

Kammarrätten i Stockholm
Rotel 034
Box 2302
103 17 Stockholm

Kammarrättens i Stockholm mål nr 797-06 mellan Friskvårdarna i Enköping Handelsbolag och Enköpings kommun

Kammarrätten i Stockholm har anmodat Nämnden för offentlig upphandling (NOU) att yttra sig i rubricerat mål. Yttrandet bör särskilt avse frågan hur den avtalskonstruktion som är aktuell i målet förhåller sig till 1 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) samt behandla den bedömning som gjorts av länsrätten angående s.k. tjänstekoncession och skyldigheten att vid tjänstekoncession tillämpa de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna.

Bakgrund

NOU har tagit del av kammarrättens akt i målet. Av handlingarna framgår i huvudsak följande. Enköpings kommun (kommunen) har den 9 juni 2005 tecknat tre avtal med Medic Operating Support AB (Medic) benämnda "Hyresavtal för lokal", "Projektavtal" och "Uppdragsavtal".

Hyresavtal för lokal

Enligt hyresavtalet skall Medic hyra en lokal som i enlighet med projektavtalet skall byggas till Idrottshuset i Enköping (2.2, 2.4). Lokalen skall uteslutande användas för drivande av gymverksamhet och annan friskvårds- eller motionsverksamhet (3.2). Öppettiderna skall minst omfatta de tider Idrottshuset i övrigt är öppet för allmänheten. Ytterligare öppethållande skall godkännas av kommunen i förväg (4.2). Verksamheten ska drivas och skötas i enlighet med kommunens instruktioner och ordningsregler (4.3). Medic skall bekosta, installera och svara för all utrustning som behövs för verksamhetens bedrivande samt bekosta service och reparationer av utrustningen (4.4). All utrustning som tillförs lokalen skall vara Medics egendom och vara försäkrad av Medic (4.5). Medic skall årligen bekosta minst fyra reklamkampanjer samt all annan marknadsföring för verksamheten. Utformningen av reklamkampanjerna och annan marknadsföring skall ske i samråd med kommunen (4.6). Medic har inte rätt att själv använda eller

upplåta lokalen för reklam utan kommunens skriftliga medgivande (4.7). Medic ansvarar för städning och renhållning, erforderligt inre underhåll av lokalen inklusive utrustning och andra inventarier, ytskikt på golv, väggar och tak jämte inredning tillhandahållen av kommunen (7.2). Hyra skall erläggas med 40 % av intäkterna (exklusive moms) som verksamheten genererar minus 250 000 kr (6.1). I lokalhyran ingår förbrukning av värme och varmvatten, VA-kostnad, kyla/ventilation, förbrukning av el (undantag i avtalet), sophämtning, snöröjning och sandning samt att Medics kunder ges tillgång till simhall, dusch, bastu och utrymme för omklädning (6.4). Medic skall ansvara för att de innehar erforderliga myndighetstillstånd för verksamhetens bedrivande och för fullgörande av skyldigheter gentemot myndigheter som följer av verksamheten (8.2). Medic skall även ansvara för eventuella skador/olyckor som drabbar tredje man i lokalen inom ramen för verksamheten vid användning av eller annars på grund av dess utrustning (8.3).

Projektavtal

I projektavtalet regleras de planerade förutsättningarna för hur tillbyggnad skall göras till Idrottshuset i Enköping och att Medic till fullo skall finansiera tillbyggnaden (2.1). Tillbyggnaden skall innehålla lokaler avsedda för att bedriva gymverksamhet och motionsverksamhet m.m. (2.2). Ledningen av projektet skall utövas av kommunen i samråd med Medic i enlighet med avtalet (3.1). En projektgrupp med representanter från vardera parten skall inrättas (3.3). Medic skall ha rätt till full insyn i projektet och delta vid dess genomförande (3.6). Kommunen skall upphandla ombyggnationen enligt LOU (4.1), men parterna skall gemensamt ta fram ritningar, specifikationer och annan nödvändig dokumentation. Dokumentationen skall skriftligen godkännas av båda parter innan den förs in i projektet (3.2).

Medic skall i samband med tecknandet av projektavtalet sätta in 3 500 000 kr på av kommunen anvisat konto till täckande av kostnaderna för projektet. Skulle denna summa vara otillräcklig skall ytterligare medel sättas in. Innan kommunen ingår avtal med entreprenör om uppförande av tillbyggnaden skall ett belopp motsvarande entreprenadsumman med tillägg av tio procent av denna summa sättas in av Medic på anvisat konto. Kontot och därpå vid tid stående medel skall pantsättas till förmån för kommunen för Medics rätta fullgörande av sin förpliktelse att bära samtliga kostnader i anledning av projektet samt Medics övriga förpliktelser enligt projektavtalet. Sedan projektet slutförts skall fel och brister som uppstår under garantitiden, som inte entreprenören svarar för, bekostas av Medic (5.2). Skulle projektet avbrytas skall Medic bära alla kostnader som uppkommit fram till projektets avbrytande såvida avbrytandet inte beror på kommunens kontraktsbrott (5.4). Äganderätten till tillbyggnaden skall i sin helhet tillkomma kommunen ensam, även under projektets genomförande (6.1).

Uppdragsavtal

Uppdragsavtalet reglerar att kommunen skall tillhandahålla personal för att bedriva Medics verksamhet i lokalen. Kommunen avgör vilket antal tjänster som skall anses nödvändiga för genomförande av uppdraget (3.1), anställer personalen och har arbetsgivaransvar för dessa personer (4.1, 4.2). Personalen skall följa Medics öppettider och Medics rutiner och instruktioner som styr arbetet (4.3). Medic ansvarar för att personalen erhåller instruktörsutbildning och annan nödvändig utbildning (4.4, 4.5). Medic skall till kommunen erlægga ersättning för personalen med ett belopp om 250 000 kr exklusive moms per år (5.1).

Underrättens dom

Länsrätten i Uppsala län avgjorde målet (mål nr 1648-05 E) genom dom den 17 januari 2006 och avtog Friskvårdarnas i Enköping Handelsbolag (Friskvårdarna) ansökan om åtgärder enligt LOU. Av domskälen framgår i huvudsak följande. Oaktat att avtalsparterna valt att reglera sina förhållanden i tre separata avtal ansåg länsrätten att avtalen skall beaktas som en helhet och bedömas utifrån sitt faktiska sammantagna innehåll. Eftersom avtalskonstruktionen i sin helhet enligt länsrätten har betydande inslag av tjänsteutförande måste den betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster. Länsrätten gjorde slutligen bedömningen att parterna slutit ett avtal om tjänstekoncession och att kommunen därför inte varit skyldig att upphandla avtalet i enlighet med LOU.

Friskvårdarna överklagade den 6 februari 2006 länsrättens dom till kammarrätten som den 15 mars 2006 beslutade att meddela prövningstillstånd samt att inhämta yttrande i målet från NOU.

NOU: s bedömning

1 Hur den avtalskonstruktion som är aktuell i målet förhåller sig till 1 kap. 5 § LOU

1.1 I ärendet relevanta definitioner i 1 kap. 5 § LOU

Upphandling: köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Upphandlingskontrakt: skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

1.2 Avtalen behandlas som helhet eller var för sig?

Först behöver ställning tas i frågan om de tre olika avtalen som är aktuella i förevarande ärende och benämns "Hyresavtal för lokal", "Projektavtal" och "Uppdragsavtal" skall ses som en helhet eller om avtalen skall beaktas var för sig. NOU: s uppfattning är att avtals syfte och utformning visar dess huvudsakliga innebörd och att det inte är avtalens formella benämning eller tillkomst som skall ligga till grund för bedömningen av huruvida det kan vara

fråga om upphandlingskontrakt enligt LOU eller ej.¹ I förevarande ärende är de tre avtalen så sammanlänkade att de inte är tillämpningsbara var för sig. Avtalen bör därför bedömas som en helhet.

1.3 Lokalhyresavtal?

NOU har i ett tidigare ärende yttrat sig om ett avtalsförhållande där definitionen av upplåtelse av lokal kontra tillhandahållande av tjänst var aktuellt. ”Den situationen kan uppstå att en upphandlande enhet även vid upplåtelse av lokal eller vid någon typ av tillståndsgivning i så stor grad styr vad och hur en leverantör skall tillhandahålla en tjänst, att avtalet i LOU: s mening får anses vara ett köp av tjänst.”² I detta fall bör ett liknande resonemang tillämpas. Mot bakgrund av den detaljerade styrning och kontroll som kommunen enligt avtalen skall utöva över Medic, är det klart att avtalskonstruktionen i sin helhet inte kan ses som ett lokalhyresavtal som är undantaget tillämpning av LOU.

1.4 Tillhandahållande av tjänster eller varor?

I förevarande ärende är en central frågeställning mellan parterna huruvida avtalen kan vara ett avtal för utförande av tjänster i LOU: s bemärkelse eller för tjänstekoncession (en fråga vilken NOU avser att återkomma till). Medic åtar sig enligt projektavtalet att finansiera tillbyggnaden av den lokal som de enligt hyresavtalet skall hyra. Finansiella tjänster skall upphandlas enligt 5 kap. LOU.³ Med beaktande av avtalens syfte och utformning vill dock NOU påpeka följande. Det kan ifrågasättas om avtalens huvudsakliga syfte och innebörd inte egentligen handlar om att Medic skall tillgodose kommunens behov av gymutrustning och leverera sådana varor i ett förhållande som snarast liknar leasing av Medics utrustning. Leasing av varor skall upphandlas enligt 2 kap. LOU.

Till stöd för resonemanget ovan kan följande anföras. Frågan är om Medic genom avtalen huvudsakligen tillhandahåller tjänster. Vad i avtalskonstruktionen utgör i så fall tjänsteutövande och vem ansvarar för detta? Kommunen skall tillhandahålla personal för att bedriva verksamhet i lokalen. Kommunen avgör vilket antal tjänster som skall anses nödvändiga för genomförande av uppdraget, anställer personalen och har arbetsgivaransvar för dessa personer. Medic bär enligt avtalskonstruktionen inte någon faktisk kostnad för personalen eftersom den summa om 250 000 kr som Medic enligt uppdragsavtalet p. 5.1 skall betala kommunen för personalen alltid dras av vid betalning av hyra enligt hyresavtalet p. 6.1. Allt ovan som kommunen åtar sig utgör centrala beståndsdelar i utövandet av tjänsten att bedriva den i avtalen reglerade verksamheten. Medics huvudsakliga ansvar tycks istället vara att

¹ Denna uppfattning har tidigare framförts bl.a. i NOU: s ärenden dnr 212/96-26, s. 2 (Medic/Västervik) och dnr 2003/0329-29, s. 3 (Arboga/Medic). Stöd för detta resonemang finns även i C-29/04 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike (Mödling), p. 41 där EG-domstolen uttalat att tilldelningen av ett tjänstekontrakt skall bedömas med beaktande av samtliga moment jämte deras syfte.

² Se NOU: s dnr 2003/0276-26 s. 10 (SL/Metro).

³ Se bilaga till LOU, avdelning A p. 6.

tillhandahålla utrustningen till lokalen. Därtill tillkommer viss marknadsföring av verksamheten, att hålla med myndighetstillstånd samt att ansvara för skador/olyckor som drabbar tredje man vid användning av utrustningen. NOU anser det osannolikt att den aktuella avtalskonstruktionen avser ett tjänstekontrakt då leverantören ej tillhandahåller personalen som utför tjänsterna. Konstruktionen tycks snarare ha en övervikt mot tillhandahållande av varor. Vid upphandling som omfattar både varor och tjänster skall enligt LOU 5 kap 3 § upphandling göras enligt bestämmelserna för den typ vars värde är övervägande. Var gränsen mellan utförande av tjänst och leasing av varor går i det aktuella målet lämnar NOU till kammarrätten att bedöma.

2 Bedömningen som gjorts angående s.k. tjänstekoncession

2.1 Nyttjanderättskriteriet – riskbedömningen

I artikel 1.4 i det nya direktivet för den klassiska sektorn⁴ definieras *tjänstekoncession* som ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt⁵ med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Den springande punkten för bedömningen av huruvida en avtalskonstruktion utgör en tjänstekoncession är att koncessionshavaren ges rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt och därigenom tar en betydande ekonomisk risk.⁶ Detta har beskrivits på följande sätt av EG-kommissionen i ett tolkningsmeddelande om koncessioner:

⁴ Direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

⁵ *Offentliga tjänstekontrakt* är andra offentliga kontrakt än offentliga byggentreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i bilaga II. Ett offentligt kontrakt som avser både varor och tjänster enligt bilaga II skall anses vara ett offentligt tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna ifråga är högre än värdet av de varor som kontraktet omfattar (artl 1.2d, dir. 2004/18/EG). *Offentliga kontrakt* är skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits 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 i den mening som avses i detta direktiv (art 1.2a dir. 2004/18/EG).

⁶ C-324/98 Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, p. 58. Se även Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell Ltd, 2:nd Edition 2005, s. 324 f. som utvecklar följande resonemang kring riskbedömningen. "Under a typical service concession the risk arises out of the fact that the service provider bears the cost of providing the service, and obtains income to cover those costs and make profit only if it is successful in generating revenue by exploiting the services. In such a case, a significant element of the economic risk is the demand risk - the risk concerning the extent to which the third parties will chose to use the service. An arrangement is not, on the other hand, a service concession if the terms of the contract remove or substantially limit any element of risk for the provider. For example, an arrangement for operating a leisure facility might provide for the operator to pay the costs and receive remuneration only through user fees. This would probably be a service concession. However, if the agreement were to provide a guarantee level of income from the procuring entity if the user fees were not sufficient, this might not be a service concession. För ett utförligt resonemang kring tjänstekoncessioner i stort se vidare Arrowsmith a.a., s. 321-331.

”Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användaren, t.ex. via avgifter i vilken form det än vara må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är, liksom för byggkoncessioner, en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncessioner kännetecknas, liksom byggkoncessioner, av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionshavaren.”⁷

EG-kommissionen resonerar även som följer i tolkningsmeddelandet. ”Om den upphandlande enheten har garanterat full återbetalning av investeringen och därmed undanröjt alla risker i samband med driften av anläggningen skulle riskmomentet vara borta och avtalet betecknas som ett offentligt upphandlingskontrakt... och inte ett koncessionsavtal.”⁸

Om kammarrätten kommer till slutsatsen att en riskbedömning skall göras i det nu aktuella avtalsförhållandet, är förhållandet att Medic endast är tillförsäkrad direkt ersättning från tredje man av stor betydelse. Den ekonomiska risken reduceras dock framför allt p.g.a. avsaknad av faktisk personalkostnad för den löpande driften av gymverksamheten. Vidare är lokalhyreskostnaden omsättningsbaserad vilket gör den ekonomiska risken för tillgången till lokalen för att bedriva verksamheten särskilt låg. Medic garanteras inte återbetalning av en investering i ovan nämnda avseenden såsom i EG-kommissionens exempel. Det är snarare så att de slipper ta några risker över huvud taget i dessa avseenden. Den huvudsakliga ekonomiska risken för Medic ligger till följd av detta i 1) dess kostnader för den utrustning och de eventuella inventarier som skall tillhandahållas för utförande av verksamheten 2) den investering som finansiering av tillbyggnaden innebär 3) en viss risk i bekostandet av marknadsföringen av verksamheten samt 4) ansvaret för eventuell skada/olycka som drabbar tredje man inom ramen för verksamheten. Fråga är då om det föreligger en betydande ekonomisk risk för Medic. Det ekonomiska risktagandet, som ersättning från tredje man via nyttjanderätten innebär, behöver med största sannolikhet inte vara den övervägande delen av det totala möjliga risktagandet, men bör inte heller vara alltför ringa för att anses som betydande.⁹ Var gränsdragningen går är dock oklar och hur det föreligger i det aktuella målet överlåter NOU till kammarrätten att ta ställning till.

⁷ EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterad 12 april 2000, s. 10.

⁸ a.a. s. 8 fotnot 9. Resonemanget rör byggkoncessioner men ger vägledning även avseende tjänstekoncessioner.

⁹ Jfr generaladvokat Fennellys uttalande i förslag till avgörande i mål C-324/98 Telaustria, p. 33. ”...koncessionären skall erhålla i vart fall en väsentlig andel av sin ersättning genom att exploatera tjänsten kommersiellt, och inte från den som meddelat koncessionen.” Se även Arrowsmith, a.a. s. 328 ”The courts are unlikely to characterise an arrangement as a concession, however, when only a small element of remuneration is provided by exploiting the work or service.”

2.2 Särskilda eller exklusiva rättigheter

Tjänstekoncessioner gäller normalt sett verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmännas ansvarsområde och som kan vara föremål för särskilda eller exklusiva rättigheter.¹⁰ Vid en eventuell bedömning av frågan om det rör en tjänstekoncession, bör kammarrätten även ha detta tolkningsmeddelande av EG-kommissionen i åtanke. För att ovan beskrivna förutsättningar skall anses vara för handen vid bedrivande av tjänster vid en motionsanläggning som i det aktuella målet, får man läsa in att tillgången till faciliterna i Idrottshuset utgör en särskild eller exklusiv rättighet. Att bedriva viss verksamhet i en motionsanläggning är dock inte reglerat eller exklusivt i någon sådan form som anges i kommissionens tolkningsmeddelande och som varit fallet i t.ex. Parking Brixen-fallet¹¹ med drift av parkeringsplats och därtill hörande verksamhet, eller som i Telaustria-fallets¹² tillhandahållande av kataloguppgifter/abonnentförteckning. Även om EG-kommissionen tolkningsmeddelande och EG-domstolens praxis beskriver situationer som anses som normalfallet för en tjänstekoncession kan man dock inte utesluta möjligheten att ingå avtal i koncessionsform för tillhandahållande av tjänster i andra fall än vid de i EG-kommissionen och EG-domstolens praxis exemplifierade. Sådana avtal om tjänster, som t.ex. drift av motionsanläggning, kan rimligen inte per automatik hänföras till offentliga tjänstekontrakt som omfattas av LOU och det nya klassiska direktivet. Inte heller framgår någon sådan begränsning i definitionen av en tjänstekoncession i det nya direktivet för den klassiska sektorn.

3 Skyldigheten att vid tjänstekoncession tillämpa de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna

3.1 Skyldigheten

Upphandling och tilldelning av tjänstekoncessioner omfattas inte av de gamla direktivens tillämpningsområde¹³ och inte heller i någon större omfattning av det nya direktivet¹⁴ för den klassiska sektorn. Det är dock helt klarlagt i EG-domstolens fasta rättspraxis att en upphandlande enhet har skyldighet att tillämpa de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna vid alla typer av upphandling, däribland även vid tjänstekoncessioner.¹⁵

¹⁰ Kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner, s. 10.

¹¹ C-458/03 Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG, p. 7 ff.

¹² C-324/98 Telaustria, p. 14-16.

¹³ C-324/98 Telaustria, gällande direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna och C-358/00 Buchhändler-Vereinigung GmbH mot Saur Verlag GmbH m.fl. gällande direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

¹⁴ I direktiv 2004/18/EG ges i art 1.4 en definition av begreppet tjänstekoncession och av art. 17 följer att utan att det påverkar tillämpningen av bestämmelserna i art 3 (som avser beviljande av särskilda eller exklusiva rättigheter och icke-diskriminering) skall direktivet inte tillämpas på tjänstekoncessioner.

¹⁵ Se bl.a. C-324/98 Telaustria p. 61-62, C-458/03 Parking Brixen, p. 46-52, C-231/03 Coname, p. 16 och C-410/04 ANAV mot Comune de Bari, p. 18.

3.2 Hur

NOU har uttalat att en upphandlande enhet som vid tilldelning av en tjänstekoncession väljer att tillämpa bestämmelserna i LOU, trots att någon sådan skyldighet inte finns, normalt sett torde 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.¹⁶

3.3 Domstolens möjligheter i dagsläget att tillse att upphandlande enheter efterföljer denna skyldighet.

Ordalydelsen i 1 kap. 4 § LOU anses omfatta de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Frågan är då om överprövning enligt 7 kap. LOU kan aktualiseras vid brott mot dessa principer vid ett upphandlingsförfarande såsom tilldelning av tjänstekoncession som inte är uttryckligen reglerat i LOU.

Upphandlingsutredningen har i sitt delbetänkande aktualiserat frågeställningen om bl.a. tjänstekoncessioner skall omfattas av den kommande lagstiftningen om offentlig upphandling. I detta sammanhang har föreslagits att sådan upphandling som inte regleras av direktivet, skall omfattas av den nya lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, endast i det fall detta enligt LOU har angetts uttryckligen.¹⁷ Några uttryckliga bestämmelser om tjänstekoncessioner finns inte i LOU idag och detta uttalande indikerar att det inte heller i nuläget kan anses att tjänstekoncessioner omfattas av LOU.

NOU har i sitt remissvar till Upphandlingsutredningens delbetänkande konstaterat att inget annat än skyldigheten att följa principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet föreslås att regleras avseende tjänstekoncessioner i den föreslagna nya lagen om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. NOU har uttalat att det bör klart framgå att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna för offentliga upphandlande enheter, gäller vid upphandling av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession. Likaså bör klargöras hur bestämmelserna om rättsmedel skall tillämpas.¹⁸

Regeringen har i sin lagrådsremiss¹⁹ föreslagit att tjänstekoncessioner skall undantas från de kommande upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Regeringen har dock med hänvisning till Parking Brixen-fallet²⁰ och

¹⁶ NOU: s dnr 2005/121-29 (Carpark).

¹⁷ Upphandlingsutredningens delbetänkande 2004, Nya upphandlingsregler, SOU 2005:22 s. 381.

¹⁸ NOU: s dnr 2005/0066-22, Remissvar till delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004, Nya upphandlingsregler, SOU 2005:22.

¹⁹ Lagrådsremiss "Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster", s. 179-182.

²⁰ C-458/03 Parking Brixen.

Telaustria-fallet²¹ konstaterat att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling, är tillämpliga vid upphandling av ett kontrakt avseende tjänstekoncessioner. Regeringen finner dock inte skäl att reglera detta i den föreslagna lagen om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster utöver vad som krävs av direktivet.²² Att tjänstekoncessioner faller utanför direktivets tillämpningsområde innebär, enligt regeringens mening att överprövning enligt de föreslagna lagarna inte är tillämpligt på sådana kontrakt. Regeringen konstaterar dock att när det gäller frågan om en ansökan om överprövning av ett kontrakt avseende tjänstekoncession skall avvisas på den grunden, föreligger emellertid inte något prejudicerande avgörande i domstol. Det har således inte framkommit någon avsikt att införa några regler i den kommande lagstiftningen som säkerställer att skyldigheten att tillämpa de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna iakttas vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

I praxis har Kammarrätten i Stockholm ansett sig förhindrad att pröva en ansökan om överprövning av tilldelning av en tjänstekoncession.²³ NOU har i ett yttrande till länsrätten i detta målet uttalat att "[D]en i målet aktuella avtalskonstruktionen är... en tjänstekoncession, vilken inte omfattas av LOU".²⁴

I ljuset av den praxis från EG-domstolen som tillkommit efter NOU: s senaste yttrande rörande tjänstekoncessioner vill dock NOU framföra följande.²⁵ Av EG-domstolens praxis och EG-kommissionens ställningstaganden framgår att kraven på transparens och likabehandling innebär bland annat en skyldighet att lämna insyn, så att en anbudsgivare kan få reda på att en tilldelning av tjänstekoncession skall göras²⁶ samt att anbudsgivarna kan försäkra sig om att principerna iakttas.²⁷ 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

²¹ C-324/98 Telaustria.

²² Jfr fotnot 14. Detta regleras i lagrådsremissens lagförslag om 1 kap. 2 § och 12§.

²³ I målet som prövades av länsrätten i Stockholms län (mål nr 7844-05E) avvisade länsrätten sökandens ansökan om överprövning enligt LOU med motiveringen att det aktuella beslutet om tilldelning av tjänstekoncessionen inte omfattas av LOU. Kammarrätten i Stockholm (mål nr 4374-05) avtog sökandens överklagan och Regeringsrätten (mål nr 4158-05) meddelade inte sökanden prövningstillstånd.

²⁴ NOU: s dnr 2005/121-29, s 4 (Carpark)

²⁵ NOU: s yttrande dnr 2005/121-29 (Carpark) den 21 juni 2005 har följts av bl.a. följande domar från EG-domstolen som berör tjänstekoncessioner, den 21 juli 2005 C-231/03 Coname, den 13 oktober 2005 C-458/03 Parking Brixen, och den 6 april 2006 C-410/04 ANAV mot Comune de Bari.

²⁶ C-458/03 Parking Brixen, anger att artiklarna 43 EG och 49 EG liksom principerna om likabehandling, ickediskriminering och insyn utgör hinder mot att en offentlig myndighet utan anbudsinfordran tilldelar ett bolag en koncession angående allmännyttiga tjänster. I mål C-231/03 Coname, p. 19 anges att avsaknad av insyn medför att ett företag inte någon verklig möjlighet att tillkännage sitt intresse av att tilldelas nämnda koncession.

²⁷ C-275/98 Unitron Scandinavia, p. 31.

upphandlingsförfarandena är opartiska.²⁸ Därav följer även en skyldighet för medlemsstaterna att tillhandahålla ett förfarande som möjliggör rättelse av felaktiga beslut.²⁹

Det får i första hand ankomma på lagstiftaren att ge domstolarna jurisdiktion och processuella regler för att möjliggöra en effektiv prövning av tilldelning av tjänstekoncessioner. I sammanhanget kan nämnas att kommissionen har lämnat ett förslag till förändringar i rättsmedelsdirektiven.³⁰ Av förslaget framgår inte några särskilda regleringar kring tjänstekoncessioner.

Enligt den så kallade lojalitetsprincipen i art. 10 EG-fördraget skall medlemsstaterna säkerställa att de skyldigheter som följer av fördraget fullgörs.³¹ De ovan redovisade rättsfallen från EG-domstolen påvisar enligt NOU klara, entydiga och ovillkorliga rättigheter för enskilda och skyldigheter för upphandlande enheter vid tilldelning av tjänstekoncessioner.³² Dessa rättigheter och skyldigheter har sitt ursprung i EG-fördraget och den nationella domstolen har en skyldighet att tillgodose att sådana skyldigheter och rättigheter med direkt effekt säkerställs.³³ Nationella bestämmelser, i detta fall LOU, skall tolkas så att de överensstämmer med EG-rätten.³⁴

²⁸ C-324/98 Telaustria, p. 62.

²⁹ C-458/03 Parking Brixen, p. 50, anger att det ankommer på den koncessionsgivande myndigheten att under kontroll av behöriga domstolar bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfordran överensstämmer med den speciella karaktären på den ifrågasvarande koncessionen. I C-231/03 Coname, p. 21, anges angående tjänstekoncession att det ankommer på den hänskjutande domstolen att pröva huruvida en kommuns tilldelning av koncessionen uppfyller de krav på insyn som, utan att de nödvändigtvis innebär en skyldighet att göra en anbudsinfordran, bland annat möjliggör för ett företag i en annan medlemsstat än i Republiken Italien att få tillgång till de uppgifter som krävs med avseende på nämnda koncession innan tilldelning sker, för att ge detta företag möjlighet, om det så önskar, att tillkännage sitt intresse av att tilldelas koncessionen.

³⁰ Commission proposal for a Directive amending Council Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC with regard to improving the effectiveness of review procedures concerning the award of public contracts (COM(2006) 195 final).

³¹ Medlemsstaterna har en skyldighet att vidta alla lämpliga åtgärder, både allmänna och särskilda, för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördraget eller av åtgärder som vidtagits av gemenskapens institutioner. Medlemsstaterna skall underlätta att gemenskapens uppgifter fullgörs. De skall avstå från varje åtgärd som kan äventyra att fördragets mål uppnås.

³² Dessa kriterier anses vanligtvis behöva uppfyllas för att en bestämmelse enligt EG-rätten skall anses ha direkt effekt. Kriterierna etablerades i C-26/62 Van Gend en Loos och C-6/64 Costa mot ENEL. Att upphandlande enheter omfattas av skyldigheten att garantera gemenskapsrättens företrädare framgår av C-103/88 Fratelli Costanzo.

³³ De artiklar i EG-fördraget som är aktuella är huvudsakligen artiklarna 12, 28, 43 och 49 vilka har direkt effekt. I C-120/78 Rewe-Zentralfinanz (Cassis de Dijon) p. 5 uttrycks domstolens skyldighet som följer: "Enligt den samarbetsprincip som föreskrivs i artikel 5 (numer artikel 10) i fördraget är det således de nationella domstolarnas uppgift att säkerställa det rättsskydd som skapas för de enskilda genom den direkta effekten av bestämmelserna i gemenskapsrätten."

³⁴ Av bl.a. C-106/77 Simmenthal och C-213/89 Factortame följer att nationella domstolar är skyldiga att ge effektivt skydd för individers rättigheter enligt EG-rätten. Enligt C-14/83 Von Colson och Kamann är de nationella domstolarna skyldiga att tolka nationell lagstiftning i ljuset av EG-rätten.

Tilldelning av tjänstekoncessioner kan därför enligt NOU, mot bakgrund av ovan redovisade förhållanden, i dagsläget inte anses omfattas av procedurreglerna i LOU. Däremot skall tilldelning av tjänstekoncessioner följa de grundläggande EG-rättsliga principerna vilka kommer till uttryck i ordalydelsen av 1 kap. 4 § LOU. Kammarrätten bör därför överväga om den har en skyldighet att enligt 7 kap. 2 § LOU pröva huruvida tilldelning av en eventuell tjänstekoncession i det i aktuella målet har skett i enlighet med gemenskapsrättens grundläggande principer.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 8 juni 2006 i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktor Börje Hed, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av jur. kand. Mattias Åkerlund. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Mattias Åkerlund