

PM 2 2012-06-14 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning av avtal i strid mot de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (otillåten direkttilldelning).

En kommun har utan föregående infordran av konkurrerande anbud tecknat avtal med ett privat reklamföretag om att företaget ska tillhandahålla bl.a. informationstavlor, gatutoaletter, och papperskorgar på kommunens mark mot att företaget utnyttjar dessa för att sälja reklam till tredje man.

Helsingborgs kommun har genom ett kontrakt av den 29 april och 24 maj 2010 (nedan Kontraktet) avtalat med JCDecaux Sverige AB (nedan JCDecaux) om att JCDecaux på kommunal mark ska sätta upp upplysta stadsinformationstavlor, stadspelare, helautomatiska gatutoaletter, papperskorgar och ljustavlor enligt särskild specifikation (dnr 862/10).¹

Som motprestation ger Helsingborgs kommun JCDecaux ges rätt att utnyttja de anläggningar som bolaget tillhandahåller för reklamändamål.² JCDecaux tillåts således att kommersiellt utnyttja kommunens mark genom att ta betalt av annonsörer.

Enligt § 10 i Kontraktet träder detta i kraft vid kontraktsdatum den 24 maj 2010 och gäller därefter i 15 år räknat från den dag då samtliga ovan beskrivna utrustningar finns på plats och har anslutits till el. Avtalet förlängs därefter med två år åt gången vid utebliven skriftlig uppsägning med rekommenderat brev senast 24 månader i förväg.

Beslut om att ingå det i Kontraktet reglerade avtalet har fattats av dåvarande förvaltningschefen vid Stadsbyggnadsförvaltningen i Helsingborg och anmälts som ett informationsärende vid Stadsbyggnadsnämndens sammanträde den 20 maj 2010.³

Något offentligt anbuds- eller upphandlingsförfarande har aldrig föregått Kontraktet, vilket således har tilldelats direkt till JCDecaux.⁴

Såvitt framkommit kan det samlade s.k. kontraktsvärdet av Kontraktet mellan Helsingborgs kommun och JCDecaux uppskattas till c:a 14,5 miljoner kronor under totalt 15 år. Förutom JCDecaux finns det på marknaden ett flertal tänkbara privata leverantörer, både inom och utom Sverige, som skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning.

Gällande rätt

En myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar köp (eller byte)⁵ av varor eller tjänster, utgöra antingen ett *offentligt varu- eller tjänstekontrakt* som ska upphandlas med iakttagande av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – eller en *koncession*, som i allt väsentligt inte omfattas av LOU:s reglering.⁶

¹ Se kontrakt, rubricerat "Avtal" mellan Helsingborgs kommun och JCDecaux Sverige AB av den 29 april och 24 maj 2010 (dnr. 862/10).

² Se § 1, "Omfattningen av avtalet".

³ Stadsbyggnadsnämnden i Helsingborg, protokoll från sammanträde den 20 maj 2010, ärendenummer 5:54 bilaga 311 A-C.

⁴ Se Stadsbyggnadsnämnden i Helsingborg, beslut av den 2 april 2012, där myndigheten beslutar avslå en begäran om utlämnade av förekommande skriftlig upphandlingsdokumentation, innefattande annonsunderlag, anbudsunderlag m.m., med motiveringen att sådan dokumentation varken finns upprättad eller förvarad hos myndigheten.

⁵ Med "köp" avses i LOU reciproka förfoganden mellan självständiga parter innefattande utbyte av prestationer av något slag, oavsett om ersättning utgår i pengar eller i annan form, exempelvis *in natura*. Även rena bytesavtal, s.k. *barteravtal*, där någon bidrar med varor eller tjänster till en upphandlande enhet och i gengäld av enheten erhåller varor eller tjänster omfattas således av lagen. Saknar avtal om leverans av varor eller tjänster ömsesidig förpliktelse för den upphandlande enheten, utgör varorna eller tjänsterna däremot gåva, vilken inte omfattas av LOU:s regelverk. För full klarhet huruvida ett avtal ska upphandlas enligt LOU måste den upphandlande enheten i varje enskilt fall avgöra vilken typ av avtal som faktiskt är för handen (se Nämnden för offentlig upphandling, (NOU), rapporten LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter av den 26 augusti 2003 (dnr. 2003/0039-28). Se även NOU:s nyhetsbrev i oktober 2003 s. 3 f.).

⁶ Enligt 1 kap. 12 § gäller dock i fråga om s.k. tjänstekoncessioner 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.

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets⁷ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.⁸

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. 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 myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information, så att de i förväg kan sätta sig in i vad som gäller för 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).⁹ Det måste av anbudsförutsättningarna vidare framgå vilka krav och kriterier som ska tillmätas betydelse vid anbudsprövning och tilldelningsvärdering samt på vilket sätt detta ska gå till.

Upphandling enligt LOU

Upphandlingar av *offentliga varu- eller tjänstekontrakt* som har påbörjas efter den 31 december 2007¹⁰ regleras genom LOU. Bestämmelserna innefattar bl.a. en implementering 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. klassiska upphandlingsdirektivet).¹¹

Bestämmelserna i LOU är, såvitt något undantag inte anger motsatsen, tillämpliga på de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.¹²

Med *upphandlande myndighet* avses bl.a. kommunala myndigheter.¹³ Företag, eller grupper av företag, som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster utgör "*leverantörer*" vilka ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).¹⁴

⁷ 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.

⁸ De grundläggande principerna följer ytterst av EU:s primär rätt (EU-fördragen) och gäller således gemensamt för offentlig upphandling av tjänstekontrakt och anbudsinfördran avseende tjänstekoncession.

⁹ 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.

¹⁰ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹¹ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor genom 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. klassiska upphandlingsdirektivet) vilket trädde i kraft med för medlemsstaterna bindande s.k. direkt effekt per den 1 februari 2006. I Sverige har direktivet numera införlivats genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Motsvarande äldre gemenskapsrättslig reglering, vilken har legat till grund för den tidigare lagen (1992:1528) om offentligt upphandling, återfanns i bl.a. Europeiska rådets direktiv 93/36/EG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor (tjänsteupphandlingsdirektivet).

¹² Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹³ Genom införande av 2007 års upphandlingslagar har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Med upphandlande myndighet avses inte enbart myndigheter utan även offentligt styrda organ, såsom kommunala bolag, som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. (se 2 kap. 12 och 19 §§ LOU). Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ som är verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

¹⁴ Se 2 kap. 11 § LOU.

Varor och vissa tjänster¹⁵, vars sammanlagda kontraktsvärde¹⁶ överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde¹⁷ ska upphandlas med iakttagande av de direktivstyrda bestämmelserna i 1-14 kap. LOU. Normalt genom s.k. *öppet förfarande* eller *selektiv upphandling*. Vid den nu i ärendet aktuella tidpunkten (maj 2010) uppgick tröskelvärdet till 1.919.771 svenska kronor.¹⁶

Frågan om grunderna för vilka anbud som ska antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Syftet med de upphandlingsrättsliga reglerna är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EU-fördragens bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna.¹⁸ De ovan redovisade principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* ska enligt 1 kap. 9 § LOU därför iakttas vid offentlig upphandling.

I fråga om köp av varor eller tjänster föreligger det normalt en obligatorisk skyldighet att upprätta skriftliga förfrågningsunderlag samt genom annons offentliggöra offentlig upphandling.¹⁹ Undantagsvis får enligt 4 kap. 5-8 §§ LOU en upphandlande myndighet tillämpa *förhandlad upphandling utan föregående annonsering*. Detta förfarande får inom den klassiska sektorn tillämpas endast om vissa i lagen närmare angivna undantagsförutsättningar är uppfyllda.

Det följer vidare av EU-domstolens fasta rättspraxis,²⁰ att varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling ska tolkas restriktivt.²¹ Det ankommer också på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger.²²

Ett beslut om direkttilldelning av kontrakt kan, om kontraktet har tecknats före den 15 juli 2010, överprövas i allmän förvaltningsdomstol, vilken kan besluta att förfarandet ska rättas eller att upphandlingen kan göras om.²³ En förfördelad, konkurrerande leverantör har enligt praxis även rätt att inom tio år, räknat från kontraktsdatum, föra talan om skadestånd²⁴ mot den upphandlande myndigheten.²⁵

¹⁵ De tjänster som omfattas av lagens direktivstymda delar är s.k. A-tjänster, vilka återfinns förtecknade i bilaga 2 till LOU.

¹⁶ Kontraktsvärdet avseende varor över tröskelvärdet ska enligt 4 kap. 3 § LOU uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Vid beräkningen skall options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Om ett varukontrakt löper på bestämd tid, med en längre löptid än 12 månader ska enligt 4 kap. 9 § LOU värdet beräknas till den totala kostnaden inklusive varornas uppskattade restvärde. Löper avtalet på obestämd tid eller om löptiden inte kan bestämmas ska värdet beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48 (4 år). I fråga om tjänstekontrakt ska enligt 3 kap. 12 § LOU kontraktsvärdet uppskattas till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre än 4 år eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹⁷ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* 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 bl.a. varor inom den klassiska sektorn uppgick 2010, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet (se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) till 193.000 euro eller 1.919.771 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 (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁸ De grundläggande principer som åsyftas finns inskrivna i 1 kap. 9 § LOU och följer av tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG (numera avdelning IV Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF).

¹⁹ Avseende annonseringskravet, se 15 kap. 2 § sista stycket samt 4 § LOU. Avseende skriftlighetskravet, se 15 kap. 8 § LOU.

²⁰ Från senare rättspraxis, se EU-domstolens dom av den 2 oktober 2008 i målet C- 157/06, *kommissionen mot Italien*, REG 2008 s. I-0000, p. 23.

²¹ Avseende kravet på restriktiv tolkning, se EU-domstolens avgöranden av den 17 november 1993 i mål C-71/92, *kommissionen mot Spanien*, REG 1993, s. I-5923, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249.

²² Avseende bevisbördans placering, se EU-domstolens dom av den 10 mars 1987 i mål C-199/85, *Kommissionen mot Italien*, REG 1987, s. 1039, av den 3 maj 1994 i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien II*, REG 1994, s. I-1569 samt av den 18 maj 1995 i mål C-57/94, *Kommissionen mot Italien II*, REG 1995, s. I-1249. Från senare års praxis, se också 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, p. 58, samt av den 11 januari 2005 i mål C-26/03, *Stadt Halle*, REG 2005, s. I-1, p. 46.

²³ Se RÅ 2005 ref 10 jämförd med prop. 2009/10:180 s. 164 och 310.

²⁴ Den förfördelade leverantören har i sådant fall att *visa sannolikt* att han vid ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande enligt LOU skulle ha haft goda möjligheter att tilldelas aktuellt kontrakt (se NJA 2000 s. 712).

²⁵ Se Solna tingsrätt, mellandom av den 11 maj 2012 i mål 1457-11.

Koncessioner

I fråga om koncessioner gäller delvis annan reglering. Unionsrätten skiljer mellan byggkoncessioner och tjänstekoncessioner, som rättsligt erkända kontraktsbegrepp. Med *byggkoncession*, avses ett kontrakt av samma slag som ett byggtreprenadkontrakt, men med den skillnaden att ersättningen helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja anläggningen.²⁶ På motsvarande sätt avses med en *tjänstekoncession*, 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.²⁷

Bygg- och tjänstekoncessioner regleras på så sätt att det s.k. Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG)²⁸ och LOU innehåller bestämmelser för tilldelning av byggkoncessioner²⁹, medan tjänstekoncessioner i allt väsentligt är undantagna från direktivets och lagens reglering.³⁰

Någon rättsligt erkänd motsvarighet till bygg- och tjänstekoncessioner fast i fråga om varor (*varukoncessioner*) föreligger för närvarande inte i svensk nationell rätt eller inom unionsrätten.³¹ Ett kontrakt som innefattar köp av varor ska således, oaktat om det innefattar en koncession eller har en koncessionslikande karaktär, upphandlas som ett varukontrakt enligt LOU. Något undantag från tillämpning av LOU föreligger i dessa fall inte.

Koncessioner kännetecknas enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* av att två förutsättningar samtidigt ska vara uppfyllda. För det första ska koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja den för koncession upplåtta anläggningen eller tjänsten ekonomiskt. För det andra ska den ekonomiska risken i samband med byggtreprenadarbetenas eller tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.³²

²⁶ En definition av begreppet *byggkoncession* återfinns i bl.a. artikel 1.3 av Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). Där anges bl.a. följande: ”*byggkoncession: ett kontrakt av samma typ som ett offentligt byggtreprenadkontrakt med den skillnaden att ersättningen för arbetet endast utgörs av rätten att utnyttja anläggningen eller av dels en sådan rätt, dels betalning*”. Med *offentligt kontrakt* avses enligt artikel 1.2 (b) ”*offentliga byggtreprenadkontrakt: offentliga kontrakt som avser antingen utförande eller såväl projektering som utförande av sådana byggtreprenader som avser en av de verksamheter som avses i bilaga I eller av en byggtreprenad, eller utförande, oavsett form, av en byggtreprenad som tillgodoser de behov som den upphandlande myndigheten har specificerat. Med byggtreprenad avses ett resultat av bygg- och anläggningsarbeten som i sig fyller en teknisk eller ekonomisk funktion*”. 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 1.2 (d) andra stycket.

²⁷ På liknande sätt återfinns en definition av begreppet *tjänstekoncession* i bl.a. artikel 1.4 av Klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG). 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 1.2 (a) ”*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 artikel 1.2 (d) definieras *offentligt tjänstekontrakt* vidare som ”*andra offentliga kontrakt än offentliga byggtreprenad- eller varukontrakt som avser utförande av sådana tjänster som anges i [direktivets] bilaga IP*”. 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 artikel 1.2 (d) andra stycket.

²⁸ 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. Klassiska upphandlingsdirektivet).

²⁹ Reglering med avseende på byggkoncessioner återfinns i artiklarna 64 och 65 i Klassiska upphandlingsdirektivet (2007/18/EG) samt i 13 kap. LOU.

³⁰ Viss reglering med avseende på tjänstekoncessioner återfinns i artiklarna 17 och 18 i Klassiska upphandlingsdirektivet (2007/18/EG) samt i 1 kap. 2 § sjätte stycket och 12 § LOU, med innebörden att direktivets och lagens bestämmelser inre är tillämpliga i fråga om tjänstekoncessioner men att principen (i 1 kap. 9 § LOU) om icke-diskriminering på grund av nationalitet ska iaktas när koncessionshavaren tilldelar tredje man ett varukontrakt.

³¹ Se bl.a. Sveriges kommuner och Landsting (SKL) särskilt yttrande i SOU 2011:77, Fritt val av hjälpmedel (bet. s. 159).

³² För utförlig redovisning av koncessionsbegreppet i svensk nationell rätt och enligt unionsrätten, se Konkurrensverkets rapport (2012:4), Tjänstekoncessioner, när, var, hur?

EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande avseende tjänstekoncession 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.³³

Förutsättning för tilldelning av koncession är således att koncessionshavaren ges rätt att kommersiellt utnyttja anläggningen eller tjänsten och att myndigheten därigenom överlåter den ekonomiska risk som är förenad med verksamheten.³⁴ 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 eller utövandet av tjänsten.³⁵ Avtal där koncessionshavaren 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 i ett koncessionsförhållande är sådana som är förenade med projektfinansieringen, d.v.s. ”den ekonomiska risken”, vilket är ett karaktäristicon just för koncessioner. Denna risk hänger i hög grad samman med vilka intäkter som koncessionshavaren kan räkna med att erhålla genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga byggentreprenad- eller tjänstekontrakt³⁶, där leverantören normalt³⁷ endast bär risk för att investerings- och driftkostnaderna skulle visa sig överstiga den avtalade ersättningen för kontraktets fullgörande, men inte risken för att inkomsterna, som är kopplade till rätten att utnyttja anläggningen eller tjänsten, inte förslår.³⁸

Av nyare praxis från EU-domstolen i mål C-206/08 (*Eurawasser*) framgår att den omständigheten att uppdragstagaren inte ersätts direkt av den upphandlande myndigheten utan genom en avgift som myndigheten ger uppdragstagaren rätt att ta ut från tredje man, talar enligt domstolen för att det kan vara fråga om en tjänstekoncession. I ett senare avgörande, mål C-274/09 (*Stadler*), påpekar domstolen att med den ”ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten” ska förstås en risk att utsättas för marknadens nycker som kan ta sig uttryck i att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med risk för att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av brister i tjänsten.³⁹

³³ Se EU-kommissionen, tolkningsmeddelande 12 april 2000 avseende koncessioner enligt EU-rätten, s. 10.

³⁴ 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 om 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 detta vara tillräckligt 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.

³⁵ Tolkningsmeddelandet (se ovan not 33), sid. 7.

³⁶ 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.

³⁷ 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.

³⁸ 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).

³⁹ Se EU-domstolens dom av den 10 mars 2011 i mål C-274/09, *Stadler*, REG 2011 s. I-0000, p. 37.

Frågan om gränsdragning mellan tjänstekoncession och tjänstekontrakt har varit föremål för ett flertal avgöranden av EU-domstolen. I mål C-324/98 (*Telaustria och Telefonadress*), ansåg domstolen 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)⁴⁰ 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.⁴¹

I mål C-458/03 (*Parking Brixen*) fastslog EU-domstolen likaledes 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 uppdragsgivaren.⁴² I domskälen uttalade domstolen bl.a. att ett offentligt tjänsteavtal på vilket EU:s upphandlingsrättsliga regelverk är tillämpligt måste innefatta 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 avgifter som den som valde att parkera på den aktuella parkeringsplatsen skulle betala för användningen av parkeringsplatsen. Detta betalningssätt innebär att tjänsteleverantören tog över verksamhetsrisken för de ifrågavarande tjänsterna, vilket kännetecknar just tjänstekoncession.

I denna situation är det enligt domstolen således inte fråga om ett offentligt tjänsteavtal utan om en koncession avseende allmännyttiga tjänster.⁴³ Liksom tidigare påpekats konstaterade domstolen också, med hänvisning till bl.a. *Telaustria-målet*, att det dåvarande EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn ska tolkas så, att dessa utgör hinder för en offentlig myndighet att utan anbudsinfordran tilldela ett kommunalt aktiebolag, under aktuella förutsättningar, en koncession avseende allmännyttiga tjänster.

I fråga om blandade kontrakt, vars olika delar är så sammanbundna att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska dessa enligt en inom unionsrätten allmänt tillämpad *övertviktsprincip*⁴⁴ kontraktsvärdebestämmas och prövas som en helhet, och vid den rättsliga kvalificeringen bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga

⁴⁰ 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).

⁴¹ 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.

⁴² Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

⁴³ EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, pp. 39 och 40.

⁴⁴ Av unionsrättslig praxis följer att i fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar i enlighet med meddelandet om upphandling är sammanbundna så att de inte kan separeras och sålunda bildar en odelbar enhet, ska transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel (se EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08 *Acoset*, REG 2009, s. I-9913, p. 45; av den 6 maj 2010 i mål C-145/08, *Club Loutraki*, REG 2010 s. I-0000, p. 48; av den 5 december 1989 i mål C- 3/88, *kommissionen mot Italien*, REG 1989, s. 4035, p. 19; av den 19 april 1994 i mål C- 331/92, *Gestión Hotelera*, REG 1992, s. I- 1329, pp. 23–26; av den 18 januari 2007 i mål C- 220/05, *Auroux*, REG 2007, s. I-385, pp. 36 och 37; av den 21 februari 2008 i mål C-412/04, *kommissionen mot Italien*, REG, s. I-619, p. 47, samt av den 29 oktober i mål C- 536/07, *kommissionen mot Tyskland*, REG 2009, s. I- 0000, pp. 28, 29, 57 och 61). I LOU och Klassiska upphandlingsdirektivet finns för närvarande övertviktsbestämmelser enbart med avseende på blandade varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt (se 2 kap., 18 § LOU och direktivet art. 1.2 (d) jämte beaktandesats 10) samt blandade kontrakt av A-tjänster och B-tjänster (se 1 kap. 2 § fjärde stycket LOU och direktivet art. 22).

föremål eller dominerande beståndsdel. Ett blandat kontrakt av varor och tjänster ska således bedömas som ett varukontrakt om dess huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel utgörs av varudelen och som ett tjänstekontrakt om det är tjänstedelen som utgör det dominerade inslaget. Enbart om tjänstedelen väger över torde således ett kontrakt som innefattar leverans av såväl varor och tjänster kunna vara att hänföra till en tjänstekoncession.

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. Med hänvisning till de ovan refererade *Parking Brixen*- och *Telaustriamålen* påpekades dock att alla grundläggande principer för offentlig upphandling ska tillämpas även vid upphandling av tjänstekoncessioner.⁴⁵

Som huvudregel ska tilldelning av tjänstekoncession ske genom ett offentligt anbudsförfarande. Att vid en sådan tilldelning inte inforra anbud strider, såsom EU-domstolen tidigare konstaterat, mot de grundläggande principerna om likabehandling och insyn.⁴⁶

Någon ytterligare reglering med avseende på tilldelning av tjänstekoncession finns inte, varken genom EU-direktiv eller i svensk nationell lag.⁴⁷ Huvudregeln om att anbudsinfördran alltid ska ske framstår således som undantagslös.

För det fall att en svensk myndighet har tilldelat tjänstekoncession på ett sätt som strider mot EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet av varor och tjänster och mot de grundläggande principerna om bl.a. *likabehandling och icke-diskriminering* eller *öppenhet (transparens)*, riskerar Sverige att fällas av EU-domstolen för fördragsbrott.⁴⁸ Fällande dom kan för Sverige medföra kännbara sanktioner i form av böter eller vite.⁴⁹

Härutöver är enligt unionsrätten medlemsstaterna även skyldiga att inom ramarna för nationell rättsordning tillhandahålla prövningsförfaranden, där den som anser sig förfördelad av en felaktig tilldelning med avseende på bl.a. tjänstekoncession ska kunna få förenligheten av sådan tilldelning kontrollerad av nationell domstol i enlighet med unionsrättens grundläggande principer.⁵⁰

För svenskt nationellt vidkommande har Högsta förvaltningsdomstolen tidigare fastslagit att *överprövning* inom ramarna för det upphandlingsrättsliga regelverket i LOU inte är möjlig i fråga om tjänstekoncessioner.⁵¹

⁴⁵ Prop. 2006/07:128, s. 181 f.

⁴⁶ Se EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 50 jämte domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08, REG 2009, s. I-9913, domslutet.

⁴⁷ Enligt 1 kap. 12 § LOU ska den upphandlande myndighet som beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse iakttta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

⁴⁸ Se art. 258-260 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

⁴⁹ Se art. 260.2 FEUF, enligt vilken EU-kommissionen, om den anser att den berörda medlemsstaten inte har vidtagit de åtgärder som krävs för att följa EU-domstolens dom, får väcka talan vid Europeiska unionens domstol. Kommissionen ska därvid ange det standardbelopp eller det vite som den med hänsyn till omständigheterna anser det lämpligt att den berörda medlemsstaten ska betala. Om EU-domstolen finner att den berörda medlemsstaten har underlåtit att efterkomma dess dom, kan den förelägga staten att betala yrkat standardbelopp eller ett vite. Sådant vite i anledning av fördragsbrott och pågående överträdelse kan uppgå till betydande belopp.

⁵⁰ Enligt EU-domstolens ovan omtalade dom i *Parking-Brixen* (C-458/03), punkten 50, ankommer det nämligen på den koncessionsgivande offentliga myndigheten att under kontroll av behöriga domstolar bedöma huruvida villkoren avseende anbudsinfördran överensstämmer med den speciella karaktären på den ifrågakvarande koncessionen. Enligt artikel 47 i den s.k. EU-stadgan ska vidare var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts erbjudas rätt att inom skäligen tid få sin sak prövad i en rättsvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol.

⁵¹ Se RÅ 2008 not. 101, där dåvarande Regeringsrätten i fråga om en tilldelning av kontrakt avseende sotning och brandskyddskontroll enligt lagen (2003:778) om skydd mot olyckor konstaterade bl.a. att ”...de överenskommelser som träffas mellan [myndigheten] och dem som anförtros uppdraget inte [kan] anses utgöra upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Någon överprövning enligt LOU kan därför inte göras”.

Domstolen har härefter konstaterat att möjligheten till förvaltningsrättslig prövning genom s.k. *förvaltningsbesvär*, med tillämpning av 1 och 22 a § förvaltningslagen (1986:223) beror på i vad mån kontraktstilldelningen har offentligrättslig och inte privaträttslig karaktär.⁵² Enbart tilldelningar med ”offentligrättslig karaktär”⁵³ kan prövas i allmän förvaltningsdomstol (länsrätt). Härutöver hänvisar Högsta förvaltningsdomstolen till den rätt som en förfördelad leverantör har att söka kompensation genom skadeståndstalan i allmän domstol (tingsrätt).

För närvarande bereds ett förslag inom EU att i de befintliga upphandlingsdirektiven införa bestämmelser om tjänstekoncessioner.⁵⁴

Yttrande

Helsingborgs kommun har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

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.

Helsingborgs kommun är en sådan upphandlande myndighet som är skyldig att följa LOU. Såvitt framgår av utredningen har åtgärder vidtagits av kommunen i syfte att tilldela ett kontrakt, där reklamföretaget JCDecaux, mot att tillhandahålla kommunen stadsinformationstavlor, stadspelare, helautomatiska gatutoaletter, papperskorgar och ljusstavlor till ett uppskattat kontraktsvärde av c:a 14,5 miljoner kronor, ges en rätt att utnyttja dessa för att på allmänna platser inom kommunen exponera reklambudskap som annonsörer betalar för.

Som huvudregel skulle kommunen ha tillgodosett sitt behov av informationstavlor m.m. genom en varuupphandling enligt LOU, alternativt genom upphandling av ett blandat kontrakt av varor och byggentreprenadarbeten.

Den omständigheten att kommunens ersättning till JCDecaux utgörs av en rätt för företaget att utnyttja anläggningarna kommersiellt, medför emellertid att Kontraktet skulle kunna kategoriseras som en koncession. Kontraktet ska under sådant förhållande upphandlas som en tilldelning av en byggkoncession enligt 13 kap. LOU eller som ett varukontrakt enligt samma lag. Något undantag i fråga om varukoncessioner föreligger nämligen för närvarande inte och det i LOU införda undantaget för tjänstekoncessioner kan inte göras gällande i förevarande fall, eftersom Kontraktet går ut på att kommunen ska tillgodogöra sig varor och byggentreprenadarbeten.

Genom att inte genomföra ett öppet och annonserat anbudsförfarande med möjlighet för andra leverantörer än JCDecaux att lämna anbud har kommunen åsidosatt de grundläggande krav på likabehandling och öppenhet (transparens) i 1 kap. 9 § LOU som ytterst följer av unionsrätten.

Även om förfarandet skulle kategoriseras som en tilldelning av tjänstekoncession, och härigenom vara undantaget från LOU:s reglering, har kommunen i vart fall brutit mot de unionsrättsliga principerna. Någon möjlighet att tilldela tjänstekoncession direkt till JCDecaux föreligger nämligen inte, utan även i sådant fall ska anbudsförfarandet överensstämma med principerna om fri konkurrens, insyn och likabehandling.⁵⁵

⁵² Se Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 10 maj 2012 i mål 5074-11 (flygtrafikkoncession) jämförd med domstolens dom samma dag i mål 4042-11 (restaurangkoncession).

⁵³ Vad som härmed avses med ”offentligrättslig karaktär” är inte närmare klarlagt.

⁵⁴ Se EU-kommissionen, Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM (2011) 896 slutlig (2011/0437), jämte Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner, KOM (2011) 897 slutlig (2011/0437); båda av den 20 december 2011. Se även Regeringskansliets Faktapromemoria (2011/12:FPM90), Nya direktiv på upphandlingsområdet, av den 20 januari 2012.

⁵⁵ Se EU-domstolens dom av den 15 oktober 2009 i mål C-196/08 Acoset, REG 2009, s. I-9913.

Kontraktet mellan Helsingborgs kommun och JCDecaux har således, oaktat om det ska bedömas som ett upphandlingskontrakt eller som en koncession, tillkommit i strid mot gällande bestämmelser om likabehandling och öppenhet (transparens) samtidigt som konkurrensen på den aktuella marknaden har snedvridits.

Eftersom den aktuella tilldelningen har skett före den 15 juli 2010 kan den fortfarande göras till föremål för överprövning och beslut i domstol om att upphandlingen ska göras om. Den leverantör som kan visa skada till följd av det olagliga förfarandet kan under vissa förhållanden även ha rätt till skadestånd från Helsingborgs kommun. Genom förfarandet riskerar Sverige dessutom att bli föremål för process om fördragsbrott i EU-domstolen.