

PM 2b 2011-10-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande likabehandling och transparens vid tilldelning av tjänstekoncession (otillåten direkttilldelning)

Trafikverket har beslutat att utan föregående anbudsinfordran tilldela den nuvarande utföraren en förlängning av en tidigare upphandlad tjänstekoncession att bedriva linjesjöfart för gods- och passagerartrafik till och från Gotland, även efter det att den nuvarande avtalstiden löper ut.

Staten genom Trafikverket beslutade den 22 juni 2011 att erbjuda det privata företaget Destination Gotland AB (nedan Destination Gotland)¹ – vilket i enlighet med ett tidigare upphandlat trafikavtal med staten trafikerar den aktuella sträckan – att teckna ett motsvarande nytt avtal för tiden den 1 februari 2015 till och med den 31 januari 2017 (dnr. TRV 2011/42980).²

Någon offentlig anbudsinfordran av konkurrerande anbud har inte föregått beslutet att nu tilldela aktuellt avtal. Slutligt kontrakt har såvitt kunnat utredas ännu inte tecknats med Destination Gotland.

Sedan tidigare föreligger det ett under 2007 upphandlat trafikavtal³ mellan staten (genom dåvarande Rikstrafiken) och Destination Gotland avseende linjesjöfart till och från Gotland. Detta avtal löper ut den 31 januari 2015.

Förberedelser inför tiden efter det nuvarande trafikavtalets utgång påbörjades inom dåvarande Rikstrafiken redan 2006, genom att bl.a. en trafikutredning kartlade det aktuella trafikbehovet m.m. Samtidigt pågick inom Regeringskansliet en dialog med berörda parter huruvida den aktuella trafiken skulle regionaliseras. Denna utmynnade i ett informellt ställningstagande under slutet av år 2010, att någon förändring härvidlag inte ska ske, varför staten även fortsättningsvis ska svara för gotlandstrafiken.

Den 1 januari 2011 upphörde Rikstrafiken som självständig myndighet. Verksamheten inklusive personal och tillgångar överfördes till Trafikverket, vilket härigenom övertog Rikstrafikens roll att företräda staten som avtalspart och beställare gentemot Destination Gotland.

Som grund för att nu direkttilldela uppdraget att bedriva passagerartrafik även efter den aktuella avtalstidens utgång i januari 2015 åberopas bl.a. följande: ”Något koncessionsförfarande bedöms inte kunna slutföras inom tid som möjliggör tecknande av ett nytt avtal innan det nuvarande upphör. Det är nödvändigt att linjesjöfarten till Gotland kan fortgå även efter den 31 januari 2015. Fråga har därför uppkommit hur Trafikverket säkerställer detta” Av Trafikverkets aktuella protokoll¹ framgår även följande motivering:

”En betydande del av operatörens intäkter kommer från avgifter som tas ut av användarna. Det innebär att den ekonomiska risk som ligger i det faktiska utfallet för tjänsten bärs av koncessionshavaren, vilket är karaktäristiskt för koncessioner. För de sammanlagda avgiftsintäkterna finns ett årligt pristak. Det innebär att fluktuationer i volymer av passagerare och gods drabbar operatören såväl i positivt som i negativt hänseende. Och att denne därför står för en ekonomisk risk i verksamhetens utförande.

Eftersom staten står för en del av ersättningen för trafiken uppkommer härvid fråga om hur stor del av ersättningen staten kan stå för innan risken för koncessionsinnehavaren blir för liten för att det kan vara fråga om en tjänstekoncession. [EU-]domstolen har inte uttalat sig i frågan. [EU-]Kommissionen anger dock i ett tolknings-

¹ Destination Gotland AB med organisationsnummer 556038-2342, bildades och registrerades av Patent- och registreringsverket (numera Bolagsverket) den 4 april 1939. Bolaget har till föremål för sin verksamhet att ”bedriva rederirörelse samt att, främst inom transportområdet nationell och internationell passagerarsjöfart, bedriva turism- och resebyråverksamhet samt tillhandahålla managementtjänster samt utöva utbildnings- och konsultverksamhet inom ovannämnda områden och bedriva annan därmed förenlig verksamhet”. Bolaget, som är privat, och inte börsnoterat, är koncernregistrerat som dotterbolag till Rederiaktiebolaget Gotland (556000-8020) vilket i sin tur är koncerndotterbolag till Trojaborg AB (556339-9574).

² Se Trafikverkets protokoll med ”Beslut om att påbörja en direkttilldelning av kontrakt rörande linjesjöfart till Gotland”, av den 22 juni 2011 (dnr. TRV 2011/42980). Beslutet fattades av generaldirektören.

³ Avtalet tilldelades den 23 november 2007 som en tjänstekoncession.

meddelande (se fotnot [9]) att hur det utbetalade beloppet är konstruerat inte är det viktigaste så länge som det endast täcker *en del* av kostnaden för verksamheten. En myndighet (staten) kan således stå för delar av ersättningen, så länge som den ekonomiska risken ligger hos koncessionshavaren. Utförandet omfattar därtill en tjänst av allmänintresse vilket i vissa sammanhang har angivits som en förutsättning för att en tjänst ska bedömas som koncession.

Enligt huvudregeln ska ett anbudsförfarande genomföras i konkurrens. Det är ett samhälleligt intresse att linjesjöfarten kan fortgå mellan Gotland och fastlandet även efter den 31 januari 2015. Det är [enligt Trafikverkets bedömning] inte möjligt att genomföra ett tjänstekoncessionsförfarande i konkurrens för att säkerställa detta. Skälen härför är [enligt verket] främst följande:

- Med hänsyn till att processen för tjänstekoncessionsförfarande avseende ett nytt trafikavtal har fördröjts utgör nu tiden en betydande risk då det finns mycket små marginaler för att hantera ytterligare avvikelser som innebär förskjutningar i tid. Ett förfarande för att kunna teckna ett nytt trafikavtal bör sannolikt medge möjlighet att bygga nytt tonnage, vilket bedöms ta två år.
- Det pågår ett arbete med en politisk överenskommelse mellan Region Gotland och staten genom Trafikverket. Överenskommelsen ska avse inriktningen för den framtida gotlandstrafiken. Det kan inte uteslutas utan är fastmer troligt att den kan komma att innehålla faktorer som måste beaktas i koncessionsförfarandet. Överenskommelsen är ännu inte tecknad.
- Arbetet med affärsupplägg samt avstämning med och analys av marknadens förutsättningar för olika affärsupplägg måste slutföras. Det är ett komplext arbete som tar tid och som även påverkas av innehållet i ovan nämnda överenskommelse.
- Trafikverket har uppdragit åt en oberoende aktör att bedöma om det finns någon utöver nuvarande som skulle kunna ha möjlighet att bedriva trafiken under en kortare tid. Med hänsyn till tillgången till fartyg som klarar de krav som ställs på överfart och isklassning samt att avtalet förutsätter en specifik land- och ombordorganisation bedöms det uteslutet att annan leverantör än den nuvarande kan åta sig uppdraget.

Främst med beaktande av ovan föreligger det [enligt Trafikverkets mening] förutsättningar att direkttilldela nuvarande leverantör, Destination Gotland, tjänstekoncession att utföra linjesjöfart till och från Gotland.”

Den exakta innebörden av statens nu aktuella avtal med Destination Gotland är inte känd. Såvitt framkommit uppgår den ersättning som staten för närvarande betalar till Destination Gotland till c:a 350 till 400 miljoner kronor per år, beroende på fluktuationer i drivmedelspriser etc.

Gällande rätt

En myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt kan, om kontraktet innefattar tillhandahållande av tjänster mot ersättning, utgöra antingen ett *offentligt tjänstekontrakt* som ska upphandlas med iakttagande av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – eller en *tjänstekoncession*, som i allt väsentligt inte omfattas av LOU:s reglering.⁴ Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet.

Oaktat vilka bestämmelser som ska tillämpas gäller emellertid alltid som huvudregel EU-fördragens⁵ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.⁶

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

⁴ 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 allmänna intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt, se även 1 kap 2 § andra stycket samma lag.

⁵ 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.

⁶ De grundläggande principerna följer ytterst av EU:s primärrätt (EU-fördragen) och gäller således gemensamt för offentlig upphandling av tjänstekontrakt som anbudsinfördan avseende tjänstekoncession.

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).⁷ 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.

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.⁸

Enligt det s.k. *nyttjanderättskriteriet* kännetecknas tjänstekoncessioner 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.⁹

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 verksamheten¹⁰ på denne. Koncessionshavaren ska inte endast ta den ekonomiska risken under uppbyggnadsfasen utan även de finan-

⁷ 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.

⁸ 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).

⁹ Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande (EGT C 121 av den 12 april 2000) om koncessioner enligt EG-rätten, s. 9-10.

¹⁰ 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.

siella och ekonomiska risker som är förenade med drift och nyttjandegrad av anläggningen.¹¹ 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 tjänstekoncession.

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 tjänstekontrakt¹², där leverantören normalt¹³ 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.¹⁴

I unionsrättslig 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)¹⁵ 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.¹⁶

Från EU-domstolens praxis förtjänar även nämnas målet *Parking Brixen* (C-458/03).¹⁷ Domstolen fastslog där att ett offentligt kontrakt mellan en kommun och ett av kommunen helägt aktieföretag avseende driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser ska anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom tjänsteleverantören som motprestation erhöll ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande kommunen.¹⁸ 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.¹⁹ I avgörandet fast-

¹¹ Tolkningsmeddelandet (se ovan not 20), sid. 7.

¹² 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.

¹³ 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.

¹⁴ 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).

¹⁵ 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).

¹⁶ 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.

¹⁷ EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397.

¹⁸ Se regeringens lagrådsremiss ”Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster”, s. 179-182.

¹⁹ EU-domstolens ovan refererade dom i *Parking Brixen* (C-458/03), punkterna 39 och 40.

slogs vidare, med hänvisning till bl.a. Telaustria-målet, att (dåvarande) EG-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och etablering av näringsverksamhet liksom principerna om likabehandling, 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.²⁰

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.²¹ 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.²²

Som huvudregel ska tilldelning av tjänstekoncession ske genom ett offentligt anbuds förfarande. Att vid en sådan tilldelning inte infordra anbud strider, såsom som EU-domstolen tidigare konstaterat, mot de grundläggande principerna om likabehandling och insyn.²⁰

Någon ytterligare reglering med avseende på tilldelning av tjänstekoncession finns inte, varken genom EU-direktiv eller i svensk nationell lag.²³ Huvudregeln om att anbudsinfordran alltid ska ske framstår således som undantagslös.

Mot bakgrund av att bestämmelserna om tjänstekoncession vilar på samma rättsliga principer om bl.a. *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* som den betydligt mer detaljerade regleringen avseende offentlig upphandling av tjänstekontrakt torde för tolkningen av dessa principer dock viss vägledning kunna hämtas analogivis från upphandlingsrätten.²⁴

I fråga om möjligheten att undantagsvis teckna kontrakt direkt med viss leverantör på grund av uppkommen brådska framgår det av artikel 31.1 (b) i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) att en sådan tilldelning är möjlig för det fall att brådskan har uppkommit till följd av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte har kunnat förutse och som inte beror på den upphandlande myndigheten (*osjälvförvållad synnerlig brådska*).²⁵ En av den upphandlande myndigheten självförvållad synnerlig brådska eller brådska som beror på omständigheter som hade kunnat förutses befriar däremot inte från kravet på offentlig anbudsinfordran.

I fall där de faktiska förhållandena medger endast en tänkbar leverantör framgår det av artikel 18 i det klassiska upphandlingsdirektivet att anbuds förfarande undantagsvis inte behöver tillämpas ifråga om kontrakt som den upphandlande myndighet ska tilldela en annan upphandlande myndighet på grundval av legal ensamrätt (*rättsligt monopol*) som denna innehar enligt lag eller annan författning.²⁶ Den omständigheten att den upphandlande myndigheten tror sig veta att enbart en viss leverantör rent faktiskt kan komma ifråga för leverans av aktuella tjänster (s.k. *faktisk ensamsituation*) medför enligt unionsrättslig praxis däremot inte något motsvarande undantag från huvudregeln att en annonserad upphandling ändå måste genomföras.²⁷

²⁰ Se beslutmotiveringen i *Parking Brixen* (C-458/03), punkten 50, där domstolen anger bland annat följande: " Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en [...] koncession avseende allmännyttiga tjänster [...] är emellertid varken förenligt med kraven i (dåvarande EG-fördraget) eller principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn".

²¹ Däremot innehåller såväl LOU som det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) bestämmelser om byggkoncessioner.

²² Prop. 2006/07:128, s. 181 f.

²³ 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, skall den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iakttä principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

²⁴ EU-domstolen har i ett flertal mål som avser tilldelning av tjänstekoncessioner gjort analogitolkningar från upphandlingsrätten, bl.a. ifråga om möjligheten till undantag, se bl.a. det ovan refererade målet *Parking Brixen* (C-458/03), där domstolen gjorde en analogivis tolkning av möjligheten till att i fråga om tjänstekoncession tillämpa s.k. Teckal-undantag.

²⁵ Bestämmelsen i art. 31.1 (b) har för svenskt vidkommande införlivats genom 4 kap. 5 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU.

²⁶ Bestämmelsen i art. 18 har för svenskt vidkommande införlivats genom 1 kap. 7 § LOU.

²⁷ 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 infordran av anbud i konkurrens på den

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* samt *öppenhet (transparens)*, riskerar Sverige att fällas av EU-domstolen för fördragsbrott.²⁸ Fällande dom kan för Sverige medföra kännbara sanktioner i form av böter eller vite.²⁹

Härutöver är enligt unionsrätten medlemsstaterna även skyldiga att inom ramarna för sina nationella rättsordningar 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.³⁰

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 skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol.³¹

För svenskt nationellt vidkommande har (dåvarande) Regeringsrätten fastslagit att någon *överprövning* inom ramarna för det upphandlingsrättsliga regelverket i LOU inte är möjlig i fråga om tjänstekoncessioner.³² Fråga har därför rests huruvida tjänstekoncessioner istället ska kunna prövas genom s.k. *förvaltningsbesvär*, med tillämpning av 1 och 22 a § förvaltningslagen (1986:223).³³ Detta prövas för närvarande av Högsta förvaltningsdomstolen, som nyligen har meddelat prövningstillstånd i två mål som avser huruvida beslut om tilldelning av tjänstekoncessioner är överklagbara.³⁴

För närvarande förbereds vidare ett förslag inom EU-kommissionen om att i upphandlingsdirektiven (2004/17 EG och 2004/18/EG) även införa bestämmelser om tjänstekoncessioner. Rättsmedlen i fråga om tjänstekoncessioner kommer i sådant fall att bli desamma som vid offentlig upphandling av tjänstekontrakt, vilka i Sverige regleras genom 16 och 17 kap. LOU.

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 ”*riskan 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 (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).

²⁸ Se art. 258-260 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

²⁹ 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.

³⁰ 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 ifrågavarande koncessionen.

³¹ Se Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna av den 7 december 2000, anpassad den 12 december 2007 i Strasbourg. Stadgan är numera införlivad genom en hänvisning i artikel 6 i Fördraget om Europeiska unionen (EUF), enligt vilken unionen med samma rättsliga värde som fördragen erkänner de rättigheter, friheter och principer som har fastställts i stadgan.

³² Se RÅ 2008 not. 101, där dåvarande Regeringsrätten i fråga om en tilldelning av kontrakt avseende sotning och brandskydds kontroll 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”.

³³ Alternativt har Högsta domstolen funnit att forumregeln 10 kap. 17 § första stycket 1 rättegångsbalken medför behörighet för allmän domstol (med tingsrätt som första instans) att pröva mål för vilka annan domstol inte finns anvisad i lag eller annan författning. Detta torde medföra att mål rörande tjänstekoncessioner bör kunna prövas av i vart fall allmän domstol.

³⁴ Rättspraxis på det aktuella området har tidigare varit spretig, se Kammarrätten i Göteborg, dom av den 26 maj 2011 i mål 6797-10 jämfört med Kammarrätten i Sundsvall, beslut av den 22 juli 2011 i mål 1853-11. Båda dessa avgöranden prövas numera av Högsta förvaltningsdomstolen (HfD) vilken genom beslut av den 30 augusti 2011 har meddelat prövningstillstånd (HfD, målnr. 4042-11 och 5074-11). Av domstolens s.k. uppläppandemeningar framgår att en gemensam fråga som har lett till att domstolen meddelat prövningstillstånd är huruvida beslut om tilldelning av tjänstekoncession är överklagbara.

Yttrande

Trafikverket har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande.

”Trafikverket delar Konkurrenskommissionens syn på att konkurrensen inte får snedvridas vid offentliga upphandlingar och att de EU-rättsliga principerna för upphandlingar ska efterföljas. De överväganden som Trafikverket gjort innan verket beslutat om att förhandla om ett korttidsavtal beträffande linjetrafik till Gotland framgår av Trafikverkets beslut av den 22 juni 2011 (dnr. TRV 2011/42898). I sammanhanget förtjänar påpekas att tidigare upphandlingar av färjetrafiken på Gotland har präglats av brist på konkurrens. Genom ett korttidsavtal ökar även enligt Trafikverkets bedömning möjligheten att i upphandlingen av ett nytt långsiktigt avtal få flera aktörer att lämna anbud. Trafikverket delar inte Konkurrenskommissionens preliminära bedömning av Trafikverkets beslut”.

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.

Som framgår av utredningen har Trafikverket utan föregående anbudsinfordran beslutat att tilldela Destination Gotland ett nytt avtal avseende linjesjöfart till och från Gotland så, att parternas sedan tidigare upphandlade affärsförhållande förlängs i totalt två år efter den nuvarande trafikavtalstidens utgång den 31 januari 2015.

Till grund för att direkttilldela det aktuella kontraktet har, såvitt kan förstås, Trafikverket åberopat i huvudsak praktiska överväganden. Bland annat, att processen med utredning och förhandlingar avseende det framtida trafikhuvudmannskapet för gotlandstrafiken har dragit ut på tiden så att det inte längre är möjligt att hinna genomföra ett öppet anbudsförfarande. Vidare, att det bedöms som ”uteslutet” att någon annan leverantör än den nuvarande kan åta sig det aktuella uppdraget för en så kort tid som två år.

Konkurrenskommissionen kan utifrån de uppgifter som har framkommit i ärendet dela Trafikverkets analys att det aktuella avtalet avseende linjesjöfart på Gotland skulle kunna innefatta tjänstekoncession. Att inte alls infordra anbud vid tilldelningen av en sådan koncession avseende allmännyttiga tjänster är emellertid varken förenligt med gällande EU-fördrag eller principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.

Såsom Trafikverket själv konstaterat ska enligt huvudregeln ett anbudsförfarande genomföras i konkurrens. De omständigheter som verket har åberopat till grund för att ändå direkttilldela det aktuella kontraktet till den nuvarande utföraren, Destination Gotland, kan inte medföra undantag från denna huvudregel.

Som framgår av Trafikverkets aktuella beslut om direkttilldelning påbörjades ett utredningsarbete avseende de framtida trafikförhållandena redan år 2006. Detta arbete förefaller inte ännu vara avslutat i alla avseenden, varför Trafikverket har valt att förlänga nuvarande trafiklösning för en period av i vart fall två år. Den för direkttilldelning åberopade tidsnöden kan således inte anses oförutsedd och hänför sig huvudsakligen till den upphandlande myndigheten som är Trafikverket/Rikstrafiken. Sålunda uppkommen brådska kan av detta skäl inte utgöra grund för att kringgå unionsrättens krav på en öppen anbudsinfordran.

Det kan vidare sättas ifråga om tiden från beslutsdatum i juni 2011 fram till och med det nuvarande trafikavtalets utgång i januari 2015 verkligen är för kort för att Trafikverket ändå ska hinna att genomföra ett öppet anbudsförfarande. Även med beaktande av Trafikverkets påstående, att ett förfarande för att kunna teckna ett nytt trafikavtal bör kunna medge en möjlighet att bygga nytt tonnage (vilket uppges kunna ta två år), kvarstår det ändå drygt ett och ett halvt år för anbudsinfordran och tilldelning. En anbudsinfordran skulle kunna förberetts så att denna, redan när det under slutet av 2010 stod klart att några förändringar med avseende på den framtida gotlands-rafiken inte omedelbart var för handen, kunde ha påbörjats och utlysts. Det hade i sådant fall funnits mer än fyra år för anbudsinfordran, tilldelning och förberedelser av den aktuella tjänstekoncessionen.

Någon legal ensamrätt (rättsligt monopol) för Destination Gotland att utföra den aktuella gotlands-rafiken föreligger inte efter den 31 januari 2015, då nuvarande trafikavtal löper ut. Den

omständigheten att Trafikverket ändå tror sig veta att det är uteslutet att någon annan än Destination Gotland kan tänkas vara intresserad att lämna anbud på en så kort period som två år (faktisk ensamsituation) medför inte undantag från unionsrättens krav på att sådan anbudsinfördran ändå behöver genomföras. I enlighet med de grundläggande principerna måste konkurrensförhållandena kontrolleras genom ett öppet anbudsförfarande, varigenom fler aktörer än Destination Gotland bereds möjlighet att inkomma med anbud. Om i sådant fall Destination Gotland senare visar sig vara den ende anbudsgivaren har Trafikverket i vart fall uppfyllt unionsrättens krav.

Inte heller något av de övriga skäl som har anförts av Trafikverket till stöd för att direkttilldela det aktuella kontraktet till Destination Gotland kan medföra undantag från unionsrättens krav på *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.

Genom att direkttilldela det aktuella avtalet till Destination Gotland, har staten genom Trafikverket sålunda åsidosatt EU-fördraget på ett sätt som, med särskilt beaktande av att det avser en betydande verksamhet, riskerar medföra att Sverige fälls för fördragsbrott i EU-domstolen.

Trafikverkets otillåtna direkttilldelning torde även kunna prövas i nationell domstol, med påföljd att möjligheten att bedriva subventionerad linjetrafik på Gotland efter den 31 januari 2015 riskerar att rättsligt kompliceras eller till och med motverkas.