

PM 2 2007-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tilldelning av uppdragsavtal utan föregående anbudsinfordran.**

*Stockholms stad har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal med ett kommunal bolag om anläggning och drift av infartsparkeringar.*

Stockholms stad (nedan Staden) tecknade genom Miljöavgiftskansliet den 19 april 2005 avtal med Stockholms Stads Parkerings AB, ett kommunalt bolag som ägs av Staden genom holdingbolaget Stockholms Stadshus AB (dnr. 125-2183/2005) om anläggning och drift av infartsparkeringar.

Stockholms Stads Parkerings AB (nedan Parkeringsbolaget)<sup>1</sup> driver och förvaltar parkeringsanläggningar för bilar. Verksamheten bedrivs huvudsakligen på mark som tillhör Staden, men även på privat tomtmark och för externa uppdragsgivare. Enligt egen uppgift ansvarar bolaget för förvaltning och drift av c:a 200 större yt- och terminalparkeringar samt c:a 185 parkeringshus och garage; totalt c:a 80.000 parkeringsplatser. Av dessa äger bolaget 21 anläggningar med totalt c:a 3.620 platser.<sup>2</sup> Bolaget tillhandahåller genom dotterbolaget Parkab Övervakning AB även parkeringsövervakning på förvaltade anläggningar (c:a 80.000 platser). Bolaget tillgodogör sig inkomster genom parkeringsavgifter m.m. från tredje man samt erlägger viss ersättning till Staden för markhyra etc. För 2005 redovisade Parkeringsbolaget ett resultat på c:a 33 miljoner kronor, vilket motsvarar c:a 12 procents avkastning på bolagets totala kapital.

Av avtalet den 19 april 2005 framgår att Parkeringsbolaget skall anlägga, driva och underhålla nio nya infartsparkeringar, med sammanlagt minst 1.155 nya parkeringsplatser i nära anslutning till kollektivtrafikplatser inom Stockholms kommun. Av punkterna 1.1- 1.3 i avtalet framgår att Parkeringsbolaget, förutom anläggning, drift och underhåll av nya parkeringsplatser, även skall genomföra upprustning av befintliga infartsparkeringar samt ansvara för förbättrad belysning och skyltning samt utöka bevakningen vid nya och befintliga parkeringsplatser i enlighet med särskilda föreskrifter i avtalet. Vidare skall enligt punkten 1.4 Parkeringsbolaget låta innehavare av vissa i avtalet angivna periodkort hos Storstockholms lokaltrafik AB (SL)<sup>3</sup> parkera utan ytterligare avgift samt installera läsare för periodkortet vid samtliga nya och äldre avgiftsbelagda infartsparkeringar.

Staden skall enligt punkten 3.2 i Avtalet utbetala ersättning till Parkeringsbolaget med minst 32,4 miljoner kronor<sup>4</sup>. Den avtalade ersättningen avser: • projektering, bygglovsansökan, upphandling och anläggande av tio infartsparkeringar i enlighet med särskilda specifikationer i en bilaga till avtalet, • drift och underhåll av de nyanlagda infartsparkeringarna, • upprustning och utökad bevakning i enlighet med vad som avtalats mellan parterna, • införande av läsare m.m. för SL-kort för gratisparkering, samt • ersättning för uteblivna intäkter p.g.a. gratisparkering med SL:s periodkort.

Någon infordran av konkurrerande anbud har inte föregått Stadens avtal med Parkeringsbolaget<sup>5</sup>, och förutom detta bolag finns det på marknaden för anläggning, drift och förvaltning av parkeringsplatser ett flertal tänkbara privata leverantörer.

<sup>1</sup> Stockholms Stads Parkerings AB, med organisationsnummer 556001-7153, bildades den 18 november 1897 och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 13 december samma år; Nu gällande firma registrerades den 28 januari 1987. Tidigare firma har varit Stockholms Kommuns Parkerings AB. Nu gällande bolagsordning antogs den 21 mars 2006. Bolagets registrerade aktiekapital uppgår till 20 miljoner kronor och fördelas på 40.000 aktier med nominellt värde på vardera 500 kronor. Föremålet för bolagets verksamhet består enligt gällande bolagsordning av att "...inom ramen för den kommunala kompetensen dels förvärva, uppföra och förvalta parkeringsanläggningar för bilar, dels i övrigt vidta åtgärder för förbättrade parkeringsförhållanden samt förvärva och inneha aktier i andra inom Stockholms stad verksamma parkeringsbolag, vilka har till föremål för sin verksamhet att främja tillkomsten av parkeringsplatser inom Stockholms stad". Bolaget ägs med 91 procent av koncernmoderbolaget Stockholms stadshus AB (556415-1727) och med 9 procent direkt av Stockholms stad.

<sup>2</sup> Uppgifter från Parkeringsbolagets hemsida [www.stockholm-parkering.se](http://www.stockholm-parkering.se)

<sup>3</sup> Storstockholms lokaltrafik AB (SL), lokaltrafikhuvudman i Stockholms län enligt lagen (1997:734) om ansvar för viss kollektiv persontrafik.

<sup>4</sup> I punkten 3.2. i avtalet anges att ersättning skall utgå med 32,4 miljoner kronor i enlighet med en fördelning enligt bilaga 3 till avtalet. I nämnda bilaga anges en total summa på 32,9 miljoner kronor. I det senare beloppet enligt bilaga 3 till avtalet ingår även en post på 500.000 kronor för administration.

<sup>5</sup> Se skrivelse den 26 februari 2006 till Konkurrenskommissionen från Kommunfullmäktige/kommunstyrelsens kansli, där Staden uppger att några underlag i form av annons eller motsvarande inte finns i ärendet (dnr. 125-2183/2005).

Gällande rätt

Kommunala avtal med fristående rättssubjekt om anläggning och drift av bilparkering regleras aningen enligt bestämmelserna för offentlig upphandling eller som en koncession. Vilket regelverk som skall tillämpas beror ytterst på hur avtalskonstruktionen är utformad.

Oaktat vilken avtalskonstruktion som har valts gäller rent allmänt EG-fördragets grundläggande bestämmelser om *fri rörlighet* som kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Principerna om *likabehandling* och *icke-diskriminering*<sup>6</sup> innefattar enligt EG-domstolarnas fasta praxis<sup>7</sup>, krav att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare inte får diskrimineras utan skall erbjudas lika förutsättningar att komma ifråga för koncessioner eller offentlig upphandling. Medlemsstaternas myndigheter får inte utan särskilda skäl diskriminera på grund av nationalitet genom att exempelvis vända sig direkt till viss nationell utförare. Förekommande krav och kriterier får inte heller utformas med utgångspunkt i att endast en viss utförare skall kunna komma ifråga. Principen om *insyn* innebär att det skall råda transparens och öppenhet avseende samtliga förutsättningarna för sådana förfoganden där medlemsstaternas myndigheter tilldelar kontrakt i samband med koncession eller offentlig upphandling, bland annat skall som huvudregel anbud införas i ett offentligt förfarande.

All offentlig upphandling och vad som därmed äger samband regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på bland annat Europeiska rådets direktiv 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (det s.k. tjänsteupphandlingsdirektivet).<sup>8</sup>

Skall bestämmelserna för offentlig upphandling tillämpas utgör bilparkeringstjänster (CPV 93511000) jämte parkeringsförvaltning (CPV 93510000) sådana ”Andra tjänster” (kategori 27) enligt en bilaga B till LOU vilka oavsett det samlade kontraktsvärdet<sup>9</sup> skall upphandlas enligt det nationellt bestämda regelverket i 6 kap. LOU.<sup>10</sup>

Enligt principen om likabehandling, som är generellt tillämplig på all upphandling, således även på upphandlingar enligt 6 kap. LOU,<sup>11</sup> skall samtliga tänkbara leverantörer ges så lika

<sup>6</sup> Den allmänna principen om likabehandling i EU-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även direkt giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att ”Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen” (se prop. 1994/95:19 del 1 sid. 478). Principen skall förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

<sup>7</sup> Se EG-domstolens dom den 11 juli 1991 i målet *Kommissionen mot Danmark* (C-243/89) samt den 25 april 1996 i målet *Kommissionen mot Belgien* (C-87/94). Se vidare förstainstansrättens avgörande den 8 maj 1996 i målet *Adia Interim* (T-19/95) samt den 17 december 1998 i målet *Embassy Limousines & Services* (T-203/96).

<sup>8</sup> Sedan tillkomsten av LOU har det gemenskapsrättsliga regelverket på området för offentlig upphandling emellertid ändrats. Numera regleras upphandlingar inom den s.k. klassiska sektorn (exempelvis tjänsteupphandlingar) genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv 2004/18/EEG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiskaupphandlingsdirektivet). Det nya direktivet trädde i kraft med för Sverige bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. De materiella bestämmelserna och den principiella uppbyggnaden är i allt väsentligt densamma i det nya direktivet som i LOU.

<sup>9</sup> Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

<sup>10</sup> Bilaga B till LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

<sup>11</sup> Se EG-domstolens dom av den 3 december 2001 i målet *Vestergaard* (C-59/00). Domstolen fastslog därvid att ”även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår

förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”upphandlande enheter”. Tillsyn över lagen om offentlig upphandling utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).<sup>12</sup>

Med upphandling avses alla köp av tjänster som sker från ett från den upphandlande enheten fristående rättssubjekt (se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU). Stadgandet är därvid undantagslöst och det föreligger enligt hittills tillämpad svensk rättspraxis<sup>13</sup> inte någon möjlighet för t.ex. kommuner att utanför upphandlingslagens reglering köpa tjänster från egna företag eller företag som kommunen äger tillsammans med andra. Den statliga Upphandlingsutredningen, konstaterade i slutbetänkandet ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28) bland annat följande:

*”Den slutsats som enligt utredningens mening kan dras av vad som nu sagts är att det inte finns någon möjlighet att underlåta att tillämpa bestämmelserna i lagarna om upphandling vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av staden tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionerna uppgår till eller understiger tröskelvärder.”<sup>14</sup>*

Inte heller lämnar svensk lag några möjligheter för kommuner att med åberopande av kommunallagens reglering, vid sidan om LOU eller utan föregående anbudsinfordran ”överföra” utförandet av vissa kommunala angelägenheter till fristående rättssubjekt, så länge särskild ersättning utgår för tjänsternas fullgörande. Fråga om kommunal ”överföring” under åberopande av kommunallagens reglering har prövats av Regeringsrätten i ett avgörande RÅ 2000 ref. 60 (Dala- trafik), där ett landsting utan upphandling enligt LOU hade ”överfört” uppdraget att driva en beställningcentral för samhällsbetalda resor. I målet åberopades bl.a. att fråga inte var om någon upphandling, utan att det aktuella uppdraget hade överförts med stöd av kommunallagens reglering<sup>15</sup>. Regeringsrätten, liksom tidigare instanser, gick inte på den linjen utan konstaterade att en sådan överenskommelse innefattar en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig. Någon möjlighet att kringgå LOU genom att åberopa överföring enligt kommunallagens bestämmelser föreligger inte<sup>16</sup> varför kommuner och kommunala företag således enligt gällande nationell rätt inte kan köpa och sälja tjänster mellan varandra utan mellankommande upphandling.<sup>17</sup>

---

*sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler”* (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i målet *Telaustria et Telefonadress*(C-324/98), punkt 60, samt med avseende på annat än upphandling (koncessioner) *Parking Brixen*, (C-458-03).

<sup>12</sup> Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.

<sup>13</sup> Hittills har i svensk nationell praxis bedömts kommunala köp från dels ett helägt kommunalt bolag (Kammarrätten i Stockholm dom den 10 februari 2003 i de förenade målen 76-03 / 77-03), dels ett majoritetsägt delägt kommunalt bolag (Kammarrätten i Göteborg, dom den 7 april 2003 i mål 4851-2002). Båda kammarrätterna förordnade i sina avgöranden att upphandling skulle genomföras enligt bestämmelserna i LOU eftersom de aktuella avtalen hade ingåtts med *från de upphandlande enheterna skilda juridiska personer*. För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de förenade målen 172-175-05, samt 176-179-05 (SYSAV-målen) huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag. Tidigare rättsinstanser hade, liksom de båda ovan refererade kammarrätterna, förordnat att upphandling skulle genomföras enligt bestämmelserna i LOU eftersom det aktuella avtalet hade ingåtts med en *från de upphandlande enheterna skild juridisk person*.

<sup>14</sup> Se Upphandlingsutredningen, slutbetänkande ”Nya upphandlingsregler 2” (SOU 2006:28), avsnittet 7.12 ”Kommunal samverkan” s. 264.

<sup>15</sup> Till stöd för sin talan anförde landstinget att det inte var fråga om en upphandling utan om en ”uppgiftsöverföring”. Landstinget åberopade bl.a. ett sakkunnigt yttrande med denna innebörd från tidigare chefjuristen vid Svenska kommunförbundet.

<sup>16</sup> För närvarande prövas av Regeringsrätten, i de s.k. SYSAV-målen (mål nr. 172-175-05, samt målen 176-179-05) huruvida det är förenligt med gällande rätt att två kommuner köper tjänster direkt från ett av dessa gemensamt minoritetsägt företag (SYSAV). Tidigare rättsinstanser har vid sina avgöranden inte ansett det förenligt med på området gällande nationell rätt eller gemenskapsrättslig praxis att kommunerna utanför den upphandlingsrättsliga regleringen köper varor eller tjänster direkt från hel- eller delägda företag.

<sup>17</sup> Ett tidigare utredningsförslag som framlades av den s.k. Upphandlingskommittén (SOU 2001:31, sid. 89 ff.) med innebörden att kommuner utan mellankommande upphandling skulle tillåtas att köpa tjänster direkt från hel- eller delägda företag ledde aldrig till förslag om ändrad lagstiftning. Regeringen angav i propositionen 2001/02:142 (sid. 84) att frågan mot bakgrund av bl.a. gemenskapsrättslig praxis måste beredas ytterligare. Saken uppdrogs senare åt Upphandlingsutredningen att utreda vidare. Något ytterligare lagändringsförslag lämnades emellertid aldrig utan, som redovisats ovan, konstaterade Upphandlingsutredningen (se fotnot 12) att det för närvarande inte föreligger någon rättslig

Lagen om offentlig upphandling är tvingande för de upphandlande enheterna. Bestämmelserna behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § LOU gm. 6 kap. 16 § samma lag).

Den omständighet att en upphandlande enhet tror sig veta att rent faktiskt enbart en viss leverantör kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från lagens huvudregel att upphandling ändå måste genomföras.<sup>18</sup>

För närvarande prövar EG-domstolen, på talan av Europeiska kommissionen, ett mål om fördragsbrott mot Tyskland i anledning av att ett antal tyska kommuner under åberopande av kommunalt självstyre hade ingått avtal med ett fristående offentligt styrt organ, utan föregående upphandlingsförfarande och utan anbudsinfördran i hela gemenskapen.<sup>19</sup>

Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”).

Enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU föreligger vid tjänsteupphandlingar undantag från annonserings skyldigheten under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt eller det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Med *tjänstekoncession* avses enligt gällande gemenskapsrättsliga bestämmelser ett kontrakt av samma typ som ett offentligt 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 viss betalning.<sup>20</sup>

---

möjlighet att underlåta att tillämpa de upphandlingsrättsliga bestämmelserna vid transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person.

<sup>18</sup> Av EG-domstolens avgörande den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, framgår att uppgivna ensamsituationer som inte grundas på legal ensamrätt, inte medför undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingen och åtminstone försöka att införda konkurrerande anbud genom ett offentligt upphandlingsförfarande.

<sup>19</sup> Se EG-domstolen, talan i målet *Kommissionen mot Tyskland* (C-480/06). Kommissionen angav bland annat följande: ”Såsom [EG-domstolen] uttryckligen har slagit fast är direktiven om offentlig upphandling tillämpliga när en upphandlande myndighet avser att skriftligen ingå ett oneröst avtal om leverans av varor med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet. Det föreligger enligt kommissionen inte några omständigheter som motiverar att förevarande avtal tilldelas fritt efter ett förhandlat förfarande utan föregående anbudsinfördran. Kommissionen delar inte heller den tyska regeringens uppfattning att kommunala sammanslutningar, oavsett deras rättsliga form, till följd av det kommunala självstyret kan undgå att omfattas av bestämmelserna om offentlig upphandling. Rätten till kommunalt självstyre kan nämligen inte medföra att lokala myndigheter har rätt att inte beakta föreskrifterna om offentlig upphandling. När sådana lokala myndigheter sluter tjänsteavtal med andra organ, även om dessa också är upphandlande myndigheter, omfattas de av bestämmelserna om offentlig upphandling. Den tyska regeringen har enligt kommissionen inte styrkt att förevarande tjänsteavtal av tekniska skäl endast kan tillhandahållas av en viss tjänsteleverantör”.

<sup>20</sup> En definition av begreppet *tjänstekoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.4 av Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiskaupphandlingsdirektivet). Där anges bl.a. följande: ”*Tjänstekoncession*: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning”. Med *offentligt kontrakt* avses enligt artikel 1, punkten 2a ”skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i [direktivet]”. Enligt samma artikel, punkten 2d definieras *offentligt tjänstekontrakt* vidare som ”andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga II”. Vid blandade kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den

Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt skall vara uppfyllda. För det första skall koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtta tjänsterna ekonomiskt. För det andra skall den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam. EG-kommissionen angav år 2000 i ett i ett tolkningsmeddelande om koncessioner<sup>21</sup> bl.a. följande:

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. [...] 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.

Förutsättningarna för att en upphandlande enhet skall kunna tilldela en koncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att den upphandlande enheten därigenom överlåter en betydande ekonomisk risk på denne. Koncessionshavaren skall inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen.<sup>22</sup> Uppdragsavtal där entreprenören ges garantier om full kostnadstäckning för det fall han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt, kan exempelvis inte anses utgöra någon koncession.

De risker som skall föreligga för att ett koncessionsförhållande skall anses uppstå är istället sådana risker som är förenade med projektfinsieringen, 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.

Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga upphandlingskontrakt<sup>23</sup>, där leverantören normalt<sup>24</sup> endast bär risk för att hans investerings- och driftkostnader skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att hans inkomster kopplade till rätten att utnyttja anläggningen inte förslår<sup>25</sup>.

Från gemskapsrätlig praxis förtjänar främst nämnas EG-domstolens avgörande i målet *Telaustria et Telefonadress (C-324/98)* där bl.a. fastställdes att ett offentligt kontrakt med ett privat företag avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger skulle vara att anse som en tjänstekoncession, eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja katalogutgivningen kommersiellt. EG-domstolen påpekade dock att, trots att det aktuella avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapens upphandlingsrättsliga regelverk, de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta EG-fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare skall den upphandlande myndigheten garanteras insyn i koncessionshavaren

---

s.k. överviktsprincipen att kontraktet skall betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se i artikel 1.2d andra stycket).

<sup>21</sup> Se EG-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EG-rätten, s. 10.

<sup>22</sup> Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

<sup>23</sup> Även om det rör sig om s.k. skuggtullar (där koncessionshavaren erhåller ersättning i efterskott från den upphandlande enheten) kan det anses föreligga en ekonomisk risk om ersättningen är beroende av antalet användare.

<sup>24</sup> Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt EG-kommissionens tolkningsmeddelande (se ovan, not 20) 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). Sådana risker anses inte utgöra de ekonomiska risker som skall föreligga för att ett avtalsförhållande skall anses utgöra en koncession.

<sup>25</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse till regeringen (Näringsdepartementet) den 21 mars 2001 (dnr. 2000/0339-22, se även nämndens yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

upphandlingsverksamhet så att myndigheten kan försäkra sig om att förekommande upphandlingar kringgärdas av sådan offentlighet att tjänstemarknaden är öppen för konkurrens samt att det går att kontrollera om upphandlingsförfarandena är opartiska.<sup>26</sup>

Från gemenskapsrättslig praxis förtjänar även nämnas målet *Parking Brixen* (C-458/03) där EG-domstolen slog fast att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser skall anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom tjänsteleverantören som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen<sup>27</sup>. EG-domstolen angav i domskälen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket gemenskapens upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt innefattar något slags motprestation som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören. I det aktuella fallet härrörde ersättningen däremot inte från den ifrågavarande kommunen utan från de avgifter som tredjeman skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket är kännetecknande för en tjänstekoncession. I en sådan situation är det enligt domstolen således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>28</sup> I avgörandet fastslogs vidare, med hänvisning till bl.a. *Telaustria*-målet, att artiklarna 43 och 49 i EG-fördraget liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn skall tolkas så, att de utgör hinder för en offentlig myndighet att utan anbudsinfordran tilldela ett kommunalt aktiebolag, under aktuella förutsättningar, en koncession avseende allmännyttiga tjänster.<sup>29</sup>

EG-domstolen prövade i målet även huruvida den berörda kommunen, med hänvisning till de s.k. *Teckal*-undantagen<sup>30</sup>, hade särskild anledning att vända sig direkt till den ifrågavarande tjänsteleverantören eftersom det var ett av kommunen helägt aktiebolag. Domstolen bedömde att grund för *Teckal*-undantag inte förelåg. Den omständigheten att den aktuella koncessionen hade lämnats till ett helägt aktiebolag ansågs inte tillräcklig. Bland annat anförde domstolen ”karaktären av denna bolagstyp” samt att det berörda bolaget ”hade mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen” som skäl för att anse att kontrollrekvisitet inte var uppfyllt. Även de förhållandena att bolagets verksamhetsföremål hade utvidgats till nya väsentliga områden och att verksamhetsområdet hade utvidgats till hela Italien och till utlandet samt att det inom kort skulle bli möjligt för utomstående att förvärva aktier i bolaget anfördes som skäl för att kontrollrekvisitet inte kunde anses uppfyllt. Det s.k. omsättningsrekvisitet prövades därmed aldrig.

Några bestämmelser om tjänstekoncessioner finns inte införda i svensk nationell rätt. Regeringen har i remiss till lagrådet föreslagit att tjänstekoncessioner skall undantas från de kommande upphandlingslagarnas tillämpningsområde. Regeringen har med hänvisning till *Parking Brixen*- och *Telaustria*-målen (se ovan) emellertid konstaterat att alla de grundläggande principerna för offentlig upphandling är tillämpliga vid upphandling av ett kontrakt avseende tjänstekoncessioner. Regeringen finner enligt lagrådsremissen dock inte skäl att reglera detta i de föreslagna lagarna utöver vad som krävs enligt direktiven. Att tjänstekoncessioner faller utanför direktivens tillämpningsområde innebär, enligt regeringen, att överprövning i enlighet med de föreslagna

<sup>26</sup> Se EG-domstolen, dom den 7 december 2000 i målet *Telaustria et Telefonadress* (C-324/98), domslutet punkterna 3 och 4.

<sup>27</sup> Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, sid 179-182.

<sup>28</sup> Se EG-domstolen, dom den 13 oktober 2005 i målet *Parking Brixen* (C-458/03), domskälen punkterna 39 och 40.

<sup>29</sup> Se domslutet punkten 2.

<sup>30</sup> De s.k. *Teckal*-undantagen har sitt ursprung i EG-domstolens dom den 18 november 1999 i målet *Teckal* (C-107/98) och är för närvarande inte införda i svensk nationell rätt. Domstolen dömde i *Teckal*-målet att upphandlingsbestämmelserna som huvudregel är tillämpliga när en upphandlande myndighet, såsom en lokal myndighet, avser att sluta ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor om leverans av produkter med en i formellt hänseende fristående enhet vilken kan fatta egna beslut oberoende av denna myndighet, oberoende av om denna enhet själv är en upphandlande myndighet (domslutet). Domstolen uttalade dock (domskälen p. 50), att något annat skulle kunna gälla för det fallet att den lokala myndigheten, samtidigt, utövar en kontroll över den ifrågavarande juridiska personen motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning (det s.k. kontrollrekvisitet), och denna juridiska person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (det s.k. omsättningsrekvisitet).

lagarna inte är tillämpligt på dylika kontrakt. Regeringen konstaterar dock att när det gäller frågan huruvida ansökan om överprövning av ett kontrakt avseende tjänstekoncession skall avvisas på den grunden att överprövning inte kan komma ifråga, saknas för närvarande prejudicerande avgörande i domstol.

Enligt fast gemenskapsrättslig praxis<sup>31</sup> följer att enskilda skall medges rätt att föra talan även i fall som inte förutsetts i de inhemska bestämmelserna om talerätt, om detta krävs för att tillvarata en gemenskapsrättsligt skyddade rättighet som inte kan hävdas på annat sätt. I dessa fall förutsätter gemenskapsrätten att förekommande inhemska begränsningar av talerätt åsidosätts med följd att annars otillåten talan tillåts.<sup>32</sup> Bestämmelser om överklagande av förvaltningsangelägenheter återfinns i förvaltningslagen (1986:223) samt i förvaltningsprocesslagen (1971:291). Enligt 22 a § förvaltningslagen kan beslut i förvaltningsärenden överklagas vid allmän förvaltningsdomstol (länsrätt), vilket således utgör laga domstol (*forum generale*) i dylika mål.

### Yttrande

Stockholms stad har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört att Staden har en annan uppfattning än den som kommer till uttryck i Konkurrenskommissionens preliminära bedömning. Med stöd av 3 kap. 16 § kommunallagen (1991:900) har Staden uppdragit till Parkeringsbolaget att driva garage och parkeringshus samt vissa större ytparkeringar. I övrigt finns inte anledning att kommentera saken eller polemisera.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Av utredningen i ärendet framgår att Stockholms stad har tecknat avtal med det av Staden helägda Parkeringsbolaget om utförande av vissa tjänster för drift och förvaltning av parkeringsplatser. Betydande ersättning skall enligt avtalet utgå från Staden till Parkeringsbolaget, bland annat för att Parkeringsbolaget skall tillhandahålla avgiftsfri parkering för innehavare av SL-kort. Någon övergång av den ekonomiska risken har i det aktuella fallet inte skett vilket talar för att den aktuella kontraktstilldelningen bör betraktas som en offentlig upphandling. Under angivna förhållanden borde förfarandet ha handlagts enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU, eftersom parkeringstjänster ingår i kategorin ”Andra tjänster” (kategori 27) i bilaga B till LOU.

Till skillnad från vad Staden påstått i sitt yttrande är det inte lagligen möjligt att med åberopande av kommunallagens reglering på sätt som här förekommit ”överföra” viss verksamhet i bolagsform utan mellankommande upphandling. Detta framgår bl.a. av Regeringsrättens avgörande RÅ 2000 ref. 60 men finner även stöd i Upphandlingsutredningens konstateranden (SOU 2006:28).

Även om Stadens tilldelning skall betraktas som en tjänstekoncession är EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, som finns införda i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn tillämpliga. Förfarandet skulle därmed ha handlagts genom ett anbuds förfarande så att potentiella anbudsgivare erbjudits lika förutsättningar att komma ifråga, i konkurrens med varandra och på lika villkor. Bland annat skulle som huvudregel anbud ha infordrats i ett offentligt förfarande.

<sup>31</sup> Se EG-domstolens dom den 5 februari 1963 i *van Gend en Los* (C-26/62) samt den 9 mars 1978 i *Simmenthal* (C-106/77) samt Se även domstolens dom den 19 juni 1990 i *Factortame* (C-213/89), samt den 19 november 1991 i *Francovich* (C-6/90 och C-9/90). I *Simmenthal* uttalade domstolen bl.a. följande: ”...any provision of any legislative, administrative or judicial practice which might impair the effectiveness of Community law by withholding from the national court having jurisdiction to apply such law the power to do everything necessary at the moment of its application to set aside national legislative provisions which might prevent Community rules from having full force and effect are incompatible with those requirements which are the very essence of Community law”.

<sup>32</sup> Se Fitger, Rättegångsbalken, supplement 32, augusti 2000, 13:10g.

Genom att underlåta offentlig anbudsinfördran har Staden åsidosatt EG-fördragets grundläggande bestämmelser. Konkurrensen på marknaden för parkeringstjänster har därmed kommit att snedvridas. Talan mot detta och liknande förfaranden skall i enlighet med gemenskapsrättslig praxis kunna föras i nationell domstol. Huruvida detta skall ske inom ramarna för en process om överprövning enligt LOU eller på annat sätt får överlämnas åt rättstillämpningen. Oavsett vilket är Sverige emellertid skyldigt att tillhandahålla tillräckliga rättsmedel för att effektiv prövning skall kunna komma till stånd.