

AB Storstockholms Lokaltrafik
120 80 STOCKHOLM

AB Storstockholms Lokaltrafik avtal med Tidnings AB Metro

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) enligt 7 kap. 9 § LOU. NOU erhöll den 6 oktober 2003 en skrivelse från Staffan Sjödén i vilken det angavs att de avtal som ingåtts mellan AB Storstockholms Lokaltrafik (SL) och Tidnings AB Metro (Metro), bl.a. avseende distribution av en tidning i Stockholms tunnelbana, borde ha upphandlats enligt reglerna i LOU.

NOU beslöt att ta upp ärendet till granskning och SL bereddes tillfälle att yttra sig över den inkomna skrivelsen. SL:s yttrande inkom till NOU den 28 november 2003.

Sjödén angav i sin skrivelse att han ville att NOU skulle granska de två avtalen ingångna dels den 24 mars 2003, dels den 9 april 1998 mellan SL och Metro. NOU har emellertid valt att granska även de avtal som ingicks den 5 september 1994, 30 maj 1996, 16 mars 1999, 1 mars 2002 och 29 oktober 2003 mellan parterna avseende tidningsdistribution, för att kunna göra en bedömning av hur avtalen förhåller sig till reglerna om upphandling i LOU. NOU har inte granskat avtalet mellan SL och Metro om samarbete mellan Club Metro och SL:s kortinnehavare.

Ärendet

Sjödén hävdar att avtalet/-en mellan SL och Metro i realiteten innebär dels köp av en reklamtjänst (annonser för SL i tidningen) och dels köp av en produkt (själva tidningen). Han menar att SL brutit mot LOU genom att inte annonsera köpet/upphandlingen av tjänsten och varan.

SL hävdar i första hand att avtalet/-en innebär försäljning från SL:s sida och att det huvudsakliga ändamålet med avtalen är SL:s försäljning till Metro av rätten att få en tidning distribuerad, returhantering av tidningen samt städning. SL:s erhållande av annonsplatser, radiospotar m.m. utgör en del av den ersättning SL får från Metro, men är av mycket underordnad betydelse i förhållande till det huvudsakliga ändamålet med avtalet. Eftersom

försäljning som görs av en upphandlande enhet inte omfattas av LOU, menar SL att avtalet/-en inte omfattas av reglerna i LOU.

I andra hand hävdar bolaget att SL:s erhållande av annonsplatser, radiospotar m.m. kan innebära att det här är fråga om ett s.k. blandat kontrakt. Bolaget menar att i sådana blandade kontrakt som det här är fråga om, där köpet har underordnad betydelse i förhållande till försäljningen, faller avtalet utanför LOU:s tillämpningsområde. Bolaget hänvisar här till EG-domstolens dom den 19 april 1994 i mål C-331/92¹. EG-domstolen fastslog där att blandade kontrakt som innefattar både en tilldelning av en tjänstekoncession avseende drift av hotell- och kasinoverksamhet och en byggtreprenad inte faller inom byggdirektivets tillämpningsområde om entreprenaden endast är av underordnad betydelse i förhållande till avtalet om tjänstekoncessionen. SL menar att avgörandet uttrycker en generell princip som kan tillämpas på alla kontrakt, även nu ifrågasatt avtal.

Bakgrund

NOU redogör här för de delar av avtalen mellan parterna som har betydelse för detta ärende:

1. Den 5 september 1994 ingick SL och Metro (då Stockholms Notisen AB) det första avtalet avseende utgivandet av en tidning i SL:s trafiksystem. Tidningen skulle vara en dagstidning med redaktionellt innehåll och skulle ges ut huvudsakligen varje måndag till fredag, en utgivningsplan återfanns i bilaga 1 till avtalet. Tidningen skulle uppfylla de krav avseende policy och upplägg som SL fastställt och som framgick av bilaga 2 till avtalet.

Av bilaga 2 framgår att SL som kvalitetskrav begärde att den aktuella tidningen skulle erbjuda SL:s kunder intressant och efterfrågad läsning under resan och att den därigenom skulle bidra till att öka kundens kvalitetsupplevelse av SL:s service. Det angavs att tidningen inte fick vara ett annonsblad eller en annonstidning och att andelen journalistiskt material skulle vara minst 45 procent. Tidningen skulle vara en seriös, partipolitiskt och religiöst obunden dagstidning som på ett sakligt sätt skulle förmedla nyheter från i första hand Stockholm, men även från Sverige och världen. Det angavs att tidningen skulle innehålla en normal nyhetsförmedling.

¹ Gestión Hotelera Internacional SA mot Comunidad Autónoma de Canarias, Ayuntamiento de Las Palmas de Gran Canaria and Gran Casino de Las Palmas SA. REG. sid. I-01329 C-324/98 Telaustria, REG. sid. I-10745 och C-358/00 Deutsche Bibliothek, REG. sid. I-4685

Vidare angavs att den inte skulle innehålla journalistik eller annonser riktade mot SL eller kollektivtrafik och att okommenterad kritik mot SL inte skulle förekomma. Om kritik riktades mot SL skulle SL äga rätt att kommentera sådan kritik i artikeln eller snarast möjligt därefter.

Tidningen fick inte innehålla direkt eller indirekt reklam eller propaganda för tobaksprodukter, alkohol eller andra droger och skulle inte heller kunna uppfattas som sedlighetsstörande eller sårande mot folkgrupp.

I bilaga 2 angavs även att varje nummer skulle omfatta minst åtta sidor och att det redaktionella innehållet i tidningen skulle vara följande

dagligen

- nyheter från Stockholm, Sverige och utlandet
- reportage
- kultur- och nöjesmaterial
- sport
- TV-program
- väderprognos
- annonser (högst i genomsnitt 55 % av utrymmet)
- serier
- en sida SL-information

varje vecka

- konsumentjournalistik
- kåserier

i mån av tillgång

- debatt.

Avtalet i övrigt innebar i huvudsak följande:

- SL skulle enligt avtalet erhålla för egen räkning och utan kostnad fyra sidor annonsutrymme per fem utgivningsdagar samt vid två tillfällen per år bestämma innehållet i en 16-sidig bilaga.
- SL åtog sig enligt avtalet att ordna distributionen av tidningen, hålla den tillgänglig för resenärerna mellan vissa klockslag samt samla ihop överblivna exemplar.
- Metro åtog sig att ge ut tidningen och ansvara för samtliga kostnader för start, utgivning, distribution, returhantering och städning. Metro hade rätt till samtliga intäkter från tidningen.

- Metro åtog sig att till SL erlægga en ersättning för rätten att få tidningen distribuerad.
- Parterna skulle fortlöpande samråda angående tidningen och dess utgivning till den del som berörde SL.

2. Den 30 maj 1996 ingick parterna ett tilläggsavtal till avtalet under punkt 1. Det hade visat sig att SL:s kostnader för att samla in tidningen översteg den ersättning företaget erhöll. Ersättningen justerades därför, samtidigt som SL fick rätt till en helsida varje dag, dels i tidningen Metro, dels i tidningen Metro Weekend.

3. Den 9 april 1998 ingick parterna ett nytt avtal, vilket ersatte de tidigare avtalen. De förändringar som gjordes i förhållande till de ursprungliga avtalen var i huvudsak att tidningen skulle ges ut måndag-lördag och att SL fick rätt till tre 12-sidors bilagor utan kostnad per kalenderår.

4. Den 16 mars 1999 ingick parterna ett tilläggsavtal till sistnämnda avtal. Syftet var att utöka tidpunkter för utgivningen av tidningen samt öka SL:s ersättning för städning.

5. Ytterligare ett tilläggsavtal ingicks den 1 mars 2002. Metro hade enligt det ursprungliga avtalet placerat ut ett antal återvinningskärl i biljetthallar inom tunnelbanesystemet, och SL önskade att detta skulle utökas även till pendeltågssystemet. Återvinningskärlen tillhörde Metro, vilken således hade rätt till egenannonsering på dessa. Annonseringen skulle godkännas av SL.

6. Ett nytt avtal ingicks mellan parterna den 24 mars 2003. SL och Metro avtalade bland annat om att inleda ett samarbete avseende Club Metro och SL:s kortinnehavare. Tilläggsavtalet under punkt 5 fortsatte att gälla.

7. Den 29 oktober 2003 ingick parterna ett tilläggsavtal till avtalet under punkt 6. Avtalet berörde de återvinningskärl som placerats ut på pendeltågsstationerna.

Reglerna i LOU

I ärendet förekommer flera olika typer av juridiska konstruktioner. NOU gör här, för att tydliggöra i vilka fall LOU är tillämplig, en genomgång av dessa konstruktioner.

Upphandling och upphandlingskontrakt

Begreppet upphandling definieras i 1 kap. 5 § LOU såsom köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. Definitionen av upphandlingskontrakt återfinns under samma lagrum. Där framgår att ett upphandlingskontrakt är ett skriftligt avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt LOU. I sin rapport "Lagen om offentlig upphandling och sponsring"² fastslår NOU att det krävs att avtalet innehåller någon form av ömsesidig förpliktelse för parterna för att det ska anses vara ett kontrakt som ska upphandlas enligt LOU. När det gäller byte av varor och tjänster omfattas även det av reglerna i LOU, eftersom det inte har någon betydelse hur den upphandlande enheten betalar för de varor eller tjänster den köper.

Upplåtelse av lokal?

NOU har i ett flertal ärenden yttrat sig över var gränsen går mellan att en upphandlande enhets avtal skall upphandlas enligt LOU och de fall då avtalen faller utanför regelverket om offentlig upphandling, som fallet är vid t.ex. upplåtelse av mark eller lokal. NOU vill här hänvisa till vad myndigheten uttalat i ett tidigare ärende³:

"NOU inser att det i vissa fall kan vara svårt att klart fastställa gränsen mellan arrende eller hyra å ena sidan och anskaffandet av tjänst å andra sidan. Gränserna måste dras mot bakgrund av avtalets syfte och utformning.

Ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som en hyra eller ett arrende.

I flera hyresavtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall syssla med inklusive tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs åt uppdragsgivaren och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden desto mer talar enligt NOU:s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

I sammanhanget kan vidare nämnas att EG:s allmänna rättsprinciper om icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande och öppenhet gäller vid all anskaffning, även sådan som inte täcks av LOU

² NOU:s dnr 2003/0039-28, se NOU:s webbplats nou.se, under "Rapporter".

³ NOU:s dnr 1996/0212-26.

(jfr vad som sägs i Kommissionens Grönbok om offentlig upphandling (1996-11-27) på sid.11).”

Tillståndsgivning

Ren tillståndsgivning omfattas inte av reglerna i LOU. Tillståndsgivning kan inte anses utgöra köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster och är inte heller ömsesidigt förpliktande på så sätt att en upphandlande enhet erhåller varor, byggtreprenader eller tjänster som ersättning för tillståndsgivningen. Inte heller i det fallet en upphandlande enhet ställer krav på betalning för att ett tillstånd ska meddelas, omfattas tillståndsgivning av reglerna i LOU.

Försäljning

Endast försäljning från en upphandlande enhet omfattas inte av reglerna i LOU, se definitionen i 1 kap. 5 § LOU. Om SL i det nuvarande ärendet endast sålt tjänsten att distribuera en tidning och tjänsten att städa, skulle dessa tjänster således kunna säljas utan att LOU blev tillämplig.

Tjänstekoncession

I de nyligen antagna nya EG-direktiven om offentlig upphandling⁴ 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”.

NOU har i ett tidigare remissyttrande⁵ utrett i vilken omfattning reglerna i LOU är tillämpliga på upphandling av tjänstekoncessioner.

NOU uttalade då följande avseende tjänstekoncessioner:

⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling inom vatten-, energi-, transport- och posttjänstsektorerna.

⁵ Alternativ finansiering genom partnerskap (Ds 2000:65), NOU:s dnr 2000/0339-22, vilket återfinns på nou.se under publikationer/ärenden m.m./Remissvar.

”EG-domstolen uttalade följande i dom i mål C-324/98 (Telaustria)⁶: ’Ett skriftligt oneröst avtal mellan ett företag, som enligt en medlemsstats lagstiftning särskilt har anförtrots att tillhandahålla en telekommunikationstjänst och som är helägt av offentliga myndigheter i denna medlemsstat, och ett privat företag omfattas av rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

- Trots att ett sådant avtal omfattas av direktiv 93/38 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.’

En upphandlande enhet som väljer att använda koncession skall dock följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet⁷.

Förutsättningarna för att en upphandlande enhet skall kunna tilldela en koncession är således att koncessionshavaren ges rätt att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att den upphandlande enheten därigenom överlåter en betydande ekonomisk risk på denne. Koncessionshavaren tar inte endast risken under bygget utan dessutom de risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen⁸. Upphandlingar där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning i de fall han utför arbetet tillfredsställande, kan inte anses utgöra en koncession⁹.

De risker som skall föreligga för att ett koncessionsförhållande skall anses uppstå är istället de risker som är förenade med projektfinansieringen, den s.k. ”ekonomiska risken”, vilka är karaktäristiska för just koncessioner. Denna risk hänger i hög grad samman med de intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risken utgör därmed en avgörande skillnad mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt. Även om det rör sig om s.k. skuggtullar (där koncessionshavaren erhåller ersättning i efterskott från den upphandlande enheten) föreligger det en ekonomisk risk, om ersättningen är beroende av antalet användare¹⁰. Vid offentliga upphandlingskontrakt bär leverantören

⁶ C-324/98 Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG, REG. s. I-10745

⁷ Se EG-rättens dom i mål C-324/98, pp. 60 – 63 och EG-kommissionens tolkningsmeddelande avseende koncessioner enligt EG-rätten, daterat 12 april 2000, sid. 14 ff.

⁸ Se EG-kommissionens tolkningsmeddelande avsnitt 2.1.2 sid. 7.

⁹ a.a. fotnot 9.

¹⁰ a.a. sid. 8 st. 3 och fotnot 13.

endast en risk för att hans investeringar och driftkostnader överstiger den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår. Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt Europeiska kommissionens (kommissionen) tolkningsmeddelande normalt en del risker på uppdragstagaren, t.ex. den risk som hänger samman med att lagstiftningen ändras under avtalstiden (t.ex. förändringar när det gäller miljöskydd som innebär att det blir nödvändigt med justeringar i arbetet eller förändringar på skatteområdet som gör att de finansiella förutsättningarna för kontraktet ändras eller risken att tekniken blir föråldrad)¹¹. Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som skall föreligga för att ett avtalsförhållande skall anses utgöra en koncession.”

Noterbart är att även om EG-domstolen i målet konstaterade att tjänstekoncessioner för närvarande inte omfattas av EG-direktiven om offentlig upphandling, så omfattas tilldelning av tjänstekoncessioner av de grundläggande EG-rättsliga principerna, i synnerhet principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Domstolen menade att denna princip förutsätter bland annat att det finns en skyldighet att lämna insyn, så att den upphandlande myndigheten kan försäkra sig om att principen iakttas. EG-domstolen skrev även att 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.

Kommissionen har den 30 april 2004 utgett en grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner¹². Syftet med grönboken är att utreda om det finns behov av föreskrifter, vägledningar eller lagstiftning vad avser bland annat upphandling av tjänstekoncessioner¹³.

NOU:s bedömning

För att kunna avgöra om de avtal SL och Metro har omfattas av LOU, är det nödvändigt att analysera vad avtalen faktiskt innebär.

SL har hävdad att EG-domstolens dom i mål C-331/92¹⁴ skulle vara tillämpligt på de aktuella avtalen mellan SL och Metro, och menat att

¹¹ a.a. sid. 8, st. 3 och fotnot 12.

¹² Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten, EGT C 121 29.04.2000 s. 0002 – 0013.

¹³ Se NOU:s yttrande till regeringen över grönboken, NOU:s dnr 2004/0143-22.

¹⁴ Se fotnot 1.

principen om blandade kontrakt skulle kunna tillämpas generellt i alla upphandlingssammanhang. Det skulle då vara fråga om ett blandat kontrakt, där köpet av reklamplats m.m. skulle vara av underordnad betydelse till SL:s försäljning, och avtalen skulle därför inte omfattas av LOU. Målet avsåg frågan om en byggtreprenad, vilken utgjorde en mindre del av en tjänstekoncession, skulle ha upphandlats separat eller om byggtreprenaden inte kunde karaktäriseras som en byggtreprenad i byggdirektivets mening¹⁵, utan endast utgjorde en del av tjänstekoncessionen. NOU vill därför hänvisa till vad domstolen säger i p. 27-29 i nu nämnda dom. Domstolen hänvisar till 16:de punkten i ingressen till tjänstedirektivet¹⁶. Där framgår att för att räknas som en byggtreprenad enligt byggdirektivet, måste huvudsyftet med avtalet vara att åstadkomma ett byggnadsarbete, och i de fall byggnadsarbetena endast är av underordnad betydelse till kontraktets huvudsakliga ändamål, skall arbetena inte anses utgöra ett byggkontrakt vilket skall upphandlas enligt byggdirektivet. Samma definition har för övrigt skrivits in i de nyligen antagna nya EG-direktiven om offentlig upphandling¹⁷.

NOU anser inte att rättsfallet har tillämpning på de aktuella avtalen. EG-domstolen har endast tolkat begreppet byggtreprenad i byggdirektivets mening, och konstaterat att en byggtreprenad måste utgöra kontraktets huvudsakliga ändamål och inte endast vara av underordnad betydelse, för att kunna klassificeras som en byggtreprenad och därmed innebära en skyldighet för en upphandlande enhet att utföra en separat upphandling. I målet utgjorde byggarbetena endast en mindre del, och ansågs därför inte uppfylla kriteriet för byggtreprenad i direktivets mening. Arbetena fick därför anses vara en del av tjänstekoncessionerna.

Den enda princip om blandade kontrakt som återfinns i LOU, är bestämmelsen om enligt vilka regler den upphandlande enheten skall utföra en upphandling i det fall denna består av både varor och tjänster, alternativt av både A- och B-tjänster, se 5 kap. 3 § LOU. NOU anser att det inte finns något stöd i LOU för att SL:s köp av tjänster skall undantas från regelverket om offentlig upphandling endast för att SL i samma avtal även säljer tjänster. Även vid avtal som innehåller flera delar, där endast en mindre del av avtalsinnehållet skall upphandlas enligt LOU, måste den upphandlande enhet tillämpa LOU för hela upphandlingen¹⁸.

¹⁵ Direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

¹⁶ Direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

¹⁷ Se fotnot 4.

¹⁸ RÅ 1998 not 44.

NOU har tidigare uttalat sig avseende frågan om blandade kontrakt i ett tillsynsärende¹⁹: ”NOU kan acceptera att själva avtalet om emission, köp, försäljning och överföring av värdepapper samt till dessa knuten rådgivning kan omfattas av undantagsbestämmelser i LOU. Av [den upphandlande enhetens] frågningsunderlag kan emellertid inte utläsas att merparten av de beskrivna tjänsterna utgör sådana 'finansiella tjänster i samband med utgivning eller omsättning av värdepapper och andra finansiella instrument'. Direktivet 92/50/EEG och LOU får enligt NOU:s uppfattning inte tolkas så att en upphandling som innehåller olika typer av tjänster i sin helhet kan undantas från upphandlingsreglernas tillämplighet på grund av ett inslag av tjänster vilka inte omfattas av regelverket. [Den upphandlande enhetens] upphandling omfattar en så väsentlig andel av tjänster, vilka inte är undantagna, att upphandling av dessa omfattas av LOU.”

Ett kontrakt i vilket en upphandlande enhet genom ömsesidigt förpliktande avtal köper en vara, tjänst eller byggentreprenad faller in under reglerna i LOU. I avtalen åtar sig Metro att utforma en dagstidning efter detaljerade anvisningar från SL, bland annat skall tidningen innehålla information om SL och dess trafik. 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. NOU anser analogt att de krav SL ställer för rätten att utge en tidning i dess trafiksystem är alltför detaljerade avseende innehåll, utformning och utgivning för att kunna klassificeras som endast tillståndsgivning eller som försäljning av distributionstjänst, oavsett om Metro betalar för rätten. Det måste istället ses som att SL köper en tjänst av Metro. SL åtar sig i avtalen att mot ersättning distribuera tidningen, hålla den tillgänglig för resenärerna mellan vissa klockslag och samla ihop överblivna exemplar. Att SL säljer tjänster i samband med köpet, får snarast ses som någon form av byte, vilket i sig inte gör att avtalet faller utanför LOU. Hade situationen varit den att SL endast givit någon tidningsutgivare rätt att ge ut en tidning i dess trafiksystem, utan något som helst krav på innehåll eller utgivningsfrekvens, hade bedömningen blivit annorlunda.

Metro erhåller ingen ersättning från SL, men har rätt att erhålla alla reklamintäkter från tidningen och eventuella pengar från försäljning av tidningen. Metro tar hela den ekonomiska risken för tidningsutgivningen. Hur betalningen sker från den upphandlande enheten för dessa tjänster har ingen betydelse för att avgöra om det föreligger ett upphandlingskontrakt. Däremot kan det ha betydelse för att avgöra om upphandlingskontraktet omfattas av reglerna i LOU.

¹⁹ NOU:s dnr 1999/0210-29.

Av de avtal NOU erhållit från SL framgår att värdet av avtalen överstiger tröskelvärdet för upphandling av tjänster inom försörjningssektorerna, dvs. för närvarande 3 690 000 kr exklusive mervärdesskatt²⁰. Det innebär att reglerna i 4 kap. LOU i normalfallet skulle ha varit tillämpliga. Som ovan konstaterats anser NOU att SL köper en tjänst av Metro, vilken överstiger tröskelvärdena i 4 kap. LOU, och vilken därmed skulle ha upphandlats enligt LOU. Av avtalen framkommer emellertid att SL inte betalar något för tjänsten, utan Metro har rätt att ta betalt på annat sätt för att utföra tjänsten. Vidare framgår att Metro tar hela den ekonomiska risken för den tidning som delas ut i SL:s trafiksystem. Av resonemanget fört i detta ärende, drar NOU därför slutsatsen att avtalsförhållandet mellan SL och Metro utgör en tjänstekoncession.

Upphandling av tjänstekoncessioner omfattas inte av procedurreglerna i LOU. Däremot skall tilldelning av tjänstekoncessioner följa de grundläggande EG-rättsliga principerna, vilka omfattas av ordalydelsen i 1 kap. 4 § LOU.

NOU bedömer således att SL inte brutit mot upphandlingsreglerna i 4 kap. LOU genom att inte upphandla tjänsten att utge en tidning i dess trafiksystem och i samband därmed reklamtjänster. Däremot har SL brutit mot de grundläggande principerna i EG-fördraget, särskilt principen om likabehandling, och därmed mot principen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU, eftersom tilldelningen av koncessionen inte konkurrensutsatts. NOU vill därför uppmana SL, att i det fall mer detaljerad lagstiftning eller andra regler om upphandling av tjänstekoncessioner inte trätt i kraft eller publicerats när det nuvarande avtalet löper ut, åtminstone konkurrensutsätta koncessionen att utge en tidning i dess trafiksystem.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 25 augusti 2004, i vilket deltog kommerserådet Bengt Agild, ordförande, sektionschefen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, verkställande direktören Merit Israelsson, upphandlingschefen Lisbeth Johnson och juristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Andrea Sundstrand. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Andrea Sundstrand

²⁰ Förordningen (SFS 2004:4) om ändring i förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Beloppet har ändrats marginellt under åren. Normalt har det varit fråga om mindre höjningar av beloppen.