragen enligt det strikta proportionalitetstestet ska den uppfylla följande villkor sammanfattade i *Gebhard*:

1. Åtgärden är tillämplig utan diskriminering på grund av nationalitet
2. Åtgärden framstår som motiverad med hänsyn till ett tvingande allmänintresse (som enligt domstolens doktrin inte får vara av ekonomisk karaktär)
3. Åtgärden är ägnad att förverkliga sitt mål
4. Åtgärden går inte utöver vad som är nödvändigt för att uppnå sitt mål⁶⁶

I stället för det s.k. *Gebhard*-testet använder EUD ofta följande test när den prövar en åtgärd med stöd av artikel 106.2 FEUF:

- a. Företaget har *anförtrotts* ett SGEI-uppdrag av myndigheter
- b. Fördragets marknadsregel hindrar fullgörandet av SGEI-uppdraget
- c. Åtgärden är nödvändig för uppdragets fullgörande
- d. Att undantaget påverkar handeln får godtas, dock inte i *en omfattning som strider mot unionens intresse*.

⁶⁵ Se bl.a. domarna i mål C-121/15 *ANODE* ECLI:EU:C:2016:637, p. 43 som hänvisar till domarna i mål C-67/96 *Albany* EU:C:1999:430, p. 103 och mål C-265/08 *Federutility m.fl.* EU:C:2010:205, p. 28, samt mål C-157/94 *kommissionen mot Nederländerna* ECLI:EU:C:1997:499, p. 39. Om bestämmelsens syfte se också Lenaerts K., 2012, s. 1256.

⁶⁶ Dom i mål C-55/94 *Gebhard* ECLI:EU:C:1995:411, p. 37.

Det milda test som ofta använts av EUD när den tillämpat artikel 106.2 FEUF ger medlemsstaterna mer flexibilitet än *Gebhard*-testet i följande hänseenden:

- det gör det möjligt att ta hänsyn till de ekonomiska villkoren för uppdragets fullgörande
- det ställer inte krav på att medlemsstaten tillgriper den minst handelshindrande åtgärden.

Domstolen har nämligen fastställt att undantag med stöd av artikel 106.2 FEUF kan godtas även när tillämpningen av fördragets regler, särskilt konkurrensregler, inte skulle hota företagets överlevnad utan endast innebära att företaget i praktiken inte kan fullgöra sitt SGEI-uppdrag "under godtagbara ekonomiska villkor".⁶⁷ Vidare har domstolen i flera fall funnit att en åtgärd som uppfyllde rekvisiten i artikel 106.2 FEUF var förenlig med fördragen trots att den i praktiken var diskriminerande och utan att pröva om en mindre ingripande åtgärd skulle räcka för att uppnå målsättningen (jämför villkor (4) i *Gebhard*-testet ovan)

Enligt en analys förd i en annan studie tyder rättspraxis på att EUD använder det lättare testet för åtgärder som påverkar verksamheter för vilka EU endast har begränsade befogenheter, inte minst på det sociala området.⁶⁸ När åtgärden påverkar en verksamhet vars handelsregler har "harmoniserats" i EU-lagstiftning är testet striktare, vilket innebär ett krav på att det inte finns en mindre ingripande åtgärd och ett implicit krav på ett tydligt marknadsmisslyckande.

2.3.2.2 Offentlig finansiering utan upphandling: kommissionens regelverk om tillämpning av artikel 106.2 FEUF på statsstöd till SGEI

När företag som fått i uppdrag att tillhandahålla SGEI inte har valts ut efter ett offentligt upphandlingsförfarande som gör det möjligt att välja den anbudsgivare som kan tillhandahålla dessa tjänster till den lägsta kostnaden för det allmänna, kan det fjärde *Altmark*-kriteriet ändå anses uppfyllt. Så är fallet om den ersättning som de erhåller fastställs på grundval av de kostnader som ett genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat skulle ha åsamkats vid fullgörandet av skyldigheten att tillhandahålla denna SGEI. Ett vanligt problem när tillhandahållandet av en SGEI inte organiseras genom upphandlade kontrakt, utan exempelvis genom system med tillstånd förenade med rätt till ersättning för utförda tjänster, är att det

⁶⁷ Se bland annat domarna i mål C-320/91 *Corbeau* ECLI:EU:C:1993:198, p. 16, mål C-157/94 kommissionen mot Nederländerna EU:C:1997:499, p. 43 och mål C-67/96 *Albany* EU:C:1999:430, p. 107. Denna tolkning förklarar EU-domstolens avgörande i *Altmark*-domen att ersättningen av ett SGEI-uppdrag ska få täcka dess kostnader plus en "rimlig vinst" utan att betraktas som en särskild fördel för företaget på marknaden, se domen i mål C-280/00 *Altmark* ECLI:EU:C:2003:415.

⁶⁸ På områden där medlemsstaterna har behållit sina befogenheter anser EUD att proportionalitetsprincipen inte kan kräva att medlemsstatens åtgärd är den minst marknadsingripande åtgärden, se domarna i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 222 och mål C-67/96 *Albany* [1999] ECR I-5751, p. 122. Wehlander C, 2015, s. 247-255. Se också Lenaerts K., 2012.

inte finns ett godtagbart referensobjekt i form av ett "genomsnittligt och välskött företag som är lämpligt utrustat för att fullgöra SGEI-skyldigheterna".

Med stöd av artikel 106.3 FEUF antog kommissionen år 2005 ett första regelverk för tillämpningen av reglerna om statligt stöd för ersättning för tillhandahållande av SGEI. Regelverket uppdaterades år 2011 och består av fyra instrument:

- Ett beslut som anger på vilka villkor statsstöd i form av ersättning för en SGEI inte omfattas av kravet på förhandsanmälan i artikel 108.3 FEUF eftersom det kan anses förenligt med artikel 106.2 i fördraget (härefter SGEI-beslutet).⁶⁹ Det är viktigt att notera att dessa regler tillämpas bl.a. på ersättning för SGEI som tillhandahålls av sjukhus som tillhandahåller medicinsk vård samt akuttjänster och på tillhandahållande av SGEI som uppfyller sociala behov när det gäller sjuk- och långtidsvård, barnomsorg, tillträde till och återinträde på arbetsmarknaden, socialt subventionerade bostäder och vård och social integrering av sårbara grupper.⁷⁰
- Rambestämmelser för statsstöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som anger hur kommissionen kommer att analysera fall som inte omfattas av beslutet och därför måste anmälas till kommissionen.⁷¹
- Ett meddelande från kommissionen om tillämpningen av statsstödsreglerna på ersättning för tillhandahållande av SGEI som klargör hur artikel 107 FEUF och *Altmark*-kriterierna tillämpas på sådan ersättning.⁷²
- En förordning som föreskriver vissa villkor under vilka "de minimis" stöd, dvs. stöd av mindre betydelse (för närvarande under 500 000 euro under en period om tre beskattningsår) inte ska anses som statsstöd i den mening som avses i artikel 107.1 FEUF.⁷³

69 Kommissionens beslut (2012/21/EU) av den 20 december 2011 om tillämpningen av artikel 106.2 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på statligt stöd i form av ersättning för allmännyttiga tjänster som beviljas vissa företag som fått i uppdrag att tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

70 Se artikel 2.1 b och c i SGEI-beslutet.

71 Meddelande från kommissionen (2012/C 8/03) Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.

72 Meddelande från kommissionen (2012/C 8/03) Europeiska unionens rambestämmelser för statligt stöd i form av ersättning för offentliga tjänster.

73 Kommissionens förordning (EU) nr 360/2012 av den 25 april 2012 om tillämpningen av artiklarna 107 och 108 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt på stöd av mindre betydelse som beviljas företag som tillhandahåller tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.

Detta regelverk, härefter "SGEI-paketet", utgör enligt Van de Gronden och Rusu ett betydande steg mot en EU-reglering av sociala tjänster. De anser att SGEI-beslutet är av stort intresse för sociala tjänster och för nationella välfärdssystem i medlemsstaterna med tanke på den ringa rättspraxis om tillämpningen av EU:s marknadsregler på sociala tjänster.⁷⁴

Det är viktigt att understryka att kontrollen av att ersättning till SGEI inom sjukvård och sociala tjänster som omfattas av SGEI-beslutet uppfyller villkoren i beslutet för att vara förenlig med fördragen ska göras av medlemsstaterna själva. Som tidigare nämnts förutsätter kommissionens decentralisering av statsstöds-kontrollen att myndigheterna i medlemsstaterna vet när stödmottagaren utgör ett företag i den mening som avses i statsstödsreglerna, dvs. om den bedriver en ekonomisk verksamhet. Fiedziuk anser att det faktum att kontrollen för tillämpningen av statsstödsregler om sociala tjänster lämnas till medlemsstaterna ökar risken för politiskt styrda bedömningar.⁷⁵

2.3.2.3 Statsstöds- och upphandlingsreglerna komplementära i unionens policy om offentlig finansiering av allmännyttiga tjänster

Unionens upphandlingsregler och statsstödsregler har delvis konvergerande mål. EU-upphandlingsreglernas grundsyfte är att säkerställa respekten av de grundläggande friheterna men de har alltmer tolkats av EUD och utformats av unionens lagstiftare som ett instrument för att säkerställa konkurrens på offentliga marknader. Statsstödsreglernas grundsyfte är att hindra medlemsstaterna att gynna nationella företag på den inre marknaden men reglerna kan användas som ett instrument för att motverka snedvridningar av konkurrensen på den inre marknaden.

Kommissionen bekräftade det ökande rättspolitiska sambandet mellan statsstödsreglerna och upphandlingsreglerna genom att år 2011 presentera revideringen av båda regelverken inom ramen för meddelandet om SGI-kvalitetsramen.⁷⁶ I meddelandet förklarar kommissionen unionens framsteg mot en harmonisering av medlemsstaternas sociala politik. Kommissionen erinrar nämligen om att den år 2007 hade tillkännagivit en strategi för att främja kvaliteten på sociala tjänster över hela EU,⁷⁷ och att den har stött framväxten av ett frivilligt

74 Van de Gronden J. W. och Rusu C. S., 2013, s. 185-186.

75 Se Fiedziuk N. A., 2013b, s 18.

76 Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa KOM(2011) 900 slutlig.

77 Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande (KOM (2007) 725 slutlig, 20.11.2007).

europiskt ramverk för kvalitet för sociala tjänster inom kommittén för socialt skydd som i oktober 2010 antog en frivillig europeisk kvalitetsram för sociala tjänster. Syftet med denna kvalitetsram är att utveckla en gemensam förståelse vad gäller kvaliteten på dessa tjänster inom EU.⁷⁸

Meddelandet visar således att unionens nya upphandlingsregler och statsstödsregler skulle göra det möjligt för unionen att spela en större politisk roll vad gäller organisationen av sociala tjänster i medlemsstaterna. Vad gäller möjligheten att harmonisera medlemsstaternas regler för organisationen och finansieringen av sociala tjänster inte snedvrider konkurrensen är statsstödsreglerna särskilt viktiga. Många sociala tjänster kan presumeras vara reglerade som SGEI i medlemsstaterna, vilket innebär att en EU-harmonisering av villkoren för sådana tjänster bör normalt göras med stöd av den nya lagstiftningsgrunden i artikel 14 FEUF, som kräver att harmoniseringen görs i form av *förordningar*. Detta krav begränsar möjligheten att föreskriva om konkurrensrelaterade krav vid upphandling av sociala tjänster inom ramen för upphandlingsdirektiven.

Detta förklarar att upphandlingsdirektiven endast kräver förhandsannonsering av kontrakt om sociala tjänster, vilket säkerställer att operatörer kan utöva sina grundläggande friheter enligt fördragen. Att direktiven endast kräver annonsering innebär att "konkurrensavsikten" är minimal i EU-upphandlingsreglerna om sociala tjänster och andra "speciella tjänster" och att tillämpningen av dessa regler inte utesluter statsstöd. I avsaknad av konkurrenskrav i dessa regler kan deras tillämpning vid offentlig finansiering inte garantera att företagets ersättning för SGEI-uppdraget uppfyller proportionalitetskriterierna i *Altmark*.

De statsstödsregler för sociala tjänster som kommissionen har antagit, efter samråd med medlemsstater och vissa intressenter, är därför tänkta att *komplettera* upphandlingsreglerna för att säkerställa att offentlig finansiering av sociala tjänster, även genom åtgärder som avviker från "traditionell" upphandling i konkurrens, inte strider mot likabehandlingsprincipen och inte snedvrider konkurrensen på marknaden. Statsstödsreglerna säkerställer dock inte att leverantörer får lika tillgång till sådana avtal eller tillstånd som ger rätt att få offentlig finansiering för utförande av sociala tjänster. I detta avseende utgör statsstödsreglerna inget komplement till 2014-direktivens regler om undantag för valfrihetssystem.

⁷⁸ Ibid., s. 13–14. Kommissionen förklarar att den frivilliga europeiska kvalitetsramen är "utförd för att vara nog flexibel att tillämpas på en rad sociala tjänster i nationella, regionala och lokala sammanhang i alla medlemsstater och vara förenlig med nuvarande nationella kvalitetssäkringsmetoder. Den slår fast de principer och kriterier som en social tjänst bör uppfylla för att tillgodose behoven och förväntningarna hos användarna av tjänsten. I ramen ingår också förslag till en metod som kan hjälpa myndigheter att på lämplig nivå ta fram verktyg (standarder eller indikatorer) för att definiera, mäta och utvärdera kvaliteten på sociala tjänster. Ramen har sitt fokus på rättigheter och kan exempelvis hjälpa till att öka skyddet av barns rättigheter när de flyttar från institutionell barnomsorg till alternativa vårdssystem."

Mot denna bakgrund är det föga förvånande att innebörden av rekvisit som avgör tillämpbarheten av reglerna konvergerar enligt rättspraxis i EUD, inte minst begreppen "ekonomisk operatör" i upphandlingsdirektiven respektive "företag" i statsstödsreglerna (om detta se avsnitt 4.3.3).

2.4 Post-Lissabon fördragen: även "icke-marknad principer" styr EU-rätten om verksamheter inom den offentliga sektorn

Lissabonfördraget är det senaste av de ändringsfördrag som medlemsstaterna har antagit för att modifiera Romfördraget. Efter Enhetsakten 1986, Maastrichtfördraget (1992), Amsterdamfördraget (1998) och Nice-fördraget (2000) antogs Lissabon-fördraget 2007 för att "stärka unionens effektivitet och demokratiska legitimitet samt förbättra samstämmigheten i dess åtgärder".⁷⁹

Ett av huvudsyften med Lissabonfördraget, som återtog nästan alla bestämmelser i det havererade Konstitutionsfördraget, var att adressera det som Gerben kallar för "befogenhetsproblemet" som förblev olöst efter införandet av subsidiaritetsprincipen genom Maastrichtfördraget och principen om respekten av den nationella identiteten genom Amsterdamfördraget.⁸⁰ En avsikt med Lissabonfördraget har således varit att införa mer transparens och koherens i reglerna om EU:s och medlemsstaternas befogenheter, och effektivare mekanismer för att stävja EU-integrationen på politiskt känsliga områden.⁸¹

Vad gäller befogenheterna att reglera verksamheter inom den offentliga sektorn kan situationen beskrivas som ett exempel på det som Schütze kallar för "kooperativ federalism".⁸² Beträffande stora delar av välfärdssektorn ligger ansvaret kvar hos medlemsstaterna (de har behållit sina befogenheter) samtidigt som medlemsstaterna måste räkna med att unionens regler om fri rörlighet och konkurrens tillämpas på deras regler och förvaltningsåtgärder i denna sektor. EU-lagstiftningen om offentlig upphandling och statsstöd kan betraktas som en "indirekt lagstiftning" av verksamheter som ligger inom medlemsstaternas befogenheter.⁸³ Därmed finns välfärdstjänster, och andra känsliga sektorer, de facto i "ett skepp med två kaptener".

⁷⁹ Se ingressen i Lissabon-fördraget.

⁸⁰ Se Gerben S., 2017, s. 370 för som gör en systematiserad analys av fenomenet om smygexpansionen av unionens befogenheter.

⁸¹ Gerben S. och Govaere I., 2017, s. 19.

⁸² Schütze R., 2009, s. 346.

⁸³ Termen "indirekt lagstiftning" lånas av Gerber, se Gerber S., 2017, s. 373-374.

Denna verklighet förklarar att medlemsstaterna har enats om behovet att fastställa EU:s värden och mål genom Lissabonfördraget. Enligt artikel 2 FEU är unionens gemensamma värden respekten för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, inklusive för minoriteter. Enligt artikel 3 FEU är unionens mål att främja freden, sina värden och folkens välfärd. I artiklarna 4 och 5 FEU fastställs de grundläggande principer som styr fördelningen och utövandet av befogenheter för unionen respektive medlemsstaterna. Enligt artikel 6 FEU är de fri- och rättigheter som fastställs i EU-stadgan om de grundläggande rättigheterna bindande för unionen och ska ha samma värde som fördragen. Dessutom har två begrepp gjort entré i primärrätten vid sidan av begreppet SGEI, nämligen "tjänster av allmänt intresse" och "icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse" (NSGI).

Betydelsen av dessa bestämmelser och begrepp är osäker, i alla fall så länge EUD inte ger dem en konkret juridisk innebörd. Uppenbart är dock att i och med dessa principer, samt de nya principer om SGEI och NSGI som har införts i fördragen och i SGI-protokollet, har unionen försetts med en kvasi-konstitutionell plattform för EU-rättens behandling av tjänster i den offentliga sektorn.

Ett flertal principer har betydelse för utformningen och tolkningen av EU-upphandlingsreglerna⁸⁴ men i detta avsnitt är det enbart följande principer som är i fokus

- principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten

- principerna om SGI, SGEI och NSGI

Dessa fördragsregler, som jag i förevarande rapport kallar "icke-marknadsprinciper" har särskild betydelse för förståelsen av EU-upphandlingsreglerna och deras tolkning i rättspraxis. Dessa principer beskrivs närmare i avsnitten 2.4.2 och 2.4.3. Det bör dock "först förklaras att de delvis har vuxit med inspiration från rättspraxis i EUD, vilket görs i kommande avsnitt.

⁸⁴ Exempelvis artikel 345 FEUF som fastställer att fördragen inte i något hänseende ska ingripa i medlemsstaternas egendomsordning, och med artikel 346 FEUF Se artikel 1.3 LOU-direktivet och LUK-direktivet.

2.4.1 Fördragens "icke-marknadsprinciper" bygger delvis på rättspraxis om medlemsstaternas befogenheter inom den offentliga sektorn

EUD formulerade tidigt en doktrin som brukar kallas "formeln om återhållna befogenheter", som har använts i många domar där domstolen har brutit ny mark och tillämpat unionens regler om fri rörlighet och konkurrens på verksamheter inom medlemsstaternas välfärdssektorer. På sådana områden har EUD sett behovet av att förklara hur den balanserar unionens intresse att integrera den inre marknaden mot respekten av medlemsstaternas återhållna befogenheter.

Formeln användes först i *Duphar*, där domstolen prövade huruvida nederländska regler om konsumtionen av farmaceutiska produkter, som bl.a. syftade till att uppnå ekonomisk stabilitet i det nationella sjukförsäkringssystemet, stred mot den fria rörligheten för varor. Domstolen slog fast att

*"gemenskapsrätten inte innebär någon begränsning av medlemsstaternas behörighet att själv utforma sina sociala trygghetssystem"*⁸⁵

Därefter användes formeln i en rad domar där nationella regler till grund för medlemsstaternas hälso- och sjukvårdstjänster prövades mot fördragets principer om den fria rörligheten, bl.a. *Sodemare*, *Müller-Fauré*, *Apothekerkammer*, *kommissionen mot Italien*, *Hartlauer*, *Blanco Pérez* och *Susisalo*.⁸⁶ Formeln utgjorde också utgångspunkten för EU-domstolens prövning i *Smits och Peerbooms*, där domstolen förklarade att, i avsaknad av en harmonisering på EU-nivå, det ankommer på lagstiftaren i varje medlemsstat att bestämma dels villkoren för rätten eller skyldigheten att ansluta sig till ett system för social trygghet.⁸⁷ Formeln användes också i *Schwarz* för att pröva tyska regler om beskattning av utbildningskostnader mot den fria rörligheten.⁸⁸

⁸⁵ Dom i mål 238/82 *Duphar* ECLI:EU:C:1984:45, p. 16.

⁸⁶ Se domarna i mål C-70/95 *Sodemare* ECLI:EU:C:1997:301, p. 27, mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet* ECLI:EU:C:2003:270, p. 100, mål C-372/04 *Watts* ECLI:EU:C:2006:325, p. 92 och 146, de förenade målen C-171/07 och C-172/07 *Apothekerkammer des Saarlandes m.fl.* ECLI:EU:C:2009:316, p. 18, mål C-531/06 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2009:315, p. 35, mål C-169/07 *Hartlauer* ECLI:EU:C:2009:141, p. 29, de förenade målen C-570/07 och C-571/07 *Blanco Pérez och Chao Gómez* ECLI:EU:C:2008:138, p. 43, och mål C-84/11 *Susisalo* ECLI:EU:C:2012:374, p. 26.

⁸⁷ C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404 p. 45.

⁸⁸ Se exempelvis domen i mål C-76/05 *Schwarz* EU:C:2007:493, p. 69-70.

I dessa beslut har domstolen hänvisat till bestämmelser i fördragen som inom olika sektorer preciserar medlemsstaternas återhållna befogenheter: medlemsstaternas befogenhet att organisera hälso- och sjukvårdstjänster (numera artikel 168.7 FEUF), ansvar för undervisningens innehåll och utbildningssystemens organisation samt medlemsstaternas kulturella och språkliga mångfald (numera artikel 165.1 FEUF) samt ansvar för yrkesutbildningens innehåll och organisation (numera artikel 166.1 FEUF).

De Witte påpekar att formeln har använts inom olika policyområden som enligt hans mening utgör uttryck för nyckelelement av nationella välfärdssystem eller grundläggande element av den nationella suveräniteten (exempelvis skatte- eller nationalitetsregler).⁸⁹ Han understryker att orden "inkräktar inte" i formeln inte bör förstås bokstavligen, eftersom medlemsstaternas policyval faktiskt begränsas av EU-rättens regler och principer. Mycket riktigt har formeln systematiskt återföljts av domstolens erinrande om att

*"medlemsstaterna vid utövandet av denna befogenhet är emellertid skyldiga att iaktta unionsrätten, bland annat fördragets bestämmelser om de grundläggande friheterna"*⁹⁰

Detta innebär att även formeln de facto har använts när domstolen har velat markera att trots medlemsstaternas återhållna befogenheter kan EU-rätten faktiskt inkräkta på dessa och tvinga dem att anpassa sina nationella regler.⁹¹

Formeln har sin motsvarighet i domar där EUD har prövat nationella regler om allmännyttiga tjänster mot fördragets konkurrensregler riktade mot medlemsstaterna, dvs. reglerna om statsstöd och om exklusiva eller särskilda rättigheter. I *Poucet och Pistre* fann EUD att organ som ansvarade för förvaltningen av ett system för social trygghet för egenföretagare inte utövade en ekonomisk verksamhet och därmed inte utgjorde företag i konkurrensreglernas mening. Grunden var att systemet var helt reglerat enligt principen om solidaritet och att de organ som förvaltade systemet därför fyllde en funktion av uteslutande social karaktär. Utgångspunkten för domstolens bedömning var, med hänvisning till formeln om återhållna befogenheter i *Duphar*, att "gemenskapsrätten inte är något hinder för medlemsstaternas rätt att organisera sina system för social trygghet".⁹²

Formeln om återhållna befogenheter är nära kopplad till den tolkning som EUD har gjort av undantagsbestämmelsen för SGEI i artikel 106.2 FEUF, där domstolens utgångspunkt har varit att artikel 106.2 FEUF

⁸⁹ De Witte B., 2017, s. 87–88.

⁹⁰ Se exempelvis domen i mål C-84/11 *Susisalo* ECLI:EU:C:2012:374, p. 27.

⁹¹ De Witte B., 2017, s. 87.

⁹² Dom i de förenade målen C-159/91 och C-160/91 *Poucet och Pistre* ECLI:EU:C:1993:63, p. 6.

”genom att under vissa omständigheter tillåta undantag från fördragets allmänna regler, avser att förena medlemsstaternas intresse av att använda vissa företag, i synnerhet inom den offentliga sektorn, som instrument för den ekonomiska politiken eller skattepolitiken med gemenskapens intresse av att konkurrensreglerna iakttas och att enhetligheten på den gemensamma marknaden bevaras./.../[m]ed hänsyn till medlemsstaternas på detta sätt definierade intresse, kan de inte förbjudas att, vid definitionen av de tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som anförtros vissa företag, beakta mål i sin nationella politik och att försöka förverkliga dem genom att föreskriva skyldigheter och krav för dessa företag.⁹³

Sammanfattningsvis kan konstateras att EUD själv har formulerat det EU-konstitutionella behovet av att balansera den expanderade tillämpningen av fördragens marknadsregler mot medlemsstaternas frihet att utöva sina återhållna befogenheter, inte minst på det sociala området, och därigenom uppnå politiska mål. Denna rättspraxis kan anses ha underlättat kompromisser mellan medlemsstaterna och utvecklingen i fördragen av principer som fastställer att EU-rätten måste respektera medlemsstaternas suveränitet.⁹⁴

2.4.2 Principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten

Bestämmelserna i artiklarna 4 och 5 FEU fastställer och förklarar EU-principerna om tilldelade befogenheter, subsidiaritet, proportionalitet, likhet inför fördragen och respekt av den nationella identiteten. Det finns kopplingar mellan dessa principer men de har olika funktioner. Principen om tilldelade befogenheter styr EU-befogenheternas existens medan principerna om subsidiaritet, proportionalitet och respekten av medlemsstaternas likhet inför fördragen styr *hur* unionen ska utöva sina befogenheter. Vad gäller *funktionen* av principen om respekten om den nationella identiteten kan rättsläget beskrivas som osäkert.

Principen om tilldelade befogenheter kan beskrivas som kardinalprincipen i denna kvasi-konstitutionella arkitektur. Genom Lissabonfördraget har den blivit föremål för fler och utförligare bestämmelser. Den styr avgränsningen av unionens befogenheter (artikel 5.1 FEU) och varje befogenhet som inte har tilldelats unionen i fördragen ska tillhöra medlemsstaterna (artikel 4.1 och artikel 5.2 FEU). I artikel 5.2 FEU preciseras att unionen endast ska handla inom ramen för de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat den i fördragen för att nå de mål som fastställs där. Vid laglighetsprövningen av rättsakter från EU måste principen om tilldelade be-

⁹³ C-159/94 *kommissionen mot Frankrike* EU:C:1997:501, p. 55-56, mål C-660/15 P *Viasat mot kommissionen* ECLI:EU:C:2017:178, p. 31.

⁹⁴ Wehlander 2016, kapitel 3.

fogenheter troligen tillämpas först eftersom de andra principerna är relevanta endast på åtgärder som ligger inom unionens befogenheter.

Huruvida principen om tilldelade befogenheter kan utgöra en grund för att utesluta EU-rättens tillämpning är en känslig fråga. Som angetts i avsnitt 2.4.1 har EUD uttalat att medlemsstaterna får utöva sin behörighet att själva utforma sina system inom områden där de har behållit sina befogenheter, men att de därvid är skyldiga att iaktta unionsrätten, däribland fördragets bestämmelser om de grundläggande friheterna. Essensen i principen om tilldelade befogenheter kan dock anses vara att det finns *rättsliga* gränser för unionens kompetenser som alla EU-institutioner, inbegripet EUD, ska iaktta.⁹⁵ Principen innebär också ett implicit erkännande att medlemsstaterna har behållit huvudansvaret på vissa områden som har stor betydelse för unionens mål av att främja fred, sina värden och folkens välfärd.

Mot den bakgrunden uppkommer frågan om vilken roll principen om respekten av den nationella identiteten ska spela. Enligt Timmermans kan principen vara den viktigaste nyheten i fördragen beträffande fördelningen av befogenheter.⁹⁶ Artikel 4.2 FEU har följande lydelse

Unionen ska respektera medlemsstaternas likhet inför fördragen samt deras nationella identitet, som kommer till uttryck i deras politiska och konstitutionella grundstrukturer, inbegripet det lokala och regionala självstyret. Den ska respektera deras väsentliga statliga funktioner, särskilt funktioner vars syfte är att hävda deras territoriella integritet, upprätthålla lag och ordning och skydda den nationella säkerheten. I synnerhet ska den nationella säkerheten också i fortsättningen vara varje medlemsstats eget ansvar.

I betänkandet om Sveriges ratificering av Lissabonfördraget har det anförts att artikel 4 FEU "förtydligar i huvudsak de principer som redan fastställs i nu gällande fördrag och den rättspraxis som vuxit fram på området".⁹⁷ Det är emellertid viktigt att notera att artikel 4.2 FEU är betydligt utförligare än den regel om nationell identitet (tidigare artikel 6.3 EUF) som införts genom Maastrichtfördraget och som enbart föreskrev att "unionen skall respektera den nationella identiteten hos sina medlemsstater". Bestämmelsen i artikel 4.2 FEU omfattas av principen om EU-rättens företräde, vilket har betydelse vid judiciell kontroll. Den har ett horisontellt tillämpningsområde och bör kunna tillämpas för att hindra påverkan av EU-rätten inom områden där medlemsstaterna har behållit sina befogenheter. Enligt Timmermans bör principen om respekten av den nationella

⁹⁵ Beträffande det faktum att EU-domstolens rättspraxis utgör en stor och omdiskuterad del av EU-rätten, och att denna rättspraxis omfattas av kompetensreglerna eftersom den definierar den fria rörligheten, se Davies G., 2017, s. 104.

⁹⁶ Timmermans C., 2017, s. 39.

⁹⁷ Se Lissabonfördraget, Ds 2007:48, s. 112.

identiteten inte tolkas som en målsättning och därför inte balanseras mot andra EU-intressen såsom skyddet av de grundläggande friheterna.⁹⁸

I likhet med principerna om subsidiaritet och proportionalitet uttrycker principen om respekten av den nationella identiteten i varje fall en begränsning i unionens utövande av de befogenheter som den har tilldelats. Von Bogdandy och Schill anser att bestämmelsen kan förstås som en inkörsport som gör EU-rätten mer receptiv till medlemsstaternas konstitutionella regler.⁹⁹ I ett normativt perspektiv ser Rodin en risk att EU-rättens enhetliga och effektiva tillämpning kan undermineras om bestämmelsen i artikel 4.2 FEU ges en vid tolkning.¹⁰⁰ Govani konstaterar att EUD har börjat tillämpa principen om respekten av den nationella identiteten och tror att domstolen har bestämt sig för en restriktiv tolkning av principen.¹⁰¹ I EU-domstolens rättspraxis användes begreppet först år 1996 och har hittills förekommit i knappast tio mål, varav det senaste är *Remondis* inom upphandlingsrättens område.¹⁰²

Sammanfattningsvis kan det konstateras att principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten har fått mer visibilitet, dignitet och precision i fördragen. Principerna är tillämpliga över hela fördraget och därför också inom EU:s upphandlingsregler som påverkar verksamheter i den offentliga sektorn. Principerna kan också anses ha fått ett särskilt uttryck i principerna om tjänster av allmänt intresse i EUF-fördraget, protokoll nr 26 om tjänster av allmänt intresse och EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna.¹⁰³

2.4.3 Principerna om SGI, SGEI, NSGI i artikel 106.2 FEUF, artikel 14 FEUF, SGI-protokoll och artikel 36 EUSGR

I sitt förslag om ratificeringen av Lissabon-fördraget skrev regeringen att det nya protokollet om tjänster av allmänt intresse (SGI-protokollet) "syftar främst till att klarlägga rådande rättsläge".¹⁰⁴ Denna bedömning kan ifrågasättas. Kommissionen har själv beskrivit de nya SGI-bestämmelserna i fördragen som "ett stort steg framåt i arbetet med en insynsvänlig och tillförlitlig EG-rättslig ram" av allmännyttiga tjänster. Kommissionen har också understrukit att bestämmelserna bygger på den debatt som har pågått mellan år 1996 och 2007 om EU:s ansvar och om huruvida EU bör anta en övergripande ram om tjänster av allmänt intresse. I debatten uttryckte medlemsstaterna ett behov av rättssäkerhet om hur EU-rätten och EU-politik påverkar allmännyttiga tjänster, inte minst sociala tjänster, men också ett

⁹⁸ Timmermans C, 2017, s. 39.

⁹⁹ Von Bogdandy A. och Schill S., 2011, s. 1430.

¹⁰⁰ Rodin S., 2011, s. 12.

¹⁰¹ För en intressant genomgång och analys av rättspraxis från EUD med koppling till respekten av den nationella identiteten, se Govani, Z., s. 7–34. En av de första domar i vilka artikel 4.2 FEU explicit nämndes i mål C-208/09 *Sayn-Wittgenstein* ECLI:EU:C:2010:806.

¹⁰² Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985.

¹⁰³ Se Wehlander 2016, s. 108.

¹⁰⁴ Ds 2007:48 Lissabonfördraget, s. 248.

*behov av att skillnaderna mellan olika sektorer och förhållanden i deras territorier erkänns av EU-rätten.*¹⁰⁵

Förutom bestämmelsen i artikel 106.2 FEUF har tre nya bestämmelser om SGI införts i primärrätten:

- artikel 14 FEUF
- SGI-protokollet
- artikel 36 i EUSGR

Innan dessa bestämmelser presenteras måste något sägas om EU-domstolens terminologi vid tolkning av reglerna om SGI, SGEI och NSGI. Dessa termer utgör EU-rättsliga begrepp utan direkt motsvarighet i de flesta nationella rättssystemen, vilket kan orsaka problem när EU-regler och rättspraxis om tjänster av allmänt intresse ska förstås och tillämpas.

Protokoll 26 introducerar de rättsliga begreppen tjänster av allmänt intresse (SGI) och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (NSGI) utan att definiera dem. Enligt Lenaerts talar en systematisk tolkning av SGI-protokollet för att SGI förstås som ett generellt begrepp som omfattar SGEI och NSGI. Lenaerts understryker att denna förståelse är i linje med kommissionens.¹⁰⁶

I avgöranden från EUD förekommer termen "allmännyttiga tjänster" ofta som synonym för SGI ("public services" och "services of general interest" i domarnas engelska version). Med "allmännyttig tjänst" verkar normalt menas hela reglerade verksamheten, dvs. både de tjänster som tillhandahålls och de särskilda villkor ("uppdraget") som det allmänna har kopplat till tjänstens tillhandahållande.

De särskilda villkor som är kopplade till SGEI som anförtros till företag kallas ofta för "allmännyttiga uppdrag", "skyldighet att tillhandahålla allmännyttiga tjänster" eller SGEI-uppdrag (motsvarar "public service obligations" på engelska).

¹⁰⁵ Kommissionen, meddelande KOM/2007/0725 slutlig, Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande med anknytning till meddelandet KOM(2007) 724 slutlig "En inre marknad för framtidens Europa", s. 3.

¹⁰⁶ Se Lenaerts K., 2012, s. 1250.

2.4.3.1 Artikel 106.2 FEUF: möjligt att vidta åtgärder med undantag från fördragets regler som hindrar att *företagens* SGEI-uppdrag kan fullgöras under godtagbara ekonomiska och finansiella villkor

Den beskrivning av artikel 106.2 FEUF som har gjorts ovan i avsnitt 2.2.1 kompletteras här med en kort analys av dess tillämpningsområde och om dess förhållande till de nya bestämmelserna om tjänster av allmänt intresse.

Enligt lydelsen av artikel 106.2 FEUF ger bestämmelsen stöd för att åberopa "undantag från fördragsreglerna", och inte bara från konkurrensregler. Uppfattningen att artikel 106.2 FEUF främst är relevant i förhållande till statsstödsreglerna är inkorrekt,¹⁰⁷ eftersom det av rättspraxis från EUD med all tydlighet framgår att medlemsstaterna har kunnat åberopa artikel 106.2 FEUF för att motivera undantag från fördragsreglerna om den fria rörligheten. Att bestämmelsen i artikel 106.2 FEUF har så kallad "horisontell relevans" har också understrukits i doktrinen.¹⁰⁸ Huruvida regeln i artikel 106.2 FEUF kan åberopas för att motivera undantag från upphandlingsreglerna är tveksamt.

Hatzopoulos har anfört att artikel 106.2 FEUF i princip inte borde tillåta undantag från upphandlingsreglerna eftersom dessa regler specifikt avser offentliga tjänster som inte levereras under normala marknadsvillkor. Enligt hans mening har offentliga tjänsters särskilda karaktär redan beaktats när en enhet kvalificerar som upphandlande myndighet, vilket innebär att upphandlingsreglerna blir tillämpliga. Att tillåta undantag som åsidosätter upphandlingsreglerna skulle enligt hans mening innebära att offentliga tjänsters särskilda karaktär beaktas en gång till.¹⁰⁹ På samma linje påminner Caranta om att medlemsstaterna har en stor frihet att bestämma vilka tjänster de vill klassificera som SGEI och därmed att organisera den offentligt finansierade marknaden. Detta innebär i hans mening att en stor del av medlemsstatens frihetsutrymme har uttömts när den beslutar att vända sig till marknaden för att tillhandahålla en SGEI.¹¹⁰

En begränsning vid tillämpning av artikel 106.2 FEUF är att bestämmelsen förutsätter att undantaget från EU:s marknadsregler endast kan åberopas om det behövs för att ett *företag* ska fullgöra det anförtrodda SGEI-uppdraget under villkor, även ekonomiska villkor, som är godtagbara. När ett SGEI-uppdrag anförtros genom upphandling finansieras det av den upphandlande myndigheten och villkoren för uppdraget har redan fastställts och accepterats av företaget. Därmed kan företaget anses självt ha säkerställt genom anbudet att den har godtagbara villkor för att

107 Se bl.a. SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden s. 398. Utredningen nämner att professor Erika Szyszczak, i ett rättsutlåtande till utredningen, menar att artikel 106.2 FEUF gäller både konkurrensreglerna och reglerna för den inre marknaden.

108 Se bl.a. Lenaerts K., 2012, s 1255–1256. För en ingående genomgång av denna rättspraxis, se Wehlander C., 2016, s. 116–147.

109 Hatzopoulos V., 2011, s. 31.

110 Caranta, FIDE report 204, s. 143.

utföra uppdraget och ytterligare undantag med hänsyn till företagets villkor för uppdraget kan vara svåra att motivera.

Med detta sagt bör man komma ihåg att upphandlingsreglerna antas för att harmonisera den inre marknaden (lagstiftningsgrunden är artikel 114 FEUF) och att deras främsta mål är att säkerställa den fria rörligheten och en icke-snedvriden konkurrens. Därför ger reglerna inte per automatik upphandlande myndigheter det utrymme som behövs för att de ska kunna säkerställa fullgörandet av sina *egna* uppdrag av allmänt intresse. I avsaknad av vägledande rättspraxis från EUD och från primärrättsliga principer bestäms detta utrymme genom politiska förhandlingar när nya EU-regler om upphandling antas.

Att upphandlande myndigheter själva kan ha SGI-uppdrag inom vissa områden brukar inte understrykas i doktrinen, trots att det kan påstås vara en självklarhet. Ett exempel är de svenska kommunernas obligatoriska befogenheter, dvs. *skyldigheter* reglerade i svensk sektorslagstiftning, att finansiera vård, omsorg och utbildning helt eller till stor del med egna medel och att säkerställa att rättsinnehavare får tillgång till de subventionerade tjänsterna i enlighet med lagstadgade mål av säkerhet, kvalitet, överkomlighet, etc. I och med dessa villkor, som har bestämts av den svenska lagstiftaren i det allmänna intresset, blir kommunala obligatoriska befogenheter att betrakta som allmännyttiga uppdrag, med andra ord SGI-uppdrag. Om det finns ett marknadsutbud för myndighetens SGI-uppdrag bör det kanske kunna ses som ett SGEI-uppdrag. Det allmänna intresset såsom definierat i uppdraget har marknadsrelevans och är "ekonomiskt".

Sett i detta perspektiv uppkommer frågan huruvida ett undantag från gällande upphandlingsregler kan göras med hänsyn till *myndigheternas* SGI-uppdrag, i fall de gällande reglerna inte möjliggör att myndigheter fullgör sina uppdrag på godtagbara villkor (även ekonomiska och finansiella) när de vänder sig till marknaden. Artikel 106.2 FEUF är inte rätt instrument eftersom den tar sikte på *företagens* SGEI-uppdrag. Att undantag inte bör kunna göras med stöd av artikel 106.2 FEUF till hänsyn för *företagens* SGEI-uppdrag är en sak. Att de konkurrensorienterade upphandlingsreglerna aldrig behöver ändras eller anpassas med hänsyn till behovet att myndigheterna ska genomföra *sina* SGI-uppdrag är en annan. Konkurrensorienterade förfaranderegler riskerar inom vissa sektorer att hindra fullgörandet av myndigheternas allmännyttiga uppdrag.

Det finns många tecken på att EUD, före antagandet av Lissabonfördraget, har ansett det nödvändigt att använda ett mildare proportionalitetstest, "importerat" från proportionalitetstestet under artikel 106.2 FEUF, när den har prövat om undantag från unionens regler om den inre marknaden och upphandlingsreglerna kunde motiveras för åtgärder ägnade att genomföra *myndigheternas* allmännyttiga uppdrag och därigenom statens åtaganden gentemot sin befolkning.

Denna "import" kan påstås förklara domstolens viktiga rättspraxis om att upphandlande myndigheter ska kunna anförtro tillhandahållandet av allmännyttiga tjänster till privaträttsliga organ under deras kontroll och att samverka med andra offentliga organ genom avtal för att optimera sin anskaffning av tjänster på marknaden. Det mildare proportionalitetstestet för SGEI kan också anses ha "importerats" när domstolen har funnit att krav på förhandstillstånd för att söka sjukvård i en annan medlemsstat, med ersättning från hemlandets

sjukförsäkringssystem, var förenliga med fördragen trots att de ansågs begränsa den fria rörligheten.¹¹¹ Denna rättspraxis kan ses som tätt förknippat med medlemsstaternas kompromiss om att införa de nya principer om SGEI i EU-fördragen och i EUSGR som presenteras nedan.¹¹²

2.4.3.2 Artikel 14 FEU: EU-princip om skyddet av SGEI-uppgifter och ny lagstiftningsgrund

Bestämmelsen i artikel 14 FEUF modifierar och ersätter artikel 16 EG.¹¹³ Bestämmelsen infördes genom Lissabonfördraget och har följande lydelse:

Utan att det påverkar tillämpningen av artikel 4 i fördraget om Europeiska unionen och artiklarna 93, 106 och 107 i det här fördraget och med beaktande av den betydelse som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse har för unionens gemensamma värderingar och den roll som dessa tjänster spelar när det gäller att främja social och territoriell sammanhållning, ska unionen och medlemsstaterna, var och en inom ramen för sina respektive befogenheter och inom fördragets tillämpningsområde, sörja för att sådana tjänster utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. Europaparlamentet och rådet ska genom förordningar i enlighet med det ordinarie lagstiftningsförfarandet fastställa dessa principer och villkor, utan att det påverkar medlemsstaternas befogenheter att i överensstämmelse med fördragen tillhandahålla, beställa och finansiera sådana tjänster.

Bestämmelsen slår fast att SGEI har betydelse för EU:s värden och för att främja både social och territoriell sammanhållning. Med denna politiska utgångspunkt fastställs en ny grundläggande princip i EU-rätten, nämligen att de principer och villkor som reglerar SGEI ska göra det möjligt för dem att fullgöra sina uppgifter. I bestämmelsen understryks att unionen och medlemsstaterna särskilt ska sörja för att de *ekonomiska och finansiella villkoren* för utförandet av SGEI gör det möjligt för

¹¹¹ Se Wehlander C., 2016 och van de Gronden, 2013, s. 142.

¹¹² Detta framgår i domen i mål C-121/15 ANODE ECLI:EU:C:2016:637, p. 40-44.

¹¹³ Artikel 16 EG hade införts i fördragen genom Amsterdamfördraget (1999).

dem att fullgöra sina uppgifter. Artikel 14 FEUF är en allmän bestämmelse och den princip som den fastställer är riktad till hela unionen, dvs. inte bara till EU-lagstiftaren utan också till kommissionen och EUD.

Det understryks att denna SGEI-princip ska beaktas av både EU-institutionerna och medlemsstaterna, dock inom ramen för deras respektive befogenheter, vilket avspeglar att principen gäller inom ramen för principen om tilldelade befogenheter. De konkreta krav som skyldigheten att sörja för principens tillämpning innebär för EU-institutionerna respektive medlemsstaterna kan dock förväntas variera eftersom skyldigheten gäller "inom ramen för deras respektive befogenheter och inom ramen för fördragens tillämpningsområde".

Artikel 14 FEUF ger dessutom EU en ny grund för lagstiftning avseende SGEI. Formuleringen av den nya lagstiftningsgrunden tyder på att fördraget inte bara tillåter utan även beordrar att EU och medlemsstaterna fastställer SGEI principer och villkor, dock enbart i form av *förordningar* och således inte i form av direktiv. Att tillämpningen av artikel 4 FEU samt artiklarna 93 FEUF (transport) och artiklarna 106–107 FEUF inte ska påverkas kan anses betyda att SGEI-principer och villkor baserade på artikel 14 FEUF måste respektera principerna om medlemsstaternas likhet inför fördragen och om respekten av deras nationella identitet samt kommissionens befogenheter på statsstödsområdet.¹¹⁴

Det är viktigt att notera att principen i artikel 14 FEUF tar sikte på skyddet av *SGEI-uppgifter*, till skillnad från bestämmelsen i artikel 106.2 FEUF som endast tar sikte på *företagens* SGEI-uppgifter. Denna skillnad tyder på att SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 14 FEUF bör få en vidare tolkning än begreppet SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 106.2 FEUF och i relevanta fall omfatta även sådana SGI-uppgifter som ligger hos *myndigheter*.

¹¹⁴ Detta påpekas särskilt av Lenaerts K., 2012, s. 1258.

2.4.3.3 Protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse (SGI-protokoll)

Genom Lissabonfördraget har även protokoll 26 om tjänster av allmänt intresse (härefter "SGI-protokoll") tillfogats fördragen, med följande lydelse:

De höga fördragsslutande parterna, som önskar framhålla vikten av tjänster av allmänt intresse, har enats om följande tolkningsbestämmelser, som ska fogas till fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Artikel 1

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.*

Artikel 2

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.

SGI-protokollet kan anses utgöra ett särskilt uttryck av EU:s värden, grundläggande mål och principer inom ramen för allmännyttiga tjänster. Deklarationen att SGI har "vikt" inom unionen bör således anses kopplad till EU:s uppgift att upprätta en inre marknad som bygger på en "social marknadsekonomi" (artikel 3.3 FEU). Vidare kan förklaringen att EU:s värden i fråga om SGEI särskilt inbegriper *mångfalden av SGEI och de skillnader i användarnas behov och preferenser som olika geografiska, sociala eller kulturella förhållanden kan leda till* kan betraktas som ett särskilt uttryck av unionens värde av demokrati (artikel 2 FEU) men även av principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten.¹¹⁵

¹¹⁵ Wehlander C., 2016, s. 102-103.

Det är viktigt att uppmärksamma att artikel 1 i SGI-protokollet tar sikte på SGEI i den mening som avses i artikel 14 FEUF, vilket som nämnts i föregående avsnitt kan tänkas få en vidare tolkning än företagens SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 106.2 FEUF.

SGI-protokollet förtydligar innebörden av EU-begreppet SGEI i den mening som avses i artikel 14 FEUF och fördelningen av befogenheter mellan unionen och medlemsstaterna i fråga om SGEI. Samtidigt kan konstateras att SGI och NSGI blir EU-rättsliga begrepp i och med deras införande i SGI-protokollet utan att förhållandet mellan dessa nya rättsbegrepp och begreppet SGEI förklaras.

Avsaknaden av en definition för NSGI skapar betydande osäkerhet om tillämpbarheten av unionens marknadsregler på allmännyttiga tjänster, särskilt välfärds-tjänster.

2.4.3.4 Artikel 36 EUSGR

Till primärrättens regelverk om SGEI hör slutligen artikel 36 EUSGR om respekten av tillgången till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse:

Unionen ska för att främja social och territoriell sammanhållning i unionen erkänna och respektera den tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse som föreskrivs i nationell lagstiftning och praxis i enlighet med fördragen.

Bestämmelsen bör förstås så att den uttrycker en princip snarare än att den slår fast en rättighet. Principen ska iakttas av unionens institutioner samt av medlemsstaterna när dessa tillämpar unionsrätten. Den exakta betydelsen av bestämmelsen i artikel 36 EUSGR är i skrivande stund oviss, men i enlighet med artikel 6.1 och 6.3 FEU ingår respekten om tillgång till SGEI i unionsrätten som en allmän princip och har samma bindande verkan som bestämmelserna i fördragen. Generaladvokaten Jääskinen påpekar att EUSGR erkänner sociala, ekonomiska och kulturella rättigheter som i ett nationellt perspektiv har motiverat introduktionen av SGEI.¹¹⁶

116 Jääskinen N., 2011.

I *ANODE* tillämpade EUD artikel 36 EUSGR för att tolka artikel 14 FEUF. Domstolen påpekade att artikel 14 uttryckligen erkänner den roll som SGEI spelar när det gäller att främja territoriell sammanhållning och att artikel 36 i EUSGR dessutom uttryckligen nämner den territoriella sammanhållningen inom ramen för rätten till tillgång till tjänster av allmänt ekonomiskt intresse.¹¹⁷ Domstolen fann att det gjorde det möjligt för medlemsstaterna att bedöma huruvida det, i det allmänna ekonomiska intresset, fanns anledning att ålägga företag som bedriver verksamhet inom gasssektorn skyldigheter att tillhandahålla allmännyttiga tjänster avseende priset på leverans av naturgas för att bland annat säkerställa försörjningstryggheten och territoriell sammanhållning.¹¹⁸

2.5 Rättsbegreppen SGEI, SGI och NSGI: vilken innebörd i EU-rätten?

Enligt fast rättspraxis har medlemsstaterna ett omfattande utrymme för en skönsmässig bedömning när det gäller att bestämma vad de anser vara SGEI. I *ANODE* förklarade domstolen att denna doktrin återspeglas i SGI-protokollet. EUD underströk vidare att villkoret "allmänt ekonomiskt intresse" numera *måste* tolkas inom ramen för det nya sammanhanget som följer av ikraftträdandet av Lissabonfördraget, i synnerhet SGI-protokollet.¹¹⁹

Samtidigt har EUD klargjort att detta frihetsutrymme inte innebär att medlemsstaterna helt godtyckligt får bestämma att en verksamhet utgör en SGEI.¹²⁰ Även om EU-institutionerna endast får kontrollera huruvida medlemsstaten har gjort en uppenbart oriktig bedömning,¹²¹ är SGEI samt SGI och NSGI *EU-begrepp* med en så kallad autonom betydelse i EU-rätten.¹²²

EUD har uttalat att SGEI är tjänster som har en *särskild karaktär* i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet,¹²³ men varken SGEI eller SGI och NSGI är i skrivande stund definierade i EU-rätten. För att få en uppfattning om de grundläggande element som ska finnas i tjänstens "särskilda karaktär" för att inte "uppenbart oriktigt" kvalificeras som en SGEI i EU-rättens mening är rättspraxis från EUD den enda rättskällan som står till hjälp.

117 Dom i mål C-121/15 *ANODE* ECLI:EU:C:2016:637, p. 51.

118 Ibid, p. 52.

119 Dom i mål C-121/15 *ANODE* ECLI:EU:C:2016:637, p. 40–41.

120 Domarna i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 168 och mål 41/83 *Italien mot kommissionen*, p. 30.

121 Se bland annat domen i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 166 och 169.

122 Beträffande begreppet SGEI, se domen i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 165.

123 Domarna i mål T-461/13 *Spanien mot kommissionen* ECLI:EU:T:2015:891, p. 62, mål C-179/90 *Merci convenzionali porto di Genova* EU:C:1991:464, p. 27, och mål C-242/95 *GT-Link* EU:C:1997:376, p. 53.

2.5.1 EU-begreppet SGEI: en analys av grundrekvisiten med utgångspunkt av rättspraxis i EUD

I detta avsnitt anges hur EU-begreppen SGEI-uppdrag och SGEI kan förstås. Först redogörs dock för några rättsfall där EUD har ansett att särskilda uppdrag som var anförtrodda till företag kunde betraktas som SGEI-uppdrag.

2.5.1.1 Rättspraxis om SGEI i den mening som avses i artikel 106.2 FEUF

I *Corbeau* konstaterade EUD att *skyldigheten att säkerställa insamling, befordran och utdelning av post till förmån för samtliga konsumenter inom en medlemsstats hela territorium, till enhetliga taxor och på likartade kvalitetsvillkor utan hänsyn till särskilda förhållanden eller till graden av ekonomisk lönsamhet hos varje enskild transaktion* utgjorde ett SGEI-uppdrag. Domstolen fann att de exklusiva rättigheter som det offentliga organet Régie des Postes hade beviljats enligt belgisk lag var förenliga med fördragets konkurrensbestämmelse om missbruk av dominerande ställning (numera artikel 102 FEUF). Detta eftersom rättigheterna gjorde det möjligt för företaget att täcka kostnaderna för organets SGEI-uppdrag genom korssubventionering och därmed att fullgöra uppdraget under godtagbara ekonomiska villkor.¹²⁴

I *Almelo* fann EUD att *skyldigheten att säkerställa den oavbrutna leveransen av elektricitet, inom hela det upplåtta territoriet, till alla förbrukare, lokala distributörer eller slutförbrukare, i de kvantiteter som hela tiden efterfrågades, till enhetliga taxor och under villkor som endast kunde varieras enligt objektiva kriterier som gällde för alla kunder,* utgjorde ett SGEI-uppdrag. Uppdraget hade anförtrotts en regional eldistributör i Nederländerna och bestämmelsen i artikel 106.2 FEUF gav stöd för distributörens användning av en exklusiv inköpsklausul, med undantag av bestämmelserna i artiklarna 101 och 102 FEUF, i den mån denna konkurrensbegränsning var nödvändig för att företaget skulle kunna fullgöra sitt allmännyttiga uppdrag under godtagbara villkor.¹²⁵

I *Glöckner* bedömde EUD att *skyldigheten att till ett enhetligt pris och med likvärdig kvalitet säkerställa akuttransporter av sjuka eller skadade personer inom hela det berörda området, utan hänsyn till enskilda situationer eller till hur mycket vinst varje enskild transport kan leda till* utgjorde ett SGEI-uppdrag.¹²⁶ Att frivilliga organisationer som hade anförtrotts uppdraget samtidigt hade ensamrätt till *ambulanstransport* (som till skillnad från *akuttransport* kunde vara lönsam) var förenligt med fördraget med stöd av artikel 106.2 FEUF. Tillämpningen av konkurrensreglerna i artiklarna 102

¹²⁴ Dom i mål C-320/91 *Corbeau* ECLI:EU:C:1993:198, p. 16-19.

¹²⁵ C-393/92 *Almelo* ECLI:EU:C:1994:171.

¹²⁶ Dom i mål C-475/99 *Ambulanz Glöckner*, p. 55.

och 106.1 FEUF i kombination hade hindrat korssubventioneringen och därmed hindrat fullgörandet av organisationernas SGEI-uppdrag under godtagbara villkor.

I de så kallade "el-domarna"¹²⁷ fann EUD att de företag som hade beviljats de i målen ifrågasatta ensamrätterna, hade anförtrotts SGEI-uppdrag såsom *skyldigheten att leverera till alla kunder, säkerställa kontinuitet i försörjningen och att behandla kunderna lika*,¹²⁸ eller *skyldigheten att planera elförsörjningssystem så att detta system fungerar tillfredsställande till lägsta möjliga kostnad och på ett samhällsansvarigt sätt*.¹²⁹ Domstolen fann att ensamrätterna med stöd av regeln i artikel 106.2 FEUF kunde anses förenliga med fördragsreglerna om fri rörlighet för varor, särskilt förbudet mot diskriminerande monopol (numera artikel 37 FEUF).

I *Corsica Ferries* fann EUD att *skyldigheten att oupphörligen tillhandahålla alla trafikanter allmän lotstjänst* utgjorde ett SGEI-uppdrag.¹³⁰ Domstolen fann dels att Italien kunde åberopa säkerhetsskäl för att bevilja lokala föreningar ensamrätt till allmän lots-tjänst, dels att priset för tjänsten kunde inkludera ett belopp som täckte merkostnaden för upprätthållandet av en allmän lotstjänst och fastställas på grundval av de särskilda förhållandena i varje hamn. Sådana förhållanden stred varken mot fördragsreglerna om konkurrens eller mot friheten att tillhandahålla tjänster (artikel 56 FEUF).

I *BUPA* bedömde EUD att lagbestämda *skyldigheter för alla privata sjukförsäkringsgivaren att (1) erbjuda ett privat sjukförsäkringsavtal till alla personer som begär det, oavsett ålder, kön eller hälsotillstånd, (2) fortsätta avtal med försäkringstagarna när de blev sjuka eller gamla, (3) tillämpa samma premie för alla försäkringstagare för samma typ av produkt, och (4) garantera vissa minimiförmåner* utgjorde ett SGEI-uppdrag som åvilade samtliga privata sjukförsäkringsgivare på Irland. Dessa skyldigheter fastställda i irländsk lag införde en solidaritet mellan försäkringstagarna och mellan olika generationer av försäkringstagare, i syfte att säkerställa att alla personer på Irland hade tillgång till privata sjukförsäkringstjänster på en miniminivå till rimliga kostnader och på en jämförbar kvalitetsnivå.¹³¹ Irländsk lag föreskrev också en riskutjämningsmekanism, där de sjukförsäkringsgivare som hade försäkringstagare med en bättre riskprofil än den genomsnittliga riskprofilen på marknaden skulle bidra till en fond för att finansiera sjukförsäkringsgivare som försäkringstagare med en sämre riskprofil än genomsnittet på marknaden. Den klagande, en ny operatör på marknaden, hävdade att riskutjämningsregeln ledde till statsstöd i strid med artikel 107.1 FEUF. EUD fann emellertid att finansieringssystemet var proportionerligt till syftet att alla företag skulle fullgöra sitt SGEI-uppdrag under

127 C-157/94 *kommissionen mot Nederländerna* ECLI:EU:C:1997:499, C-158/94 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1997:500, C-159/94 *kommissionen mot Frankrike* ECLI:EU:C:1997:501.

128 Dom i mål C-159/94 *kommissionen mot Frankrike* ECLI:EU:C:1997:501, p. 61 och 83.

129 Dom i mål C-157/94 *kommissionen mot Nederländerna* p. 55.

130 Dom i mål C-266/96 *Corsica Ferries* ECLI:EU:C:1998:306, p. 45.

131 Dom i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 41

ekonomiskt godtagbara villkor och därmed motiverade ett undantag från artikel 107.1 FEUF med stöd av artikel 106.2 FEUF.

Dessa exempel visar att EUD, även före Lissabonfördragets antagande, har godtagit mycket olikartade SGEI-uppdrag.¹³² I *BUPA* har tribunalen utvidgat betydelsen av SGEI-uppdrag genom att finna att sådana uppdrag kan följa av skyldigheter som allmänt belastar utförandet av vissa verksamheter. Detta innebär att i vissa sektorer, såsom hälso- och sjukvård, utbildning, social omsorg etc., anförtros en öppen grupp av operatörer (i *BUPA* alla privata sjukförsäkringsgivare) ett SGEI-uppdrag genom lag och förväntas därmed fullgöra mål av allmänt intresse.¹³³

2.5.1.2 Grundkriterier för att en verksamhet ska utgöra en SGEI i EU-rättens mening

En stor del av EU-domstolens rättspraxis som explicit behandlar konflikten mellan fördragets regler och fullgörandet av SGEI-uppgifter fokuserar på de SGEI-uppgifter som har anförtrots *företag* och på företagets behov av godtagbara villkor för genomförandet av uppgifterna. Det är emellertid viktigt att skilja mellan begreppet SGEI-uppgift (också kallade allmännyttiga uppdrag) och begreppet SGEI. SGEI-uppgifter är sådana skyldigheter (exempelvis service till alla kunder eller rättighetssinnehavare som vänder sig till företaget eller service dygnet runt) som kopplas till en verksamhet för att den ska göra det möjligt att uppnå mål av intresse, till exempel god hälsovård till alla efter behov inom ett visst territorium. Att dessa begrepp är nära kopplade men har olika betydelser följer bl.a. av artikel 36 i EUSGR som garanterar EU:s respekt av tillgången till SGEI. Bestämmelsen kan endast förstås så att den garanterar tillgång till *själva tjänsten* – exempelvis sjukvård, utbildning – som en medlemsstat har reglerat som en SGEI genom att ålägga SGEI-uppgifter till olika samhällsaktörer.

En omfattande analys av rättspraxis i EUD som genomförts i en annan studie visar att begreppet SGEI i EU-fördragens mening har en vidare betydelse än begreppet SGEI-uppdrag.¹³⁴ Det framgår av rättspraxis att en verksamhet får klassificeras som SGEI i EU-rättens mening om den åtminstone uppfyller följande egenskaper:

132 Andra exempel är inom miljöområdet, där skyldigheten att ta emot detta avfall och behandla det för att det sedan skall kunna återanvändas i den mån detta är möjligt, se domen i mål C-209/98 *Sydhavensens Grus och Sten* ECLI:EU:C:2000:279, p. 76, samt skyldigheten att förverkliga målen att uppnå och vidmakthålla en hög sysselsättning, ständigt förbättra sysselsättningsstrukturen och därigenom främja den ekonomiska tillväxten, se domen i mål C-41/90 *Höfner* ECLI:EU:C:1991:161, p. 3 och 24.

133 Merola M., 2011.

134 Se Wehlander C., 2015.

1. Verksamheten har särskild betydelse för att uppnå *mål av allmänt intresse* som unionen eller en medlemsstat, inom ramen för sina respektive befogenheter, har fastställt, exempelvis främjandet av sociala rättigheter, social sammanhållning, territoriell sammanhållning eller miljöskydd.¹³⁵ Det framgår av rättspraxis att tillhandahållandet av SGEI skiljer sig från tjänster som gynnar ett enskilt intresse, även om detta intresse kan vara mer eller mindre kollektivt eller ha erkänts av staten som legitimt eller gynnsamt.¹³⁶
2. Verksamheten är därför kopplad till klara och tydliga *SGEI-uppdrag* som åläggs vissa samhällsaktörer för att tjänsten ska tillhandahållas på bestämda villkor exempelvis säkerhet, kontinuitet, överkomlighet, likabehandling eller anpassning till användarnas behov. Kommissionen anför att tjänsten inte behöver benämnas som SGEI för att fördragets principer om SGEI ska vara tillämpliga på den, förutsatt att SGEI-skyldigheten tydligt kan objektiveras.¹³⁷

Uppdraget ska således vara *samhällsomsfattande* och *obligatoriskt* till sin karaktär.¹³⁸

Att uppdraget ska vara *samhällsomsfattande* (eller allmännyttig) innebär inte att den aktuella tjänsten måste fylla ett behov som är gemensamt för hela befolkningen eller tillhandahållas inom hela området. Uppdraget kan vara allmännyttigt även om det har ett begränsat geografiskt eller materiellt tillämpningsområde eller om en relativt begränsad grupp av användare drar fördel av de berörda tjänsterna.¹³⁹

135 Huruvida den förståelse av SGEI som har förmedlats av vissa utredningar är korrekt kan ifrågasättas. I välfärdsutredningen (SOU 2016:78 s. 397) kan exempelvis läsas att "EU-domstolen har även ställt upp vissa kriterier som ska vara uppfyllda för att tjänsten ska vara allmännyttig. I grunden handlar det om att marknaden inte kan tillgodose det behov som föreligger under rimliga villkor, dvs. det förekommer någon sorts marknadsmisslyckande. Den tjänst som det är fråga om ska vara betydelsefull för konsumenterna, vara öppen för alla konsumenter och tillhandahållas på likartade villkor". Utredningen verkar förväxla begreppen SGI och begreppen SGI/SGEI-uppdrag. Att en verksamhet, exempelvis viss sjukvård, betecknas som en SGI (allmännyttig tjänst) beror endast på samhällets värdering av och mål med denna verksamhet, inte på marknaden förmåga att tillhandahålla den. En annan sak är att det kan ifrågasättas om tillhandahållandet av tjänsten kan betecknas som ett särskilt *SGEI-uppdrag* när marknaden redan tillhandahåller tjänsten på villkor som uppfyller målen av allmänt intresse.

136 Se domarna i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 178, mål 172/80 *Züchner* ECLI:EU:C:1981:178, p. 7, och mål 7/82 *GVL mot kommissionen* ECLI:EU:C:1983:52, p. 31 och 32.

137 Arbetsdokument SWD(2013) 53 final/2 från kommissionens avdelningar med 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, s. 23.

138 Dom i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 172 och 188.

139 Dom i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 186-187. Kommissionen anser att de tjänster som ska klassificeras som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse måste vara riktade till medborgarna eller ligga i hela samhällets intresse. Se kommissionens meddelande om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse (2012/C 8/02), p. 50.

Att uppdraget ska vara *obligatoriskt*, vad gäller SGEI-uppdrag som åvilar företag, ska förstås så att aktörer som har tilldelats uppdraget genom en av en myndighet vidtagen åtgärd i princip är skyldiga att tillhandahålla tjänsten på marknaden och iaktta de skyldigheter som reglerar tillhandahållandet av denna tjänst.¹⁴⁰ Enbart omständigheten att den nationella lagstiftaren, med hänsyn till allmänintresset i vid bemärkelse, uppställer vissa regler om tillstånd, funktion eller tillsyn för samtliga aktörer i en bransch utgör i princip inte ett SGEI-uppdrag.¹⁴¹

3. Det finns en marknad som kan påverkas av verksamhetens klassificering som SGEI. Det verkar tydligt att EUD utgår från att det allmänna intresset till grund för SGEI-klassificeringen inte är ekonomiskt. En analys av rättspraxis tyder i stället på att termen "ekonomisk" i begreppet SGEI avser kriteriet att tjänsten har marknadsrelevans.¹⁴²

SGEI kan således finnas både inom sektorer som "otvivelaktigt utgör en ekonomisk och konkurrensutsatt verksamhet" (exempelvis transportsektorn) och sektorer som inte nödvändigtvis kännetecknas av en konkurrensutsatt och affärsmässig dimension (exempelvis sjukhussektorn).¹⁴³

140 Ibid.

141 Se domarna i mål T-289/03 *BUPA* ECLI:EU:T:2008:29, p. 178, mål 7/82 *GVL mot kommissionen* ECLI:EU:C:1983:52, p. 32 och mål C-18/88 *GB-Inmo-BM* ECLI:EU:C:1991:474, p. 22.

142 Wehlander C., 2016, s. 188–189. I *CBI* förklarade nämligen tribunalen att man ska beakta att en given offentlig tjänst inte har någon affärsmässig aspekt, i och med att kvalificeringen av tjänsten som en SGEI snarast beror på dess inverkan på den konkurrensutsatta och affärsdrivande sektorn. Se dom i mål T-137/10 *CBI* ECLI:EU:T:2012:584, p. 88. I *SIC mot kommissionen* hade EUD redan understrukit att kvalificeringen public service-TV som SGEI (och inte anses som en NSGI) "förklaras mer av den påverkan som public service-TV de facto har på området för radio- och TV-utsändningar, som i övrigt är konkurrensutsatt, än av en påstådd ekonomisk aspekt hos public service-TV", se dom i mål T-442/03 *SIC mot kommissionen*, p. 153. Domstolen underströk också att public service-TV har, såsom det framgår av Amsterdamprotokollet, "ett direkt samband med de demokratiska, sociala och kulturella behoven i varje samhälle".

143 Dom i mål T-137/10 *CBI* ECLI:EU:T:2012:584, p. 89, där tribunalen förklarar att denna skillnad innebär enligt att proportionalitetstestet i målet *Altmark* med avseende på transportverksamhet, inte kan tillämpas lika strikt på sjukhussektorn.

Det är viktigt att här påminna om att undantagsregeln i artikel 106.2 FEUF kräver att SGEI-uppdraget har *anförtrotts* till ett eller flera företag. Frågan är om kravet på anförtröende i artikel 106.2 FEUF kan anses utgöra en del av "kärnan" i begreppet SGEI eller snarare som ett *bevismedel* för att kunna kontrollera att undantag från fördragets regler (artikel 106.2 FEUF) eller särskilda principer och villkor (artikel 14 FEUF) är nödvändiga.

2.5.1.3 "SGEI-uppgifter" i den mening som avses i artikel 14 FEUF: ett brett begrepp?

En viktig fråga är huruvida SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 14 FEUF bör förstås som ett bredare begrepp än SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 106.2 FEUF och omfattar både (1) de uppgifter som åligger företag som har anförtrotts tillhandahållandet av en SGEI och (2) de uppgifter som åligger myndigheter som ska säkerställa att en SGEI tillhandahålls och blir tillgänglig i den mening som avses i artikel 36 EUSGR.

Flera element talar för att även myndigheternas skyldigheter att säkerställa tillhandahållandet av en SGEI kan anses utgöra SGEI-uppgifter i den mening som avses i artikel 14 FEUF, bl.a. följande.

Artikel 1 i SGI-protokollet, som slår fast att nationella, regionala och lokala myndigheter har ett omfattande utrymme att tillhandahålla, beställa och organisera SGEI, kan anses vara ett konkret exempel på de principer som enligt artikel 14 FEUF ska göra det möjligt att fullgöra SGEI-uppgifter. Friheten att anpassa modellen för tillhandahållande (in-house, samverkan med andra myndigheter, upphandling, tillstånd) anses vara en princip som särskilt behövs för att myndigheter som har en skyldighet att säkerställa tillgången till en SGEI (exempelvis avgiftsfri sjukvård av god kvalitet till alla efter behov inom deras territorium) ska kunna fullgöra *sina* SGEI-uppgifter på godtagbara ekonomiska och finansiella villkor.

För en bred förståelse av begreppet "SGEI-uppgifter" i artikel 14 FEUF talar också att det är *myndigheternas* skyldighet att skattefinansiera vissa välfärdstjänster och ytterst ansvara för tjänstens kvalitet, kontinuitet och säkerhet som inom vissa välfärdssystem säkerställer en "rätt till tillgång till SGEI" som unionen enligt artikel 36 EUSGR ska erkänna. En sådan skyldighet borde kunna anses som en SGEI-uppgift enligt artikel 14 FEUF.

Påståendet att SGEI i den mening som avses i artikel 14 FEUF har en bred mening behöver inte stå i strid med skäl 70 i tjänstedirektivet som anger att

Tjänster får, i den mening som avses i detta direktiv och utan att det påverkar tillämpningen av artikel 16 i EG-fördraget, i detta direktiv betraktas som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse endast om de tillhandahålls för att uppfylla en särskild uppgift av allmänt intresse som den berörda medlemsstaten anförtrott tjänsteleverantören (egen understrykning).¹⁴⁴

Skäl 70 innebär att begreppet SGEI-uppgift ges en snäv betydelse i tjänstedirektivet, eftersom den förefaller avse bara de uppgifter som åvilar den leverantör som anförtrotts denna SGEI. Samtidigt anges i skälet att denna avgränsning av begreppet (snäva) mening i tjänstedirektivet inte påverkar tillämpningen av bestämmelsen i artikel 16 EG (numera artikel 14 FEUF).

För en bred förståelse av begreppet "SGEI-uppgifter", som i vissa regleringsmodeller innefattar även myndigheternas uppgifter att säkerställa att en SGEI blir tillgänglig kan även EU-domstolens resonemang om offentlig samverkan i den s.k. *Hamburg*-målet tala. Domen kommenteras nedan i avsnitt 2.6.1.2.¹⁴⁵

2.5.2 Tolkning av de nya EU-rättsbegreppen NSGI och SGI: en ekvation med många variabler

En bestämmelse om NSGI har införts i artikel 2 SGI-protokollet men begreppet är inte definierat i fördragen och har inte explicit tolkats i EU-domstolens praxis.

2.5.2.1 Kommissionens förståelse av begreppen SGI och NSGI: utveckling i meddelandena mellan år 1996 och 2011

Det bör här erinras om att begreppen SGI och NSGI har myntats av kommissionen i sina meddelanden om allmännyttiga tjänster innan de infördes i primärrätten och därmed blev rättsbegrepp. En rimlig utgångspunkt i analysen är därför att titta på hur kommissionen har förstått sina egna begrepp.

¹⁴⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

¹⁴⁵ Även om dessa element talar för att artikel 14 FEUF kan omfatta både företagsuppgifter att utföra tjänsten och i vissa regleringsmodeller även *myndigheternas* uppgifter att säkerställa utförandet av en SGEI, betyder det inte att myndigheternas *uppgifter* i sig är ekonomiska. Myndighetens obligatoriska uppgift kan ha administrativ karaktär.

Beträffande SGI förklarade kommissionen att den härrörde från gemenskapens rättspraxis i anslutning till begreppet SGEI i fördraget. Vidare menade kommissionen att begreppet SGI är bredare och "omfattar både affärsmässiga och icke affärsmässiga tjänster som myndigheter anser vara av allmänt intresse och som därför skall omfattas av *skyldigheten att tillhandahålla allmännyttiga tjänster*".¹⁴⁶ Neergaard förstår detta som att begreppet SGI kan betraktas som ett "moderbegrepp" för ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse (SGEI och NSGI).¹⁴⁷ Ett alternativt sätt att förstå kommissionens förklaring ovan är att SGI är allmännyttiga tjänster som har kopplats till skyldigheter att tillhandahålla den, och därmed inte bara är ett samlingsbegrepp utan rättslig innebörd utan ett *rättsligt grundelement som finns i både SGEI och NSGI*. Denna förståelse får stöd av rättspraxis som utvecklats efter *Hamburg* om undantag för samverkan mellan offentliga organ ger stöd för en sådan förståelse som ska ses i avsnitt 2.6.1.2.¹⁴⁸

Det verkar som om kommissionen förstår termen "allmännyttig tjänst" som en typ av tjänst som anses särskilt viktig ett samhällsperspektiv, medan termen SGI avser en sådan allmännyttig tjänst tillsammans med skyldigheter eller "uppgifter" som åläggs vissa aktörer för att uppnå mål av allmänt intresse, exempelvis att tillhandahålla tjänsten under särskilda villkor eller att säkerställa dess tillhandahållande under särskilda villkor. I denna förståelse består en tjänst av allmänt intresse av två grundelement, vilket kan visualiseras på följande sätt:

SGI = (1) allmännyttig tjänst + (2) grundelementet allmännyttig *obligatorisk* uppgift

Beträffande begreppet NSGI har Neergaard visat hur kommissionens förståelse verkar ha utvecklats mellan år 1996 (det första meddelandet om tjänster av allmänt intresse) och 2007.¹⁴⁹

146 Kommissionen, meddelande Vitbok om tjänster av allmänt intresse, KOM (2004) 374 slutlig, s. 22.

147 Neergaard U., 2013, s. 210.

148 Denna förståelse får också visst stöd av kommissionens uttalande att begreppet SGI i vitboken används bara när icke-ekonomiska tjänster avses eller när det inte behöver specificeras om det är fråga om ekonomiska eller icke-ekonomiska tjänster, Vitbok om SGI, s. 22.

149 Neergaard U., 2013.

I meddelandet om SGI år 1996 framhöll kommissionen att bestämmelserna i artikel 106 FEUF inte är tillämplig:

på områden av icke-affärsmässig karaktär, såsom obligatorisk skol- utbildning och social trygghet, eller på andra delar av de offentliga myndigheternas verksamhet (säkerhet, rättsväsen, diplomati, civilrätt). Dessa tjänsters bidrag till gemenskapens arbete är dock av allra största vikt, och ger upphov till samarbete och partnerskap på europeisk nivå. Det står däremot klart att tjänster i allmänhetens intresse som är av icke-affärsmässig karaktär, och de övriga delar av de offentliga myndig- heternas ansvar som avses ovan, inte kan behandlas på samma sätt som tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, utan endast behandlas av gemenskapen i en kompletterande roll, vilket också anges i fördragen.¹⁵⁰

I vitboken om SGI år 2004 uttalade kommissionen att SGEI omfattar vissa tjänster som tillhandahålls inom de stora nätverksamheterna transport-, post-, energi- och kommunikationstjänster, men även *annan ekonomisk verksamhet* som kopplas till särskilda skyldigheter.¹⁵¹

Meddelandet om sociala tjänster av allmänt intresse (härefter "SSGI") som kommissionen tog fram år 2006 (härefter "SSGI-meddelandet 2006") var tänkt att bemöta medlemsstaternas missnöje på grund av osäkerheten om huruvida sociala tjänster omfattades av unionens marknadsregler och i så fall under vilka förut- sättningar. Kommissionen hänvisade till EU-domstolens definitioner av "närings- verksamhet" på konkurrensområdet och till dess tolkning av tjänst vad gäller friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsrätten och ansåg att "[a]v detta följer att nästan alla tjänster på det sociala området kan betraktas som "närings- verksamhet" i den mening som avses i [artiklar 49 och 56 FEUF]".¹⁵² I SSGI- meddelandet 2006 var kommissionens uppfattning tydligen att endast verksam- heter förenade med utövandet av maktbefogenheter som polisväsendet, skatteväsendet, rättsväsendet och försvar kan betraktas som NSGI.

Beträffande tillämpligheten av fördragets regler om fri rörlighet och konkurrens på SSGI, önskade rådet i sina mötesslutsatser år 2010 att kommissionen skulle bedöma hur fri rörlighet och SSGI bör interagera för att främja "unionens sociala mål", med respekt av medlemsstaternas befogenheter "för att tillhandahålla kvalitetstjänster som möter användarnas specifika behov".¹⁵³ Kommissionen skulle vidare klargöra

150 Meddelande från kommissionen, Tjänster i allmänhetens intresse i Europa, OJ 1996 C 281/03, p. 18.

151 Kommissionen, meddelande Vitbok om tjänster av allmänt intresse, KOM (2004) 374 slutlig, s. 22.

152 Meddelande från kommissionen KOM (2006) 177 slutlig Genomförande av gemenskapens Lissabonprogram: Sociala tjänster av allmänt intresse i Europeiska unionen, s. 6-7.

153 Se Council Conclusions "Social Services of General Interest: at the heart of the European social model", 3053rd Employment, Social Policy, Health and Consumer, Council meeting Brussels, 6 December 2010, p. 19, min översättning. Hämtad den 5 februari 2018

och pröva tillämpligheten av unionens regler på SSGI, för att öka dessa reglers rättssäkerhet, med beaktande av tjänsternas uppgifter och speciella karaktär.¹⁵⁴ Mer konkret önskade rådet att kommissionen skulle klargöra, särskilt genom sin guide om SGEI eller vid behov andra instrument än lagstiftning, sin uppfattning om hur en social tjänst kan identifieras som en SGEI eller en NSGI.¹⁵⁵

Kommissionens sätt att bemöta dessa önskemål har varit att, med utgångspunkt i utvecklingen av EU-domstolens praxis, dels uppdatera sin vägledning om tillämpningen av EU-reglerna om tillämpningen av reglerna om statsstöd, upphandling och fri rörlighet SGEI, särskilt SSGI¹⁵⁶ (härefter "SGEI-vägledningen 2013), dels utarbeta en tredje rapport om SSGI som i skrivande stund är den senaste (härefter "SSGI-rapport 2013").¹⁵⁷

Det kan konstateras att kommissionen inte alls använder begreppet NSGI i SSGI-rapporten och endast använder begreppet NSGI en gång i SGEI-vägledningen 2013, vid punkt 86, där den klargör att finansieringen av tjänster av allmänt intresse av icke-ekonomisk natur inte omfattas av bestämmelserna om statligt stöd. Kommissionen resonerar i stället om skillnaden mellan "ekonomisk verksamhet" och "icke-ekonomisk verksamhet" inom konkurrensrätten och rätten om fri rörlighet. Detta kan anses avspegla rättspraxis i EUD eftersom domstolen hittills inte explicit använt begreppet NSGI i den mening som avses i artikel 2 i SGI-protokollet.

I dessa två dokument ger kommissionen emellertid en något mer systematiserad redogörelse av rättspraxis från EUD om verksamheter som inte har ekonomisk karaktär i konkurrenshänseende respektive fri rörlighet. Det blir tydligt att de två huvudgrupper som kandiderar om NSGI-karaktern är verksamhet förenad med utövandet av offentlig makt och verksamhet som uteslutande regleras efter solidaritetsprincipen.

http://csdle.lex.unict.it/Archive/LW/Press%20releases/Other%20press%20releases/20101213-093630_2010_Council_Concl_social_services_812enpdf.pdf

154 Ibid., p. 25, min översättning.

155 Ibid., under "Paragraph 25 of the draft Conclusions", s. 5.

156 Kommissionen, arbetsdokument SWD(2013) 53 final/2, 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.

157 Kommissionen, arbetsdokument SWD/2013/040 final, 3rd Biennial Report on Social Services of General Interest tillfogad kommissionens meddelande Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020, hämtad den 5 februari 2018 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52013SC0040>.

2.5.2.2 Ramen för tolkning av begreppet NSGI: artikel 2 SGI-protokollet och rättspraxis i EUD om begreppen "tjänst" (fri rörlighet) och "företag" (konkurrens)

En första utgångspunkt för tolkningen av begreppet NSGI är att systematiken i SGI-protokollet verkar konsolidera kommissionens uppfattning om att SGI är "moderbegreppet" för SGEI och NSGI, vilket som redan nämnts kan förstås så att SGI är en gemensam nämnare för SGEI och NSGI.

En ytterligare rättspolitisk utgångspunkt för tolkningen av begreppet NSGI är rimligen att införandet av bestämmelsen i artikel 2 SGI-protokollet konsoliderade befintlig rättspraxis om tolkningen av begreppen "tjänst" och "företag" och har inte ändrat hur dessa begrepp bör tolkas och för det talar följande. Protokollet har införts på Nederländernas initiativ och med stöd av vissa medlemsstater, bl.a. Frankrike. Regeringar som inte var positiva till dess införande hade ett begränsat politiskt förhandlingsutrymme eftersom befolkningen i Nederländerna och Frankrike hade förkastat det konstitutionella fördraget och att alla regeringar var angelägna att det mycket snarlika Lissabonfördraget skulle kunna rädda den problematiska situationen. I den mån protokollets innehåll inte gick längre än vad EUD redan hade fastställt, saknades det rättsliga skäl att motsätta sig dess införande i primärrätten.¹⁵⁸

Mot den bakgrunden bör tolkningen av begreppet NSGI i artikel 2 SGI-protokollet vara nära kopplad till begreppet "icke-ekonomisk verksamhet" i EU-domstolens praxis om tolkningen av begreppen "tjänst" och "företag" i fördragen. Tolkningen av begreppet NSGI måste också säkerställa att propositionen i artikel 2 SGI-protokollet stämmer överens med EU-domstolens praxis om den frihet som medlemsstaterna behåller vad gäller tillhandhållande, beställning och organisation av icke-ekonomiska tjänster. Beträffande tolkningen av andra element än begreppet NSGI i bestämmelsen i artikel 2 SGI-protokollet kan följande kommentar göras.

I bestämmelsen slås fast att "bestämmelserna i fördragen inte på något sätt påverkar medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera" NSGI. Vill man identifiera den exakta innebörden av denna deklaration, torde varje ord i bestämmelsen anses viktigt och därför kan följande frågor anses relevanta.

¹⁵⁸ Beträffande medlemsstaternas rättspolitiska utgångspunkter i denna fråga, hade kommissionen redan noterat i sin vitbok om SGI år 2004 att det "visserligen [fanns] ett visst intresse för ytterligare förtydliganden av vad som gäller för organisationer som tillhandahåller tjänster inom den sociala sektorn i enlighet med gemenskapsrätten och av ett skydd för icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse som en del av den europeiska sociala modellen, men [att det rådde] bred enighet om att gemenskapen inte [skulle] ges ytterligare behörigheter på område icke-ekonomiska tjänster, se Vitbok om SGI, 2004, s. 24.

För det första kan observeras att artikel 2 om NSGI-protokollet, till skillnad från artikel 1 första strecksatsen om SGEI, tar sikte på *medlemsstaterna* och inte på *myndigheter* på statlig, regional och lokal nivå. Termen "medlemsstaterna" kan emellertid antas avse staten i vid mening, dvs. staten samt myndigheter på nationell, regional och lokal nivå. Termen "beställa" tyder på att åtgärden innebär en anskaffning som inte kan ses som en upphandling i EU-rättens mening.¹⁵⁹

Vidare bör det uppmärksammas att det är termen *behörighet* och inte *frihet* som använts i bestämmelsen. Detta tyder på att det inte endast är *enskilda åtgärder* om tillhandahållande, beställning eller organisation av NSGI, utan också de nationella regler som ger stöd till denna *behörighet* att tillhandahålla, beställa och organisera som *inte alls* får påverkas. Om denna förståelse är korrekt innebär artikel 2 i SGI-protokollet att de nationella regler som gäller tillhandahållande, beställning och organisation av NSGI omfattas varken av reglerna om den fria rörligheten eller av reglerna om konkurrens och upphandling. Det är dock *bara de nationella reglerna som gäller dessa specifika åtgärder* (tillhandahållande, beställning och organisation) som inte påverkas av EU-rätten.

Här är det slutligen viktigt att påpeka att påståendet att NSGI inte alls omfattas av fördragen är inkorrekt. Det följer av rättspraxis i EUD att principen om icke-diskriminering och unionsmedborgarnas rätt till fri rörlighet (artiklarna 18 och 20.2a FEUF) kan påverka nationella regler som hänför sig till sociala tjänster, oavsett om dessa är ekonomiska eller icke-ekonomiska i medlemsstaterna, även inom utbildningsområdet och sjukförsäkringsområdet.¹⁶⁰ Nationella bestämmelser eller åtgärder som innebär en särbehandling av unionsmedborgare kan följaktligen hindras av dessa principer och behöva motiveras med tillämpning av proportionalitetsprincipen.¹⁶¹

2.5.2.3 Vad säger kommissionen och doktrinen om begreppet NSGI och vikten av gränsen mellan SGEI/NSGI för tillämpningen av EU-marknadsregler på offentliga tjänster?

Innebörden av begreppet NSGI kommer att diskuteras närmare i anslutning till redogörelsen av EU-domstolens praxis om begreppen "tjänster" och "företag" i kapitel 3. I följande avsnitt ges en allmän bild av några bedömningar som förts fram av kommissionen och i doktrin om vilka typer av icke-ekonomisk verksamhet NSGI kan vara och vad som karakteriserar NSGI.

¹⁵⁹ Att en viss tjänst är reglerad och organiserad som NSGI torde nämligen förutsätta att den inte *kan* anskaffas på ekonomiska villkor.

¹⁶⁰ Med koppling till utbildning se bl.a. domarna i mål 293/83 *Gravier* ECLI:EU:C:1985:69, p. 19-25 och 30-31, mål C-209/03 *Bidar* ECLI:EU:C:2005:169, p. 48, mål C-184/99 *Grzelczyk* ECLI:EU:C:2001:458 och mål C-147/03 *kommissionen mot Österrike* ECLI:EU:C:2005:427. Se dom i mål C-544/07 *Rüffler* ECLI:EU:C:2009:258, p. 88 om skatteregler med koppling till sjukförsäkringsavgifter. Se, med fokus på utbildning, Wehlander C. och Madell T., 2013, s. 482.

¹⁶¹ Se mål C-224/98 *D'Hoop* ECLI:EU:C:2002:432, p. 36.

I kvalitetsramen för SGI 2011 framhåller kommissionen att den har uppmanats att reda ut den rådande begreppsförvirringen, men att den är bunden av EU:s primär rätt och domstolens rättspraxis i samband med detta och att begreppen dessutom är dynamiska och stadda i utveckling.¹⁶² Kommissionen anger likväl sin uppfattning att "[NSGI inte omfattas] av någon särskild EU-lagstiftning och *ingår varken i fördragets regelverk för den inre marknaden eller i konkurrensreglerna*. Vissa aspekter av hur dessa tjänster organiseras kan omfattas av andra allmänna fördragsregler, t.ex. principen om icke-diskriminering (min kursivering)."¹⁶³

I denna bedömning anges inte vilka typer av icke-ekonomisk verksamhet (utövande av offentlig makt, verksamhet inom ramen för ett solidaritetsbaserat system eller annat) som kan betraktas som NSGI. Bedömningen fokuserar istället på vilka marknadsregler i fördragen som inte omfattar NSGI. Bedömningen är allmänt formulerad och kan uppfattas så att fördragets regler om den fria rörligheten inte alls är tillämpliga i fråga om NSGI. Den anger också att den allmänna principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet (som slås fast i artikel 18 FEUF) i viss mån kan begränsa organisationen av en NSGI.

Domaren Lenaerts bedömning är något tydligare vad gäller vilka verksamheter som kan betraktas som NSGI och nämner (1) verksamheter som är förenade med utövandet av offentlig makt, (2) SGI som helt styrs av solidaritetsprincipen och omfattas av statens kontroll och (3) tjänster som är förenade med statens fullgörande av sina uppgifter mot den egna befolkningen.¹⁶⁴ Han menar att det tydligaste särdrag som skiljer SGEI från NSGI är att de förra alltid gäller en "ekonomisk verksamhet" men att frågan huruvida verksamheten är ekonomisk inte prövas på samma sätt beroende på vilka fördragsregler som ska tillämpas i det aktuella fallet. Av detta följer att den princip om solidaritet som utgör grunden för NSGI utesluter tillämpningen av konkurrensreglerna men inte av reglerna om fri rörlighet och om EU-medborgarskap.¹⁶⁵

Jämfört med kommissionen och domare Lenaerts, anför Neergaard att begreppet NSGI bör tolkas mycket snävt eftersom hon bedömer att artikel 2 SGI-protokoll i princip innebära en total immunitet från unionens ingripande och ger NSGI "en mycket säker fristad".¹⁶⁶ Jag har i en tidigare studie kommit fram till att begreppet NSGI bör tolkas mycket snävt om artikel 2 SGI-protokollet inte ska få en urvattnad innebörd.¹⁶⁷

162 Kommissionens meddelande KOM (2011) 900 slutlig, En kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa, s. 3.

163 Ibid.

164 Lenaerts K., 2012, s. 1250.

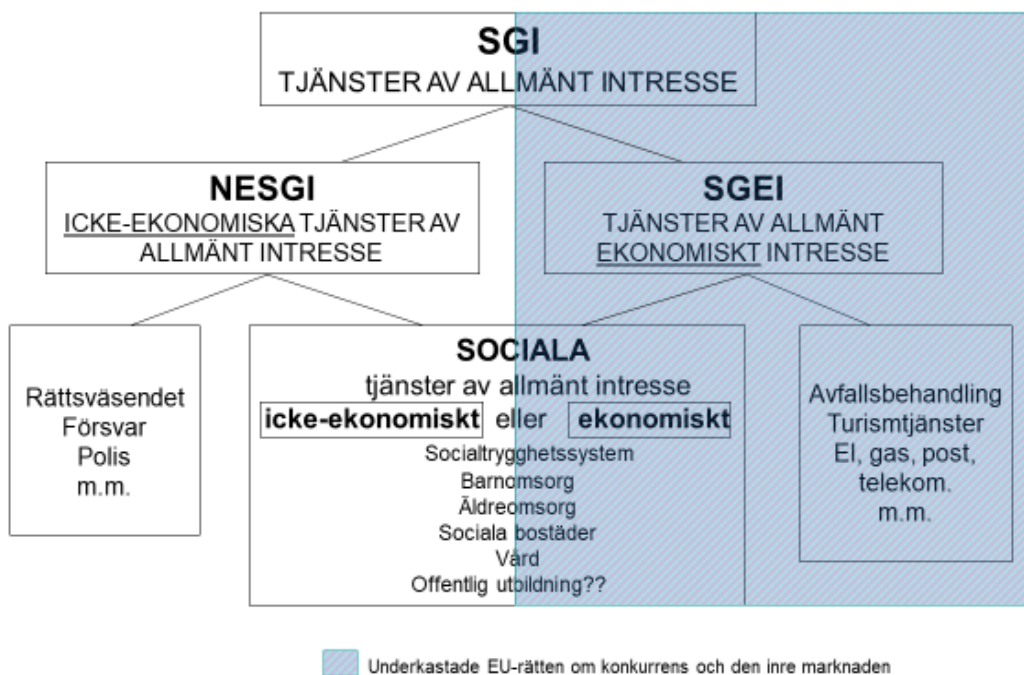
165 Ibid.

166 Szyszczak E., 2013, s. 319.

167 Wehlander C., 2015, s. 218-221.

Det kan således konstateras att rättsläget kommer att vara oklart så länge EUD inte klargör betydelsen av begreppen NSGI och/eller av bestämmelsen i artikel 2 SGI-protokollet, vilket enligt van de Gronden förr eller senare kommer att behöva ske i och med uppkomsten av SGEI som ett viktigt konstitutionellt begrepp.¹⁶⁸

EU-rättens påverkan på tjänster inom medlemsstaternas offentliga sektor: vikten av skillnaden SGEI/NESGI



Beroende om bestämmelsen i artikel 2 SGI-protokollet ges en vid tolkning både vad gäller begreppet NSGI och de åtgärder som inte alls ska påverkas av fördragets regler, har regeln en stor potential att utesluta påverkan av EU:s marknadsregler på medlemsstaternas åtgärder om allmännyttiga tjänster.

Som nämnts har Sylvan framfört en diskutabel tes om att begreppet NSGI kan anses omfatta varje tjänst som till huvuddelen är offentligt finansierad och helt eller nästan helt avgiftsfri för tjänstens mottagare. Om det är korrekt uppfattat, kopplar han denna mycket vida tolkning av begreppet NSGI till uppfattningen att artikel 2 SGI-protokollet tydligt utesluter varje begränsning av medlemsstaternas frihet när det gäller tillhandahållande, beställning och organisation av NSGI.

¹⁶⁸ Van de Gronden, 2013b, s. 283.

Under dessa två förutsättningar, en vid tolkning av både NSGI och av artikel 2 SGI-protokollet, blir Sylvans slutsats att "tesen att NSGI inte alls påverkas av EU-reglerna om upphandling inte är osannolikt".¹⁶⁹ Eftersom många sociala tjänster i Sverige i huvudsak är offentligt finansierade skulle hans tes innebära att ingen av dessa tjänster omfattas av EU-reglerna om upphandling. Förutom att tesen enligt min mening inte kan anses återspegla rättspraxis i EUD kan den betraktas som ett cirkelresonemang, där offentlig finansiering både är hönan och ägget, dvs. kontrakt som innefattar offentlig finansiering omfattas inte av upphandlingsreglerna eftersom de avser offentligt finansierad verksamhet.

Enligt Hatzopoulos är det onödigt att fokusera på begreppet "ekonomisk verksamhet" eftersom "även genuint icke-ekonomiska tjänster omfattas av upphandlingsreglerna om de externaliseras".¹⁷⁰ Denna mening återspeglar följande synsätt i kommissionens grönbok om SGI (2003):

*"Distinktionen mellan tjänster av ekonomisk respektive icke-ekonomisk karaktär är viktig eftersom tjänsterna omfattas av olika bestämmelser i fördraget. När det gäller till exempel principerna om icke-diskriminering och personers fria rörlighet så omfattar dessa tillgången till alla slags tjänster. Reglerna för offentlig upphandling tillämpas på varor, tjänster och arbeten för offentliga organ vad gäller både ekonomiska och icke-ekonomiska tjänster. Fördragets bestämmelser om etableringsfrihet, friheten att tillhandahålla tjänster, konkurrens och statligt stöd omfattar dock endast ekonomisk verksamhet. Artikel 16 i fördraget och artikel 36 i stadgan om de grundläggande rättigheterna omfattar dessutom endast tjänster av allmänt ekonomiskt intresse."*¹⁷¹

Om kommissionens och domare Lenaerts bedömningar är korrekta, uppstår i alla fall frågan hur dessa kan förenas med bestämmelsen i artikel 2 SGI-protokollet som försäkrar att EU-rätten inte på något sätt påverkar medlemsstaternas behörighet att organisera NSGI. Ett svar kan tänkas vara att bestämmelsen i artikel 2 FEUF utesluter att EU-rätten påverkar medlemsstaternas behörighet att organisera en NSGI, men inte utesluter att EU-rätten påverkar *hur* medlemsstaterna utövar sin behörighet att organisera en NSGI. Jag återkommer till denna fråga i avsnitt 3.3.

169 Sylvan M., 2016, s. 271-272, på engelska: "thus the notion that NESGI are not at all affected by EU rules on public procurement is not implausible."

170 "EU-minded people or Institutions need not militate in favour of an expansive vision of 'economic'. If it is true that genuinely non-economic activities carried out by the state fall outside the scope of EU law, it is also undisputable that, as soon as these same (non-economic) activities are to be awarded to some non-state actor, EU rules/principles on public procurement become applicable. Therefore, stressing the concept of 'economic' is neither necessary nor conducive for promoting EU orthodoxy." Se Hatzopoulos, 2011, s. 34.

171 Kommissionen, meddelande Grönbok om tjänster i allmänhetens intresse, KOM (2003) 270 slutlig, p. 43.

2.6 Relevans för EU:s upphandlingsregler av den nya EU-konstitutionella ramen om verksamheter i den offentliga sektorn

För verksamheter i den offentliga sektorn, särskilt på områden där medlemsstaterna har behållit sina befogenheter, är det uppenbart att primärrättens principer om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och tjänster av allmänt intresse har stor relevans. I detta avsnitt presenteras hur EUD och EU-lagstiftaren har tagit sig an dessa principer.

Innan ikraftträdandet av Lissabonfördraget och fram till antagandet år 2014 av de nu gällande direktiven hade EU-lagstiftning om upphandling ingen explicit och tydlig koppling till EU-principerna om SGEI och NSGI. Fiedziuk menar att EUD inte har tillräckligt och explicit beaktat regeln om SGEI i artikel 106.2 FEUF vid tillämpningen av EU-rättens upphandlingsregler,¹⁷² men som nämnts möjliggör bestämmelsens lydelse inte att den tillämpas för att balansera EU-rättens upphandlingsregler mot de upphandlande myndigheternas uppdrag av allmänt intresse.

Det står emellertid klart för kommissionen och för många författare att principer kopplade till begreppet SGEI har legat till grund för EU-domstolens rättspraxis om undantag från EU-rättens regler om upphandling för "in-house" och offentlig samverkan. Denna koppling uttrycks bl.a. av Caranta som skriver att reglerna om SGEI i artikel 14 FEUF och SGI-protokollet ger medlemsstaterna friheten att besluta om de vänder sig till marknaden för tillhandahållandet av varor och tjänster eller om de behåller produktionen av dessa varor och tjänster i egen regi.¹⁷³

I och med Lissabonfördragets ikraftträdande ska EUD se till att reglerna om upphandling i EU:s primärrätt och sekundärrätt tolkas så att de respekterar de grundläggande principerna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och tjänster av allmänt intresse. EUD kunde förväntas tillämpa sin karakteristiska teleologiska tolkningsmetod även vid tolkning av dessa principer och ge dem ett konkret innehåll i enskilda fall.

Vad gäller upphandlingsreglerna ska principerna också beaktas av EU-lagstiftaren – rådet och EU-parlamentet. Hur principerna i praktiken påverkar reglerna är delvis resultatet av en politisk förhandling, så länge EUD inte har gjort en rättslig tolkning av deras innebörd i förhållande till upphandlingsreglerna.

¹⁷² Fiedziuk N.A., 2013 a, s. 100–101.

¹⁷³ Caranta R., FIDE report 2014, s. 103.

2.6.1 Relevans av "icke-marknad" principerna i EU-domstolens rättspraxis på upphandlingsområdet: *Spezzino*, *Casta*, *Remondis*, *Hamburg*

2.6.1.1 *Spezzino*, *Casta*, *Remondis*: implicit och explicit respekt av den nationella identiteten i EU-domstolens praxis

I *Spezzino*¹⁷⁴, en dom meddelad år 2014, var frågan huruvida en nationell lag som föreskrev att tillhandahållandet av akuta och mycket akuta sjuktransporter i första hand, genom direkt tilldelning och utan offentlighet skulle anförtros åt frivilligorganisationer som ingått avtal med en myndighet, omfattades av de allmänna reglerna kunde anses förenliga med bl.a. de grundläggande friheter som följer av artiklarna 49 och 56 FEUF. EUD slog fast att verkningarna av avtalssystemet stred mot målen i unionsrättens mål på området för offentlig upphandling.¹⁷⁵ Domstolen fann emellertid att de grundläggande friheterna i artiklarna 49 och 56 FEUF inte hindrade en sådan nationell lagstiftning "i den mån den rättsliga och avtalsrättsliga ram inom vilken dessa organisationer utövar sin verksamhet faktiskt bidrar till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål beträffande solidaritet och budgetmässig effektivitet som lagstiftningen vilar på".¹⁷⁶

Fanø Petersen och Skovgaard Ølykke anser, enligt min mening riktigt, att EUD i *Spezzino* (bekräftad i det mycket snarlika målet *Casta*¹⁷⁷) har mildrat sitt synsätt på tillämpbarheten av upphandlingsreglerna på verksamheter som kan karakteriseras som SGEI.¹⁷⁸ Det bör nämligen noteras att EUD inte explicit hänvisade till principen om säkerställandet av SGEI-uppgifter i artikel 14 FEUF men underströk att de regionala föreskrifterna om akut sjuktransport syftade till att säkerställa "att denna tjänst, som har ett allmänt intresse, tillhandahålls under budgetmässiga omständigheter som innebär ekonomisk jämvikt" (min kursivering).¹⁷⁹ Domstolen underströk även att den regionala lagstiftning som föreskrev att frivilligorganisationer skulle delta i en tjänst av allmänt intresse motiverades av principerna om universalitet, solidaritet, god hushållning och lämplighet i linje med den princip om medborgarnas frivilligarbete som var fastställt i italiensk grundlag och lag om frivilligarbete.¹⁸⁰

Utan att hänvisa till särskilda bestämmelser i unionens primärrätt (artikel 2 FEU om EU:s värden och artikel 1 SGI-protokollet kan ha varit den implicita källan)

174 Domen i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440.

175 Ibid., p. 52.

176 Ibid., p. 66.

177 I *Casta* gör EUD en koppling mellan den möjliga motiveringen av nationella åtgärder på grunder av solidaritet och universalitet och "mål som unionsrätten beaktar". Se dom i mål C-50/14 *Casta* ECLI:EU:C:2016:56, p. 58.

178 Fanø Petersen C. and Skovgaard Ølykke G., 2016, s. 208. Akut sjuktransport hade ju redan karakteriserats som SGEI i *Ambulanz Glöckner*.

179 Domen i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440, p. 53.

180 Ibid., p. 53.

bestämde EUD att de mål som eftersträvades av den ifrågasatta lagstiftningen beaktas av unionsrätten.¹⁸¹ Domstolen pekade vidare på (1) medlemsstaternas vidmakthållna behörighet att utforma sina system för hälso- och sjukvård sitt utrymme för skönsmässig bedömning, och (2) att människors liv och hälsa ges högsta prioritet bland de värden och intressen som skyddas av fördraget, och fann att inom denna ram medlemsstaterna fick

- fastställa på vilken nivå de vill säkerställa skyddet för folkhälsan¹⁸²
- vidta åtgärder i syfte att säkerställa en kontinuerlig och tillräcklig tillgång till ett välavvägt utbud av vård av god kvalitet, att kontrollera kostnaderna och att motverka slöseri med ekonomiska, tekniska och mänskliga resurser¹⁸³
- göra bedömningen att för att uppnå målsättningarna privata aktörer som ansluts till systemet ska underkastas villkoret att verka utan vinstsyfte¹⁸⁴

Domen har i doktrinen kommenterats kritiskt, bl.a. av Sánchez-Graells som menar att domen är för blyg vad gäller förtydligandet av villkoren för tillämpningen av undantaget för SGEI i artikel 106.2 FEUF (eller på annan grund) till direkt tilldelning av akut sjuktransport till frivilligorganisationer och mer allmänt till civilsamhällets icke-vinstdrivande organ.¹⁸⁵ Domstolens motivering för sin slutsats att den nationella regleringen var förenlig med fördragen vilar i alla fall, inte explicit men tydligt, på alla element i den princip som artikel 14 FEUF slår fast, nämligen

- att det är en skyldighet för både unionen (inbegripet EUD) och medlemsstaterna att sörja för att SGEI omfattas av principer och villkor som gör det möjligt att fullgöra sina uppgifter, men
- att skyldigheten (och därmed behörigheten) att fastställa dessa principer och villkor ska uppfyllas med beaktande av unionens och medlemsstaternas respektive befogenheter.

181 Ibid., p. 54.

182 Ibid., p. 56 och 59.

183 Ibid., p. 57 och 59.

184 Ibid., p. 58 och 59.

185 Sánchez-Graells A., 2015. Se också Caranta R., 2016, s. 19 och 21, där Caranta anför att domen ”gräver ett stort hål i EU-upphandlingsrättsvävnad” (min översättning).

Vad EUD kan anses ha gjort i *Spezzino* och *Casta* är således att bekräfta att EU-reglerna om upphandling ska beakta fördragets principer om tilldelade befogenheter och om SGEI, även om dessa regler i grunden syftar till att underlätta den fria rörligheten för tjänster och säkerställa att konkurrensen i medlemsstaterna inte snedvrids utan blir så stark som möjligt. I domarna konkretiseras, med tillämpning av principen om tilldelade befogenheter, vilka principer och villkor för organisationen av SGEI i den mening som avses i artikel 14 FEUF som medlemsstaterna får besluta om inom ramen för sina vidmakthållna befogenheter inom det sociala området.

Det proportionalitetstest som EUD har använt sig av i *Spezzino* och *Casta* för att pröva de nationella reglerna förenlighet med EU-rätten kan karakteriseras som mildt, vilket tyder på att domstolen anser att unionen endast får utöva en kontroll av uppenbart missbruk beträffande tolkningen av de principer som det nationella sociala trygghetssystemet bygger på i det aktuella fallet. I *Spezzino* och *Casta* verkar domstolen således signalera att det är medlemsstaterna och inte unionen som har det första ordet om tolkningen av principer som universalitet och solidaritet på områden som ligger inom medlemsstaternas befogenheter.

I både *Spezzino* och *Casta* är relevansen av principen om tilldelade befogenheter implicit men säker.¹⁸⁶ Huruvida principen om respekten av den nationella identiteten har spelat roll i domstolens bedömning är däremot inte säkert men möjligt. I *Casta* uttalade EUD nämligen att tillämplig nationell rätt utgjorde en av de omständigheter som medförde att anlita frivilligorganisationer för utförandet av sjuktransporttjänster kunde vara motiverat av principerna om universalitet och solidaritet samt av ekonomisk effektivitet och ändamålsenlighet.¹⁸⁷ Den tillämpliga nationella rätten som grundade domstolens beslut gav rätt till frivilligorganisationer som saknar vinstsyfte en aktiv roll inom ramen för hälso- och sjukvården, med tillämpning av solidaritetsprincipen och subsidiaritetsprincipen i Italiens konstitution.¹⁸⁸

I *Remondis*¹⁸⁹ var det tydligare att principen om respekten av den nationella identiteten kan vara relevant för avgränsningen av tillämpningsområdet för EU-rättens upphandlingsregler. I domen slog EUD fast att det inte föreligger ett offentligt kontrakt när avtalet avser en omorganisation av befogenheterna inom en medlemsstat och att en sådan omorganisation omfattas av principen om respekten av medlemsstaternas nationella identitet.¹⁹⁰

186 Se domarna i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440, p. 55 och 58 och i mål C-50/14 *Casta* ECLI:EU:C:2016:56, p. 59.

187 Dom i mål C-50/14 *Casta* ECLI:EU:C:2016:56, p. 57.

188 Ibid., p. 9.

189 Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985.

190 Ibid., p. 37, 39, 40, 41.

2.6.1.2 *Hamburg*: fråga om SGEI-principen i artikel 14 FEUF implicit ligger till grund för undantag från upphandlingsreglerna

I *kommissionen mot Irland* fann EUD att ett finansieringsavtal mellan Dublin City Council (DCC) och den regionala hälsomyndigheten för att täcka DCC:s kostnader för att tillhandahålla akuta ambulanstransporter inte med säkerhet kan betraktas som ett upphandlingskontrakt, eftersom båda organen enligt irländsk lag var behöriga att tillhandahålla sådana tjänster.¹⁹¹ Domstolen gick därmed emot generaladvokaten, som ansåg att avtalet utgjorde en upphandling,¹⁹² och att EU-rättens upphandlingsregler inte hindrade att företaget skulle fullgöra uppdraget under godtagbara villkor, även om detta uppdrag kunde utgöra ett SGEI-uppdrag. Generaladvokaten ansåg därför att artikel 106.2 FEUF inte gav stöd för ett undantag,¹⁹³ men också att inget annat följde av artikel 16 EG (numera artikel 14 FEUF), vilket tyder på att hon ansåg att artikel 14 FEUF också kan ge stöd till undantag från (åtminstone vissa) upphandlingsregler i EU-rätten.¹⁹⁴

Det kan i alla fall påstås att de principer om SGEI som fastställdes genom Lissabonfördraget har tvingat domstolen att i *kommissionen mot Tyskland (Hamburg)* öka frihetsutrymmet för myndigheter vad gäller organisationen av allmännyttiga tjänster.¹⁹⁵ Det avtal som var aktuellt i målet hade slutits år 1995 mellan Hamburgs stads renhållningstjänst och fyra Landkreise i den tyska delstaten Niedersachsen. Genom avtalet förband sig Hamburgs stads renhållningstjänst att ställa en del av kapaciteten av en ny anläggning för avfallsförbränning till förfogande för de fyra Landkreise. Den som drev anläggningen hade ett avtal med Hamburgs stads renhållningstjänst och skulle få betalning för behandling av avfallet från de fyra Landkreise genom förmedling av Hamburgs stads renhållningstjänst.

Domstolen fann att avtalet syftade till att säkerställa ett uppdrag av allmänt intresse som följde av regler i avfallsdirektivet som gällde när avtalet ingicks.¹⁹⁶ Enligt dessa regler skulle medlemsstaterna vidta "lämpliga åtgärder för att främja en rationalisering av insamling, sortering och behandling av avfall", samt särskilt att tillse att avfallet omhändertas vid en så nära belägen anläggning som möjligt.¹⁹⁷ Enligt tysk rätt hade alla lokala myndigheter som var parter i avtalet en skyldighet att bortskafta avfall i enlighet med avfallsdirektivets krav.

191 Se dom i mål C-532/03 *kommissionen mot Irland* ECLI:EU:C:2007:801.

192 Förslag till avgörande av generaladvokat Stix-Hackl i mål C-532/03 *kommissionen mot Irland* ECLI:EU:C:2006:560, p. 99.

193 *Ibid*, p. 104–106.

194 Som redan nämnts följde EUD emellertid inte generaladvokatens linje och bedömde att den offentliga samverkan inte med säkerhet kunde betraktas som ett upphandlingskontrakt. Därmed behövde EUD inte pröva frågan om ett undantag med stöd av artikel 106.2 FEUF och inte heller med stöd av artikel 14 FEUF.

195 Dom i mål C-480/06 *kommissionen mot Tyskland (Hamburg)*, stora avdelningen, ECLI:EU:C:2009:357.

196 Rådets direktiv 91/156/EEG av den 18 mars 1991 om ändring av artikel 5.2 i direktiv 75/442/EEG.

197 *Ibid*, p. 37, med hänvisning till rådets direktiv 91/156/EEG av den 18 mars 1991 om ändring av artikel 5.2 i direktiv 75/442/EEG.

De lokala myndigheterna hade genom avtalet inrättat ett samarbete i syfte att säkerställa fullgörandet detta gemensamma uppdrag av allmänt intresse (*allmännyttigt uppdrag*).¹⁹⁸ Avtalet hade ett konkretare syfte att möjliggöra för Hamburgs stad att inrätta och låta driva en anläggning för avfallsbehandling på gynnsammast möjliga ekonomiska villkor tack vare avfallet från de närliggande Landkreise. För att kunna dra nytta av sådana skaleffekter hade inget beslut fattats om att inrätta anläggningen förrän de fyra berörda Landkreise hade samtyckt till att använda anläggningen och till de sammanhängande åtagandena.¹⁹⁹ EUD underströk också att samarbetsavtalet varken avsåg eller föregrep den offentliga upphandling som eventuellt skulle vara nödvändig för det konkreta genomförandet av verksamheten.²⁰⁰

Mot denna bakgrund slog EUD fast att ett samarbete i form av avtal mellan offentliga myndigheter inte äventyrar syftena med de EU-rättsliga reglerna om offentlig upphandling om samtliga följande villkor är uppfyllda:

1. avtalet syftar till att säkerställa att ett *allmännyttigt uppdrag* som är gemensamt för dessa myndigheter fullgörs,
2. avtalet ingås uteslutande av offentliga myndigheter och utan inblandning av någon privat avtalspart, så att ingen privat leverantör ges någon fördel i förhållande till sina konkurrenter,
3. genomförandet av samarbetet mellan myndigheterna uteslutande styrs uteslutande av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse.²⁰¹

Denna doktrin om samarbetsavtal mellan myndigheter har fastställts av den stora avdelningen i EUD och har bekräftats i *Lecce*²⁰², *Piepenbrock*²⁰³, *Comune de Pavia*²⁰⁴, och senast i *Datenlotsen*.²⁰⁵ Doktrinens tolkning är emellertid osäker, bl.a. avseende kravet att avtalet avser ett "allmännyttigt uppdrag" (villkor (1) ovan). Enligt Arrowsmith innebär kravet att uppdraget måste ha offentlig karaktär ("be public in nature"), vilket verkar innebära att det utgör en funktion som myndigheterna har anförtrotts i det allmänna intresset snarare än en ekonomisk verksamhet.²⁰⁶

198 Ibid., p. 37.

199 Ibid., p. 38.

200 Ibid, punkt 44.

201 Ibid., punkterna 44 och 47.

202 Dom i mål C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* ECLI:EU:C:2012:817, punkterna 34-35.

203 Dom i mål C-386/11 *Piepenbrock* ECLI:EU:C:2013:385, punkt 37.

204 Beslut i mål C-564/11 *Comune de Pavia*, se särskilt punkt 38.

205 Dom i mål C-15/13 *Datenlotsen* ECLI:EU:C:2014:303.

206 Arrowsmith S., 2011, s. 523-524.

Andra författare kopplar begreppet allmännyttigt uppdrag till begreppet SGEI. Damjanovic menar att *Hamburg*-domen tyder på att artikel 106.2 FEUF kan åberopas i förhållande till EU-lagstiftning om upphandling, men erkänner svårigheten att åberopa denna bestämmelse för att göra sådana undantag.²⁰⁷ Wiggen anser att verksamhetens SGEI-karaktär inte har varit den avgörande faktorn i *Hamburg* med argumenten att myndigheter i princip alltid agerar för att säkerställa sina allmännyttiga uppgifter och att SGEI-karaktären av tjänsten inte har räckt för att medge undantag från upphandlingsreglerna i tidigare domar. Samtidigt håller Wiggen med Karayigit om att domen verkar vara i linje med artikel 14 FEUF, att den samverkan som godkändes i domen kan ses som kopplad till en SGEI och att domen har vidgat myndigheters frihetsutrymme.²⁰⁸

Att *Hamburg*-doktrinen har sin implicita grund i primärrättens regler om tjänster av allmänt intresse verkar svårt att argumentera emot. Målet avgjordes av stora avdelningen, dvs. femton domare som måste ha vägt beslutets ord mycket noggrant, med tanke på doktrinen betydelse. Domstolen valde begreppen "allmännyttiga uppdrag" (på engelska: "public interest tasks")²⁰⁹ och "allmännyttiga uppgifter" (på engelska: "public service tasks")²¹⁰ för att beteckna de lokala myndigheternas lagstadgade skyldighet att säkerställa avfallets behandling i enlighet med kraven i avfallsdirektivet, särskilt kravet att avfallet omhändertas vid en så nära belägen anläggning som möjligt.

Termen "allmännyttigt uppdrag" används konsekvent av EUD som synonym för SGEI-uppdrag. Domstolen hade bl.a. i Sydhavnens redan förklarat att hanteringen av visst avfall under särskilda omständigheter kunde utgöra en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse.²¹¹ Detta terminologiska val kan knappast förstås så att *Hamburg*-doktrinen implicit bygger på artikel 106.2 FEUF, framfört allt med tanke på att de allmännyttiga uppdrag som avses i doktrinen är sådana som åligger offentliga organ i egenskap av *myndigheter* (och inte i egenskap av *företag*). Det terminologiska valet tyder i stället på att EUD ger SGEI, i den mening som avses i artikel 14 FEUF, en vid betydelse som innefattar myndigheternas eventuella skyldighet att säkerställa att tjänsten, i det allmänna intresset, produceras under lagbestämda villkor. Denna förståelse är helt koherent med principen i artikel 14 FEUF som kan anses kräva att unionen inom ramen för sina befogenheter ska sörja för att SGEI omfattas av villkor som gör det möjligt för deras uppgifter att fullgöras under godtagbara finansiella och ekonomiska villkor.

207 Damjanovic D., 2013, s. 1711.

208 Wiggen J., 2011, p. 162. Karayigit M., 2010, s. 190.a

209 Dom i mål C-480/06 *kommissionen mot Tyskland* ECLI:EU:C:2009:357, p. 45.

210 Ibid., p. 47.

211 Dom i mål C-209/98 *Sydhavnens Grus och Sten* ECLI:EU:C:2000:279, p. 76-77, som tillsammans med andra domar från EUD förklarar att avfallshantering räknas till möjliga SGEI i tjänstedirektivet, se artikel 17.1 e i direktiv 2006/123/EG.

Om denna förståelse är korrekt visar *Hamburg*-avgörandet att EUD såg sig tvungen att börja tillämpa fördragsprinciperna om SGEI i förhållande till EU-reglerna om upphandling.²¹² Domen avgjordes den 9 juni 2009, när alla medlemsstater redan hade ratificerat Lissabonfördraget som därmed skulle träda i kraft den 1 december 2009, dvs. sex månader senare.

En alternativ förståelse är att kommunernas skyldighet (enligt tysk lag och i samband med genomförandet av avfallsdirektivet) att *säkerställa* att avfallet skulle omhändertas så nära som möjligt betraktades av EUD som en NSGI, och att domstolen ansåg lämpligt att tillämpa bestämmelsen i artikel 2 i SGI-protokollet som snart skulle träda i kraft. Utgångspunkten vid prövningen i målet var i så fall att EU-rätten inte fick påverka kommunernas behörighet att organisera "sin" NSGI. Under sådana omständigheter kan EUD ha tolkat artikel 2 SGI-protokollet så att EU-rätten ändå får bestämma de villkor under vilka offentlig samverkan ska anses ligga inom ramen av "medlemsstatens behörighet att organisera en NSGI". Om denna alternativa förståelse av resonemanget i *Hamburg* är korrekt har EUD ansett att domen respekterade principen att EU-rätten inte påverkar *behörigheten* att organisera en NSGI, samtidigt som den fastslog att det ligger i domstolens befogenheter, för att säkerställa den inre marknadens funktion, att fastställa vad denna behörighet exakt får inbegripa.

2.6.2 Relevans av de "icke-marknad" principerna i 2014-direktiven

2.6.2.1 Den förändrade politiska och EU-konstitutionella kontexten förklarar att nya upphandlingsdirektiv föreslogs mycket kort efter antagandet av 2004-direktiven

2014-direktiven presenterades som ett viktigt marknadsinstrument i Europa 2020-strategin²¹³, en politisk agenda för att "uppnå smart och hållbar tillväxt för alla, samtidigt som den säkerställer att offentliga medel utnyttjas så effektivt som möjligt".²¹⁴ De presenterades också som en modernisering av regelverket för att använda offentliga medel effektivare, i synnerhet genom att underlätta små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling, och se till att upphandlande myndigheter kan utnyttja offentliga upphandlingar på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål.

Man bör dock komma ihåg att reformen av upphandlingsdirektiven även har presenterats av kommissionen som en del av EU-agendan "En ny kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa" (nedan kallad "SGI-kvalitetsramen")

²¹² Se Fiedziuk N. A., 2013, s. 113.

²¹³ Kommissionens meddelande av den 3 mars 2010 Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.

²¹⁴ Skäl 2 LOU-direktivet, skäl 3 LUK-direktivet och skäl 4 LUF-direktivet.

tillsammans med kommissionens paket från år 2011 om statsstödsregler för SGEI.²¹⁵ Det bör även noteras att kommissionen lade fram sitt förslag om nya direktiv endast sju år efter antagandet av de äldre direktiven från år 2004, knappt två år efter ikraftträdandet av Lissabonfördraget och rådets beslut att drastiskt förstärka den s.k. stabilitets- och tillväxtpaktens förebyggande åtgärder i reaktion till finanskrisen år 2008-2009.

Att kommissionen själv såg reformen som ett tillfälle för EU-lagstiftaren att uppfylla sin *skyldighet* att respektera principerna om SGI framgår av följande. I SGI-kvalitetsramen underströk kommissionen att i och med Lissabonfördraget har nya bestämmelser införts, nämligen artikel 14 FEUF, SGI-protokollet och artikel 36 i EUSGR, som också har fått samma rättsliga värde som fördragen, och förklarade att "[Det] är i detta nya sammanhang som kommissionen nu har beslutat att i en och samma kvalitetsram sammanföra en heltäckande grupp av åtgärder som rör tjänster av allmänt intresse".²¹⁶ Kommissionen förklarade vidare att "[För] kommande år betyder detta att EU:s lagstiftning fortsätter att förstärka den inre marknadens sociala dimension och ta bättre hänsyn till dessa tjänsters särskilda karaktär samt att ta sig an utmaningen att klara av detta på ett sätt som respekterar de värden som gäller kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling, allmän tillgång för alla samt användarnas rättigheter som nämns i [SGI-protokollet]".²¹⁷

Kommissionen ansåg dessutom att det nya "EU-konstitutionella" regelverket om SGI medförde en befogenhet för kommissionen att presentera sin vision för sociala tjänster i EU i följande termer: "[T]jänster av allmänt intresse inom utbildning, yrkesutbildning och sysselsättning intar en central plats i tillväxt och sysselsättningsagendan. I en kunskapsekonomi måste skolor, utbildningsanstalter och universitet vara av yppersta kvalitet för att *våra* ungdomar ska få den nya kompetens som behövs för nya typer av arbeten. Samtidigt har de nedskärningar som offentliga förvaltningar har tvingats genomföra och behovet av budgetkonsolidering gjort det nödvändigt att se till att högkvalitativa tjänster tillhandahålls på ett så ändamålsenligt och kostnadseffektivt sätt som möjligt (min kursivering)".²¹⁸

Det är således tydligt att politiska och juridiska skäl påkallade reformen av upphandlingsreglerna.

215 Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska Ekonomiska och Sociala kommittén samt Regionkommittén En ny kvalitetsram för tjänster av allmänt intresse i Europa KOM (2011) 900 slutlig.

216 Ibid., s. 2.

217 Ibid.

218 Ibid, s. 2, fotnoter uteslutna.

2.6.2.2 Nya principer om konkurrens, om iakttagandet av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter sociala och nya bestämmelser om SGEI och NSGI i 2014-direktiven

Två utvecklingsriktningar verkar finnas parallellt i reformen, den ena mot mer konkurrensinriktade regler och den andra mot regler som i större grad än i tidigare direktiv beaktar behovet att säkerställa allmänna intressen av social- och miljökaraktär. Dessa parallella trender illustreras kanske tydligast i artikel 18 LOU-direktivet. Som tidigare nämnts (avsnitt 2.2.4) fastställs i bestämmelsens första paragraf att principerna om upphandling inkluderar ett krav att inte på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Dock fastslås det i bestämmelsens andra paragraf att:

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektiva avtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.

Eftersom upphandlingsreglerna kan begränsa myndigheternas utrymme för att definiera de varor och tjänster som de anskaffar och hur de organiserar och säkerställer denna anskaffning, är det uppenbart att bestämmelserna i artikel 14 FEUF, SGI-protokollet och artikel 36 EUSGR är relevanta för utformningen av dessa regler. Detta markeras numera tydligt i 2014-direktiven som innehåller både bestämmelser och skäl om SGEI och NSGI.

Trots att reformen av upphandlingsdirektiven presenterades som en rättslig huvudåtgärd i SGI-kvalitetsramen, innehöll kommissionens första förslag inga referenser till SGI. Petersen och Skovgaard Ølykke anför att den ganska "spektakulära och oförutsedda" introduktionen av SGEI-bestämmelser i 2014-direktiven är resultatet av rådets och EU-parlamentets vilja, och undrar om kommissionen gav sitt stöd till detta eller inte hade något förhandlingsutrymme för att behålla sin ursprungliga version.²¹⁹ Före detta kommissionär Barnier har förklarat att han hade kopplat förslaget till artikel 14 FEUF om SGEI varje gång det hade varit möjligt mellan år 2010 och 2014, och att det viktigaste var att ta inspiration från artikel 14 FEUF och protokollet om tjänster av allmänt intresse för att "ändra tidigare attityder" och "ta steg framåt".²²⁰

²¹⁹ Fanøe Petersen C. och Skovgaard Ølykke G., 2016, s. 203–204.

²²⁰ Se intervjun (på franska) av Sophie Mosca med Michel Barnier, före detta kommissionär för den inre marknaden "Remettre les services publics au cœur du projet européen", EuroPolitics 2013-2014 Hors série, <http://www.philippejuvin.fr/wp-content/uploads/2014/01/D13113-Europolitics-HS-FR-4.pdf>, s. 24. Till frågan om varför kommissionen hade ändrat mening och valt att basera EU-reglerna om grundläggande banktjänster på en annan lagstiftningsgrund än artikel 14 FEUF svarade Michel Barnier (min översättning från franska): "sedan tre och ett halvt år har jag tagit stöd av artikel 14 och värdena i SGI-protokollet varje gång jag fick ett tillfälle. Jag tycker att vi har lyckats med det i fråga om statsstöd, offentlig upphandling, koncessioner, och tillgång en till grundläggande tjänster, med vårt förslag om grundläggande banktjänster. /.../ Det kan ännu finnas visst motstånd

Den politiska kompromissen om att göra SGI-principerna mer synliga i direktiven är viktig eftersom artikel 14 FEUF ålägger medlemsstaterna, när de genomför direktiven och inom ramen för sina befogenheter, att sörja för att SGEI omfattas av principer och villkor som gör det möjligt att fullgöra sina uppgifter. Oavsett denna kompromiss *ska* emellertid upphandlingsdirektiven generellt vara förenliga med principerna i EUF-fördraget, vilket redan underströks i de äldre direktiven.²²¹ I detta avseende spelar EUD en avgörande roll för att förena direktiven med fördragets principer. Bovis understryker att utvecklingen av direktiven om offentlig upphandling styrs av rättspraxis där EUD försöker kombinera de grundläggande principerna för offentlig upphandling med de grundläggande principerna i EU-rätten.²²² Trots att kommissionär Barnier presenterade införandet av SGEI-element i 2014-direktiven som ett politiskt beslut, kan det således påstås att kommissionen inte hade några *rättsliga grunder* för att neka den normativa relevansen av fördragets SGI-regler, inte minst för direktivens regler om upphandling av sociala tjänster.²²³

Den mest explicita hänvisningen till SGI-principerna återfinns i artikel 1.4 LOU-direktivet och LUF-direktivet, samt artikel 4.1 LUK-direktivet, med följande lydelse:

Detta direktiv påverkar inte medlemsstaternas frihet att i enlighet med unionsrätten definiera vad de anser vara tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, hur dessa tjänster bör organiseras och finansieras i enlighet med bestämmelserna om statligt stöd samt vilka särskilda krav de bör underställas. Detta direktiv påverkar inte heller myndigheters beslut om huruvida, hur och i vilken omfattning de önskar utöva offentliga funktioner själva, i enlighet med artikel 14 i EUF-fördraget och protokoll nr 26.

att använda dessa nya artiklar, men man ser en utveckling, det viktiga är att vi tar inspiration från dessa artiklar. Att vi går framåt.”

221 I skäl 1 i det upphävda klassiska direktivet 2004/18/EG underströks att "[o]ffentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt”.

222 Detta framgår av EU 2020 strategi, se Bovis C, 2013, The challenges of public procurement reform in the single market of the European Union Volume 14, Issue 1, pp 35–57 ERA Forum, Journal of the Academy of European Law.

223 Wehlander C., 2016, s. 343. Om EU-lagstiftaren ansåg sig tvungen att anta regler om sociala tjänster var den också tvungen att erkänna att upphandlingsregler kan påverka möjligheten för sociala tjänster av allmänt ekonomiskt intresse att fullgöra sina uppgifter, t.ex. när regler om kontraktens längd drabbar kontinuitetskrav inom äldreården.

I bestämmelsen garanteras medlemsstaternas frihet att "definiera" vad de anser vara SGEI-tjänster inom olika områden, *men inte att definiera EU-begreppet SGEI*.²²⁴ Vad gäller finansieringen av SGEI understryks att den ska ske i enlighet med bestämmelser om statligt stöd, vilket har betydelse för valet av upphandlingsförfarande. Det kan också noteras att bestämmelsen binder medlemsstaternas frihet att utöva *offentliga funktioner* själva med principerna i artikel 14 FEUF och SGI-protokollet.

I direktivens skäl (som inte är bindande) ger EU-lagstiftaren förklaringar om innebörden av primärrättens principer och regler om SGEI och NSGI inom ramen för direktiven.²²⁵ I skäl 6 andra paragrafen LOU-direktivet, skäl 6 LUK-direktivet och skäl 8 andra paragrafen LUF-direktivet anges exempelvis 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. /.../ icke-ekonomiska tjänster av allmänt intresse inte bör omfattas av detta direktivs tillämpningsområde.

Direktivens skäl är normalt avsedda att förtydliga innebörden av direktivens bestämmelser men vissa av dem väcker frågor som inte kan besvaras utan inblick i EU-domstolens rättspraxis. Man kan undra varför de ovan citerade skälen "klar-gör" att NSGI *inte* bör omfattas av direktivens tillämpningsområde, medan endast LUK-direktivet och LUF-direktivet (och inte LOU-direktivet) innehåller föreskrifter om att NSGI *inte ska* omfattas av dessa direktivs tillämpningsområde.²²⁶

Att de kriterier som avgör att en verksamhet är att anse som SGEI eller NSGI inte förklaras i direktiven utgör förstås ett problem för rättstillämparen och ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

224 Detta kan förklaras av det faktum att EU enligt post-Lissabon fördragen förväntas reglera principer och villkor för SGEI genom förordningar med artikel 14 FEUF som grund.

225 Skäl 6 och 7 LOU-direktivet, skäl 6 och 7 LUK-direktivet samt skäl 8 och 9 LUF-direktivet. Förklaringen till att LOU-direktivet saknar ett bindande undantag för NSGI är nog de genomförandeproblem som en sådan bestämmelse skulle skapa på grund av osäkerheten om vad NSGI är. Jämfört med verksamheter som omfattas av LOU-direktivet och LOU är alla verksamheter inom försörjningssektorn reglerade i EU-lagstiftningen om den inre marknaden och kan därför vara lättare att kategorisera som ekonomiska (förutom på vattenområdet). Beträffande koncessioner kan det konstateras att de förutsätter en ekonomisk risk som utesluter att verksamheten kan anses icke-ekonomisk.

226 Se artikel 4.2 LUK-direktivet och artikel 1.6 LUF-direktivet.

2.6.2.3 Direktivens principer och regler om upphandling av sociala tjänster: tydlig relevans av principerna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten, artikel 14 FEUF och SGI-protokollet

I 2014-direktiven införs bestämmelser om särskilda principer och grundläggande regler för upphandling av kontrakt om "sociala och andra särskilda tjänster" som överstiger tröskelvärden. Dessa bestämmelser konsoliderar rättspraxis i EUD enligt vilken dessa kontrakt omfattas av materiella regler som direkt följer av EUF-fördraget i kombination med unionens allmänna rättsprinciper. Bestämmelserna avspeglar också det faktum att unionen endast har begränsade befogenheter inom den sociala sektorn. Det enda materiella krav som ställs på upphandlande myndigheter är nämligen att de ska offentliggöra sina avsikter att tilldela kontrakt över tröskelvärdena och resultatet av upphandlingen genom meddelanden om upphandling och om kontraktstilldelning.²²⁷ Det enda krav som ställs på de nationella lagstiftarna är att införa regler som säkerställer att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer.²²⁸

I direktivens skäl anges att direktivens förfaranderegler för sociala tjänster och andra särskilda tjänster är lättare "med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet".²²⁹ I dessa skäl anges dock också att, vid fastställande av de förfaranden som ska användas för tilldelning av kontrakt för personliga tjänster, medlemsstaterna *bör* beakta artikel 14 FEUF och protokoll nr 26.²³⁰ Dessa skäl väcker därför frågan om det är sociala tjänsters "känslighet" eller deras SGEI-karaktär som motiverar de lättare reglerna. Frågan kan påstås få ett svar i direktivens bestämmelser om principer för tilldelning av kontrakt om sociala tjänster. Av enkelhetsskäl redogörs här enbart för principerna för tilldelning av kontrakt för sociala tjänster och andra särskilda tjänster i LOU-direktivet.

227 Artikel 75 LOU-direktivet, artikel 92 LUF-direktivet och artiklarna 31.3 och 32 LUK-direktivet.

228 Artikel 76.1 första meningen LOU-direktivet, artikel 93.1 första meningen LUF-direktivet.

229 Skäl 53 direktiv 2014/23/EU, skäl 114 direktiv 2014/24/EG och skäl 120 direktiv 2014/25/EU.

230 Skäl 114 direktiv 2014/24/EG och skäl 120 direktiv 2014/25/EU. Formuleringen i skäl 53 direktiv 2014/23/EU avviker något och lyder: "Medlemsstaterna *bör* se till att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter har möjlighet att beakta behovet av att säkerställa innovation samt, i enlighet med artikel 14 EUF-fördraget och protokoll nr 26, en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter".

Artikel 76 LOU-direktivet slår fast att:

1. Medlemsstaterna ska införa nationella regler för tilldelning av kontrakt som omfattas av detta kapitel för att se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer. Medlemsstaterna kan själva fastställa vilka förfaranderegler som är tillämpliga så länge dessa regler gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga.²³¹

2. Medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation. Medlemsstaterna får också föreskriva att valet av tjänsteleverantör ska göras på grundval av det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet med hänsyn till kvalitets- och hållbarhetskriterier för sociala tjänster.²³²

Dessa bestämmelser slår fast medlemsstaternas frihet att välja förfaranderegler för bl.a. sociala tjänster och att välja tilldelningsgrund, men begränsar samtidigt denna frihet eftersom den nationella lagstiftaren har en *skyldighet* och inte bara en möjlighet att:

- a. se till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om öppenhet och likabehandling av ekonomiska aktörer,
- b. göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga,
- c. se till att de upphandlande myndigheterna får beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation.

231 Artikel 76.1 andra meningen LOU-direktivet, artikel 93.1 andra meningen LUF-direktivet.

232 Artikel 76.2 LOU-direktivet, artikel 93.2 LUF-direktivet.

Medan skyldigheten (a) är direkt baserad på fördragets marknadsprinciper tillämpliga på upphandling, verkar det uppenbart att skyldigheterna (b) och (c) *de facto* följer av principerna om SGEI i artikel 14 FEUF, SGI-protokollet och artikel 36 EUSGR. Artikel 14 FEUF är nämligen *den enda bestämmelse som i de nu gällande fördragen ålägger medlemsstaterna att sörja för att verksamheter inom deras befogenhetsområde ska kunna fullgöra sina uppgifter*. Det är viktigt att notera att den lagstiftningsgrund som ligger till grund för direktiven är artikel 114 FEUF och att denna bestämmelse ger unionen rätten att harmonisera de nationella förfarandereglerna *endast* för att uppnå de mål som anges i artikel 26 FEUF, dvs. *bara* för att genomföra den inre marknaden. Det är således tveksamt huruvida unionen, inom ramen för EU-lagstiftning baserad på artikel 114 FEUF, fick ålägga medlemsstaterna *skyldigheterna* (b) och (c) ovan.

Artikel 76.2 första meningen LOU-direktivet, som föreskriver om skyldigheterna (b) och särskilt (c) ovan, utgör ett exempel på EU-kommissionären Barniers redan nämnda vilja att "ta inspiration" från artikel 14 FEUF och protokollet om tjänster av allmänt intresse för att "ändra tidigare attityder" och "ta steg framåt". Ett problem för detta angreppssätt är att SGEI-principen i artikel 14 FEUF inte bör ses som en inspiration för EU-lagstiftaren utan som en *norm* för både EU-lagstiftaren och medlemsstaterna i fråga om SGEI i unionens och medlemsstaternas rättssystem.

I Sverige har Lagrådet frågat varför sociala tjänster och andra särskilda tjänster (enligt Lagrådet en "lösligt bestämd grupp av tjänster") har undantagits från direktivets fulla tillämpning.²³³ Beträffande denna fråga förklaras i skäl 114 LOU-direktivet att kontrakt för personliga tjänster, t.ex. vissa sociala tjänster, hälso- och sjukvårdstjänster samt utbildningstjänster, över tröskelvärdet bör vara öppna på unionsnivå, men att medlemsstaterna bör ges stor frihet att organisera valet av tjänsteleverantörer på det sätt som de finner lämpligast med hänsyn till betydelsen av det kulturella sammanhanget och dessa tjänsters känslighet. I samma skäl anges att medlemsstaterna *bör* beakta artikel 14 EUF-fördraget och protokoll nr 26 vid fastställande av de förfaranden som ska användas för tilldelning av kontrakt för personliga tjänster. EU-lagstiftarens svar till Lagrådets fråga kan därmed anses vara att upphandlingsreglerna om sociala tjänster måste undantas från direktivets fulla tillämpning. Detta eftersom deras offentliga finansiering och beställning tyder på att de utgör tjänster av allmänt intresse vars uppgifter kan hindras av direktivets konkurrensprincip och förfaranderegler.²³⁴

233 Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016, Förslag till ett nytt regelverk om upphandling, s. 247.

234 Se skäl 114 LOU-direktivet.

2.6.2.4 Implicita eller nedtonade SGI-element i LOU-direktivet, t.ex. i undantaget för avtal mellan offentliga organ

2014-direktiven innehåller bestämmelser som konsoliderar EU-domstolens rättspraxis om undantag för avtal mellan offentliga organ. Artikel 12.4 i LOU-direktivet föreskriver att

Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande myndigheter inte ska omfattas av direktivets tillämpningsområde om samtliga följande villkor är uppfyllda

- a) *Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.*
- b) *Genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.*
- c) *De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet.*

Upphandlingsmyndigheten gör bedömningen att "offentliga tjänster" i villkoret (a) inte kan avse kommersiell verksamhet,²³⁵ men att vad som i övrigt krävs av de tjänster som ett samarbetsavtal kan avse är osäkert.²³⁶ Upphandlingsmyndigheten anser att "offentliga tjänster" i undantagets mening inte ska förstås så att det finns en skyldighet att tillhandahålla tjänsterna eller att det är fråga om SGEI.²³⁷ För det skulle tala följande tolkning av begreppet i skäl 33 LOU-direktivet:

alla typer av verksamhet som sammanhänger med fullgörandet av tjänster och ansvar som förelagts de deltagande myndigheterna eller som de påtagit sig ansvaret för, t.ex. obligatoriska eller frivilliga uppgifter för lokala eller regionala myndigheter eller tjänster som genom lag ålagts vissa organ. De tjänster som tillhandahålls av de olika deltagande myndigheterna måste inte nödvändigtvis vara identiska; de kan också komplettera varandra.

²³⁵ Upphandlingsmyndigheten, rapport 2017:3 Offentlig avtalssamarbeten – om s.k. Hamburgsamarbeten och inköpscentralers möjlighet att bedriva grossistverksamhet, s. 56.

²³⁶ Ibid., s. 64.

²³⁷ Ibid., s. 63.

Upphandlingsmyndighetens tolkning av undantaget för offentliga samverkansavtal är extensiv.²³⁸ Det är viktigt att notera att begreppet "offentliga tjänster" som används i LOU-direktivet (och LOU) avviker från de begrepp som EUD har använt i domen *Hamburg* och den förenade rättspraxisen, nämligen begreppen "allmännyttigt uppdrag"²³⁹ och "allmännyttig uppgift"²⁴⁰. Som tidigare nämnts tycks EUD ha använt dessa begrepp helt avsiktligt, vilket tyder på att den har grundat undantaget på artikel 14 FEUF och i så fall inkluderat myndigheternas eventuella SGI-uppgifter i begreppet SGEI.

EU-lagstiftarens avsikt med valet av termen "offentliga tjänster" verkar ha varit att öppna för generösare undantagsvillkor för samverkansavtal än de villkor som EUD har fastställt i rättspraxis.²⁴¹ EU-domstolens utgångspunkt i *Hamburg* var nämligen att undantaget för samverkansavtal mellan offentliga myndigheter inte ska äventyra upphandlingsdirektivets mål och grundläggande principer.²⁴² Detta talar för en strikt tolkning av domstolens villkor för undantaget, bl.a. kravet att avtalets föremål är ett "allmännyttigt uppdrag". Termen "uppdrag" tyder på att det är fråga om en *obligatorisk* uppgift för de myndigheter som är parter i avtalet.²⁴³

2.6.2.5 Principerna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten i direktiven

I och med expansionen av direktivets förfarandereglering av fler verksamheter (sociala tjänster) och fler kontraktstyper (tjänstekoncessioner), samt introduktionen av en princip om konkurrens i LOU-direktivet och LUF-direktivet,²⁴⁴ är det naturligt att principen om tilldelade befogenheter utgör en *implicit* norm för direktivets regler. Ett exempel är direktivets skäl om att direktiven inte bör påverka medlemsstaternas lagstiftning på området för social trygghet,²⁴⁵ och

238 Jfr Sánchez-Graells A., 2015.

239 Se domarna i mål C-480/06 *Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, p. 37 och i mål C-159/11 *Lecce* ECLI:EU:C:2012:817, p. 34, 37 och 40.

240 Se domen i mål C-480/06 *Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, p. 47.

241 Att terminologin i direktiven avviker från terminologin i domstolens rättspraxis kan också förklaras av följande. Hade EU-lagstiftaren konsoliderat undantaget för samverkansavtal mellan myndigheter i exakt de termer som EUD hade valt, hade bestämmelsen kunnat betraktas som att EU-lagstiftaren, precis som EUD, tillämpar artikel 14 FEUF och sörjer för att SGEI utförs på grundval av principer och villkor, särskilt ekonomiska och finansiella, som gör det möjligt för tjänsterna att fullgöra sina uppgifter. Att tillämpa artikel 14 inom ramen för upphandlingsdirektiv skulle dock strida mot fördragen eftersom artikel 14 FEUF ställer kravet att sådana bestämmelser fastställs i *förordningar*.

242 Dom i mål C-480/06 *Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, p. 47.

243 Om den "tolerans-marginal" och rättstillämpningsproblem som artikel 12.4 i LOU-direktivet har skapat jämfört med EU-domstolens villkor i praxis om offentligt-offentligt samarbete, se Sánchez-Graells A., 2015, s. 253–354.

244 Artikel 18.1 LOU-direktivet och artikel 36.1 LUF-direktivet.

245 Skäl 8 LOU-direktivet och LUF-direktivet, skäl 7 LUK-direktivet.

bestämmelser om att direktiven inte påverkar hur medlemsstaterna organiserar sina system för social trygghet.²⁴⁶

Vad gäller principen om respekten av den nationella identiteten är dess relevans för direktiven mer explicit, exempelvis i artikel 2.1 LUK-direktivet som slår fast att:

I detta direktiv erkänns principen om nationella, regionala och lokala myndigheters självstyre i överensstämmelse med nationell rätt och unionsrätt. Dessa myndigheter är fria att besluta om hur utförande av byggtreprenader eller tillhandahållande av tjänster bäst sker, särskilt för att säkerställa en hög nivå av kvalitet, säkerhet och överkomlighet, likabehandling samt främjande av allmän tillgång och användarnas rättigheter när det gäller offentliga tjänster.

Här kan också nämnas att kommissionens ursprungliga förslag om kriterier för horisontella samverkansavtal fick ändras eftersom vissa kriterier ansågs kunna påverka medlemsstaternas interna organisation i strid med principen om respekten av den nationella identiteten i artikel 4.2 FEU.²⁴⁷

Principen om respekten av den nationella identiteten får också ett särskilt uttryck i artikel 1.6 LOU-direktivet som lyder:

Överenskommelser, beslut eller andra rättsliga instrument för överföring av befogenheter mellan upphandlande myndigheter och ansvar för fullgörande av ett offentligt uppdrag som inte innebär att avtalade prestationer fullgörs mot ersättning ses som en del av medlemsstatens interna organisation och påverkas därmed inte på något sätt av detta direktiv.

I direktivet klargörs varken vad som menas med "ansvar för fullgörande av offentligt uppdrag" eller varför direktiven inte alls ska påverka sådana åtgärder. I *Remondis*, där artikel 1.6 LOU-direktivet ansågs tillämplig, förklarade emellertid EUD dels att en överföring av befogenheter som rör fullgörande av allmännyttiga uppdrag inte utgör ett offentligt kontrakt, dels att utgångspunkten är att befogenhetsfördelningen inom en medlemsstat skyddas genom artikel 4.2 FEU, dvs. principen om respekten av den nationella identiteten.

246 Artikel 1.5 LOU-direktivet och LUF-direktivet, artikel 4.1 LUK-direktivet.

247 Se Burgi M., 2014, s. 62–63.

2.7 Slutsatser

De post-Lissabon fördragen innehåller ett antal föreskrifter och icke-marknadsprinciper av stor betydelse för unionens och medlemsstaternas befogenheter vad gäller tjänster inom den offentliga sektorn, särskilt principen om tilldelade befogenheter i artikel 4.1 FEU och principen om respekten av den nationella identiteten, inbegripet det regionala och lokal självstyret i artikel 4.2 FEU. Dessa principer är tillämpliga över hela fördraget och kan anses få ett särskilt uttryck i reglerna och principerna om SGI, SGEI och NSGI i unionens primärrätt: regeln i artikel 106.2 FEUF om undantag för konkurrensbegränsande åtgärder som möjliggör att företag som har anförtrotts SGEI fullgör sina uppgifter, principen om skydd för SGEI-uppgifter i artikel 14 FEUF, SGI-protokollet som förtydligar principen i artikel 14 FEUF och slår fast att medlemsstaternas behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera NSGI inte alls påverkas av fördragen och rätten till tillgång till SGEI i artikel 36 EUSGR.

Dessa "icke-marknadsprinciper" i fördragen ska beaktas när EU-institutionerna, inbegripet EUD, tillämpar fördragens marknadsprinciper och regler på verksamheter inom den offentliga sektorn. EUD har förklarat att medlemsstaterna har en stor frihet att definiera *SGEI-uppdrag* men att SGEI utgör ett EU-begrepp med autonom EU-rättslig betydelse, vilket innebär att unionen får kontrollera att begreppet inte uppenbart missbrukas av medlemsstaterna. SGEI är inte definierat i EU-rätten, men EUD har uttalat att det är fråga om tjänster som har en *särskild karaktär* i jämförelse med annan ekonomisk verksamhet. Domstolens rättspraxis visar att de grundläggande element som ska finnas i tjänstens "särskilda karaktär" kan anses vara följande:

1. Verksamheten har särskild betydelse för att uppnå *mål av allmänt intresse* som unionen eller en medlemsstat, inom ramen för sina respektive befogenheter, har fastställt.
2. Verksamheten därför är kopplad till klara och tydliga *SGEI-uppdrag* som åläggs företag och/eller offentliga organ för att verksamheten ska utövas på bestämda villkor. Uppdraget ska vara *samhällsomfattande* (eller allmännyttig) och *obligatoriskt* till sin karaktär.
3. Det finns en marknad för liknande tjänster.

Relevansen av SGEI-karaktern av tjänster är tydlig inom konkurrens- och statsstödsrättens områden. Inte minst *Altmark* har särskild betydelse för den offentliga finansieringen av tjänster i den offentliga sektorn eftersom den slår fast att offentlig finansiering av offentliga tjänster inte utgör statsstöd när den avser ett företags SGEI-uppdrag och uppfyller fyra kriterier som säkerställer att SGEI-uppdraget är tydligt och transparent och att ersättningen för uppdraget uppfyller krav av proportionalitet och kostnadseffektivitet. De statsstödsregler som kommissionen antog med stöd av dessa kriterier, reviderade år 2011, har en stark funktionell koppling till upphandlingsreglerna i 2014-direktiven, särskilt vad gäller konkurrens på marknader för offentligt finansierade sociala tjänster.

Dessa icke-marknadsprinciper om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI har också relevans på upphandlingsrättens område. De kan anses ligga bakom EU-domstolens doktriner om kontrakt utan ett bestämt gränsöverskridande intresse och om "in-house"-kontrakt samt förklara domarna i *Spezzino*, *Casta*, *Remondis* och *Hamburg*.

Vad gäller begreppen NSGI och SGI i SGI-protokollet kan det konstateras att de inte heller är definierade i EU-rätten. En utgångspunkt kan dock anses vara att gränsdragningen mellan SGEI och NSGI är kopplad till EU-domstolens rättspraxis om tolkningen av begreppet ekonomisk verksamhet inom frirörlighetsrätten och konkurrensrätten.

Förstärkningen av de icke-marknadsprinciperna i fördragen avspeglas i de 2014-direktiven, inte minst i LOU-direktivet. Samtidigt som en konkurrensprincip har införts i LOU-direktivet, vilket konsoliderar EU-domstolens ympning av en konkurrensprincip på upphandlingsreglerna, har principerna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI/SGEI/NSGI fått många uttryck i direktiven, där de kompletterar de grundläggande principerna om respekt av de grundläggande friheterna, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det är uppenbart att 2014-direktiven inte bara konsoliderar rättspraxis om undantag från upphandlingsreglerna utan också erkänner att unionens upphandlingsregler kan begränsa myndigheters frihet att definiera, tillhandahålla, organisera och beställa offentliga tjänster och att fördragsprinciperna om tilldelade befogenheter, respekten av den nationella identiteten och om SGI/SGEI/NSGI därför är normerande för både utformningen och tolkningen av direktivens regler.

Beträffande sociala tjänster kräver 2014-direktiven att de nationella reglerna om upphandling inte bara ser till att de upphandlande myndigheterna följer principerna om transparens och likabehandling av ekonomiska aktörer, utan även gör det möjligt för de upphandlande myndigheterna att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga. De särskilda egenskaper som anges i direktivet är nästan identiska med de SGEI-egenskaper som återfinns i SGI-protokollet. Denna implicita hänvisning till SGEI förklarar de minimala förfarandekrav som direktiven ställer på upphandling av sociala tjänster.

I 2014-direktiven klargörs att de inte tillämpas på NSGI. Betydelsen av begreppet NSGI klargörs inte i direktiven och kommer således att förbli osäkert så länge EUD inte klargör den.

Det är numera klart att unionens post-Lissabon upphandlings- och statsstödsregler ger den politik som förs på unionsnivå stora möjligheter att direkt eller indirekt styra utvecklingen av välfärdsmodellerna i medlemsstaterna. LOU-direktivet, genomfört i LOU, och kommissionens regler om statsstöd till SGEI har således blivit en del av svensk välfärdslagstiftning, oavsett att Sverige på det sociala området formellt inte har överfört sina politiska befogenheter till unionen.

3 Analys av begreppet NSGI mot bakgrund av praxis i EUD om begreppen "tjänster", "varor" och "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i fördragens regler om fri rörlighet och konkurrens

I detta kapitel redogörs för EU-domstolens praxis om tolkningen av EU-begreppen tjänster och varor, vilka avgör tillämpligheten av fördragens regler om fri rörlighet, och av EU-begreppet företag som avgör tillämpligheten av fördragens konkurrensregler. Redogörelsen i avsnittet fokuserar främst på tjänsteverksamheter. Denna praxis har relevans både för

- tolkningen av begreppet NSGI,
- tolkningen av begreppet kontrakt i LOU:s mening,
- bedömningen huruvida de svenska regler som styr organisationen av offentligt finansierade tjänster över huvud taget omfattas av EU-principerna om fri rörlighet och icke-snedvriden konkurrens som ligger till grund för LOU.²⁴⁸

Redogörelsen i avsnitten 3.1 och 3.2 visar att gränsdragningen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet inom frirörlighetsrätten och konkurrensrätten konvergerar. Det stämmer att reglerna om fri rörlighet har ett vidare tillämpningsområde än konkurrens- och statsstödsreglerna vad gäller offentliga tjänster, men detta beror inte på att definitionen av en "ekonomisk verksamhet" varierar mellan dessa rättsområden. Det beror i stället på det faktum att en tjänst inte behöver vara ekonomisk för att dess *reglering* i nationell rätt ska kunna omfattas av reglerna om fri rörlighet.

EU-domstolen har formellt två olika definitioner av ekonomisk verksamhet, en på området om fri rörlighet (tjänst som utförs mot ersättning) och en på konkurrensområdet (tjänst som erbjuds på en marknad). Materiellt förefaller dock båda definitionerna i rättspraxis bygga på samma två grundkriterier: ett ersättningskriterium och ett samtyckeskriterium (som också kan betecknas som ett riskkriterium).

²⁴⁸ Exempelvis nationella regler som definierar särskilda skyldigheter för tillhandahållandet och/eller utförandet av vissa allmännyttiga verksamheter eller offentlig finansiering av en allmännyttig verksamhet med eller utan föregående upphandling.

Det förklarar att både EUD, EFTA-domstolen och kommissionen faktiskt använder definitionerna alternativt när de prövar huruvida en verksamhet i det enskilda fallet är ekonomisk. Att begreppet ekonomisk verksamhet har en enhetlig betydelse i hela EU-rätten är dessutom logiskt eftersom, som Hatzopoulos uttrycker det, "ett äpple är ett äpple".²⁴⁹

I avsnitt 3.3. dras slutsatser från avsnitten 3.1 och 3.2 om betydelsen av begreppet ekonomisk verksamhet och om typfallen när en verksamhet kan anses icke-ekonomisk inom ramen för en viss medlemsstats reglering.

Att begreppet ekonomisk verksamhet är enhetligt i EU-rätten samtidigt som reglerna om fri rörlighet har ett vidare tillämpningsområde än konkurrens- och statsstödsreglerna vad gäller nationell *lagstiftning* om offentliga tjänster har relevans för tolkningen av begreppet NSGI som analyseras i avsnitt 3.3.

3.1 Fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsrätten tillämpliga enbart för varor och tjänster i fördragets mening

3.1.1 Tjänster och varor i fördragets mening är sådana som *normalt* utförs mot ersättning, men inte nödvändigtvis utförs mot ersättning i det enskilda fallet

Man brukar säga att tjänster och varor är "entré-begrepp" för reglerna om fri rörlighet för tjänster och varor och om fri etableringsrätt, eftersom dessa principer enbart gäller sådana nationella regler och åtgärder som berör varor och tjänster i dessa reglers mening.

EU-begreppet "varor" är inte definierat i fördragen men EUD har uttalat att med varor enligt fördragen avses produkter som kan värderas i pengar och som i den egenskapen omfattas av handel.²⁵⁰ Med denna utgångspunkt har domstolen funnit att både el och avfall utgör varor i den mening som avses i artikel 34 FEUF. Trots att avfall kan anses ha ett negativt värde betraktas det som en vara i EU-rättens mening därför att dess behandling är föremål för handel baserad på en värdering av avfallets värde eller behandlingskostnad.²⁵¹

²⁴⁹ Hatzopoulos V., 2011, s. 4.

²⁵⁰ Dom i mål 7/68 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1968:51, p. 1.

²⁵¹ Se exempelvis domen i mål C-2/90 *Walloon Waste* ECLI:EU:C:1992:310, p. 26.

EU-begreppet "tjänster" är definierad i artikel 57 FEUF som:

prestationer som normalt utförs mot ersättning, i den utsträckning de inte faller under bestämmelserna om fri rörlighet för varor, kapital och personer.

Hur EUD kan anses tolka termen *normalt* i definitionen diskuteras i avsnitt 3.1.1.1 och hur domstolen har tolkat *utföra mot ersättning* i definitionen redogörs i avsnitt 3.1.1.2.

3.1.1.1 Termen "normalt" uttrycker att definitionen av tjänster i artikel 57 FEUF utgör ett abstrakt test som inte avgör huruvida verksamheten är ekonomisk i det enskilda fallet

Även om EUD hittills inte har förklarat vad termen "normalt" i artikel 57 FEUF exakt betyder, förefaller domstolen förstå den så att tjänster i fördragets mening är sådana tjänster som *generellt* anses vara föremål för handel. Detta betyder att det *kan finnas* marknadsaktivitet för dessa tjänster inom EU, att det är möjligt för en producent att göra vinst från interaktionen mellan utbud och efterfrågan av tjänsten.²⁵²

Termen "normalt" kan således förstås som ett grundläggande test för att bedöma om en sådan handel över huvud taget är möjlig för verksamheten. Huruvida det *kan finnas* en handel för en viss typ av tjänster inom EU är nämligen helt avgörande för att fördragets regler om fri rörlighet över huvud taget ska vara tillämpliga på nationella regler och åtgärder som hänför sig till denna typ av tjänst.

Tjänstens särskilda beskaffenhet är inte relevant för det abstrakta testet och kan inte hindra att nationella *föreskrifter* (i motsats till nationella administrativa åtgärder) som reglerar tjänstens tillhandahållande i landet omfattas av reglerna om fri rörlighet.²⁵³ Enligt fast rättspraxis omfattas medicinsk verksamhet av artikel 57 FEUF, utan att det i detta avseende skall göras skillnad mellan vård på sjukhus och vård som utförs utanför sjukhusen.²⁵⁴ Medicinsk verksamhet anses således utgöra en tjänst som (åtminstone i teorin) *kan* utföras mot ersättning. Konsekvensen blir att artikel 56 FEUF är tillämplig på *de nationella bestämmelser som hänför sig till medicinska tjänster*.²⁵⁵

252 Odudu anser, enligt min mening korrekt, att denna förståelse av "marknadsaktivitet" framgår av EU-domstolens rättspraxis om företagsverksamhet, se Odudu O., 2015, s. 616.

253 Se domarna i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 54, mål 279/80 *Webb* ECLI:EU:C:1981:314, p. 10, och mål C-158/96 *Kohll* ECLI:EU:C:1998:171, p. 20.

254 Se domen i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 53, med hänvisning till domarna i de förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone* ECLI:EU:C:1984:35, p. 16, mål C-159/90 *Society for the Protection of Unborn Children Ireland* ECLI:EU:C:1991:378, p. 18 och mål C-158/96 *Kohll* ECLI:EU:C:1998:171, p. 29 och 51.

255 Se domarna i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 54 och mål C-158/96 *Kohll* ECLI:EU:C:1998:171, p. 21.

Att en typ av verksamhet *normalt* utförs mot ersättning enligt definitionen i artikel 57 FEUF innebär att nationella regler som hänför sig till denna typ av verksamhet ska beakta de grundläggande friheterna. Detta även om verksamheten har särskild beskaffenhet i ett socialt eller miljörelaterat perspektiv och av den anledningen är föremål för omfördelningspolitik och offentlig finansiering.

Däremot räcker *inte* det faktum att en tjänst uppfyller det abstrakta testet ("kan i teorin utföras mot ersättning") för att dra slutsatsen att verksamheten i varje enskilt fall *är ekonomisk*. Vad gäller välfärdstjänster, för vilka medlemsstaterna har behållit sin politiska kompetens, kan det inte uteslutas att den nationella regleringen av en viss välfärdstjänst innebär att den utgör en icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse, en NSGI, inom denna stats territorium.

Bedömningen huruvida verksamheten *är ekonomisk* i frirörlighetsrättens mening ska göras *vid en bedömning i det enskilda fallet*. Detta förklarar att EUD, i mål där det varit fråga om nationella regler om sjukvård eller socialförsäkring stred mot den fria rörligheten för tjänster, inte har nöjt sig med att först konstatera att sådana tjänster "normalt" utförs mot ersättning (abstrakt test), utan också har prövat (vid en bedömning i det enskilda fallet) om den tjänst som var aktuell i målet var *faktiskt* utförd mot ersättning, och därmed kunde anses som en ekonomisk verksamhet.

3.1.1.2 EU-domstolen tolkar "utföra mot ersättning" i artikel 57 FEUF funktionellt och i ett operatörsperspektiv

Utförs mot ersättning \Leftrightarrow (1) operatören utför inte tjänsten utan denna ersättning och (2) operatören tar risken för utförandet med dessa finansiella villkor.

EUD slog fast i *Humbel* att det viktigaste kännetecknet på begreppet "ersättning" i den mening som avses i artikel 57 FEUF är att

- a. denna utgör den *ekonomiska* motprestationen för tjänsten i fråga och
- b. normalt bestäms genom överenskommelse mellan leverantören och tjänstemottagaren.²⁵⁶

²⁵⁶ Dom i mål 263/86 *Humbel* ECLI:EU:C:1988:451, p. 17.

I alla domar där EUD prövat frågan huruvida den verksamheten som var aktuell i målet utgjorde en tjänst i EU-rättens mening har domstolen explicit upprepat satsen (a), medan satsen (b) ofta har varit mer implicit i domstolens resonemang.²⁵⁷ Satsen (b) och ordet "normalt" i denna sats är dock viktiga eftersom de tyder på att ett vederlag inte nödvändigtvis behöver ha bestämts genom överenskommelse mellan leverantören och tjänstemottagaren för att anses som en ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF. Det väsentliga för att det ska vara en "ekonomisk motprestation" bör i stället anses vara att vederlaget kan ses som ett *pris* för prestationen i fråga, vilket i en marknadsekonomi förutsätter ett visst mått av *fri vilja* hos den som utför prestationen och den som betalar denna. Detta kan ses så att operatören tar den *ekonomiska risken* att utföra prestationen för en viss ersättning.

Ersättning behöver inte komma från tjänstens mottagare utan offentlig finansiering kan under vissa villkor betraktas som ersättning för tjänstens utförande

Det är fast rättspraxis att omständigheten att tjänsten betalas av tredje man, oftast staten vad gäller sociala tjänster, inte utesluter att betalningen betraktas som en ersättning. Detta fastställdes generellt i *Bond van Adverteerders*, där EUD uttalade att friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF omfattar *alla* tjänster som *normalt* utförs mot ersättning och att detta inte kräver att tjänsten betalas av den som mottar den.²⁵⁸ I *Smits och Peerbooms*, *Müller-Fauré* och *Skandia* klargjorde EUD att även sjukhusvård, vård utanför sjukhus och socialförsäkring som inte betalas av dess mottagare under vissa villkor kan anses vara utförd mot ersättning och därmed utgöra en tjänst i den mening som avses i artiklarna 56 och 57 FEUF.²⁵⁹

I *Smits och Peerbooms* gjorde EUD klart att offentlig finansiering av sjukvård i ett nationellt system där sjukvården mottas av patienterna utan avgift kan betraktas som ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF. I målet var frågan bl.a. om lagkrav på förhandstillstånd för att personer anslutna till försäkringskassan i Nederländerna skulle kunna söka sjukhusvård i en annan medlemsstat och därefter göra anspråk på återbetalning från den nederländska sjukförsäkringskassan, stred mot den fria rörligheten för tjänster.

²⁵⁷ Se domarna i bl.a. mål C-109/92 *Wirth* ECLI:EU:C:1993:916, p. 15, mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 58, mål C-422/01 *Skandia och Ramstedt* ECLI:EU:C:2003:380, p. 23, mål C-76/05 *Schwarz och Gootjes-Schwarz* ECLI:EU:C:2007:492, p. 38, mål C-318/05 *kommissionen mot Tyskland* ECLI:EU:C:2007:495, p. 67 och mål C-281/06 *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816, p. 29.

²⁵⁸ Dom i mål 352/85 *Bond van Adverteerders* ECLI:EU:C:1988:1, p. 16. I fråga om idrottsverksamhet se domen i de förenade mål C-51/96 och C-191/97 *Deliège* ECLI:EU:C:2000:199, p. 56.

²⁵⁹ Bland annat i domarna i mål 352/85 *Bond van Adverteerders* ECLI:EU:C:1988:196, p. 16, och mål C-385/99 *Müller-Fauré och van Riet* ECLI:EU:C:2003:270, p. 103, mål C-422/01 *Skandia* ECLI:EU:C:2003:380, p. 24.

EUD erinrade först om att omständigheten att en sjukhusbehandling finansieras direkt av sjukförsäkringskassorna på grundval av avtal och förutbestämda taxor under alla omständigheter inte utesluter att en sådan behandling omfattas av artikel 57 FEUF.²⁶⁰ Därefter gick domstolen in på frågan om avgiftsfri sjukhusbehandling inom ramen för det nederländska systemet kunde betraktas som tjänster i den mening som avses i artikel 57 FEUF. EUD förklarade att utbetalningarna av sjukförsäkringskassorna inom ramen för det lagbaserade avtalssystemet utgjorde, *även om de var schablonmässiga*, den ekonomiska motprestationen för sjukhus-tjänsterna och hade "otvivelaktigt karaktären av ersättning för den sjukhusinrättning som erhöll dem" och som bedrev ekonomisk verksamhet.²⁶¹ Det var således avgörande att betalningarna utgick på grund av *avtal*, dvs. i omständigheter som ger leverantören möjligheten att *godkänna om den ska utföra tjänsterna för de erbjudna taxorna*.

Begreppet ersättning tolkas i ett operatörsperspektiv även på utbildningsområdet.

Det kan noteras att själva definitionen av tjänster i artikel 57 FEUF tar sikte på tjänstens *utförande*, inte på dess mottagande, och på det sättet redan kan anses uttrycka ett operatörsperspektiv. Trots att utbildning ännu framstår som i viss mån à part i rättspraxis om tolkningen av begreppet tjänst tenderar EUD även på detta område att tolka begreppet mot ersättning funktionellt och i ett operatörsperspektiv snarare än i ett systemperspektiv.

Som ska ses i 3.1.2.3 valde EUD i *Humbel* att använda det som kan beskrivas som ett "statligt systems resonemang", där skolutbildning som utförs med statens finansiering och med statens syfte inte utgör tjänst i fördragets mening. Däremot förklarade domstolen i *Wirth* att kurser vid undervisningsinrättningar som huvudsakligen finansieras med privata medel, bland annat av elever och deras föräldrar, utgör tjänster i den mening som avses i artikel 57 FEUF, eftersom *skolans syfte* är att erbjuda en tjänst mot ersättning.²⁶² Domstolen slog fast att den privata finansieringen inte behöver komma från eleverna eller deras föräldrar, utan de avgörande omständigheterna var att inrättningen (a) finansierades av privata medel och (b) hade till syfte att erbjuda en tjänst mot ersättning.

²⁶⁰ Dom i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 56.

²⁶¹ Dom i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 58.

²⁶² Dom i mål C-76/05 *Schwarz* ECLI:EU:C:2007:492, p. 40 som hänvisar till domen i mål C-109/92 *Wirth* ECLI:EU:C:1993:916, p. 17.

Att operatörens perspektiv på finansieringen är avgörande var också tydlig i *Schwarz*. Målet avsåg en tvist mellan makarna Schwarz, båda tyska medborgare med hemvist i Tyskland, och den tyska skattemyndigheten som vägrade att bevilja makarna ett skattemässigt avdrag för skolavgifter som de hade betalat för deras barns skolgång i Skottland. Skattemyndigheten hade grundat sitt beslut på den nationella lagstiftning som föreskrev att skatteavdrag enbart gällde skolavgifter till vissa tyska privatskolor. Frågan var om skolundervisningen i Skottland utgjorde en tjänst i EU-rättens mening och om makarna Schwarz därmed kunde åberopa artikel 56 FEUF för att ifrågasätta den tyska skatteregel som särbehandlade en sådan tjänst.

EUD förklarade att frågan kunde avgöras utan att pröva om skolorna i den medlemsstat där eleverna hade sitt hemvist och som var tillåtna och erkända i denna medlemsstat tillhandahöll tjänster i den mening som avses i artikel 57 FEUF. Det *enda relevanta* var huruvida *privatskolan* i den andra medlemsstaten kunde anses tillhandahålla tjänster mot ersättning.²⁶³ EUD prövade således frågan i ett funktionellt operatörsperspektiv (den skotska skolan) i stället för att resonera om skolutbildning var en tjänst inom ramen för det tyska systemet.

Denna utveckling bekräftades i *Jundt*, där den bakomliggande tvisten rörde ett beslut av den tyska skatteförvaltningen om att det arvode som en tysk advokat hade fått för att undervisa som bisyssla vid ett universitet i Frankrike inte utgjorde en sådan ersättning som var befriad från inkomstskatteplikt i Tyskland.²⁶⁴ Den tyska skatteförvaltningen tillämpade därvid tyska regler som begränsade en sådan skattebefrielse till ersättning från tyska offentligt rättsliga organ.

EUD bedömde att målet inte avsåg undervisningsverksamhet som utövades av universiteten själva och som finansierades av den offentliga budgeten, utan i stället som tjänster som externa fysiska personer som universiteten anlitar för att uppfylla sina uppgifter.²⁶⁵ Betalningen för dessa tjänster kunde således utgöra en ersättning från universitetet i fråga, varvid

*”den bestämmande faktorn avseende huruvida en verksamhet omfattas av fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster [är] dess ekonomiska karaktär. Verksamheten skall nämligen inte bedrivas utan att någon motprestation erhålls”.*²⁶⁶

²⁶³ Dom i mål C-76/05 *Schwarz* ECLI:EU:C:2007:492, p. 44.

²⁶⁴ Dom i mål C-281/06 *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816.

²⁶⁵ *Ibid.*, p. 31.

²⁶⁶ Dom i mål C-281/06 *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816, p. 32 (på engelska: “the activity must not be provided for nothing”).

Domstolen fann att det arvode som advokaten mottog från universitetet var att se som en ersättning för den prestation han tillhandahöll och som därmed utgjorde en tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF, oavsett om han hade undervisat på uppdrag av universitetet, en offentligrättslig juridisk person.²⁶⁷ I *Jundt* slog EUD således fast att *operatörens* verksamhet betraktas som en tjänst när den inte bedrivs utan motprestation. I målet erinrade domstolen om att tjänsten kan anses utförd mot ersättning även om den inte utförs med vinstsyfte.²⁶⁸

Schwarz och *Jundt* visar att EUD, även inom utbildningsområdet, väljer i relevanta fall att pröva frågan huruvida tjänsten utförs mot ersättning med utgångspunkt i operatörens syfte med verksamheten. Detta begränsar möjligheten att återropa formeln i *Humbel* om skolutbildning inom ramen för det nationella systemet (se nedan i avsnitt 3.1.2.2) för att utesluta att en icke-statlig skoloperatör utför tjänster mot ersättning.

Det bör noteras att EUD i *Wirth* och *Schwarz* bedömde att omständigheten att inrättningar finansierades *med privata medel* var relevant för prövningen, medan domstolen i *Jundt* inte fäste någon vikt vid frågan om föreläsarens arvode betalades av offentliga eller privata medel. Förklaringen kan anses vara att det var lättare i *Jundt* att se det ekonomiska sambandet mellan arvodet och den specifika tjänst som advokaten accepterade att utföra. I *Wirth* och *Schwarz* kunde däremot privat finansiering anses nödvändig för att avgöra om studentavgiften i operatörens perspektiv kunde betraktas som ett uttryck för skolans *syfte* att täcka sina kostnader för att erbjuda verksamheten.

Även uppdrag vars ramar och taxor fastställs av myndighet kan vara ersättning.

I *Josep Peñarroja Fa* var bakgrunden att Josep Peñarroja Fa hade fått avslag på sinaansökan om att bli upptagen på två franska domstolars förteckning över experter med behörighet att anlitas av domstol, under en period av två år, i egenskap av översättare från och till spanska. En fråga i målet var huruvida de franska lagregler som fastställde villkoren för att antas på sådana förteckningar stred mot friheten att tillhandahålla tjänster. EUD behövde därför först pröva frågan om arbetet i fråga utgjorde en tjänst i fördragets mening.

²⁶⁷ Ibid., p. 34.

²⁶⁸ Domarna i mål C-281/06 *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816, p. 33 och mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 50 och 52.

EUD fann att uppdrag till experter med behörighet att anlitas av domstol i egenskap av översättare inom ett förfarande vid den domstolen utgör tillhandahållande av en tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF.²⁶⁹ Domstolen slog fast att enbart den omständigheten att ersättningen bestäms enligt en taxa som fastställts av en myndighet, såsom i Frankrike var fallet vad avser experter som kan anlitas av domstol, saknar betydelse för hur det arbete de har anlitats för att utföra ska kvalificeras.²⁷⁰

Domstolen förklarade vidare att "den omständigheten att nämnda experter endast agerar på begäran av domstol, inom ett uppdrag vars ramar fastställs av domstolen, innebär vidare inte någon grundläggande skillnad jämfört med traditionella avtalsförhållanden vid tillhandahållande av tjänster. Det är inte ovanligt att leverantören och mottagaren av en viss tjänst i det avtal som binder dem kommer överens om att endera parten ska tillerkännas en viss bestämmanderätt, samtidigt som denna underställs de villkor som gäller prestationerna som ska tillhandahållas. En expert som ansöker om att upptas på en förteckning över experter med behörighet att anlitas av domstol måste under dessa omständigheter anses ha godtagit de särskilda regler varigenom dessa experters tjänster regleras, i synnerhet förfaranderegler som gäller domstolens befogenhet, vilken i varje enskilt fall avgör vad som ska översättas och de exakta villkoren för hur den översättning som experten har anlitats för att tillhandahålla ska komma till stånd."²⁷¹

3.1.2 Tjänster som inte utförs mot ersättning *hos en medlemsstat* faller utanför artiklarna 49 och 56 FEUF

Som redan sagts har EUD funnit att olika typer av verksamheter normalt kan anses utförda mot ersättning, trots att de har särskild beskaffenhet. Regleringen av verksamheten i vissa hänseenden kan emellertid medföra att dess tillhandahållande inte anses som en ekonomisk verksamhet *hos en viss medlemsstat*.

269 Dom i de förenade målen C-372/09 och C-373/09 *Josep Peñarroja Fa* ECLI:EU:C:2011:156, p. 40.

270 Ibid, p. 38 i analogi med dom mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 56.

271 Ibid., p. 39.

3.1.2.1 Verksamhet förenad i en medlemsstat med utövandet av offentlig makt utgör i medlemsstaten inte tjänster i fördragens mening

I artikel 51 första stycket FEUF anges att

Bestämmelserna [i kapitlet om etableringsrätt] ska omfatta, för den medlemsstat som är berörd, inte omfatta verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

I artikel 62 FEUF slås fast att bestämmelsen i artikel 51 FEUF också gäller på de områden som berörs av friheten att tillhandahålla tjänster.

Enligt fast rättspraxis ska undantagen i artiklarna 51 och 62 FEUF tolkas strikt på ett sätt som begränsar deras räckvidd till att endast omfatta vad som är absolut nödvändigt för att säkerställa de hänsyn som bestämmelserna ger medlemsstaterna rätt att skydda.²⁷² Sådana undantag ska endast tillämpas på verksamheter som i sig är direkt och specifikt förenade med utövande av offentlig makt.²⁷³ En sådan koppling förutsätter att det är fråga om ett tillräckligt kvalificerat utövande av särskilda befogenheter, av myndighetsbefogenheter eller av befogenheter att vidta tvångsåtgärder.²⁷⁴

Undantag enligt artikel 51 eller artikel 62 FEUF omfattar inte verksamhet

- som är underordnad och förberedande till utövande av offentlig makt²⁷⁵
- som inte innebär utövande av någon självständig beslutsbefogenhet inom ramen för direkt statlig tillsyn²⁷⁶
- som inte innebär tvångsåtgärder,²⁷⁷ eller utövande av befogenheter att använda tvång,²⁷⁸

²⁷² Se bl.a. domarna i mål C-451/03 *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti* ECLI:EU:C:2006:208, p. 45, mål C-114/97 *kommissionen mot Spanien* ECLI:EU:C:1998:519, p. 34 och mål 147/86 *kommissionen mot Grekland* ECLI:EU:C:1988:150, p. 7.

²⁷³ Se dom i mål C-160/08 *kommissionen mot Tyskland* ECLI:EU:C:2010:230 p. 78 och där angiven rättspraxis.

²⁷⁴ *Ibid.*, p. 79.

²⁷⁵ Dom i mål C-404/05 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2007:723, p. 44.

²⁷⁶ Se domarna i mål C-438/08 *kommissionen mot Portugal* EU:C:2009:651, p. 36 och 41, och mål C-327/12 *SOA Nazionale Costruttori* EU:C:2013:827, p. 53.

²⁷⁷ Dom i mål C-114/97 *kommissionen mot Spanien* EU:C:1998:519, p. 37.

²⁷⁸ Se dom i mål C-47/02 *Anker m.fl.* EU:C:2003:516, p. 61, och mål C-438/08 *kommissionen mot Portugal* EU:C:2009:651, p. 44.

- som kan särskiljas från den verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt.²⁷⁹

Att verksamhetens utförande förutsätter ett samarbete med organ som har offentliga maktbefogenheter, som poliskåren, innebär inte att dessa tjänster är förenade med utövandet av offentlig makt.²⁸⁰ Detsamma gäller verksamhet som utförs på uppdrag av en offentligrättslig enhet inom ramen för kontrakt som omfattas av offentlig rätt.²⁸¹

En komplettering av den genomgång av EU-domstolens rättspraxis som kommissionen har upprättat i sin handbok om genomförandet av tjänstedirektivet visar exempel på tjänsteverksamheter som anses *vanligtvis* inte vara direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt

- verksamhet som utövas av advokater,²⁸²
- verksamhet i privata bevakningsföretag utan tvångsmakt,²⁸³ och det gängse bidrag till upprätthållandet av den allmänna säkerheten som varje individ kan behöva lämna,²⁸⁴
- verksamhet som utövas av auktoriserade ombud i försäkringsföretag under direkt tillsyn av den belgiska myndigheten för försäkringsinspektion,²⁸⁵
- verksamhet som rör konstruktion, programvara och drift av datasystem,²⁸⁶
- notarieverksamhet såsom definieras i belgisk lag,²⁸⁷
- räddningstjänst,²⁸⁸
- den översättningsverksamhet som utövas av experter med behörighet att anlitas av domstol.²⁸⁹

279 Dom i mål 2/74 *Reyners* EU:C:1974:68, p. 47.

280 Dom i mål C-160/08 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2010:230, p. 84.

281 *Ibid.*, p. 85, med hänvisning till domen i mål C-281/06, *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816, p. 36–39.

282 Dom i mål 2/74 *Reyners* ECLI:EU:C:1974:68.

283 Domarna i mål C-465/05 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2007:781, mål C-514/03 *kommissionen mot Spanien* ECLI:EU:C:2006:63, mål C-283/99 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2001:307 och mål C-355/98 *kommissionen mot Belgien* ECLI:EU:C:2000:113.

284 Dom i mål C-114/97 *kommissionen mot Spanien* ECLI:EU:C:1998:519, p. 37.

285 Dom i mål C-42/92 *Thijssen* ECLI:EU:C:1993:304.

286 Domarna i mål 3/88 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1989:606 och mål C-272/91 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1994:167.

287 Dom i mål C-47/08 *kommissionen mot Belgien* ECLI:EU:C:2011:334, p. 123.

288 Dom i mål C-160/08 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2010:230.

289 Dom i de förenade målen C-372/09 och 373/09 *Josep Peñarroja Fa* ECLI:EU:C:2011:156, p. 45.

Vad gäller räddningstjänst har EUD exempelvis förklarat att rätten för dem som tillhandahåller sjuktransporter att använda sig av hjälpmedel som blåljus eller sirener, liksom rätten till fri väg enligt vägtrafiklagstiftning, visar på den avgörande betydelse som den nationella lagstiftaren har fäst vid folkhälsan i förhållande till allmänna trafikregler men inte i sig betraktas som direkt och specifikt förenade med utövandet av offentlig makt med avseende på de berörda leverantörerna, såvida inte dessa getts särskilda rättigheter eller befogenheter att vidta tvångsåtgärder i syfte att garantera att den offentliga makten upprätthålls.²⁹⁰

Bedömningen huruvida verksamheten är förenad med utövandet av offentlig makt ska således göras utifrån arten på verksamhetens aktuella göromål i sig och inte utifrån verksamhetsutövarens ställning som sådan.²⁹¹ I *kommissionen mot Italien* undersökte EUD huruvida bevakningsföretagens uppgifter *enligt de vid tiden för målet gällande italienska reglerna om deras verksamhet* kunde leda till att situationen i Italien skulle bedömas annorlunda än de situationer som domstolen redan hade prövat i sin tidigare rättspraxis om bevakningsföretag.²⁹² De då gällande italienska reglerna angav att bevakningsverksamheten inte innebar utövande av offentlig makt eller inskränkning av den personliga friheten, och företagen hade ingen rätt att utöva tvångsmedel.²⁹³ Italien kunde således inte påstå att privata bevakningsföretag i sin verksamhet ägnade sig åt upprätthållande av allmän ordning som kunde likställas med utövande av offentlig makt.²⁹⁴

Att allmän ordning och allmän säkerhet tillhör statens grundläggande uppgifter innebär att polisverksamhet, rättsväsendets verksamhet och försvarsverksamhet generellt anses vara förenade med utövandet av offentlig makt.²⁹⁵ Enligt GA Villalon är behörigheten att tillskriva statens vilja en handling, en bestämmelse eller ett agerande det som kännetecknar den offentliga makten i olika nationella traditioner. Han menar att det avgörande kriteriet för gränsdragningen mellan det offentliga och det privata enligt dessa traditioner är möjligheten att fastslå att en konkret vilja motsvarar statens allmänna vilja.²⁹⁶

290 Ibid., p. 81–82.

291 Dom i mål C-47/08 *kommissionen mot Belgien* ECLI:EU:C:2011:334, p. 176.

292 Dom i mål C-465/05 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:2007:781, p. 35.

293 Ibid., p. 39.

294 Ibid., p. 40.

295 Se exempelvis kommissions 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, SWD(2013) 53 final/2, s. 34.

296 Se förslag till avgörande av GA Villalon i mål C-47/08 *kommissionen mot Belgien* ECLI:EU:C:2010:513, p. 105.

Av ovan redovisade rättspraxis tycks det framgå att undantaget från bestämmelserna om friheten att tillhandahålla tjänster och om etableringsrätten för verksamhet förenad med utövandet av offentlig makt inte bör tolkas så att verksamheten, oavsett var inom EU, aldrig kan vara en tjänst. Undantaget kan snarare påstås innebära att verksamheten *i enlighet med den berörda medlemsstatens nationella reglering* inte utgör en tjänst som utförs mot ersättning. Ett annat sätt att uttrycka det är att verksamheten i denna medlemsstat, på grund av sin *natur* (exempelvis bevakning, övervakning, kontroll), sitt *syfte* (att bidra till genomförande av statens grundläggande uppgifter) och de regler som i denna medlemsstat gäller för verksamheten, *inte är ekonomisk i frirörlighetsrättens mening*.

3.1.2.2 Prestationer som utförs inom ramen för ett nationellt solidaritetsbaserat system som kontrolleras av staten utgör inte tjänster i fördragens mening: *Freskot, Kattner Stahlbau*

I *Freskot* skulle EUD bland annat pröva huruvida försäkringsdirektivet²⁹⁷, friheten att tillhandahålla tjänster och EU:s statsstödsregler utgjorde hinder mot grekiska regler som föreskrev att avgifter skulle tas ut vid försäljning och köp av nationella jordbruksprodukter och finansiera en offentlig organisation (ELGA) med ansvar för att förebygga och ersätta skador av naturrisker som orsakats jordbruksföretag i Grekland.

EUD fann att de förmåner som tillhandahölls av det offentliga försäkringsorganet inte utgjorde tjänster i den mening som avses i artiklarna 56 och 57 FEUF och därmed inte heller omfattades av försäkringsdirektivet.²⁹⁸ Domstolen bedömde att avgiften inte kunde betraktas som en ekonomisk ersättning av den försäkringen, av följande skäl:

- försäkringssystemets regler föreskrev obligatorisk anslutning för jordbrukarna och skyldighet för försäkringsorganet att utge förmånerna,
- den nationella lagstiftaren fastställde förmånerna och avgiften, vilka utgjorde de två viktigaste delarna av försäkringssystemet,
- staten bestämde även avgiftens utformning och sats, samt arten av och nivån på de förmåner som tillhandahölls av försäkringsorganet.²⁹⁹

297 Rådets direktiv 73/239/EEG av den 24 juli 1973 om samordning av lagar och andra författningar angående rätten att etablera och driva verksamhet med annan direkt försäkring än livförsäkring.

298 Dom i mål C-355/00 *Freskot* ECLI:EU:C:2003:298, p. 52.

299 *Ibid.*, punkterna 56–58.

När *varken* ELGA eller jordbrukarna bestämde avgiften eller prestationens exakta innehåll, hade den avgift (som uppbars av skattemyndigheten) i allt väsentligt karaktären av en pålaga som införts av lagstiftaren, och kunde inte betraktas som en ersättning.³⁰⁰

Det är viktigt att observera att EUD hänvisade till exakt samma omständigheter för att bedöma att ELGA:s försäkringsverksamhet, såsom definierad och reglerad i grekisk lag, inte utgjorde en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i fördragets bestämmelser om konkurrensrätt. Därmed var den offentliga organisationen ELGA inte ett företag i den mening som avse i artikel 107.1 FEUF (statsstöd).³⁰¹

EUD förde ett liknande resonemang i *Kattner Stahlbau*, i fråga om avgifter inom ramen för ett i Tyskland lagstadgat försäkringssystem mot olycksfall i arbetet och yrkessjukdomar, som samtliga företag är skyldiga att ansluta sig till. I systemet utgjorde försäringsskassorna offentlighetsrättsliga organ och var inte vinstdrivande.³⁰² Försäringen utgjorde en icke-ekonomisk verksamhet, både i konkurrens- och i inre marknads hänseende. Trots att försäringen inte utgjorde en tjänst i fördragets mening (den utfördes inte mot ersättning i det enskilda fallet), fann EUD att Tyskland var förpliktad att pröva huruvida *det lagstadgade systemet som sådant* var förenligt med den fria rörligheten med tillämpning av proportionalitetsprincipen, dvs. om systemet inte gick utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet att säkerställa den ekonomiska balansen i en del av det sociala trygghetssystemet.³⁰³

3.1.2.3 *Humbel*

I *Humbel* rörde den bakomliggande tvisten en avgift som en statlig skola i Belgien (Institut d'enseignement général et technique de l'État à Libramont) hade begärt för yrkesgymnasiekurser som den hade tillhandahållit en elev bosatt med sin familj i Luxemburg under åren 1984–1985, samtidigt som skolans kurser var avgiftsfria för elever bosatta i Belgien. Rättsfrågan var därför om kurserna var att anse som tjänster i fördragets mening och om avgiftens diskriminering av utländska elever kunde ifrågasättas med åberopande av den fria rörligheten för tjänster.

300 Ibid., p. 56–57.

301 Ibid., p. 78–79 jämfört med p. 56–58. Domstolen upprepade att den avgift som betalades in av jordbrukare huvudsakligen hade karaktären av en statlig pålaga och fäste därvid vikt vid att (1) det var den nationella lagstiftaren som fastställde förmånerna och avgiften, vilka utgjorde de två viktigaste delarna av försäkringssystemet och (2) staten bestämde också hur avgiften skulle utformas, däribland avgiftssatsen, samt arten av och nivån på de förmåner som tillhandahölls av försäkringsorganet.

302 Dom i mål C-35/07 *Kattner Stahlbau* ECLI:EU:C:2009:127.

303 Ibid., p. 93.

EUD gjorde bedömningen att det främsta kännetecknet för ersättning, nämligen att den utgör den ekonomiska motprestationen för tjänsten i fråga, saknades i fråga om kurser som utfördes inom ramen för det nationella skolsystemet och detta av två skäl:

- För det första hade staten, genom att upprätta och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning, inte avsett att bedriva verksamhet i vinstsyfte, utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare.
- För det andra finansieras ett sådant system i regel med medel ur den offentliga budgeten och inte av eleverna eller deras föräldrar.³⁰⁴

Under sådana omständigheter fann domstolen att kurser som tillhandahölls vid ett teknikinstitut som ingick i gymnasieutbildning inom ramen för det nationella skolsystemet inte kunde betraktas som tjänster i den mening som avses i artikel 59 EEG (numera artikel 56 FEUF). Det är viktigt att notera att tvisten i *Humbel* gällde en avgift för utbildning utförd av den belgiska staten *själv*,³⁰⁵ och att EU-domstolens resonemang tycks förutsätta ett system där både verksamheten som består i att *upprätta och upprätthålla systemet* och verksamheten som består i att *tillhandahålla tjänsten* utförs av aktörer som *alla* representerar staten och delar dess uteslutande sociala syfte.

I rättspraxis från EUD där domstolen prövar frågan om en viss undervisningsverksamhet utgör tjänster i fördragets mening nämns alltid resonemanget i *Humbel* om verksamheten i nationella utbildningssystem först.³⁰⁶ Samtidigt kan det konstateras att resonemanget nästan aldrig har använts på utbildningsområdet (med undantag av EFTA-domstolen i *Private Barnehager*³⁰⁷) och aldrig i fråga om andra sociala tjänster än utbildning.

I flera mål inom vårdområdet, bl.a. *Smits och Peerbooms* och *Watts*, åberopade många regeringar resonemanget i *Humbel* för att hävda att den vård som patienterna ville få ersättning för i hemstaten, men fick i andra medlemsstater, inte kunde ses som ekonomisk verksamhet.³⁰⁸

304 Dom i mål 263/86 *Humbel* ECLI:EU:C:1988:451, p. 18.

305 Skolan hette "statligt institut för allmän och teknisk utbildning" (min översättning), se domen i mål 263/86 *Humbel* ECLI:EU:C:1988:451, p. 2 (domen finns inte på svenska).

306 Se domarna i bland annat mål C-109/92, *Wirth* ECLI:EU:C:1993:916, p. 15 och 16, mål C-281/06 *Jundt* ECLI:EU:C:2007:816, p. 30, och mål C-76/05 *Schwarz och Gootjes-Schwarz* ECLI:EU:C:2007:492, p. 39.

307 Dom av den 21 februari 2008 i mål E-5/07 *Private Barnehager*, EFTA-Court Report 2008.

308 Domarna i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 49 och mål C-372/04 *Watts* ECLI:EU:C:2006:325, p. 91. I *Smits och Peerbooms* var det inte mindre än tolv medlemsstater som intervenerade i målet: Belgien, Danmark, Finland, Frankrike, Förenade kungariket, Irland, Island, Nederländerna, Norge, Portugal, Sverige och Tyskland. I *Watts* försökte de intervenerande regeringarna igen, förgäves igen, att åberopa *Humbel* för att hävda att vårdtjänster inom ramen för Storbritanniens hälsovårdssystem (NHS) inte var att betrakta som

EUD godtog inte detta argument och klargjorde att den *i första hand* skulle analysera huruvida verksamheten var ekonomisk eller inte med utgångspunkt i den enskilda situationen, och i den specifika operatörens perspektiv, och *bara i andra hand*, om verksamheten var ekonomisk och hindrades av de nationella reglerna, ta hänsyn till det "nationella systems perspektiv", dvs. bedöma om de nationella reglerna var proportionerliga till de allmännyttiga syften som de eftersträvade. Detta angreppssätt, som helt klart är avsett att liberalisera de nationella systemen, var möjligt i både *Smits och Peerbooms* och *Watts*.

I *Smits och Peerbooms* gick dock EUD ännu längre bort från resonemanget i *Humbel*. Domstolen analyserade inte bara huruvida den sjukvård som nederländska patienter hade fått utomlands kunde betraktas som en ekonomisk verksamhet utan även huruvida sjukvårdsverksamheten inom ramen för det nationella systemet i Nederländerna kunde anses ekonomisk. Domstolen uttalade att verksamheten är ekonomisk i ett sjukhusvårdssystem som det system som var aktuellt i Nederländerna, som finansieras av offentliga medel på grundval av avtal och förutbestämda taxor.³⁰⁹

Mot denna bakgrund är det tydligt att EUD har velat begränsa möjligheten att återropa resonemanget i *Humbel* och därigenom har kunnat fastställa att tillhandahållande av sociala tjänster, inklusive utbildning, kan vara att betrakta som en ekonomisk verksamhet vid en bedömning i det i enskilda fallet. På utbildningsområdet började EUD i *Jundt* och *Schwarz* tillämpa samma angreppssätt som i vårdmålen och därmed undvika sitt "nationella systems resonemang" i *Humbel*.

Resonemanget i *Humbel* är omöjligt att använda i nationella system där privata aktörer både med och utan vinstsyfte får tillhandahålla sociala tjänster (blandsystem), eftersom det bara tar sikte på lagstiftarens och finansiärens syfte (staten) och inte på operatörens syfte och villkor för sin verksamhet. Icke desto mindre fortsätter EUD att utgå från resonemanget i *Humbel* i domar om utbildning. Varför domstolen gör det analyseras i avsnitt 3.3.5.2.

3.1.3 "Ekonomisk verksamhet" i frirörlighetsrättens mening: definition, rekvisit och relevans för tillämpligheten av reglerna om fri rörlighet

I detta avsnitt är ambitionen att sätta ljus på en av de mest komplexa delarna av rättspraxis i EUD. Denna komplexitet kan påstås vara resultatet av EU-domstolens vilja att använda sin kreativitet för att öppna upp de nationella välfärdssystemen för konkurrens på den inre marknaden.³¹⁰

tjänster i fördragens mening, därför att NHS helt finansierades med skattemedel och att NHS-tjänster tillhandahölls avgiftsfritt.

309 Dom i mål C-157/99 *Smits och Peerbooms* ECLI:EU:C:2001:404, p. 56.

310 Med andra ord, om läsningen av detta avsnitt upplevs som svår, skjut inte budbäraren (för mycket).

I avsnitt 3.1.3.1 förklaras att EUD kan anses ha gett en definition av begreppet ekonomisk verksamhet på området för fri rörlighet, nämligen "verksamhet som vid en bedömning i det enskilda fallet utförs mot ersättning". Problemet är att termen "tjänst" används tvetydigt i domstolens praxis, för att beteckna både

- tjänster som *vid en bedömning i det enskilda fallet utförs mot ersättning* (verksamheten är ekonomisk, i det enskilda fallet), och
- tjänster som *vid en abstrakt bedömning, dvs. generellt, i teorin, skulle kunna utföras mot ersättning* (verksamheten kan vara ekonomisk, men är inte nödvändigtvis ekonomisk i det enskilda fallet).

I avsnitt 3.1.3.2 utvecklas hur det kan påstås vara främst denna tvetydighet i rättspraxis om begreppet tjänst som förklarar att fördragets regler om den fria rörligheten i vissa fall kan vara tillämpliga på nationella regler utan att konkurrensreglerna anses tillämpliga. Detta betecknas ofta som en asymmetri mellan rättsområdenas tillämpningsområden.

3.1.3.1 "Ekonomisk verksamhet" i fri rörlighetsrättens mening är verksamhet som åtnjuter de grundläggande friheterna i fördragen: definition och kriterier

Det har framförts ovan i avsnitt 3.1.1.1 att definitionen av tjänster i artikel 57 FEUF (prestationer som *normalt* utförs mot ersättning) kan betraktas som ett abstrakt test som avgör huruvida en typ av verksamhet kan vara föremål för handel. I linje med denna förståelse menar van de Gronden att ordet "normalt" i definitionen betyder att verksamheten har en "marknadsdimension" eftersom den "i en ideal värld" teoretiskt anses kunna tillhandahållas på en marknad.³¹¹

Följaktligen, när EUD i *Smits och Peerbooms* erinrade om att medicinsk verksamhet omfattas av tillämpningsområdet för artiklarna 56 och 57 FEUF, betydde det att denna typ av verksamhet teoretiskt anses kunna utföras på marknaden *men inte* att varje medicinsk verksamhet, oavsett dess reglering i en medlemsstat, utförs mot ersättning i denna medlemsstat.

Vi har sett att EUD i flera vårddomar (bl.a. *Smits och Peerbooms* och *Watts*) och utbildningsdomar (*Schwarz* och *Jundt*) valde att bortse från frågan huruvida den sjukvård eller den utbildning som var aktuell i målen utfördes mot ersättning inom ramen för de nationella systemen. Istället fokuserade domstolen på omständigheterna i den gränsöverskridande transaktionen mellan tjänsteutföraren och den som betalade för tjänsten (nämligen patienten i vårddomarna, elevernas familj i *Schwarz* och det franska universitetet i *Jundt*).

³¹¹ Van de Gronden, J. W., 2013, p. 127.

I vårddomarna räckte det således inte för domstolen att konstatera att det abstrakta testet var uppfyllt för att artikel 56 FEUF skulle kunna tillämpas med direkt effekt på de nationella reglerna (om krav på förhandstillstånd för ersättning av vård i andra medlemsstater). Bestämmelsen kunde tillämpas med direkt effekt enbart när domstolen hade funnit att patienterna i det enskilda fallet hade tagit emot en *ekonomisk sjukvårdstjänst* i en annan medlemsstat och därmed kunde åberopa rätten till skydd mot diskriminering på grund av nationalitet i artikel 56 FEUF.

Som parentes bör nämnas att bestämmelsen i artikel 56 FEUF har tolkats av EUD så att den inte bara garanterar den "aktiva" friheten att tillhandahålla tjänster utan även den s.k. "passiva" friheten att tillhandahålla tjänster. Denna tolkning av bestämmelsen i artikel 56 FEUF slogs fast av EUD i *Luisi och Carbone*. Tolkningen motiverades av domstolen som en nödvändig följd av friheten att tillhandahålla tjänster "som överensstämmer med målet att liberalisera all förvärvsverksamhet som inte omfattas av bestämmelserna om fri rörlighet för varor, personer och kapital".³¹² Här slutar denna parentes.

Grunden för domstolens slutsats i *Smits och Peerbooms, Watts, Schwarz och Jundt*, att artikel 56 FEUF fick åberopas med direkt effekt mot de nationella reglerna, var att patienterna *verkligen* hade betalat direkt till de inrättningar som tillhandahållit vården, att den tyske advokaten faktiskt hade fått vederlag för de kurser som han hade gett på det franska universitet och att föräldrarna Schwarz hade betalat den avgift som begärdes av den privata skolan i Skottland.

Det är således uppenbart att EUD använder testet "prestationen *faktiskt* utförd mot ersättning" för att *i det enskilda fallet* kunna pröva nationella regler mot artikel 56 FEUF med direkt effekt. Därför kan definitionen av en "ekonomisk verksamhet" i frirörlighetsmening anses vara "prestation som utförs mot ersättning". Det är vidare tydligt att detta test (eller "definition") tillämpas för att pröva frågan huruvida en tjänst *i det enskilda fallet, såsom utförd inom ramen av en viss transaktion eller av ett visst system*, åtnjuter det skydd mot diskriminering och icke-proportionerliga hinder som garanteras av bestämmelsen i artikel 56 FEUF.

Den ovan redogjorda rättspraxisen, samt en tidigare mer omfattande och detaljerad studie av EU-domstolens praxis på detta område³¹³, visar att, med avseende på tillämpligheten av fördragets frirörlighetsregler, EUD skiljer mellan två test:

- a. Ett abstrakt test som avgör huruvida en typ av verksamhet, trots att den är särskild viktig för människor eller miljön, har marknadsrelevans. Det finns någonstans i EU eller åtminstone i teorin en marknadsaktivitet för denna typ av verksamhet.

312 Se domen i de förenade målen 286/82 och 26/83 *Luisi och Carbone* ECLI:EU:C:1984:35, p. 10.

313 Wehlander C., 2015, s. 57-112.

- b. Ett test som, på grund av en bedömning i det enskilda fallet, avgör huruvida en *konkret verksamhet* utgör en ekonomisk verksamhet som åtnjuter det skydd som garanteras av artikel 56 FEUF eller av de övriga grundläggande friheterna i EUF-fördraget.

EU-domstolens praxis om tolkningen av begreppet "ersättning" när den prövar tillämpbarheten av frirörlighetsreglerna på en konkret tjänsteverksamhet (test (b) ovan) visar tydligt att domstolen, inom ramen för unionens befogenheter, så mycket som möjligt har valt bort det nationella systemperspektivet i *Humbel*. I detta synsätt är det inte relevant huruvida den sociala tjänsten betalas av någon annan än tjänstemottagaren. Det avgörande är i stället huruvida betalningar som erhålls av operatören objektivt sett kan anses utgöra en ersättning för denna operatör, vilket förutsätter att två kumulativa grundkriterier är uppfyllda

1. Ersättningskriteriet: operatören får ersättning för att utföra tjänsten, vilket anses vara fallet även om tjänsten utförs utan vinstsyfte och även om ersättningen inte täcker kostnaderna för tjänsten.
2. Samtyckeskriteriet (eller riskkriteriet): ersättningen måste kunna anses vara ett marknadspris för tjänsten, i den meningen att operatören får tillfälle att bestämma om den är redo att utföra tjänsten mot ett förutbestämt vederlag.

Det är viktigt att understryka att EUD undviker termen "ekonomisk verksamhet" när den tillämpar test (b) ovan och i stället använder "tjänst i den mening som avses i artikel 56 och 57 FEUF". Resultatet är att definitionen i denna bestämmelse kan avse antingen (a) en typ av verksamhet har generellt marknadsrelevans eller (b) en konkret verksamhet utgör en tjänst i det enskilda fallet. Denna tvetydighet i begreppet "tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF", i kombination med asymmetrin i tillämpbarheten av frirörlighetsreglerna och konkurrensreglerna (se nästa avsnitt), har skapat en oriktig uppfattning om att begreppet "ekonomisk verksamhet" skulle ha olika betydelser i de två rättsområden, vilket utmanar både logiken och EU-rättens koherens.

EU-domstolens angreppssätt har gjort det möjligt att maximera användningen av de grundläggande friheterna i EUF-fördraget som ett judiciellt instrument för integrationen av den inre marknaden, men också för marknadsöppnande av nationella system för sociala tjänster. Som van de Gronden har påpekat är EU-rätten, såsom tolkad av EUD, inte neutral i förhållande till sociala tjänster, utan tvingar medlemsstaterna att introducera element av konkurrens i sina system.³¹⁴

314 Se van de Gronden, 2013, p. 156. Van de Grondens mening kan bäst återges här på engelska: "the analysis of the CJEU's case law demonstrates that EU free movement law may force Member States to introduce elements of competition in their national schemes governing [social services of general interest (SSGI)]. Although it is for the Member States to regulate these services, the stance of EU law is not neutral in this respect; rather it is based on the view that competition should play some role in the national organization and provision of SSGI."

3.1.3.2 Även om *tjänsten* är icke-ekonomisk inom ramen för det nationella systemet omfattas de *nationella reglerna* till grund för systemet av artikel 56 FEUF: förklaring till asymmetrin mellan konkurrensreglernas och reglerna om fri rörlighets tillämpningsområde på välfärdsområdet

Inom ramen för medlemsstaternas befogenheter (och därför främst i fråga om sociala tjänster) kan en medlemsstat reglera tillhandahållandet av vissa varor eller tjänster, exempelvis vatten, försäkring eller utbildning, så att det *rättsligt* inte är möjligt att tillhandahålla dem inom ramen för en ekonomisk verksamhet. Hatzopoulos uttrycker detta så att frågan om en verksamhet ska bedrivas ekonomiskt är en politisk fråga som beslutas av politiska institutioner och i första hand bör avgöras av medlemsstaterna.³¹⁵

Samtidigt, även om en medlemsstat har reglerat produktionen och tillgången till en konkret tjänst så att den inte kan anses utförd mot ersättning på det nationella territoriet, kan denna medlemsstats reglering av verksamheten omfattas av artikel 56 FEUF i den mån tjänsten är föremål för marknadsaktivitet i andra medlemsstater. Detta illustrerades tydligast i *Freskot* (jordbruksförsäkring), men också i *Watts* (sjukvård) och *kommissionen mot Tyskland* (utbildning).

Som förklarats ovan var det i *Freskot* fråga om Greklands föreskrifter om obligatorisk anslutning till en jordbruksförsäkring. Domstolen konstaterade att tolkningsfrågan som rörde fördragets bestämmelser om frihet att tillhandahålla tjänster avsåg två aspekter, (1) om de förmåner som tillhandahölls av försäkringsorganet var att betrakta som tjänster och därmed omfattades av försäkringsdirektivet, och (2) om Greklands regel om obligatorisk jordbruksförsäkring hindrade försäkringsbolag i andra medlemsstater att tillhandahålla sina tjänster i Grekland.³¹⁶

Vad gäller fråga (1) har redan sagts ovan att domstolen fann att förmånerna och avgifterna var reglerade i grekisk lag på ett sådant sätt att avgifterna inte kunde anses som en ersättning, och att försäkringsförmånerna därmed inte utgjorde tjänster i EU-rättens mening.

³¹⁵ Detta eftersom unionen har mycket ringa befogenheter inom det sociala området. Om detta säger Hatzopoulos: "Indeed, the distinction of the economic from the non-economic is not a question for the judiciary, but rather corresponds to fundamental political and societal choices. Therefore, bodies enjoying democratic legitimacy should be given a lead in relation to this question", Hatzopoulos V., 2011, s. 7.

³¹⁶ Domen i mål C-355/00 *Freskot* ECLI:EU:C:2003:298, p. 51.

Vad gällde fråga (2) konstaterade EUD att det grekiska systemet för jordbruksförsäkring omfattade naturrisker som i vissa medlemsstater var "försäkringsbara", med andra ord tjänster som tillhandahölls mot ersättning. Därmed kunde föreskriften om obligatorisk anslutning till det nationella systemet utgöra ett hinder för försäkringsbolag i andra medlemsstater som var villiga att erbjuda försäkringsavtal som täckte jordbruksrisker i Grekland, eftersom det försvårade eller till och med hindrade utövandet av deras frihet att tillhandahålla tjänster.³¹⁷

Domstolen bedömde emellertid att den obligatoriska anslutningen till den nationella jordbruksförsäkringen kunde anses motiverad av tvingande skäl av allmänt intresse som rörde ett socialpolitiskt mål och att den kunde anses proportionerlig, eftersom den bara gav ett minimiskydd och tillät de grekiska jordbrukarna att komplettera detta med ytterligare försäkringar i den mån sådana var tillgängliga på marknaden. Detta var för den nationella domstolen att bedöma.³¹⁸

På ett liknande men mindre explicit sätt förklarade EUD i *kommissionen mot Tyskland*, med hänvisning till sitt resonemang i *Watts*, att det inte var nödvändigt att känna till huruvida skolorna i denna medlemsstat tillhandahöll tjänster i den mening som avses i artikel 57 FEUF eller inte, för avgöra huruvida artikel 56 FEUF var tillämplig på den nationella lagstiftningen. Det enda relevanta var huruvida en skola i en annan medlemsstat kunde anses tillhandahålla tjänster mot ersättning.³¹⁹ Med andra ord, även om skolutbildning var reglerad i Tyskland på så sätt att privata skolor i Tyskland inte utförde sina tjänster mot ersättning, omfattades de tyska regler som hänförde sig till privata skolor av artikel 56 FEUF i den mån det fanns en privat skola i en annan medlemsstat som utförde sina prestationer mot ersättning.

Som nämnts ovan i avsnitt 3.1.2.2 utgör *Kattner Stahlbau* en ytterligare illustration av att fördragens frirörlighetsregler i viss mån kan vara tillämpliga på de nationella regler som reglerar en välfärdstjänst, trots att det är just reglernas utformning som innebär att verksamheten är icke-ekonomisk inom denna medlemsstat.³²⁰

317 Ibid., p. 63.

318 Ibid., p. 69–70.

319 Dom i mål C-318/05 *kommissionen mot Tyskland* ECLI:EU:C:2007:495, p. 73.

320 Se domen i mål C-350/07 *Kattner Stahlbau* ECLI:EU:C:2009:127, kommenterat i Wehlander C., 2015, s. 66-67.

3.2 Fördragets konkurrens- och statsstödsregler gäller enbart företag i fördragets mening

Begreppet företag är entré-begreppet för konkurrens- och statsstödsreglerna i fördragen,³²¹ som reglerar dels företagens åtgärder på marknaden (artiklarna 101 till 105 FEUF) dels åtgärder som vidtas av medlemsstaterna i förhållande till företag (artiklarna 106 till 109 FEUF).

I avsnittets första del (3.2.1) tas EU-domstolens definition av företag i fördragets mening upp som varje enhet som driver en *ekonomisk verksamhet*. I 3.2.1.1 redogörs för hur EUD har definierat ekonomisk verksamhet på konkurrensrättens område som att "erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad" och hur domstolen har tolkat sin egen definition. I 3.2.1.2 analyseras domen i *Höfner* som ofta misstolkas och enligt min mening inte bör ses som en alternativ och radikal definition av "ekonomisk verksamhet", utan *enbart* som ett grundläggande test som etablerar att verksamheten generellt *kan vara* ekonomisk. Testet har formulerats av domstolen för att utnyttja konkurrensreglernas liberaliserande potential, eftersom det gör det möjligt att ifrågasätta påverkan på den inre marknaden av nationella *regler* som ger ett visst organ ensamrätten att tillhandahålla tjänsten.

I avsnittets andra del 3.2.2 redogörs för två kategorier av verksamhet som enligt rättspraxis anses icke-ekonomisk och därmed faller utanför unionens konkurrens- och statsstödsregler. Först redogörs i 3.2.2.1 för praxis om verksamhet som har anknytning till utövandet av offentlig makt (ett undantag som skapar konvergens med artikel 51 FEUF på frirörlighetsområdet), och sedan i 3.2.2.2 rättspraxis om socialförsäkringsområdet om verksamhet reglerad enligt solidaritetsprincipen och under statens kontroll.

I avsnittets tredje del 3.2.3 redogörs för rättspraxis från EUD om att verksamheten i ett nationellt system är ekonomisk när reglerna förutsätter konkurrens mellan operatörerna varav vissa har vinstsyfte.

I avsnittets sista del dras slutsatser om vilka grundläggande kriterier som kan anses avgöra huruvida en verksamhet är ekonomisk i konkurrens- och statsstödsrättens mening, vilket visar att dessa kriterier faktiskt är desamma som de kriterier som avgör att en verksamhet är ekonomisk i frirörlighetsmening.

I förevarande avsnitt ligger fokus på praxis från EUD med koppling till artikel 107.1 FEUF om statsstöd och artikel 106 FEUF om medlemsstaternas åtgärder visavis offentliga företag, företag som har beviljats exklusiva eller särskilda rättigheter samt företag som anförtrotts SGEI.

321 Artiklarna 101–109 FEUF.

3.2.1 Företag i fördragens mening är varje enhet som driver en ekonomisk verksamhet

3.2.1.1 Företag: varje enhet som driver en *ekonomisk verksamhet*, dvs. ”erbjuder varor eller tjänster på en viss marknad”

Det är fast rättspraxis att med företag inom ramen för EUF-fördragets konkurrensregler avses varje enhet som utövar en *ekonomisk verksamhet*, oavsett enhetens rättsliga form och sättet för dess finansiering.³²²

Verksamheten är ekonomisk om den i det enskilda fallet går ut på att erbjuda tjänster eller varor på en marknad.

Denna definition slogs fast i *Höfner* och betraktas som funktionell eftersom den bortser från organets form och finansiering och fokuserar på frågan huruvida operatörens verksamhet kan anses vara ekonomisk *i det enskilda fallet*. Detta innebär att inte bara privata enskilda och juridiska personer utan också myndigheter kan anses agera som företag, beroende på omständigheterna. Det är således fast rättspraxis att staten (i bred mening, dvs. även myndigheter på regional och lokal nivå) kan agera antingen genom att utöva offentlig makt eller genom att bedriva näringsverksamhet av industriell eller kommersiell karaktär, dvs. ekonomisk verksamhet.³²³ I detta avseende saknar det betydelse om staten handlar direkt genom ett organ som är en del av den offentliga förvaltningen eller som staten har beviljat särskilda eller exklusiva rättigheter.³²⁴

Den omständigheten att en del av en enhets verksamhet innefattar ett utövande av offentliga maktbefogenheter utgör inte i sig ett hinder för att kvalificera enheten som ett företag med avseende på resten av dess (ekonomiska) verksamhet. För att avgöra om verksamheten i fråga bedrivs av ett företag i den mening som avses i unionens konkurrensrätt, måste en separat bedömning och kvalificering, antingen som utövande av offentliga maktbefogenheter eller som ekonomisk verksamhet, göras för var och en av de olika verksamheter som bedrivs av en och samma enhet.³²⁵

322 Dom i mål C-41/90 *Höfner* ECLI:EU:C:1991:161, p. 21.

323 Se domarna i mål C-343/95 *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160, p. 16 och mål 118/85 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1987:283, p. 7.

324 Se domarna i mål C-343/95 *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160, p. 17 och mål 118/85 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1987:283, p. 8.

325 Se bl.a. domarna i mål C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376, p. 25 och mål C-82/01 *Aéroports de Paris* EU:C:2002:617, p. 74-75.

En verksamhet som utövas av en myndighet kan vara ekonomisk endast i den mån som den kan särskiljas från den verksamhet som detta organ utövar i sin egenskap av offentlig myndighet.³²⁶ Generellt måste det först fastställas vad den aktuella verksamheten består av och därefter undersökas om denna verksamhet är av ekonomisk natur.³²⁷

Begreppet "ekonomisk verksamhet" i den mening som avses i konkurrens- och statsstödsreglerna har definierats av EUD som "all verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad".³²⁸ Denna definition utgör således den "konkurrensrättsliga definitionen" av ekonomisk verksamhet och prövningen ska göras vid en bedömning i *det enskilda fallet*. Definitionen förtydligar vad som menas med företag, men dess tolkning öppnar svåra frågor, bl.a. vad som menas med "på en marknad".

Det är *erbjudandet*, och *inte anskaffningen*, av tjänster eller varor på en marknad som utgör en ekonomisk verksamhet i konkurrensrättens mening.

I *FENIN* klargjorde EUD att det är *erbjudandet*, och *inte anskaffningen*, av tjänster eller varor på en marknad som utgör en ekonomisk verksamhet i den mening som avses i fördragets konkurrensregler. Domstolen förklarade att verksamhet som avser *inköp* av tjänster eller varor kan vara ekonomisk endast om den senare användningen av den köpta produkten är av ekonomisk karaktär, dvs. består i att erbjuda tjänster eller varor på en marknad.³²⁹

Att verksamheten utövas utan vinstsyfte, även av ett religiöst samfund, utesluter inte att den kan anses ekonomisk. När existensen av en marknadsaktivitet inte är tydlig använder EUD frirörlighetsdefinitionen av ekonomisk verksamhet i stället för konkurrensrättens definition. EUD prövar då inte om tjänsten erbjuds på en marknad utan om tjänsten de facto utförs mot ersättning.

EUD har klargjort att den omständigheten att varorna eller tjänsterna erbjuds utan vinstsyfte inte utgör hinder för att den enhet som utför dessa transaktioner på marknaden ska betraktas som ett företag, då tillhandahållandet sker i konkurrens med andra aktörer vars verksamhet kan bedrivas i vinstsyfte.³³⁰

326 Dom i mål T-128/98 *Aéroports de Paris* ECLI:EU:T:2000:290, p. 108.

327 Ett exempel är flygplatser som har både rent administrativa uppgifter, exempelvis polisiära uppgifter, vid sidan om den ekonomiska verksamhet som består av ledning och drift av flygplatsen och för vilken de erhåller omsättningsbaserade avgifter.

328 Se bl.a. domarna i mål C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías* ECLI:EU:C:2017:496, p. 45, mål C-222/04 *Cassa di Risparmio di Firenze m.fl.* EU:C:2006:8, p. 108, mål C-35/96 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1998:303, p. 36 och de förenade målen C-180/98–C-184/98 *Pavlov m.fl.* ECLI:EU:C:2000:428, p. 75.

329 Dom i mål C-205/03 P *FENIN* ECLI:EU:C:2006:453, p. 25-26.

330 Domarna i mål T-216/15 *Dôvera* ECLI:EU:T:2018:64, p. 48, mål C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías* ECLI:EU:C:2017:496, p. 46 och mål C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376, p. 27.

I *MOTOE* fann EUD att en organisation som anordnade motorcykeltävlingar (ELPA) i Grekland bedrev en ekonomisk verksamhet även om den drevs utan vinstsyfte.³³¹ Domstolen underströk att om organisationen kunde anses erbjuda tjänster på en viss marknad, innebar den omständigheten att verksamheten hade samband med sport inte något hinder mot att tillämpa reglerna i fördraget, däribland konkurrensreglerna.³³² Domstolen grundade sin slutsats på två element. För det första underströks att motorcykeltävlingarna genererade intäkter för ELPA och utnyttjades kommersiellt.³³³ För det andra utövade ELPA:s verksamhet i konkurrens med andra ideella föreningar. EUD ansåg dessutom att det *inte var uteslutet* att det i Grekland även fanns föreningar som bedrev sådan verksamhet i vinstsyfte och konkurrerade med ELPA. Framgången och den ekonomiska överlevnaden för ideella föreningar var således ”på lång sikt beroende av deras förmåga att på den aktuella marknaden slå sig fram med de tjänster som de erbjuder på bekostnad av de tjänster som andra aktörer erbjuder”.³³⁴

I *Congregación de Escuelas Pías* bekräftade EUD att den omständigheten att verksamheten utövas utan vinstsyfte inte utgör hinder för tillämpningen av fördragets regler, bl.a. reglerna på konkurrensområdet, även när den utövas av ett religiöst samfund.³³⁵ I målet var frågan huruvida skatteavdrag som en katolsk kongregation hade beviljats för renoveringen av en fastighet som användes både i religiöst syfte och för undervisningsverksamhet kunde omfattas av statsstödsregeln i artikel 107.1 FEUF. Domstolen fann att den förskoleverksamhet som bedrevs av kongregationen var ekonomisk och därmed att skatteavdraget kunde omfattas av artikel 107.1 FEUF om statsstöd om de övriga rekvisiten för bestämmelsens tillämplighet var uppfyllda.³³⁶

Avgörande för denna slutsats i *Congregación de Escuelas Pías* var följande. Samfundets förskoleverksamhet var inte finansierad av spanska staten, den organiserades av kongregationen själv och var i huvudsak finansierad genom privata ekonomiska bidrag som lämnades framför allt av eleverna och deras föräldrar för att täcka skolans kostnader.³³⁷ Under sådana förhållanden utförde samfundet sina tjänster mot en *ekonomisk motprestation*, vilket utgör det viktigaste kännetecknet för en *ersättning*. EUD erinrade om sin praxis på området för fri rörlighet enligt vilken undervisning som ges av en sådan skola som till största delen finansieras med privata medel som inte kommer från tjänsteleverantören själv, ska anses utgöra

331 Dom i mål C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376, p. 29.

332 Ibid., p. 22, med hänvisning till domarna i mål C 415/93 *Bosman* ECLI:EU:C:1995:463, p. 73 och mål C-519/04 *P Meca-Medina och Majcen mot kommissionen* ECLI:EU:C:2006:492, p. 22 och 28.

333 I form av dels sponsrings-, reklam- och försäkringsavtal, se domen i mål C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376, p. 23 och 26. ELPA fick också intäkter från betalningar från de tävlingsdeltagande eller deras klubbar, inträdesbiljetter till tävlingarna och eventuellt rättigheter till TV-sändning, se förslag till avgörande av GA Kokott, p. 34.

334 Dom i mål C-49/07 *MOTOE* EU:C:2008:376, p. 28.

335 Dom i mål C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías* ECLI:EU:C:2017:496, p. 43, med hänvisning för ett liknande resonemang till domen i mål 196/87 *Steymann* EU:C:1988:475, p. 9 och 14.

336 Ibid., p. 61–62.

337 Ibid., p. 58

tjänster, eftersom syftet med dessa skolor är att *erbjuda en tjänst mot ersättning*.³³⁸ Den privata finansieringen behövde inte komma huvudsakligen från eleverna eller deras föräldrar, eftersom kvalificeringen som "ekonomisk verksamhet" inte är beroende av att tjänsten betalas av de som drar nytta av den.³³⁹

EUD preciserade att det inte var uteslutet att ett och samma utbildningsorgan kunde bedriva både ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet, förutsatt att de olika finansieringarna bokfördes separat så att det inte förelåg någon risk att organets ekonomiska verksamhet skulle subventioneras med de offentliga medel som samfundet uppbar för sin icke-ekonomiska verksamhet.³⁴⁰

Det har stor principiell betydelse att EUD (stora avdelningen) i *Congregación de Escuelas Pías* valde att föra hela resonemanget ovan i explicit analogi med de resonemang i *Schwarz och kommissionen mot Tyskland*, där domstolen har funnit att undervisning i fråga i dessa mål utgjorde tjänster som utfördes mot ersättning i det enskilda fallet, vilket kan påstås vara domstolens definition av *ekonomisk verksamhet i frirörlighetshänseende*. Det är således tveklöst att EUD i *Congregación de Escuelas Pías* använder sin definition av ekonomisk verksamhet på området för fri rörlighet (prestation utförd mot ersättning i det enskilda fallet) i princip synonymt med sin definition av ekonomisk verksamhet på konkurrensområdet (tjänster eller varor erbjudna på en viss marknad). Detta förutsätter att definitionerna i sak avser samma kriterier, vilket som nämnts blev uppenbart i *Freskot*.

En knepig fråga är huruvida en verksamhet, exempelvis en social tjänst, kan anses "erbjuden på en marknad" när den i en medlemsstat rättsligt eller i praktiken utövas av ett organ utan vinstsyfte med ensamrätt. Det är denna fråga som EUD kan anses angripa genom det komparativa kriteriet som formulerades i *Höfner* och analyseras i nästa avsnitt.

3.2.1.2 Det komparativa kriteriet i *Höfner* och *Glöckner*: ingen definition av "ekonomisk verksamhet" utan *enbart* ett grundläggande test som avgör om verksamhetens reglering omfattas av artikel 106.1 FEUF

Det komparativa testet i *Höfner* måste ses i dess rättshistoriska kontext som ett instrument mot ensamrätter inom den offentliga sektorn.

338 Ibid., p. 48, i analogi med domarna i mål C-76/05 *Schwarz och Gootjes-Schwarz* EU:C:2007:492, p. 40, och mål C-318/05 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2007:495, p. 69.

339 Ibid., p. 49, i analogi med domarna i mål C-76/05 *Schwarz och Gootjes-Schwarz*, EU:C:2007:492, p. 41, och mål C-318/05 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2007:495, p. 70.

340 Ibid., p. 51.

I *Höfner* var den bakomliggande tvisten ett uppdrag att bistå vid rekryteringen av en försäljningschef som ett tyskt bolag hade gett till två tyska konsulter men sedan vägrat att betala. Den tyska domstolen hade funnit att avtalet var ogiltigt eftersom arbetsförmedling tillhandahölls i Tyskland av en offentlig institution samtidigt som tysk lag förbjöd att företagschefer skulle förmedlas av privata företag.

EUD skulle pröva om det tyska förbudet mot privat arbetsförmedling stred mot artikel 106.1 FEUF, som förbjuder medlemsstaterna beträffande företag som de beviljar exklusiva rättigheter att vidta åtgärder som strider mot konkurrensreglerna. Om förbudet i tysk lag ledde till att den offentliga institutionen bröt mot artikel 102 FEUF om missbruk av dominerande ställning, kunde lagbestämmelsen anses strida mot artikel 106.1 FEUF och artikel 102 FEUF i kombination.³⁴¹

Som tidigare nämnts fastställde EUD först att ett företag i EU-konkurrensrättens mening är varje enhet, oavsett dess form och finansiering, som utövar en ekonomisk verksamhet. Domstolen gick sedan vidare och fann att den offentliga institutionens arbetsförmedlingsverksamhet var ekonomisk, eftersom

*”det har inte alltid utövats av offentliga organisationer och behöver inte nödvändigtvis utövas av sådana organisationer. Detta konstaterande gäller särskilt arbetsförmedlingsverksamhet som avser chefer inom näringslivet”.*³⁴²

EUD fann därefter att den offentliga institutionens lagreglerade ensamrätten att tillhandahålla arbetsförmedlingstjänster stred mot artikel 106.1 FEUF i kombination med artikel 102 FEUF. Ensamrätten bedömdes nämligen skapa en situation där institutionen var *tvungen* att missbruka en dominerande ställning. Förbudet skapade ett sådant missbruk genom att begränsa tillhandahållandet av arbetsförmedling till nackdel för dem som önskar begagna sig av den. Detta var fallet eftersom institutionen ”uppenbarligen” inte kunde tillfredsställa den efterfrågan som fanns för tjänsten.³⁴³

En begränsad konkurrens för arbetsförmedlingstjänster hade de facto *tolerats* i Tyskland vilket kunde ses som ett erkännande att det fanns en marknadsefterfrågan som den offentliga institutionen inte tillfredsställde.

EU-domstolens resonemang tycks ha varit att en medlemsstat inte kan utesluta existensen av en marknadsefterfrågan bara genom att bevilja en ensamrätt och förbjuda utbud som inte tillgodoses av den aktör som fått ensamrätten.³⁴⁴

341 Dom i mål C-41/90 *Höfner och Elser* ECLI:EU:C:1991:161, se p. 34.

342 Ibid., p. 22.

343 Ibid., p. 30–31.

344 Jämförbart med angreppssättet i *Freskot*.

Detta resonemang i *Höfner* har kallats av Buendia Sierra "doktrinen om begränsningen av efterfrågan", men kan även betecknas som ett "komparativt kriterium".³⁴⁵ Resonemanget i *Höfner* kan ses som ett kreativt försök från EUD att bryta ensamrätter med stöd av artikel 106.1 FEUF. På 1990-talet fanns det ett tydligt politiskt stöd för en sådan utveckling och domstolen kan inte ha varit helt döv för detta, men inte heller för den mycket starka kritik som testet fick. Om det används för att definiera "ekonomisk verksamhet" i EU-rättens mening är testet ett hot mot nationell suveränitet eftersom det kan uppfyllas av i princip vilken tjänst som helst.³⁴⁶

I *Ambulanz Glöckner* kan EUD anses ha bestämt att det komparativa testet utgör enbart ett grundläggande test (abstrakt test) som inte ensam avgör huruvida verksamheten vid en bedömning *i det enskilda fallet* är ekonomisk eller inte.

Det komparativa kriteriet användes därefter enbart i *Ambulanz Glöckner* men på ett mindre problematiskt sätt. I denna senare dom förefaller EUD ha tillämpat det komparativa testet som ett grundläggande och abstrakt test som inte ensam är avgörande när man måste göra en bedömning *i det enskilda fallet* av verksamhetens ekonomiska eller icke-ekonomiska karaktär.

Ambulanz Glöckner rörde tyska regler om organisationen av räddningstjänst (akut transport med specialutrustade ambulanser och anpassad medicinsk omvårdnad med) och icke-akut sjuktransport. Reglerna tillät de behöriga regionala och lokala myndigheterna att tilldela räddningstjänsten till erkända sjukvårdsorganisationer utan vinstintresse, och till andra aktörer i den mån sjukvårdsorganisationerna inte ville eller kunde ta uppdraget. Samtidigt behöll myndigheterna rätten till övervakning och hade en skyldighet att bära kostnaderna för räddningstjänsten. För att driva sjuktransport krävdes tillstånd, och reglerna innebar att tillstånd inte skulle beviljas när det kunde antas skada det allmänna intresset av en funktionsduglig räddningstjänst, bl.a. akuttransportens förmåga att täcka hela området, kapacitetsutnyttjandegraden inom driftområdet och utvecklingen avseende kostnader och intäkter.

³⁴⁵ Se Buendia Sierra J.L., 1999, s. 163–165.

³⁴⁶ Denna bedömning gjordes av många författare, även av GA Poiães Maduro i hans förslag till avgörande i mål C-205/03 P *FENIN* ECLI:EU:C:2005:666, p. 12.

I enlighet med dessa regler hade myndigheterna i Rheinland-Pfalz anförtrott räddningstjänsten till fyra erkända sjukvårdsorganisationer³⁴⁷ och avslagit en ansökan från Ambulanz Glöckner om tillstånd att driva ambulanstransport, med hänvisning till risken att sjukvårdsorganisationerna annars hade behövt höja sina patientavgifter för räddningstjänsten. EUD skulle pröva huruvida reglerna stred mot fördragets konkurrensregler i artikel 101 och 102 FEUF som ska tillämpas på företag som beviljats exklusiva rättigheter (se artikel 106.1 FEUF). Dessa regler kunde enbart tillämpas om sjukvårdsorganisationerna var att betrakta som företag, vilket enligt domstolen var fallet eftersom:

- sjukvårdsorganisationerna tillhandahöll akuttransporter och sjuktransporter mot ersättning från användarna,
- sådana sjuktransporter inte alltid har tillhandahållits, och behöver inte nödvändigtvis tillhandahållas, av sjukvårdsorganisationer eller myndigheter (det komparativa kriteriet),
- bolaget Ambulanz Glöckner hade tidigare tillhandahållit tjänster av detta slag.³⁴⁸

Det är tydligt att det komparativa kriteriet ansågs relevant men inte ensam avgjorde frågan om sjukvårdsorganisationernas verksamhet var ekonomisk. EUD lade vikt vid att sjukvårdsorganisationerna fick viss ersättning från användarna och att de regionala myndigheterna hade en skyldighet att bära kostnaderna för räddningstjänsten som var olönsam. Sammanlagt kunde dessa intäktskällor (den offentliga finansieringen och patienternas avgifter) betraktas som ägnade att täcka sjukvårdsorganisationernas kostnader för prestationerna och anses som en ekonomisk ersättning.

Senare rättspraxis i EUD visar att det komparativa testet bör förstås som ett grundläggande test som inte avgör huruvida verksamheten är ekonomisk eller inte i det enskilda fallet. Testets funktion är snarare att möjliggöra för EUD att fastställa mycket strikta villkor för att en tjänst ska anses icke-ekonomisk inom ramen för dess reglering i det nationella systemet.

347 Bl.a. tyska Röda korset i Rheinland-Pfalz och Malteserhjälpstjänsten.

348 Dom i mål C-475/99 *Ambulanz Glöckner* ECLI:EU:C:2001:577, punkt 20.

I *Ambulanz Glöckner* användes det komparativa kriteriet således för att etablera att tjänsten *teoretiskt kunde* utföras av icke-statliga aktörer eller aktörer utan vinstsyfte, men den *faktiska* existensen av en marknad för de aktuella ambulanstransporterna etablerades genom det faktum att Ambulanz Glöckner (ett företag med vinstsyfte) tidigare hade tillhandahållit sådana sjuktransporter. Detta, och det faktum att privata företag kunde ansöka om tillstånd att driva ambulanstransport, ansågs relevant för domstolens slutsats att sjukvårdsorganisationerna bedrev en ekonomisk verksamhet. Det var *faktiskt* möjligt för en operatör med vinstsyfte att utföra tjänsten. Därmed fanns en marknad på vilken sjukvårdsorganisationerna erbjöd sina tjänster mot ersättning.

I sitt förslag till avgörande i AOK betecknade GA Jacobs det komparativa kriteriet som ett test som avgör huruvida verksamheten, *åtminstone i princip*, kan bedrivas av ett privat företag i vinstsyfte.³⁴⁹ I en ansenlig mängd domar om pensions- och socialförsäkringssystem, inte minst domen i AOK, kan EUD anses ha bekräftat att detta sätt att se på testet är korrekt. Testet "huruvida verksamheten, *åtminstone i princip*, kan bedrivas av ett privat företag i vinstsyfte" utgör den första generella bedömning som gör det möjligt att sedan pröva om verksamheten har ekonomisk karaktär eller inte, inom ramen för *den enskilda medlemsstatens* reglering.³⁵⁰

Det komparativa testet ger inte en obegränsad tillämplighet av konkurrensreglerna. På verksamhetsområden där medlemsstaterna har behållit sina befogenheter är det *den nationella regleringens syfte och utformning* som kommer att avgöra huruvida en verksamhet *inom medlemsstatens befogenheter och inom dess territorium* är ekonomisk eller inte. Det är viktigt att komma ihåg att bedömningen huruvida en enhet utgör ett företag ska göras *i det enskilda fallet* och att definitionen av ekonomisk verksamhet i konkurrens- och statsstödsrättens mening *är* att "erbjuda tjänster eller varor på en viss marknad".

Att det komparativa kriteriet inte räcker för denna bedömning framgår av rättspraxis. I *Aéroports de Paris* slog EUD fast att det förhållandet att en verksamhet kan bedrivas av ett privat företag utgör *ytterligare en omständighet* som medför att den aktuella verksamheten kan betecknas som företagsverksamhet.³⁵¹

349 GA Jacobs förslag till avgörande i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 AOK ECLI:EU:C:2003:304, p. 27. Det är viktigt att notera att EUD inte följde den linje som GA Jacobs hade föreslagit i AOK (ett mål som rörde ett försäkringssystem i Tyskland), vilket enligt min mening bör förstås så att domstolen tog avstånd från hans tolkning av det komparativa kriteriet som ett test som *ensamt* kan avgöra huruvida verksamheten i ett nationellt system är ekonomisk.

350 Om det komparativa kriteriet och mer generellt EU-domstolens kriterier för tillämpligheten av EU-reglerna om frirörlighet, konkurrens och statsstöd till tjänster inom socialförsäkrings- och vårdområden, se Gallo D., 2011.

351 C-82/01 P *Aéroports de Paris* ECLI:EU:C:2002:617, p. 82. För denna bedömning hade tribunalen hänvisat till Höfner p. 22, dvs. det komparativa kriteriet, se den överklagade domen i mål T-128/98 *Aéroports de Paris* ECLI:EU:T:2000:290, p. 124.

I *Tierkörperbeseitigung* överklagades ett statsstödsbeslut där kommission hade ålagt den tyska staten att återkräva betalningar som en sammanslutning av myndigheter ("sammanslutningen") hade fått från sina medlemmar för att finansiera dess uppdrag att bortskaffa animaliska biprodukter.³⁵² Sådant bortskaffande är reglerat i EU-förordningen om animaliska biprodukter,³⁵³ som föreskriver att medlemsstaterna ska säkerställa att bortskaffande av animaliska biprodukter utförs i enlighet med förordningens krav på deras territorium. I Tyskland tillämpas EU-förordningen genom en lag som ålägger delstaterna att säkerställa bortskaffandet av de farligaste kategorierna av animaliska biprodukter.

Sammanslutningen hade valt att finansiera bortskaffandet med avgifter som utgick vid tjänstens utförande och var beräknade för att täcka tjänstens kostnader. Dessutom erhöll sammanslutningen bidrag från sina medlemmar i den mån avgifterna inte räckte för att täcka kostnaderna.³⁵⁴

Tribunalen förklarade att man ska skilja mellan (a) bortskaffandet som sådant och (b) säkerställandet av att bortskaffandet fullgörs. Tribunalen konstaterade att myndigheterna enligt tysk lag var skyldiga att *säkerställa en korrekt hantering* av animaliska biprodukter i enlighet med lag och att denna skyldighet utgjorde ett uppdrag förenat med utövandet av offentliga maktbefogenheter.³⁵⁵ Däremot var myndigheterna *inte skyldiga att utföra det operativa bortskaffandet*, och denna verksamhet var inte var förenad med utövandet av offentlig makt,³⁵⁶ även om valet mellan att bortskaffandet i egen regi eller externt var ett politiskt beslut.

Tribunalen påpekade att sammanslutningen hade valt att utföra tjänsten mot kommunala *avgifter som enligt tysk lag skulle motsvara en specifik tjänst och täcka tjänstens kostnader*. Denna omständighet räckte inte för att betrakta verksamheten som ekonomisk men utgjorde en *indikation* på att sammanslutningens bortskaffande av animaliska produkter *kunde utgöra en ekonomisk verksamhet*.³⁵⁷ Tribunalen underströk också att den omständigheten att de ansvariga myndigheterna hade valt att utföra tjänsten i egen regi genom ett samverkansorgan (sammanslutningen) inte uteslöt att verksamheten var ekonomisk.³⁵⁸

352 Dom i mål T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung mot kommissionen* ECLI:EU:T:2014:676 (domen finns bara på tyska och franska), med överklagande av kommissionens beslut 2012/485/EU i ärendet SA:25051. Tribunalens dom har överklagats och målet har i EUD nummer C-447/14 P.

353 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1069/2009 av den 21 oktober 2009 om hälsobestämmelser för animaliska biprodukter och därav framställda produkter som inte är avsedda att användas som livsmedel och om upphävande av förordning (EG) nr 1774/2002.

354 Dom i mål T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung mot kommissionen* ECLI:EU:T:2014:676, p. 11 och 66.

355 Ibid., p. 59 och 62.

356 Ibid., p. 90.

357 Ibid., p. 66 med hänvisning till domen i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449, p. 39.

358 Ibid., p. 72–73, med hänvisning till domen i mål 118/85 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1987:283, p. 13.

Tribunalen förklarade vidare att det faktum att sammanslutningen hade *de facto* ensamrätt att bortskafta biprodukterna inom sitt territorium inte kunde utesluta existensen av en marknad, vid risk att artikel 106(1) FEUF annars berövades dess "effet utile", eftersom bestämmelsen föreskriver att konkurrensreglerna ska respekteras även för företag som beviljats ensamrätt av medlemsstaterna.³⁵⁹ Tribunalen påpekade först att tysk lag explicit förutsåg möjligheten att företag skulle anförtros bortskaftandet av animaliska biprodukter, vilket enligt rättspraxis utgör ett element som kan tala för att verksamheten är ekonomisk.³⁶⁰

Tribunalen bedömde att en marknad för bortskaftandet av animaliska biprodukter fanns *eftersom vissa kommuner i de delstater där sammanslutningen utövade sin verksamhet hade anförtrott bortskaftandet till företag genom offentlig upphandling och eftersom bortskaftandet utfördes av företag i andra tyska delstater*.³⁶¹ Det faktum att en privat investerare inte skulle utöva verksamheten på samma villkor som offentliga organ var inte avgörande vid prövningen om det fanns en marknad för verksamheten, inte minst när privata företag enligt tysk lag inte var bundna av självkostnadsprincipen.³⁶²

Detta resonemang i *Tierkörperbeseitigung* visar att EUD inte anser tillräckligt att pröva huruvida verksamheten *teoretiskt* kan utföras på en marknad (det komparativa kriteriet), utan anser att verksamhet är ekonomisk i konkurrens- och statsstödsrättens mening om det *faktiskt finns en marknad* för verksamheten i det berörda territoriet. I denna bedömning ansågs följande element utgöra indikationer på att en marknad finns i det enskilda fallet:

- nationell lag explicit förutser möjligheten att företag anförtros verksamheten,
- företag faktiskt har anförtrots verksamhet i regionen och/eller i andra regioner av medlemsstaten,
- privata företag enligt nationell lag är inte bundna av självkostnadsprincipen vid utövande av verksamheten.

359 Ibid., p. 71.

360 Ibid., p. 59, med hänvisning till domen i mål C-82/01 P *Aéroports de Paris* ECLI:EU:C:2002:617, p. 82.

361 Ibid., p. 71.

362 Ibid., p. 76.

Sammanfattningsvis kan det komparativa kriteriet i EU-domstolens rättspraxis på konkurrensområdet således påstås utgöra ett *abstrakt* test, dvs. ett test enbart ägnat att fastställa om det finns en *potentiell marknad* för den aktuella verksamheten, om verksamheten teoretiskt kan vara föremål för handel. Det finns en uppenbar koppling mellan det komparativa testet och EU-domstolens dubbla användning av begreppet tjänster i artikel 57 FEUF. Som visats i avsnitt 3.1.3.1. erinrade domstolen i *Smits och Peerbooms först* om att det följer av fast rättspraxis att vård inom och utanför sjukhus omfattas av tillämpningsområdet för artikel 57 i fördraget (det abstrakta testet) och fortsatte sedan att pröva huruvida den vård som var aktuell i målet utgjorde en tjänst faktiskt utförd mot ersättning (det konkreta testet som visade huruvida verksamheten *i det enskilda fallet* var ekonomisk).

3.2.2 Två kategorier av verksamhet som anses icke-ekonomisk och därmed faller utanför unionens konkurrens- och statsstödsregler

3.2.2.1 Verksamheten har anknytning till utövandet av offentlig makt: *SAT-Flyggesellschaft, Diego Cali, Compass-Datenbank och TenderNed*

Oavsett om verksamhetsutövaren är ett offentligt organ eller inte, har EUD etablerat doktrinen att verksamhet som genom sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den har anknytning till utövandet av offentlig makt inte omfattas av fördragets konkurrens- och statsstödsregler.

Det kan konstateras att EUD återtar de kriterier av verksamhetens natur, syfte och reglering av verksamheten som den har utvecklat vid tillämpningen av undantaget för verksamhet förenad med utövandet av offentlig makt i artiklarna 51 och 62 FEUF (se avsnitt 3.1.2.1 ovan).

I *SAT Flyggesellschaft* påstod flygbolaget SAT att Eurocontrol, en europeisk organisation för säker flygtrafiktjänst, hade brutit mot fördragets bestämmelse om missbruk av dominerande ställning (artikel 102 FEUF) genom att använda en dynamisk avgiftsmodell för flygbolagens användning av luftrummet. Tillämpningen av bestämmelsen förutsatte att organisationen skulle anses utöva en ekonomisk verksamhet och därmed utgöra ett företag i den mening som avses i artikel 102 FEUF. Utifrån en helhetsbedömning fann EUD att Eurocontrols verksamhet, genom sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den, anknytning till utövandet av befogenheter som rör kontrollen och övervakningen av luftrummet, vilka är typiska offentligrättsliga maktbefogenheter. Därför var verksamheten "inte av sådan ekonomisk natur som gör det berättigat att tillämpa konkurrensreglerna i fördraget".³⁶³

³⁶³ Dom i mål C-364/92 *SAT Flyggesellschaft* ECLI:EU:C:1994:7, p. 30.

I *Diego Cali* var tvistefrågan, något förenklat, huruvida ett bolag som genom tillstånd hade fått uppdraget och ensamrätten att utföra föroreningsövervakning i Genuas oljehamn hade brutit mot artikel 102 FEUF genom att ta ut avgifter av alla fartyg som lagt till vid en kaj i oljehamnen för av- eller pålastning, oberoende av om det faktiskt utfört övervakningsarbete eller ingripande. EUD fann att den föroreningsövervakning som bolaget hade fått i uppdrag att utföra i Genuas oljehamn utgjorde en uppgift som utförts för att tillgodose allmänintresset och som hör till statens grundläggande uppgifter i fråga om skydd för havsmiljön.³⁶⁴ Även i detta fall drog EUD slutsatsen att verksamhetens natur, syfte och reglering innebar att den var knuten till utövandet av typiska offentliga maktbefogenheter och inte av sådan ekonomisk karaktär att det är motiverat att tillämpa fördragets konkurrensregler.³⁶⁵

EUD har slagit fast att om en myndighet bedriver en ekonomisk verksamhet som kan skiljas från dess myndighetsutövning, agerar den i egenskap av företag med avseende på den delen av verksamheten. Om den ekonomiska verksamheten i fråga inte kan skiljas från dess övriga verksamhet ska däremot hela dess verksamhet anses vara knuten till utövandet av offentliga maktbefogenheter.³⁶⁶

I *Compass-Datenbank* ville en österrikisk domstol få klarhet huruvida den österrikiska staten utövade en ekonomisk verksamhet och därmed utgjorde ett företag i den mening som avses i artikel 102 FEUF när myndigheten (a) i en databas lagrade uppgifter, vilka företag enligt lag var skyldiga att lämna och (b) lät intresserade personer ta del av och/eller få pappersutskrifter av dessa uppgifter. EUD fann att myndighetens verksamhet inte var ekonomisk.³⁶⁷

EUD fann att den del av myndighetens verksamhet som bestod i att *samla in* företagsuppgifter med stöd av *en för företagen lagstadgad anmälningssplikt med därtill knutna offentliga maktbefogenheter* utgjorde *myndighetsutövning*.³⁶⁸ Domstolen påpekade att insamlandets nytta till stor del berodde på uppgifternas lagring och tillgängliggörande och att lagring och tillgängliggörande därför inte kunde skiljas från insamlandet. Domstolen drog därför slutsatsen att den del av verksamheten som bestod i att *lagra* och *tillgängliggöra* de insamlade uppgifterna inte heller var ekonomisk.³⁶⁹

364 Dom i mål C-343/95 *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160, p. 22.

365 *Ibid.*, p. 23.

366 Dom i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449, p. 38.

367 *Ibid.*, p. 53.

368 *Ibid.*, p. 40.

369 *Ibid.*, p. 41.

EUD fann vidare att det följer av befintlig rättspraxis att i den mån de kostnader eller avgifter som tas ut för att lämna ut uppgifterna till intresserade personer inte fastställs direkt eller indirekt av den berörda myndigheten utan föreskrivs i lag, kan uttaget av avgifter anses vara oskiljaktigt förbundet med tillgängliggörandet. Domstolen fann därför att statens verksamhet inte var ekonomisk, även om den tog ut en avgift för uppgifternas tillgängliggörande.³⁷⁰

EUD underströk vikten av att skilja mellan den verksamhet som staten bedrev och den verksamhet som utövades av beställningsställen som valts ut i ett anbuds-förfarande och som på statens uppdrag förmedlade uppgifterna till kunder och därvid fick ta ut en skälig tilläggsavgift utöver statens avgift.³⁷¹ Slutligen fann domstolen att staten inte heller bedrev ekonomisk verksamhet när den utfärdade ett förbud mot all annan användning av de insamlade och tillgängliggjorda uppgifterna, med stöd av direktiv 96/9/EG om rättsligt skydd för databaser eller av någon annan upphovsrättslig bestämmelse.³⁷²

Tribunalens dom i *TenderNed* förefaller vara den första domen av en unionsdomstol där en verksamhet som har anknytning till utövandet av offentlig makt explicit betecknas som en NSGI. Domen (under överprövning) tycks öppna för en relativt vid tolkning av begreppet men är som redan nämnts under överprövning.³⁷³

I *TenderNed*, en dom som har överklagats till EUD (ännu inte avgjord), prövade tribunalen överklagandet av ett statsstödsbeslut år 2015 där kommissionen har funnit att plattformen för e-upphandling TenderNed, inrättad och driven av ett offentligt organ direkt under Nederländernas näringsdepartement, utgör en icke-ekonomisk verksamhet, vilket innebär att statsstödsreglerna inte är tillämpliga på dess offentliga finansiering.

Tribunalen instämde med kommissionens slutsats att TenderNeds verksamhet inte är ekonomisk.³⁷⁴ Tribunalen fann att TenderNeds natur och syfte – som är att avgiftsfritt förse upphandlande myndigheter och enheter i Nederländerna med elektroniska applikationer för annonsering, anbudsinslämnande, publicering av tilldelningsbeslut och vägledning om upphandlingsförfaranden – i enlighet med reglerna i upphandlingsdirektiven och holländsk upphandlingslag – är *nära förenade med den upphandlingsverksamhet som utövas av upphandlande myndigheter* och därför är förenad med utövandet av offentliga befogenheter.³⁷⁵ Tribunalens resonemang var följande.

³⁷⁰ Ibid., p. 42.

³⁷¹ Ibid., p. 43.

³⁷² Ibid., p. 51.

³⁷³ Dom i mål T-138/15 *Aanbestedingskalender BV m.fl. mot kommissionen (TenderNed)* ECLI:EU:T:2017:675. Domen har ännu inte publicerats och finns endast på franska och engelska.

³⁷⁴ Ibid., p. 60 och 116.

³⁷⁵ Ibid., p. 59–60.

Tribunalen erinrade först om att i den mån en enhet bedriver en ekonomisk verksamhet som inte kan *skiljas* från dess utövande av offentlig makt anses den ekonomiska verksamheten som en del av enhetens utövande av offentliga makt.³⁷⁶ Tribunalen erinrade vidare om att tjänster som, utan att ingå i utövandet av offentliga maktbefogenheter, tillhandahålls i det allmänna intresset och utan vinstsyfte men i konkurrens med operatörer med vinstsyfte har kvalificerats som en ekonomisk verksamhet.³⁷⁷

Därefter fann tribunalen att de elektroniska funktioner tillgängliga i TenderNed måste betraktas som sinsemellan kopplade delar av en verksamhet som gör det möjligt att förverkliga upphandlingsdirektivens syfte att harmonisera och tekniskt integrera offentlig upphandling inom unionen.³⁷⁸

Tribunalen instämde vidare med kommissionen om att upphandlande myndigheter agerar i egenskap av myndigheter när de påbörjar en upphandling och därvid efterlever förfarandereglererna.³⁷⁹ Tribunalen påpekade också att TenderNed tillhandahålls avgiftsfritt och påminde om att omständigheten att verksamheten utövas utan vinstsyfte i rättspraxis har ansetts relevant men inte tillräckligt för att avgöra om verksamheten är ekonomisk eller inte.

Med hänvisning till resonemanget i *Tierkörperbeseitigung* (avsnitt 3.2.2.1 ovan) fann tribunalen att en skillnad ska göras mellan (a) e-upphandling och (b) säkerställandet att e-upphandling kan utföras och utförs i enlighet med de upphandlande myndigheternas skyldigheter enligt lag. Tribunalen underströk att (b) enligt lag åligger det holländska näringsdepartementet och fann att detta uppdrag ingår i utövandet av offentlig makt. Därmed ingick näringsdepartementets avgiftsfria tillhandahållande av TenderNed, i syfte att e-upphandling skulle säkerställas i hela territoriet i enlighet med direktiven och holländsk lag om upphandling, i utövandet av offentlig makt.³⁸⁰

Tribunalen instämde slutligen med kommissionens bedömning att e-upphandling utgör en SGI och inte nödvändigtvis en ekonomisk verksamhet, och att denna verksamhet kan utövas kommersiellt så länge staten inte erbjuder tjänsten själv.³⁸¹ I detta avseende noterade tribunalen de nederländska myndigheternas bedömning att de befintliga kommersiella plattformarna inte erbjöd villkor i fråga om pris,

376 Ibid., p. 35, med hänvisning till domarna i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* EU:C:2012:449, p. 38 och mål C-113/07 P *SELEX* ECLI:EU:C:2009:191, p. 72 och följande.

377 Ibid., p. 37, med hänvisning till domen i mål C-108/10 *Scattolon* EU:C:2011:542, p. 44.

378 Ibid., p. 44, 45, 48 och 52.

379 Ibid., p. 56–57.

380 Ibid., p. 68–71.

381 Ibid., p. 108.

kvalitet, kontinuitet och tillgång till tjänsterna som behövdes för att de mål av allmänt intresse som myndigheterna har fastställt skulle fullgöras.³⁸²

3.2.2.2 Verksamheten i en medlemsstats system styrt av solidaritetsprincipen och kontrollerat av staten är icke-ekonomisk i medlemsstatens territorium: rättspraxis om socialförsäkring

I rättspraxis inom området för socialförsäkring har EUD funnit att vissa organ som anförtrots förvaltningen av lagreglerade system för sjukförsäkring och pensionsförsäkring hade ett *uteslutande* socialt syfte och inte bedrev en ekonomisk verksamhet.³⁸³ Domstolen har funnit att detta är fallet när försäkringsorgan endast tillämpar lagen och inte har något utrymme för att påverka försäkringsavgifter, fondernas användning och förmånernas nivå. Deras verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet, de har således inget vinstsyfte, och förmånerna är lagfästa och saknar koppling till avgifterna och verksamheten.³⁸⁴

Domstolen har emellertid också funnit att vissa organ utan vinstsyfte som bidrar till förvaltningen av ett socialförsäkringssystem innefattande vissa solidaritetselement kan anses bedriva en ekonomisk verksamhet.³⁸⁵

Det framgår således av rättspraxis om socialförsäkring att det sociala syfte som ligger till grund för systemet inte räcker för att utesluta verksamhetens ekonomiska karaktär.³⁸⁶ Det måste därtill prövas huruvida systemet är reglerad i enlighet med solidaritetsprincipen och kontrolleras av den stat som etablerat det.

EU-domstolens prövning huruvida en socialförsäkringsverksamhet uteslutande har ett socialt syfte förefaller ske i enlighet med ett test som består av de följande tre huvudstegen:

- a. Verksamheten måste ha ett socialt syfte i medlemsstaten i fråga. I denna del av testet utgör omständigheten att organet/organen saknar vinstsyfte bara en indikation.³⁸⁷
- b. Verksamheten såsom den är reglerad i medlemsstaten karakteriseras i hög grad av solidaritet på både operatörernas och tjänstemottagarnas sida.

382 Dom i mål T-138/15 *TenderNed* p. 106–107.

383 Se bl.a. domarna i mål C-159/91 *Poucet och Pistre* ECLI:EU:C:1993:63, mål C-218/00 *Cisal* ECLI:EU:C:2002:36, de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK* ECLI:EU:C:2004:150 och mål C-350/07 *Kattner Stahlbau* ECLI:EU:C:2009:127.

384 Se dom i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK* ECLI:EU:C:2004:150, p. 47.

385 Se bl.a. domarna i mål T-106/95 *FFSA* ECLI:EU:T:1997:23, p. 22, mål C-67/96 *Albany* ECLI:EU:C:1999:430, p. 84-87, de förenade målen C-180/98 till C-184/98 *Pavlov* ECLI:EU:C:2000:428.

386 Dom i mål C-437/09 *AG2R* ECLI:EU:C:2011:112, p. 45-46 och där citerad rättspraxis.

387 Se bland annat domarna i mål C-244/94 *Fédération française des sociétés d'assurance m.fl.* ECLI:EU:C:1995:392, p. 21 och mål C-67/96 *Albany* ECLI:EU:C:1999:430, p. 85.

c. Verksamheten är föremål för en hög grad av statlig kontroll.

Beträffande genomförandet av solidaritetsprincipen är karakteristiska element, bl.a. försäkringsorganens obligatoriska anslutning till systemet, avsaknaden av en direkt koppling mellan avgifter och försäkringsförmåner, obligatoriska och identiska förmåner för alla försäkrade, avgifter proportionerliga till de försäkrades inkomst eller ett system som fungerar enligt fördelningsprincipen.³⁸⁸

Beträffande den statliga kontrollen av socialförsäkringssystem är karakteristiska element bland andra skyldigheten för organisationerna att erbjuda de försäkrade obligatoriska förmåner och omöjligheten för organisationerna att påverka dels typen och nivån av förmåner som är fastställda i lag, dels de avgifter som betalas av de försäkrade.³⁸⁹

Allmänt kan således sägas att den grad av autonomi som försäkringsorganen har i enlighet med systemets reglering, samt möjligheten att "kapitalisera" för de försäkrade eller för försäkringsorganen, har avgörande betydelse för frågan om organisationerna i systemet kan anses bedriva en icke-ekonomisk verksamhet. Trots mängden av domar på detta område kan i vissa fall gränsen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska nationella socialförsäkringssystem vara svår att dra.³⁹⁰

I fråga om andra sociala tjänster än socialförsäkring återfinns inga domar från EUD där verksamheten har ansetts utövad uteslutande i socialt syfte och därför vara icke-ekonomisk i förhållande till konkurrens- och statsstödsreglerna. *FENIN* kunde ha varit ett tillfälle för EUD att ge sin syn på vilka omständigheter som avgör när verksamheten i ett sjukhusvårdssystem ska anses icke-ekonomisk. EUD gick dock inte in på den frågan på grund av rättsprocessuella skäl.³⁹¹

3.2.3 Verksamheten i ett nationellt välfärdssystem är ekonomisk när reglerna förutsätter konkurrens mellan operatörerna varav vissa har vinstsyfte: *CBI, Dôvera*

CBI bekräftar implicit kommissionens bedömning i ett statsstödsbeslut att sjukvård som tillhandahålls i konkurrens av offentliga, privata sjukhus med vinstsyfte och andra specialiserade enheter, utförs mot ersättning. Under sådana förhållanden utgör offentlig sjukhusvård en ekonomisk verksamhet vars offentliga finansiering omfattas av statsstödsreglerna.

388 Se domarna i mål C-159/91 *Poucet och Pistre* ECLI:EU:C:1993:63, p. 9-12, mål C-218/00 *Cisal* ECLI:EU:C:2002:36, p. 34-43, de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK* ECLI:EU:C:2004:150, p. 52-53.

389 Se domarna i mål C-218/00 *Cisal* ECLI:EU:C:2002:36, p. 43-44, mål C-355/00 *Freskot* EU:C:2003:298, p. 78 och de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK* ECLI:EU:C:2004:150, p. 52.

390 För en genomgång av rättspraxis på detta område fram till mars 2015, se Wehlander C., 2015, s. 138-146.

391 För en redogörelse, se Wehlander C., 2015, s. 146-151.

I *CBI* prövade tribunalen ett statsstödsbeslut år 2009 som kommissionen tog efter en anmälan av organisationer som representerade privata sjukhus som hävdade att fem offentliga sjukhus i Bryssel-regionen (s.k. IRIS-sjukhus) hade fått statsstöd sedan år 1995 i strid med EU-rätten.³⁹²

De offentliga IRIS-sjukhusen tillhandahöll vård vid sidan av privata sjukhus i Bryssel-regionen. Både IRIS-sjukhusen och de privata sjukhusen fick offentlig finansiering men IRIS-sjukhusen erhöll högre finansiering (bl.a. täckande av underskott), vilket enligt de belgiska myndigheterna motiverades av ytterligare allmännyttiga uppdrag som IRIS-sjukhusen, men inte de privata sjukhusen, var skyldiga att utföra.

Efter en preliminär granskning fann kommissionen att IRIS-sjukhusen var att betrakta som företag som omfattas av EU-statsstödsreglerna men beslöt att finansieringsåtgärderna var förenliga med fördragen med stöd av artikel 106.2 FEUF om SGEI. Beslutet överklagades i *CBI* där tribunalen ogiltigförklarade kommissionens beslut. Kommissionen ansågs nämligen ha åsidosatt sökandens processuella rättigheter genom att besluta i ärendet utan att ha inlett det formella granskningsförfarandet (artikel 108.2 FEUF) trots att bedömningen uppvisade allvarliga svårigheter.³⁹³

Tribunalen bekräftade emellertid implicit kommissionens bedömning att både IRIS-sjukhusen och de privata sjukhusen i Bryssel-regionen utövade en ekonomisk verksamhet. Frågan kan ställas varför tribunalen inte förklarar på vilka grunder de offentliga IRIS-sjukhusen är att anse som företag som driver en ekonomisk verksamhet, trots att hela resonemanget i *CBI* bygger på denna "tysta självklarhet". Tribunalen förklarade således att man vid tillämpningen av artikel 106.2 FEUF på finansieringen av sociala tjänster ska "beakta att en given offentlig tjänst inte har någon affärsmässig aspekt, i och med att kvalificeringen av tjänsten som en tjänst av allmänt *ekonomiskt* intresse snarast beror på dess inverkan på den konkurrensutsatta och affärsdrivande sektorn" (min kursivering).³⁹⁴ Med andra ord, kvalificeringen av verksamheten i de offentliga IRIS-sjukhusen som ekonomisk beror på att de konkurrerar med vinstsyftande privata sjukhus.

392 Kommissionens beslut C (2009) 8120 final av den 28 oktober 2009 om det statliga stöd SA.19864 (ex NN 54/09) som Konungariket Belgien har genomfört till förmån för finansiering av offentliga sjukhus tillhörande sammanslutningen IRIS i huvudstadsregionen Bryssel.

393 Domen i mål T-137/10 *CBI* ECLI:EU:T:2012:584.

394 *Ibid.*, p. 88.

Grunderna för bedömningen att både de offentliga IRIS-sjukhusen och de privata sjukhusen i det belgiska systemet i fråga utövade en ekonomisk verksamhet måste i stället sökas i det statsstödsbeslut som kommissionen meddelade år 2016 efter att ha återupptagit ärendet och utfört det formella granskningsförfarandet.³⁹⁵

I detta avseende återtog kommissionen bara en del av det resonemang som den hade fört i dess första beslut i ärendet. Kommissionen hänvisade till *Smits och Peerbooms* (ett mål om tillämpligheten av fördragets regler om *den fria rörligheten*) och bedömde att när sjukvård utförs av sjukhus och andra operatörer mot ersättning, oavsett om denna ersättning kommer från patienterna själva eller från andra källor, denna vård måste betraktas som en ekonomisk verksamhet. Den finansiering som IRIS-sjukhusen fick genom olika bidrag från belgiska myndigheter på olika nivåer, samt patienternas avgifter och betalningar från försäkringskassorna utgjorde ersättningen för de vårdtjänster som utfördes av de offentliga sjukhusen och kunde "i denna kontext" betraktas som den ekonomiska motprestationen av de utförda tjänsterna.³⁹⁶

IRIS-sjukhusens huvudverksamhet var sjukhusvård som också utfördes av andra operatörer, bland annat kliniker, privata sjukhus och andra specialiserade enheter. IRIS-sjukhusen utövade således sin sjukhusverksamhet mot ersättning och i konkurrens, och därmed var denna verksamhet ekonomisk.³⁹⁷

Kommissionen underströk att solidaritets-elementen i systemet för sjukhusvård i fråga inte innebar att verksamheten skulle anses som icke-ekonomisk. Kommissionen erinrade om att tribunalen fastslog i *FENIN* att i nationella system baserade på allmän försäkring som ger tillgång till offentligt finansierad avgiftsfri vård, är det bara beträffande *förvaltningen* av vårdsystemet som myndigheterna inte agerar i egenskap av företag. Kommissionen ansåg att man därför måste skilja mellan en sådan förvaltning av det nationella vårdsystemet som utförs av offentliga organ med utövande av offentliga maktbefogenheter, och utförandet av sjukhusvård i konkurrens.³⁹⁸

Från *Dövera* (överklagat) kan slutsatsen dras att alla enheter som deltar i ett välfärdssystem i konkurrens inte nödvändigtvis är företag, men att enheter som utför tjänsten med vinstsyfte utgör företag i EU-rättens mening och *detta oavsett system och finansiering*.

395 Kommissionens beslut C (2016) 4051 final av den 5 juli 2016 om det statliga stödet SA.19864 som Konungariket Belgien har genomfört till förmån för finansiering av offentliga sjukhus tillhörande sammanslutningen IRIS i huvudstadsregionen Bryssel (Belgien).

396 Ibid., p. 108.

397 Ibid., p. 109.

398 Ibid., p. 110, med hänvisning till domarna i mål T-319/99 *FENIN* ECLI:EU:T:2003:50, p. 39 och mål T-137/10 *CBI* ECLI:EU:T:2012:584, p. 90-91.

Mot bakgrund av kommissionens bedömning i ärendet *IRIS-sjukhus*, implicit bekräftad av tribunalen, är det förvånande att kommissionen i ett annat ärende kunde anse att tillhandahållandet av obligatorisk sjukförsäkring i det slovakiska systemet var en icke-ekonomisk verksamhet trots att en del operatörer i systemet hade vinstsyfte. I den färska domen *Dôvera* fann tribunalen att kommissionen därvid gjorde en felaktig rättslig bedömning och ogiltigförklarade beslutet. Domen har överklagats av kommissionen 2018-04-16 (mål C-262/18 P).

År 2007 hade ett privat sjukförsäkringsbolag lämnat en anmälan hos kommissionen med påstående om att Slovakien i strid med fördragets statsstödsregler hade vidtagit vissa finansieringsåtgärder till förmån för två statligt ägda sjukförsäkringsbolag. I juli 2013 meddelade kommissionen ett beslut om att sjukförsäkringsverksamheten inom ramen för systemet inte var ekonomisk och att åtgärderna därmed inte utgjorde statsstöd.³⁹⁹

De två statligt ägda sjukförsäkringsbolagen i fråga verkade inom ramen för det slovakiska systemet för sjukförsäkring, som sedan år 1994 är ett s.k. blandsystem, där både privata och offentliga organisationer tillhandahåller den obligatoriska sjukförsäkringen till personer bosatta i Slovakien. Enligt slovakisk lag ska sådana organisationer ha sitt säte i Slovakien, ha grundats för att tillhandahålla den obligatoriska sjukförsäkringen och ha fått tillstånd att utöva verksamheten. Såväl staten som privata organ får vara aktieägare.⁴⁰⁰

Tribunalen erinrade först om den rättspraxis som funnit att verksamheten inom ramen för ett försäkringssystem kan anses icke-ekonomisk om systemet genomför solidaritetsprincipen och kontrolleras av den stat som har inrättat det.⁴⁰¹

Beträffande det slovakiska sjukförsäkringssystemets sociala och solidariska element konstaterade tribunalen att följande element i systemet är relevanta. Organisationer som får delta i systemet har en lagstadgad skyldighet att försäkra varje person som ansöker om det och är bosatt i Slovakien. Organisationerna får inte vägra att försäkra personer på grund av deras ålder, hälsotillstånd eller riskprofil. Systemet bygger på obligatoriska avgifter vars belopp är fastställda i lag och är proportionerliga till de försäkrades inkomster. Avgifterna är inte knutna till vare sig de erhållna förmånerna eller den försäkrades riskprofil och alla försäkrade har rätt till samma lägsta nivå av förmåner. Slutligen innefattar systemet en riskutsjämningsmekanism som innebär att de bolag som försäkrar personer med höga riskprofiler erhåller

399 Se kommissionens beslut (UE) 2015/248 av den 15 oktober 2014 i ärendet SA.23008 (ex 2013/NN) angående Slovakiens åtgärder till förmån för två offentliga sjukförsäkringsbolag.

400 T-216/15 *Dôvera zdravotná poisťovňa a.s. mot kommissionen (Dôvera)* ECLI:EU:T:2018:64, p 3. När detta skrivs finns domen enbart på franska och engelska.

401 *Ibid.*, p. 52, med hänvisning till domarna i mål C-159/91 och C-160/91 *Poucet och Pistre* EU:C:1993:63, p. 9–12, mål C-218/00 *Cisal* EU:C:2002:36, p. 34–43 och mål C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01 *AOK* EU:C:2004:150, p. 52–53.

belopp från fonder som finansieras av organisationer som försäkrar personer med lägre riskprofiler.⁴⁰²

Beträffande statens kontroll noterade tribunalen att sjukförsäkringsorganisationer i systemet omfattas av följande regler. Förutom att alla organisationer har samma form, rättigheter och skyldigheter är varje organisation inrättad för att utföra den offentliga sjukförsäkringen och får inte utöva andra verksamheter än de som är fastställda i lag. En tillsynsmyndighet kontrollerar att organisationerna efterlever de regler som styr deras verksamhet och intervenerar vid brott mot dessa regler.⁴⁰³

Mot denna bakgrund instämde tribunalen med kommissionens bedömning att systemet uppvisar viktiga sociala och solidariska element samt regleringselement. I motsats till kommissionen fann tribunalen emellertid att möjligheten för sjukförsäkringsorganisationer i systemet att göra, använda och dela ut vinster innebär att den icke-ekonomiska karaktären av verksamheten måste ifrågasättas.⁴⁰⁴

Tribunalen instämde med kommissionens bedömning att möjligheten för operatörerna i systemet att göra och dela ut vinster är föremål för striktare regler än de som gäller på helt vanliga marknader, och att dessa regler syftar till att säkerställa systemets hållbarhet samt att förverkliga systemets sociala och solidariska mål. Tribunalen fann dock att denna reglering saknade relevans för att utesluta att sjukförsäkringsbolagens verksamhet har ekonomisk karaktär, så snart dessa verkar enligt en vinstsyftande logik. *Möjligheten för operatörerna att fritt sträva efter och göra vinster, oavsett om de utför sjukförsäkringsuppdraget under statens kontroll, visar enligt tribunalen att operatörernas syfte är vinst och att deras verksamhet ligger inom den ekonomiska sfären.*⁴⁰⁵

Vidare fann tribunalen att, i motsats till kommissionens synsätt i beslutet, den omständligheten att de olika organisationerna i systemet *konkurrerar vad gäller kvalitet och omfattning av de förmåner som de erbjuder*, påverkar bedömningen av deras verksamhets ekonomiska karaktär.⁴⁰⁶ Trots att sjukförsäkringsbolagen inte fritt får bestämma avgifterna i det slovakiska systemet har lagstiftaren infört ett konkurrenselement vad gäller kvalitet, eftersom bolagen är fria att "toppa" de lagstiftade minimiförmånerna med avgiftsfria förmåner, exempelvis förstärkta assistansförmåner för den försäkrade eller en bättre täckning av komplementära eller preventiva behandlingar.⁴⁰⁷

Bolagen i det slovakiska sjukförsäkringssystemet kan således differentiera sina erbjudande i termer av förmånernas kvalitet och bredd för att locka de försäkrings-

402 Ibid., p. 56.

403 Ibid., p. 57.

404 Ibid., p. 63.

405 Ibid., p. 64.

406 Ibid., p. 65.

407 Ibid., p. 66.

berättigade som är fria att välja sjukförsäkringsbolag i systemet och får byta bolag en gång per år. Trots att de ska erbjuda de lagstadgade obligatoriska prestationerna konkurrerar bolagen i systemet om ration "pris-kvalitet".⁴⁰⁸

Tribunalen påpekade att det råder en stark konkurrens mellan bolagen i systemet, som ett resultat av att de försäkrade får byta organisation och själva bedöma den erbjudna försäkringens kvalitet. Följaktligen, med anledning av operatörernas vinstsyfte och av den starka konkurrensen om kvalitet och serviceutbud, fann tribunalen att organisationernas verksamhet inom ramen för det slovakiska systemet för obligatorisk sjukförsäkring utgör en ekonomisk verksamhet.⁴⁰⁹

Av stor principiell vikt är vidare tribunalens bedömning att, genom en s.k. "smittoeffekt", även de statligt ägda sjukförsäkringsbolagen *som saknar vinstsyfte* utövar en ekonomisk verksamhet och därmed är att anses som företag i statsstödsreglernas mening. Samtidigt som de saknar vinstsyfte konkurrerar de statligt ägda bolagen med andra operatörer som har vinstsyfte och måste därmed anses bedriva sin verksamhet på en marknad. Tribunalen klargjorde att det inte enbart är konkurrenssituationen på en given marknad som avgör verksamhetens ekonomiska karaktär utan snarare den omständigheten att det på denna marknad finns operatörer med vinstsyfte.

Tribunalen har därför ogiltigförklarat kommissionens beslut som bidrog till att sudda bort gränsen mellan ekonomisk och icke-ekonomisk verksamhet och gjorde det, med Nicolaidés ord, "svårt att säga var marknaden slutar och var solidaritet börjar".⁴¹⁰

En slutsats som får dras av tribunalens resonemang och slutsats i *Dôvera* är att solidarisk eller offentlig finansiering inte räcker för att utesluta att verksamheten i nationella system som säkerställer allmän tillgång till sociala tjänster är ekonomisk. I system där de olika operatörerna får konkurrera om kvalitet och där vissa operatörer har vinstsyfte är solidaritetsprincipen inte tillräckligt allomfattande för att verksamheten ska anses icke-ekonomisk. En annan slutsats som får dras av *Dôvera* är att enheter som utför en tjänst med vinstsyfte är företag i EU-rättens mening, och detta oavsett i vilket system och med vilken finansiering de utövar verksamheten. Som nämnts ovan har domen överklagats och Nicolaidés påpekar mycket riktigt att det blir intressant att se vad EUD har att säga om denna viktiga fråga och hur domstolen kommer att ta sig an begreppen "marknad" och "konkurrens".

408 Ibid.

409 Ibid., p. 67–68.

410 Se Nicolaidés kommentar av den 10 mars 2015 om kommissionens beslut SA.23008 på bloggen State Aid Uncovered, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/1707>.

Två statsstödsbeslut där resonemangen inte verkar ligga i linje med rättspraxis i EUD och inte heller med tidigare praxis från EU-kommissionen: EFTA-övervakningsorganets beslut om ersättning för pensionskostnader i ideella organisationer som tillhandahåller vissa vård- och barnavårdtjänster (Norge) och EU-kommissionens beslut om offentlig finansiering av offentliga sjukhus i Lazio (Italien).

I december 2017 publicerade kommissionen ett statsstödsbeslut om offentlig finansiering av offentliga sjukhus i Lazio regionen (Italien).⁴¹¹ Ärendet hade väckts genom anmälan av en religiös församling⁴¹² som påstod att allmänna medel hade överförts till offentliga sjukhus i regionen för att täcka deras underskott. Församlingen menade att offentliga och privata sjukhus (båda offentligt finansierade) var i konkurrens i regionen, att deras verksamhet var ekonomisk,⁴¹³ och att finansieringen av underskottet i offentliga sjukhus skulle strida mot statsstödsreglerna och mot principen om valfrihet i det italienska systemet.⁴¹⁴

Enligt uppgifter från den italienska regeringen är det italienska sjukvårdssystemet (SSN) reglerat så att det ger allmän tillgång till sjukvård nästan avgiftsfritt (avgiften täcker bara en del av tjänsternas kostnader) och är fullt offentligt finansierat. Systemet är resultatet av lagreformer år 1992 (främst decentralisering av systemets förvaltning och bolagisering av offentliga sjukhus) och 1999, då friheten att välja läkare och sjukvårdsinrättning inom SSN-systemet infördes för patienter.⁴¹⁵

Kommissionen kom fram till att verksamheten i det italienska systemet inte är ekonomisk, även efter reformerna år 1992 och 1999, eftersom det innefattar grundelement som gör det icke-ekonomiskt, nämligen

- allmän tillgång till sjukvård på samma villkor för alla,
- förpliktelse för alla sjukhus i SSN-systemet att tillhandahålla sina tjänster avgiftsfritt,
- statlig finansiering av de tjänster som tillhandahålls i SSN-systemet.⁴¹⁶

411 Statsstödsbeslut C(2017) 7973 slutlig av den 4 december 2017 Alleged compensation of public hospitals in Lazio (Italien).

412 Casa Regina Apostolorum della Pia Società Figlie di San Paolo.

413 Statsstödsbeslut C(2017) 7973, p. 16.

414 Ibid., p. 17.

415 Ibid., p. 26 och 31.

416 Ibid., p. 60 och 62.

Kommissionen ansåg att de reformer som hade gjorts i systemet syftade till att "garantera allmän tillgång och solidaritet i systemet genom att säkerställa en mer rationell användning av offentliga resurser".⁴¹⁷

I beslutet påstår kommissionen att domarna i *FENIN* bekräftar följande, vilket här citeras på engelska

- "The Union Courts have confirmed that in those systems where services are directly funded from social security contributions and other State resources, and provided free of charge, or for a small fraction of the costs, to affiliated persons on the basis of universal coverage, the *relevant* organisations do not exercise activities of an economic nature. Therefore, they do not act as undertakings within the meaning of Article 107(1) TFEU. Accordingly, a healthcare system that is based on those principles can be considered non-economic in nature."⁴¹⁸

Att påstå att tribunalen och EUD har fastställt en sådan slutsats i *FENIN* är felaktigt och det är anmärkningsvärt att kommissionen använder ett sådant argument. Under de punkter av domen från EUD i *FENIN* som kommissionen hänvisar till (punkterna 25–28) är det över huvud taget inte fråga om att solidariskt finansierad och avgiftsfri sjukvård är icke-ekonomisk, se domens text i fotnot.⁴¹⁹ Det är likaså felaktigt att påstå att tribunalen i punkt 39 av *FENIN* som kommissionen hänvisar till, skulle ha fastställt att sjukvård i systemet som garanterar allmän tillgång och finansieras solidariskt inte är ekonomisk. Under punkt 39 av tribunalens dom i *FENIN* anges nämligen följande:

417 Ibid., p. 63. I denna del förefaller kommissionen göra en politisk snarare än juridisk analys av reformernas effekt.

418 Ibid., p. 57, där kommissionen hänvisar domen i mål T-319/99 *FENIN mot kommissionen* ECLI:EU:T:2003:50, p. 39, och domen i mål C-205/03 P *FENIN mot kommissionen* ECLI:EU:C:2006:453, p. 25-28.

419 Se dom i mål C-205/03 P *FENIN mot kommissionen* ECLI:EU:C:2006:453:

Punkt 25: Förstainstansrätten erinrade med fog i punkt 35 i den överklagade domen om att begreppet företag i gemenskapens konkurrensrätt omfattar varje enhet som bedriver ekonomisk verksamhet, oavsett enhetens rättsliga form och oavsett hur den finansieras (dom av den 23 april 1991 i mål C-41/90, *Höfner och Elser*, REG 1991, s. I-1979, punkt 21, svensk specialutgåva, volym 11, s. I-315, och av den 16 mars 2004 i de förenade målen C-264/01, C-306/01, C-354/01 och C-355/01, *AOK-Bundesverband m.fl.*, REG 2004, s. I-2493, punkt 46). Förstainstansrätten underströk likaså i punkt 36 i nämnda dom att enligt domstolens rättspraxis är det verksamhet som består i att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad som är utmärkande för begreppet ekonomisk verksamhet (dom av den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, punkt 36).

Punkt 26: 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.

Punkt 27: Härav följer att överklagandet inte kan vinna bifall på den första delen av den grund som *FENIN* åberopat till stöd för överklagandet. I den första delgrunden har klaganden nämligen gjort gällande att de ansvariga SNS-enheternas inköpsverksamhet utgör en egen ekonomisk verksamhet som kan skiljas från den tjänst som senare tillhandahålls och att denna borde ha prövats separat av förstainstansrätten.

Punkt 28: I den del överklagandet kan prövas skall det mot bakgrund av ovanstående överväganden lämnas utan bifall.

”Det är i förevarande mål ostridigt att SNS, vilket administreras av de ministerier och andra enheter som sökandens klagomål avser, drivs i enlighet med principen om solidaritet vad gäller dess finansiering genom sociala avgifter och andra statliga bidrag samt genom att de som är anslutna tillhandahålls tjänster gratis enligt ett heltäckande skydd. Dessa organ är således inte att anse som företag när de administrerar SNS.”⁴²⁰

I den ovancerade punkten gjorde tribunalen tydligt att den verksamhet vars ekonomiska karaktär bedömdes var inte SNS-sjukvårdsverksamhet utan SNS-sjukvårdsförsäkring som administrerades av 26 enheter däribland tre ministerier inom den spanska regeringen. Att tribunalen enbart uttalade sig om sjukvårdsförsäkringsverksamheten i det spanska systemet är tydligt från punkt 38 i domen.

Som om dessa hänvisningar i Lazio-beslutet inte var tillräckligt förvånansvärda valde kommissionen att tåga om sitt beslut i IRIS-ärendet, vidtaget efter att dess initiala beslut hade ogiltigförklarats av tribunalen i CBI (se redogörelsen ovan i avsnittet). I IRIS-beslutet hade kommissionen kommit fram till att verksamheten var ekonomisk i både offentliga sjukhus i det belgiska systemet, där sjukvården tillhandahölls av offentliga och privata sjukhus i konkurrens, med allmän tillgång, offentligt finansierat och avgiftsfritt för patienterna. I IRIS-beslutet gjorde kommissionen denna bedömning med hänvisning till punkt 58 av domen i *Smits and Peerbooms*.

I Lazio-beslutet resonerar således kommissionen inte om varför liknande element i ett sjukvårdssystem kunde leda den att bedöma att verksamheten var ekonomisk i IRIS-ärendet och icke-ekonomisk i Lazio-ärendet. Lazio-beslutet leder till att även vinstsyftande privata sjukhus i det italienska systemet inte anses bedriva en ekonomisk verksamhet vilket, även med virtuos rättslig argumentering, inte lär gå att förena med tribunalens bedömning i *Dôvera* att

”in view of the profit pursued by health insurance companies and the existence of intense competition as to quality and the services offered, the activity of providing compulsory health insurance in Slovakia is economic in nature.”

420 T-319/99 *FENIN mot kommissionen* ECLI:EU:T:2003:50, p. 39.

Domarna i *CBI* och *Dôvera* gör det i princip omöjligt att hänvisa till EU-domstolens bedömning i *Humbel* (kurser i ett nationellt undervisningssystem vars reglering och drift tydligen presumerades vara helt under statens kontroll) för att hävda att offentligt finansierade välfärdstjänster inte utgör en ekonomisk verksamhet även när operatörerna i systemet får ha (och vissa *de facto* har) vinstsyfte samtidigt som operatörerna i systemet får konkurrera om tjänsternas kvalitet.

Det är lätt att märka en viss desperation i kommissionens argumentering i Lazio-beslutet. Den kan förklaras av utvecklingen med solidariskt finansierade blandade välfärdssystem som, i kombination med rättspraxis i EUD, konfronterar unionen och dess medlemmar med ett svårt dilemma. Dilemmat kan förenklat beskrivas på följande sätt.

Kommissionen kan förneka sin egen tidigare bedömning, baserad på rättspraxis i EUD, att offentligt finansierade system i vilka både offentliga enheter och privata aktörer med eller utan vinstsyfte deltar, innebär att operatörerna i systemet konkurrerar och är ekonomiska. Det kan vara politiskt gångbart. Medlemsstaterna behåller en stor frihet att finansiera de olika operatörerna i systemet, efter politisk preferens. Ekonomiskt och rättsligt blir det emellertid provocerande att hävda att vinstsyftande operatörer i sådana system, även sådana som är börsnoterade och verkar i olika medlemsstater, har ett uteslutande socialt syfte och inte bedriver en ekonomisk verksamhet.

Kommissionen kan i stället erkänna att verksamheten i sådana system är ekonomisk, vilket skulle rimma bättre med befintlig rättspraxis i EUD och med ekonomisk teori. Rättsligt innebär det att statsstödsreglerna blir tillämpliga om verksamheten inte upphandlas i konkurrens och om handeln kan anses påverkad. Det skulle också föranleda stora och svåra frågor inom relaterade rättsområden, bl.a. momsfrågor. Politiskt är ett sådant erkännande djupt problematiskt. Det kan bromsa en snabb tillväxt av företagande inom den sociala sektorn eftersom statsstödsreglerna ställer krav på att den tjänst som ersätts av det allmänna är tydligt definierad och ersätts proportionerligt med rimlig vinst. Det kan öppna upp för att den offentliga finansieringen av offentliga operatörer ifrågasätts judiciellt och gör det tydligt att EU-rätten kan användas för att ifrågasätta en välfärdorganisation som är demokratiskt förankrad i vissa medlemsstater.

Men visst är jorden rund, och i och med domen i *Dôvera* verkar det också klarlagt att företag med vinstsyfte bedriver en ekonomisk verksamhet. Det blir mycket svårt framöver att argumentera för att verksamheten i blandade system som finansieras med skattemedel inte är ekonomisk när den utövas i konkurrens av privata aktörer, varav en del har vinstsyfte. Som Nicolaidis uttrycker det,

*“After the judgment of the general Court of 5 February 2018 in case T-216/15, *Dôvera zdravotná poisťovňa, a.s. v European Commission*, health ministries across Europe must be wondering whether their public health systems are economic in nature. This is because over the past decade health systems have been undergoing reform with the introduction of elements of competition, budgetary autonomy and flexibility in the services offered by hospitals.”⁴²¹*

Här bör slutligen nämnas att, två dagar efter offentliggörandet av domen i *Dôvera*, EFTA:s övervakningsorgan meddelade ett beslut som inte heller tycks vara i linje med tribunalens synsätt i *Dôvera*, i ett ärende om statsstöd till ersättning för pensionskostnader i ideella organisationer (NPO) som tillhandahåller vissa vård- och barnavårdtjänster.⁴²² Myndigheten gjorde bedömningen att statens finansiering av framtida pensionskostnader till förmån för NPO inte utgjorde statsstöd eftersom deras verksamhet ansågs icke-ekonomisk. Myndigheten grundade sin slutsats på omständigheten att hälsotjänsterna i fråga tillhandahålls avgiftsfritt i Norge, vilket enligt min bedömning kan vara relevant, men inte är tillräckligt för att dra slutsatsen att verksamheten är icke-ekonomisk. Myndigheten preciserade dessutom att några operatörer med vinstsyfte (som också får tillhandahålla dessa tjänster) troligen skulle gagnas av finansieringen, men att de inte heller var att anse som företag i statsstödsrättens mening eftersom deras verksamhet är icke-ekonomisk.⁴²³

3.3 Slutsatser av avsnitt 3.1 och 3.2 om innebörden av begreppet ”ekonomisk verksamhet” och om de två huvudfallen av verksamhet som kan anses icke-ekonomisk hos en medlemsstat

3.3.1 ”Ekonomisk verksamhet” har samma innebörd inom rätten om fri rörlighet och konkurrensrätten. De enda grundläggande kriterierna är ersättning och risk

⁴²¹ Se Nicolaidis P., State Aid Uncovered, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9208>.

⁴²² EFTA-övervakningsorganets beslut No 017/18/COL av en 7 februari 2018 i ärendet No: 81382 (Dokument No: 884589) om statsstöd till ersättning för pensionskostnader i ideella organisationer som tillhandahåller vissa vård- och barnavårdtjänster.

⁴²³ Ibid., fotnot 13, citeras här på engelska: “It is expected that a few commercial private providers will probably also benefit from the compensation scheme. However, commercial private providers also do not constitute undertakings for these purposes in as far as they provide the services concerned, which are not economic in nature (see in this context, judgment in *Aéroports de Paris v Commission*, T-128/98, EU:T:2000:290, paragraph 108; Case E-5/07 *Private Barnehagers Landsforbund v ESA* [2008] EFTA Ct. Rep. 62, paragraphs 80 to 82).”

EUD har hittills inte tydligt formulerat de rekvisit som ska vara uppfyllda för att en verksamhet ska anses ekonomisk. Som visats i avsnitt 3.1. och 3.2 framgår det dock tydligt av rättspraxis om socialförsäkring (se bl.a. *Freskot* och *Poucet och Pistre*), sjukvård (se bl.a. *Smits och Peerbooms* och *Watts*) och undervisning (*Jundt* och *Schwarz*) att samma grundrekvisit avgör på området för fri rörlighet respektive konkurrensrätt huruvida en verksamhet är ekonomisk vid en bedömning i det enskilda fallet, nämligen:

- Tjänsterna/varorna inte utförs/levereras utan någon ekonomisk motprestation (ersättningskriterium).
- Verksamhetens utförande innebär en ekonomisk risk (riskkriterium).⁴²⁴

Prövningen huruvida en verksamhet är ekonomisk ska göras vid en bedömning i det enskilda fallet. Att de funktionella rekvisiten som avgör om en verksamhet är ekonomisk i det enskilda fallet är identiska på områdena för den inre marknaden, konkurrens och statsstöd återspeglas av rättspraxis från EUD som visar att förutsättningarna för att en verksamhet ska anses icke-ekonomisk är identiska i båda rättsområden. Begreppet "ekonomisk verksamhet" kan således påstås vara enhetligt oavsett om rättsområdet är frirörlighet, konkurrens, statsstöd eller upphandling.

Identiteten av de grundläggande rekvisiten i definitionerna av ekonomisk verksamhet på konkurrens- och statsstödsområdet – dvs. "erbjuda tjänster eller varor på en viss marknad" – och på området för den inre marknaden ("utföra prestationen mot ersättning vid en bedömning i det enskilda fallet") leder till slutsatsen att dessa två definitioner i sak är ekvivalenta, vilket kan visualiseras på följande sätt:

Utföra prestation mot ersättning ⇔ erbjuda tjänster eller varor på marknaden

Både EUD och kommissionen brukar använda definitionen för fri rörlighet i stället för konkurrensdefinitionen i ärenden som rör organisation och offentlig finansiering av tjänster inom vårds- och utbildningssektorerna. Förklaringen är troligen bristen på rättspraxis från EUD, som med säkerhet klargör hur definitionen "erbjuder tjänster eller varor på en marknad" ska tolkas på dessa områden. Ett typiskt exempel är resonemanget i *IRIS-sjukhus* som visar att kommissionen uppfattar definitionen "tjänst utförd mot ersättning" som i sak är synonym med "tjänst erbjuden på en viss marknad" på konkurrensrättens område.

⁴²⁴ Dessa två kriterier hittas i följande uttalande av EUD i *Wouters*: "Advokater tillhandahåller juridiska tjänster mot betalning. Dessa består i rådgivning, att upprätta avtal eller andra handlingar, liksom i att företräda klienter inför domstol. De står dessutom den ekonomiska risk som är förenad med utövandet av verksamheten, så att advokaten själv får stå för förlusterna när kostnaderna är större än intäkterna." (min kursivering). Se dom i mål C-309/99 *Wouters* ECLI:EU:C:2002:98, p. 48.

Vidare visar analysen av rättspraxis från EUD i avsnitt 3. 1 och 3.2 att följande slutsatser får dras *inom både frirörlighets-, upphandlings-, konkurrens- och statsstödsrättsområdet*.

1. Att verksamheten utövas utan vinstsyfte utesluter inte att den kan betraktas som ekonomisk. Att vinstsyfte är uteslutet kan dock vara ett element i bedömningen huruvida verksamheten är icke-ekonomisk i ett välfärdssystem.
2. Om verksamheten inte är förenad med utövandet av offentlig makt räcker det inte att den utövas in-house eller med ensamrätt för att kvalificeras som icke-ekonomisk. Avgörande omständigheter är huruvida tjänsten vid en objektiv bedömning i det enskilda fallet kan anses utförd mot ersättning (*Tierkörperbeseitigung*).
3. Att verksamheten inte betalas av den som mottar den, bl.a. när den är offentligt finansierad, utesluter inte att den är ekonomisk vid en bedömning i det enskilda fallet. Det avgörande är inte att mottagaren har tillgång till tjänsten avgiftsfritt, utan det avgörande är i stället huruvida den finansieringen (i huvudsak offentlig för många välfärdstjänster i Sverige) kan anses utgöra villkoret för att operatören utför prestationen i fråga. Denna utgångspunkt är faktiskt grundläggande för att offentlig upphandling av sociala tjänster över huvud taget ska anses falla inom ramen för EU-rätten.
4. I rättspraxis bedöms frågan om den offentliga finansieringen av verksamheten är att betrakta som en ekonomisk ersättning för tjänsten i fråga *i operatörens perspektiv*. De utbetalningar som operatören erhåller kan vara att betrakta som ersättning även när de kommer från olika källor (avgifter, offentlig finansiering och dylikt), som en följd av att verksamheten utövas inom ramen av enskilda avtal (*Smits och Peerbooms, Jundt*) eller inom ramen för ett system där operatören är i konkurrens med vinstsyftande operatörer (*CBI, Dövera*).
5. Att verksamheten formellt utövas inom ramen för ett nationellt system utesluter inte att verksamheten är ekonomisk eftersom bedömningen ska göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet eller i det enskilda systemet (*Jundt, Dövera*). Verksamheten i ett nationellt system som förutsätter konkurrens mellan operatörerna samtidigt som vissa av dessa har vinstsyfte, har funnits vara ekonomisk både när verksamheten huvudsakligen är offentligt finansierad (*CBI*) och när verksamheten är finansierad privat men solidariskt (*Dövera*).

3.3.2 Verksamheten är icke-ekonomisk i såväl frirörlighetsreglernas som konkurrensreglernas mening när den (1) är förenad med utövandet av offentlig makt eller (2) enbart utförs i socialt syfte

Huruvida en tjänsteverksamhet är ekonomisk avgörs vid en bedömning i det enskilda fallet. Från denna bedömning i det enskilda fallet måste skiljas det "abstrakta testet" om huruvida tjänsten generellt "kan vara" ekonomisk, vilket avgörs

- På konkurrensrättens område genom det komparativa testet formulerat i *Höfner* (tjänsten har inte alltid utförts, och behöver inte nödvändigtvis utföras, av offentliga organ).
- Inom området för fri rörlighet genom testet "tjänsten utförs *normalt* mot ersättning, där normalt förstås som "generellt", "i teorin".

Som visats i avsnitt 3.2.1.2 är det tydligt att båda testen har en liknande funktion. De etablerar inte att tjänsten i det enskilda aktuella fallet *är* ekonomisk utan att det finns inom EU en marknadsaktivitet för denna tjänst. Om en sådan marknadsaktivitet finns ska varje medlemsstat se till att dess reglering av verksamheten är förenlig med reglerna om fri rörlighet, dvs. inte utan motivering av allmänt intresse hindrar ekonomiska operatörer från andra medlemsstater att erbjuda tjänsten på dess territorium.

Även om verksamheten tillhör medlemsstaternas kompetens (vilket är fallet med sociala tjänster), innebär det faktum att det grundläggande abstrakta testet (dvs. verksamheten i teorin kan vara ekonomisk) att prövningen huruvida den har ekonomisk karaktär i det enskilda fallet ska göras i enlighet med *EU-domstolens autonoma och vida tolkning*.⁴²⁵

Som nämnts i avsnitt 3.1. och 3.2 har EUD satt gränser för en alltför vid tolkning av sin egen definition av en ekonomisk verksamhet. Verksamheten är inte ekonomisk *hos medlemsstaten* om den i denna medlemsstat är reglerad så att

- a. den är förenad med utövandet av offentlig makt eller
- b. den utförs uteslutande i socialt syfte med tillämpning av solidaritetsprincipen och under statens kontroll.

⁴²⁵ Se Hatzopoulos V., 2012, s. 77: "in all four fields of law examined [free movement, public procurement, competition and state aid], the qualification of an activity as being economic or non-economic follows the same pattern: activities are presumed to be economic, unless they are shown to be connected either to public authority, or to solidarity".

Vad gäller prövningen huruvida en verksamhet kan vara ekonomisk (det abstrakta testet) eller är ekonomisk vid en bedömning i det enskilda fallet är konvergensen stor mellan rättsområdena för fri rörlighet, konkurrens, statsstöd och upphandling. Se schema på följande sida.

Vad gäller de två typfallen (a) och (b) ovan uppstår frågan huruvida de utgör NSGI i den mening som avses i LOU-direktivet, vilket bör anses kräva att

1. verksamheten är icke-ekonomisk,
2. verksamheten utgör en SGI,
3. artikel 2 SGI-protokollet är uppfyllt, dvs. fördragets bestämmelser påverkar inte på något sätt medlemsstatens behörighet att
 - tillhandahålla denna NSGI, dvs. att själv utöva verksamheten,
 - beställa denna NSGI, dvs. möjligheten att använda externa resurser för verksamhetens utförande,
 - organisera denna NSGI, oklart vad som menas: ge befogenheter, överföra obligatoriska befogenheter, samverka i genomförandet av obligatoriska befogenheter.

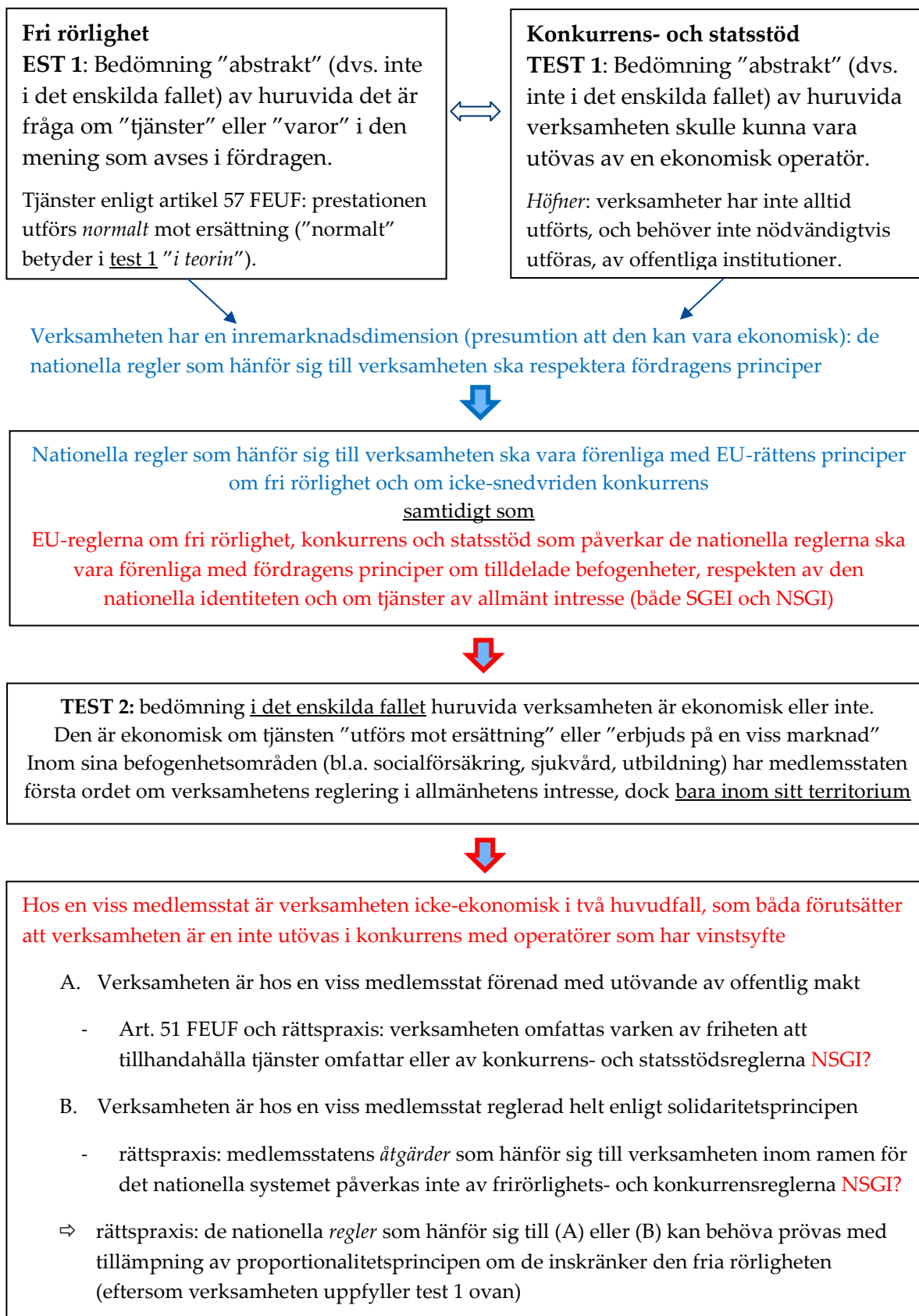
3.4 Begreppet NSGI i ljuset av EU-domstolens rättspraxis om ekonomisk verksamhet på områdena för fri rörlighet och konkurrens

I detta avsnitt utförs en analys av EU-begreppet NSGI, och delvis också av EU-begreppet SGI, med utgångspunkt (1) i relevanta element från redogörelsen av rättspraxis i EUD i avsnitt 3.1 och 3.2 och (2) av artikel 2 SGI-protokollet.

I avsnitt 3.4.1 analyseras huruvida undantaget från fri rörlighets- och konkurrensreglerna för verksamhet som *hos en viss medlemsstat* är förenad med utövandet av offentlig makt kan påstås utgöra en typ NSGI. Analysen görs med utgångspunkt i rättspraxis i EUD och visar att verksamheter som faller inom detta undantag bör kunna ses som NSGI i SGI-protokollets och LOU-direktivets mening. Kommissionens beslut i ZVG Portal verkar i linje med analysen.

I avsnitt 3.4.2 analyseras huruvida EU-domstolens undantag från fri rörlighets- och konkurrensreglerna för tjänster som inte kan anses utförda mot ersättning inom ramen för ett nationellt system kan påstås utgöra NSGI. I denna del undersöks först rättspraxis om socialförsäkring. Därefter föreslås en koherent tolkning av EU-domstolens resonemang om kurser inom ramen för nationella skolsystem i *Humbel*, och vidare en analys av EFTA-domstolens i *Private Barnehagers*, ett beslut som tyder på att tjänster som det allmänna finansierar med anledning av sitt SGI-uppdrag kan betraktas som NSGI när de utförs *i offentlig regi*. I avsnitt 3.4.2.4 diskuteras huruvida privata aktörer som utför tjänster mot ersättning med offentliga medel kan anses tillhandahålla NSGI.

Slutsatser av analysen presenteras i avsnitt 3.5.



Obs: pilarnas färger signalerar EU-rättens "påverkan" på nationella regler (blå) och medlemsstatens "påverkan" på verksamhetens kvalificering av verksamheten (röd).

3.4.1 Verksamhet som *i medlemsstaten* är förenad med utövandet av offentlig makt: "UOM-NSGI"

3.4.1.1 Det mesta talar för att verksamhet förenad med utövandet av offentlig makt utgör en typ av NSGI i SGI-protokollets mening

Det följer av artikel 51 FEUF såsom tolkad av EUD att utövande av offentliga maktbefogenheter inte utgör ekonomisk verksamhet vilket innebär att fördragets regler om fri rörlighet och konkurrens inte är tillämpliga.⁴²⁶ Som icke-ekonomisk verksamhet i både frirörlighets- och konkurrens- och statsstödsreglernas mening avses också *verksamhet som hos medlemsstaten, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt (nedan förkortat UOM)*. Verksamhet förenad med UOM framstår således som en uppenbar kandidat för NSGI-kvalificering.

EUD har hittills aldrig medgett undantag från de grundläggande friheterna med stöd av artiklarna 51 eller 62 FEUF. De få undantag som hittills har gjorts för "UOM-knutna verksamheter" har i stället gjorts från konkurrens- och statsstödsreglerna, och följande kan konstateras:

- I *Diego Cali* påverkades organisationen av föroreningsbekämpningen inte alls av konkurrensreglerna, varken det administrativa tillståndet till ett aktiebolag att med ensamrätt svara för verksamheten i Genoas hamn eller dess befogenhet att från fartygen kräva avgifter ensidigt bestämda av hamnmyndigheten.
- I *SAT Flyggesellschaft* påverkade konkurrensreglerna inte på något sätt medlemsstaternas behörighet att organisera luftfartskontrollen genom att låta en internationell organisation utöva verksamheten med ensamrätt och därvid uppbära undervägsavgifter.
- I *Compass-Datenbank* påverkade konkurrensreglerna inte alls myndighetens insamling, lagring och tillhandahållande av obligatoriska företagsavgifter mot lagstadgade avgifter, och inte heller myndighetens förbud att vidareutnyttja uppgifterna.
- I *TenderNed* var statsstödsreglerna helt utan verkan på Nederländernas *behörighet* att organisera och tillhandahålla e-upphandlingsfunktioner.

I samtliga fall är det tydligt att verksamheternas natur och syfte bedömdes vara att skydda allmänna intressen och att verksamheterna ansågs icke-ekonomiska. I samtliga fall fann EUD att de i målen relevanta bestämmelserna inte alls påverkade medlemsstatens behörighet att tillhandahålla beställa och organisera den icke-ekonomiska verksamheten. Därmed var rekvisiten i artikel 2 SGI-protokollet

⁴²⁶ Se bland annat dom i mål C-108/10 *Scattolon* EU:C:2011:542, p. 44, mål C-49/07 *MOTOE* ECLI:EU:C:2008:376, p. 24 och där angiven rättspraxis, och, med avseende på direktiv 77/187, dom i mål C-298/94 *Henke* ECLI:EU:C:1996:382, p. 17.

uppfyllda i samtliga fall och man kan därför med god säkerhet påstå att UOM-knutna verksamheter utgör en huvudkategori av NSGI, som för enkelhetens skull betecknas "UOM-NSGI". Beträffande sådana UOM-NSGI kan följande sägas.

EU-domstolens doktrin på konkurrens- och statsstödsområdet är att verksamhetens natur, syfte och *reglering* kan innebära att verksamheten anses förenad med utövande av offentlig makt. Detta torde innebära att verksamhetens anknytning till UOM ska ha beslutats av medlemsstaten genom *föreskrifter* och inte bara genom administrativa beslut. I det avseendet bör påpekas att möjligheten att anförtro verksamhet förenad med utövande av offentlig makt till en icke-statlig aktör i svensk rätt är begränsad av bestämmelsen i 12 kap. 4 § RF, enligt vilken lagstöd krävs för att överlämna förvaltningsuppgifter som innefattar myndighetsutövning åt privaträttsliga subjekt.

Vidare kan konstateras att verksamhetens anknytning till UOM förutsätts kunna vara varaktig eller tillfällig, se artikel 51 FEUF. Bland sådana verksamheter som varaktigt kan anses förenade med utövande av offentlig makt återfinns försvarsverksamhet, polisverksamhet och dömande verksamhet. Sådana verksamheter bedöms som icke-ekonomiska av kommissionen, vilket är avgörande för bl.a. den svenska statens frihet att ställa krav på att personer som arbetar med polis-, domstols- och försvarsverksamhet ska ha svenskt medborgarskap. Detta innebär dock inte att all verksamhet som är anknuten till dessa verksamheter utgör NSGI, eftersom det bara är verksamhet som *direkt och specifikt* är förenad med utövande av offentlig makt som anses icke-ekonomisk. Som redan nämnts, har översättningar av experter som anlitas av domstolar ansetts som ett hjälpmedel av underordnad betydelse som inte påverkar domstolens bedömning eller det fria utövandet av rättskipningsbefogenheten, och därför inte som icke-ekonomisk verksamhet.⁴²⁷

Det är också viktigt att notera att, på områden som inte överförts till unionen, medlemsstaterna är *a priori* fria att besluta vilka rättssubjekt som får utöva offentlig makt inom ett visst verksamhetsområde. Däremot är de inte fria att bedöma vilka verksamheter som ska anses direkt och specifikt förenade med detta utövande av offentlig makt. Den svenska staten är således fri att besluta att betygsättning, som utgör myndighetsutövning, kan utövas av både offentliga och privata rättssubjekt som driver förskolor, grundskolor och gymnasieskolor (en implicit följd av bestämmelsen i 2 kap. 5 § skollagen (2010:800)). Den svenska staten är däremot inte fri att bestämma att den undervisningsverksamhet som utövas av lärare på sådana skolor är förenad med utövande av offentlig makt i EU-rättens mening. Denna bedömning görs enligt EU-rättens mycket restriktiva kriterier.

427 Dom i de förenade målen C-372/09 och 373/09 *Josep Peñarroja Fa* ECLI:EU:C:2011:156, p. 45.

EU-rättens strikta krav på en direkt och specifik anknytning till utövande av offentlig makt begränsar kraftigt medlemsstaternas möjlighet att åberopa UOM-NSGI för att utesluta EU-rättens påverkan på organisationen, beställningen, finansieringen och tillhandahållande av verksamheten. Ett exempel är domen i *Charleroi flygplats* där tribunalen fann att ett tekniskt system som ökar precisionen när flygplan närmar sig en landningsbana och minskar riskerna vid ogynnsamma väderförhållanden, inte bidrog till vare sig kontrollen och övervakningen av luftrummet eller till någon annan myndighetsutövning som kan förekomma på en flygplats.⁴²⁸ Tribunalen fann att systemet var av ekonomisk natur eftersom det bidrog till de tjänster en civil flygplats tillhandahåller till flygbolagen i ett konkurrensutsatt sammanhang, vilket är en ekonomisk verksamhet.⁴²⁹ Nicolaidis anser att domen i *Charleroi flygplats* minskar utrymmet för UOM-NSGI.⁴³⁰

I *TenderNed* (överprövad) fann tribunalen att en myndighet utövar en verksamhet förenad med utövande av offentlig makt när den sätter igång en upphandling och därvid tillämpar upphandlingsreglerna. Detta skulle kunna förstås så att offentlig upphandling alltid kan anses utgöra en UOM-NSGI. Samtidigt måste man komma ihåg att EUD i *FENIN* slog fast att det är frågan huruvida den senare användningen av den upphandlade produkten är av ekonomisk karaktär eller inte som oundvikligen avgör upphandlingsverksamhetens art.⁴³¹ En viktig slutsats som får dras av denna rättspraxis är att åtgärder som vidtas för att anskaffa varor eller tjänster i enlighet med upphandlingsreglerna kan betraktas som NSGI förutsatt att det som anskaffas inte används i en ekonomisk verksamhet.

3.4.1.2 Rättspraxis om att *myndigheters* allmännyttiga uppgifter är icke-ekonomiska när de är anknutna till deras maktbefogenheter

Som tidigare nämnts (avsnitt 3.2.1.1) är prövningen av den ekonomiska karaktären av myndigheters verksamheter binär: när myndigheter inte kan anses erbjuda tjänster eller varor på en marknad anses de med nödvändighet agera genom att utöva sina maktbefogenheter. Prövningen görs vid en bedömning i *det enskilda fallet*.

428 Dom i mål T-818/14 *Charleroi flygplats* ECLI:EU:T:2018:33, p. 97–117.

429 *Ibid.*, p. 102 och 117.

430 Nicolaidis anser att tribunalen och kommissionen har korrekt bedömt att instrumentet är en del av flygplatsernas ekonomiska verksamhet, eftersom det bidrar till att öka deras konkurrenskraft på marknaden. Han ställer den lite provocerande frågan om brandskyddsverksamhet också kommer att räknas till flygplatsernas ekonomiska verksamhet, se <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9167>.

431 Dom i mål C-205/03 P *FENIN* ECLI:EU:C:2006:453, p. 26.

EU-domstolens "doktrin om avskiljbarhet": de olika segmenten av en verksamhet som utövas av en myndighet ska prövas var för sig och för varje aktuellt verksamhetssegment ska prövas huruvida det kan likställas med utövande av maktbefogenheter. Bland offentliga *uppgifter* är det enbart myndighetens *obligatoriska uppdrag* som a priori kan anses förenade med utövande av offentlig makt.

Inom konkurrens- och statsstödsrätten har EUD utvecklat det som Hatzopoulos kallar en "teori om avskiljbarhet", samtidigt som han anser oklart huruvida en sådan teori faktiskt finns och i så fall inom vilket exakt tillämpningsområde.⁴³²

Denna "avskiljbarhetsteori" formulerades i *SELEX* på följande sätt:

*"Det förhållandet att konkurrensreglerna i fördraget är tillämpliga på den del av ett organs verksamhet som kan särskiljas från den del av verksamheten som detta organ utövar i sin egenskap av offentlig myndighet innebär emellertid att en enhets olika verksamhetsdelar skall prövas var för sig och det förhållandet att vissa av dessa delar kan likställas med myndighetsutövning innebär inte att de andra delarna inte kan vara av ekonomisk art."*⁴³³

Med hänvisning till *SELEX* använde EUD ett liknande angreppssätt i *Compass-Datenbank*. Först delade domstolen upp den myndighetens verksamhet i olika verksamhetssegment: (1) att samla in uppgifter vilka företag som var skyldiga att anmäla i en databas och (2) att lagra uppgifterna i en databas och tillgängliggörande för allmänheten. Därefter prövade domstolen huruvida varje verksamhetssegment direkt eller indirekt kunde anses vara förenade med utövandet av offentlig makt. Domstolen fann att verksamhetssegment (1) var ett obligatoriskt uppdrag att samla in uppgifter som var direkt kopplat till myndighetsutövning. Domstolen ansåg att verksamhetssegment (2) var oskiljbar från verksamhetssegment (1) eftersom uppgifternas lagring ansågs *nödvändig* för att säkerställa insamlingens nytta. Därmed var även segment (2) också förenat med myndighetens utövande av maktbefogenheter. Verksamhetssegment (2) ansågs därför som icke-ekonomisk i denna kontext *och detta oavsett om verksamheten ur denna kontext var ekonomisk eller inte*.⁴³⁴

432 Hatzopoulos V., 2012, p. 76.

433 Dom i mål T-155/04 *SELEX Sistemi Integrati* punkt 54, i analogi med resonemanget i domen mål C-82/01 P *Aéroports de Paris* ECLI:EU:C:2002:617, p. 109.

434 Dom i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449, p. 38.

I *Tierkörperbeseitigung* har tribunalen understrukit vikten av att skilja mellan följande typer av offentliga uppgifter: (a) *uppdraget* att säkerställa att en operativ verksamhet utförs och (b) *utförandet* av den operativa verksamheten.⁴³⁵ Tribunalen förklarade att begreppet "offentliga uppgifter" är bredare än begreppet "verksamhet förenad med utövandet av offentliga maktbefogenheter".⁴³⁶ Behandling och bortskaffandet av farliga animaliska produkter i fråga i målet var tydligen en offentlig uppgift. Tribunalen bedömde dock att den inte kunde kvalificeras som ett *uppdrag* förenat med utövande av offentlig makt, eftersom tysk lag erkänner den ekonomiska dimensionen av dessa verksamheter och explicit förutsätter att de kan anförtros till privata företag.

Under sådana omständigheter var det *endast* myndigheternas *skyldighet* enligt tysk lag, och i samband med förordningen om animaliska biprodukter⁴³⁷, att *säkerställa* behandlingen och bortskaffandet av de farliga animaliska biprodukterna, som kunde anses som ett uppdrag förenat med utövande av offentlig makt, och därmed som en icke-ekonomisk verksamhet.

I rättspraxis förefaller SGI avse allmännyttiga uppgifter som enligt lag är *obligatoriska uppdrag* för myndigheten. SGI är *a priori* förenade med myndighetens utövande av maktbefogenheter. En verksamhet som utförs inom ramen för en myndighets *frivilliga* befogenheter kan, oavsett dess ekonomiska effekter på en existerande marknad, kvalificeras som förenad med utövande av offentlig makt om den anses nödvändig för genomförandet av SGI-uppdraget, i enlighet med EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet.

I *TenderNed* bekräftade tribunalen sitt angreppssätt i *Tierkörperbeseitigung* och skiljde mellan å ena sidan e-upphandling och å andra sidan säkerställande att e-upphandling inte bara är möjlig utan faktiskt genomförs i enlighet med de lagstadgade krav som åligger de upphandlande myndigheterna.⁴³⁸

Tribunalen konstaterade att det nederländska departementet har ett lagstadgat *obligatoriskt uppdrag* att skapa och upprätthålla ett elektroniskt system i vilket upphandlande myndigheter *ska* publicera bl.a. sina anbudsinfordran och tilldelningsbeslut och därmed uppfylla publiceringskraven i unionens och Nederländernas upphandlingsregler.⁴³⁹ Detta uppdrag bedömdes vara en del i myndigheternas utövande av deras maktbefogenheter.⁴⁴⁰ Därmed var själva

435 Dom i mål T-309/12 *Zweckverband Tierkörperbeseitigung mot kommissionen* ECLI:EU:T:2014:676, p. 62.

436 *Ibid.*, p. 59.

437 Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1069/2009 av den 21 oktober 2009 om hälsobestämmelser för animaliska biprodukter och därav framställda produkter som inte är avsedda att användas som livsmedel (förordning om animaliska biprodukter).

438 Dom i mål T-138/15 *TenderNed* ECLI:EU:T:2017:675, p. 69.

439 *Ibid.*, p. 70 och 78.

440 *Ibid.*, p. 70.

systemet, såsom de hade utformat det i syfte att genomföra uppdraget, en del av utövandet av deras maktbefogenheter.⁴⁴¹

I detta avseende lade tribunalen uppenbarligen vikt vid de nederländska myndigheternas anförande att de tillgängliga kommersiella plattformarna inte erbjöd villkor i fråga om pris, objektiva kvalitetsstandard, kontinuitet och åtkomlighet som var nödvändiga för att fullgöra de mål av allmänt intresse som dessa myndigheter har slagit fast.⁴⁴² Dessa myndigheter hade således bedömt att de tjänster som erbjöds på marknaden inte passade för att nå de mål av allmänt intresse som de hade fastställt, att snabbt och effektivt etablera e-upphandling som en standard i Nederländerna.

Det kan således anses implicit framgå av domstolens resonemang i *TenderNed* att de myndigheter som hade ett obligatoriskt uppdrag att skapa ett system, ansågs ha ett handlingsutrymme för att bestämma vilka villkor och prestanda som skulle kopplas till systemet för att det skulle nå de mål av allmänt intresse som de hade fastställt. De erkändes ett handlingsutrymme att i egenskap av myndigheter bedöma *nödvändigheten* att deras system skulle vara avgiftsfritt, integrera flera funktioner (anbudsannonsering, tilldelningsbeslut, anbud, vägledning m.m.) och fungera kontinuerligt.

Tribunalen fann att det var rättsligt korrekt att kvalificera det nederländska departementets uppdrag som en tjänst av allmänt intresse (SGI), mot bakgrund av att 2014-direktiven ålägger medlemsstaterna att införa e-upphandling.⁴⁴³ Enligt tribunalen innebar det faktum att e-upphandling var en SGI att det inte kunde *a priori* betraktas som en verksamhet av ekonomisk karaktär (på engelska: "*not an inherent economic activity*") och att det kunde utnyttjas kommersiellt *så länge staten inte själv erbjöd denna tjänst*.⁴⁴⁴

Sánchez-Graells menar att tribunalen i *TenderNed* kvalificerade e-upphandling som en SGEI. Enligt min mening verkar det emellertid tydligt att tribunalen kvalificerade verksamheten TenderNed som en *icke-ekonomisk SGI* (en NSGI), även om det var uppenbart att plattformen har en ekonomisk dimension eftersom den drastiskt minskade intresset av att driva sådana plattformar kommersiellt. I detta avseende bör noteras att tribunalen i *TenderNed* resonerade med hänvisning till EU-domstolens teori om avskiljbarhet i *Compass-Datenbank*.⁴⁴⁵

441 Ibid., p. 71.

442 Ibid., p. 107.

443 Ibid., p. 108.

444 Ibid.

445 Se bl.a. T-138/15 *TenderNed* ECLI:EU:T:2017:675, p. 35-36.

Sammanfattningsvis kan den ovan analyserade rättspraxisen förstås på följande sätt. En myndighets *obligatoriska* befogenhet (t.ex. ett lagstadgat uppdrag att säkerställa tillhandahållandet av en tjänst) kvalificeras automatiskt som utövande av offentlig makt och som SGI. En verksamhet som utförs inom ramen för en myndighets *frivilliga* befogenheter (t.ex. befogenheten att bestämma tjänstens närmare utformning och att utföra den själv) kan, oavsett dess ekonomiska effekter på en existerande marknad, kvalificeras som förenad med utövande av offentlig makt med tillämpning av "teorin om avskiljbarhet". Om myndighetens frivilliga beslut att utforma tjänsten på ett givet sätt och utföra den själv kan anses *nödvändig* för att genomföra det obligatoriska uppdraget, anses detta frivilliga verksamhetssegment som oskiljbart från uppdraget och därmed som en del i utövandet av myndighetens maktbefogenheter. Detta oavsett verksamhetens "ekonomiska dimension".

Rättspraxis tyder på att både myndighetsutövning och allmännyttiga *obligatoriska* uppdrag (SGI) betraktas som myndighetens utövande av sina maktbefogenheter (NSGI), och att varje uppdrag som är nödvändigt för att staten *faktiskt* ska kunna utöva sina maktbefogenheter bör anses som NSGI. Resonemanget i *Hamburg* tycks bekräfta denna förståelse av rättspraxis.

Tribunalen förefaller försiktigt utveckla EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet och använda den för att pröva huruvida *frivilliga* delar av den verksamhet som en myndighet utövar bör anses förenade med utövandet av dess maktbefogenheter eller inte. Doktrinen kan anses ligga till grund för kommissionens beslut om *ZVG-portalen* (avsnitt 3.3.3.3), men tycks också ha använts i EU-domstolens resonemang i *Hamburg* om villkoren för att offentliga samverkan ska kunna undantas från unionens upphandlingsregler.

I *Hamburg* (se ovan avsnitt 2.6.1.2), slog EUD fast att det grundläggande villkoret för sådana undantag är att avtalet avser ett "allmännyttigt uppdrag" som är gemensamt för de samverkande myndigheterna. Myndigheternas samverkan ska således avse en offentlig uppgift som båda myndigheterna har en *skyldighet* att fullgöra, med andra ord ett SGI-uppdrag. Det som ter sig som osäkert är om domstolen slog fast undantaget och dess villkor med tillämpning av (a) artikel 14 FEUF om SGEI eller (b) artikel 2 SGI-protokollet om NSGI.

Alternativ (a) skulle innebära att EUD förstår SGEI som ett brett begrepp som inte bara innefattar allmännyttiga uppdrag som anförtros företag, utan även allmännyttiga uppdrag som åvilar myndigheter. Men oavsett om domstolen har tillämpat alternativ (a) eller (b) verkar det fullt rimligt att förstå domen i *Hamburg* så att EUD betraktade den verksamhet som etablerades genom överenskommelsen mellan kommunerna som *nödvändig* för uppfyllandet av deras *obligatoriska* uppdrag att säkerställa att det insamlade hushållsavfallet skulle behandlas så nära som möjligt. Överenskommelsen avsåg en *frivillig* del i deras verksamhet (fyra kommuners leverans av deras hushållsavfall till en annan kommun för vidare hantering) men

om denna frivilliga verksamhet uppfyllde domstolens strikta villkor kunde den anses *oskiljbar* från myndigheternas SGI-uppdrag, och därmed förenad med kommunernas utövande av deras maktbefogenheter.⁴⁴⁶

Nicolaides anser att tribunalen genom resonemanget i *TenderNed* oavsiktligt kan ha uppmuntrat marknadens operatörer att ifrågasätta varje offentlig befogenhet med hänvisning till "nödvändighetskriteriet" och därmed öppnat Pandoras låda.⁴⁴⁷ Nicolaides menar emellertid att rättspraxis tyder på att "varje uppdrag som är nödvändigt för att staten *faktiskt* ska kunna utöva sina maktbefogenheter bör anses som icke-ekonomiskt.⁴⁴⁸ Jag instämmer med denna slutsats och anser att den befintliga rättspraxisen kan sammanfattas på följande sätt.

Utgångspunkten är att all verksamhet som utövas av en myndighet och som inte är utövande av offentlig makt är ekonomisk. I så fall agerar myndigheten som ett företag när den utövar verksamheten. Verksamhet som på grund av sin natur, sitt syfte och de regler som gäller för den är förenad med utövande av offentlig makt kan anses vara följande typer av verksamheter:

1. Verksamhet som i sig utgör lagenlig myndighetsutövning eller tvångsåtgärd.

Exempelvis: polisens och domstolars maktbefogenheter, Finansinspektionens befogenhet enligt lag att ålägga straffavgifter, vårdinrättningsars befogenhet att tvångsomhänderta vissa psykiskt sjuka patienter enligt lag (1991:1128) om psykiatrisk tvångsvård eller kommuners befogenheter enligt lag att vidta vissa sanktionsåtgärder om skolplikten inte fullgörs.

2. Allmännyttig tjänst som utförs av myndigheter och utgör ett lagstadgat obligatoriskt uppdrag. Det förefaller vara det som menas med EU-begreppet SGI i artikel 2 i SGI-protokollet.

446 Se i detta avseende kommissionens arbetsdokument "Analytical Grid for Waste Management Infrastructure", punkt 11 (på engelska): "The funding of waste management infrastructure not meant to be commercially exploited is in principle excluded from the application of State aid rules. This concerns for instance waste management infrastructure that is used for activities that the State normally performs in the exercise of its public powers (e.g. for safety or security) or that is not used for offering goods or services on a market. Such activities are not of an economic nature and consequently fall outside the scope of State aid rules, as does, accordingly, the public funding of the related infrastructure".

447 Att Nicolaides kan ha rätt i denna bedömning får stöd av Sánchez-Graells kommentar om *TenderNed*, där han anför att den nederländska staten, i den mån privata plattformar för e-upphandling var otillfredsställande, kunde ha föreskrivit ett allmännyttigt uppdrag och anförtrött det till icke-statliga operatörer, se Sánchez-Graells blogg *How to Crack a Nut*, <http://www.howtocrackanut.com/blog/2018/1/18/funding-of-in-house-entities-some-thoughts-re-aanbestedingskalender-t-13815>.

448 Se under "conclusions" i Nicolaides P., 01.11.2017, StateAidHub.eu, State Aid Uncovered, Opinions by Phedon Nicolaides, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9063>.

Exempelvis: lagstadgad skyldighet att skapa en plattform för e-upphandling (*TenderNed*), att i en databas lagra sådana uppgifter som företag lämnat på grund av deras lagstadgade skyldighet att göra så (*Compass-Datenbank*), att säkerställa avfallsbehandling nära källan (*Hamburg*).

3. Verksamhet som ligger inom ramen för myndighetens *frivilliga befogenheter*, om verksamheten är *oskiljbar* från 1 eller 2, vilket är fallet om den är nödvändig för att verksamheterna 1 och/eller 2 ska fullgöras (nödvändighetsrekvisit).

Exempelvis: tillhandahålla de upphandlande myndigheterna en *avgiftsfri och komplett* plattform för e-upphandling (*TenderNed*), tillhandahålla till allmänheten sådana uppgifter som myndigheter ska lagra (företag är skyldiga att lämna till myndigheten (*Compass-Datenbank*)), ta emot avfall från andra kommuner som en nödvändig (oskiljbar) del i fullgörandet av skyldigheten att säkerställa avfallens behandling så nära som möjligt (*Hamburg*).

Till skillnad från typ (3) ovan bör en verksamhet eller en del av denna vara att betrakta som ekonomisk om den ligger inom myndighetens *frivilliga befogenheter* och kan särskiljas från dess maktbefogenheter. Detta tycks förutsätta att den inte kan anses "nödvändig" för fullgörandet av myndighetens obligatoriska uppdrag (av myndighetens SGI-uppdrag). Om denna förståelse av rättspraxis är korrekt är en viktig fråga hur detta "nödvändighetsrekvisit" ska prövas i relevanta fall, men i detta avseende är varken *Compass-Datenbank*, *TenderNed* eller *Hamburg* särskilt tydliga.

I *Compass-Datenbank* uttalade EUD endast att "nyttan med att samla in nämnda uppgifter till stor del skulle gå förlorad utan driften av en databas i vilken de kan registreras i syfte att göras tillgängliga för allmänheten".⁴⁴⁹ Det verkar således tydligt att bedömningen huruvida verksamheten är "nödvändig" för myndighetens uppdrag (i detta fall att göra företagsuppgifterna tillgängliga för allmänheten) ska göras *objektivt*, även om domstolens motivering är problematiskt kortfattad. I detta avseende kan noteras att GA Jääskinens motivering, i linje med domstolens, var betydligt mer användbar som vägledning i andra situationer.⁴⁵⁰

449 Dom i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449, punkt 41.

450 Se GA Jääskinens förslag till avgörande i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:251, punkterna 48–51. Generaladvokaten underströk att uppgifterna lagras i ett officiellt företagsregister i enlighet med EU-lagstiftnings krav på medlemsstaterna, med stöd av maktbefogenheter för att säkerställa att företagen lämnar in de obligatoriska uppgifterna, och i främsta syftet att ge tillgång till rättsligt tillförlitlig information dvs. ett allmänintresse av rättssäkerhet för handel på marknaden. Han underströk också att uppgifterna i sådana officiella företagsregister kan åberopas i rättsliga förhållanden, till skillnad från uppgifter i privata databaser. Dessa förklaringar gjorde det möjligt att förstå varför domstolen fann "uppenbart" att det offentliga företagsregistret inte kunde fylla sitt syfte om myndigheten inte gjorde uppgifterna tillgängliga för alla.

I *TenderNed* bedömdes den offentliga plattformen för e-upphandling *nödvändig* för att det nederländska departementet skulle kunna fullgöra sitt uppdrag, men det är oklart om denna slutsats grundades på en *objektiv* bedömning att det förelåg någon form av marknadsmisslyckande eller om tribunalen ansåg att departementets *egna* bedömning var tillräcklig. Som redan nämnts är målet överprövat och frågan kommer kanske att beröras av EUD.

Även om det ännu är osäkert huruvida avtalet mellan kommunerna i fråga i *Hamburg* har ansetts avse en gemensam SGEI eller NSGI, måste erkännas att EUD resonerar (i förhållande till upphandlingsreglerna) på ett sätt som uppvisar slående likheter med resonemanget (i förhållande till konkurrens- och statsstödsreglerna) i *Compass-Datenbank* och *TenderNed*.

I *Hamburg* var domstolens grundmotiv för att tillåta offentliga samverkansavtal att de tjänster som avses i avtalet syftade till att säkerställa att alla inblandade kommuners *obligatoriska* uppdrag (i detta fall att säkerställa bortskaffandet av avfall) fullgörs,⁴⁵¹ att avtalsåtagandena hade ett *direkt samband* med föremålet för det obligatoriska uppdraget⁴⁵² och att kommunerna genom avtalet engagerade sig att bistå varandra med verksamhet (inklusive minska den avfallskvantitet som lämnas) som kunde vara *nödvändig* för att de skulle uppfylla sin lagstadgade skyldighet att bortskaffa avfall.⁴⁵³

Att dessa element var relevanta i domstolens beslut talar för att EUD såg på den verksamhet som berördes av avtalet i fråga i *Hamburg* som en icke-ekonomisk verksamhet av typ (3) ovan, dvs. verksamheter som var *nödvändiga* för, och därmed *oskiljbara* från, myndigheternas SGI-uppdrag, och i så fall icke-ekonomiska. Mycket talar för att denna förståelse av domen är korrekt men i så fall kan konstateras att upphandlingsreglerna ger de ansvariga myndigheterna ett handlingsutrymme att bedöma *varför* de verksamheter som samverkan avser är *nödvändiga* för fullgörandet av SGI-uppdraget (bl.a. minska kostnaden för avfallsbehandlingen tack vare skaleffekter hos den upphandlade avfallsbehandlingsoperatören).

Med stöd a-v rättspraxis i EUD, och med hänsyn till det faktum att denna praxis förefaller förenlig med principerna i artikel 2 SGI-protokollet, kan det påstås att följande verksamheter bör ses som NSGI när de utövas av myndigheter:

1. lagenlig myndighetsutövning, bl.a. tvångsåtgärder.
2. Verksamhet som utgör *ett obligatoriskt allmännyttigt uppdrag* (SGI).
3. Verksamhet som är frivillig för myndigheten, om verksamheten är *oskiljbar* från (1) eller (2), dvs. är *nödvändig* för fullgörandet av myndighetsutövningen eller myndighetens SGI-uppdrag.

451 Dom i mål C-480/06 *Hamburg* ECLI:EU:C:2009:357, p. 37.

452 Ibid., p. 41.

453 Ibid., p. 42.

Den viktigaste slutsatsen som troligen får dras från den ovan redovisade rättspraxis är att verksamheter som utövas av en myndighet och som uppfyller villkoren (1), (2) eller (3) ovan bör kvalificeras som icke-ekonomiska. Detta leder till frågan om sådana verksamheter kan vara NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet och därmed i den mening som avses i 2014-direktiven.

Vad gäller verksamheterna av typ (1) och (2) är det uppenbart att EUD kvalificerar dem som icke-ekonomiska SGI. Verksamheter av typ (3) betraktas som icke-ekonomiska och som en *oskiljbar* del av myndighetens SGI. Därför torde alla verksamheter av typ (1), (2) och (3) kunna betraktas som NSGI. Att de utgör NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet får stöd av det faktum att, i den här studerade rättspraxisen, EUD har faktiskt sett till att fördragets bestämmelser inte skulle påverka medlemsstatens behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera sådana verksamheter.

Den kan således påstås att följande verksamheter bör ses som NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet och därmed också i 2014-direktivens mening:

1. Verksamhet som i sig utgör lagenlig myndighetsutövning, exempelvis tvångsåtgärd
2. Verksamhet som består av en *skyldighet enligt lag* att säkerställa en allmännyttig tjänst (SGI)
3. Verksamhet som ligger inom ramen för myndighetens *frivilliga befogenheter*, om verksamheten är *oskiljbar* från myndighetsutövning eller från ett SGI-uppdrag som åligger myndigheten, dvs. *nödvändig* för fullgörandet av myndighetsutövningen eller myndighetens SGI-uppdrag

Denna slutsats kan sägas få följande kopplingar till bestämmelser och skäl i 2014-direktiven, särskilt LOU-direktivet.

För det första kan konstateras att EU-domstolens resonemang i *Compass-Databank* och *TenderNed* (och möjligen även *Hamburg*) kan förklara skäl 6 LOU-direktivet som erinrar 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". Denna rättspraxis visar nämligen att, beroende på verksamhetens reglering i nationell rätt, en myndighet som har ett obligatoriskt SGI-uppdrag kopplat till verksamheten också kan ha fått befogenheter att tillhandahålla, organisera och beställa vissa delar av verksamheten. Beroende på myndighetens rättsliga utrymme med koppling till sitt SGI-uppdrag och hur myndigheten använder detta utrymme, kan olika delar i denna allmännyttiga tjänst vara en NSGI, en SGEI eller en kombination av båda.

För det andra kan NSGI-kvalificeringen av verksamheterna 1–3 ovan anses rättspolitiskt koherent med undantagen från 2014-direktiven för NSGI. Det vore meningslöst att kräva tillämpningen av förfaranderegler baserade på principerna om fri rörlighet och konkurrens på sådana verksamheter när *nödvändigheten* att utföra dem i offentlig regi erkänns i EU-rätten.

3.4.1.3 ZVG Portal

I ett beslut från år 2013 fann kommissionen att ZVG Portal (ZVG), en webbsajt skapad på beslut av samtliga delstater i Tyskland för publiceringen av uppgifter om exekutiva auktioner i insolvensförfaranden, inte var en ekonomisk verksamhet. Följaktligen var Rheinland-Westfalen, den delstat som hade inrättat ZVG och drev den, inte att betrakta som ett företag och sajtens offentliga finansiering omfattades inte av statsstödsreglerna.⁴⁵⁴

I Tyskland beslutas och organiseras exekutiva auktioner av tyska förstainstansdomstolar. Enligt tysk lag ska domstolarna offentliggöra uppgifter om dessa auktioner, antingen på sin anslagstavla eller i ett elektroniskt system. De får även annonsera auktionen i andra media med beaktande av lokala traditioner. Domstolarna ska offentliggöra auktionens föremål, datum och plats och kan frivilligt ge ytterligare uppgifter om referens i fastighetsregister, fastighetens storlek och aktuella värde. Potentiella anbudsgivare kan söka information om exekutiva auktioner i ZVG utan avgift.

Kommissionen fann att de tyska domstolar som använde ZVG inte hade vänt sig till marknaden utan utövade sina offentliga maktbefogenheter genom ZVG,⁴⁵⁵ även om detta skedde genom avtal och även om domstolarna betalade en symbolisk euro per offentliggörande.⁴⁵⁶

Kommissionen konstaterade att domstolarna utövar offentliga maktbefogenheter när de utövar sina uppgifter, bland annat när de ger order om exekutiv försäljning och genomför exekutiva auktioner. Auktionens annonsering är en del av denna uppgift och därvid kan domstolarna bedöma att både obligatoriska och frivilliga uppgifter om auktionsföremålen bidrar till ett effektivt fullgörande av uppgiften.⁴⁵⁷ Kommissionen underströk att staten inte förlorar rätten att utföra uppgifter som *typiskt sett* utgör maktbefogenheter, när uppgifterna utförs vid en tidpunkt då privata aktörer redan har tagit initiativet att erbjuda liknande tjänster, kanske på grund av statens bristande handlande.⁴⁵⁸

454 Kommissionens beslut C (2013) 2361 final av den 2 maj 2013 Nationell webbsajt för auktioner i insolvensförfaranden (ZVG Portal, Germany) SA.25745 (2013/NN) (ex CP 11/2008), p. 50.

455 Kommissionens beslut C (2013) 2361 final, p. 29–30.

456 Ibid., p. 5–8.

457 Kommissionens beslut C (2013) 2361 final, p. 33.

458 Kommissionens beslut C (2013) 2361 final, p. 32.

Kommissionen ansåg att *Compass-Datenbank* ger stöd för att betrakta skyldigheten att ge insyn om insolvensförfaranden som typiska offentlighetsmaktbefogenheter.⁴⁵⁹ Publiceringen av *alla* uppgifter är i så fall att betrakta som åtgärder i det allmänna intresset som ingår i utövandet av offentlig makt och utgör inte, inte ens delvis, en ekonomisk verksamhet.⁴⁶⁰ Kommissionen konstaterade att tysk lag inte hindrade domstolar från att utföra den obligatoriska auktionsannonseringen med egna resurser, och att driva en egen webbsajt eller en gemensam webbsajt i samverkan med andra domstolar.⁴⁶¹ Domstolarna var således fria att publicera informationen in-house på ZVG eller på en egen webbsajt. En marknad för elektronisk information om auktionsförfaranden skapades enligt kommissionen bara när domstolen beslöt att använda externa plattformar.⁴⁶²

Slutligen fann kommissionen att ZVG underlättade domstolarnas skyldighet att ge allmänheten tillgång till information om auktionsförfarandena, att publiceringen av icke-obligatorisk information saknade kommersiellt syfte och tjänade det allmänna intresset på samma sätt som obligatorisk information och var oskiljbar från domstolarnas judiciella funktioner i organisationen av insolvensförfaranden.⁴⁶³ Kommissionen ansåg av domstolarnas minimala avgift för annonsering i ZVG inte kunde ses som en ersättning,⁴⁶⁴ och underströk att ZVG inte erbjöd sina tjänster till marknaden, utan enbart till domstolarna.⁴⁶⁵

Beslutet i ZVG uppvisar många likheter med *TenderNed*. I *TenderNed* bedömdes det nederländska departementets obligatoriska uppdrag att säkerställa e-upphandling vara en SGI. I ZVG ansågs domstolarnas allmännyttiga uppdrag att publicera uppgifter om exekutiva auktioner som en SGI. Dessa SGI utgör *typiskt sett* ett uttryck för statens vilja och varken i *TenderNed* eller ZVG hade staten begränsat myndigheternas frihet att tillhandahålla tjänsten själva. De upphandlande myndigheterna (*TenderNed*) och domstolarna (ZVG) fick därför både tillhandahålla dessa SGI och precisera hur de skulle organiseras för att uppnå sina mål (effektiv e-upphandling respektive effektiva exekutiva auktioner).

⁴⁵⁹ Ibid., p. 35, med hänvisning till domen i mål C-138/11 *Compass-Datenbank* ECLI:EU:C:2012:449, p. 51.

⁴⁶⁰ Kommissionen hänvisar till domen i mål C-30/87 *Bodson/Pompes funèbres*, p. 18, och till SGEI meddelandet p. 16.

⁴⁶¹ Kommissionens beslut C(2013) 2361 final, p. 38-39.

⁴⁶² Kommissionens beslut C (2013) 2361 final, p. 40-42.

⁴⁶³ Ibid., p. 47-48.

⁴⁶⁴ Kommissionen hänvisar till domen i mål C-138/11 *Compass* p. 39, där EUD hänvisar till resonemangen i *SAT/Eurocontrol*, p. 28 och följande punkter, samt mål *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160, p. 22-25.

⁴⁶⁵ Kommissionens beslut C(2013) 2361 final, p. 49.

Att det finns ett marknadsutbud för liknande tjänster (plattformar för e-upphandling eller sajter för uppgifter om fastigheter på exekutiva auktion) anses således inte förplikta de myndigheter som har ett SGI-uppdrag att anpassa uppdragets utformning och organisation till marknadsutbudet.⁴⁶⁶ Beroende på hur myndigheterna väljer att precisera och organisera sitt SGI-uppdrag kan tjänsten bli att betrakta som en NSGI eller en SGEI. Det blir en NSGI om myndigheterna bedömer att fullgörandet av SGI-uppdraget gör det nödvändigt att organisera tjänsten på ett sätt som innebär att den förblir en del av deras maktbefogenheter, vilket ansågs vara fallet i *ZVG* och i *TenderNed*.

3.4.2 Verksamhet inom ramen för ett nationellt system där tjänsterna utförs uteslutande med ett socialt syfte: "solidaritet-NSGI"

Som redogjorts för i avsnitten 3.1.2.2 och 3.2.2.2 har EUD funnit att vissa tjänster inte anses vara utförda mot ersättning när de tillhandahålls inom ramen för nationella system där verksamheten kan anses ha uteslutande ett socialt syfte.

Nedan visas först (avsnitt 3.4.2.1) att socialförsäkring som tillhandahålls inom ramen för system som uppfyller EU-domstolens strikta villkor på solidaritet och statlig kontroll kan anses utgöra sådana NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet, och kan kallas för "solidaritet-NSGI".

Därefter (i avsnitt 3.4.2.2) analyseras *Humbel* i ljuset av senare rättspraxis på utbildningsområdet och i koherens med övrig rättspraxis i EUD om prövning av verksamhetens ekonomiska eller icke-ekonomiska karaktär. Analysen leder till påståendet att domen endast kan anses slå fast att *statens* verksamhet att upprätta och upprätthålla ett nationellt utbildningssystem utgör en NSGI, och inte automatiskt och under alla omständigheter varje operatör i ett nationellt utbildningssystem.

Mot bakgrund av de två första avsnitten och av domarna i *Sodemare* och *Spezzino* framhålls i avsnitt 3.4.2.3 att villkoren för att verksamheten i ett nationellt "blandsystem" för sociala tjänster inom områden sjukvård, omsorg och utbildning kan förväntas vara lika strikta och svåruppfyllda än vad som är fallet med socialförsäkring. Det är osäkert vad dessa strikta villkor kan vara men *Dövera* kan anses utesluta att en operatör med vinstsyfte anses utöva en icke-ekonomisk verksamhet endast för att denna operatör verkar inom ramen för ett system vars reglering innehåller många solidaritetsmoment, bl.a. skattefinansiering.

⁴⁶⁶ Se *TenderNed* p. 99, där kommissionen upprepade att staten inte förlorar rätten att utföra, när uppgiften utförs vid en tidpunkt då privata aktörer redan har tagit initiativet att erbjuda liknande tjänster, kanske på grund av statens bristande handlande.

3.4.2.1 Socialförsäkring det enda området där EUD hittills har funnit solidaritet-NSGI

Socialförsäkring är hittills det enda området där EUD explicit har prövat verksamhetens ekonomiska eller icke-ekonomiska karaktär genom att använda kriteriet av *solidaritet* i systemet och genom att formulera precisa och strikta krav på *solidaritetsparametrar*.

Av rättspraxis på området för fri rörlighet (*Freskot* och *Kattner Stahlbau*, analyserad i avsnitt 3.1.2.2) och på konkurrensområdet (*Poucet* och *Pistre* och senare rättspraxis, se avsnitt 3.2.2.2) framgår det att tre huvudkriterier avgör huruvida verksamheten i ett nationellt socialförsäkringssystem kvalificeras som icke-ekonomisk, nämligen:

- a. Verksamhetens reglering i det nationella systemet syftar till att säkerställa ett allmänt intresse av social natur.
- b. Verksamheten inom ramen för systemet karakteriseras av en mycket hög nivå av solidaritet som kommer till uttryck i lagstadgade regler såsom mottagarnas *obligatoriska* anslutning, avsaknad av koppling mellan förmåner och avgifter, koppling mellan avgifter och inkomst samt *skyldighet* att tillhandahålla samma förmåner oavsett mottagarens riskprofil.
- c. Sådana element av *solidaritet* vad gäller både finansieringen och produktionen av tjänsten krävs för att verksamheten över huvud taget ska kunna kvalificeras som en SGI.
- d. Verksamheten är föremål för en hög nivå av statskontroll, vilket normalt kommer till uttryck genom *lagstadgade* avgifter och förmåner.

Inom ramen för systemet begränsas operatörernas autonomi på så sätt att *ekonomisk* konkurrens mellan operatörerna är utesluten. Tillsammans med kriterium (b) leder kriterium (c) till att finna verksamheten icke-ekonomisk.⁴⁶⁷

Det kan således konstateras att olika typer av socialförsäkring kan kvalificeras som NSGI men enbart under dessa mycket strikta kriterier. I ett sådant system kan en viss typ av konkurrens finnas mellan försäkringsorganen utan att dessa anses utöva en ekonomisk verksamhet och därmed utgör företag (AOK), men försäkringsorgan som har vinstsyfte är företag och försäkringsorgan utan vinstsyfte som konkurrerar

⁴⁶⁷ Se förslag till avgörande av GA Poiares Maduro i C-205/03 P *FENIN* ECLI:EU:C:2005:666, p. 30. På försäkringsområdet är det tre faktorer som gör det möjligt att mäta inslaget av solidaritet, vilket domstolen i rättspraxis har fastställt angående anslutning till fonder eller till pensions- eller sjukkassor: (1) huruvida anslutningen är obligatorisk, (2) bandet mellan antingen de erlagda avgifterna och risken för den försäkrade, eller tvärtom, i ett solidaritetsperspektiv, mellan avgifterna och inkomsten, och (3) förhållandet mellan de utbetalda förmånerna och de erlagda avgifterna.

om tjänstens kvalitet och utbud med företag med vinstsyfte i samma system utgör också företag (*Dövera*).

Rättspraxis där EUD har funnit att socialförsäkring var en icke ekonomisk verksamhet inom ramen av reglerna för ett nationellt system (*Poucet och Pistre, AOK, Freskot, Kattner Stahlbau*) visar att fördragets konkurrensregler inte blev tillämpliga på dessa verksamheter och därmed inte påverkade verksamheten. Däremot visar *Freskot* att *frirörlighetsreglerna* i någon mån kan påverka medlemsstatens behörighet att *definiera* den tjänst som genom nationell reglering undandras från marknaden (se ovan i avsnitt 3.1.3.2). Det kan noteras att artikel 2 i SGI-protokollet enligt dess lydelse inte tycks utesluta en sådan påverkan som var aktuell i *Freskot*.

En ganska säker slutsats är således att EU-rätten inte på något sätt påverkar statens behörighet att tillhandahålla, organisera eller beställa socialförsäkringstjänster som uppfyller EU-domstolens kriterier a-c ovan, och att sådana tjänster kan betraktas som NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet och i 2014-direktiven.

Obligatorisk socialförsäkring är den enda verksamhet som i bilagorna till 2014-direktiven tydligt utpekats som tjänster som inte omfattas av dessa direktiv om de är organiserade i form av NSGI.⁴⁶⁸ EU-lagstiftaren är medveten om att det hittills bara är i fråga om obligatorisk socialförsäkring som NSGI med någon säkerhet kan identifieras.

3.4.2.2 *Humbel* i ljuset av senare rättspraxis: kurser inom ramen för ett nationellt system finansierat av staten utgör NSGI när de utförs i offentlig regi

Som tidigare nämnts (avsnitt 3.1.2.3) fortsätter EUD att systematiskt inleda varje prövning av den ekonomiska karaktären av en utbildningsverksamhet med att citera resonemang i *Humbel*, att

”kurser som ges vid vissa inrättningar som ingår i ett system för offentlig undervisning och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel inte omfattas av begreppet tjänster i den mening som avses i artikel 57 FEUF eftersom staten, genom att upprätta och upprätthålla ett sådant system för offentlig undervisning inte avser att bedriva verksamhet i vinstsyfte utan endast att uppfylla sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare.”

⁴⁶⁸ Se bl.a. bilaga XIV om tjänster som avses i artikel 74 LOU-direktivet.

Faktum är således att EUD betraktar sitt resonemang *på något sätt* som gällande rätt, även om det diskret ifrågasattes av GA Geelhoed.⁴⁶⁹

I Sverige verkar vissa jurister, även inom ramen för statliga utredningar, vilja tolka *Humbel* så att offentligt finansierad utbildning utgör en välfärdsinstitution fredad från EU-marknadsreglerna, oavsett det nationella systemets utformning och för all framtid. Det skulle således räcka för undervisning att vara offentligt finansierad och att tillhandahållas formellt inom ramen av ett nationellt system för att verksamheten skulle anses som en NSGI även när den utförs på entreprenad.⁴⁷⁰ Det skulle också vara möjligt att hävda, som välfärdsutredningen gör, att undervisning uteslutande har ett socialt syfte även när den utförs av friskolor med vinstsyfte, med argumentet att friskolorna ingår i ett nationellt system och betalas av staten.⁴⁷¹

Sylvan tycks mena att resonemanget i *Humbel* om nationella system bör "exporteras" till andra områden (bl.a. vård och omsorg) och tolkas så att dessa offentligt finansierade välfärdstjänster är NSGI i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet och i 2014-direktiven, oavsett huruvida de operatörer som tillhandahåller tjänsterna är offentliga, privata utan vinstsyfte eller privata med vinstsyfte.⁴⁷² Kommissionens statsstödsbeslut om finansieringen av offentliga sjukhus i Lazio-regionen (Italien, kommenterat ovan i avsnitt 3.2.3) avspeglar en liknande vilja att hävda att all verksamhet som är solidariskt finansierad som icke-ekonomisk, oavsett vilka aktörer som får delta i det solidariskt finansierade systemet, och därmed oavsett om dessa aktörer själva kan anses utföra tjänsten i ett socialt syfte och med en hög grad av solidaritet med andra operatörer i systemet, eller i konkurrens med de andra operatörerna i systemet.

Dessa uppfattningar ter sig som inkorrekta av följande skäl.

För det första bör noteras att utbildning, trots *Humbel* och *till skillnad från socialförsäkring*, faktiskt inte utpekas i 2014-direktiven som en tjänst som beroende på dess organisation kan utgöra en NSGI.⁴⁷³

För det andra har *Humbel* inte fastställt de solidaritetsmoment som krävs för att *icke-statliga operatörer* ska anses utöva en verksamhet av icke-ekonomisk karaktär. I *Humbel* fastställde domstolen endast att *statens* verksamheter inom ramen för sitt utbildningssystem är generellt (dvs. i varje medlemsstat) icke-ekonomisk eftersom den är nödvändig för att *staten* ska fullgöra sitt uppdrag att säkerställa allmän tillgång till utbildning. Som redan understrukits (avsnitt 3.1.2.3) var den utbildning

469 GA Geelhoeds förslag till avgörande i mål C-372/04 *Watts* ECLI:EU:C:2005:784, punkt 60.

470 Se betänkandet *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning* SOU 2017:77, s. 350. Som stöd till sina analyser i denna fråga hänvisar utredaren till Sylvans s.k. Malmörapport Upphandling av skattefinansierade välfärdstjänster – en utredning för Malmö stad. (2014), se fotnot 26 vid s. 219 i betänkandet.

471 Se betänkandet *Ordning och reda* SOU 2016:78, s. 409. S. 410: "Ersättningen till friskolor är inte baserat på någon form av marknadspris utan är författningsreglerat utifrån kostnader i det offentliga skolväsendet."

472 Sylvan M., 2016, s. 271–272.

473 Se bl.a. bilaga XIV om tjänster som avses i artikel 74 LOU-direktivet.

som var i fråga i *Humbel* inte bara finansierad av staten utan även *utförd av staten*. I ett system där icke-statliga operatörer får tillhandahålla kurser, utgör onekligen statens finansiering av dessa kurser ett element av solidaritet mellan medborgarna men räcker inte i sig för att operatörerna ska anses helt sakna marknadshänsyn. Det bör dessutom noteras att EUD inte nämner begreppet solidaritet i *Humbel*.⁴⁷⁴

För det tredje bör upprepas att EUD i *Jundt* och *Schwarz* faktiskt prövade frågan huruvida utbildning var en ekonomisk verksamhet eller inte utifrån *operatörens* perspektiv, med avvikande från statens perspektiv i resonemanget i *Humbel*. I *Jundt* fann domstolen att operatören *utövade en ekonomisk verksamhet trots att dess undervisning var finansierad med offentliga medel* och ingick i den undervisning som gavs studenterna på ett universitet som ingick i ett nationellt offentligt finansierat utbildningssystem.

För det fjärde är det osannolikt att EUD, om den skulle ställas inför frågan, skulle välja att pröva den ekonomiska eller icke-ekonomiska karaktären av utbildningsverksamheten i ett nationellt system utifrån *statens* allmännyttiga syfte med systemet. Utbildningspolitiken i medlemsstaterna har förändrats sedan *Humbel* avgjordes år 1988 och det konstateras numera på bred front, vilket även EUD måste ha observerat, att utbildning inom EU stegvis kopplas till "ekonomiska möjligheter".⁴⁷⁵ Realiteten är utvecklingen av blandsystem på skolområdet, där finansieringen är offentlig samtidigt som vissa system förutsätter olika former av konkurrens mellan operatörerna och andra system (Sverige) dessutom tillåter att operatörerna har vinstsyfte och expanderar utomlands.

För det femte har EUD funnit att äldreboende (*Sodemare*) och ambulanstransport (*Spezzino*) var att betrakta som ekonomiska verksamheter i Italien *trots att de utövades inom ramen för det italienska nationella systemet med vissa solidaritetsinslag som bestod i att tjänsten var offentligt finansierad och uteslutande kunde utföras av operatörer utan vinstsyfte*.

För det sjätte kan den viktiga lärdomen dras från den färskaste domen i *Dövera*, att aktörer som erbjuder tjänster eller varor med vinstsyfte utövar en ekonomisk verksamhet, oavsett vilket nationellt system de verkar i.⁴⁷⁶ Detta innebär att EUD inte längre kan hänvisa till sitt resonemang i *Humbel* för att kvalificera *all* verksamhet som utförs inom ramen för ett nationellt utbildningssystem som icke-ekonomisk.

474 Detta framgår av resultatet av en sökning i databasen Curia med sökorden "Humbel" och "solidaritet".

475 En sådan iakttagelse görs bl.a. av Hoogenboom A., 2017, s. 259. Om utvecklingen av de regelverk som styr universiteten i Storbritannien, se Gideon och Sánchez-Graells, 2015.

476 Om detta, se Nicolaidis blogg om statsstöd, <http://stateaidhub.eu/blogs/stateaiduncovered/post/9177>.

Mot denna bakgrund, och med hänsyn till att *Humbel* är gällande rätt, bör de angelägna rättsfrågorna påstås vara

- hur resonemanget i *Humbel* ska tolkas för att vara koherent med senare rättspraxis på utbildningsområdet och med övrig rättspraxis och
- vilka verksamhetssegment i tillgängliggörande av sociala tjänster som kan sägas vara NSGI med stöd av resonemanget i *Humbel*.

Utgångspunkten när man ska besvara dessa frågor kan påstås vara att resonemanget i *Humbel* (nedan kallat "formeln") tar sikte på *statens* agerande inom det nationella utbildningssystemet. "Staten" bör inom EU-rätten tolkas i vid mening, dvs. myndigheter på nationell, regional och lokal nivå.

Det är således *myndigheters* agerande inom ramen av ett nationellt utbildningssystem som enligt formeln betraktas som icke-ekonomiskt. Det binära alternativet enligt fast rättspraxis i EUD är att de anses utöva sina maktbefogenheter om de inte anses utöva en ekonomisk verksamhet.⁴⁷⁷

Hänvisningen i formeln till *statens* "sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sina medborgare",⁴⁷⁸ kan anses uttrycka att myndigheterna förutsätts ha en lagstadgad skyldighet att i det allmänna intresset säkerställa tillgång till olika former av utbildning under i lag fastställda villkor. Staten har obligatoriska uppdrag på utbildningsområdet med anledning av rätten till utbildning (se bl.a. artikel 14 EUSGR och 2 kap. 18 § RF).

Sådana *obligatoriska* befogenheter utgör självklart maktbefogenheter och hit hör obligatoriska befogenheter att exempelvis upprätta, upprätthålla och finansiera ett utbildningssystem. Myndigheternas verksamhet när de genomför dessa skyldigheter är *a priori* förenat med deras maktbefogenheter och betraktas som SGI, i analogi med resonemanget i *Compass-Datenbank* och *TenderNed*.

Utbildningsverksamhet som myndigheter utövar inom ramen för det nationella systemet med stöd av sina *frivilliga* befogenheter (t.ex. att tillhandahålla undervisning i egen regi eller att organisera eller beställa undervisning) bör kunna anses förenade med utövande av offentlig makt om de kan anses vara *nödvändiga* för myndighetens utförande av sitt SGI-uppdrag. Detta kan anses vara i linje med EU-domstolens resonemang om avskiljbarhet i *Tierkörperbeseitigung*, *Compass-Datenbank* och *TenderNed*, och förklara att "kurser som ges vid *vissa* inrättningar som ingår i ett system för *offentlig* undervisning och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel" ansågs i *Humbel* som en icke-ekonomisk verksamhet.

⁴⁷⁷ Dom i mål 118/85 *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1987:283.

⁴⁷⁸ På engelska "duties" och på franska "mission".

I den mån offentligt finansierad utbildning (utförd av offentliga eller privata organ) kan anses *nödvändig* för fullgörandet av myndighetens SGI-uppdrag i det nationella systemet, är tillhandahållandet av dessa kurser oskiljbar från myndighetens utövande av sina maktbefogenheter. Under sådana omständigheter anses kursernas finansiering, även om den delvis tar formen av avgifter, inte som ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF.

Denna tolkning leder till slutsatsen att *tillhandahållandet* av kurser bör kunna påstås vara "UOM-NSGI" i den mån verksamheten kan anses nödvändig för (och oskiljbar från) fullgörandet av myndigheternas obligatoriska SGI-uppdrag på utbildningsområdet.

I många nationella utbildningssystem tillhandahålls utbildning på grundskole-, gymnasieskole- eller högskolenivåer inte bara av offentliga organ utan också av privata aktörer. Formeln i *Humbel* gör att offentlig finansiering *i sig* etablerar en slags presumtion att kursverksamheten, även om den utförs av privata organ, är oskiljbar från det offentligas SGI-uppdrag och därmed förenad med offentliga maktbefogenheter.

Detta har tvingat EUD att formulera *specifika kriterier på utbildningsområdet* för att pröva om verksamheten är ekonomisk i det enskilda fallet. Dessa kriterier är avsedda att *objektivera* att operatören *faktiskt* utför verksamheten mot ersättning och att dess verksamhet är skiljbar från statens, även om den utövar sin verksamhet inom ramen för ett nationellt utbildningssystem.

I *Jundt* fann EUD att verksamheten utförd av en lärare, som inte undervisade som anställd utan som extern lärare på ett offentligt universitet, på grundval av en överenskommelse med detta universitet om vilken undervisning han skulle tillhandahålla och vilket arvode universitetet betalade för denna, var en tjänst utförd mot ersättning, en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening.

I *Schwarz* fann EUD att verksamheten utförd av en skola med privat huvudman, på grundval av avtal med föräldrarna beträffande den undervisning som skolan skulle tillhandahålla mot vilken avgift från föräldrarna var tjänster utförda mot ersättning, var en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening.

Gemensamt för *Jundt* och *Schwarz* är att undervisningsverksamheten kvalificerades som ekonomisk när den bedrevs av en operatör som hade kontroll över vilken tjänst den skulle tillhandahålla för en given betalning. Under sådana omständigheter, där den aktör som tillhandahöll undervisningen hade en autonomi om tjänstens leverans och dess pris, var aktörens verksamhet inte längre en "nödvändig" del av det nationella utbildningssystemet (universitetsutbildning i Frankrike och skolsystemet i Skottland) utan en i princip *utbytbar* del i det nationella systemet. Med andra ord var lärarens undervisning respektive skolans undervisning *skiljbara* från dessa staters utövande av sina offentliga maktbefogenheter.

Situationen i *Jundt* var att det statliga universitetet hade delat upp sin verksamhet så att den kombinerade sin egen icke-ekonomiska verksamhet (att organisera och till stor del tillhandahålla undervisning och forskning) med en ekonomisk verksamhet (den externa lärarens tillfälliga undervisning mot arvode). Situationen i *Schwarz* var att den skotska staten hade avgränsat sitt eget SGI-uppdrag på utbildningsområdet och tillät eleverna att fullgöra sin skolplikt hos privata huvudmän som tog betalt från eleverna och deras familjer för sina tjänster. I båda fallen ansågs den privata operatörens verksamhet som *skiljbar* från det nationella systemet, och detta oavsett om det formellt kvalificerades av medlemsstaten som en del av det nationella systemet, och oavsett om verksamheten i övriga delar av det nationella systemet kunde anses som NSGI.

3.4.2.3 *Private Barnehager*: tjänster som det allmänna finansierar med anledning av sitt SGI-uppdrag betraktas som NSGI när de utförs i offentlig regi

EFTA-domstolens resonemang i domen *Private Barnehager* passar väl i den ovan föreslagna tolkningen av gällande rättspraxis i EUD. Domen kan också ses som en viktig pusselbit vad gäller räckvidden av det komparativa kriteriet i *Höfner*.

I detta mål överklagade Private Barnehagers Landsförbund (PBL) ett beslut som ESA (EFTA Surveillance Authority) hade fattat med anledning av PBL:s anmälan med påstående om att de norska reglerna om finansiering av förskolor innebar att de kommunala enheterna i systemet fick olagligt statsstöd. Systemet var reglerat i lag så att både kommuner och privata aktörer fick driva förskolor i Norge och att de norska kommunerna hade ett obligatoriskt uppdrag att utöva tillsyn över alla förskolors efterlevnad av gällande regler samt att säkerställa att det fanns ett tillräckligt antal förskoleplatser för behoven i kommunen. Kommunerna hade också ett lagstadgat uppdrag att säkerställa att alla förskolor som hade tillstånd skulle få offentlig finansiering med tillämpning av neutralitetsprincipen. Förskolorna finansierades av staten och kommunerna, med viss komplettering av avgifter.

EFTA-domstolen konstaterade först utan vidare att verksamheten driven av de privata enheterna inom ramen av detta system var företag i den mening som avses i statsstödsreglerna.⁴⁷⁹ Däremot instämde EFTA-domstolen med ESA om att de kommunala förskolorna inom ramen för det norska systemet inte utövade en ekonomisk verksamhet, och därmed inte utgjorde företag i den mening som avses i EEA-avtalets statsstödsregler. Jämfört med ESA:s röriga resonemang var EFTA-domstolens argument enklare och presenterades på följande sätt.

⁴⁷⁹ Dom av den 21 februari 2008 i mål E-5/07 *Private Barnehager*, EFTA-Court Report 2008, s. 62, punkterna 63 och 79.

EFTA-domstolen slog fast att "när den ekonomiska karaktären av en verksamhet ska prövas i förhållande till statsstödsreglerna kan det inte ha betydelse huruvida verksamheten skulle i teorin kunna utövas av en privat operatör". Det komparativa kriteriet i *Höfner* kunde således inte vara utgångspunkten i prövningen eftersom det utgör ett "abstrakt test", dvs. ett test i det allmänna fallet. Bedömningen huruvida verksamheten är ekonomisk i den mening som avses i statsstödsreglerna ska i stället göras i det enskilda fallet, vilket kräver att man tar hänsyn till de specifika omständigheterna i utförandet av den aktuella verksamheten. Utgångspunkten för prövningen av verksamheten i de kommunala förskolorna var således huruvida den utövades av (a) som en näringsverksamhet eller i stället (b) som en del av kommunernas utövande av sina maktbefogenheter att fullgöra uppdrag gentemot sin befolkning.

I detta avseende fann EFTA-domstolen att EU-domstolens resonemang om tolkningen av begreppet "tjänst" i *Humbel* (ett mål om tillämpbarheten av frirörlighetsreglerna) kunde överföras till statsstödsfrågan.⁴⁸⁰ Domstolen betraktade som tydligt att den norska staten, genom att upprätta och upprätthålla ett system där varje barn ökade kostnaderna för staten, inte hade i avsikt att bedriva näringsverksamhet utan fullgjorde sina sociala, kulturella och utbildningspolitiska uppgifter gentemot sin befolkning. Med andra ord var verksamheten i de kommunala förskolorna att betrakta som förenade med kommunernas utövande av sina maktbefogenheter eftersom

1. kommunerna hade ett *obligatoriskt* uppdrag att säkerställa att tillräckligt många platser fanns för barn under skolåldern inom deras befolkning och i detta syfte fick kommunerna antingen driva egna enheter eller finansiera privata enheter,
2. 80 % av kostnaderna i kommunala förskolor täcktes genom offentlig finansiering, vilket ledde till att verksamheten endast delvis finansierades av föräldrarna. Det fanns ingen koppling mellan avgifterna och de faktiska kostnaderna av den tjänst som föräldrarna fick. Föräldrarnas avgifter kunde därför inte anses som en "quid pro quo"-ersättning till förskolan utan enbart som ett bidrag ägnat att täcka kostnaderna av ett system som i huvudsak är offentligt finansierat. Under sådana omständigheter ökade varje barn kostnaderna för kommunerna och staten.⁴⁸¹

EFTA-domstolens resonemang i *Private Barnehager* tycks i linje med den tolkning av *Humbel* som görs i avsnitt 3.4.2.2 mot bakgrund av tolkningen av begreppet "tjänst" i *Jundt* och *Schwarz* och av doktrinen om avskiljbarhets som utvecklades i *SELEX*, *Compass-Datenbank*, *Körperbeseitigung* och *TenderNed*.

480 Ibid., punkt 80.

481 Ibid., p. 82–84.

För det första tycks kommunernas förpliktelse att säkerställa ett tillräckligt antal förskoleplatser inom ramen för den kommunala budgeten och mot överkomliga föräldraavgifter, ha varit ett avgörande kriterium i bedömningen att verksamheten i de kommunala förskolorna var icke-ekonomisk. Kommunerna ansågs tydligt ha ett obligatoriskt uppdrag av allmänt intresse, en SGI. Verksamheter som utövades av kommunerna för att fullgöra sitt SGI-uppdrag ansågs a priori som en del av kommunernas offentliga maktbefogenheter (punkt (1) ovan).

För det andra betraktades kommunernas tillhandahållande av förskoleplatser i egen regi som en *oskiljbar* del av deras SGI-uppdrag, vilket i enlighet med rättspraxis i *Compass-Datenbank* förutsatte att de kommunala förskolorna kunde anses *nödvändiga* för att kommunerna skulle kunna fullgöra sitt SGI-uppdrag. De kommunala förskolornas verksamhet bedömdes nödvändig för SGI-uppdraget när varje barn i systemet faktiskt *ökade kostnaderna* för kommunen och staten (punkt (2) ovan).

För det tredje betraktades *den offentliga finansieringen av privata förskolor* som en verksamhet som i sig var nödvändig för fullgörandet av SGI-uppdraget, och därmed en *oskiljbar* del av statens och kommunernas offentliga maktbefogenheter. Däremot framgår det implicit av EFTA-domstolens resonemang att *verksamheten i de privata förskolorna betraktades som skiljbar från* kommunernas maktbefogenheter, oavsett om de privata förskolorna kunde betraktas som en del av det nationella systemet. Summan av offentlig finansiering (från staten och kommunerna) och privat finansiering (föräldrarnas avgifter, som kunde vara lägre än avgifterna i kommunala förskolor) ansågs utgöra den ersättning för vilken privata förskolor var villiga att utföra sina tjänster, och därmed var deras verksamhet ekonomisk.

Det kan konstateras att domen i *Private Barnehager* utgör ett bra exempel på ett nationellt blandsystem för offentligt finansierade sociala tjänster som kombinerar NSGI och SGEI,⁴⁸²:

- NSGI-delen: tjänsten erbjuden av de offentliga operatörerna med universell tillgång, även om mottagaren betalar en avgift, i den mån avgiften inte på något sätt kan anses vara en ersättning, varken för den enskilde operatören eller för det allmänna som finansierar tjänsten.
- SGEI-delen: särskilda villkor av allmän tillgång, kvalitet, kontinuitet och överkomlighet som (eventuellt) var kopplade till de tillstånd som krävdes för att privata operatörer skulle få tillhandahålla förskolor i det norska systemet.

Tjänsten behöver således inte vara helt avgiftsfri för att kunna vara en NSGI i den delen som tillhandahålls av offentliga operatörer.

⁴⁸² Se skäl 6 LOU-direktivet.

3.4.2.4 Privata aktörer utför inte NSGI när de erbjuder sociala tjänster på en marknad, oavsett om denna marknad i huvudsak finansieras med offentliga medel

Som visats i avsnitt 3.2.3 och 3.3.1 ovan utesluter inte det faktum att utförandet av en social tjänst görs inom ramen för ett offentligt system, att verksamheten är ekonomisk, eftersom bedömningen ska göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet. Verksamheten i ett nationellt system som förutsätter konkurrens mellan operatörerna, samtidigt som vissa av dessa har vinstsyfte, har funnits vara ekonomisk, även när verksamheten i huvudsak är offentligt finansierad (CBI).

En viktig fråga är således om några villkor över huvud taget skulle räcka för att privata aktörer skulle anses utöva en icke-ekonomisk verksamhet när de utför offentligt finansierade sociala tjänster (andra än socialförsäkring) i konkurrens med varandra.⁴⁸³ Att sådana villkor skulle kunna formuleras av EUD verkar i princip uteslutet mot bakgrund av följande element i rättspraxis på områdena för fri rörlighet och konkurrens.

På området för fri rörlighet visar således rättspraxis i EUD att icke-statliga operatörer, även när de saknar vinstsyfte och tillhandahåller sina tjänster inom ramen för ett nationellt system i huvudsak finansierad av offentliga medel, anses utföra tjänsterna mot ersättning och därmed utövar en ekonomisk verksamhet.

I *Sodemare* fann EUD att fri etableringsrätt och frihet att tillhandahålla tjänster inte hindrar att en medlemsstat reserverar till privata aktörer utan vinstsyfte möjligheten att ingå avtal som ger dem rätt till kostnadsersättning från myndigheter för att tillhandahålla hälsovårdstjänster. De i målet aktuella myndigheterna hade en skyldighet att säkerställa tillgång till äldreboende i enlighet med en *solidaritetsprincip* som innebar att hjälp gavs först till särskilt behövande personer och i andra hand, i mån av plats och tillgängliga medel, till andra personer som betalade taxor fastställda efter familjeinkomst.⁴⁸⁴ EUD underströk att en medlemsstat kunde inom ramen för sin vidmakthållna behörighet att utforma ett socialt trygghetssystem anse att ett villkor om avsaknad av vinstsyfte var nödvändig för att uppnå de sociala målsättningarna för systemet.⁴⁸⁵

483 I *FENIN* påpekade GA Poiares Maduro att inslaget av solidaritet i verksamheten som består i att tillhandahålla sociala tjänster såsom hälso- och sjukvårdstjänster, utbildningstjänster och omsorgstjänster måste mätas genom andra parametrar än dem som är relevanta för en socialförsäkring. Se hans förslag till avgörande i mål C-205/03 P *FENIN* ECLI:EU:C:2005:666, p. 31.

484 Dom i mål C-70/95 *Sodemare* ECLI:EU:C:1997:301, p. 29.

485 *Ibid.*, p. 32.

EUD påpekade att villkoret inte försatte bolag med vinstsyfte från andra medlemsstater i en situation som faktiskt eller rättsligt var mindre gynnsam än för bolag med vinstsyfte i värdmedlemsstaten. Detta tyder på att domstolen ansåg att de aktörer utan vinstsyfte som hade ingått avtal om offentlig finansiering över huvud taget inte konkurrerade med företag som erbjöd äldreboende med vinstsyfte.⁴⁸⁶ Däremot bedömde domstolen att de aktörer utan vinstsyfte som deltog i avtalssystemet utövade en ekonomisk verksamhet. Detta framgår implicit av domstolens uttalande om den nationella regeln inte gav "de enskilda *företag* som [var] anslutna till socialförsäkringssystemet en dominerande ställning".⁴⁸⁷

I *Spezzino* fann EUD att en medlemsstat genom regionala regler får föreskriva att lokala myndigheter ska tilldela avtal om kostnadsersättning med prioritet till frivilligorganisationer. Samtidigt slog domstolen fast att artiklarna 49 och 56 FEUF krävde att medlemsstatens villkor i nationell lagstiftning och avtal skulle säkerställa att frivilligorganisationernas verksamhet faktiskt bidrog till att förverkliga den sociala målsättningen och till att uppfylla de mål av solidaritet och budgetmässig effektivitet som lagstiftningen vilade på.⁴⁸⁸

Domstolen bedömde att de avtal som med stöd av dessa föreskrifter hade ingåtts mellan lokala hälso- och sjukvårdsmyndigheter och organ som representerar frivilligorganisationerna, var ramavtal i den mening som avses i direktiv 2004/18/EG, och att både dessa ramavtal och de särskilda avtal som följde av dessa generellt sett omfattades av begreppet offentliga kontrakt.⁴⁸⁹ Detta innebär att domstolen såg på verksamheten inom ramen för detta avtalsbaserade system som ekonomisk. Verksamheten bedömdes inte utgöra en NSGI, även om avtalen ingicks för icke-vinstdrivande organs räkning och inte föreskrev andra finansiella överföringar till dessa organ än ersättning för kostnader.⁴⁹⁰ I detta avseende är domen koherent med artikel 2 SGI-protokollet, eftersom domstolens tillämpning av fördragets regler om fri rörlighet på verksamheten *faktiskt påverkade* medlemsstatens behörighet att organisera och beställa denna.

486 Ibid., p. 33.

487 Ibid., p. 47.

488 Ibid., p. 65.

489 Dom i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440, p. 35-36.

490 Ibid., p. 36-37.

Privata aktörer har således i *Sodemare* såväl som i *Spezzino* ansetts utöva en ekonomisk verksamhet genom att tillhandahålla tjänster inom ramen för nationella system med *vissa solidaritetsinslag som bestod i att tjänsten var offentligt finansierad och uteslutande kunde utföras av operatörer utan vinstsyfte*.⁴⁹¹ Dessa privata operatörer utan vinstsyfte ansågs troligen ha anförtrotts SGEI genom avtal (se avsnitt 2.6.1.1). Om vi nu går vidare till rättspraxis på konkurrensrättens område kan vi konstatera följande.

Enligt fast rättspraxis anses privata operatörer av offentligt finansierade sjukvårdstjänster utöva en ekonomisk verksamhet när de erbjuder sina tjänster mot ekonomisk ersättning. Det är således utan betydelse för tillämpningen av konkurrensreglerna att sjukhus, läkare, sjukgymnaster etc. verkar inom ett offentligt finansierat nationellt system eller finansieras privat.⁴⁹² Här kan nämnas att EUD, i *Betriebsrat der Ruhrlandklinik*, fann att en förening som utan vinstsyfte ställde vårdpersonal till förfogande för vårdinrättningar mot ersättning för personalkostnaderna och föreningens administrativa kostnader utövade en ekonomisk verksamhet.⁴⁹³

Det enda relevanta för den ekonomiska karaktären av verksamhet som utövas av privata operatörer är att de kan anses utföra tjänsterna mot ersättning. Under denna förutsättning anses de som företag eller ekonomiska operatörer, oavsett om de saknar vinstsyfte och oavsett om de verkar inom ramen för nationella system som säkerställer allmän tillgång till sociala tjänster och som huvudsakligen finansieras med offentliga medel.

Utbildning utgör ännu ett särfall på så sätt att *privat finansiering* i vissa fall har relevans för att bestämma huruvida privata aktörer utövar en ekonomisk verksamhet medan detta kriterium anses irrelevant på andra områden. Detta kan förklaras av EU-domstolens resonemang i *Humbel*, som tycks upprätthålla en *presumption* att all utbildningsverksamhet i ett offentligt finansierat system utförs uteslutande i ett socialt syfte, även om den utförs av privata aktörer. På grund av denna *presumption* kan kriteriet privat finansiering behövas för att avgöra om privata operatörer i det enskilda fallet inte agerar för att uppfylla statens uppgifter utan ersättning.⁴⁹⁴ För att visa att operatören utför tjänsten mot ersättning är kriteriet onödigt när en extern operatör de facto utför en viss utbildningstjänst mot vederlag från det offentliga utbildningsorganet (*Jundt*) och när den privata operatören har ett vinstsyfte (*Dövera*). *Presumptionen* att utbildning i ett nationellt offentligt finansierat system är icke-ekonomisk kommer att utgöra en utgångspunkt i prövningarna endast så länge EUD inte slår fast att utbildning kan vara en NSGI i

491 Sanchez-Graells och Gideon anför att EUD inte prövade huruvida de ambulanstjänster som var föremål för avtalen hade ekonomisk karaktär, se Sanchez-Graells och Gideon, 2015, s. 41. Enligt min mening behövde domstolen inte pröva detta särskilt. Domstolen kunde inte ha funnit att avtalen utgjorde ramavtal i det äldre LOU-direktivets mening utan att ha gjort bedömningen att verksamheten, åtminstone inom ramen för avtalen, var utförd mot ersättning och därmed ekonomisk i både frirörlighets- och konkurrensrättens mening.

492 Se van de Gronden, 2013, s. 273–274.

493 Dom i mål C-216/15 *Betriebsrat der Ruhrlandklinik* EU:C:2016:883, p. 47.

494 Dom i mål C-74/16 *Congregación de Escuelas Pías* ECLI:EU:C:2017:496.

enskilda nationella system men *generellt kan* utföras mot ersättning (vilket bevisas av det svenska systemet) och därmed utgör en tjänst i den mening som avses i artikel 57 FEUF.⁴⁹⁵

3.5 Slutsatser

Följande slutsatser får dras från EU-domstolens praxis om tolkningen av fördragets regler om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd.

Tolkning av EU-begreppen tjänster, varor och företag i rättspraxis

EUF-fördragets regler om fri rörlighet är enbart tillämpliga på varor och tjänster i fördragens mening, dvs. varor som kan vara föremål för handel (enligt rättspraxis) och tjänster som *normalt* utförs *mot ersättning* (enligt artikel 57 FEUF). Det viktigaste kännetecknet på begreppet "ersättning" i den mening som avses i artikel 57 FEUF är att denna utgör den *ekonomiska* motprestationen för tjänsten i fråga (*Humbel*). EUD tolkar "mot ersättning" i ett operatörsperspektiv (även på utbildningsområdet) och funktionellt.

I EU-domstolens rättspraxis ges begreppet tjänst två nära kopplade men olika betydelser:

- a. en tjänst som i det enskilda fallet utförs mot ersättning (*är ekonomisk i det enskilda fallet*)
- b. en tjänst som normalt utförs mot ersättning (*kan vara ekonomisk, i teorin*).

Enbart tjänster som i det enskilda fallet är ekonomiska åtnjuter de grundläggande friheterna i fördragen. Även om en tjänst är icke-ekonomisk hos en medlemsstat på grund av dess reglering i denna stat, kan denna reglering omfattas av fördragets principer om frirörlighet för tjänster, om liknande tjänster utförs mot ersättning (är ekonomiska) i andra medlemsstater.

EUF-fördragets konkurrens- och statsstödsregler är tillämpliga på företag i dessa reglers mening, dvs. varje enhet, oavsett dennes form och finansiering, som vid en bedömning i det enskilda fallet driver en *ekonomisk verksamhet*. En ekonomisk verksamhet i konkurrens- och statsstödsreglernas mening är en verksamhet som går ut på att erbjuda varor eller tjänster på en viss marknad. Det är *erbjudandet*, och inte anskaffningen, av tjänster eller varor på en marknad som avgör huruvida en verksamhet är ekonomisk.

⁴⁹⁵ Om detta, se Wehlander C., 2015, s. 442–444.

Att verksamheten utövas utan vinstsyfte, av en myndighet eller av ett religiöst samfund, utesluter inte att den kan anses vara ekonomisk. Vad gäller myndigheter är det fast rättspraxis att de agerar antingen genom att utöva offentliga maktbefogenheter eller genom att erbjuda tjänster eller varor på marknaden. Beträffande myndigheters ekonomiska verksamheter tillämpar EUD en doktrin om avskiljbarhet: om en myndighet bedriver en ekonomisk verksamhet som kan skiljas från dess myndighetsutövning, agerar den i egenskap av företag med avseende på den delen av verksamheten. Om den ekonomiska verksamheten i fråga inte kan skiljas från dess övriga verksamhet ska däremot hela dess verksamhet anses vara knuten till utövandet av offentliga maktbefogenheter.

EUD fann i *Höfner* att ett offentligt organs lagstadgade ensamrätt att tillhandahålla arbetsförmedling omfattades av EU-konkurrensreglerna eftersom "den inte alltid utövats av offentliga organisationer och inte nödvändigtvis behövde utövas av sådana organisationer". Senare praxis visar att detta komparativa test utgör enbart ett grundläggande "abstrakt" test som inte ensamt avgör huruvida verksamheten i det enskilda fallet är ekonomisk eller inte.

EU-begreppet "ekonomisk verksamhet" har samma innebörd inom fri rörlighets- och konkurrensrätten

På områdena för både fri rörlighets- och konkurrensrätten ska prövningen huruvida en verksamhet är ekonomisk göras vid en objektiv bedömning i det enskilda fallet. Av EU-domstolens praxis framgår att *samma grundrekvisit avgör på frirörlighetsrättens- respektive konkurrensrättens område* huruvida en tjänsteverksamhet är ekonomisk, nämligen

1. tjänsten utförs inte utan någon ekonomisk motprestation (ersättningskriterium)
2. tjänstens utförare har autonomi och tar en ekonomisk risk för att utföra tjänsten (risk/autonomi kriterium).

EUD gör en vid tolkning av begreppet ekonomisk verksamhet, med andra ord är de två grundläggande rekvisiten ersättning och autonomi/risk lätt uppfyllda. Att verksamheten utövas utan vinstsyfte eller inte betalas av den som mottar den (t. ex för att den är offentligt finansierad) utesluter inte att den kan betraktas som ekonomisk vid en bedömning i det enskilda fallet. Det som avgör om finansieringen kan ses som en ersättning är att den kan anses utgöra villkoret för att operatören ska utföra just den aktuella prestationen.

Huruvida finansieringen av en verksamhet utgör en ekonomisk ersättning bedöms således *i ett operatörsperspektiv*. Detta betyder att, beroende på omständigheterna i det enskilda fallet, utbetalningar som erhålls från flera källor (t.ex. en kombination av avgifter och offentlig finansiering) eller bara från *solidarisk* offentlig eller privat finansiering kan vara att anse som ekonomisk ersättning för operatören. Om verksamheten inte är förenad med utövandet av offentlig makt räcker det inte att den utövas in-house eller med ensamrätt för att kvalificeras som icke-ekonomisk.

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

Utföra prestation mot ersättning ⇔ *erbjuda tjänster eller varor på marknaden*

Skilja mellan "ekonomisk verksamhet" (konkret test i det enskilda fallet) och verksamhet som är/kan vara föremål för marknad inom EU (abstrakt test)

På både området för fri rörlighet och konkurrensrätt skiljer EUD frågan om en verksamhet är ekonomisk *i det enskilda fallet* (konkret test) från frågan om en verksamhet generellt *kan vara* ekonomisk (abstrakt test). Det abstrakta testet går ut på att pröva om tjänsten generellt "kan" utföras mot ersättning (området för fri rörlighet) eller om den "inte alltid utövats av offentliga organisationer och inte nödvändigtvis behövde utövas av sådana organisationer" (konkurrensområdet). Oavsett rättsområde syftar det abstrakta testet till att etablera att det finns en marknadsaktivitet för denna typ av tjänst.

Om en sådan marknadsaktivitet för denna typ av tjänst konstateras, ska varje medlemsstat se till att dess *reglering* av tjänstens tillhandahållande är förenlig med reglerna om fri rörlighet eller med konkurrensregeln i artikel 106.1 FEUF, dvs. inte hindrar ekonomiska operatörer att erbjuda tjänsten på dess territorium *utan en motivering av allmänt intresse som är förenlig med EU-rätten*. Även om tjänstens reglering innebär att dess tillhandahållande är icke-ekonomisk i en viss medlemsstat, ska denna således se till att dessa regler inte oproportionerligt begränsar möjligheten för aktörer som i andra medlemsstater erbjuder liknande tjänster kommersiellt att utöva sin frihet att erbjuda tjänsten i dess territorium (*Freskot*). Även om nationella åtgärder (föreskrifter eller administrativa beslut) innebär att en aktör utan vinstsyfte (offentlig eller privat) tillhandahåller tjänsten med en ensamrätt i den mening som avses i artikel 106.1 FEUF, innebär det faktum att det finns marknadsaktivitet för tjänsten att de myndigheter som vidtagit sådana åtgärder ska se till att dessa motiveras av allmänna intressen i enlighet med proportionalitetsprincipen.

Det faktum att det abstrakta testet är uppfyllt (vilket i princip alltid är fallet) innebär att *både* frågan om vilka kriterier som avgör om verksamheten inom ramen för en nationell reglering kan anses icke-ekonomisk *och* frågan om hur en medlemsstat ska kunna motivera att fri rörlighets- eller konkurrensbegränsande åtgärder blir *en EU-rättslig fråga*, som ytterst avgörs av EUD. Domstolens krav kan innebära att medlemsstaterna blir tvungna att gradvis liberalisera regleringen av välfärdstjänster och det är tydligt att EUD har använt dessa abstrakta test för att liberalisera de nationella välfärdssystemen.

Två identiska huvudfall av icke-ekonomisk verksamhet inom frirörlighets- och konkurrensrätten: verksamhet förenad med utövande av offentlig makt (UOM) och verksamhet med uteslutande socialt syfte (solidaritet)

Konvergensen är också stor mellan frirörlighetsrätten och konkurrensrätten vad gäller frågan när verksamheten är att betrakta som icke-ekonomisk *hos en medlemsstat*. På båda rättsområden är nämligen verksamheten icke-ekonomisk *hos en medlemsstat* i två identiska huvudfall:

- a. när verksamheten *hos medlemsstaten* är förenad med utövandet av offentlig makt (UOM). På området för fri rörlighet följer detta av artiklarna 51 och 62 FEUF, som föreskriver att en sådan verksamhet inte omfattas av fördragets regler om fri rörlighet. På konkurrensrättens område följer det av rättspraxis där EUD slagit fast att en verksamhet som på grund av sin natur, sitt syfte och sin reglering har anknytning till utövande av offentlig makt inte omfattas av konkurrens- och statsstödsreglerna (*Diego Cali*, *SAT-Fluggesellschaft*, *Compass-Datenbank*, *TenderNed*, jfr *Charleroi flygplats*).
- b. när verksamheten, inom ramen för ett nationellt system baserat på solidaritetsprincipen *utförs* uteslutande i ett socialt syfte och under statens strikta kontroll. Denna typ av icke-ekonomisk verksamhet har funnits i praxis om socialförsäkring såväl på området för fri rörlighet (*Freskot*, *Kattner-Stahlbau*) som på konkurrens- och statsstödsområdet (*Poucet och Pistre m.m.*).

Verksamhet som inte är ekonomisk faller utanför unionens konkurrens- och statsstödsregler.

Att tjänsten formellt utförs inom ramen av ett nationellt system utesluter inte att den är ekonomisk eftersom bedömningen ska göras med beaktande av omständigheterna i det enskilda fallet eller i det enskilda systemet (*Smits och Peerbooms*, *CBI*, *Jundt*, *Dövera*). Utförande av tjänster i ett nationellt system som förutsätter konkurrens mellan operatörerna samtidigt som vissa av dessa har vinstsyfte, har funnits vara ekonomisk både när tjänsten är offentligt finansierad (*CBI*) och när den är finansierad privat men solidariskt (*Dövera*).

I *Dövera* förklarade tribunalen det som verkar självklart, nämligen att privata operatörer med vinstsyfte utövar en ekonomisk verksamhet, oavsett i vilket

nationellt system de utövar sin verksamhet och oavsett om tjänstens utförande är offentligt finansierad inom ramen av systemet. Domen har överklagats av kommissionen i april 2018 (C-262/18 P). Om EUD instämmer i tribunalens resonemang, bekräftar det att *Humbel* inte kan förstås så att välfärdstjänster är icke-ekonomiska när de tillhandahålls inom ramen för ett nationellt offentligt finansierat system, *oavsett huruvida de utförs av offentliga operatörer eller av privata operatörer som får ha vinstsyfte.*

Om tribunalens bedömning i *Dövera* bekräftas av EUD blir det klart att domstolens resonemang i *Humbel* inte kan förstås så att välfärdstjänster är icke-ekonomiska när de tillhandahålls inom ramen för ett nationellt offentligt finansierat system, *oavsett huruvida de utförs av offentliga operatörer eller av privata operatörer som får ha vinstsyfte.*

Frågan om offentliga operatörer utövar en ekonomisk verksamhet när de deltar i ett välfärdssystem i konkurrens med privata aktörer som får ha vinstsyfte (blandsystem) kan däremot inte sägas vara helt klargjort i rättspraxis. I *CBI* fann tribunalen att offentliga sjukhus som tillhandahöll sjukvård i konkurrens med privata aktörer med vinstsyfte i Brysselregionen utövade en ekonomisk verksamhet vars offentliga finansiering omfattades av statsstödsreglerna. Samtidigt verkar andra domar från EUD öppna för att tjänster som tillhandahålls av myndigheter under vissa villkor kan anses som förenade med utövande av maktbefogenheter, om de är nödvändiga för att de ska fullgöra obligatoriska allmännyttiga uppdrag, och detta trots att det finns en marknad för sådana tjänster i medlemsstaten.

Huruvida verksamheten i de två typfallen (a) och (b) ovan utgör NSGI i den mening som avses i LOU-direktivet bör anses kräva att (1) verksamheten är icke-ekonomisk, (2) att den utgör en SGI och (3) att artikel 2 SGI-protokollet är uppfyllt, dvs. fördragets bestämmelser påverkar inte på något sätt medlemsstatens behörighet att tillhandahålla, beställa och organisera denna NSGI.

Två typer av NSGI: "UOM-NSGI" och "solidaritet-NSGI"

En verksamhet som utövas av en icke-statlig aktör kan på grund av sin natur, sitt syfte och sin reglering anses ha anknytning till utövande av offentlig makt och därmed inte omfattas av konkurrens- och statsstödsreglerna (*Diego Cali, SAT-Fluggesellschaft*).

Vad gäller myndigheter innebär EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet att myndighetens olika verksamhetsdelar skall prövas var för sig och att fördragets konkurrensregler är tillämpliga på den del av myndighetens verksamhet som kan särskiljas från dess verksamhet i egenskap av myndighet. Vid prövningen ska det särskilt skiljas mellan verksamhet som består i att säkerställa att en allmännyttig tjänst utförs och verksamhet som består i utförandet av tjänsten (*Tierkörperbeseitigung*). Följande slutsatser får vidare dras från *SELEX*, *Compass-Datenbank*, *Tierkörperbeseitigung* och *TenderNed*.

En myndighets *obligatoriska* befogenheter (t.ex. ett lagstadgat uppdrag att säkerställa tillhandahållandet av en tjänst) utgör SGI. Sådana SGI anses som a priori förenade med utövande av offentlig makt och utgör därmed en icke-ekonomisk verksamhet. En verksamhet som utförs inom ramen för en myndighets *frivilliga* befogenheter (t.ex. inom befogenheten att bestämma SGI-tjänstens närmare utformning och att utföra den i egen regi) kan, oavsett dess ekonomiska effekter på en existerande marknad, ses som en del i utövandet av myndighetens maktbefogenheter, om den kan anses *nödvändig* för att genomföra dess obligatoriska SGI-uppdrag och därmed *oskiljbar* från detta uppdrag. Undantaget från upphandlingsreglerna för offentlig samverkan i *Hamburg* kan förstås så att EUD betraktade den frivilliga verksamhet som omfattades av samverkansavtalet som *nödvändig* för att kommunerna *under godtagbara ekonomiska villkor* skulle kunna uppfylla sina *obligatoriska* uppdrag (SGI-uppdrag) och därför förenad med utövandet av deras maktbefogenheter.

Utifrån rättspraxis i EUD, och med hänsyn till att denna praxis förefaller förenlig med principen i artikel 2 i SGI-protokollet, får slutsatsen dras att följande verksamheter bör ses som "UOM-NSGI" när de utövas av myndigheter:

1. myndighetsutövning, bl.a. tvångsåtgärder,
2. verksamhet som utgör *ett obligatoriskt allmännyttigt uppdrag* (SGI),
3. verksamhet som är frivillig för myndigheten, om verksamheten är *oskiljbar* från (1) eller (2), dvs. är *nödvändig* för fullgörandet av myndighetsutövningen eller myndighetens SGI-uppdrag.

Vidare kan verksamheten vara att anse som icke-ekonomisk inom ramen för den nationella regleringen när den inom denna ram har ett uteslutande socialt syfte. Socialförsäkring är dock det enda området där EUD hittills har funnit att verksamheten är icke-ekonomisk på denna grund. Villkoren är mycket strikta: försäkringens reglering i nationell rätt ska syfta till att säkerställa ett allmänt intresse av social natur, innebära en hög grad av solidaritet vad gäller *både finansiering och utförande* av tjänsten och verksamheten ska utövas under strikt kontroll av staten. I de fall EUD har funnit att socialförsäkringen utgjorde en icke-ekonomisk verksamhet blev effekten att principen i artikel 2 SGI-protokollet blev respekterad. Därför kan de socialförsäkringstjänster som uppfyller kriterierna om

solidaritet och statlig kontroll ställda i rättspraxis med stor säkerhet betraktas som "solidaritet-NSGI".

Humbel-doktrinen ingen definition av "solidaritet-NSGI", inte ens på utbildningsområdet

EU-domstolens doktrin i *Humbel* att "kurser som ges vid vissa inrättningar som ingår i ett system för offentlig undervisning och som helt eller delvis finansieras med offentliga medel inte omfattas av begreppet tjänster" kan inte anses uttrycka en doktrin om att verksamheten är icke-ekonomisk i ett offentligt finansierat välfärdssystem oavsett hur verksamheten är organiserad i systemet. En sådan tes, som förs fram i flera svenska utredningar, är inte förenlig med rättspraxis i EUD, inte ens på utbildningsområdet. Att endast obligatorisk socialförsäkring utpekades i 2014-direktiven som tjänster som inte omfattas av direktiven om de är organiserade i form av NSGI visar att EU-lagstiftaren faktiskt delar denna uppfattning.

Frågan i Sverige och i många andra medlemsstater som inrättat blandsystem för tillhandahållandet av offentligt finansierade sociala tjänster är således vilken relevans *Humbel*-doktrinen kan anses ha för att identifiera NSGI i systemen, dvs. vilket utrymme som finns för en icke-ekonomisk verksamhet i välfärdssystem där tjänsten finansieras av det allmänna men tillhandahålls i konkurrens av bl.a. operatörer med vinstsyfte. Mot bakgrund av rättspraxis i EUD är det numera svårt att se vilka argument som skulle kunna åberopas för att hävda att privata aktörer i konkurrens med aktörer med vinstsyfte inom ramen för offentligt finansierade system utövar en "solidaritet-NSGI". Enligt EU-domstolens praxis är det inte systemets eller finansiärens syfte som är relevant för att avgöra huruvida privata operatörer i systemet driver en ekonomisk verksamhet eller inte, utan frågan om statens finansiering utgör en ersättning i operatörens perspektiv. Att EUD har valt detta angreppssätt även på utbildningsområdet är tydligt i *Jundt*.

Om *Humbel*-doktrinen ska kunna ha någon relevans vad gäller frågan huruvida offentligt finansierade tjänster kan vara NSGI i ett blandsystem måste därför utgångspunkten vara att *endast de operatörer för vilka den offentliga finansieringen objektivt sett inte utgör en ekonomisk ersättning för utförandet av tjänsten* kan anses utföra en NSGI. De övriga operatörerna, som utför tjänsten mot ekonomisk ersättning från det allmänna, utför SGEI. I *Private Barnehager* har EFTA-domstolen således funnit att verksamheten i ett nationellt blandsystem för offentligt finansierade förskolor bestod av både NSGI (kommunernas obligatoriska SGI-uppdrag att säkerställa förskoleplatser för alla som behövde det i kommunen, samt deras frivilliga utförande av tjänsten eftersom detta var nödvändig för SGI-uppdraget och därmed oskiljbart från det) och SGEI (de privata operatörernas utförande av förskole tjänster i systemet).

Humbel-doktrinen kan således vara relevant för att avgöra huruvida offentliga organ som utför tjänster inom ramen för ett nationellt system kan anses utföra NSGI. Doktrinen tar nämligen sikte på "statens uppgifter gentemot sina medborgare", dvs. statens obligatoriska uppdrag att säkerställa viss avgiftsfri utbildning, vilket kan ses som icke-ekonomiska SGI-uppdrag. Mot bakgrund av *Private Barnehager* och av EU-domstolens doktrin om avskiljbarhet förefaller det möjligt att hävda att offentliga operatörer som på basis av de myndigheternas frivilliga kompetens utför tjänsten inom ramen för sådana system utövar en "UOM-NSGI", under villkoret att denna operativa verksamhet kan anses nödvändig för (och därmed oskiljbar från) myndigheternas utförande av sitt obligatoriska SGI-uppdrag.

En annan sak är att utbildningsområdet ännu utgör ett särfall i EU-domstolens praxis på så sätt att privat finansiering i vissa fall anses relevant för att pröva huruvida privatägda skolor erbjuder sina kurser med ett annat syfte än statens uteslutande sociala syfte. EU-domstolens angreppssätt på detta område kan påstås bero på den, i och utanför medlemsstaterna, dominerande uppfattningen att särskilt obligatorisk utbildning i nationellt finansierade system inte bör bli en kommersiell verksamhet. Denna dominerande uppfattning i en politiskt ultrakänslig fråga förklarar att EUD hittills har låtit den otydliga doktrinen i *Humbel* uppfattas som en presumtion att även privata aktörer i offentligt finansierade skolsystem har ett uteslutande socialt syfte. Mot bakgrund av övrig relevant rättspraxis i EUD (särskilt *Jundt*) och av utvecklingen av skolsystemet i Sverige kan dock privat finansiering inte längre anses nödvändig för att bryta denna presumtion vad gäller nationella offentligt finansierade system där privata skolföretag erbjuder sina tjänster i vinstsyfte.

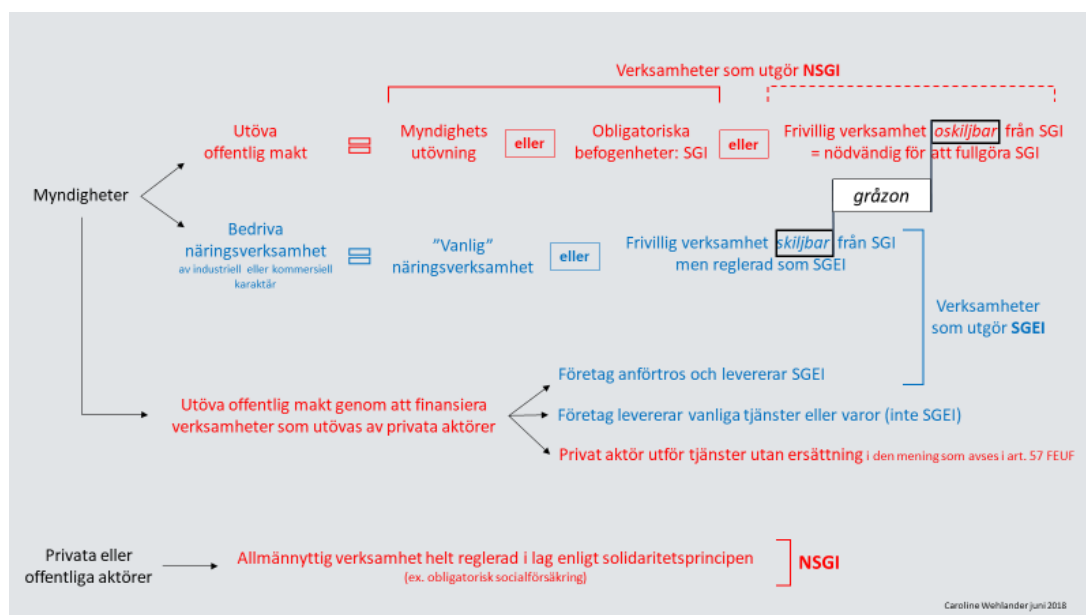
Mer allmänt kan konstateras att utvecklingen av blandsystem där offentliga medel finansierar kommersiell verksamhet inom den sociala sektorn leder till att EU-rätten alltmer påverkar välfärdspolitiken i medlemsstaterna. Detta kan vara ett problem inte bara för medlemsstaterna själva utan också för en EU-kommissions mån om unionens goodwill i medlemsstaterna. Detta politiska bekymmer kan förklara det färskaste statsstödsbeslutet om offentligt finansiering av offentliga sjukhus i Lazio-regionen, där kommissionen hävdar att verksamheten i det italienska offentligt finansierade sjukhusystemet, där även vinstsyftande aktörer får delta, inte är ekonomisk, vilket går stick i stäv med kommissionens bedömning i ett tidigare statsstödsbeslut som bekräftades av tribunalen i *CBI*.

Det kan uppfattas som politiskt olyckligt att offentliga aktörer som konkurrerar med vinstsyftande aktörer i offentligt finansierade välfärdssystem klassificeras som företag i konkurrens- och statsstödsrättslig mening. Den rättsliga lösningen kan emellertid inte vara att hävda att även vinstsyftande aktörer i blandade offentligt finansierade system bedriver en icke-ekonomisk verksamhet. Ett sådant påstående strider inte bara mot tribunalens bedömning i *Dövera* utan är så pass underligt att man vågar förutse att EUD i denna del kommer att bekräfta tribunalens

överklagade dom i *Dövera*. "Avgiftsfritt för välfärdstjänstens *mottagare*" är inte synonymt med "utan ersättning för välfärdstjänstens *utförare*". En rättslig lösning till problemet kan i stället skönjas i EU-domstolens och EFTA-domstolens praxis om att offentliga operatörers verksamhet i blandsystem under vissa villkor kan utgöra "UOM-NSGI".

Offentligt finansierade blandsystem för sociala tjänster: troligen ingen plats för "solidaritet-NSGI" utan endast för "UOM-NSGI"

En slutsats som får dras av utvecklingen av välfärdsmodellerna inom EU och av domstolens rättspraxis är att möjligheten att argumentera för existensen av NSGI i offentligt finansierade blandsystem för sociala tjänster har blivit mycket större vad gäller "UOM-NSGI" än vad gäller "solidaritet-NSGI". I och med utvecklingen av marknadsbaserade välfärdssystem i medlemsstaterna kommer frågan om vilka kriterier som avgör gränsdragningen mellan SGEI och NSGI oundvikligen att hamna under EU-domstolens jurisdiktion. Följande skiss kan anses sammanfatta rapportens analys av gränsdragningen mellan SGEI och NSGI hos myndigheter, offentliga organ och privata organ.



Alla NSGI är inte automatiskt utanför fördragen

Rättspraxis i EUD visar att förhållandet att en verksamhet utgör en NSGI inte *automatiskt* kan anses innebära att den helt faller utanför fördragen.

- En medlemsstats regler som innebär att tjänsten i denna medlemsstat kan kvalificeras som en solidaritet-NSGI kan påverka den fria rörligheten för kommersiella leverantörer av en liknande tjänst i andra medlemsstater. *Reglerna* kan därför behöva prövas med tillämpning av proportionalitetsprincipen (*Freskot*).
- Offentlig upphandling utgör en NSGI (*TenderNed*, överprövad) men omfattas av EU-reglerna om offentlig upphandling.
- Åtgärder som vidtagits av offentliga utbildningsorgan, oavsett huruvida dessa kunde anses utöva NSGI eller inte, har funnits falla inom tillämpningsområdet av fördragets regler om den fria rörligheten för EU-medborgare (*Gravier, Grzelczyk, Bidar*).

4 Grundläggande villkor för att en offentlig finansiering ska anses vara en "upphandling enligt LOU", med särskilt fokus på "anskaffning"

I detta kapitel systematiseras och analyseras de grundläggande rekvisit som ska vara uppfyllda för att en åtgärd om offentlig finansiering ska utgöra ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening:

Rekvisitet att den offentliga finansieringen avser tjänster eller varor i fördragens mening, och frågan om NSGI som inte omfattas av LOU, tas upp i avsnitt 4.2. Rekvisitet om att den offentliga finansieringen sker genom skriftligt kontrakt mellan en/ flera upphandlande myndigheter och en/ flera operatörer kommenteras i avsnitt 4.3. Rekvisitet att kontraktet sker med ekonomiska villkor i operatörens perspektiv tas upp i avsnitt 4.4.

De "nygamla" upphandlingsrekvisiten om anskaffningssyfte och om selektivitet analyseras i avsnitt 4.5 respektive 4.6.

4.1 LOU omfattar enbart kontrakt som utgör "upphandling" i LOU-direktivets mening och tillämpas inte på NSGI

4.1.1 Principer om SGEI och NSGI är osynliga i LOU

Enligt förarbetena till de nya upphandlingslagarna har utgångspunkten varit att den svenska ordalydelsen av föreskrifter i lagarna skulle utformas så direktivnära som möjligt.⁴⁹⁶ Det kan konstateras att den nya konkurrensprincipen i LOU-direktivet har införts i LOU men inte principerna om SGEI och NSGI. I förarbetena om LOU förklaras inte dessa begrepp, vilket kan göra det svårt att balansera konkurrensprincipen mot SGI-principerna i enskilda situationer, t.ex. för att avgöra vad som avgör sakligt godtagbara skäl för beslut om att avbryta en upphandling eller att kombinera delar i en upphandling för att säkerställa att myndighetens SGI-uppdrag kan fullgöras under godtagbara ekonomiska villkor.

496 Prop. 2015/16:195, s. 300.

I förarbetena om genomförandet av 2014-direktiven berörs inte skäl 6 LOU-direktivet, där det förklaras att direktivet inte "bör" omfatta NSGI. Regeringen kan ha funnit det svårt att förena denna förklaring med sitt eget (felaktiga) påstående att NSGI helt faller utanför fördragen.⁴⁹⁷ Om denna uppfattning stämde vore det svårt att förstå varför EU-lagstiftaren sett behovet att slå fast att LUF-direktivet och LUK-direktivet inte tillämpas på NSGI. Som redan nämnts kan finansieringen av NSGI påverkas av fördragen, vilket förklarar att medlemsstaternas behörighet att finansiera NSGI inte nämns i artikel 2 SGI-protokollet.

I förarbetena till LOU görs inte heller något samband mellan SGEI-principerna och principerna om upphandling av sociala tjänster i artikel 76 LOU-direktivet, som kräver att bestämmelserna i LOU om upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdena ska göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att "ta hänsyn till de särskilda egenskaperna för tjänsterna i fråga och att beakta behovet av att garantera tjänsternas kvalitet, kontinuitet, åtkomlighet, överkomlighet, tillgänglighet och omfattning, olika användarkategoriernas specifika behov, inklusive missgynnade och utsatta grupperns behov, deltagande och egenansvar för användarna samt innovation."

I förarbetena förklaras således inte *på vilken grund i fördragen* Sverige åläggs en skyldighet att ta sådana hänsyn till de särskilda egenskaperna i sociala tjänster, trots att Sverige inte har överfört sin kompetens till unionen på det sociala området (om denna fråga se ovan avsnitt 2.6.2.3).

I propositionen till LOU bedöms att reglerna i de nya upphandlingslagarna *är* förenliga med bestämmelserna i artikel 76 LOU-direktivet, eftersom vid upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster är de upphandlande myndigheterna eller enheterna lämnas "fria att ta hänsyn till de särskilda egenskaperna hos tjänsterna och beakta sådana behov som räknas upp i artikel 76.2 i LOU-direktivet". Frågan är dock om svensk lagstiftning, inom exempelvis socialtjänsten, innebär att de upphandlande myndigheterna kan anses ha en *skyldighet* snarare än en frihet att beakta sociala tjänsters särskilda egenskaper och att säkerställa bl.a. deras säkerhet, kvalitet och kontinuitet.⁴⁹⁸

497 Prop. 2015/16:195 Förslag till ett nytt regelverk om upphandling, s. 336.

498 Frågan behandlas i prop. 2015/16:195 del 2, s. 905.

4.1.2 Krav som ska vara uppfyllda för att offentlig finansiering av en verksamhet ska omfattas av LOU

I likhet med vad som gällt under de äldre upphandlingslagarna har den svenska lagstiftaren beslutat att reglerna i LOU inte bara ska införliva LOU-direktivet ("direktivstyrda regler") utan på vissa områden även ställa förfarandekrav som går utöver direktivens krav ("icke-direktivstyrda regler"). I 19 kap. LOU återfinns således förfaranderegler för upphandling av sociala tjänster över tröskelvärdena som är betydligt mer detaljerade än LOU-direktivet och för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster som inte omfattas av LOU-direktivet.

LOU gäller för offentlig upphandling, dvs. för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet. Upphandling definieras i 1 kap. 2 § LOU som

- *de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.*⁴⁹⁹

och "kontrakt" i den mening som avses i LOU definieras i 1 kap. 15 § LOU som

- *ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som*
 4. *ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och*
 5. *avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.*

Den svenska lagstiftaren har således följt det lagtekniska valet i LOU-direktivet och infört två separata definitioner för att avgränsa LOU:s yttersta tillämplighetsområde.

Begreppet "upphandling" definieras nämligen i artikel 1.2 LOU-direktivet som

- *en eller flera upphandlande myndigheters anskaffning genom ett offentligt kontrakt av byggentreprenader, varor eller tjänster från ekonomiska aktörer som utvalts av dessa upphandlande myndigheter oberoende av om byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte*

⁴⁹⁹ Lagen gäller även när en upphandlande myndighet anordnar en projekttävling. Vad som avses med projekttävling anges i 1 kap. 19 § LOU.

och begreppet offentligt kontrakt definieras i artikel 2.5 LOU-direktivet som

ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster.

Det kan konstateras att det finns skillnader mellan definitionerna i LOU och LOU-direktivet. Det följer emellertid av rättspraxis att den rättsliga kvalificeringen av en transaktion som en upphandling och ett offentligt kontrakt omfattas av unionsrätten och att en eventuell kvalificering av en transaktion som gjorts i nationell rätt därvid inte är avgörande.⁵⁰⁰ Definitionerna av upphandling och kontrakt i LOU måste således överensstämma i sak med definitionerna av upphandling och offentligt kontrakt i LOU-direktivet.⁵⁰¹

Caranta har kritiserat lagstiftningstekniken med dessa två definitioner som enligt hans mening lätt hade kunnat slås ihop till en enda definition och menar att "moder-begreppet" egentligen är "kontrakt" och inte "upphandling".⁵⁰² I detta avseende kan noteras att definitionen av upphandling i LOU-direktivet endast lägger till rekvisitet "anskaffningssyfte" till entré-begreppet "offentligt kontrakt" och att rekvisitet "anskaffningssyftet" klargörs i icke-bindande skäl.

Detta tyder på att lagstiftningstekniken med två definitioner, där upphandling görs till "moder-begreppet" i stället för "kontrakt" egentligen kan betraktas som ett försök att få kontroll över åtminstone *direktivens* tillämpningsområde. Åtgärden "offentligt kontrakt" är nämligen föremål för regler som följer direkt från fördragsprinciperna, vilket torde innebära att det ytterst är EU-domstolens uppgift att avgöra hur begreppet offentligt kontrakt ska tolkas. Introduktionen av definitionen av begreppet upphandling kan anses avspegla medlemsstaternas oro att deras nya modeller för tillhandahållandet av offentligt finansierade tjänster så småningom prövas av EUD och då anses utgöra offentliga kontrakt i den mening som avses i primärrätten.

Det är i alla fall lätt att instämma med Carantas bedömning att den nya definitionen av upphandling i LOU-direktivet lämnar mycket oklart, vilket också drabbar begreppet i LOU.

500 Dom i mål C-536/07 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2009:664, p. 54 och där angiven rättspraxis.

501 Prop. 2015/16:195, s. 319.

502 Caranta påpekar att skillnaden mellan "upphandling" och "offentligt kontrakt" försvinner i de flesta andra språkversioner. Han anser vidare att "offentligt kontrakt" uppenbarligen är genus medan upphandling är arten/typen. Enligt hans mening borde EU-lagstiftaren ha definierat genus först och sedan lagt till karakteriseringsrekvisiten (skriftligt, anskaffning, med ekonomiska villkor, och så vidare). Se Caranta R., 2015.

I förevarande avsnitt görs en analys av de karakteristiska element som gör en åtgärd om offentlig finansiering till en upphandling och ett kontrakt i LOU:s mening, med stöd av EU-domstolens rättspraxis om tolkningen av begreppen "upphandling" och "offentligt kontrakt" i EU-upphandlingsregler, och med inspiration av Carantas synsätt att rekvisiten i dessa begrepp kan slås ihop. LOU-reglerna kan således sägas tillämpas enbart på åtgärder som utgör en upphandling i den mening som avses i LOU, vilket kräver att åtgärden utgör en offentlig finansiering som

1. avser varor eller tjänster i fördragets mening
2. sker inom ramen för ett skriftligt kontrakt mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer
3. sker med ekonomiska villkor
4. syftar till att en anskaffning (av tjänster, varor eller byggtreprenader)
5. går till en eller flera leverantörer som den upphandlande myndigheten har valt ut

Alla dessa rekvisit måste vara uppfyllda för att en "upphandlingssituation" över huvud taget ska kunna vara aktuell. Tolkningen av rekvisiten "varor" och "tjänster" måste göras med stöd av rättspraxis i EUD om tillämpningen av fördragets principer om den fria rörligheten. Begreppet "leverantörer" i LOU måste tolkas med stöd av rättspraxis om begreppet "ekonomisk operatör" i LOU-direktivet och denna praxis visar att begreppet "leverantör" är närmast synonym med begreppet "företag" i EU-konkurrensrätten.

De begrepp som ingår i LOU:s definition av offentligt kontrakt – tjänster, varor, "ekonomiska villkor", anskaffning, leverantör – avspeglar således det faktum att upphandlingsreglerna "har en fot i reglerna om fri rörlighet och en fot i reglerna om konkurrens", dvs. ska säkerställa att myndigheters upphandlingsåtgärder dels respekterar fördragets grundläggande friheter, dels inte snedvrider konkurrensen.

4.2 Första kravet för LOU-kontrakt: den offentliga finansieringen avser tjänster och/eller varor i fördragets mening

I detta avsnitt analyseras enbart begreppen "tjänster" och "varor", eftersom "byggentreprenader" i LOU-direktivet avser en särskild typ av tjänst.⁵⁰³ Att en offentlig finansiering avser varor eller tjänster i EU-rättens mening kan betraktas som huvudrekvisitet för att ett avtal om offentlig finansiering ska kunna anses som ett kontrakt i LOU:s mening.

LOU genomför nämligen reglerna i LOU-direktivet, vilka syftar till att säkerställa att offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter överensstämmer med principerna om fri rörlighet för *varor*, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla *tjänster* i EUF-fördraget.⁵⁰⁴ LOU-direktivet, och därmed LOU i den del av lagen som genomför LOU-direktivet, omfattar således inte offentlig finansiering som varken avser varor eller tjänster i den mening som avses i artiklarna 56 och 57 FEUF, eller varor i fördragets mening såsom tolkad av EUD.⁵⁰⁵

Tolkningen av begreppen tjänster och varor i definitionen av kontrakt (och av leverantör) i LOU:s mening har naturligtvis störst betydelse i situationer där den offentliga finansieringen går till verksamheter inom statens, landstingens eller kommunernas kompetens. Det kan konstateras att litteraturen om upphandlingsrätten inte brukar ägna särskild uppmärksamhet åt tolkningen av begreppen tjänster och varor inom ramen för upphandlingsreglerna.

Hatzopoulos har emellertid tagit ställning i denna kniviga fråga. Som ovan nämnts (avsnitt 2.5.2.3) betraktar han det som "uppenbart" att även "genuint icke-ekonomiska tjänster" omfattas av upphandlingsreglerna *om de externaliseras*. Även van de Gronden tar för givet att LOU-direktivet "blir aktuellt" så fort en myndighet tilldelar utförandet av sociala tjänster av allmänt intresse till en extern aktör.⁵⁰⁶

I enlighet med deras och min uppfattning är tjänster och varor i LOU-definitionen av upphandling varor och tjänster som i enlighet med definitionen i artikel 57 FEUF *normalt* utförs eller levereras mot ersättning, dvs. *generellt, i teorin* kan utföras ekonomiskt, oavsett om de var NSGI i Sverige före upphandlingen. Det är just denna rättsliga utgångspunkt som kan påstås förklara varför EU-lagstiftaren inte har infört en bestämmelse som slår fast att LOU-direktivet inte tillämpas på NSGI, utan enbart framfört i skäl 6 i direktivet en mening om att NSGI *inte bör omfattas* av

503 Detta följer av definitionen av tjänstekontrakt i 1 kap. 21 § LOU som "kontrakt som gäller tillhandahållande av andra tjänster än de som avses i 9 §", dvs. byggentreprenader.

504 Se skäl 1 LOU-direktivet.

505 Med andra ord, tillämpningsområdet för LOU-direktivet är inte vidare än tillämpningsområdet för artiklarna 56 och 57 FEUF. För ett liknande resonemang se domen i mål C-355/00 *Freskot* ECLI:EU:C:2003:298, p. 59–60.

506 Van de Gronden, 2013, s. 150–151.

direktivet. Vad skäl 6 kan anses säga är att det *rättspolitiskt inte är lämpligt* att verksamheter som i *Sverige* utgör NSGI omfattas av upphandlingskrav i LOU.

Varför denna uppfattning stämmer utvecklas i avsnitt 4.2.2 men först görs ett försök att klargöra vilka verksamheter som kan tänkas utgöra NSGI i Sverige.

4.2.1 Ett försök att kartlägga huvudtyper av tjänster som kan anses utgöra NSGI i Sverige och därför inte omfattas av LOU

De enda tjänster som upphandlande myndigheter i Sverige inte kan betraktas som *normalt* utförda mot ersättning är de som har *reglerats* av den svenska lagstiftaren så att de utgör NSGI och därefter har *organiserats* av den ansvariga myndigheten så att de utgör NSGI. Såsom NSGI *kan* de normalt inte utföras av en privat aktör mot ersättning i Sverige. Den svenska lagstiftaren verkar utgå från att detta är så självklart att det inte ens behöver nämnas i LOU.⁵⁰⁷

Det råder ännu en viss osäkerhet om vad som ska kvalificeras som NSGI men analysen i avsnitt 3.3 ovan gör det enligt min mening möjligt att skissa de tre huvudtyper av verksamheter som kan påstås utgöra NSGI i Sverige enligt följande.

Den första huvudgruppen av NSGI i Sverige kan anses innefatta det jag ovan kallat för "UOM-NSGI", dvs. verksamheter som är *direkt och specifikt* förenade med utövande av offentlig makt: polisens, rättsväsendets och försvarsmaktens verksamhet.⁵⁰⁸

Den andra huvudgruppen av NSGI omfattar det jag ovan kallat för solidaritet-NSGI. Med sådana NSGI menas tjänster som tillhandahålls av organ som fyller en funktion av uteslutande social karaktär och vars verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte och under statens kontroll.

507 I propositionen om genomförandet av 2014-direktiven gjordes bedömningen att det inte var nödvändigt att införa någon definition av begreppet SGI i LOU (och inte heller i LUF och LUK) och frågan om införandet av en bestämmelse om NSGI berördes över huvud taget inte (se prop. 2015/16:195, s. 335–336). Däremot rekommenderar utredaren i betänkandet *Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning* att regeringen åter överväger om det finns skäl att föreslå införandet av en bestämmelse som klargör att NSGI inte omfattas av LOU:s tillämpningsområde (se SOU 2017:44, s. 367–368). Att införa en sådan bestämmelse förutsätter emellertid att lagstiftaren och utredningsväsendet förser rättstillämparen med en betydligt mer genomtänkt och övertygande förklaring än hittills om hur NSGI kan identifieras i svensk rätt.

508 Undantag för juridiska tjänster som är förenade med offentlig maktutövning i 3 kap. 23 § punkt 4 LOU är ganska explicit kopplat till verksamhetens karaktär av UOM-NSGI. Enligt förarbetena ska dessa tjänster, för att vara undantagna, i sig ha inslag som gör att de kan sägas vara förenade med offentlig maktutövning, se prop. 2015/16:195. Bestämmelsen i 3 kap. 23 § LOU är intressant: trots att tjänsterna i fråga är ekonomiska tyder förarbetena på att de är så nära kopplade med fullgörandet av rättsväsendets eget SGI-uppdrag att de inte bör omfattas av LOU. Det är fråga om juridiska tjänster (offentliga biträden och offentliga försvarare eller förordnanden av konkursförvaltare och likvidatorer, sakkunnig i mål om psykiatrisk tvångsvård eller en medlare förordnad av domstol i ett mål om vårdnad eller umgänge). Det preciseras att rena tolktjänster inte omfattas av undantaget, i linje med den i avsnitt 3.1.2.1 nämnda domen i de förenade målen C-372/09 och 373/09 *Josep Peñarroja*.

Det kan konstateras att det för närvarande inte finns något undantag för social försäkring eller undervisning inom det nationella system i förteckningen i bilaga 2 till LOU, som innehåller en förteckning över sociala tjänster och andra särskilda tjänster vars upphandling omfattas av reglerna i 19 kap. LOU.⁵⁰⁹ Detta kan tyda på att den svenska lagstiftaren bedömer att det inte finns några solidaritet-NSGI på dessa områden i Sverige. Det kan dock konstateras att kammarrätten i Stockholm har funnit att utbildning som tillhandahålls av svenska universitet utgör en NSGI (domen redogörs för och kommenteras i avsnitt 5.1.1).

Den tredje huvudgruppen av NSGI omfattar tjänster som enligt svensk lag utgör statens, landstingens och kommunernas obligatoriska befogenheter och som kan betraktas som SGI-uppdrag i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet. Det finns således speciallagar som medför en skyldighet för kommuner och landsting att säkerställa tillhandahållandet av vissa tjänster såsom planväsande, sjukvård, social omsorg, kollektivtrafik och räddningstjänst.⁵¹⁰ Exempel på sådana lagstadgade obligatoriska uppdrag är kommunernas skyldighet att säkerställa aktivitet för vissa ungdomar under 20 år (se 29 kap. 9 § skollagen) eller landstingens skyldighet att erbjuda en god hälso- och sjukvård åt den som är bosatt inom landstinget (8 kap. 1 § hälso- och sjukvårdslagen).

Sådana för myndigheterna *obligatoriska uppgifter* utgör en specifik grupp bland offentliga uppgifter. Det är enbart sådana *obligatoriska* offentliga uppgifter som kan antas utgöra SGI i EU-rättens mening och är i sig icke-ekonomiska. Den rättspraxis som har redovisats i avsnitt 3.3 kan tolkas så att all verksamhet som är *oskiljbar* från detta SGI-uppdrag anses som en del av den ansvariga myndighetens utövande av sina maktbefogenheter, och inte som ekonomisk verksamhet. Detta är fallet även om verksamheten består i att tillhandahålla tjänsten och råkar vara föremål för marknadsaktivitet.

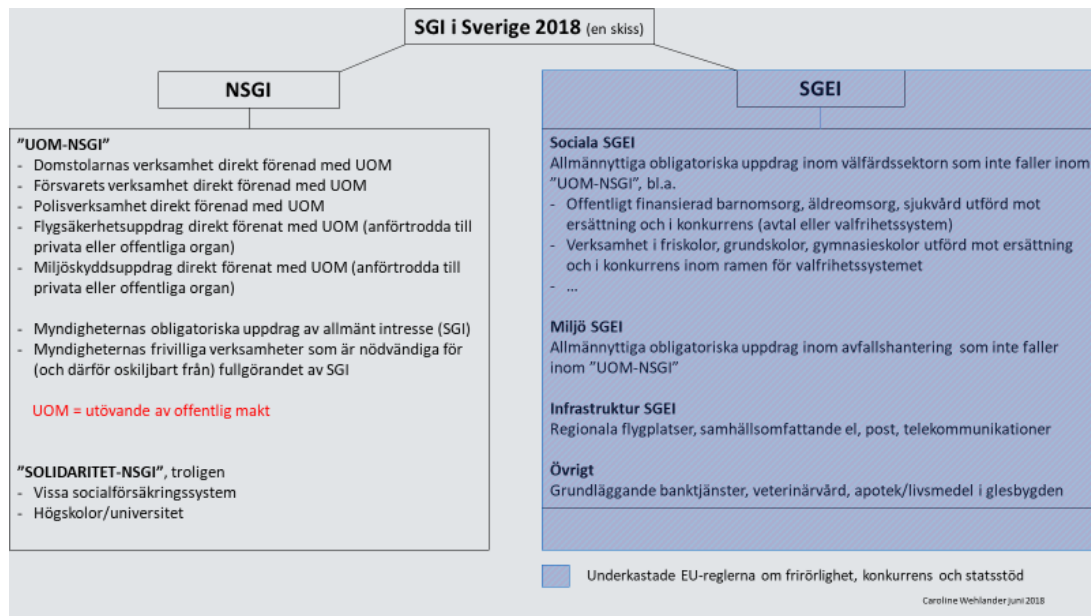
Med "oskiljbar" avses verksamhet som är *nödvändig* för att den ansvarige myndigheten ska fullgöra sitt SGI-uppdrag. Bedömningen huruvida detta nödvändighetskrav är uppfyllt ska göras i det enskilda fallet. EU-domstolens rättspraxis i detta avseende är så begränsad att det enligt min mening är osäkert hur och exakt efter vilka kriterier den ska göras. Därmed är det osäkert vilka verksamheter som är kopplade till SGI-uppdraget och som bedrivs av den ansvarige myndigheten eller av organ under dess kontroll som kan betraktas som UOM-NSGI (se avsnitt 3.4.1.2).

All annan verksamhet än sådana verksamheter som tillhör en av de tre grupperna ovan bör anses falla utanför begreppet NSGI och därmed kunna omfattas av LOU.

509 I enlighet med 1 kap. 4 § 2 st.

510 Lindquist U., Lundin O. och Madell T., 2016, s. 42.

Bilden nedan sammanfattar det rättsläge som kan anses råda i Sverige. Bilden visar vilka verksamheter som kan anses utgöra NSGI i Sverige och inom vilka verksamheter det kan finnas SGEI. En viktig iakttagelse som avspeglas i bilden är att de NSGI som finns på välfärdsområdet snarare är "UOM-NSGI" än "solidaritet-NSGI". Förklaringen är utvecklingen av marknadsbaserade välfärdssystem i Sverige, där offentliga och privata aktörer utan vinstsyfte konkurrerar med vinstsyftande aktörer.



4.2.2 Även NSGI omfattas av LOU om de externaliseras genom upphandling i LOU:s mening

Som tidigare nämnts tycks det väl etablerat i doktrin att även tjänster som utgör NSGI omfattas av upphandlingsreglerna om de upphandlas i konkurrens. I ett annat sammanhang har jag förklarat varför påståendet stämmer och resonemanget kan sammanfattas enligt följande.⁵¹¹

Att en icke-ekonomisk verksamhet kan omfattas av upphandlingsreglerna beror på att den *blir ekonomisk genom en upphandlingsprocess*. När den upphandlande myndigheten *planerar* att *ersätta* en extern aktör för utförandet av en viss prestation skapar den för potentiella leverantörer möjligheten av en *ekonomisk transaktion*. För potentiella leverantörer innebär detta att det finns en (offentlig) marknadsefterfrågan.

511 Wehlander C., 2015, s. 170.

Beträffande tjänster kan således konstateras att *även åtgärder som myndigheten vidtar för att upphandla varor och tjänster som inte finns på marknaden*,⁵¹² omfattas av artiklarna 56 och 57 FEUF, och därmed av upphandlingsreglerna, just därför att dessa åtgärder avser tjänster som *inom ramen för transaktionen de facto kommer att vara utförda mot ersättning*. Även om tjänsten har varit en NSGI fram till dessa upphandlingsplaner, innebär dessa planer (i den mån de är förenliga med nationell rätt) att tjänsten inte längre kan betraktas som NSGI. Upphandlingsplaneringen visar att tjänsten *faktiskt* (och inte bara teoretiskt) *kan* utföras mot ersättning.

Oavsett om det saknas ett utbud på marknaden för just de tjänster som myndigheten planerar att upphandla, *blir* de således tjänster i fördragets och i upphandlingsreglernas mening *så snart* en upphandlande myndighet objektivt har *börjat planera* att upphandla dem. Detta uttrycks i LOU-definitionen av begreppet upphandling som *"åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader"*.

Att upphandlingsreglerna även omfattar sådana åtgärder säkerställer att leverantörer får lika tillgång till den ekonomiska transaktionen men innebär också att marknadssituationen uppstår *i och med dessa åtgärder* och att verksamheten redan då inte längre kan betraktas som icke-ekonomisk, även om den var det innan åtgärderna vidtogs.

Detta skulle påverka statens (eller i relevanta fall kommunernas) behörighet att tillhandahålla, organisera och beställa verksamheten och därmed skulle de svenska upphandlingsreglerna inte vara förenliga med principen fastställt i artikel 2 SGI-protokollet.

⁵¹² Detta kan vara fallet exempelvis när ett offentligt organ länge har haft en lagstadgad ensamrätt att tillhandahålla vissa allmännyttiga tjänster.

4.3 Den offentliga finansieringen sker genom ett skriftligt kontrakt mellan en/flera upphandlande myndigheter och en/flera operatörer

4.3.1 Ett skriftligt kontrakt

Ett "kontrakt i LOU:s mening" är ett EU-rättsligt begrepp som ska tolkas i enlighet med rättspraxis om det motsvarande begreppet "offentligt kontrakt" i LOU-direktivet. Begreppet "kontrakt" i LOU har således en självständig EU-rättslig betydelse, vilket innebär att även åtgärder som inte betecknas som kontrakt i nationell rätt kan betraktas som kontrakt i LOU:s mening.

I rättspraxis har EUD tolkat begreppet "kontrakt" i upphandlingsreglerna mycket extensivt, vilket återspeglas av skäl 34 LOU-direktivet, som lyder

Det finns vissa fall där en juridisk person, enligt tillämpliga bestämmelser i nationell lagstiftning, agerar som ett instrument eller en teknisk tjänst för vissa fastställda upphandlande myndigheter och är *skyldig att utföra order från dessa upphandlande myndigheter utan inflytande över ersättningen för sin insats. Ett sådant rent administrativt förhållande* bör inte omfattas av offentliga upphandlingsförfaranden, mot bakgrund av att det inte grundas på något avtal. (min kursivering).

Denna förklaring kan anses uttryckas ganska väl i rättspraxis från EUD. Av denna rättspraxis framgår nämligen att det grundläggande kriterium som skiljer begreppet kontrakt från ensidiga administrativa beslut är att den offentliga finansieringen av prestationen sker inom ramen för en överenskommelse mellan två parter som *båda* har möjlighet att påverka de ekonomiska villkoren för prestationen. Ett kontrakt i LOU:s mening är således en överenskommelse mellan två *autonoma* parter.

För det första kan konstateras att autonomi på den upphandlande myndighetens sida både är förutsättningen för och orsaken till att vi har upphandlingsregler. Dessa regler förutsätter att myndigheten ingår upphandlade kontrakt med stöd av sina offentligrättsliga befogenheter enligt nationell rätt, samtidigt som reglernas syfte är att begränsa myndigheternas frihetsutrymme så att de ska respektera EU-fördragets regler om fri rörlighet och icke-snedvriden konkurrens.

EUD har gjort klart att en myndighets begränsade autonomi inom ramen för vissa avtal utgör en oundviklig följd av dess funktioner och utesluter inte att den ingår ett kontrakt i LOU:s mening när avtalet kan anses innebära en anskaffning av tjänster och varor.

I *Ordine delli Architetti* fann således EUD att kommunen av Milano (Italien) inom ramen för ett markexploateringsavtal hade ingått ett byggentreprenadkontrakt i LOU-direktivets mening, detta trots att kommunen inte kunde välja avtalspart eftersom avtalsparten enligt lag med nödvändighet skulle vara ägaren av marken som skulle exploateras. Kommunen hade godkänt ett större bygg- och anläggningsprojekt som skulle utföras av privata aktörer och som innefattade reoveringen av Scalateatern, uppförandet av en ny teater och anpassningen av de kommunala byggnaderna i området.⁵¹³ Markexploatörerna hade åtagit sig att överlåta den nya teatern och dess parkeringsplats till kommunen mot avräkning av de avgifter som exploatörerna var skyldiga att betala till kommunen enligt italiensk lag.

EUD slog fast att omständigheten att kommunen inte kunde välja avtalspart inte var tillräcklig för att kunna utesluta att det förelåg ett avtalsförhållande mellan kommunen och markexploatören. Markexploateringsavtalet var ett kontrakt i LOU:s mening eftersom det fastställde vilka anläggningar som exploatören vid varje enskilt tillfälle skulle uppföra liksom villkoren härför, samt kommunens godkännande av planerna att uppföra anläggningarna. Det var för övrigt i enlighet med de åtaganden som markexploatören gjort i avtalet som kommunen på rättslig grund garanterades tillgång till anläggningarna, med tanke på deras offentliga användning.⁵¹⁴

För det andra utgör autonomi på operatörens sida ett av de två grundläggande villkor (det andra kriteriet är ersättning) som ska vara uppfyllda för att operatörens verksamhet över huvud taget ska anses ekonomisk och därmed kunna åtnjuta de grundläggande friheter som garanteras av fördragen och som säkerställs av upphandlingsreglerna.

I *Tragsa* kan EUD anses ha klargjort att graden av autonomi i begreppet kontrakt förutsätter att operatören *åtminstone* har handlingsfrihet i fråga om huruvida den ska utföra en beställning som gjorts av den berörda myndigheten *eller* har något inflytande på vilken ersättning den ska få för dess tjänster.

513 Dom i mål C-399/98 *Ordine delli architetti* ECLI:EU:C:2001:401.

514 *Ibid.*, p. 71.

Målet rörde uppdrag att utföra bygg- och anläggningsarbeten som den statliga förvaltningen och de autonoma gemenskaperna i Spanien direkt tilldelade det statliga bolaget Tragsa. EUD underströk att Tragsas samröre med dessa offentliga organ inte var baserat på avtal utan "i alla avseenden internt, beroende och hierarkiskt".⁵¹⁵ Genom dekret och i egenskap av den spanska förvaltningens eget genomförandeorgan och tekniska enhet var Tragsa nämligen *skyldigt* att, med exklusiv karaktär utföra de arbeten som det tilldelades av de berörda spanska förvaltningsorganen, utan att själv kunna fastställa priset för uppdragen.⁵¹⁶ EUD fann att det inte kunde vara fråga om kontrakt i direktivens mening när bolaget varken (1) kunde påverka huruvida det skulle utföra beställningar från de berörda myndigheterna eller (2) hade något inflytande på ersättningen den skulle få för de utförda tjänsterna.⁵¹⁷

I situationer där operatören enligt lag är skyldig att utföra vissa tjänster som beställs av myndigheter och inte kan påverka villkoren, särskilt de ekonomiska villkoren, för utförandet av dessa beställningar, föreligger det således inget kontrakt i LOU:s mening. Sådana situationer bör skiljas från "intern upphandling", där ett kontrakt föreligger utan att upphandlingsskyldighet uppstår. Enligt EU-domstolens fasta rättspraxis, konsoliderad i LOU-direktivet och genomförd i LOU (3 kap. 11–15 §§) krävs inte någon anbudsinfordran, även om avtalspartnern i förhållande till den upphandlande myndigheten är en fristående juridisk person, om två villkor är uppfyllda. Den myndighet som är upphandlande myndighet ska utöva en kontroll över den fristående enheten motsvarande den kontroll som den utövar över sin egen förvaltning, och denna enhet ska bedriva huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den.

I enlighet med *Teckal* är däremot LOU tillämplig när den upphandlande myndigheten avser att sluta ett kontrakt som uppfyller samtliga rekvisit i definitionen av upphandling i LOU:s mening med en i formellt hänseende fristående juridisk person som kan fatta egna beslut oberoende av myndigheten, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet.⁵¹⁸

Frågan huruvida avtal som sluts mellan två olika myndigheter som ingår inom samma offentlighetsrättsliga subjekt utgör en upphandling i LOU:s mening var aktuell i en dom som kammarrätten i Stockholm avgjorde i juni 2017. Bakgrunden i målet var att Kungliga biblioteket fattade beslut att de pliktlevererade dagstidningarna ska digitaliseras (i stället för att mikrofilmas) från och med den 1 januari 2014. Kungliga biblioteket hade tidigare upphandlat mikrofilmningstjänsten på den privata marknaden. År 2013 beslöt dock biblioteket att anlita Riksarkivet för den nämnda digitaliseringen och detta utan föregående upphandling enligt LOU.

⁵¹⁵ Ibid., p. 51.

⁵¹⁶ Ibid., p. 50 och 53.

⁵¹⁷ Ibid., p. 54.

⁵¹⁸ Dom i mål C-107/98 *Teckal* ECLI:EU:C:1999:562, p. 51.

Bolaget Depona AB påstod att avtalet var att ses som en otillåten direktupphandling och yrkade att det skulle ogiltigförklaras.

Kammarrätten fann att avtalet var ett kontrakt enligt 2 kap. 10 § LOU och att undantaget för samarbete mellan myndigheter (3 kap. 17 § LOU) inte var tillämpligt. Denna slutsats berodde på kammarrättens bedömning att avtalet inte kunde anses vara ett uttryck för egenregiverksamhet (intern upphandling), trots att Kungliga biblioteket och Riksarkivet under lång tid har samarbetat i frågor gällande digitalisering. I stället bedömde kammarrätten att avtalet kunde anses ingånget mellan två fristående parter, med motiveringen att Kungliga biblioteket och Riksarkivet tillhör olika departement inom den statliga förvaltningen och att de har olika budget, olika regleringsbrev och olika myndighetsinstruktioner.

Detta avgörande är inte prejudicerande,⁵¹⁹ men väcker frågan om undantag för offentliga samverkan enligt 3 kap. 17 § LOU ska kunna prövas utan resonemang om myndigheternas *obligatoriska* uppdrag (SGI). Enligt min mening utgör existensen av sådana SGI ett grundläggande villkor för undantaget, vilket kan anses uttryckt genom termerna "de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra" i 3 kap. 17 § LOU. I *Depona*-domen är denna punkt oklar men båda myndigheter förefaller ha SGI-skyldigheter kopplade till digitaliseringen av de dokument som de har ett ansvar för.

Beträffande kravet på skriftlighet i definitionen av kontrakt i LOU:s mening kan konstateras att det saknas rättspraxis i EUD. I förarbetena ifrågasätts huruvida skriftlighetskravet kan ses som en del av definitionen av kontrakt och bedömningen där är att kravet på skriftlighet inte är avgörande för när obligationsrättslig avtalsbundenhet uppkommer mellan parterna i ett avtal.⁵²⁰ Arrowsmith och Risvig Hamer instämmer i bedömningen att upphandlingsreglerna inte slutar vara tillämpliga på ett avtal endast för detta inte slutits skriftligt.⁵²¹ Risvig Hamer menar emellertid att den upphandlande myndigheten agerar i strid med transparensprincipen när den inte respekterar kravet på skriftlighet. Hon påpekar att skriftlighetskravet har betydelse för att säkerställa transparens i upphandlingsförfarandet i anbudsgivarnas intresse och som bevismedel vid överprövning av upphandling.⁵²²

519 Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 21 december 2017 att inte meddela prövningstillstånd.

520 Prop. 2015/16:195, s. 321. I den ovan nämnda *Depona*-domen intog kammarrätten denna utgångspunkt.

521 Se Arrowsmith S., 2014, s. 394 och Risvig Hamer C., 2016, s. 186.

522 Risvig Hamer C., 2016, s. 186.

4.3.2 Upphandlande myndighet

Som upphandlande myndighet i LOU:s mening avses en statlig eller kommunal myndighet, beslutande församlingar i en kommun eller ett landsting, och offentligt styrda organ (samt sammanslutningar av sådana myndigheter, församlingar och organ).⁵²³

Med offentligt styrt organ avses en sådan juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som antingen till största delen är finansierad av en myndighet eller en upphandlande myndighet, eller står under kontroll av en myndighet eller en upphandlande myndighet, eller också leds av ett organ som till mer än hälften består av ledamöter utsedda av en myndighet eller en upphandlande myndighet.⁵²⁴

Begreppet "offentligt styrda organ" i LOU ersätter begreppet "offentligrättsliga organ" i LOU-direktivet, men i sak bör definitionen av upphandlande myndigheter i LOU anses motsvara definitionerna i LOU-direktivet. I det följande redogörs kortfattat för EU-domstolens rättspraxis avseende begreppet "juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär".

Viktiga utgångspunkter i denna rättspraxis är att begreppet upphandlande myndighet ska tolkas funktionellt för att ge full verkan åt principen om fri rörlighet,⁵²⁵ att även privata rättssubjekt faller under begreppet och att det är den verksamhet som faktiskt bedrivs som ska bedömas.⁵²⁶

Beträffande det första rekvisitet "juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse" har EUD understrukit att behov i det allmännas intresse har tolkats brett i rättspraxis och att allmänintresset inte är avhängigt antalet direkta användare av en verksamhet eller en tjänst.⁵²⁷ Samtidigt har domstolen slagit fast att begreppet "allmänna intressen" inte ska tolkas enligt nationell rätt utan har en självständig och enhetlig tolkning inom hela EU.⁵²⁸ I *BFI Holding* har domstolen uttalat att det "i allmänhet är /.../fråga om behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på".⁵²⁹

523 1 kap. 22 § LOU.

524 1 kap. 18 § LOU.

525 Mål i dom C-360/96 *BFI Holding* ECLI:EU:C:1998:525, p. 62.

526 Dom i mål C-470/99 *Universale-Bau AG* ECLI:EU:C:2002:746, p. 48.

527 Dom i mål C-18/01 *Korhonen* ECLI:EU:C:2003:300 p. 60-64. För exempel på rättspraxis om sådana behov i det allmännas intresse, se Arrowsmith S., 2011, s. 359.

528 Domslutet i mål C-373/00 *Adolf Truley* ECLI:EU:C:2003:110, p. 34-36.

529 Mål i dom C-360/96 *BFI Holding* ECLI:EU:C:1998:525, p. 51.

Huruvida den aktuella juridiska personen tillgodoser sådana behov ska inte bedömas utifrån den juridiska formen för de bestämmelser varigenom organet tillkommit och där de behov som det tillkommit för att tillgodose anges.⁵³⁰

Beträffande det andra rekvisitet "under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär" har EUD förklarat att sådana behov enligt fast rättspraxis generellt sett utgörs dels av behov som tillgodoses på annat sätt än genom utbud av varor eller tjänster på marknaden, dels av behov som staten, av skäl som har samband med allmänintresset, själv väljer att tillgodose eller som den avser fortsätta ha ett avgörande inflytande på.⁵³¹

Vidare har EUD klargjort att frågan huruvida ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär föreligger eller inte ska bedömas i det enskilda fallet "genom att hänsyn tas till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av det berörda organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten".⁵³²

Bland annat ska kontrolleras huruvida det aktuella organets verksamhet är utsatt för konkurrens, eftersom förekomsten av konkurrens kan vara ett tecken på att det är fråga om ett allmännyttigt behov som är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵³³ Förekomsten av en utvecklad konkurrens utesluter emellertid inte att det föreligger allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär.⁵³⁴

I *Korhonen* uttalade EUD att ett organ normalt bör anses tillgodose behov som har industriell eller kommersiell karaktär när det verkar på normala marknadsmässiga villkor, har ett vinstsyfte och bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av sin verksamhet.⁵³⁵ Denna bedömning återfinns i skäl 14 i LOU-direktivet.

Ett organ kan anses vara offentligt styrt oavsett hur mycket av dess verksamhet består i tillgodoseandet av allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär och oavsett om en oberoende juridisk person som ingår i samma grupp eller "koncern" som detta organ utövar affärsverksamhet.⁵³⁶

530 Ibid., p. 62.

531 Se domarna i mål C-18/01 *Korhonen*, p. 47, mål C-360/96 *BFI Holding*, p. 50-51, och mål C-373/00 *Adolf Truley*, p. 50.

532 Domarna i mål C-18/01 *Korhonen*, p. 48 och i mål C-373/00 *Adolf Truley*, p. 66.

533 Domarna i mål C-18/01 *Korhonen* p. 49 och mål C-360/96 *BFI Holding*, p. 48-49.

534 Domarna i mål C-18/01 *Korhonen*, p. 50, mål C-360/96 *BFI Holding*, p. 53 och mål C-373/00 *Adolf Truley*, p. 61.

535 Dom i mål C-18/01 *Korhonen*, p. 51.

536 Ibid., p. 56.

I LOU-direktivet klargörs att det alternativa kriteriet om finansiering som till största delen av en myndighet eller en upphandlande myndighet bör förstås som "till mer än hälften", och att denna finansiering kan omfatta sådana betalningar från användare som åläggs, beräknas och uppbärs i enlighet med offentlighetsrättsliga bestämmelser.⁵³⁷

Den enligt min mening felaktiga tesen att offentligt finansierade välfärdstjänster bör anses utgöra NSGI oavsett om de utförs i konkurrens med vinstsyftande företag (en tes som jag betraktar som ohållbar) borde föranleda en diskussion om huruvida de privata operatörer som utför tjänsterna i så fall är att anses som offentligt styrda organ och därmed upphandlande myndigheter i LOU:s mening.

4.3.3 Leverantör

Som leverantör i den mening som avses i LOU avses

*varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden.*⁵³⁸

Definition är identisk med definitionen av "ekonomisk operatör" i artikel 2.10 LOU-direktivet samtidigt som termen "leverantör" i LOU ersätter begreppet "ekonomisk operatör" i LOU-direktivet.

Att begreppet leverantör måste ges en vid tolkning understryks i förarbetena, med hänvisning till skäl 14 LOU-direktivet.⁵³⁹ Skäl 14 förklarar att begreppet ekonomisk aktör omfattar "alla personer och/eller enheter som erbjuder sig att utföra byggentreprenader, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden, oberoende av vilken juridisk form de har valt för sin verksamhet. Således bör samtliga företag, filialer, dotterbolag, partnerskap, kooperativ, aktiebolag, universitet och andra former av enheter som inte är fysiska personer, oavsett om de är offentliga eller privata, omfattas av begreppet ekonomisk aktör, oavsett om de är juridiska personer under samtliga omständigheter".

⁵³⁷ Se skäl 10 andra paragrafen LOU-direktivet.

⁵³⁸ Se bestämmelsen i artikel 2.10 LOU-direktivet och den nästan lika bestämmelsen i artikel 2.2 LUK-direktivet.

⁵³⁹ Prop. 2015/16:195, s. 941, med hänvisning till skäl 14 LOU-direktivet.

Skäl 14 LOU-direktivet återspeglar det faktum att EUD progressivt har låtit begreppet ekonomisk operatör (leverantör) i upphandlingsrätten konvergera med begreppet företag i konkurrensrätten. Detta är kanske inte förvånansvärt med tanke på att både kommissionen och EUD sedan lång tid tillbaka har använt begreppet "ekonomisk operatör" synonymt med begreppet företag inom ramen för *EU-konkurrensreglerna*.⁵⁴⁰

I *CoNISM*a var EU-domstolens utgångspunkt att en restriktiv tolkning av begreppet skulle strida mot upphandlingsreglernas syfte eftersom det "skulle få till följd att de kontrakt som sluts mellan upphandlande myndigheter och organ som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst inte ansågs utgöra offentliga kontrakt. De upphandlande myndigheterna skulle därmed kunna tilldela dem efter ömsesidig överenskommelse utan att tillämpa gemenskapsbestämmelserna avseende likabehandling och insyn".⁵⁴¹

EUD slog således fast att begreppet leverantör ska tolkas så att "enheter som inte huvudsakligen bedriver verksamhet i syfte att skapa vinst, som inte är organiserade som ett företag och som inte är stadigvarande verksamma på marknaden – såsom universitet, forskningsinstitut och sammanslutningar bestående av universitet och statliga myndigheter – har rätt att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster".⁵⁴²

Det följer av denna tolkning i *CoNISM*a att leverantör i LOU:s mening är

varje fysisk eller juridisk person, offentlig enhet eller grupp av sådana personer och/eller enheter, inbegripet tillfälliga företagssammanslutningar, oavsett om den inte huvudsakligen bedriver verksamhet i vinstsyfte, inte är organiserad som ett företag och inte som är stadigvarande verksamma på marknaden, som erbjuder sig att utföra byggentreprenader och/eller ett byggnadsverk, leverera varor eller tillhandahålla tjänster på marknaden.

Genom denna definition, som kombinerar direktivets definition av ekonomisk operatör och dess tolkning i *CoNISM*a, blir det tydligt att begreppen leverantör (ekonomisk operatör) i upphandlingsrätten och begreppet företag i EU-konkurrensrätten närmast är synonyma, och att begreppet leverantör i LOU har fått en mycket vid tolkning.⁵⁴³ I detta avseende kan noteras att EUD i *CoNISM*a följde GA Mazaks linje av en vid tolkning av begreppet "ekonomisk operatör" (leverantör), vilket generaladvokaten fann lämpligt i "parallell /.../ med det väletablerade begreppet företag i gemenskapens konkurrensrätt" och med argumentet att "konkurrens-

⁵⁴⁰ Wehlander C., 2015, s. 173–174.

⁵⁴¹ Ibid., p. 43.

⁵⁴² Ibid., p. 45.

⁵⁴³ Dom i mål C-305/08 *CoNISM*a ECLI:EU:C:2009:807.

rätten [uppenbart] är besläktad med bestämmelser som syftar till att säkerställa en fri konkurrens i upphandlingsförfaranden.⁵⁴⁴

Genom den definition av leverantör som följer av *CoNISM*a blir det tydligt att EUD ser på varje upphandlande myndighets planer att anförtro uppdrag till externa aktörer mot offentlig finansiering som en form av *marknad* i konkurrensrättens mening. *Genom att erbjuda sina tjänster eller varor på denna marknad blir operatörer att anse som leverantörer som bedriver en ekonomisk verksamhet.*

Det är viktigt att notera att både anbudsgivare och anbudssökande utgör leverantörer i LOU:s mening.⁵⁴⁵ Detta, i samband med resonemanget i *CoNISM*a, innebär att både anbudsgivare och anbudssökande *anses som leverantörer så snart de själva anser sig kunna utföra avtalet* och således *innan de har lämnat anbudet* eller ansökt om att få eller inbjudits att lämna anbud.⁵⁴⁶

Denna utveckling i rättspraxis ger stöd till påståendet att principen om likabehandling har blivit en *koasi-princip om fri konkurrens i upphandlingsreglerna*. Likabehandlingsprincipen innebär nämligen att *alla potentiella leverantörer bör få lika tillgång till den offentliga finansieringen*, vilket för kontrakt som har ett bestämt gränsöverskridande intresse lär kräva någon form av annonsering. En sådan kvasi-princip om *lika tillgång för alla potentiella leverantörer* går faktiskt längre än principen att en potentiellt intresserad operatör inte ska nekas friheten att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat, vilket kan ses som en utveckling av de principer som ligger till grund för EU-upphandlingsregler.

Mot denna bakgrund är det således uppenbart att föreningar utan vinstsyfte kan utgöra leverantörer enligt LOU. I *kommissionen mot Italien* slog EUD fast att sådana föreningar kan bedriva en ekonomisk verksamhet i konkurrens med andra leverantörer. Oavsett föreningarnas sociala betydelse kunde således föreningarnas avsaknad av vinstsyfte och det faktum att de samlar människor som arbetar på grund av social solidaritet inte åberopas för att utesluta från upphandlingsreglerna tilldelningen av ramavtal om hälsovårdstransporttjänster till sådana föreningar utan anbudsinfördran.⁵⁴⁷

544 Förslag till avgörande av GA Mazak i mål C-305/08 *CoNISM*a ECLI:EU:C:2009:512, p. 28-29.

545 Detta framgår av definitionerna av anbudsgivare och anbudssökande i artiklarna 2.11 respektive 2.12 LOU-direktivet. I LOU är begreppet anbudsgivare inte definierat och begreppet "anbudssökande" har fått en definition i 1 kap. 8 § LOU som inte tydliggör att anbudssökande är att anse som leverantörer.

546 Wehlander C., 2015, s. 177–178 och 185.

547 Dom i mål C-119/06 *Kommission mot Italien* ECLI:EU:C:2007:729, p. 36 (finns enbart på franska och engelska), p. 37-39.

4.4 Kontraktet sker med ekonomiska villkor: den offentliga finansieringen utgör en ersättning för operatörens verksamhet

Det framgår av rekvisitet "ekonomiska villkor" att en väsentlig del av begreppet kontrakt i LOU:s mening är att det uppstår rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär. Ett offentligt kontrakt kännetecknas av att det sker ett utbyte av prestationer mellan den upphandlande myndigheten, som betalar ett pris, och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, vilken i utbyte mot detta pris åtar sig att utföra byggtreprenader eller uppföra byggnadsverk eller tillhandahålla tjänster.⁵⁴⁸

Rekvisitet "ekonomiska villkor" i definitionen av kontrakt i LOU:s mening innefattar således två krav:

1. Ett krav att leverantören ingår avtalet på ekonomiska villkor, dvs. erbjuds en motprestation av den upphandlande myndigheten med anledning av det avtalet⁵⁴⁹
2. Ett krav att den upphandlande myndigheten ingår avtalet på ekonomiska villkor, dvs. erhåller en prestation mot sin finansiering⁵⁵⁰

Det kan konstateras att delrekvisit (2) överlappar med kravet som införts i definitionen av upphandling i LOU:s mening att kontraktet utgör ett sätt för den upphandlande myndigheten att "anskaffa" tjänster, varor eller byggtreprenader (om detta rekvisit se avsnitt 4.5). I förevarande avsnitt kommenteras enbart rekvisitet att avtalets ekonomiska villkor på leverantörens sida, dvs. (1) ovan.

Att avtalet sker "med ekonomiska villkor" innebär att leverantören kan anses utföra den avtalade prestationen mot *ekonomisk ersättning*.⁵⁵¹ En förutsättning för att ett avtal ska omfattas av LOU är nämligen att operatören inom ramen för avtalet bedriver en ekonomisk verksamhet i frirörlighetsrättens mening.

Huruvida operatören kan anses utföra den prestation som avses i avtalet mot ersättning ska prövas i enlighet med EU-domstolens rättspraxis om när en prestation kan anses var utförd "mot ersättning" i den mening som avses i fördragets regler om fri rörlighet. Denna rättspraxis har redovisats ovan i avsnitt 3.1.1.2 och innebär följande.

548 Se domen i mål C-451/08 *Helmut Müller* EU:C:2010:168, p. 62, och förslagen till avgörande i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:504, p. 36, mål C-306/08 *kommissionen mot Spanien* EU:C:2010:528, p. 84 och 87 och mål C-536/07 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2009:340, p. 47.

549 Dom i mål C-220/05 *Auroux m.fl.* ECLI:EU:C:2007:31, p. 45.

550 Domarna i mål C-451/08 *Müller* EU:C:2010:168, p. 48, mål C-399/98 *Ordine delli Architetti* ECLI:EU:C:2001:401, p. 77 och mål C-220/05 *Auroux m.fl.* ECLI:EU:C:2007:31, p. 45.

551 Se GA Mengozzis förslag till avgörande i målet C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:504, p. 63.

Kontraktet kan anses ske med ekonomiska villkor i operatörens perspektiv när

- operatören faktiskt erhåller en ersättning, vilket anses vara fallet även när ersättningen utgörs av offentliga medel, och
- denna ersättning kan anses vara ett marknadspris för prestationen, vilket kan anses vara fallet när operatören genom avtalet åtar sig att utföra en bestämd prestation för denna ersättning, och därmed självmant tar en *ekonomisk risk*.

Först kan tillhandahållandet av tjänster anses ske "med ekonomiska villkor" även när ersättning för tjänsten inte erhålls direkt från mottagaren. Detta är det normala fallet vid upphandling av sociala tjänster.

Vad gäller frågan huruvida rekvisitet "ekonomiska villkor" kräver att den som tillhandahåller tjänsten gör en vinst eller om rekvisitet ska anses uppfyllt när den som tillhandahåller tjänsten enbart erhåller en ersättning som täcker kostnaderna i form av en kostnadsersättning anser Tokár att EUD i *Lecce* klart och tydligt har bekräftat att även en betalning som enbart täcker kostnaderna utgör ekonomiska villkor. Denna uppfattning kan anses korrekt eftersom EUD i *Lecce* slog fast att

*"Under sådana villkor kan den offentliga finansieringen objektivt sett betraktas som en ekonomisk ersättning för den avtalade prestationen, även om ersättningen bara täcker kostnaderna för tjänsten. Ett avtal undgår nämligen inte att omfattas av begreppet kontrakt enbart på grund av att ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna."*⁵⁵²

Tokár hänvisar till GA Trstenjaks bedömning att en sådan extensiv tolkning av begreppet "ekonomiska villkor" behövs för att säkerställa dels att direktiven om offentlig upphandling är effektiva och ett kringgående av upphandlingslagstiftningen förhindras, dels att tolkningen av begreppet ekonomiska villkor överensstämmer med domstolens extensiva tolkning av definitionen av ersättning vad gäller friheten att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF.⁵⁵³ Med hänvisning till *Lecce* menar Caranta även att, i den mån prestationen utförs inom ramen för ett avtal som frivilligt ingås av parterna, det faktum att betalningen enbart täcker kostnaderna, eller till och med bara en del av dem, inte utesluter att kontraktet omfattas av upphandlingsreglerna.⁵⁵⁴

⁵⁵² Dom i mål C-159/11 *Azienda Sanitaria Locale di Lecce* ECLI:EU:C:2012:817, p. 29.

⁵⁵³ Tokár A., 2014, s. 181. Förslag till avgörande av GA Trstenjak i mål C-159/11 *Lecce* ECLI:EU:C:2012:303, p. 33-34.

⁵⁵⁴ Caranta R., 2014, s. 90.

Caranta pekar emellertid på det ovannämnda ambulansmålet *kommissionen mot Italien* där EUD fann att "ekonomiska villkor" inte kan uteslutas när den ersättning som erhålls av tjänsteutföraren överstiger kostnaderna uppkomna vid tjänsteutförandet.⁵⁵⁵ I denna dom fann EUD att det ramavtal om hälsovårdstransporttjänster som hade tilldelat föreningar utan vinstsyfte hade slutits med ekonomiska villkor.

EUD konstaterade först att de belopp som myndigheterna betalade till föreningarna översteg en ren ersättning av föreningarnas kostnader för transporter, även om de personer som utförde de aktuella transporter inte fick betalt för detta arbete. Dessa belopp var fastställda i förväg och schablonmässigt genom tabeller bifogade till ramavtalet. Det system som beskrevs i dessa tabeller förutsåg betalningen av (1) ett fast belopp för tillhandahållandet (i "stand-by") av ett fordon avsett för hälsovårdstransport, (2) belopp som beräknades med hänsyn till uppehållstiderna under transportverksamheterna, (3) en fast summa för transporter kortare än 25 kilometer och (4) extrabelopp för varje ytterligare kilometer.⁵⁵⁶ Domstolen noterade vidare att den italienska regeringen hade bekräftat att denna betalningsmodell och de belopp som var fastställda i tabellerna syftade till att subventionera de föreningar som utförde sjukvårdstransporten i fråga.⁵⁵⁷

Under punkt 50 av domen drog EUD följande slutsats (min översättning): "vid de precisa omständigheterna i målet, överstiger betalningsmodellen föreskriven i ramavtalet av 2004 enbart ersättningen av uppkomna kostnader. *I denna mån*, bör detta ramavtal anses fastställa en ersättning av de ambulanstransporter som avtalet avser" (min kursivering).⁵⁵⁸ Formuleringen i denna del av domen i det italienska ambulansmålet gör att man kan undra om *Lecce* är fast rättspraxis och om domstolen *verkliga* anser att rekvisitet "ekonomiska villkor" kan anses vara uppfyllt även när operatören erhåller en ersättning som endast täcker dess kostnader för de utförda tjänsterna.

Det som kan förklara den vikt som EUD i det italienska ambulansmålet lade vid omständigheten att betalningsmetoden och ramavtalet gick längre än att bara ersätta föreningarnas kostnader är svårigheten att bevisa att *frivilliga organisationer* har ett ekonomiskt intresse av att utföra de tjänster som avses i avtalet eftersom de både saknar vinstsyfte och samtidigt "bjuder" på arbetskostnader. Det som kan visa att ersättningen objektivt sett kan betraktas som ett marknadspris (ekonomiska villkor) är att avtalet gör det möjligt för en frivillig organisation att *i förväg veta vilken ersättning den erhåller för sina åtagande* och att ersättningens beräkning säkerställer att organisationen genom avtalets utförande inte utsätts för en

555 Ibid., s. 90–91.

556 Dom i mål C-119/06 *Kommission mot Italien* ECLI:EU:C:2007:729, p. 48 (domen finns bara på franska och italienska).

557 Ibid., p. 49.

558 Ibid., p. 50, som på franska lyder: « Dans les circonstances précises de l'espèce, la méthode de paiement prévue par l'accord-cadre de 2004 dépasse donc le simple remboursement des frais encourus. Dans cette mesure, il convient de considérer que cet accord-cadre prévoit une contrepartie des services de transport sanitaire qu'il vise. » (min kursivering).

ekonomisk förlust. För att avtal ska anses ingås med ekonomiska villkor för en frivillig organisation kan därför den utlovade ersättningen inte exakt motsvara kostnaderna och kan snarare förväntas ge någon marginal över kostnaderna.

I *Spezzino* har emellertid EUD (stora avdelningen) bekräftat sin position i *Lecce* och fastställt igen att

*”Den omständigheten att nämnda ramavtal och de särskilda avtal som följer av detta inte föreskriver andra finansiella överföringar till frivilligorganisationerna än ersättning för kostnader, är inte avgörande. Ett avtal kan nämligen inte undgå att omfattas av begreppet offentligt kontrakt enbart på grund av att den tänkta ersättningen endast avser kostnaderna för att tillhandahålla de avtalade tjänsterna [hänvisning till punkt 29 i Lecce]. Såsom generaladvokaten har gjort gällande i punkt 27 i sitt förslag till avgörande, saknar det betydelse huruvida de ersättningar för kostnader som de offentliga myndigheterna ska utge till dessa organisationer endast omfattar kostnader som är direkt knutna till tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna, eller dessutom omfattar en del av de allmänna kostnaderna.”*⁵⁵⁹

Mot bakgrund av denna rättspraxis förefaller slutsatsen kunna dras att även om avtalet inte föreskriver andra finansiella överföringar till en frivilligorganisation än ersättning för kostnader kan det anses ha slutits med ekonomiska villkor *i organisationens perspektiv* (dvs. krav (1) ovan). Huruvida avtalet kan anses ha ingåtts med ekonomiska villkor i myndighetens perspektiv (dvs. krav (2) ovan) kan anses sammanfalla med frågan om avtalet bör anses som en anskaffning. Denna fråga analyseras i avsnitt 4.5.

4.5 Den offentliga finansieringen tilldelas i syfte att *anskaffa* tjänster, varor eller byggtreprenader

Enligt 1 kap. 2 § st. 1 LOU är lagen tillämplig enbart på *åtgärder* som en upphandlande myndighet vidtar *i syfte att anskaffa* varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Denna bestämmelse i LOU motsvarar den nya definitionen av ”upphandling” i artikel 1.2 LOU-direktivet.

⁵⁵⁹ Detta kan anses framgå av domen i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440, p. 37.

I avsnitt 4.5.1 visas att kravet på ett "anskaffningssyfte" i definitionen av upphandling enligt LOU kan anses överlappa med kravet på "ekonomiska villkor" i definitionen av kontrakt enligt LOU). I avsnitt 4.5.2 redogörs för hur anskaffning förklaras i skäl 4 LOU-direktivet och i avsnitt 4.5.3 visas att åtgärder som betecknas som "enbart finansiering, särskilt i form av bidrag" i skäl 4 i direktivet inte medför något nytt undantag från LOU.

Frågan om begreppen "finansiering" och "bidrag" är lämpliga för att beteckna offentlig finansiering som inte omfattas av LOU tas upp i avsnitt 4.5.4. Först redogörs för i vilka bestämmelser i LOU-direktivet begreppen återfinns och hur EUD har tolkat begreppen i dessa sammanhang (avsnitt 4.5.4.1). Därefter redogörs för begreppet bidrags otydliga innebörd i svensk rätt och rättstillämpning. Den slutsats som dras från analysen är att bidrag utan definition i LOU-direktivet inte utgör något funktionellt begrepp för att karakterisera en offentlig finansiering som inte omfattas av LOU (avsnitt 4.5.5).

För att avgöra om kontraktet syftar till anskaffning är det nödvändigt att förlita sig på rättspraxisen i EUD om att den upphandlande myndigheten ska ha ett ekonomiskt intresse av kontraktets finansiering. Denna praxis redogörs för i avsnitt 4.5.6 och slutsatser dras om vilka kriterier som kan anses avgöra huruvida en myndighet har anskaffningssyfte med ett specifikt avtal om offentlig finansiering av en verksamhet.

4.5.1 Rekvisitet "anskaffningssyfte" överlappar med rekvisitet "ekonomiska villkor"

I skäl 4 LOU-direktivet kan läsas följande:

De alltmer varierande formerna av offentliga åtgärder har gjort det nödvändigt att tydligare definiera själva begreppet upphandling; detta klargörande bör emellertid inte utvidga tillämpningsområdet för detta direktiv i jämförelse med direktiv 2004/18/EG. Unionens regler för offentlig upphandling är inte avsedda att täcka alla former av utbetalning av offentliga medel, utan enbart utbetalningar i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt. Det bör klargöras att sådana anskaffningar av byggentreprenader, varor eller tjänster bör omfattas av detta direktiv oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.

Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening som att få tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna, vilket inte nödvändigtvis kräver att äganderätten överläts till de upphandlande myndigheterna. Vidare brukar inte enbart finansieringen, särskilt genom bidrag, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, omfattas av reglerna för offentlig upphandling. På liknande sätt bör situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster).

Första paragrafen i skäl 4 uttrycker först det som följer av 1 kap. 2 § LOU, nämligen är att en offentlig finansiering av tjänster eller varor inte kan ses som upphandling i LOU:s mening om den saknar anskaffningssyfte. I övrigt kan skäl 4 delas upp i följande element:

1. Skäl 4 bör inte *utvidga* tillämpningsområdet för LOU-direktivet, och därmed i LOU, jämfört med direktiv 2004/18/EG.
2. Begreppet anskaffning bör förstås i vid mening, som att *få tillgång till fördelarna av* de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna.
3. En offentlig finansiering kan utgöra en anskaffning i LOU:s mening oberoende av om det genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer.
4. *Enbart* finansieringen, särskilt genom *bidrag*, av en verksamhet, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, *brukar* inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling.
5. Situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, bör inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem.

I förevarande avsnitt behandlas bara elementen 2–4 ovan. Element (5) om selektivitet i begreppet "upphandling" behandlas i stället i avsnitt 4.6, eftersom EU-lagstiftaren i skäl 4 inte (i alla fall inte tydligt) påstår att offentlig finansiering utan selektivitet skulle anses sakna anskaffningssyfte.

4.5.2 Hur förklaras "anskaffning" i skäl 4 LOU-direktivet?

Begreppet anskaffning förklaras i skäl 4 LOU-direktivet genom den första och den andra meningen i andra paragrafen.

I den första meningen av andra paragrafen i skäl 4 förklaras att

- begreppet anskaffning ska tolkas i vid mening,
- anskaffning inte kräver att äganderätten överläts till de upphandlande myndigheterna. Detta ligger i linje med förklaringen i skäl 4 första paragrafen att utbetalningar i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom ett offentligt kontrakt omfattas av LOU-direktivet "*oberoende av om de genomförs genom inköp, leasing eller andra kontraktsformer*",
- anskaffning bör förstås som att *få tillgång till* de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna.

Denna förklaring framstår som en slutsats av EU-domstolens praxis om tolkningen av rekvisitet "med ekonomiska villkor" i den del som avser *myndighetens* ekonomiska intresse av avtalet.⁵⁶⁰ I en rad domar som rörde markexploatering,⁵⁶¹ prövade nämligen EUD huruvida de upphandlande myndigheter som var i fråga i målen kunde anses ha slutit byggentreprenader, påminde domstolen om att den upphandlande myndigheten genom kontraktet måste erhålla en prestation mot vederlag för att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor.⁵⁶² Domstolen fastställde att detta kan anses vara fallet inte bara när den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet,⁵⁶³ utan även när den upphandlande myndigheten "*på rättslig grund garanteras tillgång till* de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål".⁵⁶⁴

Innan det nya LOU-direktivet antogs var det således redan fastställt att rekvisitet "ekonomiska villkor" i den del som avser myndighetens ekonomiska intresse av sin finansiering (1) ges en vid tolkning, (2) är uppfyllt när avtalet garanterar att den upphandlande myndigheten får tillgång till fördelarna av de berörda byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna och (3) att en överlåtelse av äganderätten såklart garanterar en sådan tillgång men inte krävs för att tillgång ska anses vara garanterad.

⁵⁶⁰ Dvs. det som i avsnitt 4.4 beskrevs som krav (2) av rekvisitet "ekonomiska villkor".

⁵⁶¹ Dessa domar redovisas kort nedan i avsnitt 4.5.6.1.

⁵⁶² Denna prestation består i utförande av byggentreprenader för den upphandlande myndighetens räkning (se dom i mål Müller p. 48, mål C-399/98 *Ordine delli Architetti*, p. 77 och mål C-220/05 *Auroux*, p. 45).

⁵⁶³ Müller p. 50.

⁵⁶⁴ Müller p. 51. Se för ett liknande resonemang målet *Ordine delli Architetti*, p. 67, 71 och 77.

Det är således uppenbart att införandet av rekvisitet "anskaffningssyfte" i den nya definitionen av upphandling överlappar den del av rekvisitet "ekonomiska villkor" som avser myndighetens ekonomiska intresse av avtalet. "Att få tillgång till" som i rättspraxis utgör ett minsta krav för att rekvisitet "med ekonomiska villkor" ska anses uppfyllt" blir i skäl 4 det minsta kravet för att det nya rekvisitet "anskaffningssyfte" ska anses uppfyllt. En skillnad är dock att anskaffning förklaras i skäl 4 som att "få tillgång till fördelarna" medan "ekonomiska villkor" för den upphandlande myndigheten av tjänster i rättspraxis förklaras som att "på rättslig grund garanteras tillgång" till föremålet för kontraktet.

Syftet med anskaffningen är inte avgörande för att avgöra huruvida en offentlig finansiering utgör en upphandling i LOU:s mening. I praxis har EUD nämligen fastställt att det inte görs någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande myndighet ingår för att fullgöra sin uppgift att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som inte har något samband med denna uppgift.⁵⁶⁵ Detta uttrycks i den nya definitionen av upphandling i artikel 1.2 i LOU-direktivet genom preciseringen "oberoende av om byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna är avsedda för ett offentligt ändamål eller inte". Detta gäller även vid tillämpning av LOU, trots att precisering har utelämnats i LOU-definitionen av upphandling.⁵⁶⁶

Det är *syftet med avtalet* som är relevant för att avgöra huruvida ett avtal som inbegriper villkor om överföring av offentliga medel kan betraktas som "anskaffning". I *Remondis* slog EUD fast att, vid bedömningen av om en transaktion som består av flera moment, ska anses utgöra tilldelning av ett kontrakt, ska det göras en helhetsbedömning av transaktionen *varvid dess syfte ska beaktas*.⁵⁶⁷ I *Remondis* ledde en sådan helhetsbedömning till slutsatsen att avtalet i fråga i målet utgjorde en överföring av befogenheter mellan myndigheter som inte omfattas av LOU-direktivet, i enlighet med artikel 1.6 LOU-direktivet. Sådana avtal omfattas inte heller av LOU, även om regeringen har gjort bedömningen att en bestämmelse som slår fast detta inte behövs i lagen.⁵⁶⁸

Vad gäller nu den andra meningen i andra paragrafen av skäl 4 LOU-direktivet kan konstateras att den är allt annat än tydlig.

I meningen anges följande:

- enbart "finansieringen" av en verksamhet, särskilt genom "bidrag", brukar inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling

⁵⁶⁵ Se dom i mål C-126/03 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2004:728, p. 18, mål C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau* EU:C:1998:4, p. 31–32.

⁵⁶⁶ Se prop. 2015/16:195, s. 934.

⁵⁶⁷ Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985, p. 37.

⁵⁶⁸ Prop. 2015/16:195, s. 337.

- sådan finansiering är *ofta* är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen

Denna mening i skäl 4 i väcker således många frågor:

- När kan betalning av bidrag anses som anskaffning och omfattas av LOU?
- Vad betyder "bidrag" i upphandlingsreglerna och kan det anses beteckna sådana åtgärder som inte utgör upphandling?
- Utgör satsen "brukar inte omfattas av reglerna om offentlig upphandling" en implicit referens till rättspraxis om att en offentlig finansiering utan "direkt ekonomiskt intresse" för den upphandlande myndigheten inte omfattas av LOU?
- Vad refererar satsen "som *ofta* är knuten till /.../ ändamålen" till: vanliga villkor i finansieringsbeslut, regler om återkrav av illegalt statsstöd eller både och?

I en del av doktrinen finns det en uppfattning att förklaringen av "anskaffning" i första och andra meningarna i andra paragrafen av skäl 4 utgör ett nytt undantag från de upphandlingsregler som styrs av LOU-direktivet, vilket diskuteras kritiskt i nästa avsnitt.

4.5.3 Första och andra meningarna i andra paragrafen av skäl 4 LOU-direktivet kan inte anses som ett nytt undantag från upphandlingsreglerna

Caranta anser att rekvisitet "anskaffning" utgör ett betydligt mer användbart begrepp än begreppet "med ekonomiska villkor" och bedömer att rekvisitet "anskaffning" i definitionen av upphandling har *ersatt* rekvisitet "med ekonomiska villkor" i definitionen av kontrakt.⁵⁶⁹ Därmed tror han att kravet på ett *direkt ekonomiskt intresse*, som enligt Müller ska vara uppfyllt för att en offentlig finansiering ska anses ske med ekonomiska villkor, är överspelat.

Caranta uttalar sig kritiskt om kravet på ett *direkt ekonomiskt intresse* i rättspraxis (om det är korrekt uppfattat beror det på att kravet inte skulle vara koherent med övrig rättspraxis). Hans uppfattning förefaller vara att detta krav har *ersatts* av kravet att den upphandlande myndigheten *får tillgång till fördelarna* av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna och detta krav, såsom det förklaras i

⁵⁶⁹ Caranta R., 2014, FIDE-rapporten, s. 99. Caranta noterar att begreppet inte återfinns i definitionen av koncessioner i LUK-direktivet men menar att systemkoherens talar för att upphandling har samma mening i LOU-direktivet och LUK-direktivet annan i LUK-direktivet, och för att anskaffning utgör ett karakteristiskt element av både tjänstekontrakt och koncessioner, se s. 100 i rapporten.

skäl 4 (enbart finansiering, särskilt genom bidrag, brukar inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling) utgör ett nytt undantag från LOU-direktivet.⁵⁷⁰

Risvig Hamer delar inte Carantas uppfattning att EU-lagstiftaren har valt en annan väg än EUD i sin rättspraxis. Hon påpekar att EU-lagstiftaren tydliggjort i skäl 4 LOU-direktivet att avsikten inte har varit att utvidga tillämpningsområde av LOU-direktivet jämfört med dess föregångare.⁵⁷¹ I detta avseende kan noteras GA Wathelets bedömning att EUD genom att välja kravet på ett *direkt ekonomiskt intresse* i *Müller* har *begränsat* tillämpningsområdet av direktiv 2004/18/EG.⁵⁷² Enligt Risvig Hamer har det inte varit EU-lagstiftarens avsikt att ändra definitionen av begreppet kontrakt i det nya LOU-direktivet. Hon understryker att direktivskäl inte är bindande och anser att man bör akta sig för att tolka införandet av rekvisitet anskaffning i den nya definitionen av upphandling som att direktivets tillämpningsområde har ändrats. Hennes slutsats är att kravet på att anskaffningen ska vara av direkt ekonomiskt intresse ännu ingår i definitionen av ett kontrakt i LOU-direktivets mening.

Man måste instämma med Risvig Hamer att ett direktivs tillämpningsområde inte kan bestämmas genom icke-bindande direktivskäl. Oavsett vilken politisk vilja som uttrycks i ingressen till en EU-rättsakt är det fast rättspraxis att ingressen inte är juridiskt bindande och således inte kan åberopas till stöd för undantag från bestämmelserna i LOU-direktivet, och därmed inte heller från LOU.⁵⁷³

Verkligheten är dock lite mer komplicerat än så. Medan skäl 4 anger att avsikten inte är att *utvidga* LOU-direktivets tillämpningsområde jämfört med direktiv 2004/18/EG, är det uppenbart att skäl 4 snarare uttrycker en politisk vilja att *inskränka* tillämpningsområdet för LOU-direktivet. Jag tänker här på den sista meningen i skäl 4 som skickar en signal till EUD om att det finns ett *politiskt* önskemål att system utan selektivitet utesluts från LOU-direktivets tillämpningsområde. Man bör emellertid vara medveten om att EUD inte är tvungen att efterfölja sådana signaler från EU-lagstiftaren.

Man kan också instämma i Risvig Hamers bedömning att kravet på ett "direkt ekonomiskt intresse" ännu ingår i definitionen av ett kontrakt i LOU-direktivets mening. I detta avseende måste nämligen noteras att *Remondis*, beslutat två år efter antagandet av 2014-direktiven, ännu hänvisade till rekvisitet "direkt ekonomiskt intresse".⁵⁷⁴ I *Remondis* fann EUD att en upphandlande myndighets överföring av avfallshanteringsbefogenheter till ett kommunförbund inte var att anse som ett

570 Caranta 2014 EU public contracts law s. 70-71. Caranta tycker att skäl 4 ger större koherens till den rättspraxis som finns om definitionen av begreppet offentligt kontrakt i LOU-direktivet.

571 Risvig Hamer C., 2016, s. 190.

572 Den bedömningen gjordes av GA Wathelet i sitt förslag till avgörande i mål C-576/10 *kommissionen mot Nederländerna* ECLI:EU:C:2013:219, p. 111.

573 Se bl.a. dom i mål C-162/97 *Nilsson* ECLI:EU:C:1998:554, p. 54. Se också ovan avsnitt 1.3.

574 Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985.

offentligt tjänstekontrakt eftersom endast ett kontrakt med ekonomiska villkor kan utgöra ett offentligt kontrakt vilket kräver

- a. att den upphandlande myndigheten i enlighet med kontraktet erhåller en prestation mot vederlag och
- b. att prestationen är av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten.⁵⁷⁵

EUD fann att den omständigheten att en myndighet befrias från befogenheter som den tidigare hade innebär att denna myndighet inte har något ekonomiskt intresse av utförandet av dessa uppgifter.⁵⁷⁶

Denna del av beslutet i *Remondis* tyder starkt på att kravet på att den upphandlande myndigheten har ett "direkt ekonomiskt intresse" av avtalet, fastställt först i *Helmut Müller*, inte är överspelat.⁵⁷⁷ För det talar även att EUD instämde med generaladvokatens bedömning att "en *väsentlig* del av begreppet offentligt kontrakt är att det uppstår *rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär*".⁵⁷⁸ Generaladvokaten förklarade att detta följer av rekvisitet "ett kontrakt med ekonomiska villkor" i direktiv 2004/18/EG och att begreppet offentligt kontrakt därför förutsätter och äsyftar transaktioner av den upphandlande myndigheten för att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster mot vederlag, vilket generaladvokaten ansåg vara uttryckt i skäl 4 direktiv 2014/24/EU.⁵⁷⁹

Sammanfattningsvis kan första och andra meningarna i den andra paragrafen av skäl 4 inte anses som ett "nytt undantag" från LOU-direktivet. Denna del av skäl 4 tydliggör att rekvisitet "anskaffningssyfte" i den nya definitionen av upphandling och den del av kontraktsrekvisitet "ekonomiska villkor" som avser myndighetens ekonomiska intresse av finansieringen överlappar, men medför ingen ändring i sak. Ett krav för att en upphandlande myndighets finansiering av tjänster, varor eller byggentreprenader ska kunna anses som en upphandling i LOU:s mening kan *ännu* anses vara att finansieringen är av direkt ekonomiskt intresse för myndigheten.

⁵⁷⁵ Ibid., p. 42–43, som hänvisar till resonemanget i domen i mål C-451/08 *Helmut Müller* EU:C:2010:168, p. 47–49.

⁵⁷⁶ Ibid., p. 44.

⁵⁷⁷ Ibid., p. 5. Domen publicerades den 21 december 2016, dvs. över två år efter ikraftträdandet av LOU-direktivet, och anger skäl 4 bland de i målet tillämpliga bestämmelserna, se dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985.

⁵⁷⁸ Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985, p. 3, med hänvisning till GA Mengozzis förklaring om att [E]tt offentligt kontrakt kännetecknas av att det sker ett utbyte av prestationer mellan den upphandlande myndigheten, som betalar ett pris, och den anbudsgivare som tilldelats kontraktet, vilken i utbyte mot detta pris åtar sig att utföra byggentreprenader eller uppföra byggnadsverk eller tillhandahålla tjänster, se GA Mengozzis förslag om avgörande i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:504, p. 36, med hänvisning till domen i mål C-451/08 *Helmut Müller* EU:C:2010:168, p. 62.

⁵⁷⁹ Se GA Mengozzis förslag om avgörande i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:504, p. 36 som i denna del uttryckligen hänvisar till skäl 4 i direktiv 2014/24/EU.

I skäl 4 LOU-direktivet tydliggörs (otydligt) att en offentlig finansiering som inte uppfyller kravet på direkt ekonomiskt intresse inte kan ses som en anskaffning utan enbart kan ses som "finansiering" eller "bidrag". Det kan dock inte uteslutas att en sådan finansiering eller bidrag avser en ekonomisk verksamhet.

4.5.4 Är begreppen "finansiering" och "bidrag" lämpliga för att beteckna offentlig finansiering som inte omfattas av LOU?

I skäl 4 förefaller EU-lagstiftaren utgå från att begreppen "finansiering" och "bidrag" har en entydig betydelse men faktum är av inget av dem är definierat i LOU-direktivet. Om åtgärder som kallas "finansiering" eller "bidrag" inte ska anses falla inom direktivets tillämpningsområde måste utgångspunkten vara att dessa begrepp är EU-rättsbegrepp med självständig tolkning inom upphandlingsrätten. I LOU-direktivet återfinns dessa begrepp i endast två bestämmelser. Begreppet "bidrag" återfinns i LOU-direktivets bestämmelse om kontrakt som subventioneras av en upphandlande myndighet (artikel 13, genomförd i 1 kap. 6 § LOU) och begreppet "finansiering" återfinns i definitionen av offentligt styrt organ (artikel 2.1 punkt 4 genomförda i 1 kap. 18 § LOU).⁵⁸⁰

4.5.4.1 Hur ska EU-begreppen "finansiering" och "bidrag" i LOU-direktivets bestämmelser tolkas?

Vad gäller först tolkningen av begreppet "bidrag" i bestämmelsen om subventionerade kontrakt (artikel 13 LOU-direktivet och 1 kap. 18 § LOU), har frågan om tolkningen av begreppet bidrag varit uppe i *Frankrike mot kommissionen*. I målet prövade EUD om skattelättnader som beviljades för ett privat byggprojekt kunde betraktas som "direkta subventioner" i den mening som avsågs i artikel 2 direktiv 93/37/EEG, numera "direkta bidrag" i den mening som avses i artikel 13 direktiv 2014/24/EU.⁵⁸¹ Enligt denna bestämmelse omfattas vissa byggentreprenad och tjänstekontrakt som får direkta bidrag på mer än 50 % av finansieringen av direktivets regler.⁵⁸² De upphandlande myndigheter som betalar ut sådana bidrag ska därför se till att upphandlingsreglerna tillämpas om de inte själva tilldelar det subventionerade kontraktet eller när de själva tilldelar kontraktet i andra enheters namn och för deras räkning.

580 Det kan konstateras att begreppen "bidrag" och "finansiering" återfinns på flera ställen i LOU-direktivets ingress, bl.a. i skäl 7 som anger att direktivet inte gäller finansieringen av SGEI eller medlemsstaternas stödsystem, t.ex. på det sociala området, i enlighet med unionens konkurrensregler.

581 Dom i mål C-115/12 P *Frankrike mot kommissionen* ECLI:EU:C:2013:596. Bestämmelsen i artikel 13 i direktiv 2014/24/EU motsvarar i allt väsentligt bestämmelsen om subventionerade kontrakt i artikel 2 direktiv 93/37/EEG som var aktuell i målet och numera är upphävd.

582 1. Bidraget avser mer än hälften av kostnaden för kontraktet, 2. kontraktets värde överstiger tröskelvärden och 3. kontraktet avser vissa typer av byggentreprenader (anläggningsarbeten som anges i bilaga 1, entreprenad som avser uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål, eller tjänster som har samband med dessa byggentreprenadkontrakt).

Bakgrunden var ett privat byggprojekt i den franska regionen Martinique som hade beviljats statligt stöd med över 50 procent, bland annat med EU-medel. När det visade sig att byggprojektet hade genomförts utan något upphandlingsförfarande, beslöt kommissionen att innehålla EU-stödet till projektet, med återopande av principen att stöd från unionens strukturfonder enbart får beviljas för projekt som är förenliga med unionens politik om offentlig upphandling.

I sitt förslag till avgörande konstaterade GA Kokott att begreppet subventioner (numera "bidrag") utgör ett oklart rättsligt begrepp som kan ha olika innehåll beroende på vilket delområde av unionsrätten som är aktuellt.⁵⁸³ EUD förklarade att ordet subventionera i sin sedvanliga betydelse helt enkelt betyder beviljande av en förmån. Domstolen slog fast att begreppet subvention i bestämmelsen (numera "bidrag") ska få en extensiv tolkning och fann att det inbegrep skattelättnader som hade beviljats specifikt för det aktuella byggprojektet.⁵⁸⁴ Även om EUD fann att begreppet "subvention" i artikel 13 LOU-direktivet (numera "bidrag") ska tolkas extensivt har domstolens utgångspunkt tydligen varit att begreppet har en avgränsad betydelse i denna bestämmelse.

Det är dock tämligen uppenbart att begreppet bidrag i artikel 13 LOU-direktivet och 1 kap. 18 § LOU inte utesluter att bidraget utgör en ekonomisk ersättning som betalas i syfte att anskaffa tjänster, varor eller byggentreprenader. De krav som ställs i artikel 13 LOU-direktivet förutsätter nämligen att bidrag överstiger 50 procent av kontraktets värde men utesluter inte att bidrag täcker 100 procent av kontraktets värde. I det senare fallet är det möjligt att bidraget ska ses som ersättningen av den prestation som avses i avtalet, vilket lär innebära att *ett bidrag i artikel 13 LOU-direktivet kan vara ersättningen av varor, tjänster eller byggentreprenader*. Vidare kan konstateras att kontrakt i de situationer som regleras av bestämmelsen – när den upphandlande myndigheten inte själv tilldelar det subventionerade kontraktet eller när den tilldelar kontraktet i andra enheters namn och för deras räkning – anses ha anskaffningssyfte eftersom de omfattas av direktivets regler. En slutsats kan därför vara att "bidrag" inom ramen för artikel 13 LOU-direktivet varken utesluter att verksamheten är ekonomisk eller att bidraget betalas ut med anskaffningssyfte.

Vad gäller sedan tolkningen av begreppet "finansiering" i definitionen av offentligt styrt organ (artikel 2.1 LOU-direktivet och 1 kap. 18 § LOU) har den varit föremål för tolkning i *Cambridge*. Den bakomliggande frågan i målet var huruvida University of Cambridge kunde anses som ett offentlig styrt organ i den mening som avses i artikel 2.1 punkt 4 LOU-direktivet, och därmed som en upphandlande myndighet. Det var ostridigt att universitetet är en juridisk person som tillgodoser behov i det allmännas intresse av icke industriell eller kommersiell karaktär. Därför prövade EUD huruvida universitetet till större delen "finansierades av staten eller

583 Förslag till avgörande av GA Kokott i mål C-115/12 P *Frankrike mot kommissionen* ECLI:EU:C:2013:255, p. 41.

584 *Ibid.*, p. 45–46. Domstolen fann också att kommissionen hade haft rätt att dra in EU-stödet.

regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt", med avseende på följande betalningar till universitetet

- a. stipendier och bidrag till forskningsarbete som betalas av en eller flera upphandlande myndigheter,
- b. vederlag för tjänster i form av forskningsarbete som betalas av en eller flera upphandlande myndigheter,
- c. vederlag för andra tjänster, såsom konsultuppdrag eller organiserande av konferenser, som betalas av en eller flera upphandlande myndigheter,
- d. studentstipendier för namngivna studenters undervisningsavgifter som de lokala utbildningsmyndigheterna betalar till universitetet.⁵⁸⁵

Domstolen klargjorde först att begreppet "finansiering" från upphandlande myndigheter i den aktuella bestämmelsen inte har en oinskränkt räckvidd och att inte alla de utbetalningar som görs av en upphandlande myndighet får till följd att det skapas ett särskilt *underordnande- eller beroendeförhållande* eller att ett sådant förhållande fördjupas. Domstolen slog sedan fast att *endast sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stöder det berörda organets verksamhet kan anses som "offentlig finansiering"* i direktivets mening.⁵⁸⁶

EUD bedömde att stipendier och bidrag under (a) ovan kunde anses som finansiering från en upphandlande myndighet, eftersom den utgjorde en finansiering som universitet i sin helhet drog nytta av för sin forskningsverksamhet.⁵⁸⁷ Stipendierna under (d) ovan kunde också anses som "offentlig finansiering". Domstolen förklarade att dessa utbetalningar utgjorde en social åtgärd till förmån för vissa studenter som inte hade råd med skolavgifterna. Eftersom ingen avtalsenlig motprestation var knuten till dessa utbetalningar skulle de anses som finansiering av en upphandlande myndighet inom ramen för dennas undervisningsverksamhet.⁵⁸⁸

Däremot bedömde domstolen att de belopp som betalades under (b) och (c) utgjorde motprestationen för universitetets avtalsenliga åtaganden, såsom genomförande av bestämda forskningsarbeten, organiserande av seminarier och konferenser. Den upphandlande myndigheten hade ett ekonomiskt intresse av att åtagandet fullföljdes.⁵⁸⁹ Det var härvid av mindre betydelse att denna

585 Dom i mål C-380/98 *Cambridge* EU:C:2000:529, p. 13.

586 *Ibid.*, p. 21.

587 *Ibid.*, p. 22.

588 *Ibid.*, p. 23.

589 *Ibid.*, p. 24.

näringsverksamhet i förekommande fall sammanblandades med universitetets undervisnings- och forskningsverksamhet.⁵⁹⁰

EUD förklarade att den avtalsrelation som låg till grund för betalningarna i (b) och (c) kunde resultera i att det berörda organet blev beroende av den upphandlande myndigheten, men att detta beroende var av en annan art än det som följer av en ren stödåtgärd och kunde snarare jämföras med det beroende som existerar i normala kommersiella relationer, vilka utvecklas genom ömsesidigt bindande avtal som förhandlats fritt mellan avtalsparterna.⁵⁹¹

Domstolens resonemang i *Cambridge* tyder på att begreppet "finansiering" inom ramen för LOU-direktivet generellt skulle kunna förstås som *sådana bidrag som genom ett ekonomiskt stöd utan särskild motprestation finansierar eller stöder det berörda organet*. Detta skulle passa väl med skäl 4 LOU-direktivet som antyder (snarare än förklarar) att "finansiering", särskilt i form av "bidrag", inte säkerställer att den upphandlande myndigheten får tillgång till tjänster, varor eller byggtreprenader, inte har ett ekonomiskt intresse för den finansierande myndigheten och därmed inte omfattas av LOU-direktivet.

Problemet är att EUD under punkt 25 i den svenska versionen av *Cambridge* drar följande slutsats: "således innefattas inte de *bidrag* som avses under b och c första frågan i begäran om förhandsavgörande av begreppet "offentlig finansiering". Begreppet offentlig finansiering i artikel 2.1 LOU-direktivet anses således *utesluta "bidrag" som utgör motprestationen av avtalsenliga tjänster*.

Sammanfattningsvis dras här slutsatsen att det verkar tydligt att termen "finansiering" i LOU-direktivet generellt skulle kunna anses avse ekonomiskt stöd utan särskild motprestation. Termen "bidrag" med koppling till "finansiering" används däremot med olika meningar av EUD: i *Cambridge* används det för att beteckna både ekonomiskt stöd utan motprestation och den ekonomiska motprestationen av avtalsenliga tjänster.

Även om det inte kan uteslutas att begreppet "bidrag" framöver får en definition i LOU-direktivet är det uppenbart att i EU-rättens nuvarande stadium begreppet inte har någon tydlig och entydig mening. Därför tycks det vanskligt att använda bidrag som rättslig beteckning för en finansiering som inte omfattas av LOU.

590 Ibid., p. 24.

591 Ibid., p. 25.

4.5.4.2 Upplagt för förvirring: begreppet "bidrag" används i svensk lagstiftning också för att beteckna den ekonomiska ersättningen av skoltjänster

I svensk rätt återfinns begreppet "bidrag" inom olika rättsområden. Som redan nämnts återfinns begreppet i LOU-bestämmelsen om subventionerade kontrakt.⁵⁹² Begreppet återfinns också i kommunallagen men inte för att beteckna finansiering av välfärdstjänster inom ramen för kommunernas allmänna kompetens.⁵⁹³ Begreppet bidrag återfinns också i skollagen som beteckning för de belopp som kommuner ska betala till en friskola för varje elev som väljer den.⁵⁹⁴ I dessa sammanhang används "bidrag" för att beteckna ensidiga förvaltningsbeslut om utbetalningar till fysiska eller juridiska personer som offentliga organ vidtar inom ramen för sina befogenheter.

Det kan konstateras att beslut om bidrag som vidtas av svenska myndigheter ofta innehåller villkor om att bidragsgivaren kan besluta att kräva tillbaka hela eller delar av bidraget om bidragsmottagaren inte har fullgjort sina skyldigheter, bl.a. använt bidraget till andra ändamål än dem som angetts i beslutet. Staten ska ställa sådana villkor i enlighet med regler i förordningar om bl.a. bidrag till kulturverksamheter, till förvaltning av värdefulla kulturmiljöer, till friluftsförbund och för avhjälpande av föroreningsskador.⁵⁹⁵ Regeringskansliet har också tagit fram sådana villkor som ska ställas för bidrag som inte är författningsreglerade.⁵⁹⁶ Sådana återbetalningsvillkor förekommer också i åtskilliga kommunala beslut om bidrag till ideella föreningar, vilket kan anses följa av kommunal-rättsliga principer.

Sådana återbetalningsvillkor förefaller vara det som menas i andra meningen andra paragrafen av skäl 4 LOU-direktivet, dvs. "finansiering, särskilt i form av bidrag, som ofta är knuten till skyldigheten att återbetala de mottagna beloppen om de inte används för de avsedda ändamålen, brukar inte omfattas av reglerna för offentlig upphandling". Skäl 4 skulle således kunna leda till uppfattningen att sådana "bidrag" till olika verksamheter, bl.a. välfärdstjänster, faller utanför LOU endast därför att de betecknas som bidrag i svensk författning och svensk förvaltning. Som redan nämnts är det i skäl 4 osagt *varför* det som där kallas för bidrag *brukar* falla utanför upphandlingsreglerna: man kan undra om anledningen är (1) att bidrag

592 1 kap. 6 § LOU. I övrigt förekommer termen tävlingsbidrag, dvs. i en annan mening än finansiering.

593 Begreppet bidrag återfinns endast i två bestämmelser i kommunallagen, nämligen 4 kap. 29 § KL om partistöd och 11 kap. 14 § KL om att kommunernas reservmedel ska beräknas bl.a. i förhållande till s.k. generella statsbidrag. Begreppet koncernbidrag i aktiebolagslagen är emellertid relevant för att avgöra huruvida olika typer av finansieringsåtgärder inom ramen för en kommunal bolagskoncern omfattas av LOU eller inte.

594 Se exempelvis 8 kap. 21 § skollagen (2010:800).

595 Förordning (2016:406) om statsbidrag till kulturverksamheter, förordning (2010:1121) om bidrag till förvaltning av värdefulla kulturmiljöer, förordning (2004:100) om avhjälpande av föroreningsskador och förordning (2010:2008) till friluftsförbund.

596 Se Regeringskansliets villkor för bidrag version 2014 i bilaga till beslut om bidrag, s. 4,

<http://www.regeringen.se/4ae9af/contentassets/a55b6f9866dd45cd9c7dd1e952d20a63/villkor-for-bidrag.pdf>.

Villkoren gäller, om inte annat framgår av beslutet, för bidrag som tas av anslag i statsbudgeten och som inte är författningsreglerade.

avser icke-ekonomisk verksamhet eller (2) att bidrag avser finansiering som kan avse ekonomisk verksamhet men som inte lämnas med anskaffningssyfte i den mening som avses i definitionen av upphandling i direktivet.

I svenskt sedvanligt språkbruk brukar emellertid "bidrag" avse offentliga medel som lämnas till enskilda människor eller till verksamhet som utövas utan ersättning. Ett exempel på detta språkbruk är Statskontorets konstaterande i en rapport från år 2004 att de ideella organisationerna i Sverige gick "från bidrag till ersättning", genom att i större utsträckning ägna sig åt produktion av välfärdstjänster eller service.⁵⁹⁷ Att kalla den offentliga finansieringen av välfärdstjänster för bidrag kan därför föranleda en uppfattning om att de utförare som erhåller bidrag inte bedriver en ekonomisk verksamhet.

Det kan emellertid konstateras att beteckningen av en offentlig finansiering som bidrag inte utesluter att bidraget i ett EU-rättsligt perspektiv måste betraktas som en ekonomisk ersättning. I den svenska skollagen kallas kommunernas betalningar till friskolorna för "bidrag", vilket kan anses vara avsedd att signalera att deras verksamhet ses av den svenska lagstiftaren som icke-ekonomisk.

Samtidigt kan konstateras att termen "bidrag" nästan aldrig används för att beteckna de olika typer av belopp som betalas ut till friskolor. Istället används ordet "ersättning" flitigt både i kommunernas webbinformation riktad till friskolor,⁵⁹⁸ i domstolsbeslut,⁵⁹⁹ och i förarbeten på skolområdet.⁶⁰⁰ Kommunernas och domstolarnas uppfattning förefaller således vara att offentlig finansiering av friskolor utgör en *ekonomisk* ersättning i friskolornas perspektiv oavsett om det getts namnet bidrag i skollagen.

597 Statskontorets rapport 2004:17 Bidrag till ideella organisationer Kartläggning, analys och rekommendationer, s. 17–18.

598 Se exempelvis Stockholm stads information till friskolor, <http://foretag.stockholm.se/-/Fristaende-sajt/Enskilt-driven-forskoleverksamhet-skolbarnsomsorg-och-fristaende-skola/Grundskola/Ersattning/>, Göteborg stads tabell *Ersättningsbelopp i fristående grundskolor*, http://goteborg.se/wps/portal/start/foretag/tillstand-och-regler/starta-barnomsorg-och-skola/fristaende-grundskola/ersattningsbelopp/tut/p/z1/04_Sj9CPykyssy0xPLMnMz0vMAfIjo8ziTYzcDOy9TAy9_c39LOWcvUICXY0sLYwsDEz1wwkpiAIKG-AAjgb6BbmhigBTNUPs/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/ och Malmö stads information till friskolor, <https://malmo.se/Forskola--utbildning/Grundskola/Om-grundskolan/For-fristaende-grundskolor/Ersattningar.html>.

599 Se bl.a. domarna från Kammarrätten i Göteborg, mål av den 4 februari 2016 nr 3337-14: "Av det överklagade beslutet framgår, såvitt avser friskolor, enbart att en ersättning för 2014 ska utgå med 100 581 kr per barn, dvs. ett grundbelopp enligt 8 kap. 22 § SkoL." och Kammarrätten i Sundsvall, mål av den 10 oktober nr 1218-16.

600 Ordet "ersättning" i stället för "bidrag" hittas bl.a. i prop. 2008/09:171 Offentliga bidrag på lika villkor (108 träffar), prop. 2009/10:157 Bidragsvillkor för fristående verksamheter (41 träffar) och prop. 2009/10:165 Den nya skollagen – för kunskap, valfrihet och trygghet (506 träffar).

Den rättsuppfattning som implicit uttrycks genom myndigheternas användning av termen "ersättning" för de belopp som friskolor kan erhålla för olika tjänster som de utför är enligt min mening den korrekta. Det svenska systemet är baserat på konkurrens mellan skolor bl.a. med skolor som drivs med vinstsyfte, och i detta system är det svårt att förneka att friskolor utför sina tjänster mot ekonomisk ersättning, särskilt i ljuset av den färska domen i *Dövera* (se avsnitten 3.2.3 och 3.3.1).⁶⁰¹ Att *utförandet* av deras tjänster bygger på konkurrensprincipen är uppenbart med tanke på att friskolor kan överklaga de årliga individuella finansieringsbesluten med åberopande av neutralitetsprincipen (som utgör en form av konkurrensprincip).

Sammanfattningsvis kan konstateras att begreppet "bidrag" inte är definierat i svensk rätt men används för att beteckna både

- a. offentlig finansiering av *icke-ekonomisk* verksamhet och
- b. offentlig finansiering av *ekonomisk* verksamhet som inte utgör ett köp, dvs. inte har till syfte en anskaffning i LOU:s mening.

Under sådana förhållanden, och så länge det saknas en rättslig definition av "bidrag" i EU-rätten eller i svensk rätt, riskerar användningen av termen bidrag i svensk rätt att tolkas som ett sätt att undvika tillämpningen av marknadsregler på offentlig finansiering av välfärdstjänster, och detta även när de utförs i konkurrens på en marknad.

Det kan vara intressant att uppmärksamma att Frankrike har introducerat en definition av begreppet bidrag inom ramen för en lag om social och solidarisk ekonomi som antogs år 2014.⁶⁰² Det går dock utanför ramen för denna studie att ta reda på om andra medlemsstater har definierat begreppet bidrag i nationell rätt.

4.5.5 Slutsats: trots dess förekomst i skäl 4 LOU-direktivet utgör "bidrag" inget funktionellt begrepp för att avgöra tillämpbarheten av LOU

Det har redan understrukits att skäl 4 i LOU-direktivet inte utgör någon bestämmelse utan en del av direktivet som snarare har politisk karaktär. Därför kan omständigheten att termen "bidrag" har använts i skäl 4 inte göra den inte det till

⁶⁰¹ En annan fråga är huruvida kommunernas finansiering av friskolornas verksamhet kan anses som anskaffning i LOU-direktivets mening, och därmed som upphandling i LOU:s mening. Genom sin finansiering säkerställs inte att det allmänna garanteras tillgång till de berörda tjänsterna, eftersom de privata huvudmännen enligt gällande rätt får när som helst dra sig ur systemet eller avsluta verksamheten på grund av konkurs.

⁶⁰² Se *article 59 de la loi n° 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire*, under rubriken « *Les subventions publiques* ». I denna definition fastställs bl.a. att sådana bidrag inte kan utgöra ersättningen av specifika prestationer som svarar mot de behov som finns hos de myndigheter eller organ som lämnar ut bidragen (min översättning).

ett rättsbegrepp som kan användas för att generellt karakterisera offentlig finansiering som inte omfattas av LOU.

Så länge termerna "finansiering" och "bidrag" inte definieras i LOU-direktivet kan dessa termer i skäl 4 avse både icke-ekonomiska verksamheter och ekonomiska verksamheter (i vilket fall reglerna om fri rörlighet och statsstödsreglerna kan vara relevanta). Detta bekräftas av skäl 114 LOU-direktivet, som handlar om sociala tjänster och lyder

Medlemsstater och myndigheter har frihet att tillhandahålla dessa tjänster själva eller att organisera sociala tjänster på ett sätt som inte medför ingående av offentliga kontrakt, exempelvis genom att enbart finansiera sådana tjänster eller genom att bevilja licenser eller tillstånd till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, förutsatt att ett sådant system tryggar en tillräcklig annonsering och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering

Poängen i skäl 114 verkar vara att även en offentlig finansiering av sociala tjänster som inte utgör en upphandling eventuellt kan vara att anse som en ersättning i den mening som avses i rätten om fri rörlighet. I så fall avser finansieringen en ekonomisk verksamhet och det bör inte förvåna någon att den omfattas av krav på öppenhet och icke-diskriminering.

Det anmärkningsvärda är emellertid förklaringen i skäl 114 att "enbart finansiering" ska *annonseras i tillräcklig omfattning*, vilket innebär att "enbart finansiering" är föremål för annonseringskrav trots att det enligt skäl 4 inte *brukar* omfattas av reglerna om offentlig upphandling.⁶⁰³

Sammanfattningsvis, och med fokus på tjänster, kan den mycket otydliga andra meningen i andra paragrafen av skäl 4 LOU-direktivet anses uttrycka något som man redan visste, nämligen att offentlig finansiering av en verksamhet kan utgöra upphandling enligt LOU endast om

- finansieringen kan betraktas som den ekonomiska ersättningen av en viss prestation *och samtidigt*
- är kopplad till sådana villkor som inte bara möjliggör att återkräva finansieringen utan som gör att den upphandlande myndigheten får tillgång till den finansierade prestationen (tjänster, varor eller byggentreprenad).

⁶⁰³ Om denna tvetydighet i direktivet och därmed i LOU, se Wehlander C., 2015, s. 348.

4.5.6 Vilka kriterier avgör huruvida ett avtal kan anses ha ett anskaffningssyfte i LOU:s mening?

Eftersom rekvisitet "anskaffningssyfte" överlappar med (i själva verket synliggör) en del av kontraktrekvisitet "ekonomiska villkor", nämligen *den upphandlande myndighetens* ekonomiska intresse av åtgärden, kan rättspraxis som avser detta rekvisit anses relevant för tolkningen av rekvisitet anskaffningssyfte.

4.5.6.1 Rättspraxis i EUD om att den upphandlande myndigheten ska ha ett ekonomiskt intresse av finansieringen

För att det ska vara fråga om en upphandling i LOU:s mening krävs att den upphandlande myndighet som ingått (eller avser att ingå) ett kontrakt i enlighet med detta erhåller en prestation mot vederlag.⁶⁰⁴ Detta kan anses utgöra ett grundläggande krav för att kontraktet ska anses syfta till anskaffning, men ytterligare krav måste vara uppfyllda, vilket framgår av följande rättspraxis.

I *Ordine delli Architetti* (se bakgrunden i avsnitt 4.3.1) slog EUD fast att avtal om markexploatering var att anse som tilldelning av ett offentligt kontrakt när exploatören, mot avräkning av kommunens administrativa avgifter, *åtog sig att utföra vissa anläggningar som var utformade efter kommunens specifikationer och avsedda för offentlig användning under kommunens kontroll.*⁶⁰⁵ Det ansågs vara fallet med det avtal som var i fråga i målet eftersom det fastställde vilka anläggningar som exploatören vid varje enskilt tillfälle skulle uppföra liksom villkoren härför.⁶⁰⁶

I *Auroux* var det fråga om ett avtal som hade slutits mellan en kommun och ett offentligt organ och som förutsåg bl.a. byggandet av en biografanläggning och affärslokaler avsedda att överlätas till tredje man, samt vissa byggnadsverk (en parkeringsplats, tillfartsvägar och offentliga platser) som skulle överlätas till kommunen. EUD fann att avtalet utgjorde ett offentligt kontrakt om uppförande av ett nöjescentrum (ett byggentreprenadkontrakt), oavsett att kommunen enligt avtalet skulle bli ägare till hela eller delar av det byggnadsverk som skulle uppföras.⁶⁰⁷ Kommunen hade ett ekonomiskt intresse av avtalet eftersom uppförandet av hela nöjescentrumet *motsvarade de behov som hade specificerats av kommunen i avtalet*, vilket framgick av avtalsbestämmelser om att kommunen ville ge nytt liv och en ny inriktning åt kvarteret i fråga genom att uppföra nöjes-

604 Se domarna i mål C-451/08 *Helmut Müller* EU:C:2010:168, p. 48, mål C-399/98 *Ordine delli Architetti* ECLI:EU:C:2001:401, p. 77, och mål C 220/05 *Auroux* ECLI:EU:C:2007:31, p. 45.

605 Dom i mål C-399/98 *Ordine delli Architetti* ECLI:EU:C:2007:31, p. 67-68.

606 *Ibid.*, p. 71. Domstolen anförde att denna tolkning var förenlig med direktivets syfte att skapa konkurrens inom offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och preciserade att kommunen, i stället för att själv tillämpa direktivets anbudsförfaranden, kunde förplikta markexploatören att låta utföra de avtalade anläggningarna efter upphandling, se p. 75 och 100.

607 Dom i mål C-220/05 *Auroux* ECLI:EU:C:2007:31, p. 47.

centrumet i dess helhet.⁶⁰⁸ Leverantören hade också ett ekonomiskt intresse av avtalet eftersom kommunen enligt avtalet betalade leverantören ersättning för överlåtelsen av parkeringsplatsen och bidrog till utgifterna för samtliga byggnadsverk som skulle utföras.⁶⁰⁹ Därmed var det fråga om ett kontrakt med ekonomiska villkor.

I *Müller*⁶¹⁰ fann EUD att försäljningen av offentlig mark belägen i en tysk kommun inte i sig utgjorde ett offentligt kontrakt, men prövade också frågan om förhållandet mellan kommunen och fastighetens köpare i övrigt omfattades av direktiv 2004/18/EG. För det första slog domstolen fast att ett kontrakt i direktivets mening inte kräver att föremålet för kontrakt (i detta fall en byggentreprenad) på ett konkret eller materiellt sätt utförs åt den upphandlande myndigheten, under förutsättning att myndigheten har ett *direkt ekonomiskt intresse* av prestationen.⁶¹¹ Domstolen förklarade att ett sådant intresse föreligger i följande situationer

- När den upphandlande myndigheten blir ägare till resultatet av den byggentreprenad som är föremål för kontraktet.⁶¹²
- När den upphandlande myndigheten på rättslig grund *garanteras* tillgång till de anläggningar som är föremål för kontraktet, för att använda dem för offentliga ändamål.⁶¹³
- När den upphandlande myndigheten kan få ekonomiska fördelar vid framtida användning eller överlåtelse av anläggningen, på grund av myndighetens ekonomiska bidrag eller ekonomiska risktagande vid utförandet av byggentreprenaden.⁶¹⁴

Domstolen preciserade att omständigheten att en upphandlande myndighet använder sig av sin befogenhet att utöva tillsyn i frågor avseende stadsplanering inte räcker för att myndigheten ska anses ha ett direkt ekonomiskt intresse av en byggentreprenad.⁶¹⁵

608 Ibid, p. 42.

609 Ibid, p. 45.

610 Dom i mål C-451/08 *Müller* ECLI:EU:C:2010:168.

611 I stället för att ett direkt ekonomiskt intresse hade GA Mengozzi föreslagit ett krav på ett "direkt samband mellan den offentliga myndigheten och de anläggningar som ska uppföras eller de arbeten som ska utföras". GA Mengozzis förslag i denna del hade troligen medfört ett större tillämpningsområde för direktivet jämfört med kravet på ett "direkt ekonomiskt intresse". Se förslag till avgörande i mål C-451/08 *Müller* ECLI:EU:C:2009:710, p. 52-62.

612 Ibid., p. 50.

613 Ibid, p. 51 med hänvisning till domen i mål C-399/98 *Ordine delli Architetti* ECLI:EU:C:2001:401, p. 67, 71 och 77.

614 Ibid., p. 52 med hänvisning till domen i mål C-220/05 *Auroux* ECLI:EU:C:2007:31, p. 13, 17, 18 och 45.

615 Dom i mål C-451/08 *Müller* ECLI:EU:C:2010:168, p. 58.

För det andra slog EUD fast att rekvisitet "ekonomiska villkor" förutsätter att entreprenören *åtar sig* att utföra den prestation som är föremål för kontraktet mot ett vederlag. Domstolen fann att kravet att den upphandlande myndigheten har ett ekonomiskt intresse av byggentreprenaden innebär ett krav att entreprenören *direkt eller indirekt är skyldig att utföra den byggentreprenad som är föremål för kontraktet* och att det måste vara fråga om *en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med villkoren uppställda i den nationella rätten*.⁶¹⁶

I *kommissionen mot Tyskland* fann EUD att kontrakt om tjänstepensionsförsäkring som kommunala arbetsgivare hade tilldelat direkt till försäkringsinstitutioner och försäkringsföretag, utan föregående anbudsinfordran på unionsnivå, hade ett *direkt ekonomiskt intresse* för de kommunala arbetsgivarna och var därmed att betrakta som kontrakt i upphandlingsrättens mening. De tjänster som utfördes av försäkringsgivarna inom ramen för dessa kontrakt möjliggjorde nämligen för arbetsgivaren "att ta på sig skyldigheten att tillse att denna form av uppskjuten lön som är följden av löneväxlingen genomförs på ett korrekt sätt" och att befrias från uppgiften att förvalta åtgärden."⁶¹⁷ Även om de slutliga mottagarna av pensionen var arbetstagare som hade deltagit i löneväxlingen hade de kommunala organen ett ekonomiskt intresse av kontraktet.⁶¹⁸

4.5.6.2 Slutsats om relevanta kriterier för att den upphandlande myndigheten ska anses ha ett anskaffningssyfte med den offentliga finansieringen

Det framgår av rättspraxis som redovisats ovan att ett avtal om offentlig finansiering av en verksamhet kan vara ett kontrakt i LOU:s mening endast i den mån avtalet är av ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. Ett grundläggande rekvisit för ett sådant ekonomiskt intresse är att den offentliga finansieringen ges i gengäld för en prestation. Detta räcker dock inte i sig, utan finansieringen ska uppfylla vissa ytterligare villkor för att anses som en upphandling i LOU:s mening. Detta kan uttryckas genom följande formel:

Anskaffning i LOU:s mening = prestation mot finansieringen + X

Exakt vilka ytterligare villkor ska vara uppfyllda kan betraktas som ännu osäkert, men rådande rättspraxis i EUD ger åtminstone följande indikationer.

⁶¹⁶ Ibid, p. 63.

⁶¹⁷ Dom i mål C-271/08 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2010:426, p. 78.

⁶¹⁸ Ibid., p. 80.

Rekvisitet ekonomiska villkor förutsätter att den prestation som den upphandlande myndigheten erhåller mot ersättningen är av *direkt ekonomiskt intresse* för den upphandlande myndigheten. Detta bedöms vid en prövning i det enskilda fallet med utgångspunkt i faktiska omständigheter och villkor för det aktuella avtalet. I de osäkra fall som har kommit till dess jurisdiktion har EUD lagt vikt vid följande element.

X => Den offentliga finansiering som regleras i avtalet är *objektivt sett* avsedd att möjliggöra fullgörandet av den upphandlande myndighetens *egna* frivilliga eller obligatoriska uppgifter.

I *Ordine delli Architetti* bedömde EUD att den upphandlande myndigheten hade ett ekonomiskt intresse av de anläggningar som avsågs av avtalet i fråga i målet eftersom de var utformade efter kommunens specifikationer. I *Auroux* var ett avgörande element för att finna att avtalet utgjorde en upphandling att kommunen i avtalet hade uttryckt sin vilja att ett nöjescentrum skulle byggas i det aktuella kvarteret och specificerat vilka behov det skulle uppfylla.

Ett direkt ekonomiskt intresse av den erhållna prestationen förutsätter således inte att prestationens mottagare är den upphandlande myndigheten. Det som däremot krävs är att prestationen objektivt sett kan anses vara eller bli utförd åt den upphandlande myndigheten, för dennes räkning.

Ett avtal kan således utgöra en upphandling även om den offentligt finansierade prestationen kommer tredje man tillgodo.⁶¹⁹ I *kommissionen mot Tyskland* bedömdes kontraktet om tjänstepensioner vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten därför att prestationen var nödvändig för att myndigheten skulle *fullgöra sin skyldighet att säkerställa* att de anställda skulle få tillgång till denna uppskjutna lön. Avtalet ansågs således som en upphandling när den finansierade tjänsten var en *obligatorisk uppgift* som den upphandlande myndigheten objektivt sett hade anförtrott en extern aktör.

Av *Ordine delle Architetti* följer att den upphandlande myndigheten kan anses ha ett direkt ekonomiskt intresse av avtalet även om den inte själv har tagit initiativet till det. Det avgörande tycks i stället vara att avtalet *objektivt sett* uttrycker den upphandlande myndighetens *avsikt att genom sin finansiering få tillgång till* en viss prestation som är specificerat i avtalet och att den haft kontroll över denna specifikation av prestationen innan avtalet sluts. *Kommissionen mot Tyskland* visar att den upphandlande myndighetens *avsikt att få tillgång till* prestationen är *implicit* i ett avtal som avser en *uppgift som är obligatorisk för den upphandlande myndigheten*. Ett avtal kan således avspegla den upphandlande myndighetens avsikt att genom finansieringen få tillgång till en i avtalet specificerad prestation, och därmed anses

⁶¹⁹ I linje med rättspraxis om begreppet ersättning på frirörlighetsområdet och på moms-området, se *Le Rayon d'Or*, p. 34–35.

som ett avtal i syfte att "förvärva prestationen". Detta även när prestationen initialt har utvecklats och föreslagits av en privat aktör inom ramen för en ansökan om offentlig finansiering.

Det kan noteras att kravet att den prestation som får ersättning *i förväg* ska ha godkänts av den upphandlande myndigheten ställs inte bara för att en offentlig finansiering ska kunna ses som en upphandling i LOU:s mening utan också för att den ska kunna ses som ett *anförtroende* av SGEI-uppgifter i statsstödsreglernas mening. I meddelandet om statsstödsreglerna för SGEI förklarar nämligen kommissionen följande

*"Att tjänsteleverantören deltar i den process genom vilken den anförtros en allmännyttig tjänst betyder inte att uppdraget inte har sin grund i en myndighetsåtgärd, även om uppdraget ges på tjänsteleverantörens begäran (Mål T-17/02, Fred Olsen, punkt 188). I vissa medlemsstater är det inte ovanligt att myndigheterna finansierar tjänster som utvecklats och föreslagits av leverantören själv. Myndigheten måste dock besluta om den godkänner tjänsteleverantörens förslag innan den kan bevilja någon ersättning. Det är ovidkommande huruvida de nödvändiga inslagen i beslutet om tilldelning tas in direkt i beslutet att godta leverantörens förslag eller om en särskild rättsakt, till exempel ett avtal med leverantören, införs."*⁶²⁰

En slutsats som får dras i denna del är således att den offentliga finansieringen *objektivt sett* ska vara avsedd att möjliggöra för den upphandlande myndigheten att dess *egna* frivilliga eller obligatoriska uppgifter fullgörs. Detta kan anses vara fallet även om de egna frivilliga uppgifterna har fått inspiration av dialogen med en eller flera privata aktörer. Det avgörande verkar vara att prestationen kan anses ha specificerats av den upphandlande myndigheten, och detta innan denna har beslutat om tilldelningen av offentliga medel.

X => Myndigheten garanteras tillgång till prestationen, vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten.

I *Ordine delle Architetti* ansågs omständigheten att den upphandlande myndigheten på rättslig grund (avtalet) hade kontroll över de anläggningar som avsågs av avtalet och *garanterades tillgång till dem* (även om de i slutändan åtnjuts av tredje man) ansågs ha betydelse eftersom det bekräftade att dessa anläggningar redan från början var avsedda för offentlig användning.

⁶²⁰ Meddelande från kommissionen om tillämpningen av Europeiska unionens regler om statligt stöd på ersättning för tillhandahållande av tjänster av allmänt ekonomiskt intresse, 2012/C 8/02, p. 53.

I *Helmut Müller* bekräftades den upphandlande myndigheten inte kan anses ha ett direkt ekonomiskt intresse av prestationen om den inte genom avtalet garanteras tillgång till denna. "Att tillgång garanteras" bör tydligen förstås i bred mening, eftersom EUD i *Helmut Müller* gjorde klart att kravet kan anses vara uppfyllt även när den upphandlande myndigheten inte blir ägare till föremålet för avtalet.

Kärnan i detta krav kan anses vara att operatören direkt eller indirekt *skyldig att utföra prestationen*, i den meningen att *prestationens fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten*. Även om detta fastställdes i *Helmut Müller* i fråga om byggentreprenadavtal, kan kravet enligt min mening anses gälla även i fråga om tjänstekontrakt och varukontrakt.

Den slutsats som får dras av relevant rättspraxis i EUD är således att ett avtal om offentlig finansiering kan anses ha till syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader och därmed utgöra en upphandling i LOU:s mening, *förutsatt att de övriga rekvisiten är uppfyllda*, om samtliga följande kriterier är uppfyllda

- den offentliga finansiering som fastställs i avtalet avser en viss prestation,
- den prestation som får offentlig finansiering objektivt sett kan anses fullgöra den upphandlande myndighetens egna frivilliga eller obligatoriska uppgifter, oavsett om prestationen är avsedd för ett offentligt ändamål eller inte,⁶²¹ och oavsett om leverantörens motprestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo,⁶²²
- finansieringens mottagare direkt eller indirekt är skyldig att utföra prestationen, i den meningen att prestationens nationella fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den rätten.

4.6 Den offentliga finansieringen tilldelas en/flera leverantörer som den upphandlande myndigheten *har valt ut* (selektivitetsrekvisit)

Fastställandet i rättspraxis av ett selektivitetsrekvisit för upphandling i LOU-direktivets mening utgör en väsentlig utveckling för LOU:s tillämpningsområde. Denna utveckling har beskrivits av Sánchez-Graells som "slutet på upphandling såsom vi kände till den".⁶²³

621 Se artikel 1.2 LOU-direktivet.

622 Se C-271/08 *kommissionen mot Tyskland* EU:C:2010:426 och prop. 2015/16:195, s. 934.

623 Se Sánchez-Graells blogpost "the end of procurement rules as we knew them", <http://www.howtocrackanut.com/blog/2018/3/5/the-end-of-procurement-as-we-knew-it-cjeu-consolidates-falk-pharma-approach-to-definition-of-procurement-c-917>.

4.6.1 Selektivitetsrequisitet i LOU infört genom LOU-direktivet och fastställt i *Falk Pharma* och *Tirkkonen*

I förarbetena till LOU anges att det krävs ett inslag av selektivitet för att en åtgärd ska kunna betraktas som en upphandling i LOU:s mening. Åtgärden ska således innebära att den upphandlande myndigheten väljer ut en eller flera leverantörer, vilket skiljer sig från sådana situationer där samtliga leverantörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet.⁶²⁴ I detta avseende hänvisar förarbetena till skäl 4 LOU-direktivet, som förklarar att

situationer då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, [bör] inte ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster).

Trots att skäl 4 LOU-direktivet inte i sig är bindande (vilket uttrycks bl.a. genom verben "bör") kan det numera anses avspegla fast rättspraxis om tolkningen av begreppet offentlig upphandling såsom det utvecklats sedan direktivet trädde i kraft.

Ett avtal omfattas inte av LOU om det ingår i ett sådant "icke-selektivt avtalsbaserat system" där den upphandlande myndigheten inte väljer mellan olika leverantörer utan ingår avtal med varje aktör som åtar sig att leverera den prestation som avses av avtalet på i förväg bestämda villkor.

I *Falk Pharma* ansåg EUD att artikel 1.2 direktiv 2014/24 kan anses uttrycka en princip om att urvalet av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare utgör ett grundläggande kriterium med avseende på begreppet "upphandling" i direktivets mening, eftersom "ett av kriterierna däri är att den upphandlande myndigheten ska ha valt ut den ekonomiska aktör från vilken den sedan genom ett offentligt kontrakt anskaffar de byggtreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen".⁶²⁵ Domstolens uppfattning var att detta synsätt redan hade "visst stöd" i det äldre LOU-direktivet (direktiv 2004/18/EG, som gällde för målet).⁶²⁶

Målet rörde ett auktorisationsförfarande som en tysk försäkringskassa hade inlett i syfte att ingå avtal för år 2013–2015 om prisnedsättning med företag som saluför ett läkemedel i vilket det verksamma ämnet är mesalazin. Förfarandet innebar att alla berörda företag som uppfyllde uppställda kriterier godkändes och att identiska avtal, vars innehåll hade fastställts på förhand och inte var förhandlingsbart, kunde

⁶²⁴ Prop. 2015/16:195, s. 933–934.

⁶²⁵ Dom i mål C-410/14 *Dr. Falk Pharma GmbH v DAK-Gesundheit* ECLI:EU:C:2016:399, p. 39–40.

⁶²⁶ Artikel 43 första stycket e i direktiv 2004/18, där det anges att den upphandlande myndigheten för varje kontrakt, varje ramavtal och varje genomförande av ett dynamiskt inköpssystem ska upprätta ett protokoll, som ska innehålla namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet och skälen till att vederbörandes anbud valt.

ingås med vart och ett av dessa företag. Dessutom hade andra företag som uppfyllde nämnda kriterier fortfarande möjlighet att på samma villkor ansluta sig till systemet för avtal om prisnedsättning under systemets giltighetstid.⁶²⁷ Ett sådant avtal ingicks med Kohlpharma vilket var det enda företag som visade intresse.

EUD fann att ett offentliga kontrakt i det äldre LOU-direktivets mening inte föreligger inom ramen för ett sådant system där ett offentligt organ ämnar förvärva varor på marknaden genom att, under detta systems hela giltighetstid, ingå avtal med varje ekonomisk aktör som åtar sig att leverera de berörda varorna på i förväg fastställda villkor, utan att nämnda offentliga organ därvid gör något val mellan intresserade ekonomiska aktörer och varvid de ekonomiska aktörerna ges möjlighet att ansluta sig till nämnda system under systemets hela giltighetstiden.⁶²⁸

Domstolen påpekade först att systemet visserligen innebär att kontrakt med ekonomiska villkor ingås mellan ett offentligt organ som kan vara en upphandlande myndighet och ekonomiska aktörer, avseende leverans av varor, vilket motsvarade definitionen av begreppet "offentligt kontrakt" i det äldre LOU-direktivet (direktiv 2004/18/EG).⁶²⁹ Domstolen gjorde emellertid bedömningen att ett system där leveransavtal ingås med alla ekonomiska aktörer som önskar leverera de berörda produkterna på de villkor som nämnda organ har angett, innebar att ingen ekonomisk aktör väljs ut och ges ensamrätt till ett kontrakt. Under sådana omständigheter var det inte nödvändigt att låta denna upphandlande myndighets agerande omfattas av de detaljerade reglerna i direktivet 2004/18/EG för att förhindra att myndigheten skulle behandla de nationella aktörerna förmånligare vid tilldelningen av ett kontrakt.⁶³⁰

På denna grund drog domstolen slutsatsen att urvalet av ett anbud och därmed av en vinnande anbudsgivare får anses vara ett grundläggande kriterium med avseende på offentlig upphandling i den mening som avsågs i direktiv 2004/18/EG och för begreppet "offentligt kontrakt" i direktivets mening.⁶³¹ Domstolen ansåg att detta var en implicit princip som numera uttryckligen uttrycks i definitionen av "upphandling" i direktiv 2014/24/EU. Ett av kriterierna däri är att den upphandlande myndigheten ska ha valt ut den ekonomiska aktör från vilken den sedan genom ett offentligt kontrakt *anskaffar* de byggentreprenader, varor eller tjänster som är föremål för upphandlingen.⁶³²

627 Dom i mål C-410/14 *Dr. Falk Pharma GmbH v DAK-Gesundheit* ECLI:EU:C:2016:399, p. 14.

628 *Ibid.*, p. 42.

629 *Ibid.*, p. 32–33.

630 *Ibid.*, p. 37.

631 *Ibid.*, p. 38.

632 *Ibid.*, p. 40.

Ett avtal som ingår i ett "icke-selektivt avtalsbaserat system" omfattas inte av LOU, även om inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig till det avtalsbaserade systemet under dess begränsade giltighetstid.

Tolkningen av begreppet offentlig upphandling i *Falk Pharma* har nyligen bekräftats och preciserats i *Tirkkonen*, där bakgrunden var följande. EU-förordningen om finansiering, förvaltning och övervakning av den gemensamma jordbrukspolitiken ålägger medlemsstaterna att inrätta system för jordbruksrådgivning för jordbrukare som är mottagare av miljöstöd. För att genomföra denna skyldighet har det finska Landsbygdsverket, i enlighet med finska föreskrifter som kräver att rådgivarna i ett sådant system väljs genom offentlig upphandling, begärt anbudsinfördran för kontrakt för år 2015–2020. Alla rådgivare som uppfyllde kraven i anbudsinfördran valdes ut, efter successiva beslut. Genom det första villkorliga tilldelningsbeslut valdes samtliga rådgivare som hade inkommit med anbud och som uppfyllde kraven om kvalifikation, utbildning och erfarenhet som rådgivare i anbudsinfördran ut. Genom det andra och slutliga beslutet tilldelades kontrakt till de rådgivare som hade valts ut villkorligt och dessutom hade klarat det prov som angavs i bilagan till anbudsinfördran.

Inom ramen för systemet får jordbrukarna välja rådgivare bland dem som har kontrakt med Landsbygdsverket som då betalar rådgivaren med timlön (jordbrukaren skulle betala moms på denna ersättning). När upphandlingen, som den finska staten betraktade som ett ramavtal, var slutförd, skulle inga nya rådgivare få kontrakt under den avsedda perioden. Maria Tirkkonen ingick inte bland de rådgivare som hade blivit villkorligt antagna eftersom hon inte hade kryssat att hon godtog ramavtalets villkor i Landsbygdsverkets formulär för anbud. Hon överklagade beslutet och inom ramen för rättsprocessen ville Högsta förvaltningsdomstolen i Finland få klarhet i huruvida lagen om offentlig upphandling omfattade de aktuella kontrakten.

EUD slog fast att ett system för jordbruksrådgivning, genom vilket ett offentligt organ väljer ut samtliga ekonomiska aktörer som uppfyller de lämplighetskrav som anges i anbudsinfördran och som klarat det prov där de nämns, inte ska anses utgöra ett offentligt kontrakt i (det äldre) LOU-direktivets mening. Domstolen preciserade att detta gällde även i system som i *Tirkkonen* där, till skillnad från det system som var i fråga i *Falk Pharma*, *inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig till det avtalsbaserade systemet under dess begränsade giltighetstid*.⁶³³

I *Falk Pharma* påpekade EUD att selektivitetskriteriet kan anses vara uttryckt i definitionen av upphandling artikel 1.2 i LOU-direktivet som föreskriver att den upphandlande myndigheten ska ha "valt ut" den ekonomiska aktör från vilken den

⁶³³ Dom i mål C-9/17 *Tirkkonen* EU:C:2017:962.

sedan genom ett offentligt kontrakt anskaffar byggtreprenader, varor eller tjänster. I LOU uttrycks kriteriet genom termen "tilldelning" av kontrakt.⁶³⁴

Avtal inom ramen för avtalsbaserade icke-selektiva system: inte upphandling, men auktorisationer att erhålla offentlig ersättning som ska annonseras.

Enligt Sánchez-Graells var det i *Falk Pharma* ostridigt att anskaffningsrekvisitet var uppfyllt, även om avsaknaden av selektivitet i det avtalsbaserade systemet i fråga i målet innebar att tilldelningen av avtalen inte var att betrakta som en upphandling.

Efter *Falk Pharma* och *Tirkkonen* har det klargjorts att avtalsbaserade icke-selektiva system ska likställas med auktorisationssystem. Som tidigare nämnts förklaras i fjärde paragrafen i skäl 114 LOU-direktivet att sådana system som går ut på att bevilja tillstånd att tillhandahålla (offentligt finansierade) sociala tjänster till alla ekonomiska aktörer som uppfyller de villkor som den upphandlande myndigheten uppställt i förväg, utan några gränser eller kvoter, ska *trygga en tillräcklig annonsering och överensstämmer med principerna om öppenhet och icke-diskriminering*.

Denna förklaring återspeglas i *Falk Pharma* där EUD slog fast att förfarandet för tilldelningen av avtal inom ramen för icke-selektiva system, i den mån föremålet för systemet är av bestämt gränsöverskridande intresse, ska utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principen om förbud mot diskriminering och principen om likabehandling av de ekonomiska aktörerna, samt den därav följande skyldigheten att lämna insyn som innebär krav på ändamålsenligt offentliggörande.⁶³⁵ Domstolen underströk att medlemsstaterna förfogar över ett visst utrymme för en skönsässig bedömning när de vidtar åtgärder ägnade att säkerställa att likabehandlingsprincipen och skyldigheten att lämna insyn iakttas. Skyldigheten att lämna insyn förutsätter emellertid enligt domstolen "ett offentliggörande som gör det möjligt för potentiellt intresserade ekonomiska aktörer att i vederbörlig ordning få kännedom om hur ett sådant auktorisationsförfarande som det som är i fråga i det nationella målet går till och vad som huvudsakligen kännetecknar förfarandet".⁶³⁶

Att avtal om offentlig finansiering av sociala tjänster i sådana icke-selektiva system anses falla inom tillämpningsområdet för dessa principer i EU-rätten innebär att de sociala tjänsterna anses vara utförda mot ersättning inom ramen för sådana system.⁶³⁷

⁶³⁴ Prop. 2015/16:195, s. 922–934.

⁶³⁵ Dom i mål C-410/14 *Dr. Falk Pharma GmbH v DAK-Gesundheit* ECLI:EU:C:2016:399, p. 44.

⁶³⁶ *Ibid.*, p. 44–45.

⁶³⁷ Jmf danska beslut som funnit att kommuner saknade ett ekonomiskt intresse av avtalen i vissa valfrihetssystem och att dessa avtal därför inte utgjorde offentliga kontrakt, se Risvig Hamer C., 2016, s. 196–199.

4.7 Slutsatser

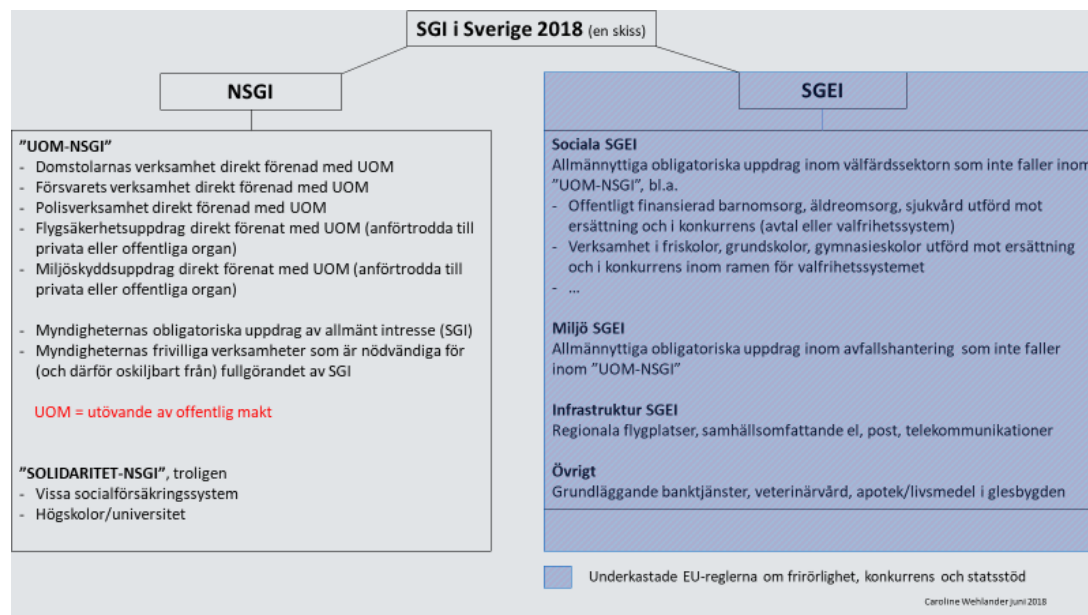
Följande slutsatser får dras om de kriterier som tillsammans avgör om den offentliga finansieringen av en verksamhet kan ses som en upphandling i LOU:s mening, dvs. rekvisit (1) till (5) nedan.

(1) Tjänster eller varor i EUF-fördragets mening, med undantag av NSGI

Tjänster och varor i LOU-definitionen av upphandling är sådana varor och tjänster som *normalt* (dvs. generellt, i teorin) utförs/levereras mot ersättning. Bland dessa tjänster och varor utgör vissa NSGI som inte bör omfattas av LOU-direktivet och därmed inte heller av LOU. Trots osäkerheten om vilka verksamheter som kvalificeras som NSGI kan med stöd av analysen i avsnitt 3 påstås att det i Sverige finns tre grupper av NSGI, varav två sorterar under huvudkategorin "UOM-NSGI" och en under huvudkategorin "solidaritet-NSGI".

- Den första huvudtypen, "UOM-NSGI", innefattar således dels verksamheter som är *direkt och specifikt* förenade med utövande av offentlig makt, dels statens, landstingens och kommunernas obligatoriska befogenheter som kan betraktas som SGI-uppdrag i den mening som avses i artikel 2 SGI-protokollet, samt all verksamhet som är oskiljbar från dessa SGI-uppdrag. Med "oskiljbar" avses verksamhet som är nödvändig för att den ansvariga myndigheten ska fullgöra sitt SGI-uppdrag.
- Den andra huvudtypen, "solidaritet-NSGI", innefattar sådana NSGI som tillhandahålls av organ vars verksamhet bygger på principen om nationell solidaritet utan något som helst vinstsyfte och under statens kontroll. En sådan "solidaritet-NSGI" kan tänkas vara den svenska allmänna pensionen.

Schemat nedan visar hur rättsläget skulle kunna anses vara för närvarande i Sverige.



Även icke-ekonomiska tjänster omfattas av LOU om de anskaffas genom upphandling i LOU:s mening, vilket beror på att de blir ekonomiska genom en upphandlingsprocess. NSGI är således primärt en fråga för den svenska lagstiftaren i den mening att svensk rätt bör klargöra vilka verksamheter som utgör sådana NSGI i EU-rättens mening som i Sverige *inte får* upphandlas och därför inte omfattas av LOU.

(2) Skriftligt kontrakt mellan en/flera upphandlande myndigheter och en/flera leverantörer

I rättspraxis har begreppet "kontrakt" i LOU tolkats funktionellt, dvs. extensivt. I begreppet ligger ett krav på ömsesidiga prestationer där parterna kan påverka villkoren för överenskommelsen. En myndighets begränsade autonomi inom ramen för vissa markexploateringsavtal utesluter inte att avtalet anses vara ett kontrakt i LOU:s mening om det innebär en anskaffning av tjänster och varor (*Ordine delli Architetti*). Vad gäller operatören förutsätter begreppet kontrakt att denna åtminstone har handlingsfrihet i fråga om huruvida den ska utföra en beställning som gjorts av den berörda myndigheten eller har något inflytande på vilken ersättning den ska få för dess tjänster (*Tragsa*). En dominerande uppfattning i doktrinen är att upphandlingsreglerna inte slutar vara tillämpliga på ett avtal endast för att detta inte har slutits skriftligt.

Upphandlande myndigheter kan både vara myndigheter och offentligt styrda organ. Begreppet "offentligt styrda organ" har tolkats vitt i rättspraxis. När det (enligt min mening felaktigt) hävdas att alla aktörer som tillhandahåller avgiftsfria sociala tjänster inom ett offentligt finansierat system utövar NSGI måste frågan ställas om privata operatörer i sådana system i så fall utgör offentligt styrda organ och därmed upphandlande myndigheter i LOU:s mening.

Begreppet "leverantör" i LOU motsvarar begreppet "ekonomisk operatör" i LOU-direktivet som progressivt har visat sig i princip synonymt med begreppet "företag" i EU:s konkurrensrätt (*CoNISMa*). Den mycket vida tolkningen av begreppet leverantör gör det tydligt att EUD ser på varje upphandlande myndighets planer att anförtro uppdrag till externa aktörer mot offentlig finansiering som en form av *marknad* i konkurrensrättens mening.

EUD har fastställt att vid bedömningen av om en åtgärd utgör en offentlig upphandling saknas det betydelse om leverantören själv är en upphandlande myndighet (*Teckal*), om den inte i första hand bedriver verksamhet i vinstsyfte (*Spezzino, kommissionen mot Italien C-119/06*), om den inte är organiserad som ett företag eller inte varit stadigvarande på marknaden (*CoNISMa*). Det saknas också betydelse huruvida leverantören ska kunna utföra den avtalade prestationen med egna resurser (*Auroux*).

(3) Ett kontrakt med ekonomiska villkor

I och med införandet av definitionen av begreppet "upphandling" i LOU-direktivet och i LOU, som kräver att kontraktet ingås i syfte att "anskaffa" tjänster, varor eller byggentreprenader, kan kontraktkriteriet "med ekonomiska villkor" anses ha en självständig betydelse, framför allt vad gäller *operatörens* ekonomiska intresse av kontraktet. Ett sådant ekonomiskt intresse kräver att leverantören utför den avtalade prestationen mot *ekonomisk ersättning*, dvs. dels att operatören faktiskt erhåller en ersättning (som självfallet kan bestå av allmänna medel), dels att denna ersättning kan anses vara ett marknadspris för prestationen, vilket förutsätter att operatören tar en *ekonomisk risk* genom att autonomt åta sig att utföra en bestämd prestation för en viss ersättning.

En utbetalning kan objektivt sett betraktas som en ekonomisk ersättning för den avtalade prestationen även om den endast täcker kostnaderna för tjänsten (*Lecce, Spezzino*). Det som kan visa att en offentlig finansiering objektivt sett utgör den ekonomiska ersättningen av tjänster som en frivillig organisation åtar sig att utföra är att avtalet gör det möjligt för organisationen att *i förväg veta vilken ersättning den erhåller för sina åtaganden* och därmed kan säkerställa att ersättningens beräkning inte utsätter den för en ekonomisk risk som den inte själv har accepterat.

(4) Den offentliga finansieringen syftar till att anskaffa tjänster, varor eller byggtreprenader.

Skäl 4 LOU-direktivet kan anses uttrycka att rekvisitet "anskaffning" konsoliderar EU-domstolens rättspraxis om den del av kontraktrekvisitet "med ekonomiska villkor" som kräver att den upphandlande myndigheten har ett direkt ekonomiskt intresse av avtalet. I enlighet med denna praxis ska således anskaffningskravet (1) ges en vid tolkning, (2) anses vara uppfyllt när avtalet garanterar att den upphandlande myndigheten får tillgång till fördelarna av de berörda byggtreprenaderna, varorna eller tjänsterna och (3) inte kräva överlåtelse av äganderätten för att en sådan tillgång ska anses garanterad genom kontraktet.

De objektiva kriterier som avgör huruvida ett kontrakt sluts i anskaffningssyfte kan anses finnas i EU-domstolens rättspraxis om att den upphandlande myndigheten ska ha ett ekonomiskt intresse av finansieringen (*Ordine delli Architetti, Auroux, Helmut Müller*, och mål C-271/08 *kommissionen mot Tyskland*). Av denna praxis får slutsatsen dras att ett avtal om offentlig finansiering kan anses ha till syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader och därmed utgöra en upphandling i LOU:s mening, *förutsatt att de övriga rekvisiten är uppfyllda*, om samtliga följande kriterierna är uppfyllda

- den offentliga finansiering som fastställs i avtalet avser en bestämd prestation,
- den prestation som får offentlig finansiering objektivt sett kan anses fullgöra den upphandlande myndighetens *egna* frivilliga eller obligatoriska uppgifter, oavsett om prestationen är avsett för ett offentligt ändamål eller inte, och oavsett om leverantörens prestation kommer den upphandlande myndigheten eller tredje man till godo,
- finansieringens mottagare är direkt eller indirekt skyldig att utföra prestationen, i den meningen att *prestationens fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten*.

Så länge det saknas en tydlig definition av "finansiering" och "bidrag" i EU-rätten eller i svensk rätt, kan dessa termer inte anses lämpliga för att beteckna offentlig finansiering som inte utgör anskaffning och därför inte omfattas av LOU. Termen "bidrag" har en otydlig betydelse i svensk rätt, i EU-reglerna om upphandling och i EU-rätten generellt. I *Cambridge* används således bidrag för att beteckna både ekonomiskt stöd utan motprestation och den ekonomiska motprestationen av avtalsenliga tjänster och i den svenska skollagen används begreppet "bidrag" för att beteckna utbetalningar till friskolor som är att ses som den *ekonomiska motprestationen* för de skoltjänster som dessa skolor utför.

(5) Den offentliga finansieringen går till en/flera leverantörer som den upphandlande myndigheten har valt ut (selektivitetsrekvisit)

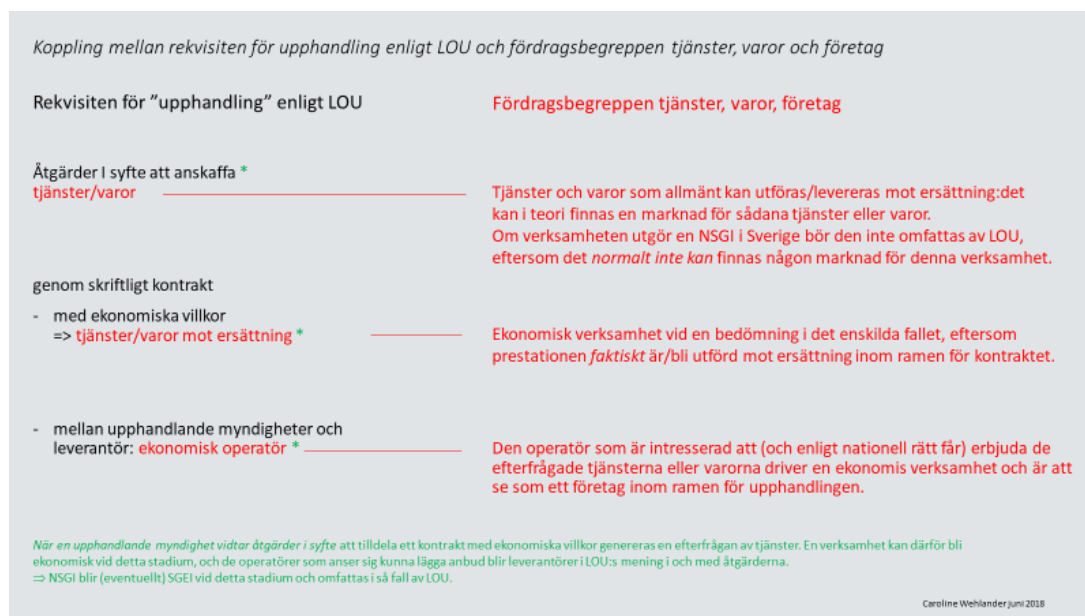
Av *Falk Pharma* och *Tirkkonen* får slutsatsen dras att ett avtal inte omfattas av LOU om det ingår i ett avtalsbaserat system där den upphandlande myndigheten inte väljer mellan olika leverantörer utan ingår avtal med varje aktör som åtar sig att leverera den prestation som omfattas av avtalet på i förväg bestämda villkor. Detta är fallet även om inga nya ekonomiska aktörer tillåts ansluta sig till det avtalsbaserade systemet under dess begränsade giltighetstid. Om föremålet för ett sådant icke-selektivt avtalsbaserat system är av bestämt gränsöverskridande intresse, ska emellertid förfarandet för tilldelningen av avtal utformas och genomföras på ett sätt som är förenligt med de grundläggande reglerna i EUF-fördraget, särskilt principerna om icke-diskriminering, likabehandling av de ekonomiska aktörerna och transparens, vilka innebär krav på ändamålsenligt offentliggörande (*Falk Pharma* och skäl 114 LOU-direktivet).

Även om svenska icke-selektiva system för offentligt finansierade sociala tjänster faller utanför LOU, omfattas de således av fördragen och ska därför trygga en tillräcklig annonsering och överensstämma med principerna om öppenhet och icke-diskriminering.

Selektivitetskriteriet uttrycks diskret i definitionen av upphandling i LOU-direktivet ("ekonomiska aktörer som *utvalts* av dessa upphandlande myndigheter", artikel 1.2 LOU-direktivet) och ännu mer diskret i LOU ("genom *tilldelning* av kontrakt", 1 kap. 2 § st. 1 LOU), samt i skäl 4 LOU-direktivet, som uttalar att situationer (exempelvis licenser för läkemedel eller hälsovårdstjänster) då samtliga aktörer som uppfyller vissa villkor har rätt att utföra en bestämd uppgift utan selektivitet, exempelvis vid valfrihet för kunden och system med servicecheckar, inte bör ses som upphandling, utan enbart som auktorisationssystem.

Sammanfattning om sambanden mellan rekvisiten för upphandling enligt LOU och EU-begreppen tjänster, varor, företag och ekonomisk verksamhet

Sammanfattningsvis konstateras att den vida tolkning som EUD har gjort av flera kontraktrekvisit – ”varor”, ”tjänster”, ”med ekonomiska villkor” och ”ekonomisk operatör” – ligger i linje med domstolens tolkning av fördragsbegreppen ”tjänster” och ”varor” inom frirörlighetsrätten samt ”företag” inom konkurrens- och statsstödsrätten. Den nära kopplingen mellan kontraktrekvisiten i LOU och EU-begreppen tjänster, varor, företag och ekonomisk verksamhet illustreras i bilden nedan.



5 Huruvida offentlig finansiering av verksamheter omfattas av LOU: fokus på några osäkra situationer

I detta kapitel analyseras tre situationer där frågan huruvida offentlig finansiering av sociala och miljötjänster kan anses utgöra offentliga kontrakt i EU-rättens mening har uppstått:

- Den statliga finansieringen av ett allmännyttigt uppdrag som anförtros Jägareförbundet genom administrativt beslut
- Den offentliga finansieringen av verksamhet som utförs inom ramen för IOP-avtal
- Den offentliga finansieringen av välfärdstjänster som utförs inom ramen för valfrihetssystem

Det är angeläget att ta upp den tredje situationen bl.a. av följande skäl. Å ena sidan anser Konkurrensverket att samarbetet med ideella organisationer inom ramen för IOP-avtal kan hindras av LOU (Alingsås). Å andra sidan anser regeringen att modersmålsundervisning och studiehandledning på modersmål kan läggas på entreprenad utan konkurrens och utan hinder av LOU, på den påstådda grunden att verksamheten är icke-ekonomisk, trots att det finns en skolmarknad och trots att entreprenaden får läggas på privata aktörer med vinstsyfte. En sådan asymmetri är svår att förklara rättsligt och är problematisk med tanke på att den riskerar att leda till bristande koherens i den svenska rättstillämpningen.

5.1 Offentlig finansiering av sociala tjänster i Sveriges valfrihetssystem omfattas inte av LOU men verksamheten som finansieras bör anses som ekonomisk

De svenska valfrihetssystemen bygger antingen på LOV eller skollagen. En fråga som uppstod tidigt var om LOV-baserade avtal kan anses som offentliga kontrakt i EU-rättens mening. En annan viktig fråga är huruvida den offentliga finansieringen av friskolornas undervisning utgör ersättning av tjänster i EU-fördragets mening och därmed omfattas av EU:s inre marknads- och konkurrensregler.

5.1.1 Att sociala tjänster i Sveriges offentligt finansierade valfrihetssystem utgör en ekonomisk verksamhet är tämligen säkert

Ovan har jag redan kritiskt kommenterat det som i vissa utredningsområden kallas "finansieringsmetod" efter en tes som Sylvan har drivit i några år att offentligt finansierade välfärdstjänster är icke-ekonomiska. Enligt min mening finns det inga NSGI som grundas på en "finansieringsmetod". I stället visar befintlig rättspraxis i EUD att NSGI antingen är verksamheter som är nära anknutna till utövande av offentlig makt eller verksamheter som utövas i system som helt och hållet (och inte bara på finansieringens sida) styrs av solidaritetsprincipen.

Det kan vara politiskt eller ekonomiskt fördelaktigt, men framstår som rättsligt ohållbart, att bestrida att sociala tjänster, både när de *utförs* inom ramen för kontrakt som tilldelats efter upphandlingsförfarande enligt LOU och när de *utförs* inom ramen för LOV-avtal, utgör en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening. Denna slutsats kunde redan dras med stöd av EU-domstolens praxis fram till juni 2016.⁶³⁸ Att slutsatsen kan påstås vara korrekt bekräftas av senare rättspraxis, bl.a. *Spezzino* där EUD fann att de avtal om sjuktransporter som tilldelades organisationer utan vinstsyfte var kontrakt med ekonomiska villkor och *Dôvera* där tribunalen fastslog att en verksamhet (i detta fall socialförsäkring) är ekonomisk när den utförs i nationella system där både operatörer med vinstsyfte och operatörer utan vinstsyfte får tillhandahålla tjänster i konkurrens.

När LOV infördes var det tydligt att *den svenska lagstiftaren* ansåg att tjänster som tillhandahålls inom ramen för LOV-baserade system har ekonomisk karaktär, oavsett om de tillhandahålls av privata eller av offentliga organ. Denna utgångspunkt var implicit i förarbetena där statsstödsreglerna ansågs tillämpliga.⁶³⁹ Att verksamheten anses ekonomisk inom ramen för dessa system framgår med all tydlighet av en bestämmelse i LOV som under rubriken "ekonomisk ersättning" föreskriver att "grunderna för den *ekonomiska* ersättningen till en leverantör ska framgå av förfrågningsunderlaget" (4 kap. 1 § LOV).⁶⁴⁰

638 Se Wehlander C., 2016, s. 289–295 (LOV allmänt) och s. 299–319 (hemtjänst inom ramen för LOV).

639 Se prop. 2008/09:29, s. 81 och 124.

640 I det avseendet är det intressant att notera att den finländska regeringen har gjort en liknande bedömning i sin proposition om valfrihetsmodell inom social och hälsovården (mycket lika systemen i LOV), som föreslås träda i kraft i början av år 2020 och ska beslutas av den finländska riksdagen i juni 2018. I propositionen anfördes att "[den finländska] regeringens tolkning av Europeiska kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd (C/2016/2946) och Europeiska unionens domstols rättspraxis som behandlas i det är att produktionen av social- och hälsovårdstjänster i ett system som grundar sig på ett direkt lagstadgat val av kunder och producenters rätt att anmäla sig och bli godkända som producenter av tjänster som omfattas av valfrihet ur unionsrättens perspektiv är ekonomisk marknadsverksamhet." Se Den finländska regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagar om kundens valfrihet inom social- och hälsovården samt ändring av 2 § i lagen om statens revisionsverk, <https://www.finlex.fi/sv/esitykset/he/2017/20170047.pdf>, s. 254.

Mot denna bakgrund är det uppenbart att regeringen behövde försäkra sig om att LOV inte stred mot EU-rätten om upphandling och en central fråga var därför hur LOV-baserade avtal förhöll sig till begreppet offentligt kontrakt i EU-rätten. I detta avseende var propositionens utgångspunkt att "[LOV] anger hur en upphandlande myndighet ska förfara vid *anskaffning* av stöd-, vård- och omsorgstjänster i ett valfrihetssystem."⁶⁴¹ LOV-baserade avtal bedömdes således utgöra offentliga kontrakt i upphandlingsdirektivens och LOU:s bemärkelse.⁶⁴²

Regeringen instämde då med kommissionens bedömning att LOV-avtal uppvisade många likheter med de samverkansavtal som landstingen ingår med läkare och sjukgymnaster enligt lagen (1993:1652) om ersättning för sjukvårdsgymnastik (LOS) och skulle betraktas som tjänstekoncessioner. Även om priset på LOS-samverkansavtal fastställdes genom svensk lag var kommissionens bedömning att sådana avtal kunde anses slutna med ekonomiska villkor eftersom de tilldelades utifrån kriterier om t.ex. tjänsternas kvalitet och tjänsteleverantörens tillgänglighet.⁶⁴³

Mot bakgrund av *Falk Pharma* har välfärdsutredningen gjort bedömningen att valfrihetssystem enligt LOV inte omfattas av upphandlingsdirektiven men detta innebär inte att svenska marknadsbaserade valfrihetssystem faller utanför EU-rätten.⁶⁴⁴ Samtidigt som *Falk Pharma* och i *Tirkkonen* kan anses innebära att både avtalsbaserade eller icke-avtalsbaserade valfrihetssystem för offentligt finansierade sociala tjänster (LOV-system och skolsystemet) faller utanför LOU, bör frågan anses vara om dessa system omfattas av EU-reglerna om fri rörlighet och om statsstöd.

I den nyligen framlagda propositionen om tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet förefaller regeringen betrakta det som möjligt att offentlig finansiering inom ramen för LOV-baserade valfrihetssystemen omfattas av EU:s inre marknadsregler och konkurrensregler, även om det påstås vara oklart.⁶⁴⁵ I propositionen görs bedömningen att det saknas anledning att pröva den föreslagna regleringens förenlighet med EU-rätten. Regeringen förlitar sig på utredningens bedömning att grundläggande utbildning enligt skollagen inte är ekonomisk i EU-rättslig mening.⁶⁴⁶

641 Prop. 2008/09:29, s. 52.

642 Prop. 2008/09:29, s. 55.

643 Prop. 2008/09:29, s. 57. Detta avvek från den bedömning som Regeringsrätten hade gjort år 2006 i en tvist mellan Västra Götalands läns landsting och Landvetters Sjukgymnastik och Friskvård AB. Regeringsrättens dom i mål nr. 5789-04 Västra Götalands läns landsting/Västra Götalandsregionen mot Landvetters Sjukgymnastik och Friskvård AB.

644 SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden, s. 574.

645 Proposition 2017/18:159 Tillstånd att ta emot offentlig finansiering inom socialtjänsten, assistansersättningen och skollagsreglerad verksamhet, s. 155–156.

646 Ibid., s. 155. SOU 2017:44 Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning, s. 31–32.

Denna bedömning är svår att förena med domen från Förvaltningsrätten i Malmö som kom fram till att friskolor i Sverige bedriver en kommersiell verksamhet och därför inte behövde tillämpa LOU vid upphandling.⁶⁴⁷ Klaganden, som ville överpröva stiftelsen Rudolf Steinerskolan i Lunds upphandling av skolskjuts påstod att stiftelsen var att betrakta som ett offentligt styrt organ vars upphandlingar omfattas av LOU. Enligt förvaltningsrätten tillgodosåg stiftelsen ett behov i det allmännas intresse och därmed var det avgörande huruvida verksamheten saknade kommersiell karaktär. Förvaltningsrätten konstaterade att stiftelsens verksamhet var utsatt för konkurrens av såväl andra friskolor som kommunala skolor, samt att stiftelsen bar den ekonomiska risken för sin verksamhet. Under sådana omständigheter fann förvaltningsrätten att stiftelsen bedrev en kommersiell verksamhet och därför inte kunde betraktas som ett offentligt styrt organ i LOU:s mening.

Det kan vidare konstateras att Upphandlingsmyndigheten inte instämmer i regeringens bedömning att utbildning i det svenska skolsystemet utgör en NSGI eftersom den på sin hemsida informerar om att friskolor vanligtvis inte omfattas av LOU eftersom de "normalt sett inte [betraktas] som offentligt styrda organ då verksamheten vanligen är av kommersiell karaktär".⁶⁴⁸

Det är viktigt att understryka att varken förvaltningsrättsdomar eller Upphandlingsmyndighetens vägledningar är prejudicerande. De bedömningar som redovisas ovan visar dock att de analyser som används i offentliga utredningar och förarbeten inte övertygar rättstillämparen, som tydligen anser att friskolor bedriver en ekonomisk verksamhet, även om de tillgodoser ett behov i det allmännas intresse, är utan vinstsyfte och nästan helt finansieras av offentliga medel.

Faktum är att solidarisk finansiering och tjänstens sociala karaktär kan innebära att utbildning betraktas som NSGI, *dock endast under vissa förutsättningar*. Kammarrätten i Stockholm har således funnit att den utbildning för rektorer av statliga universitet och högskolor samt andra skolledare som utfördes på svenska lärosäten var att betrakta som en NSGI eftersom utbildningen (1) utgjorde ett instrument för att uppnå statens utbildningspolitiska mål, (2) utfördes av inrättningar som ingår i det nationella systemet för undervisning som "helt eller delvis" finansieras med offentliga medel, och (3) finansierades till största delen av staten utan att staten avser att bedriva verksamheten i vinstsyfte. Under sådana omständigheter bedömde kammarrätten att befattningsutbildningen inte utgjorde en prestation som normalt utförs mot ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF. Slutsatsen blev att den befattningsutbildning som Myndigheten för skolutveckling

647 Dom i Förvaltningsrätten i Malmö mål nr. 6607-16.

648 Upphandlingsmyndigheten

<https://frageportalen.upphandlingsmyndigheten.se/org/upphandlingsmyndigheten/d/ar-friskolor-skyldiga-att-upphandla/>.

(MSU, numera Skolverket) på uppdrag av regeringen hade beställt från svenska lärosäten inte omfattades av LOU.⁶⁴⁹

Kammarrättens resonemang ligger i linje med EU-domstolens resonemang i *Humbel*, vilket i detta fall var enligt min mening korrekt eftersom den tillämpades i fråga om svenska universitet och högskolor som utgör myndigheter vars syfte kan vara samma syfte som statens. Avgörandet illustrerar att enbart beställningar av NSGI inte ska anses som upphandlingar, annars riskeras att principen i artikel 2 SGI-protokollet inte respekteras.

Det kan också noteras att kommissionen i ett beslut år 2006 kom fram till att den offentliga finansieringen av investeringar i en privatägd teknisk gymnasieskola i Tjeckien inte utgjorde statsstöd, med motiveringen att skolans verksamhet inte var ekonomisk. Kommissionen framhöll att skolan inte hade vinstsyfte och att vinster, om sådana uppstod i skolans verksamhet, bara kunde investeras i skolans undervisningsverksamhet och inte fick delas ut. Under sådana omständigheter ansåg kommissionen att skolan agerade för statens räkning eftersom dess *syfte* inte var att erbjuda en tjänst mot ersättning.⁶⁵⁰ Även om det inte framgår av beslutet verkar situationen ha varit att inga privata skolenheter som deltog i det nationella systemet i fråga fick ha vinstsyfte, eftersom möjligheten för vinstsyftande aktörer att delta i ett nationellt skolsystem vid den tiden knappast fanns någon annanstans än i Sverige.

5.1.2 Knepiga frågor uppstår när den ekonomiska karaktären av välfärdstjänster i valfrihetssystem erkänns

Som redan nämnts måste den nya definitionen av upphandling i LOU-direktivet ses som en reaktion till den extensiva tolkning som EU-begreppen ekonomisk verksamhet och offentligt kontrakt har fått i EU-domstolens rättspraxis. Det kan påstås vara denna utveckling som har lett EU-lagstiftaren, med särskilt stöd av Sverige, att definiera upphandling i direktivets mening som ett kontrakt som har till syfte att *anskaffa* tjänster, varor eller byggentreprenader. Tolkningen av kravet på anskaffning, direkt kopplad till kravet i rättspraxis att kontraktet har direkt ekonomiskt intresse, har stor betydelse för medlemsstaternas frihetsutrymme att organisera offentligt finansierade sociala tjänster i marknadsbaserade modeller. Såsom understruket av Risvig Hamer har det varit EU-lagstiftarens vilja att valfrihetssystem skulle falla utanför LOU-direktivet.⁶⁵¹

649 Dom av den 19 maj 2009 i Kammarrätten i Stockholm mål nr. 8101–8104-08.

650 Se kommissionens beslut C (2006) 5228 av den 8 november 2006 Czech Republic Přerov logistics College NN54/2006 –, p. 16, som på engelska lyder: "Profits, if any, can only be reinvested for the College central activity, and cannot be distributed. In this context, the Commission considers that the College does not seek to make an economic profit. Its aim is not to offer a service for remuneration." Denna punkt i beslutet hänvisar till domen i mål C-109/92 *Wirth* ECLI:EU:C:1993:916.

651 Se Risvig Hamer C., 2016, s. 199.

Även om de nya direktiven således ger medlemsstaterna större frihet att organisera välfärdstjänster är det viktigt att komma ihåg att medlemsstaterna inte har något frihetsutrymme att definiera fördragsbegreppen "tjänst" och "NSGI". Med andra ord har den svenska staten ingen frihet att själv bestämma huruvida tjänsten i den valda organisationsmodellen är ekonomisk i EU-rättens mening.

De marknadsmekanismer som har införts i organisationen av välfärdstjänster i Sverige, även för utbildning inom skolsystemet, innebär inte bara att EU-reglerna om den inre marknaden blir tillämpliga. Då uppstår frågan hur de rättsförhållanden som etableras mellan staten (i bred mening) och privata välfärdsoperatörer ska kvalificeras. Om den "rätt till ersättning" från staten som är kopplad till tillstånd (för friskolor) eller tillståndslignande avtal (LOV) inte anses följa av offentliga kontrakt i LOU-direktivets mening, uppstår frågan om de inte är att betrakta som särskilda rättigheter i den mening som avses i artikel 106.1 FEUF.

Om den ekonomiska karaktären av välfärdstjänster i valfrihetssystem erkänns uppstår också frågan på vilken grund den offentliga finansieringen ska anses förenlig med EU-reglerna om statsstöd. I den mån finansieringen inte ligger under de-minimis gränserna lär finansieringen av operatörer som kan anses som företag behöva motiveras med stöd av SGEI-reglerna, vilket kan kräva ändringar i lagstiftningen.

En mycket viktig fråga i detta avseende blir huruvida de offentliga operatörerna i valfrihetssystem (t.ex. landstingens egna vårdcentraler eller kommunala skolor) ska anses utöva en ekonomisk verksamhet (och därmed anses som företag i statsstödsrättens mening) eller en verksamhet som är oskiljbar från myndighetens SGI-uppdrag och därmed eventuellt att betrakta som NSGI. Osäkerheten är för närvarande stor i denna fråga (se min bild av UOM-NSGI och solidaritet-NSGI och utbildning i Sverige).

Vill man ändra på den ekonomiska karaktären av sociala tjänster i valfrihetssystem måste nog den svenska lagstiftning som styr målen och organisationen av dessa tjänster ändras med tillämpning av "demokratimetoden".

5.2 Huruvida statens finansiering av ett uppdrag som den anförtror en privat aktör omfattas av LOU: Allmänna uppdraget

Sedan år 1938 anförtros Svenska Jägareförbundet ett uppdrag att leda delar av den praktiska jakten och viltvården i Sverige, det s.k. Allmänna uppdraget. Sedan fågeldirektivet och art- och habitatdirektivet genomfördes i svensk rätt har Allmänna uppdraget preciserats varje år av riksdag och regering. I uppdraget ingår bland annat yrkesmässig jägarutbildning, rådgivning vid skydds jakt och andra skadeförebyggande åtgärder, insatser för säkerhet vid jakt, samt älgförvaltning, viltförvaltning och dokumentation om vilttillgång och avskjutningsstatistik och mer tydligt specificerade arbetsuppgifter med koppling till bl.a. bly i ammunition och stora rovdjur.

För dessa uppdrag får Jägareförbundet ett bidrag genom ett särskilt regeringsbeslut med angivna mål och tydliga återrapporteringskrav. Formellt sett utförs således Allmänna uppdraget inte inom ramen för ett kontrakt utan med stöd av ett ensidigt regeringsbeslut som ger Jägareförbundet en exklusiv rättighet att utöva denna allmännyttiga förvaltningsverksamhet med offentlig finansiering. År 2016 bad emellertid kommissionen att den svenska regeringen skulle kommentera ett klagomål med påstående att Allmänna bidraget utgör ersättning för tjänster som staten köper och att uppdraget därför bör upphandlas enligt EU-reglerna om offentlig upphandling. Regeringen hade då redan inlett en översyn av tilldelningen av medel ur viltvårdsfonden i syfte att bl.a. klargöra vilka verksamheter måste upphandlas i enlighet med LOU.

Denna fråga analyseras i avsnitt 5.2.2. Först bör redogöras för två statsstödsbeslut där kommissionen fann att de miljörelaterade uppgifter som fick offentlig finansiering var att betrakta som en icke-ekonomisk verksamhet.

5.2.1 Tre beslut om statsstöd för miljöåtgärder där kommissionen ansåg att den offentligt finansierade verksamheten var icke-ekonomisk

Här kan det vara intressant att redogöra för följande beslut av kommissionen i statsstödsärenden kopplade till verksamheter på miljöområdet.

I det första beslutet år 2013 fann kommissionen att den italienska regionen Umbriens beslut att finansiera åtgärder för utvecklingen av landsbygden i Umbrien inte utgjorde statsstöd. Mottagarna var offentliga organ som ägde marken och som skulle redigera en förvaltningsplan för Natura 2000-områden och andra områden av stort naturvärde, driva kampanjer för miljö- och landskapsinformation samt bevara och återställa kulturarvet och landskapen.⁶⁵² Kommissionens hänvisade till

⁶⁵² Kommissionens beslut C (2013) 2765 final av den 15 maj 2013 Åtgärd 323: bevarande och utveckling av landsbygdsarvet i Umbrien (Italien) SA.36115 (2013/N), p. 8.

rättspraxis om att staten antingen handlar genom att utöva offentlig makt eller bjuder ut varor eller tjänster på marknaden och fann att den verksamhet som finansieringsbeslutet avsåg låg inom ramen för de offentliga organens ”institutionella befogenheter” och därmed inte var ekonomisk.⁶⁵³

I det andra beslutet år 2016 bedömde kommissionen att utvecklingen av naturmiljöer och landskapsmiljöer utförd av lokala myndigheter, lokala offentliga organ och miljöskyddsföreningar med finansiering av delstaten Thüringen och EU-fonder inom ramen av ett stödprogram av åtta år, var en icke-ekonomisk verksamhet.⁶⁵⁴ Resonemanget är mycket kortfattat men tycks ha varit att mottagarna inte var ekonomiska operatörer innan finansieringsåtgärden,⁶⁵⁵ och att deras verksamhet inom ramen för finansieringen inte heller var ekonomisk eftersom den kunde anses fullgöra uteslutande ett socialt och kulturellt syfte. Kommissionen påpekade att verksamhetens natur och syfte var miljöskydd, att den offentliga finansieringsåtgärden avsåg just denna verksamhet och att verksamheten inom ramen för programmet var allmännyttigt och utan vinstsyfte.⁶⁵⁶

På samma grund fann kommissionen att naturskyddsföreningars koordinering och genomförande av naturparker i enlighet med delstaten Sachsen-Anhalts mål och med dess finansiering (ca 8 miljoner euro), inte var att betrakta som en ekonomisk verksamhet.⁶⁵⁷ Även om personer som deltog vid de naturskyddsverksamheter som fick offentlig finansiering i vissa fall betalade ett bidrag täckte detta bara en bråkdel av verksamhetens kostnader och betraktades inte som en ersättning.⁶⁵⁸ De organ som fick del av offentliga medel bedrev ekonomisk verksamhet vid sidan av programmets verksamheter, men kommissionen ansåg att korssubventionering kunde uteslutas genom programmets krav på att de ekonomiska och de icke-ekonomiska verksamheterna skulle särskiljas på ett tydligt sätt.⁶⁵⁹

653 Ibid., p. 27–28, med hänvisning till domarna i mål 118/85, *kommissionen mot Italien* ECLI:EU:C:1987:283, p. 7 och i mål C-343/95 *Diego Cali* ECLI:EU:C:1997:160, p. 16.

654 Kommissionens beslut C (2016) 5146 final av den 11 augusti 2016 Stöd till projekt för natur- och landskapsutveckling i Thüringen (Tyskland);, SA.44011 (2015/N).

655 Ibid., p. 13 och 23.

656 Ibid., p. 11, 16, 18 och 22.

657 Kommissionens beslut C (2017) 804 final av den 15 februari 2017 Riktlinjer om stöd till föreningar som verkar inom naturparkernas skydd, naturskydd och landskapsbevarande i Sachsen-Anhalt (Tyskland), SA.46073 (2016/N).

658 Ibid., p. 24 med hänvisning till kommissionens vägledning punkt 34. Delstaten Sachsen-Anhalt hade dessutom angett att det material som skulle anskaffas för att genomföra åtgärden endast skulle få användas för åtgärdens syfte och endast i icke-ekonomiska syften, se p. 18.

659 Ibid., p. 24.

Det första beslutet skiljer sig från de andra besluten då stödet enbart gick till offentliga organ. I det andra beslutet gick stödet till både offentliga organ och miljöskyddsföreningar och i det tredje beslutet gick stödet enbart till miljöskyddsföreningar. Det faktum att de föreningar som fick stöd själva hade som ändamål att verka för miljöskydd kan ha spelat roll för kommissionens bedömning att den offentliga finansieringen avsåg just miljöskyddsverksamheten och att verksamheten inom ramen för programmet var allmännyttigt och utan vinstsyfte.

Vad gäller dessa beslut kan noteras att kommissionen, i brist på avgöranden från EUD om liknande verksamheter och situationer, hänvisar till sina dokument med vägledning om begreppet statsstöd. Denna vägledning är baserad på kommissionens egen praxis beträffande offentlig finansiering av verksamheter med anknytning till kultur, bevarande av kulturarvet och naturskydd.⁶⁶⁰ Det är viktigt att understryka att denna praxis kan anses vägledande men inte prejudicerande (förutom för kommissionen själv) vad gäller bedömningen huruvida verksamheter som visar likheter med dem som var i fråga i besluten är att betrakta som ekonomiska eller inte.

5.2.2 Närmare om bidrag för Allmänna uppdraget kan ses som en upphandling i LOU:s mening

Först uppstår frågan huruvida uppdraget kan anses vara finansierad med offentliga medel när de medel som tilldelas Jägareförbundet för att täcka dess kostnader för utförandet av Allmänna uppdraget indirekt kommer från den viltvårdsavgift (jaktkortsavgift) som den som vill jaga i Sverige är skyldig att betala. Viltvårdsavgiften bokförs i viltvårdsfonden som förvaltas och disponeras av Kammarkollegiet.⁶⁶¹ Viltvårdsavgifterna kommer därmed under offentlig tillsyn och samlas i en fond som är tillgänglig för de nationella myndigheterna, vilket innebär att finansieringen av Allmänna uppdraget kan anses ske med offentliga medel.⁶⁶²

Beträffande frågan om Allmänna uppdraget kan ses som en NSGI kan konstateras att uppdraget inte innefattar myndighetsutövning. Det skulle delvis kunna anses som ett sätt för staten att uppfylla sin skyldighet enligt EU-rätten att säkerställa genomförandet av miljöuppgifter, vilket skulle kunna anses som SGI-uppgifter.

⁶⁶⁰ Se kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (2016/C 262/01) för exakt samma resonemang som det beslut som hänvisar till tillkännagivandet.

⁶⁶¹ Se 49 och 50 §§ jaktförordningen (1987:905).

⁶⁶² Se kommissionens tillkännagivande om begreppet statligt stöd som avses i artikel 107.1 FEUF (2016/C 262/01), p. 57–58 med hänvisning till rättspraxis från EUD.

Vidare uppstår frågan huruvida finansieringen kan betraktas som ett kontrakt med ekonomiska villkor i LOU:s mening. Detta förutsätter att Jägareförbundet inom ramen för den offentliga finansieringen kan ses som en ekonomisk operatör, dvs. utför Allmänna uppdraget mot *ersättning*. För att avgöra detta är Jägareförbundets syfte och organisationsform irrelevant, utan det avgörande är huruvida finansieringen kan anses som den ekonomiska ersättningen av tjänsterna i fråga. Detta bör prövas med utgångspunkt i den marknadsaktivitet som finns eller inte för just de prestationer som ingår i Allmänna uppdraget.

I den mån man bedömer att en sådan marknadsaktivitet saknas är frågan om finansieringen ändå kan ses av Jägareförbundet som en ekonomisk ersättning för de tjänster man åtar sig att utföra. Jägareförbundet är ingen miljöskyddsforening och kan i viss mån förväntas ha ett annat syfte än just miljöskydd. Enligt dess stadgar ska Jägareförbundet nämligen verka för en hållbar jakt men samtidigt också att ge god medlemservice, två syften som i vissa fall kan hamna i konflikt med varandra.⁶⁶³ Därför kan den verksamhet som bedrivs av Jägareförbundet inte förväntas vara uteslutande allmännyttig. Därmed förefaller kommissionens resonemang i de ovan redovisade besluten inte riktigt applicerbart på Allmänna uppdraget, och det kan inte uteslutas att Jägareförbundet ser det bidrag som det får från staten som en ersättning för de tjänster som den åtar sig att utföra.

Frågan är därmed om bidraget kan anses ha varit överenskommen mellan staten som finansierar och Jägareförbundet på ett sätt som liknar en vanlig kommersiell situation, vilket bör förutsätta att förbundet kan påverka på vilka villkor det är redo att åta sig att utföra uppdraget. I ett formellt betraktelsesätt kan Jägareförbundets ansökan om bidrag betraktas som att *förbundet själv önskar* utföra vissa tjänster och ansöker om bidrag för det. Detta skulle kunna påstås med hänvisning till förbundets stadgar, som ändrades år 2015 med införandet av en paragraf om syften som inkluderar de mål som staten lägger till grund för Allmänna uppdraget.⁶⁶⁴

I ett funktionellt synsätt kan Jägareförbundet emellertid anses förvissad om att *statens* vilja är att fortsätta anförtro viltförvaltningsuppdraget till förbundet och att betala ett belopp som med utgångspunkt av Jägareförbundets årliga rapportering av uppdraget kan förväntas täcka dess kostnader, detta även om det ligger lite under det belopp som Jägareförbundets formellt ansöker om. Att bidraget utgår för att täcka de kostnader som uppstår för att utföra ett uppdrag som staten har utformat framgår av den genomgående användningen av ordet "ska" i bidragsbeslutet (i beslutet fastställs exempelvis att svenska Jägareförbundet ska utföra vissa uppgifter tillhandahålla kunskap och information om riskerna med bly i viltkött). Därmed blir det tämligen tydligt att staten beställer de tjänster som det finansierar.

663 https://jagareforbundet.se/globalassets/documents/stadgar/stadgar-for-svenska-jagareforbundet-2016_pdf.pdf.

664 <https://jagareforbundet.se/aktuellt/forbundsnyheter/2015/06/stadgeandringar-med-grona-inslag-och-nya-valregioner/>.

I ett funktionellt betraktelsesätt kan således bidragsbeslutet vara att anse som en överenskommelse om att Jägareförbundet åtar sig att utföra ett förvaltningsuppdrag som *staten* har beslutat om. I ett sådant betraktelsesätt kan det enligt min mening inte uteslutas att bidraget kan ses som ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF.

Även om det inte kan uteslutas att Jägareförbundet anses utföra Allmänna uppdraget helt eller delvis mot ersättning, kan bidragsbeslutet emellertid inte anses som en upphandling om staten inte kan anses ha till syfte att *anskaffa* de tjänster som beslutet avser. Beslutet kan i varje fall inte anses som ett kontrakt som har till syfte att *anskaffa* tjänster, varor eller byggtreprenader när den upphandlande myndigheten (staten i det aktuella fallet) inte har ett direkt ekonomiskt intresse av de tjänster som finansieras.

Som visats i kapitel 4 i rapporten kräver detta enligt rättspraxis att den upphandlande myndigheten inte bara får en motprestation för finansieringen utan att den *garanteras* tillgång till tjänsterna. Detta förutsätter att myndigheten kan kräva fullgörelse eller skadestånd om tjänsterna inte tillhandahålls enligt uppdraget. I den mån de villkor som fastställts i statens beslut om bidrag till Jägareförbundet berättigar staten att kräva tillbaka belopp som inte används till Allmänna uppdraget men inte att kräva inför domstol fullgörelse av uppdraget eller skadestånd bör beslutet inte kunna betraktas som en upphandling i LOU:s mening.

Det kan vara intressant att notera att andra medlemsstater har sett det lämpligt att anförtro viltförvaltningsuppgifter till jägareförbund. I Frankrike har t.ex. de nationella och regionala jägareförbunden anförtrotts en rad uppdrag inom viltförvaltningen, varav en del utgör myndighetsutövning. Dessa uppdrag är fastställda i lag.⁶⁶⁵

665 Loi n° 2012-325, den franska jaktlagen som trädde i kraft den 7 mars 2012.

5.3 IOP-avtal

5.3.1 Idéburna partnerskap i kontext: vilka rättsliga ramar som ska styra icke-vinstdrivande aktörers roll i välfärden är en politisk fråga som avgörs både i Sverige och på EU-nivå

Jämfört med andra EU-länder har Sverige historiskt sett haft en relativt svag utveckling av icke-vinstdrivande välfärd inom områden som till exempel skola, barnomsorg, hälsovård och äldreomsorg.⁶⁶⁶ Samtidigt konstateras att de icke-vinstdrivande aktörernas andel av välfärdssektorn förblir blygsam i Sverige⁶⁶⁷ och Tillväxtverket påpekar att detta är fallet trots att det finns en positiv inställning till verksamheterna och att de kunnat få offentligt ekonomiskt stöd.⁶⁶⁸

Idén om att öka den roll som civilsamhället – bestående av ekonomiska och ideella föreningar, stiftelser och trossamfund samt andra icke vinstdrivande organisationer – spelar inom den offentliga sektorn har varit levande i den svenska politiska diskursen sedan många år. Olika regeringar oavsett partifärg har uttryckt en vilja att ge stöd till etableringen av ideella organisationer inom välfärdssektorn samtidigt som det självklart kan finnas vittskilda ideologiska och pragmatiska politiska motiv för ett sådant stöd. Stöd till ideella organisationer kan exempelvis ses som ett sätt att säkerställa en viss mångfald på valfrihetsmarknader, att säkerställa organisationernas finansiella stabilitet för att de ska driva värdefulla miljö- och sociala intressen, att främja social sammanhållning, att dra nytta av deras flexibilitet och frivillighet.

Utvecklingen av den icke-vinstdrivande välfärden är en levande fråga inte bara i Sverige utan även i andra EU-länder. Defourmy och Nyssens påpekar att den sociala ekonomin i vissa medlemsstater har lyckats komma ur en "no man's land" mellan den offentliga sektorn och den klassiska privata sektorn.⁶⁶⁹

I litteraturen konstateras emellertid att det hävdstödda skydd som funnits i Tyskland för icke-vinstdrivande verksamhet har försvunnit. I Tyskland, där välfärdsregimen länge har karakterisats av den stora andelen privata, främst icke-vinstdrivande, organisationer, var deras skydd baserat på subsidiaritetsprincipen.⁶⁷⁰ Genom omfattande reformer, bl.a. den nya vårdförsäkringen som introducerades år 1994, avskaffades de icke-vinstdrivande aktörernas särställning inom äldreomsorgen, i och med att även vinstdrivande aktörer fick tillgång till offentlig finansiering för att bedriva hemtjänst och särskilda boenden.⁶⁷¹ Bönker

666 Salamon L. M. och Anheier H. K., 1998, Esping-Andersen G., 1990.

667 Grosse I., 2013, Hartman L., 2011. Trägårdh L., 1995.

668 Grosse I., s. 77.

669 Defourmy J. och Nyssens M., 2017, s. 33–36.

670 Esping-Andersen G., 1990; Salamon L. M. och Anheier H. K., 1998.

671 Wollmann H. s. 77, Grosse I., s. 82-83.

m.fl. förklarar att dessa reformer har lett till en ökning av de kommersiella aktörernas andel av välfärdsmarknaden och till en erosion av marknadsandelen för icke-vinstsyftande organisationer som började på 1990-talet och som har fortsatt sedan dess.⁶⁷²

Med stöd av en jämförelse mellan utvecklingen i Tyskland och i Sverige drar Grosse slutsatsen att de icke-vinstdrivande aktörernas position inte verkar påverkas av om de ges möjlighet till offentlig finansiering genom upphandlingsförfarande eller kundvalssystem. Det tyska fallet visar enligt hennes mening att det inte tycks räcka för de icke-vinstdrivande aktörerna att vara stora och väletablerade för att de ska klara sig i konkurrensen med de vinstdrivande aktörerna. Grosse ifrågasätter bedömningen att just LOU utgör ett centralt hinder för deras tillväxt och menar att det kan behövas skyddande lagstiftning som skyddar icke-vinstdrivande aktörer och säkrar deras ställning på välfärdsmarknaden, såsom inom barnomsorgen i Tyskland.⁶⁷³ För att utveckla icke-vinstdriven välfärd i Sverige behövs det istället, menar hon, ett särskilt politiskt skydd.⁶⁷⁴ Utredningen *Palett för ett stärkt civilsamhälle* har ställt en liknande diagnos.⁶⁷⁵

I *Spezzino* och *Casta* klagade EUD att EU-fördragen tillåter att en medlemsstat särbehandlar aktörer utan vinstsyfte vid tilldelning av offentliga kontrakt, men inte under vilka omständigheter som helst. Som visat i avsnitt 2.6.1.1 gjorde domstolen nämligen klart att en sådan särbehandling var acceptabel

- i fråga om upphandling på områden som ligger kvar inom medlemsstaternas politiska ansvar
- när den medlemsstat som särbehandlar icke-vinstdrivande verksamhet inom vissa delar av välfärden har ett tydligt och starkt demokratiskt mandat att göra det. Som redan nämnts lade EUD i *Spezzino* vikt vid det faktum att principen om medborgarnas frivilligarbete var fastställt i italiensk grundlag och lag om frivilligarbete. I *Casta* lade domstolen också vikt vid att de nationella reglerna gav rätt till frivilligorganisationer utan vinstsyfte en aktiv roll inom ramen för hälso- och sjukvården, *med tillämpning av solidaritetsprincipen och subsidiaritetsprincipen i Italiens konstitution.*

672 Wollman Remunicipalisation revisited : Long-Term Trends, s. 81. Inom barnomsorgen och andra tjänster för barn och unga sägs dock icke-vinstdrivande organisationer ha behållit sin positiva bild i den tyska opinionen och expanderat.

673 Grosse s. 86 och 88.

674 Grosse, s. 79.

675 SOU 2016:13, s. 360–361.

Eftersom särbehandling av icke-vinstdrivande verksamhet inte är en del av EU:s politik om offentlig upphandling måste respekten av fördragsprinciperna om tilldelade befogenheter och om respekten av den nationella identiteten antas ligga bakom EU-domstolens beslut i domarna.

På EU-politisk nivå är dock medlemsstaternas möjlighet att särbehandla icke-vinstsyftande organisationer begränsad genom upphandlingsdirektiven.

Först får medlemsstaterna enligt artikel 20 LOU-direktivet reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder och ekonomiska aktörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer, eller föreskriva att kontrakten ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, förutsatt att minst 30 % av arbetstagarna i sådana verkstäder, ekonomiska aktörer eller program är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade arbetstagare. En sådan bestämmelse har införts i LOU (4 kap. 18 §).

Vad särskilt gäller organisationer utan vinstsyfte får medlemsstaterna enligt artikel 77 LOU-direktivet föreskriva att kontrakt om sociala tjänster över tröskelvärdet (750 000 euro) får reserveras till sådana organisationer, men endast om samtliga följande villkor är uppfyllda

- om kontraktet exklusivt avser vissa angivna tjänster,⁶⁷⁶ och inte överstiger tre år,
- om den organisation som får kontraktet inte har tilldelats något kontrakt för tjänsten av den upphandlande myndigheten under de tre senaste åren,
- om organisationen har till syfte att fullgöra ett offentligt uppdrag som är kopplat till sådana tjänster som avses i kontraktet och återinvesterar eventuella vinster för att uppnå organisationens syfte,
- om lednings- och ägarstrukturen i den organisation som fullgör kontraktet ska grundas på personalens ägande eller deltagande, eller ska kräva aktivt deltagande av personal, användare eller berörda parter.

⁶⁷⁶ Vissa hälsovårdstjänster, sociala tjänster och närbesläktade tjänster, bibliotekstjänster, arkivtjänster, museitjänster och andra kulturella tjänster, idrottstjänster och tjänster för privata hushåll.

Även om man kan instämma med Hettne om att EU-rätten ger den svenska lagstiftaren ett utrymme att lägga fast rättssäkra villkor för idéburna aktörers medverkan i välfärden och för IOP,⁶⁷⁷ är det tydligt att friheten att bestämma dessa villkor är begränsad genom EU-lagstiftning. Den svenska regeringen hänvisade till denna starka begränsning när den först fann att en föreskrift i enlighet med artikel 77 LOU-direktivet inte borde införas.⁶⁷⁸ Numera verkar regeringen i stället anse att en begränsad möjlighet är bättre än ingen alls eftersom den har föreslagit att en regel om reserverade kontrakt införs i LOU.⁶⁷⁹

Det är tämligen uppenbart att det hittills har saknats en tydlig politisk konsensus i Sverige för att särbehandla utförare från civilsamhället och därmed öka deras närvaro i välfärdssektorn. Detta kan anses förklara att ideella organisationer har lanserat IOP-avtal som en lösning för att främja deras offentliga finansiering utanför konkurrensutsatta kontrakt enligt LOU och LOV, och att användningen av IOP-avtal har spritt sig i flera kommuner och landsting. Därmed blir det tydligt att det finns en viss politisk efterfrågan att få särbehandla icke-vinstdrivande organisationer inom vissa delar av välfärden. Initiativen för tankarna till tiden innan LOV antogs och gjorde en organisationsform laglig som dessförinnan hade använts i flera år av olika kommuner.⁶⁸⁰

Organisationen Sveriges Kommuner och Landsting bedömer som avgörande för fortlevnaden av IOP att politisk enighet kan nås om rättssäkra villkor för denna typ av samverkan.⁶⁸¹

677 Hettne J., Fores Policy Brief 2018:6.

678 Prop. 2015/16:195, s. 907.

679 Se lagrådsremiss 18 januari 2018, Särskilda regler för upphandling av välfärdstjänster, s. 54-58.

680 Prop. 2008/09:29, s. 1.

681 SKL-yttrande om betänkandet "Palett för ett stärkt civilsamhälle" SOU 2016:13, dnr 16/02274, s. 12.

5.3.2 Vad är "idéburet-offentligt partnerskapsavtal" som modell och i praktiken?

Idéburet-offentligt partnerskap (IOP) är en avtalsmodell som togs fram år 2010 av intresseorganisationen Forum – Idéburna organisationer med social inriktning (Forum).⁶⁸² Forums utgångspunkt var att idéburna organisationer konkret kan bidra till samhällsutvecklingen genom sina värden av delaktighet, tillit mellan människor och demokratiskt uttryck, och att varken "normerade bidrag"⁶⁸³ eller upphandling kan grunda en samverkan som säkerställer ideella föreningars oberoende. Forum bedömde att offentliga bidrag alltmer formades till projektbidrag, som till skillnad från verksamhetsbidrag inte säkerställer föreningarnas existens, och att upphandling leder till att föreningarna förlorar ägarskapet till sin verksamhet och progressivt stöps om till underleverantörer.⁶⁸⁴ På dessa grunder lanserades IOP som en "tredje väg, mitt emellan normerade bidrag och upphandling", "en samverkansmodell som kombinerar nödvändiga resurser och handlingskraft med föreningarnas rätt till oberoende".⁶⁸⁵

Forum förklarade att IOP ingås genom att parterna kommer överens om vilken verksamhet som ska bedrivas av den idéburna organisationen, med vilka mål och inom vilka ramar samt att kommunen lämnar ett ekonomiskt stöd till driften.

Forums bedömning är att IOP kan ingås när:

- verksamheten sker på initiativ av den idéburna organisationen,
- verksamheten är ett led i att förverkliga ett politiskt program eller plan, där de idéburna organisationerna särskilt nämns,
- verksamheten inte kan ses som en del av det normerade föreningsbidraget,
- det inte finns en marknad eller en konkurrenssituation att vårda,
- bägge parterna är med och finansierar verksamheten (med pengar eller andra insatser),
- verksamheten inte detaljregleras av kommunen,
- verksamheten avses att drivas under längre tid.

682 Forum för frivilligt socialt arbete, 2010, Idéburet-offentligt partnerskap (IOP) För delaktighet och lokal utveckling.

683 Dvs. bidrag som omfattas av kommunala riktlinjer om kommunens villkor för att ge bidrag till ideella föreningar.

684 Ibid.

685 Ibid.

Även om det verkar tydligt att tanken med modellen är att IOP-avtal ska ta sikte på en specifik verksamhet driven av organisationen och finansierad till stor del av myndigheten, är det också tydligt att modellen inte förtydligar vilka standard-element IOP-avtal i modellen ska innehålla. Modellen är tämligen diffus och ger ingen tydlig bild av vilka avtal som kan anses ligga "inom modellen".

Utgångspunkten kan i varje fall anses vara att IOP avser civilrättsliga avtal mellan en eller flera offentliga aktörer och en eller flera idéburna organisationer. Forum anser att IOP kan anses vara förenliga med svensk rätt och med EU-rätten och hänvisar till ett par utredningar, bl.a. en utredning som Front Advokater gjorde för Forum om EU-rättsliga aspekter av betydelse för IOP och de idéburnas verksamhet.⁶⁸⁶ Den avgörande juridiska frågan är enligt Forum huruvida den verksamhet som den idéburna organisationen utför är en SGEI eller en NSGI. På Forums hemsida kan läsas följande: "Ett IOP är tillåtet då det inte existerar en marknad. En offentlig myndighet är inte tvingad att upphandla all verksamhet som drivs av externa parter."⁶⁸⁷

I praktiken verkar det finnas IOP-avtal på många områden och med en stor variation av villkor i avtalen. De flesta idéburna parterna är ideella föreningar eller stiftelser.

År 2016 identifierades 56 avtal om IOP-avtal i Sverige inom en rad olika områden inom det sociala området och främst med fokus på mer eller mindre utsatta människor.⁶⁸⁸ Avtalen avsåg då bl.a. insatser för utsatta EU-medborgare, verksamheter för personer med missbruk och/eller psykiatrisk problematik, integrationsinsatser, rehabilitering, vård och omsorg, volontärarbete på sjukhus.⁶⁸⁹ Ett exempel är de IOP-avtal om mottagande av ensamkommande barn och andra migranter som för närvarande löper mellan Göteborgs stad och nio idéburna organisationer (2015-2020), mellan Stockholms stad och Stadsmissionen, Barnrättsbyrån, Rädda Barnen och Svenska Röda korset (2017-2019) och mellan Uppsala kommun och Röda Korset (2017-2019).

686 Front Advokater, 2016, Idéburet offentligt partnerskap – vilka möjligheter erbjuder EU-rätten? Se också den juridiska utredning som har gjorts av prof. Mikael Steinicke för Sveriges Kommuner och Landsting, på beställning av kommunstyrelsen i Malmö, samt översiktliga juridiska utredningar av Malmö stads och Göteborgs kommun.

687 Se <http://www.socialforum.se/om-forum-2/ideburetoffentligt-partnerskap/>.

688 PWC rapport, Idéburet offentligt partnerskap – en bild av nuläget juli 2016.

689 Palett för ett stärkt civilsamhälle, SOU 2016:13, s. 400–403.

En genomgång av olika IOP-avtal visar att dessa avtal varierar en hel del beträffande bl.a. graden av precision i den verksamhet som får finansiering, graden av styrning från myndigheten, villkoren för att avsluta avtalet och valet av tvistlösningar (med eller utan möjlighet att vända sig till domstol för att kräva fullgörande av de tjänster som avses av avtalet). Avtalen förekommer både i fråga om verksamhet som ligger inom kommunernas obligatoriska kompetens, t.ex. äldreboende efter behov, och verksamheter som kommuner och landsting får engagera sig i inom ramen för sin allmänna kompetens, exempelvis motverkande av mäns våld mot kvinnor och etableringsarbete med nyanlända.

Ett IOP-avtal om boende för demenspatienter i Alingsås är för närvarande föremål för rättsprövning. Konkurrensverket anser att avtalet utgör en otillåten direktupphandling och har vänt sig till Förvaltningsrätten i Göteborg med krav att kommunen ska dömas att betala upphandlingsskadeavgift om fem miljoner kronor. Risker för överprövning är således konkret, och i stället för IOP-avtal verkar vissa kommuner försöka upphandla vissa tjänster så att idéburna organisationer får en god chans att vinna. Ett exempel är Borlänge kommun som år 2017 upphandlade ett treårsavtal med den idéburna organisationen Fryshuset, som tog över en del av kommunens verksamhet för unga.

5.3.3 Vad är "idéburen verksamhet" och har idéburen verksamhet en privilegierad ställning i svensk rätt om välfärdstjänster?

I många utredningssammanhang beskrivs en flora av begrepp som relateras till civilsamhället, bl.a. idéburen organisation, ideell organisation, socialt företag, arbetsintegrerande sociala företag, utan att lyckas skapa en tydlig och entydig bild av de karakteristiska dragen i varje begrepp och hur begreppen förhåller sig till varandra.⁶⁹⁰ I denna postmoderna terminologiska djungel, där gränserna suddas ut mellan icke-vinstdrivande och vinstdrivande verksamhet, mellan ideell aktör och marknadsaktör, har "idéburen verksamhet" vuxit fram som ett begrepp vars vaghet gör det lämpligt i politiska debatten om civilsamhällets roll i välfärden. I ett rättsligt perspektiv kan användningen av denna term snarare betraktas som problematisk eftersom "de idéburna är en väldigt mångfacetterad skara", för att låna välfärdsutredningens träffande beskrivning.

⁶⁹⁰ Se exempelvis betänkandet *En politik för det civila samhället*, prop. 2009/10:55, s. 29, 30 och 46 och SOU 2016:13 Palett för ett stärkt civilsamhälle.

Det kan således konstateras att Överenskommelsen mellan regeringen och det civila samhället på nationell nivå ("Överenskommelsen 2018")⁶⁹¹, som får antas ge termen "idéburen organisation" samma innebörd som den numera avslutade överenskommelsen mellan regeringen, idéburna organisationer inom det sociala området och SKL ("Överenskommelsen 2008"), menar med "idéburna organisationer"

*"organisationer inom den ideella sektorn och den kooperativa rörelsen. Organisationerna kan vara vinstdrivande och har generellt någon form av mer allmänmännsliga uppdrag, utan att vara statliga eller kommunala. De är självstyrande och har ofta inslag av idealitet samt bedrivs ofta med en ideologisk medvetenhet. Den verksamhet som bedrivs av och inom dessa organisationer kan beskrivas som idéburen verksamhet (min kursivering)."*⁶⁹²

Det kan också noteras att ideella sektorn och idéburen sektor i Överenskommelsen 2008 beskrevs som "alla typer av idéburna organisationer, dvs. folkrörelser, men också stiftelser, trossamfund och föreningar, t.ex. sådana som driver friskolor." Även om det inte finns någon definition av begreppet "idéburna organisationer" kan det anses orimligt att räkna börsnoterade skolföretag med vinstsyfte till denna kategori.

Under författande av den här rapporten har jag inte kommit på någon förklaring av termen "idéburen verksamhet" som utesluter att en sådan verksamhet drivs med vinstsyfte. Välfärdsutredningen utgår exempelvis från att begreppet idéburen sektor har "en något vidare betydelse än den ideella sektorn" och med andra ord "kan drivas med vinst men vinstsyftet är inte organisationernas främsta drivkraft."⁶⁹³ Att en del aktörer inom den idéburna sektorn också erbjuder tjänster på marknaden skapar en situation där det inte generellt kan uteslutas att idéburna aktörer utgör företag i konkurrensrättens mening. Detta beror delvis på att begreppet företag har fått en vid tolkning i EU-rätten.

Detta skapar en paradoxal situation där vissa organisationer ser som en förutsättning för IOP att de idéburna organisationerna ses som något fundamentalt annat än näringslivet,⁶⁹⁴ samtidigt som en del av dessa aktörer får stöd inom ramen för svenska myndigheters arbete med att underlätta för företag.⁶⁹⁵

691 SOU 2017:38, s. 247.

692 <http://overenskommelsen.se/om-overenskommelsen/var-struktur/ordlista/>.

693 SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden, s. 125.

694 Forum för frivilligt socialt arbete 2010:5.

695 SOU 2016:13, s. 234: "Utredningen konstaterar också att Tillväxtverket använder sig av en bred definition av ordet företag vilket gör att många av civilsamhällets organisationer inkluderas i myndighetens arbete med att underlätta för företag."

Det är lätt att instämma med välfärdsutredningens bedömning att en tydlig och rättssäker definition av idéburna aktörer utgör en förutsättning för att undanta idéburna organisationer från vissa marknadsregler.⁶⁹⁶

Det saknas inte visioner,⁶⁹⁷ och utredningar om vikten att värna de värden som kan tillmätas civilsamhället,⁶⁹⁸ men faktum är att idéburna organisationer inte särbehandlas i de svenska regler som gäller för organisationen av välfärdstjänster.

Visserligen har civilsamhället en rättslig särställning mellan det offentliga och marknadsaktörer på det sättet att dess aktörer kan få bidrag från kommuner och landsting. Friheten för kommuner och landsting att överföra offentliga medel till just idéburna organisationer förutsätter dock att dessa inte utgör ett företag i kommunallagens mening eller i konkurrens- och statsstödsrättens mening och att bidraget inte kan anses vara den ekonomiska motprestationen av den idéburna organisationens verksamhet.

I övrigt finns det varken i kommunallagen, socialtjänstlagen, hälso- och sjukvårdslagen, skollagen eller LOU sådana regler som ger stöd för att anförtro utförande av sociala tjänster med förtur eller exklusivitet *generellt till idéburna aktörer*. Det som för närvarande finns är bestämmelsen i 4 kap. 18 § LOU enligt vilken deltagandet i en upphandling får reserveras för skyddade verkstäder eller leverantörer vars främsta syfte är yrkesmässig integration, om det främsta syftet med verksamheten är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av missgynnade personer och om minst 30 procent av arbetstagarna är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

Det finns varken någon definition av "idéburet arbete", någon lagstiftning där den svenska staten uttrycker sin vilja att främja och utveckla utvecklingen av idéburet arbete eller någon svensk konstitutionell princip om medborgarnas idéburna arbete, som exempelvis föreskriver att medborgarna, individuellt eller i sammanslutningar, deltar i verksamhet av allmänintresse med stöd från myndigheter på grundval av en subsidiaritetsprincip.⁶⁹⁹

696 Kvalitet i välfärden – bättre upphandling och uppföljning, SOU 2017:38, s. 247–248.

697 I Överenskommelsen 2018 förklaras visionen att "människors engagemang och idealitet tas tillvara inom den ideella sektorn" och att "möjligheterna att driva idéburen verksamhet inom vård och omsorg bör utvecklas".

698 I SOU 2016:13 s. 16 Palett för ett stärkt civilsamhälle talas om de "värden som ger civilsamhället en särställning mellan offentliga och privata aktörer".

699 Jämför med italiensk lagstiftning, redogjord för i domen i mål C-113/13 *Spezzino* ECLI:EU:C:2014:2440, p. 9–18.

5.3.4 Relevanta frågor vid bedömningen huruvida IOP-avtal omfattas av LOU

Välfärdsutredningen har redan konstaterat att förutsättningarna för IOP varierar såväl med avseende på samarbetsformer som verksamheter, vilket gör det omöjligt att generellt ange om modellen är förenlig med bl.a. upphandlingsrätten.⁷⁰⁰ Eftersom IOP-avtal inte utgör någon tydlig och homogen avtalsmodell är det inte heller möjligt att göra en generell bedömning huruvida IOP-avtal omfattas av LOU eller inte. En bedömning huruvida ett IOP-avtal omfattas av LOU måste istället göras i det enskilda fallet, med utgångspunkt av verksamhetens specifika egenskaper och reglering samt av avtalets innehåll.

I förevarande rapport bör emellertid en grov beskrivning av IOP-avtal göras för att kunna resonera om vilka omständigheter och avtalsvillkor som kan föranleda att de inte betraktas som upphandlingar i LOU:s mening. I praktiken förefaller IOP generellt beteckna avtal mellan en idéburen organisation som åtar sig att utföra specifika (oftast sociala) tjänster och därvid bidra med visst frivilligt arbete, och en myndighet som åtar sig att finansiera stora delar av de tjänster som avtalet avser. Partnerskapen innebär att parterna tillsammans följer upp och justerar den avtalade verksamheten.

När det karakteriseras på detta sätt blir det tydligt att IOP-avtal inte motsvarar något av de undantag som uttryckligen och uttömmande är angivna i LOU-direktivet.⁷⁰¹ Huruvida ett IOP omfattas av LOU beror därför på om avtalet vid en bedömning i det enskilda fallet uppfyller de kriterier som karakteriserar ett tjänstekontrakt i LOU:s mening, dvs. om det utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att anskaffa tjänster. Analysen kan således härefter begränsas till avtal om tjänster.

De rekvisit som har särskild betydelse kan anses vara: (1) huruvida avtalet kan anses avse tjänster som inte utgör NSGI, (2) huruvida den idéburna operatören kan betraktas som en leverantör, (3) huruvida avtalet kan betraktas som ett kontrakt med ekonomiska villkor och (4) huruvida avtalet kan anses ha till syfte att anskaffa tjänster.

700 SOU 2016:78 Ordning och reda i välfärden, s. 622.

701 Dom i mål C-220/05 *Auroux* p. 59, i analogi med domarna mål C-107/98 *Teckal* p. 43 och mål C-340/04 *Carbotermo*, p. 45.

5.3.4.1 Avser IOP-avtalet en NSGI?

Frågan är om IOP-avtalet avser tjänster som omfattas av LOU, dvs. tjänster som normalt kan utföras mot ersättning och som inte utgör NSGI i Sverige. Utgångspunkten för detta resonemang är konstaterandet i avsnitt 3.4 att *Humbel*-doktrinen inte alls kan ses som en definition av en verksamhet som ska ses som "solidaritet-NSGI" även när den utförs av privata aktörer, inte ens på utbildningsområdet. Därför räcker det inte att de tjänster som avses av ett IOP-avtal finansieras av det allmänna och att denna finansiering utgör ett sätt för en kommun eller ett landsting att uppnå politiska mål på det sociala området, för att tjänsterna ska kunna ses som "solidaritet-NSGI".⁷⁰²

Man bör därför ställa sig frågan om IOP-avtalet kan ses som en "UOM-NSGI", dvs. en verksamhet som är förenad med utövandet av offentliga maktbefogenheter. De tjänster som är aktuella för IOP-avtal innefattar inte myndighetsutövning och därför kan de utgöra "UOM-NSGI" endast om de på ett annat sätt kan anses vara anknutna till utövandet av offentliga maktbefogenheter. Det kan vara fallet om de kan anses vara *oskiljbara* från ett obligatoriskt SGI-uppdrag som åligger den myndighet som är part till avtalet.

I detta avseende har redogjorts i avsnitt 3.4.1.2 att EUD i *Tierkörperbeseitigung* och *TenderNed* har förklarat att man måste skilja *utförandet av tjänsten* från uppgiften att säkerställa att tjänsten tillhandahålls.

Om de tjänster som omfattas av IOP-avtalet tillhör myndighetens obligatoriska kompetens, kan denna ha ålagts en skyldighet att *säkerställa att tjänsten tillhandahålls* med särskilda principer och villkor, dvs. ett SGI-uppdrag. Sådana obligatoriska SGI-uppdrag återfinns i speciallagstiftning (HSL, SoL, SkoL, m.m.) och i miljöbalken (bl.a. 15 kap. om avfall), och ligger inom den (oftast kommunala) obligatoriska kompetensen. Ett sådant uppdrag har inte ekonomisk karaktär även om det indirekt kan ha effekter på marknaden. Själva *offentliga finansieringen* av tjänstens utförande bör också betraktas som en del av myndighetens UOM-NSGI, om denna finansiering är obligatorisk (lagstadgad) eller om den kan anses som nödvändig för att myndigheten ska kunna fullgöra sitt SGI-uppdrag.

En annan fråga är huruvida *utförandet av tjänsten* i enlighet med sådana principer och villkor är ekonomiskt eller inte. Att den ideburna organisationen får finansiering från en myndighet för att utföra tjänster som myndigheten har ett ansvar för (ett NSGI-uppdrag att säkerställa tjänstens tillhandahållande) innebär enligt min mening inte att organisationens utförande av verksamheten ska anses

⁷⁰² Se Malmö stads juridiska utredning *Strider IOP-avtal mot upphandlingslagstiftningen?*, s. 3, där uppfattningen är att IOP-avtal inte kan jämnas med upphandlingskontrakt utan istället kan göras med "föreningsbidraget som inte är ett köp av en tjänst på en marknad utan en kommuns sätt att uppnå politiska mål på det sociala området". Vad dessa politiska mål exakt är utvecklas inte i utredningen. Oavsett om de politiska mål som menas av utredningen är att ge stöd till frivilligt arbete inom välfärden eller att främja en solidarisk och ekonomiskt hållbar välfärd och oavsett legitimiteten av dessa mål, kan det konstateras att de inte i sig räcker för att utesluta att *utförandet* klassificeras som ekonomiskt.

oskiljbar från myndighetens NSGI-uppdrag och därmed som en del av denna NSGI. Det faktum att verksamheten utövas av en extern aktör visar snarare motsatsen, nämligen att verksamheten *är* skiljbar från kommunens utövande av sina maktbefogenheter. Att myndigheten har ett obligatoriskt uppdrag att säkerställa att tjänsten tillhandahålls under särskilda villkor bestämda i lag (en NSGI) kan i stället innebära att dess beslut att finansiera tjänstens utförande i privat regi måste kopplas till SGEI-villkor, och att utföraren därmed anförtros en SGEI.

Vad gäller IOP-avtal som ingås av kommuner eller landsting och som avser verksamheter som inte omfattas av speciallagstiftning kan finansieringsåtgärden anses kompetenslig enbart om den utgör en angelägenhet av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Att rekvisitet är uppfyllt av det aktuella IOP-avtalet innebär dock inte i sig att den verksamhet som finansieras kan ses som en SGI, och inte heller att den verksamhet som finansieras kan ses som en NSGI.

Oavsett om de tjänster som avses av ett IOP-avtal ligger inom myndighetens obligatoriska eller frivilliga kompetens, kommer den idéburna operatörens utförande av de offentligt finansierade tjänsterna att ha ekonomisk karaktär om IOP-avtalet har ett ekonomiskt intresse för operatören i ett objektivt betraktelsesätt.

5.3.4.2 Är den idéburna operatören i IOP-avtalet en ekonomisk operatör, dvs. en leverantör i LOU:s mening?

Att en myndighet, normalt en kommun eller ett landsting, beslutar att finansiera tjänster utförda av en idéburen operatör utesluter inte, oavsett de politiska mål som ligger till grund för beslutet, att den idéburna operatörens utförande av dessa tjänster kan utgöra en ekonomisk verksamhet, antingen därför att dessa tjänster erbjuds på en marknad eller därför att tjänsterna inom ramen för finansieringsåtgärden kan anses utförda mot ersättning.

Detta illustreras av kommissionens beslut i ett ärende år 2017 om statsstöd till frivilliga organisationer för välfärdstjänster i Niedersachsen (Tyskland).⁷⁰³ Beslutet togs på grund av en anmälan från en intresseorganisation för 180 företag som erbjuder sociala tjänster, bl.a. slutna hälso- och sjukvård, assistans till personer med funktionshinder, stöd till barn och unga och måltidsleveranser, i Niedersachsen. Intresseorganisationen hävdade att Niedersachsens finansiering av sociala tjänster som tillhandahålls av frivilliga organisationer utgjorde statsstöd i strid med EUrätten.⁷⁰⁴

⁷⁰³ Kommissionens statsstödsbeslut C (2017) 7586 final i två ärenden om statsstöd till frivilliga organisationer för välfärdstjänster i Niedersachsen (Tyskland) SA.42268 och SA.42877.

⁷⁰⁴ Caritas, Deutsches Rotes Kreuz, Diakonie, Arbeiterwohlfahrt, Jüdisches Wohlfahrt, Paritätischer Wohlfahrtsverband, se p. 8 i beslutet.

Kommissionen konstaterade att den ifrågasatta finansieringen hade tagits emot av frivilliga organisationer som tillhörde paraplyorganisationen "Spitzenverbände" vars medlemmar har allmännyttiga syften, är utan vinstsyfte och tillhandahåller olika sociala tjänster.⁷⁰⁵ I kommissionens beskrivning av åtgärden anges att dessa sociala tjänster både är ekonomiska och icke-ekonomiska. Vidare förklaras att de ekonomiska verksamheterna exempelvis är äldreomsorg, barnomsorg, missbruksstöd, stöd till äldre människor och människor med funktionsnedsättning, medan de icke-ekonomiska verksamheterna bl.a. är "värmestugor för utsatta människor", härbärgen för bostadslösa personer och stöd till migranter.⁷⁰⁶

Vem som gör denna bedömning om den ekonomiska karaktären av dessa sociala tjänster (i Tyskland) är oklart i beslutet, inte minst för att bedömningen återfinns i beskrivningen av åtgärden och inte i den del av beslutet där kommissionen ger sin bedömning. Den tyska regeringen måste ha haft uppfattningen att utförandet av dessa sociala tjänster kunde anses som ekonomiskt eftersom den hade åtagit sig att vidta åtgärder för att stödet framöver skulle bli förenligt med SGEI-beslutet år 2012.⁷⁰⁷ Att kommissionen instämde med denna bedömning antyds av dennes slutsats att den offentliga finansieringen, *i den mån den utgjorde statsstöd*, var att se som befintligt stöd som inte kan återkrävas.⁷⁰⁸

Huruvida operatörens verksamhet kan betraktas som ekonomisk beror på om denna operatör kan anses utföra denna verksamhet på en viss marknad. För att fastställa detta räcker det inte med ett abstrakt test som det komparativa testet i *Höfner*, som endast visar huruvida verksamheten allmänt (i teorin) kan utföras av en privat aktör i vinstsyfte. Som redogjorts ovan har EUD gett relevans till konkreta tecken på marknadsaktivitet för tjänsten. I *Tierkörperbeseitigung* fann EUD att verksamheten var ekonomisk när företag faktiskt hade anförtrotts denna i regionen och/eller i andra regioner av medlemsstaten (se ovan avsnitt 3.2.1.2). En annan relevant omständighet är huruvida kommunen tidigare eller t.o.m. samtidigt upphandlar verksamheten eller delar av den.

I vissa fall, inte minst beträffande mottagare av offentlig finansiering inom ramen för myndigheters fria kompetens kan det vara särskilt svårt att avgöra huruvida den verksamhet som får offentlig finansiering inom ramen för ett IOP-avtal (eller en del av denna) erbjuds på en marknad och därmed är att betrakta som ekonomisk i EU-rättens mening.⁷⁰⁹ I sådana fall är det bedömningen huruvida avtalet utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor som kan avgöra om verksamheten *inom ramen av avtalet* kan anses vara utförd mot ersättning och därmed vara ekonomisk i detta enskilda fall.

⁷⁰⁵ Se statsstödsbeslut C (2017) 7586 final, p. 9–10.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 9.

⁷⁰⁷ Ibid., p. 51.

⁷⁰⁸ Ibid., p. 50. Den tyska delstaten Niedersachsen hade finansierat de frivilliga organisationerna sedan år 1956 (se p. 8) och kommissionen bedömde att finansieringens reglering i sak inte hade ändrats sedan dess (se p. 31–50).

⁷⁰⁹ Vissa sociala tjänster kan vara föremål för opportunistisk marknadsaktivitet på grund av tillfälliga behov.

5.3.4.3 Utgör IOP-avtalet ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor?

Kontraktets uppkomst förutsätter partsautonomi och ömsesidiga åtaganden. Detta skapar i sig bundenhet mellan parterna. Det är dock bedömningen av de specifika villkoren i ett enskilt IOP-avtal som avgör dess rättsliga effekter och huruvida det bör anses som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening.

Om IOP-avtalet har slutits på grund av att kommunen har tagit initiativet att söka en leverantör som den ska anförtro en specifik typ av tjänst till, bör det anses klart att den idéburna aktören utför de aktuella tjänsterna mot ersättning om den åtar sig att utföra dem mot ett vederlag som den idéburna aktören får friheten att acceptera innan avtalet ingås.

Att IOP-avtalet istället har ingåtts på initiativ av den idéburna aktören, t.ex. genom att denne skickar ett förslag om IOP-avtal till myndigheten, bör emellertid inte anses tillräckligt för att utesluta att den utför avtalets tjänster mot ersättning. Bedömningen huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att tillhandahålla inom ramen för IOP-avtalet utförs mot ersättning bör göras objektivt med utgångspunkt i avtalets villkor.

Huruvida tjänsterna kan anses utförda mot ersättning förutsätter att den idéburna aktören i ett objektivt betraktelsesätt kan anses utföra tjänsterna *på uppdrag* av myndigheten.

Om tjänsterna omfattas av myndighetens obligatoriska kompetens går det enligt min mening knappast att argumentera för att den idéburna operatören har fått bestämma den tjänst som erhåller offentlig finansiering genom IOP-avtalet. Inom den specialreglerade verksamheten sätter nämligen de olika lagarna gränserna för vad som är möjligt att avtala om. Enligt bestämmelser i denna speciallagstiftning ges kommunen möjlighet att överlämna sådana uppgifter till enskilda men kommunen kvarstår som huvudman för verksamheten, och behåller ansvaret för att en viss tjänst tillhandahålls på samma sätt som om den bedrivits i egen regi.⁷¹⁰

Om de tjänster som omfattas av IOP-avtalet omfattas av myndighetens fria kompetens är existensen av "någon form av uppdragsförhållande" mellan kommunen och den enskilde avgörande för om verksamheten ska klassificeras som en upphandling eller om verksamheten ska ses som en bidragsfinansierad enskild verksamhet.⁷¹¹ Frågan är således huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att utföra genom avtalet objektivt sett kan anses tillgodose de behov som myndigheten på förhand definierat inom ramen för sina befogenheter. Denna bedömning kan anses kräva att avtalets villkor granskas med utgångspunkt av följande frågor:

710 För ett sådant resonemang, se Madell T., *Det allmänna som avtalspart*, s. 547.

711 Madell T. E., 1998, s. 547.

- Är tjänsternas, eller en del av tjänsternas, särdrag och hur de ska tillhandahållas tydligt fastställda i avtalet, åtminstone en del av dessa tjänster? Framgår det vid en rättsenlig tolkning av avtalet att myndigheten har fastställt dessa villkor?
- Är utbetalningarnas belopp fastställda i förväg och kan de anses som ersättningen för prestationer som är specificerade i avtalet och som den idéburna organisationen genom avtalet åtar sig att utföra?
- Har den idéburna operatör som åtar sig att utföra tjänsterna ett frihetsutrymme att innan avtalet sluts bestämma om den är villig att utföra dessa tjänster på de villkor om tjänstens egenskaper och tillhandahållande som föreskrivs i avtalet?

Är svaret ja på alla dessa frågor bör de utbetalningar som föreskrivs i avtalet kunna anses som en ekonomisk ersättning av de avtalade tjänsteprestationerna och att tjänsternas utförande inom ramen för avtalet kan anses som en ekonomisk verksamhet. Att avtalet gör det möjligt för den idéburna operatören att *på förhand veta vilken ersättning den erhåller för de tjänster som den åtar sig att utföra genom avtalet* är avgörande för att ersättningen ska kunna ses som ekonomisk (ett "marknadspris").

5.3.4.4 Har myndigheten ett direkt ekonomiskt intresse av de tjänster som omfattas av IOP-avtalet?

Om de belopp som en myndighet åtar sig att betala till den idéburna operatören inom ramen för ett IOP-avtal objektivt sett kan betraktas som ersättningen av ett tjänsteuppdrag bör myndigheten anses ha ett ekonomiskt intresse av avtalet.

Som nämnt ovan i avsnitt 4.5 har EUD fastställt att ett avtal som är utformat efter den upphandlande myndighetens specifikationer och avsett för offentlig användning måste anses ha ett ekonomiskt intresse för denna myndighet. Tecken på detta är att avtalet fastställer de prestationer som operatören vid varje enskilt tillfälle ska utföra liksom villkoren härför (*Ordine delli Architetti*) eller att avtalets föremål *motsvarar de behov som har specificerats av den upphandlande myndigheten i avtalet (Auroux)*. Ett sådant ekonomiskt intresse kan finnas även när tjänsterna tas emot av tredje part, förutsatt att myndigheten genom tjänsterna avlastas av en förpliktelse som har ett ekonomiskt värde (*kommissionen mot Tyskland*).

EUD har dock också fastställt i rättspraxis (bl.a. i *Helmut Müller och Remondis*) att den upphandlande myndigheten ska ha ett *direkt ekonomiskt intresse* av de prestationer som omfattas av avtalet för att detta ska kunna betraktas som ett offentligt kontrakt i LOU-direktivets mening. I Müller slog EUD fast att begreppet "kontrakt med ekonomiska villkor" grundas på antagandet att leverantören åtar sig att utföra

den prestation som är föremål för kontraktet mot ett vederlag.⁷¹² Eftersom de skyldigheter som följer av kontraktet är rättsligt bindande måste deras fullgörande kunna åberopas inför domstol, men eftersom det inte föreskrivs några bestämmelser i unionsrätten i detta hänseende och med beaktande av principen om medlemsstaternas självbestämmanderätt i processuella frågor, regleras villkoren för fullgörandet av dessa skyldigheter av nationell rätt.⁷¹³

I *Remondis* har EUD bekräftat att för att det ska vara fråga om ett avtal med ekonomiska villkor krävs att den upphandlande myndighet som ingått ett offentligt kontrakt, i enlighet med detta kontrakt, erhåller en prestation mot vederlag och att en sådan prestation ska vara av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten.⁷¹⁴

Slutsatsen i denna del är därför att IOP-avtal kan anses utgöra tjänstekontrakt i den mening som avses i LOU enbart om de innebär ett krav på att den idéburna operatören direkt eller indirekt är skyldig att utföra de tjänster som är föremål för avtalet. Det måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten.⁷¹⁵ Det kan påstås vara uppfyllandet av detta rekvisit som säkerställer att myndigheten genom IOP-avtalet säkerställer sin tillgång till tjänsterna och att avtalet därmed kan anses ha till syfte att anskaffa de tjänster som omfattas av det. Är rekvisitet inte uppfyllt bör slutsatsen kunna dras att det aktuella IOP-avtalet inte omfattas av LOU, detta även i situationer där utförandet av tjänsterna inom ramen av avtalet bedöms utgöra en ekonomisk verksamhet.

Om myndigheten inte har tagit initiativet till avtalet, bör utformningen av avtalets villkor om möjligheten att häva avtalet, om tvistlösning och om eventuella sanktioner i de fall den idéburna operatören inte utför de i avtalet fastställda tjänsterna att ha direkt relevans för bedömningen om myndigheten kan anses ha ett direkt ekonomiskt intresse av kontraktet. Därvid bör observeras att återkrav av olagligt statsstöd inte utgör en sanktion.

712 Dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* ECLI:EU:C:2010:168, p. 60.

713 Dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* ECLI:EU:C:2010:168, p. 62.

714 Dom i mål C-51/15 *Remondis* ECLI:EU:C:2016:985, p. 43.

715 Dom i mål C-451/08 *Helmut Müller* ECLI:EU:C:2010:168, p. 63.

5.3.4.5 Avslutande kommentar

Vilka avtalsrättsliga regler och principer som är av betydelse för bedömningen av IOP-avtalen är en fråga som inte har utvecklats särskilt ovan. För denna finns principer i svensk rätt och EU-rätten, funktionell tolkning i EU-rätten. Bl.a. menar Madell att avtal som myndigheter sluter med enskilda organisationer måste tolkas mot bakgrund av de offentlighetsrättsliga regler som ligger till grund för det aktuella avtalet.⁷¹⁶ Frågan om vilka principer om avtalstolkning som ska gälla och hur de ska kombineras vid tolkning av IOP-avtal behöver analyseras framöver.

5.4 Slutsatser

Sociala tjänsters ekonomiska karaktär i svenska marknadsbaserade välfärdssystem

Sociala tjänster som utförs inom ramen för kontrakt som tilldelats efter upphandlingsförfarande enligt LOU och inom ramen för LOV-avtal bör ses som en ekonomisk verksamhet i EU-rättens mening. Solidarisk finansiering och tjänstens sociala karaktär kan innebära att utbildning betraktas som NSGI, dock endast under vissa förutsättningar. Utbildning som utförs av friskolor inom ramen för det svenska offentligt finansierade systemet måste betraktas som en ekonomisk verksamhet. Vill man ändra på den ekonomiska karaktären av sociala tjänster i valfrihetssystem måste den svenska lagstiftning som styr målen och organisationen av dessa tjänster ändras.

Följaktligen, även om rättspraxis i EUD innebär att både avtalsbaserade och icke-avtalsbaserade valfrihetssystem för offentligt finansierade sociala tjänster (LOV-system och skolsystemet) faller utanför LOU, är det nödvändigt att kontrollera att svenska lagstiftande och administrativa åtgärder kopplade till dessa tjänster är förenliga med EU-reglerna om fri rörlighet, konkurrens och statsstöd. Hur operatörernas rättigheter i svenska valfrihetssystem ska kvalificeras EU-rättsligt återstår att se. Möjligen kan rätten till offentlig finansiering som åtnjuts av företag som beviljas tillstånd att driva friskolor i det svenska valfrihetssystemet ses som särskilda rättigheter i den mening som avses i artikel 106.1 FEUF.

Statens bidrag till Jägareförbundet för det Allmänna uppdraget

I ett funktionellt betraktelsesätt kan statens beslut att tilldela bidrag till Jägareförbundet för det Allmänna uppdraget vara att anses som en överenskommelse om att Jägareförbundet åtar sig att utföra ett förvaltningsuppdrag som *staten* har beslutat om. I ett sådant betraktelsesätt kan det inte uteslutas att bidraget, åtminstone delvis, kan ses som ersättning i den mening som avses i artikel 57 FEUF.

⁷¹⁶ Madell T. E., 1998, s. 543.

Bidragsbeslutet kan dock inte ses som en upphandling om staten inte kan anses ha till syfte att *anskaffa* de tjänster som beslutet avser, vilket kräver att staten har ett direkt ekonomiskt intresse av de tjänster som finansieras. I den mån de villkor som fastställts i statens beslut om bidrag till Jägareförbundet berättigar staten att kräva tillbaka belopp som inte används till Allmänna uppdraget men inte att inför domstol kräva att de tjänster som omfattas av uppdraget utförs eller att skadestånd annars utgår, bör beslutet inte kunna betraktas som en upphandling i LOU:s mening.

Om idéburna offentliga partnerskap (IOP-avtal)

För att kunna säga något om huruvida IOP-avtal omfattas av LOU är man tvungen att karakterisera deras gemensamma drag. En sådan karakterisering är emellertid svår att göra eftersom de förekommande IOP-avtalen omfattar olika verksamheter (i kommunernas allmänna eller specialreglerade kompetens) och varierar vad gäller bl.a. graden av precision i den verksamhet som får finansiering, graden av styrning från myndigheten, villkoren för att avsluta avtalet och valet av tvistelösningar. Dessutom saknas en tydlig och rättssäker definition av begreppet "idéburen organisation", även om de flesta s.k. idéburna organisationer som ingår IOP-avtal verkar vara ideella föreningar eller stiftelser.

I praktiken förefaller IOP generellt beteckna avtal mellan en idéburen organisation som åtar sig att utföra specifika (oftast sociala) tjänster och därvid bidra med visst frivilligt arbete, och en myndighet som åtar sig att finansiera stora delar av de tjänster som avtalet avser. Partnerskapet innebär att parterna tillsammans följer upp och justerar den avtalade verksamheten. Huruvida sådana IOP omfattas av LOU beror på om avtalet vid en bedömning i det enskilda fallet uppfyller de kriterier som karakteriserar ett tjänstekontrakt i LOU:s mening, varvid följande rekvisit kan anses ha särskild betydelse: (1) huruvida avtalet kan anses avse tjänster som inte utgör NSGI, (2) huruvida den idéburna operatören kan betraktas som en leverantör, (3) huruvida avtalet kan betraktas som ett kontrakt med ekonomiska villkor och (4) huruvida avtalet kan anses ha till syfte att anskaffa tjänster.

(1) Det är mycket svårt att se hur tjänster som omfattas av IOP-avtal skulle kunna hävdas vara NSGI. Oavsett om den verksamhet som omfattas av avtalet i huvudsak är offentligt finansierad visar det faktum att tjänsten anförtros genom avtal till en extern aktör att verksamheten *är* skiljbar från kommunens utövande av sina maktbefogenheter. Om den myndighet som ingår avtalet har ett icke-ekonomiskt SGI-uppdrag kopplat till de tjänster som omfattas av avtalet kan avtalet innebära att den idéburna aktören har anförtrotts en SGEI. Om IOP-avtalet avser en verksamhet som ingår i kommunernas allmänna kompetens utgör finansieringen av denna verksamhet en angelägenhet av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar. Detta innebär dock inte att verksamheten utgör en SGI, och inte heller att de kan ses som NSGI.

Oavsett om de tjänster som omfattas av ett IOP-avtal ligger inom myndighetens obligatoriska eller frivilliga kompetens, kommer den idéburna operatörens utförande av de offentligt finansierade tjänsterna att ha ekonomisk karaktär om IOP-avtalet har ett ekonomiskt intresse för operatören i ett objektivt betraktelsesätt.

(2) Huruvida operatörens verksamhet kan betraktas som ekonomisk beror på om den kan anses vara utförd på en viss marknad. För denna bedömning kan relevanta omständigheter bl.a. vara att tjänster liknande dem som omfattas av IOP-avtalet har anförtrots till företag i regionen och/eller i andra regioner av Sverige, eller att myndigheten tidigare, eller till och med samtidigt, upphandlar sådana tjänster som omfattas av IOP-avtalet eller delar av den.

Föreligger inga sådana omständigheter är det i stället bedömningen huruvida IOP-avtalet utgör ett kontrakt med ekonomiska villkor som kan avgöra om tjänsten *inom ramen av avtalet* kan anses vara utförd mot ersättning, dvs. en ekonomisk verksamhet i detta enskilda fall.

(3) Om IOP-avtalet har slutits på grund av att en myndighet har tagit initiativet att söka en leverantör som den ska anförtro en specifik typ av tjänst till, bör det anses klart att den idéburna aktören utför de aktuella tjänsterna mot ersättning om den åtar sig att utföra dem mot ett vederlag som den får frihet att påverka och acceptera innan avtalet ingås.

Att IOP-avtalet istället *formellt* har ingåtts på initiativ av den idéburna aktören, t.ex. genom att denne skickar ett förslag om IOP-avtal, bör det emellertid inte anses tillräckligt för att utesluta att den utför avtalets tjänster mot ersättning. Bedömningen huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att tillhandahålla inom ramen för IOP-avtalet utförs mot ersättning bör göras objektivt med utgångspunkt i avtalets villkor. Att tjänsterna kan anses utförda mot ersättning förutsätter att den idéburna aktören i ett objektivt betraktelsesätt bedöms utföra tjänsterna *på uppdrag av myndigheten*.

Om tjänsterna är reglerade i speciallagstiftning kan det vara svårt att hävda att den idéburna operatören har fått bestämma vilken tjänst som erhåller offentlig finansiering genom IOP-avtalet och under vilka villkor av exempelvis kvalitet, närhet till användarnas behov, etc. Att avtalet är att se som ett uppdrag kan i sådana fall vara lättare att avgöra.

Om de tjänster som omfattas av IOP-avtalet omfattas av myndighetens allmänna kompetens är existensen av "någon form av uppdragsförhållande" mellan kommunen och den idéburna aktören avgörande för om verksamheten ska klassificeras som en upphandling eller ses som en bidragsfinansierad enskild verksamhet. Frågan lär i så fall ställas huruvida de tjänster som den idéburna aktören åtar sig att utföra genom avtalet objektivt sett kan anses tillgodose de behov som myndigheten på förhand definierat inom ramen för sina befogenheter.

Denna bedömning kan anses kräva att avtalets villkor granskas med utgångspunkt av följande frågor:

- Är tjänsternas, eller en del av tjänsternas, särdrag och hur de ska tillhandahållas tydligt fastställda i avtalet? Framgår det vid en rättsenlig tolkning av avtalet att myndigheten har fastställt dessa villkor?
- Är utbetalningarnas belopp fastställda i förväg och kan de anses som ersättningen för de prestationer som är specificerade i avtalet och som den idéburna organisationen genom avtalet åtar sig att utföra?
- Har den idéburna operatör som åtar sig att utföra tjänsterna ett frihetsutrymme att innan avtalet sluts bestämma om den är villig att utföra dessa tjänster på de villkor om tjänstens egenskaper och tillhandahållande som föreskrivs i avtalet?

Är svaret ja på alla dessa frågor bör de utbetalningar som föreskrivs i avtalet kunna anses som en ekonomisk ersättning. Frågan vilka principer om avtalstolkning som ska gälla och hur de ska kombineras vid tolkning av IOP-avtal behöver dock analyseras framöver.

(4) IOP-avtal kan anses utgöra en upphandling i den mening som avses i LOU enbart om de innebär ett krav på att den idéburna operatören direkt eller indirekt är skyldig att utföra de tjänster som är föremål för avtalet. Det måste vara fråga om en skyldighet vars fullgörande kan åberopas inför domstol i enlighet med de villkor som uppställs i den nationella rätten. Är rekvisitet inte uppfyllt bör slutsatsen kunna dras att det aktuella IOP-avtalet inte omfattas av LOU, och detta även i situationer där utförandet av tjänsterna inom ramen av avtalet bedöms utgöra en ekonomisk verksamhet.

6 Källor

Arrowsmith S., 2014, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3. edition., Sweet & Maxwell

Azoulai L., 2011, *The "Retained Powers" Formula in the Case Law of the European Court of Justice: EU Law as Total Law?* European journal of Legal Studies, 2011, Volume 4, Issue 2

Bovis C., 2007, *EU Public Procurement Law*, Elgar

Bovis C., 2012, *Public procurement in the EU: Jurisprudence and conceptual directions*, CML Rev. 2012, 49, s. 247–290.

Bovis C., 2013, *The challenges of public procurement reform in the single market of the European Union*, Volume 14, Issue 1, s. 35–57 ERA Forum, Journal of the Academy of European Law

Bovis C., 2016, *The principles of public procurement regulation*, i *Research Handbook on EU Public Procurement Law*, Bovis C. (red.), Elgar Publishing

Buendia Sierra J. L., 1999, *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law, Article 86 (former Article 90) of the EC Treaty*, Oxford University Press

Burgi M., 2014, *Contracting authorities, in-house services and public authorities' cooperation* i *Modernising Public Procurement: the New Directive* (red. Lichère F., Caranta R. and Treumer), DJØF Publishing

Bönker F., Libbe J. och Wollmann H., 2016, *Remunicipalisation Revisited: Long-Term Trends in the Provision of Local Public Services in Germany*, i *Public and Social Services in Europe: From Public and Municipal to Private Sector Provision*, Wollmann H., Koprić I. och Marcou G. (red.), Springer

Caranta, Roberto, *FIDE General report on Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes* i *The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications Vol. 3, Neergaard U., Jacqueson C. & Skovgaard Ølykke G. (red.), Copenhagen: DJØF Publishing, pp. 79-175, tillgänglig vid http://www.aanbestedingsrecht.org/project/userfiles/Fide_rapport_2014.pdf.

Caranta Roberto, 2015, *The changes to the public contract directives and the story they tell about how EU law works*, CML Rev. 2015, 52, 391-460

Caranta Roberto, 2015, *Mapping the margins of EU public contracts law: covered, mixed, excluded and special contracts* i *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Lichère F., Caranta R., Treumer S. (red.), Djøf Forlag

Caranta Roberto, 2016, *After Spezzino: A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector*, EPPPL 1/2016

Comba M.E., 2014, *Variations in the scope of the new EU public procurement Directives of 2014: Efficiency in public spending and a major role of the approximation of laws* i *Modernising Public Procurement: The New Directive*, Lichère F., Caranta R., Treumer S. (red.), Djøf Forlag

Damjanovic D., 2013, *The EU market rules as social market rules: Why the EU can be a social market economy* (2013) 50 *Common Market Law Review*, Issue 6, pp. 1685–1717

Davies G., 2017, *The Competence to Create an Internal Market: Conceptual Poverty and Unbalanced Interests* i "The Division of Competences between the EU and the Member States, Reflections on the Past, the Present and the Future, Garben S. och Govaere I. (red.), Bloomsbury Publishing

Defourmy J. och Nyssens M., 2017, *Économie sociale et solidaire: Socioéconomie du 3e secteur*, Ouvertures économiques, De Boeck éditeur

De Witte B., 2017, *Exclusive Member State Competences – Is There Such a Thing?* In "The Division of Competences between the EU and the Member States, Reflections on the Past, the Present and the Future Garben S. och Govaere I. (eds.), Bloomsbury Publishing

Esping-Andersen G., 1990, *The three political economies of the welfare state*, *International Journal of Sociology*. M.E. Sharpe, Inc. via JSTOR. 20 (3): 92–123. JSTOR 20630041

Fanø Petersen C. and Skovgaard Ølykke G., 2016, *The provision on services of general economic interest in the 2014 Directive – pure reiteration of the obvious?* i *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules*, Skovgaard Ølykke G. och Sánchez-Graells A. (red.), Edward Elgar Publishing

Fiedziuk N. A., 2013a, *Putting Services of General Economic Interest up for Tender: Reflections on Applicable EU Rules*, *Common Market Law Review* Volume 50: 87–114

Fiedziuk N. A., 2013b, *Services of general economic interest in EU law: The role of the 'public service' exception in the light of recent developments in EU law*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers (WLP)

Gallo D., 2011, *Social Security and Health Services in EU Law: Towards Convergence or Divergence in competition, State Aids and Free Movement?* EUI Robert Schuman Centre for Advanced Studies, RSCAS 2011/19

Gerben S. och Govaere I., 2017, *The Division of Competences between the EU and the Member States: Reflections on the Past, the Present and the Future*, Gerben S. och Govaere I. (red.), Bloomsbury Publishing

Gideon A., Sánchez-Graells A., 2015, *When are universities bound by EU public procurement rules as buyers and providers? – English universities as a case study*, tillgänglig vid

SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2692966> eller
<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2692966>

Govani, Z., 2017, *Is that Another European Tide Coming in? Judicial Appreciation of Article 4(2) TEU and the Internal Market*, (2017) Vol 1 LSEUR

Grosse Ingrid, 2013, *Icke-vinstdrivande välfärd i Sverige och Tyskland i När förvaltning blir business– marknadsieringens utmaningar för demokratin och välfärdsstaten*, Rönnerberg et al. (red.), Linköping University Electronic Press 2013

Hartman, L (2011) red. *Konkurrensens konsekvenser: Vad händer med svensk välfärd?* Stockholm: SNS Förlag

Hatzopoulos V., 2011, *The concept of 'economic activity' in the EU treaty: from ideological dead-ends to workable judicial concepts*, Research Paper in Law 06/2011

Hatzopoulos V., 2012, *Regulating Services in the European Union*, Oxford University Press

Hettne J., *Idéburen välfärd?* Fores Policy Brief 2018:6

Hoogenboom A., 2017, *Balancing Student Mobility Rights and National Higher Education Autonomy in the European Union*, Volym 12 av Nijhoff studies in EU law, Martinus Nijhoff Publishers

Hordijk P. och Meulenbelt M., 2005, *A bridge too far: why the European Commission's attempts to construct an obligation to tender outside the scope of the Public Procurement directives should be dismissed*, (2005) 14 Public Procurement Law Review 123

Jääskinen N., *The New Rules on SGEI*, European State aid Law quarterly 4/2011, s. 600-601

Karayigit M., 2010, *A new type of exemption from the EU rules on public procurement established: "in thy neighbour's house" provision of public interest tasks*, (2010) 6 Public Procurement Law Review 183

Lenaerts K., 2012, *Defining the Concept of 'Services of General Interest' in Light of the 'Checks and Balances' Set out in the EU Treaties*, [2012] 19(4) Jurisprudencija 1247

Lindquist U., Lundin O. och Madell T., *Kommunala befogenheter*, 8:e uppl., Wolters Kluwer, 2016

Madell T.E., 1998, *Det allmänna som avtalspart, särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts Juridik AB

Merola M., 2011, *Conclusions of the Conference Proceedings*, Conference on the Reform of State Aid Rules on Services of General Economic Interest from the 2005 Monti-Kroes Package to the 2011 Almunia Reform, 30 September 2011, Bruges, tillgänglig vid

<file:///C:/Users/Caroline/Downloads/GCLC%20-%20SGEI%20Conference%20Booklet.pdf>

Millet F.-X., 2012, *National Constitutional Identity as a Safeguard of Federalism i Deconstructing EU Federalism Through Competences*, EUI Workshop Proceedings – 14 June 2011, Azoulai L., Boucon L., Millet F-X (red.), EUI Working Paper Law 2012/06

Neergaard U., 2013, *The Concept of SSGI and the Assymetries Between Free Movement and Competition Law*, i *Social Services of General Interest in the EU*, Neergaard et al. (red.), T.M.C. Asser Press

Odudu O., 2015, *Competition and Merger Law and Policy*, i *The Oxford Handbook of European Union Law*, Arnall A. och Chamlmers D (red.), Oxford University Press

Risvig Hamer C., 2016, *The concept of a "public contract" within the meaning of the Public Procurement Directive*, 2016 no3 UrT

Rodin S., 2011, *National Identity and Market Freedoms after the Treaty of Lisbon* [2011] 7 CYELP 11

Rossi L. S., 2014, *A New Revision of the EU Treaties After Lisbon?* i L.S. Rossi and F. Casolari (red.), *The EU after Lisbon, Amending or Coping with the Existing Treaties?* Springer, s. 7f,

Salamon L. M. och Anheier H. K. , 1998, *Global Civil Society Dimensions of the Non-profit Sector*, The Johns Hopkins Center for Civil Society Studies

Scharpf F. W., 2014, *De-Constitutionalization and Majority Rule A Democratic Vision for Europe*, MPIfG Discussion Paper 16/14

Schütze R., 2009, *From Dual to Cooperative Federalism – The Changing Structure of European Law*, Oxford, Oxford University Press

Sylvan M., 2016, *Do EU Rules on Public Procurement Apply to Tax-funded Welfare Services?* I *Public Procurement Law R.* 2006 nr. 6, Sweet and Maxwell

Szyszczyk E., 2013, *Soft Law and Safe Havens*, i *Social Services of General Interest in the EU*, Neergaard U. et al. (red.), T.M.C. Asser Press

Timmermans C., 2017, *The Competence Divide of the Lisbon Treaty Six Years After* in "The Division of Competences between the EU and the Member States, Reflections on the Past, the Present and the Future, Garben S. och Govaere I. (red.), Bloomsbury Publishing

Tokár A., 2014, *FIDE General report on Public Procurement Law: Limitations, Opportunities and Paradoxes* i *The XXVI FIDE Congress in Copenhagen, 2014*, Congress Publications Vol. 3, Neergaard U., Jacqueson C. & Skovgaard Ølykke G. (eds.), Copenhagen: DJØF Publishing, pp. 79-175, tillgänglig vid

http://www.aanbestedingsrecht.org/project/userfiles/Fide_rapport_2014.pdf

Treumer S., 2014, *Evolution of the EU Public Procurement Regime: The new Public Procurement Directive*, i *Modernising Public Procurement: The New Directive*, DJØF Publishing

Trägårdh L., 1995, (red.). *Civilt Samhälle kontra Offentlig Sektor*, Stockholm: SNS

Van de Gronden J., 2013, *The Treaty Provisions on Competition and Health Care in the EU*, i *Health Care and EU Law*, van de Gronden et al. (red.) T.M.C. Asser Press

Van de Gronden J., 2013, *Free Movement of Services and the Right of Establishment: Does EU Internal Market Law Transform the Provision of SSGI?* i *Social Services of General Interest in the EU*, Neergaard et al. (red.), T.M.C Asser Press

Van de Gronden J. W. och Rusu C. S., 2013, *The Altmark Update and Social Services: Toward a European Approach*, i *Financing Services of General Interest – Reform and Modernization*, Szyszczyk E. Och van de Gronden (red.), T.M.C. Asser Press

Von Bogdandy A. och Schill S., 2011, *Overcoming absolute primacy: respect for national identity under the Lisbon Treaty*, (2011) 48 CMLR 1426, 1430.

Weatherill S., 2016, *Distinctive identity claims, Article 4(2) TEU (and a fleetingly sad nod to Brexit)*, Editorial Note i (2016) 12 *Croatian Yearbook of European Law and Policy*

Wehlander C. och Madell T., 2013, *SSGIs in Sweden: With a Special Emphasis on Education* i *Social Services of General Interest in the EU* Neergaard et al. (red.), T.M.C. Press

Wehlander C., 2015, *Who is Afraid of SGEI? Services of General Economic Interest in EU Law with a Case Study on Social Services in Swedish Systems of Choice*, *Skrifter från juridiska institutionen vid Umeå universitet* Nr. 32

Wehlander C., 2016, *Services of General Economic Interest as a Constitutional Concept of EU Law*, T.M.C. Asser Press

Wessel R. A., 2003, *The Constitutional Relationship between the European Union and the European Community: Consequences for the Relationship with the Member States*, Jean Monnet Working Paper 9/03.

Wiggen J., 2011, *Public procurement rules and cooperation between public sector entities: the limits of the in-house doctrine under EU procurement law*, (2011) 20 *Public Procurement Law Review* 157



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se