

Datum
2002-10-24
Ert datum

Vår beteckning
2001/0204-26
Er beteckning

Anmälarna

Täby Fastighets AB:s anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har den 19 oktober 2001 mottagit en skrivelse från två anmälare med anledning av ett anbudsförfarande avseende ridanläggning på Hägerneholm som genomförts av Täby Fastighets AB (TFAB). Anmälarna anför bl.a. att de anser att anbudsförfarandet gått felaktigt till och att TFAB varit skyldigt att följa reglerna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Av handlingarna i ärendet framgår bl.a. följande.

Hägerneholms ridanläggning består av ett större stall med plats för ca 70 hästar, två ridhus, ett klubbhus, leder och mark för ridvolt och rasthagar. På anläggningen fanns tidigare två hyresgäster, dels Täby Ridklubb och dels ett privat företag. Anläggningen utnyttjades i stor utsträckning gemensamt av bägge parter. I mars 2001 sade TFAB upp hyresavtalen till upphörande vid utgången av år 2001.

TFAB och Täby kommun väckte talan vid Södra Roslags tingsrätt mot Täby Ridklubb och yrkade att ridklubben skulle förpliktas att avflytta från ridanläggningen. I dom den 6 juni 2002 (mål nr T 3180-01 och T 3181-01) biföll tingsrätten TFAB:s och Täby kommuns talan.

I skrivelse daterad den 11 juni 2001 inbjöd TFAB intresserade att hyra Hägerneholms ridanläggning. I underlaget angavs bl.a. att TFAB som villkor ställer att blivande hyresgäst förutsätts driva ridskolan med ungefär samma förutsättningar som i dag, att personalen skall ha erfarenhet och utbildning för ridskoleverksamhet, att hyresgästen skall följa gällande regler och rekommendationer för ridskolor och ridanläggningar samt djurskyddslagstiftningens krav. Byggnadernas inre underhåll, stängselpfikt, underhåll av befintliga anläggningar, driftkostnader, skatter och avgifter bekostas av hyresgästen. Anläggningar på mark och investeringar i byggnader får inte göras utan medgivande från fastighetsägaren. Hyreskontrakt kommer att tecknas för en första hyresperiod om 3 – 5 år. TFAB har fri prövningsrätt.

NOU:s bedömning

I 1 kap. 5 § LOU stadgas att med upphandling avses köp, leasing, hyra eller hyr-köp av varor, byggtreprenader eller tjänster.

I 5 kap. 1 § andra stycket 1 p LOU stadgas att bestämmelserna i detta kapitel inte skall tillämpas i fråga om anskaffning av eller nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom eller tillbehör till fastighet eller byggnad eller rättigheter av nu nämnt slag.

Anmälarna anser att TFAB varit skyldigt att följa LOU. NOU prövar därför först frågan om anbudsförfarandet för ridanläggningen på Hägerneholm faller under LOU.

Avtal varigenom en upphandlande enhet upplåter nyttjanderätt till fast egendom åt ett privat rättssubjekt omfattas som huvudregel inte av LOU. I detta fall har TFAB emellertid genomfört ett anbudsförfarande vid uthyrningen av ridanläggningen på Hägerneholm och därvid ställt som villkor att hyresgästen skall driva en ridskola på i huvudsak samma sätt som tidigare gjorts av den förre hyresgästen. I hyresavtalet ingår därmed även som del ett avtal om tillhandahållande av en tjänst.

En s.k. driftentreprenad där en myndighet mot ersättning överlåter driften av en verksamhet till ett privat företag utgör normalt tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt vilket skall upphandlas enligt reglerna i LOU. Detta behöver inte vara fallet om det är fråga om en s.k. tjänstekoncession. En sådan kännetecknas av att det företag som övertar driften av verksamheten i fråga inte uppstår full ersättning från myndigheten utan själv erbjuder sina tjänster till allmänheten och tar risken för verksamhetens fortbestånd.

I rättsfallet C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH ./.* *Telekom Austria AG* behandlade EG-domstolen frågor om tjänstekoncessioner. I målet var det fråga om ett avtal där Telekom Austria AG, ett företag som omfattas av försörjningsdirektivet 93/38/EEG, uppdrog åt ett annat företag att utforma, trycka och utge telefonkataloger. Inget vederlag för uppdraget utgick. Efter att ha konstaterat att uppdraget som sådant omfattades av försörjningsdirektivet uttalade EG-domstolen att ”trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38/EEG omfattas det, på gemenskapsrättens nuvarande stadium, ändå inte av direktivets tillämpningsområde, bland annat på grund av att vederlaget från det förstnämnda företaget till det sistnämnda företaget består i att det sistnämnda företaget får rätt att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt.” EG-domstolen tillade att upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta gemenskapsrättens grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet.

Datum
2002-10-24

Vår beteckning
2001/0204-26

Mot bakgrund av det ovan sagda gör NOU följande bedömning.

TFAB:s krav på att hyresgästen på Hägerneholm skall bedriva ridskoleverksamhet är inte kopplat till någon uttrycklig utfästelse om ersättning från TFAB:s eller kommunens sida. Det kan emellertid antas att hyresbeloppet åtminstone delvis påverkas av villkoret. Hyresgästen skall tillhandahålla tjänsterna till allmänheten och driva verksamheten på egen risk. Kontraktet har således i denna del klar karaktär av en tjänstekoncession. Enligt NOU:s uppfattning utgör ett kontrakt av detta slag inte ett kontrakt varigenom en upphandlande enhet köper tjänster av ett annat rättssubjekt. Vid sådana förhållanden omfattas kontraktet inte heller av reglerna om upphandling i LOU.

Som EG-domstolen uttalat gäller ett generellt krav på respekt för gemenskapsrättens grundläggande principer i allmänhet vid all tilldelning av offentliga kontrakt. I *Telaustria*-fallet uttalade EG-domstolen bl.a. följande vad gäller insyn i förfaranden vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

”Denna skyldighet att lämna insyn som åvilar varje upphandlande myndighet syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.”

NOU avslutar ärendet utan annat yttrande än vad som framgår av det ovan sagda.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 23 oktober 2002, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, civil-ekonomen Jonas Berggren, sektionschefen Hans Ekman, rättssakkunniga Gunilla Hulting, avdelningsdirektören Lisbeth Johnson, chefsjuristen Erland Olausson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur. kand. Per Andersson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Per Andersson

Kopia till:

Täby Fastighets AB
Täby kommun