

Utbildningsdepartementet

Vår referens/dnr:

114/2017

103 33 Stockholm

Er referens/dnr:

U2017/02532/GV

2017-10-04

Remissvar

Entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning

Svenskt Näringsliv har givits möjlighet att lämna synpunkter på ovan rubricerat betänkande.

Övergripande synpunkter på utredningen

Frågan om entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning är angelägen för svenska skolan. Lärarbristen, både i de delar som gäller brist på antalet lärare och i de delar som gäller brist på verkligt yrkesskickliga lärare, gör att vi behöver hitta fler sätt att organisera undervisning på. Det är också angeläget utifrån att Sverige är ett stort land och ska vi kunna garantera samtliga elever i alla delar av landet en utbildning av hög kvalitet kommer vi behöva använda många olika typer av utbildningsmetoder och dra nytta av digitaliseringens möjligheter.

Skolan är ett av de områden i samhället som är i störst behov av innovationer. Nya förbättrade, mer effektiva arbetssätt krävs för att elevernas resultat ska förbättras. Genom entreprenad, fjärrundervisning och distansundervisning kan fler möjligheter skapas. Generellt kan konstateras att vi i många fall anser att utredningen är allt för försiktig och vi hade gärna sett att utredningen gått längre i sina förslag.

Specifikt när det gäller kommunal vuxenutbildning är det angeläget att vi i Sverige får ett flexibelt och individanpassat system som bygger på kundval, hög effektivitet och är kvalitetsdrivande. En valfrihetsmodell med tydlig resultatstyrning och som baseras på ett pengssystem bör införas.

Innan vi kommenterar utredningens förslag i detalj behöver verksamhet som är reglerad enligt skollagens relation till EU-rätten redas ut. Det görs i avsnittet nedan.

Skolan och EU-rätten

Tjänster av allmänt intresse är sådana tjänster som medlemsstaternas myndigheter bedömt ha ett allmänt intresse, och som därför är kopplade till särskilda skyldigheter för myndigheterna. Tjänster av allmänt intresse kan vidare delas in i ekonomiska tjänster och icke-ekonomiska tjänster.

En tjänst som definieras som icke-ekonomisk tjänst av allmänt intresse (NESGI) faller utanför EU-rättens område. Det är för medlemsstaterna därför fritt att lagstifta om sådana tjänster. Detta innebär, som utredningen mycket riktigt påpekar, att NESGI inte omfattas av de EU-rättsliga upphandlingsdirektiven.

Frågan om vilka tjänster som inte ska omfattas av unionsrätten berör de mest grundläggande aspekterna av den unionsrättsliga regleringen som måste beaktas utifrån såväl EU:s primära som sekundära rätt.

Vilka tjänster som ska anses utgöra NESGI omgärdas av stora tveksamheter. Utredningen för i detta avseende fram en selektiv och dåligt underbyggd redogörelse av EU-domstolens rättspraxis.

Utredningen bygger en stor del av sitt resonemang på EU-domstolens dom i målet *Humbel* (C-41/90). I målet bedömdes relationen mellan en elev å ena sidan, och det offentliga som utbildningsanordnare å andra sidan, vara av icke-ekonomisk natur. Relationen motsvarar den som gäller i fråga om elevens rätt till skolgång. I de för utredningen nu aktuella utbildningsentreprenaderna ligger emellertid huvudmannskapet redan från början hos den offentliga utbildningsanordnaren, utan att i sig påverka relationen mellan denne och eleverna. Det för upphandling aktuella avtalsförhållandet är däremot det mellan det offentliga, som utbildningsanordnare, och entreprenören; inte relationen mellan det offentliga och elevens rätt till finansiering av utbildningen, som bedömdes i *Humbel*. Målet berör sålunda överhuvudtaget inte relationen mellan huvudmannen och en fristående tillhandahållare av tjänster. *Humbel* kan därför inte tillmätas sådan betydelse utredningen påstår.

Utredningen tycks också bortse från EU-domstolens dom i målet *Höfner* (C-41/90). Detta avgörande står nämligen i direkt konflikt med utredningens tolkning av *Humbel*. EU-domstolen ansåg i *Höfner* att arbetsförmedlingsverksamhet skulle anses vara en ekonomisk verksamhet eftersom verksamheten kan utövas av privata aktörer, oavsett formen för utförandet och formen av finansiering. Överfört till för utredningen relevanta förhållanden innebär detta att de aktuella utbildningsentreprenaderna innefattar ekonomisk verksamhet eftersom dessa kan utövas – och faktiskt utövas – av privata aktörer.

Varken *Hubel* eller *Höfner* avser dock upphandlingsrättsliga bedömningar, och inget av målen uttalar sig om vad som kan anses utgöra en icke-ekonomisk tjänst i den mening som följer av direktiv 2014/24/EU. Klart står dock att det finns mer praxis och fler aspekter av frågan än vad som redovisas i utredningen. Utredningen underlåter även att beröra det rättsutlåtande av professor Erika Szyszczak som på Valfärdsutredningen (SOU 2017:38) uppdrag skrivit ett yttrande om skola och NESGI. Bland annat skriver hon att det är högst osannolikt att Europeiska kommissionen och de europeiska domstolarna skulle acceptera att utbildningssektorn i Sverige skulle betraktas som icke-ekonomisk verksamhet.

Det kan vidare konstateras att målet med de norska förskolorna, *Private Barnehagers Landsforbund* (E-5/07) avsåg det norska systemet för privata förskolor, vilket i betydande mån motsvarar det svenska. Som tidigare konstaterats föreligger det dock en väsentlig skillnad mellan det fria skolvalet, som finansieras med skolgång, och det offentligas köp av tjänster såsom huvudman och utbildningsanordnare för elever. Det bör även noteras att det norska målet avsåg prövning av företagsbegreppet i ett statsstödsärende, och därmed hänför sig till konkurrensrätten. Företagsbegreppet i artiklarna 106 - 107 FEUF kan inte tolkas

analogt upphandlingsrättsligt. Det finns inte något stöd för denna typ av analog tolkning i EU-domstolens rättspraxis.

Utredningen tycks argumentera för att NESGI är tillräckligt att tjänsten ingår i ett nationellt utbildningssystem som upprättas och upprätthålls av staten samt att tjänsten i huvudsak finansieras av det allmänna. Utredningens resonemang innebär antingen att alla offentligt finansierade tjänster som slutanvändaren inte betalar till fullo skulle utgöra NESGI, eller att endast utbildningstjänster – och inga andra tjänster – kan utgöra en NESGI. Båda dessa slutsatser är lika orimliga.

EU-kommissionen har uttalat att tjänster såsom rättsväsende och socialtjänst kan utgöra NESGI.¹ Dessa tjänster är visserligen offentligt finansierade och reglerade samt medför som regel inga kostnader för brukaren. Det bör dock beaktas att i dessa fall saknas en effektiv marknad samt att tjänsterna inte utförs av privata aktörer med vinstsyfte. Därtill finns särskilt undantag i upphandlingsdirektiven för tjänster som utförs med ensamrätt av annan myndighet.

En grundläggande förutsättning för upphandlingsrättens tillämplighet är existensen av ett bestämt gränsoverskridande intresse. EU-domstolen² har uttryckt det s.k. *samhandelskriteriet* så att det aktuella kontraktet ska bedömas kunna vara av intresse för ett företag i en annan medlemsstat, se bland annat *Parking Brixen* (C-458/03) och *Wall* (C-91/08). De nu aktuella utbildningsentreprenaderna uppfyller dock i högsta grad samhandelskriteriet, utifrån förutsättningarna på den svenska marknaden.

I Sverige finns det idag en marknad för utbildningstjänster som behandlas i utredningen, med olika aktörer med olika associationsformer, syften och storlekar. Ett betydande inslag i den svenska marknaden är dessutom transnationella företagskoncerner med verksamhet i andra EU-länder, ett sådant exempel är Jensen education.

De privata aktörerna på den svenska marknaden för utbildningstjänster utför vidare ett antal olika tjänster och med tydligt samhandelsintresse. Det kan vid de svenska förhållandena inte råda någon tvekan om att verksamheten och därmed tjänsterna är av ekonomisk natur och därmed är upphandlingspliktiga.

Detta stöds även av det faktum att tjänster för *undervisning och utbildning* (CPV 8000000-4) omfattas av bilaga 2 till LOU. Det är därmed uppenbart att unionslagstiftarna ansett att dessa och dylika tjänster normalt ska omfattas av de primärrättsligt grundläggande principerna och även av upphandlingsskyldighet enligt direktiv 2014/24/EU, om än i begränsad grad.

Specifika synpunkter på utredningens förslag

Entreprenad

Mest angeläget är möjligheten till entreprenad inom de områden där lärarbristen är stor och/eller elevgrupperna är små. En entreprenadslösning kan säkerställa att utbildningen håller tillräckligt hög nivå samt att eleverna säkerställs ett brett utbud av utbildningar. Detta förutsätter självklart att huvudmannen har ansvar och kontroll över utbildningen och undervisningen.

¹ KOM(2007) 725 slutlig.

² Se Sundstrand, Offentlig upphandling – Primärrättens reglering av offentliga kontrakt (Jure 2012), s. 139 f.

Fjärrundervisning

Fler aktörer än enbart skolhuvudmän bör kunna tillåtas. Det bör även gälla fler ämnen även i de lägre åldrarna, åtminstone från och med årskurs 4. Huvudmannen bör få möjlighet att avgöra när det är lämpligt.

Distansundervisning

Det bör vara tillåtet att undervisa egna elever på distans, som en form av särskilt stöd. Rektor ska fatta beslut om distansundervisning. Det bör också finnas fler möjligheter till distansundervisning på grundskolan.

Johan Olsson
Utbildningspolitisk expert