

PM 2 2011-05-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling och transparens vid tilldelning av tjänstekoncession/tjänstekontrakt

Malmö högskola har infordrat anbud avseende driften av högskolerestaurang som en tjänstekoncession, trots att kontraktet innefattar även köp för eget behov till betydande värden. Högskolan har även till grund för tilldelningsvärdering lagt omständigheter som inte framgår av förfrågningsunderlaget (en hemlig provätning).

Staten genom Malmö högskola infordrade genom annons i Sydsvenska Dagbladet den 16 och 19 september 2010 samt på myndighetens hemsida¹ anbud avseende avtal om drift av restaurang och serveringsverksamhet m.m. i högskolans lokaler i med adress Citadellsvägen 7, samt Norden-skjöldsgatan 10 i Malmö (dnr. Mahr 24-2010/486). Något meddelande om offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU - har inte skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE) för annonsering i bl.a. databasen TED.² Förfarandet har heller inte annonserats i en databas som är allmänt tillgänglig.³

Aktuellt avtal ska omfatta perioden 1 januari 2011 till och med den 31 december 2012, med möjlighet till förlängning årsvis.⁴

Förfrågningsunderlaget är daterat den 16 september 2010 och rubricerat ”Tjänstekoncession omfattande hyra, drift samt nyttjanderätt Restaurang och café vid fastighet Gäddan 8 samt Orkanen, Malmö Högskola”. Till underlaget finns fogat ett formulär om sanningsförsäkran, enligt vilket anbudsgivare ska intyga bland annat att de fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatter.

Av detta underlag framgår att anbudsinfordran avser drift av restauranger vid två driftsställen; dels ”Gäddan 8”, omfattande 317 kvadratmeter serveringsyta med c:a 200 sittplatser samt 220 kvadratmeter yta för kök och sekundärutrymmen; dels ”Orkanen”, omfattande 462 kvadratmeter serveringsyta med c:a 250 sittplatser och 24 ståplatser samt 104 kvadratmeter yta för kök och sekundärutrymmen. Kundunderlaget uppges uppgå till c:a 5 000 personer.⁵

Endast sådana arrangemang där Malmö högskola står som ansvarig ska enligt underlaget kunna äga rum i lokalerna under dag- och/eller kvällstid. Dock får anlitad restauratör vända sig till allmänheten, vilken tillåts äga tillträde till serveringslokalerna under dagtid. Köken anges även kunna användas till cateringverksamhet inom högskolan samt till externa kunder.⁶

Av underlaget i övrigt framgår krav på öppettider⁷ samt vissa detaljerade krav på utbudet, vad avser ”vällagad och varierad mat som tilltalar studenter, personal, konferensgäster samt allmänhet avseende såväl pris som smak, utbud och portionsstorlek” samt att priserna ska vara ”studentvänliga”. Grundutbudet ska bestå av frukost, varm tillagad lunch, mindre smårätter och caféverksamhet samt konferensmenyer. Restauratören ska tillhandahålla vegetariskt alternativ samt i övrigt eftersträva ett utbud som innehåller ”ekologiska och närproducerade produkter”.

¹ Se www.mah.se/upload/GF/Ekonomiavdelningen/Restaurang%20Gäddan%20och%20Orkanen/Annons_SDS.pdf, samt www.mah.se/medarbetare/Ekonomifragor/lnkop-och-upphandling/tjanstekoncessioner/.

² Tenders Electronic Daily (TED) är Europeiska unionens databas för annonsering av bl.a. offentlig upphandling. Databasen utgör ett tillägg till Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och publicerar annonser som har skickats till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer (OPOCE).

³ Ang. bruket av myndighetens hemsida såsom databas, se fotnot nedan.

⁴ Förlängning kan enligt underlaget komma i fråga ”med ett år i taget, dock maximalt till och med nya Niagra blir klart” (s. 8, överst). Detta beräknas ske under 2015.

⁵ Därmed avses ingå studerande och högskolans egen personal, se förfrågningsunderlaget, punkten ”Objekts och uppdragsbeskrivning”, s. 3 ff.

⁶ Se förfrågningsunderlaget, s. 7, mitten: ”Cateringverksamhet för såväl interna som externa kunder förekommer”.

⁷ Se förfrågningsunderlaget, s. 7, nederst: ”Verksamheten skall hålla öppet minst mellan klockan 7.45 – 16.00”, dock skall verksamheten utöver denna tid anpassas till behovet av matservering för konferensverksamhet”.

Restauratören ska även ”*vid behov kunna tillhandahålla maträtter för särskilda arrangemang som till exempel egna konferenser, externa konferenser, studiebesök, öppet hus och pubverksamhet*”. Vidare anges att Malmö högskola ska ”*i första hand begära offert av restauratören avseende konferensverksamhet samt catering och i andra hand av annan restauratör*”.⁸

Malmö högskola ska upplåta lokalerna mot en omsättningshyra, motsvarande 4 procent av omsättningen. Debitering ska ske kvartalsvis i efterskott. Samtliga driftskostnader betalas av restauratören, förutom reparationer av högskolans maskinella utrustning som inte kan hänföras till handhavandefel eller vanvård.

Under rubriken ”*Val av restauratör*” i förfrågningsunderlaget anges att ”*val av restauratör kommer att baseras på lämnad offert i kombination med vad som framkommer vid eventuell muntlig presentation. Vid valet kommer stor vikt att läggas på restauratörens förmåga att visa nytänkande, flexibilitet samt samarbetsförmåga i kombination med ett koncept avseende drift som överensstämmer med den miljö och andra som präglar verksamheten. [nytt stycke] Malmö högskola kommer att välja maximalt 6 (sex) st. anbudsgivare som får gå vidare till utvärderingen. De utvalda anbudsgivare kommer att intervjuas varvid de skall presentera sig och sitt koncept. [nytt stycke] En kreditupplysning kommer att begäras för utvald restauratör*”. Några ytterligare kriterier för tilldelning anges inte, varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för aktuell anbudsinfördan.

Vid anbudstidens utgång den 7 oktober 2010 registrerades totalt elva inkomna anbud, varav fyra bedömdes ”lämpliga med hänsyn ställda kriterier”.

Enligt Malmö högskolas protokoll med beslut om tilldelning⁹ inbjöds dessa anbudsgivare till intervjuer vilka ägde rum den 20 och 21 oktober 2010. Vid intervjuerna ställdes frågor angående anbudsgivarnas matkoncept, budget, utbud, samt gavs möjlighet till att ställa frågor. Av dessa således fyra intervjuade anbudsgivare valdes tre ut för ”provätning” varvid följande kriterier bedömdes: smak, hygien, utbud, bemötande, matutseende, prisvärdhet. Provätningen genomfördes av en arbetsgrupp inom Malmö högskola bestående av mellan 8 och 9 personer genom icke förhandsanmälda, anonyma besök vid tre befintliga serveringar den 28 oktober samt den 1 och 2 november 2010.¹⁰

Härvid bedömde arbetsgruppen att en anbudsgivare, här angiven som Anbudsgivare 1, bäst uppfyllde samtliga ställda kriterier, varvid i ett första beslut om tilldelning den 11 november 2010 kontraktet tilldelades denne anbudsgivare. Vid en därefter genomförd kontroll av anbudsgivarens ekonomi framkom emellertid att denne var restförd för skatter och avgifter samt inte hade ”ingivit årsredovisningar inom stipulerad tid”. De krav som i aktuellt avseende hade uppställts genom den sanningsförsäkran som bifogats anbudet ansågs därmed inte uppfyllt. Den tidigare beslutade tilldelningen till Anbudsgivare 1 återtogs genom beslut av den 18 november 2010. Ny tilldelning beslutades därefter den 21 november 2010 varvid kontraktet tilldelades Anbudsgivare 2.

Den servering, *Slagthuset*, som i samband med de ovan omtalade provätningen hade besökts och poängsatts för vinnande anbudsgivarens (Anbudsgivare 2) räkning drivs emellertid av ett annat bolag än Anbudsgivare 2. Något koncernförhållande föreligger inte och de registrerade ställföreträdarna är olika mellan bolagen.¹¹

⁸ Se förfrågningsunderlaget, s. 9 nederst.

⁹ Se Malmö högskola, protokoll med ”*Beslut om antagande av restauratör till Restaurang vid Gäddan 8 och Orkanen, Malmö högskola*” daterat den 21 november 2010.

¹⁰ Se protokoll från provätningar, genomförda den 28 oktober samt den 1 och 2 november 2010.

¹¹ Enligt tillgängligt protokoll med tilldelningsbeslut har den aktuella tilldelningen beslutats ske till *Vedbark Restaurang AB* (här angiven Anbudsgivare 2) med org.nr. 556608-1104. Kontraktet ifråga har emellertid tecknats mellan Malmö högskola och det nystartade företaget *STUDEO Restaurang AB* med org.nr 556824-7638. Personkretsen i dessa båda bolag är i viss mån densamma. Såsom framgår av Malmö högskolas bokföringsunderlag drevs den poängsatta servering ”*Slagthuset*”, där den återopade provätningen ägde rum, dock av *Slagkastellet AB* med org.nr. 56776-4823, vilket är ett helt annat företag med andra ställföreträdare än den/de leverantörer som Malmö högskola tilldelat det aktuella kontraktet.

Avtalets s.k. kontraktsvärde kan med ledning av uppgifter i förfrågningsunderlaget och föreliggande skriftväxling med Malmö högskola uppskattas till c:a 7 miljoner kronor per år, varav c:a 1,6 miljoner kronor hänför sig till köp för högskolans egen del (catering, konferenser, representation m.m.).¹² Det totala kontraktsvärdet kan under en avtalstid på fyra år (åren 2011 t.o.m. 2015) således uppskattas till c:a 28 miljoner kronor, varav c:a 6,4 miljoner kronor avser köp från Malmö högskola.

Malmö högskolas aktuella handläggning och beslut om tilldelning har överklagats av Anbudsgivare 3. Målet prövas för närvarande vid Kammarrätten i Göteborg.¹³

Gällande rätt

En myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen ett *offentligt tjänstekontrakt* eller en *tjänstekoncession*. Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid som huvudregel EU-fördragens¹⁴ grundläggande bestämmelser om fri rörlighet liksom unionsrättens principer om lika-behandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens) samt proportionalitet.¹⁵

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle och vissa leverantörer får inte gynnas framför andra. Diskriminerande särbehandling får vidare inte komma ifråga, särskilt inte på grund av nationalitet. Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst skyldigheten för myndigheterna att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt om rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen. Myndigheterna är exempelvis skyldiga att tillkännage sina anskaffningar på ett sätt som, med hänsyn till anskaffningens omfattning och art, lämnar möjlighet till konkurrens och inte hindrar handeln mellan medlemsstaterna (samhandelsrekvisitet).¹⁶ Det ska av anbudsförutsättningarna vidare framgå samtliga krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till. Det är således inte möjligt för en myndighet att i efterhand lägga till eller dra ifrån krav eller kriterier för tilldelning av kontrakt. *Proportionalitetsprincipen* innebär slutligen, att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas.

¹² Se förfrågningsunderlaget, under rubriken "Allmänt", s. 6 mitten, jämte yttrande av Malmö högskola till Kammarrätten i Göteborg i mål 6797-10, aktbilaga 16, punkten 4.2.

¹³ Kammarrätten i Göteborg, mål nr. 6797-10. Prövningstillstånd meddelades den 4 januari 2011. Föremål för rättsens prövning är primärt ett beslut av Förvaltningsrätten i Malmö den 3 december 2010, i mål 15211-10, att avvisa talan om överprövning enligt LOU eftersom den aktuella tilldelningen avser en tjänstekoncession och inte ett tjänstekontrakt.

¹⁴ EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

¹⁵ Enligt 1 kap. 12 § gäller i fråga om s.k. tjänstekoncessioner enbart att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iakta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt, se även 1 kap 2 § andra stycket samma lag.

¹⁶ Det s.k. *samhandelsrekvisitet* har i EU-domstolens fasta praxis givits en tämligen vidsträckt tolkning. Rekvisitet ska anses uppfyllt om det "med tillräcklig grad av sannolikhet, på grundval av rättsliga eller faktiska omständigheter, kan förutses att avtalet i fråga direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt kan inverka på handelsflödet mellan medlemsstater, på ett sådant sätt att det kan komma att hindra förverkligandet av en gemensam marknad mellan medlemsstaterna" EU-domstolens dom av den 11 juli 1985 i mål 42/84, *Remia m.fl. mot kommissionen*, REG 1985, s. 2545, p. 22. För liknande bedömningar, se även domstolens avgöranden den 18 juni 1998 i mål C-35/96, *kommissionen mot Italien*, REG 1998, s. I-3851, p. 48 samt den 17 oktober 1972 i mål 8/72, *Vereeniging van Cementhandelaren mot kommissionen*, REG 1972, s. 977, p. 29. Se även prop. 2003/04:80, s. 44.

Med tjänstekoncession avses 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.¹⁷

Tjänstekoncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtta tjänsterna ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam. EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande från 2000 angivit 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 myndigheten 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.¹⁸

Förutsättningarna för att en myndighet ska kunna tilldela tjänstekoncession är således att koncessionshavaren ges rätten att kommersiellt utnyttja anläggningen/tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten¹⁹ på denne. Koncessionshavaren ska inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finansiella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen.²⁰ 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 ska föreligga för att ett koncessionsförhållande ska anses uppstå är istället sådana 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.

Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt²¹, där leverantören normalt²² endast bär risk för att hans investerings- och driftkost-

¹⁷ 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 byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). 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 byggentreprenad, 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 byggentreprenad- 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 s.k. överviktsprincipen att kontraktet ska betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se i artikel 1.2d andra stycket).

¹⁸ Se EU-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten, s. 10.

¹⁹ Avseende kravet på ekonomisk risk, se EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-0000. Domstolen fastslog där att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt från den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, kan vara tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession, under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

²⁰ Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

²¹ 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.

²² Även i samband med offentliga upphandlingskontrakt vilar enligt EU-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 ska föreligga för att ett avtalsförhållande ska anses utgöra en koncession.

nader 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.²³

I EU-rättslig praxis har EU-domstolen i avgörandet *Telaustria och Telefonadress* (C-324/98) fastställt bl.a. 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. EU-domstolen påpekade dock att, trots att det aktuella avtalet inte omfattas av tillämpningsområdet för EU:s upphandlingsrättsliga regelverk, de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå är skyldiga att beakta det dåvarande EG-fördragets (numera EU-fördragets)²⁴ grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare ska den upphandlande myndigheten garanteras insyn i koncessionshavarens 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.²⁵

Från EU-rättslig praxis förtjänar även nämnas målet *Parking Brixen* (C-458/03). EU-domstolen fastslog där att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktiebolag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser ska anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom tjänsteleverantören som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen.²⁶ I domskälen uttalade domstolen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket EU:s 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 just tjänstekoncession. I en sådan situation är det enligt domstolen således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.²⁷ I avgörandet fastslogs vidare, med hänvisning till bl.a. *Telaustria*-målet, att (dåvarande) EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om lika-behandling, icke-diskriminering och insyn ska 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.²⁸

EU-domstolen konstaterade i målet *Parking Brixen* (C-458/03) att s.k. *Teckal-undantag* (se vidare nedan)²⁹ kan komma i fråga även vid tilldelning av tjänstekoncession. Därför uppkom fråga huruvida den upphandlande kommunala myndigheten hade haft särskild anledning att vända sig direkt till den ifrågavarande tjänsteleverantören, eftersom den var ett av kommunen helägt aktiebolag. Domstolen fann i denna del att förhållandena i det aktuella fallet inte medgav grund för

²³ 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).

²⁴ Sedan den 1 december har EG-fördraget ersatts genom de s.k. Lissabonfördragen, vilka består av dels EU-fördraget (FEU), dels Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

²⁵ EU-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745 pp. 3 och 4.

²⁶ Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

²⁷ EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, pp. 39 och 40.

²⁸ Se domslutet punkten 2.

²⁹ Förutsättningarna för s.k. *Teckal-undantag* har sitt ursprung i EU-domstolens dom av den 18 november 1999 i mål C-107/98, *Teckal*, REG 1999, s. I- 8121, och har numera införts i svensk nationell rätt genom 2 kap. 10a § LOU. 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. verksamhetsrekvisitet).

s.k. Teckal-undantag.³⁰ Den omständigheten att den aktuella koncessionen hade lämnats till ett helägt aktiebolag ansågs inte tillräcklig. Bland annat angav domstolen ”karaktären av denna bolagstyp” samt att det berörda bolaget ”hade mycket långtgående befogenheter att självständigt utöva förvaltningen” som skäl för att anse att det s.k. kontrollrekvisitet inte var uppfyllt.³¹ Det s.k. verksamhetsrekvisitet prövades därför aldrig i målet.

Begreppet tjänstekoncession faller i huvudsak utanför tillämpningsområdet för EU-direktiven om offentlig upphandling. Regeringen bedömde i propositionen med förslag till nu gällande lag om offentlig upphandling att det inte förelåg skäl för att i fråga om tjänstekoncessioner gå utöver vad som krävs enligt direktiven (däremot innehåller lagen och direktivet bestämmelser om byggkoncessioner). Med hänvisning till de ovan refererade *Parking Brixen-* och *Telaustriamålen* påpekade regeringen dock att alla grundläggande principer för offentlig upphandling ska tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner.³²

Några särskilda bestämmelser om tjänstekoncession finns inte införda i svensk nationell rätt, förutom en föreskrift i 1 kap. 12 § LOU om att en upphandlande myndighet som beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, också skall se till att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iakttä principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Regeringsrätten har i RÅ 2008 not. 101 fastslagit att överprövning enligt LOU i förvaltningsdomstol inte är möjlig i fråga om tjänstekoncessioner. Vidare har Högsta domstolen i ett annat avgörande funnit att forumregeln 10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken medför behörighet för allmän domstol (med tingsrätt som första instans) att kunna pröva mål för vilka annan domstol inte finns anvisad i lag eller annan författning. Detta torde medföra att mål om tjänstekoncessioner borde kunna prövas av i vart fall allmän domstol. För närvarande utreds inom EU-kommissionen behovet av att införa ett särskilt EU-direktiv om tjänstekoncessioner.

Offentlig upphandling

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bland annat ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. tjänster. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning ska åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning.³³

Upphandling av offentliga tjänstekontrakt som har påbörjats³⁴ efter den 1 januari 2008 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.³⁵ Lagen har kommit till som en följd av bl.a. Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).³⁶

För upphandlingar som har påbörjats efter den 15 juli 2010 har i LOU införts vissa ändringar med avseende på bl.a. regleringen av möjlighet till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

³⁰ Jfr 2 kap. 10a § LOU.

³¹ Även de förhållanden att bolagets verksamhetsföremål hade ändrats i väsentligt avseende, att verksamhetsområdet hade utvidgats till hela den berörda medlemsstaten 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.

³² Prop. 2006/07:128, s. 181 f.

³³ Begreppet *offentligt kontrakt* ska enligt EU-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande myndighetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten åt den upphandlande myndigheten.

³⁴ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som skall tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

³⁵ 2007 års lag har sedan den 1 januari 2008 ersatt den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. – För övergångsbestämmelser, se lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

³⁶ Klassiska upphandlingsdirektivet ersätter sedan den 31 januari 2006 det tidigare gällande direktivet 92/50/EG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet).

I prop. 2009/09:180, s. 374, anges att om ett avtal har slutits utan att upphandlingen har annonserats enligt bestämmelserna i LOU, får upphandlingen anses påbörjad först när avtalet har slutits, såvitt den upphandlande myndigheten inte kan visa att ett upphandlingsförfarande enligt lagen rent faktiskt har påbörjats vid en tidigare tidpunkt.

Hotell- och restaurangtjänster, däribland restaurang- och serveringstjänster (CPV 55300000-3), matsalstjänster och catering (CPV 55500000-5) samt servering av skolmåltider och skolbespisningstjänster (CPV 55523100-3 och 55524000-9)³⁷ utgör s.k. B-tjänster, kategori 17 enligt bilaga 3 till LOU, vilka oberoende av kontraktsvärdet ska upphandlas i enlighet med de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU, normalt genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling.

Enligt 3 kap. 3 § LOU ska värdet av det kontrakt som ska upphandlas uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Om ett offentligt tjänstekontrakt upphandlas för att löpa tills vidare och något totalpris inte anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktet uppskattas som ett 48-månaderskontrakt.³⁸ Vid den aktuella tidpunkten uppgick tröskelvärdet vid statliga myndigheters upphandling av tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.243.375 kronor.³⁹

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. statliga myndigheter, vilka enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU utgör ”upphandlande myndigheter”.⁴⁰ Företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer”. Tillsynen över offentlig upphandling utövas för närvarande av Konkurrensverket.⁴¹

Bestämmelserna i LOU är tvingande.⁴² Lagen behöver emellertid inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande myndighet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 1 kap. 7 § LOU). Den omständigheten att en upphandlande myndighet tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. faktisk ensamsituation) medför däremot inte undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå ska genomföras.⁴³

³⁷ CPV, Common Procurement Vocabulary, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

³⁸ Enligt 3 kap. 16 § LOU ska, om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader och av månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

³⁹ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärdet* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU, löpande av regeringen i Svensk författningssamling Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 125.000 euro eller 1.243.375 svenska kronor; se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁴⁰ Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁴¹ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

⁴² Se legaldefinitionen i 1 kap. 5 § LOU, se även RÅ 2008 ref. 26.

⁴³ Se EU-domstolens dom av den 10 april 2003 i de förenade målen C-20/01 och C-28/01, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2003 s. I-3609. I domen behandlas bl.a. en upphandling av omhändertagande av avfall där en central rättsfråga var huruvida en upphandlande enhet kan lägga sin uppfattning att inga andra leverantörer rent faktiskt kan komma ifråga till grund för att underlåta infördran av anbud i konkurrens på den allmänna marknaden. Förbundsrepubliken Tyskland medgav att de i EG:s upphandlingsdirektiv stadgade villkoren för att underlåta anbudsinfördran från flera företag inte hade uppfyllts, men hänvisade till att den valda leverantören rent faktiskt var det enda företag som i praktiken kunde tilldelas kontraktet och att en ny upphandling inte skulle ändra detta förhållande (se punkten 57). EU-domstolen, som emellertid inte fann att detta kunde utgöra tillräckligt skäl för att underlåta upphandling i konkurrens på den allmänna marknaden, uttalade bl.a. att ett förfarande som används på grund av att det föreligger skäl för undantag (i målet var det ett tekniskt skäl som åberopades) måste vara förenligt med de grundläggande principerna i gemenskapsrätten, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och att ”risken för att denna princip åsidosätts är särskilt hög när en upphandlande myndighet beslutar att en viss upphandling inte ska ske i konkurrens” (se punkterna 62 och 63). Förbundsrepubliken Tyskland fälldes således av EU-domstolen för att ha åsidosatt EU:s upphandlingsdirektiv 92/50/EEG

I 1 kap. 2 § samt 2 kap. 18 och 21 § LOU föreskrivs en s.k. *överviktsprincip*, enligt vilken kombinerade kontrakt som hänför sig till varor, tjänster och byggtreprenader, eller både A- och B-tjänster, ska handläggas enligt lagens bestämmelser för den upphandlingskategori eller tjänsteslag som med utgångspunkt i det aktuella kontraktets sammanlagda värde eller ändamålet med kontraktet framstår som dominerande. Någon motsvarande princip om övervikt av tjänstekoncessioner mot tjänstekontrakt föreligger inte, varken av LOU, det bakomliggande klassiska upphandlingsdirektivet (2004/17/EG) eller av någon annan liknande rättsakt med bindande verkan.

Syftet med LOU jämte bakomliggande EU-direktiv och fördragsbestämmelser är att säkra att offentlig upphandling sker genom en effektiv konkurrens samt att leverantörer och deras ansökningar och anbud behandlas på ett likvärdigt och förutsebart sätt. Reglerna är utformade bl.a. i syfte att försvåra möjligheterna att vid offentlig anskaffning gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader samt att korruption motverkas.

Unionsrättens ovan redovisade principer om bl.a. *likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens) samt proportionalitet* har i 1 kap. 9 § LOU skrivits in som en huvudregel vilken lagens detaljbestämmelser i övrigt lutar sig mot.

Som regel föreligger det en obligatorisk skyldighet för upphandlande myndigheter att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra sina upphandlingar. Anbud ska infordras genom annons i en elektronisk databas,⁴⁴ som är allmänt tillgänglig, eller genom annons i annan form som möjliggör en effektiv konkurrens.⁴⁵

Enligt 15 kap. 3 § LOU⁴⁶ föreligger vid bl.a. offentlig upphandling av tjänstekontrakt undantag från annonseringsskyldighet under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt⁴⁷ eller det föreligger synnerliga skäl såsom synnerlig brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande myndigheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller vissa nödvändiga och brådskande kompletterande tjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster som tidigare varit föremål för öppen eller selektiv upphandling från samma leverantör och värdet av det nya kontraktet ingått i tröskelvärdesberäkningen av värdet av det ursprungliga projektet.

Föreligger ingen av de ovan redovisade undantagsförutsättningarna, eller någon annan grund för undantag enligt LOU, ska upphandling annonseras i föreskriven ordning, varvid förekommande leverantörer ska erbjudas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

Av annonsen eller förfrågningsunderlaget ska framgå vilken grund för kontraktstilldelning som kommer att tillämpas: ekonomiskt mest fördelaktiga anbud eller lägsta pris.⁴⁸ Om den upphandlande myndigheten väljer tilldelningsalternativet ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud” ska

(tjänsteupphandlingsdirektivet). Efter domstolens avgörande har Europeiska kommissionen inlett ett nytt förfarande gentemot Förbundsrepubliken Tyskland i syfte att även tvinga fram omedelbart upphörande av de avtal som tecknats i den kritiserade upphandlingen (se Europeiska kommissionens pressmeddelande av den 25 oktober 2004- IP/04/1294 jfr även pressmeddelandet den 31 mars 2004 – IP/04/428).

⁴⁴ Den nuvarande bestämmelsen bygger på en tidigare reglering i 1992 års LOU (1992:1528) enligt vilken annonsering på en upphandlande myndighets egen hemsida eller i en lokal tidning inte ansågs uppfylla kravet på att vara allmänt tillgänglig, se prop. 1999/2000:128, s. 26, där regeringen bl.a. anför följande: ”I [1992 års LOU] föreslås därför inte någon annan reglering än att databasen skall vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla”.

⁴⁵ Se 15 kap. 4 § LOU.

⁴⁶ Den reglering som tidigare återfanns i 15 kap. 3 och 5 §§ LOU har numera, sedan den 15 juli 2010, sammanförts till 15 kap. 3 § LOU, i delvis ny lydelse. Bestämmelsen hänvisar till vad som annars gäller om *förhandlad upphandling utan föregående annonsering* enligt 4 kap. 5 – 9 §§ LOU.

⁴⁷ Med *långt värde* avses ett kontraktsvärde uppgående till högst 15 procent av gällande tröskelvärde, vilket ifråga om tjänsteupphandling inom den klassiska sektorn medger direktupphandling inom aktuellt tjänsteslag upp till maximalt 287.966 kronor per bokföringsår, se 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

⁴⁸ Se 12 kap. 1 § tredje stycket LOU:

myndigheten i sitt underlag för anbudsinfordran ange den inbördes viktningen av förekommande värderingskriterier eller kriteriernas prioritetsordning.⁴⁹ Det får härvid inte förekomma några avvikelser mellan sådan information som lämnas i ett meddelande eller en annons eller om offentlig upphandling och information som lämnas i något annat underlag för aktuell anbudsinfordran.

Med utgångspunkt i den ovan redovisade principen om *öppenhet (transparens)* ska den upphandlande myndigheten i förväg, på ett tydligt sätt redovisa vilka omständigheter som ska beaktas vid anbudsprövningen samt på vilket sätt (enligt vilka kriterier) denna prövning ska komma att genomföras. För det fall att den upphandlande myndigheten i annonsen eller förfrågningsunderlaget har angivit att den ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, får myndigheten genomföra en sammanvägning av olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Myndigheten måste i sådant fall ange hur dessa kriterier kommer att viktas inbördes. Kriterieviktningen ska anges antingen som intervall med en lämplig största tillåtna spridning eller i fallande prioritetsordning.⁵⁰

Yttrande

Malmö högskola har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Högskolan har dock, utan att yttra sig i sak, hänvisat till att saken för närvarande är föremål för prövning av Kammarrätten i Göteborg.

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.

Malmö högskola är, såsom statlig myndighet, skyldig att i fråga om tilldelning av tjänstekoncession iakttä EU-fördragets principer om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering, öppenhet (transparens) samt proportionalitet. Vid tilldelning av tjänstekontrakt är högskolan dessutom skyldig att iakttä detaljbestämmelserna i 15 kap. LOU.

Av utredningen framgår att Malmö högskola i september 2010 infordrat anbud avseende driften av högskolerestaurang. Anbudsinfordran har utformats som en tjänstekoncession, trots att kontraktet även innefattar option på att leverera mat och/eller andra cateringtjänster för högskolans behov i samband med egna konferenser, studiebesök, representation, m.m. Det samlade värdet av dylika leveranser har högskolan uppgivit till högst c:a 1,6 miljoner kronor per år, eller maximalt 6,4 miljoner under en fyraårsperiod.

Fråga i ärendet är om det aktuella kontraktet hänförs till en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt enligt LOU. Det kan ur gällande regelverk inte utläsas någon överviktbestämmelse som innebär att blandade kontrakt innefattande såväl tjänstekoncession som tjänstekontrakt ska bedömas enligt regelsystemet för den del som framstår som värde- eller ändamålsmässigt dominerande. Varje del av kontraktet får således bedömas för sig. Den del av Malmö högskolas nu tilldelade kontrakt som hänförs till högskolans behov av matservice och cateringtjänster för egen räkning skall vid sådan bedömning upphandlas med iakttagande av detaljbestämmelserna i LOU om annonsering och angivande av viktade kriterier för tilldelning m.m. Genom att bryta mot dessa bestämmelser strider förfarandet mot LOU.

Även bortsett härifrån har Malmö högskola väsentligen åsidosatt vad som kan krävas av myndigheten i fråga om likabehandling och öppenhet (transparens) vid tilldelning av tjänstekoncession. Förfarandet, att utan stöd av anbudsförutsättningarna införa ett ytterligare utvärderingsmoment ("provätningen") samt sättet på vilket denna har genomförts, strider mot de grundläggande

⁴⁹ Se 12 kap. 2 § tredje stycket LOU, där det framgår att viktningen av förekommande värderingskriterier eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i (1) annonsen om upphandlingen, (2) förfrågningsunderlaget, (3) en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar, eller i (4) det beskrivande dokumentet.

⁵⁰ Se 12 kap. 2 § första och andra stycket LOU.

principerna om likabehandling och öppenhet (transparens). Den tillämpade metoden innebär att ett betydande mått av godtycke har förts in som ett avgörande moment vid tilldelningsvärderingen på ett sätt som är ägnat att öppna för korruption. Det kan över huvud taget sättas ifråga vilken relevans den av högskolans arbetsgrupp anonymt genomförda ”provätningen” kan tillmätas vid urval av anbud.

Slutligen strider förfarandet även i flera övriga avseenden mot de grundläggande principerna, exempelvis strider kravet eller önskemålet om lokala råvaror mot kravet på proportionalitet och förbudet mot diskriminering på grund av nationellt ursprung. Det föreligger även oklarhet ifråga om den tilldelade leverantörens identitet samt kopplingen mellan detta bolag och det bolag som driver den servering ”Slagthuset”, där den poängsatta provätningen uppges ha genomförts.

Sammantaget strider Malmö högskolas aktuella förfarande på åtskilliga punkter mot de krav på likabehandling och öppenhet EU-fördragets grundläggande principer om hur tilldelning ska ske avseende såväl tjänstekoncession som tjänstekontrakt.