

Länsrätten i Stockholms län
Rotel 224
Box 17106
104 62 STOCKHOLM

Länsrättens i Stockholms län mål nr 7844-05 mellan Carpark AB och Telge AB

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar, med stöd av 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU), tillsyn över den offentliga upphandlingen.

Länsrätten i Stockholms län har anhållit om yttrande beträffande frågan om den i målet ifrågavarande upphandlingen med hänsyn till i förfrågningsunderlaget ställda krav och kommersiella villkor är att anse som en upphandling som omfattas av LOU. NOU begränsar sitt yttrande till denna fråga.

Bakgrund

Av de handlingar NOU tagit del av framgår att Telge AB för AB Telgebostäders räkning genomfört ett förfarande för tilldelning av kontrakt avseende parkeringsövervakning. Av det förfrågningsunderlag Telge AB använt sig av framgår under rubriken "1.5 Uppdragets omfattning" bl.a. följande. "Leverantören åtar sig att utföra all parkeringsövervakning med tillhörande debitering av kontrollavgifter inom Telgebostäders hela fastighetsbestånd enligt angivna förutsättningar och villkor. Vidare ingår gatu- och samfällighetsmark i den omfattning som Telgebostäder träffar överenskommelse om med respektive markägare." Under rubriken "4.1 Uppdragets omfattning" framgår bl.a. följande beträffande uttagande av avgifter. "Kontrollavgifter uttages av, och tillfaller leverantören, som ensam ansvarar för alla åtgärder och kostnader för detta. Någon ytterligare ersättning av något slag äger leverantören inte uppbära." Under rubriken "2.15 Utvärderingskriterier" framgår vidare att det anbud, som med hänsyn till kvalitet och pris bedöms mest fördelaktigt för AB Telgebostäder, kommer att antas. Med kriteriet pris avses "[...] den kompensation som

leverantören erligger månatligen till AB Telgebostäder för rätten att tillgodoräkna sig parkeringsavgifter samt kontrollavgifter.” Under rubriken ”5.3 Ersättning” framgår att ”AB Telgebostäder skall månatligen, i förskott, till leverantören fakturera ett belopp motsvarande den avtalade ersättningen för parkerings- och kontrollavgifter.” Av förfrågningsunderlaget framgår också att erlagda parkeringsavgifter och kontrollavgifter under år 2004 uppgick till ca 1,3 miljoner kronor respektive 4,0 miljoner kronor.

Offentliga tjänstekontrakt och tjänstekoncessioner

Ett upphandlingskontrakt avseende tjänster (med direktivens terminologi ett offentligt tjänstekontrakt) är enligt tjänstedirektivet ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en tjänsteleverantör och en upphandlande myndighet.¹ Begreppet offentliga kontrakt skall enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.² Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande enhetens räkning.

I de nya upphandlingsdirektiven har införts en definition av tjänstekoncession, vilken får anses vara en kodifiering av den sedan tidigare allmänt vedertagna definitionen: ”tjänstekoncession: ett kontrakt av samma typ som ett tjänstekontrakt men med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”.³ En grundförutsättning för att en tjänstekoncession skall anses föreligga är således att transaktionen uppfyller alla villkor som krävs för att ett offentligt tjänstekontrakt skall anses föreligga, d.v.s. att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande enhetens räkning. Därutöver krävs, för att det skall vara fråga om en tjänstekoncession, att ersättningen för tjänsternas utförande, till skillnad från vad som gäller vid offentliga tjänstekontrakt, utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Det bör i sammanhanget noteras att en transaktions karaktär av tjänstekoncession inte påverkas av det faktum att

1 Direktiv 92/50/EEG art. 1 (a).

2 Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9.

3 Direktiv 2004/17/EG artikel 1.3 (b) och Direktiv 1004/18/EG artikel 1.4.

koncessionsinnehavaren, såsom ibland är fallet, betalar en avgift till den upphandlande enhet som upplåter koncessionen.

Tjänstekoncessioner omfattas, enligt EG-domstolens dom i mål C-324/98 *Telaustria*, inte av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. En upphandlande enhet som väljer att tilldela en tjänstekoncession skall dock följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.⁴

Generaladvokat Stix-Hackl har i förslag till avgörande i mål C-231/03 *Co.Na.Me*, i vilket EG-domstolen ännu inte avkunnat dom uttalat bl.a. följande beträffande tillämpligheten av gemenskapsrättens grundläggande principer vid tilldelning av tjänstekoncessioner. ”Som utgångspunkt kan det fastslås att man inom primärrättens tillämpningsområde i varje fall inte kan använda samma regler för tilldelningar som de som gäller enligt direktiven. Det är framför allt två skäl som talar emot att i så stor utsträckning göra direktivens regler tillämpliga i primärrätten. För det första skulle därmed de regler som har fastställts enbart för de tilldelningar som omfattas av direktiven komma att gälla utanför tillämpningsområdet för dessa, dessutom utan genomförande av den lagstiftningsprocess som föreskrivs i primärrätten. Detta skulle innebära ett kringgående av den gemenskapsrättsliga lagstiftningsprocessen. För det andra skulle även direktiven, som just innehåller bestämmelser endast beträffande vissa tilldelningar, kringgåas. Det skall emellertid först erinras om den omständigheten att de bestämmelser som härleder sig från de grundläggande friheterna principiellt omfattar alla sidor av tilldelningarna. De omfattar sålunda för det första den materiella delen, till exempel beskrivningen av föremålet för en tjänst (bland annat genom tekniska specifikationer eller fastställande av giltighetstiden för en koncession) eller kriterierna för ändamålsenligheten (framför allt kvalifikationer) och för kontraktet, varvid särskilt principen om ömsesidigt erkännande måste beaktas. För det andra omfattar bestämmelserna i fråga också den processuella delen, alltså förfarandet i snävare mening. Dit hör till exempel valet av förfarande, vari även publiceringen av ett meddelande om upphandling ingår, och vilka frister som skall fastställas till exempel för den dag då ansökan om deltagande eller anbud senast skall inges. Förutom den i målet aktuella skyldigheten att lämna insyn kan också den därmed sammanhängande skyldigheten till likabehandling, principen om fri konkurrens och proportionalitetsprincipen nämnas som bestämmelser vilka

⁴ Se EG-domstolens dom i mål C-324/98 *Telaustria*, pp. 60 – 63 och EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 12 april 2000, sid. 14 ff. Motsvarande resonemang angående tillämpningen av tjänstedirektivet 92/50/EEG finns i EG-domstolens mål C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung GmbH mot Saur Verlag GmbH m.fl.*

är relevanta även vid tillämpning av primärrätten. Av skyldigheten till likabehandling följer bland annat att valet av koncessionshavare måste ske på objektiva grunder. Detta innebär också att de krav som fastställdes när upphandlingsförfarandet inleddes inte får ändras och att samma krav skall gälla för alla anbudssökande.”⁵

Då en leverantör vid en svensk domstol riktar klagomål mot en upphandlande enhets förfarande vid tilldelning av en tjänstekoncession skall domstolen således, enligt NOU:s mening, bedöma förfarandets lagenlighet inte med utgångspunkt i bestämmelserna i LOU utan mot bakgrund av de förpliktelser som till följd av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna åvilar den upphandlande enheten.

En upphandlande enhet som vid tilldelning av en tjänstekoncession väljer att tillämpa bestämmelserna i LOU, trots att någon sådan skyldighet inte finns, torde dock, normalt sett kunna anses ha uppfyllt de förpliktelser som följer av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eftersom bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, för såvitt gäller direktivens tillämpningsområde, utgör en kodifiering av, dessa principer.

Generaladvokat Kokott har i förslag till avgörande i mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH*, i vilket EG-domstolen ännu inte avkunnat dom, ansett att ”[...] det inte är ett offentligt tjänsteavtal i den mening som avses i direktiv 92/50, utan en tjänstekoncession som inte omfattas av detta direktiv, när en upphandlande myndighet överför driften av en offentlig parkeringsplats till ett företag, företaget erhåller rätt att ta ut en avgift av dem som använder parkeringsplatsen och företaget i gengäld åtar sig att betala den upphandlande myndigheten en årlig ersättning.”⁶

NOU:s bedömning

Den i målet aktuella avtalskonstruktionen innebär att leverantören åtar sig att, för Telgebostäders räkning, utföra all parkeringsövervakning med tillhörande debitering av kontrollavgifter inom bolagets hela fastighetsbestånd. Telgebostäder betalar inte någon ersättning till leverantören för utförandet av tjänsterna, utan leverantörens ersättning består endast av rätten att tillgodogöra sig parkerings- och kontrollavgifter. Den i målet aktuella avtalskonstruktionen är därmed, enligt NOU:s mening, en tjänstekoncession, vilken inte omfattas av bestämmelserna i LOU.

⁵ Förslag till avgörande av Generaladvokat Christine Stix-Hackl i mål C-231/03, pp. 82-86.

⁶ Förslag till avgörande av Generaladvokat Juliane Kokott i mål C-458/03, p. 33.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 16 juni 2005 i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, viceordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek