

**Socialdepartementet***Enheten för upphandlingsrätt*

Europeiska kommissionen
Direktoratet för den inre marknaden
och tjänster
Offentlig upphandling

Svar på kommissionens förfrågan om tilldelningen av tjänstekoncessionen rörande restaurangtjänster i Uppsala läns landsting - EU Pilot 4507/13/MARK

Ärendet

Kommissionen har till den svenska regeringen inom ramen för EU-piloten överlämnat en förfrågan med anledning av ett enskilt klagomål. Klagomålet rör svenska förvaltningsdomstolars beslut att avvisa Fazer Restauranger AB:s talan rörande tilldelningen av ett tjänstekoncessionskontrakt avseende restaurangtjänster i ett lasarett i Uppsala läns landsting.

Fazer har i en ansökan om överprövning hos Förvaltningsrätten i Uppsala yrkat bl.a. att förvaltningsrätten enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) skulle förordna att ny tilldelning skulle ske på så sätt att vinnande anbud i aktuell upphandlingsdel inte skulle beaktas. Till stöd för sin talan anförde Fazer bl.a. att upphandlingen, som inleddes som en offentlig upphandling men beslutades under processens gång skulle övergå till att behandlas som en tjänstekoncession, bort fullföljas som en offentlig upphandling. Vidare innehöll vinnande anbud tydligt markerade reservationer som utgjorde en otillåten avvikelse från kraven i förfrågningsunderlaget. Fazer gjorde därvid gällande att landstinget avvikit från grundläggande principer som ytterst följer av EU-fördragen, särskilt principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet på ett sätt som medfört eller riskerat att medföra skada för Fazer. I andra hand yrkade bolaget att förvaltningsrätten enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223) skulle förordna att tjänstekoncessionen skulle genomföras på så sätt att ny tilldelning av tjänstekoncessionen skulle genomföras utan beaktande av vinnande anbud. Fazers talan avvisades. Fazer fullföljde sin talan. Kammarrätten meddelade prövningstillstånd men ändrade inte förvaltningsrättens beslut. Fazer fullföljde sin talan till Högsta Förvaltningsdomstolen, som inte meddelade prövningstillstånd.

Kommissionen vill få klarhet i om de fakta som anges i förfrågan stämmer.

Kommissionen efterfrågar också de svenska myndigheternas inställning till kommissionens preliminära bedömning att de svenska förvaltningsdomstolarnas agerande kan innebära ett brott mot:

1. Etableringsrätten i artikel 49 i EUF-fördraget och fri rörlighet för tjänster enligt artikel 56 i EUF-fördraget som utgör uttryck för icke-diskrimineringsprincipen på grund av nationalitet enligt artikel 18 i EUF-fördraget eftersom tillgång till rättsmedel har förvägrats Fazer, trots att de som är medlemmar i en kommun eller äger fast egendom i kommunen kan få saken prövad i förvaltningsdomstol,
2. Artikel 19 i EU-fördraget och artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna som slår fast att medlemsstaterna ska sörja för rättsmedel som är tillräckliga för att tillförsäkra rättsligt skydd inom de områden som omfattas av EU-rätten.

Den svenska regeringen får med anledning av kommissionens förfrågan anföra följande. Enligt regeringens bedömning står de påtalade omständigheterna inte i strid med unionsrätten. Regeringen kommer att utveckla sin uppfattning nedan efter en inledande redogörelse för det nationella rättsläget.

Laglighetsprövning enligt kommunallagen

Enligt 10 kap. 1 § första stycket kommunallagen (1991:900), KL, har varje medlem av en kommun eller ett landsting rätt att få lagligheten av kommunens eller landstingets beslut prövad genom att överklaga dem hos förvaltningsrätten. Denna prövning betecknas laglighetsprövning i kommunallagen och utgör en form av medborgartalan vars ändamål är att tillse att den kommunala självstyrelsen utövas på ett rättsenligt sätt. Kännetecknande för laglighetsprövningen är att endast kommunmedlemmar får överklaga, att besluten endast kan angripas utifrån de grunder som anges i kommunallagen och att prövningen är begränsad till lagligheten av ett beslut (prop. 1990/91:117 s. 132).

Begränsningen av rätten att föra talan i kommunala laglighetsprövningar motiveras utifrån att en medlem av en kommun eller ett landsting i allmänhet berörs av hur de kommunala angelägenheterna sköts. Därmed har kommun- och landstingsmedlemmar också ett berättigat intresse av att kunna utlösa en laglighetskontroll avseende beslut som fattas i kommunen eller landstinget (prop. 1990/91:117 s. 25). Det faktum att laglighetsprövningen är begränsad till lagligheten av ett beslut innebär att överklaganden som bifalles endast kan upphävas och inte ersättas med nya beslut. Syftet med laglighetsprövningen är alltså i princip inte att tillgodose den enskildes rättsanspråk gentemot kommunen eller

landstinget. Detta sker i stället antingen genom överklagande enligt förvaltningslagen eller genom tvistemålsprocess.

Av 1 kap. 4 § KL framgår att medlem av en kommun är den som är folkbokförd i kommunen, äger fast egendom i kommunen eller ska betala kommunalskatt där samt att medlem av ett landsting är den som är medlem av en kommun inom landstinget.

Enligt 10 kap. 8 § KL gäller att ett överklagat beslut ska upphävas, om

1. det inte tillkommit i laga ordning,
2. beslutet hänför sig till något som inte är en angelägenhet för kommunen eller landstinget,
3. det organ som har fattat beslutet har överskridit sina befogenheter, eller
4. beslutet strider mot lag eller annan författning.

Enligt 16 kap. 19 § LOU får ett beslut som denna lag är tillämplig på inte överklagas med stöd av 10 kap. 1 § KL.

Ett beslut som gäller en offentlig upphandling ska således angripas genom bestämmelserna om överprövning i LOU och inte enligt bestämmelserna om laglighetsprövning i kommunallagen.

Bestämmelsen, som har överförts från tidigare lagstiftning på upphandlingsområdet [7 kap. 5 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling], motiverades av att överprövning innebar en bättre kontroll av upphandlande myndigheters och enheters upphandlingsrutiner än kommunal laglighetsprövning. Regeringen ansåg att sådan kontroll skulle kunna sättas igång av den krets som närmast berördes, nämligen leverantörerna. Den kommunala laglighetsprövningen kan begäras endast av den som är medlem i en kommun eller landsting. Regeringen bedömde att det var ett bättre sätt att uppnå effektiv kontroll att skapa möjligheter för leverantörerna, dvs. de som direkt berörs av ett oriktigt förfarande, att vända sig till domstol oavsett kommuntillhörighet (prop. 1992/93:88 s. 48). Frågan om en kommunmedlem eller medlem av ett landsting ändå skulle kunna få ett beslut om tilldelning av en tjänstekoncession upphävt med stöd av 10 kap. 8 § KL har såvitt regeringen känner till inte prövats i svensk domstol.

LOU och tjänstekoncessioner

I överensstämmelse med direktiv 2004/18/EG omfattas tjänstekoncessioner i princip inte av upphandlingslagstiftningen (se 1 kap. 2 § LOU). Tilldelningen av ett tjänstekoncessionskontrakt kan således inte angripas med stöd av reglerna om rättsmedel i LOU. Vid genomförandet av direktivet framhöll regeringen emellertid att i enlighet med EU-domstolens praxis gäller de grundläggande principerna för offentlig upphandling om insyn, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande även vid tilldelningen av tjänstekoncessions-

kontrakt. Regeringen framhöll också att den omständigheten att de grundläggande principerna ska iakttas vid ett anbudsförfarande i samband med en tjänstekoncession innebär att ett sådant avtal kan bli föremål för prövning av talan om skadestånd på nationell nivå (se prop. 2006/07:128 del 1 s. 183).

Förvaltningslagen

I 22 § och 22 a § i förvaltningslagen finns allmänna bestämmelser om överklagande av beslut. Beträffande tillämpningen av förvaltningslagen i offentlig upphandling har regeringen i samband med genomförandet av direktiv 2004/18/EG uttalat följande. Förvaltningslagen är i huvudsak tillämplig på ärenden som avser myndighetsutövning. Begreppet myndighetsutövning, i den mening som avses i förvaltningslagen, omfattar endast ärenden där saken avgörs ensidigt genom beslut av myndigheten. Begreppet kan därmed inte omfatta ärenden som avgörs genom att myndigheten träffar avtal med en enskild. Ärenden rörande offentlig upphandling omfattas således inte av de bestämmelser i förvaltningslagen som enbart gäller handläggning av ärenden som avser myndighetsutövning (prop. 2006/07:128 del 1 s.142 f.). Tilldelningen av en tjänstekoncession har därmed ansetts inte kunna angripas med stöd av bestämmelserna om överklagande i förvaltningslagen. Dock har rättsläget modifierats relativt nyligen genom praxis från Högsta Förvaltningsdomstolen (HFD) på så sätt att s.k. offentligt rättsliga tjänstekoncessioner bedömts kunna överklagas till allmän förvaltningsdomstol enligt förvaltningslagen, med hänvisning till unionsrättens krav på enskildas tillgång till effektiva rättsmedel.

Nationell praxis på området rättsmedel och tjänstekoncessioner

HFD har i dom den 10 maj 2012 (HFD 2012 ref. 29) som bl.a. rörde begäran om överprövning enligt LOU av en tjänstekoncession konstaterat att ett beslut om tjänstekoncession inte kunde överprövas enligt LOU och att det inte heller enligt nationella bestämmelser kunde överklagas genom förvaltningsbesvär. De EU-rättsliga krav på ett effektivt rättsmedel som skulle kunna aktualiseras i ärendet skulle kunna tillgodoses genom en skadeståndstalan. Målet gällde driften av en restaurang- och caféverksamhet i lokalerna till en högskola. Sökanden yrkade i kammarrätten att målet skulle återförvisas till förvaltningsrätten för överprövning enligt LOU i första hand och för prövning av överklagande enligt 22 a § förvaltningslagen i andra hand. HFD fann att avtalet avsåg en tjänstekoncession och att beslutet inte kunde överprövas enligt LOU. Beträffande andra rättsmedel slog HFD fast att högskolans beslut var av privaträttslig karaktär och inte kunde överklagas med tillämpning av bestämmelserna i förvaltningslagen. Härefter konstaterade HFD med hänvisning till artikel 47 i EU:s rättighetsstadga att de krav som EU-rätten ställer måste beaktas. HFD hänvisade också till EU-domstolens dom i mål C-324/98 *Telaustria* och konstaterade att upphandlande myndigheter som ingår tjänstekoncessionsavtal är skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om

förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Vidare konstaterade HFD att det ankommer på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter i enlighet med EU-domstolens dom i mål C-91/08 *Wall*. Rättsmedlen får varken vara mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen) eller göra det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter (effektivitetsprincipen). Härefter hänvisade HFD till EU-domstolens avgörande i mål C-432/05 *Unibet* av vilket det följer att en talan om fastställelse av skadeståndsskyldighet kan utgöra ett rättsligt förfarande som ger ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt unionsrätten. HFD konstaterade avslutningsvis att ett beslut om tjänstekoncession inte kan överprövas enligt LOU och att det inte heller enligt nationella bestämmelser kan överklagas genom förvaltningsbesvär. De EU-rättsliga rättsmedel som enligt HFD skulle kunna aktualiseras i ärendet kan tillgodoses genom en skadeståndstalan.

I visst fall har likväl tjänstekoncession bedömts kunna prövas av allmän förvaltningsdomstol. HFD har i ett beslut av den 10 maj 2012 (HFD 2012 ref. 28) ansett att beslut, att anta anbud om regelbunden lufttrafik på flyglinje efter ett offentligt anbuds förfarande enligt EU:s lufttrafikförordning, varit överklagbart hos förvaltningsdomstol. Beslutet att anta ett visst anbud måste enligt HFDs mening ses som den avslutande åtgärden i ett offentligt rättsligt förfarande.

Den tjänstekoncession som nu är i fråga måste dock betraktas som en sådan privaträttslig koncession som avses i målet HFD 2012 ref. 29.

Regeringens bedömning

I fråga om laglighetsprövning enligt kommunallagen är det sammanfattningsvis riktigt att en tilldelning av en tjänstekoncession inte kan angripas genom laglighetsprövning av den som inte är medlem av en kommun eller ett landsting. Som förklarats ovan var det inte lagstiftarens avsikt att laglighetsprövning enligt kommunallagen över huvud taget skulle gälla på området offentlig upphandling. Såvitt regeringen känner till föreligger inte i praktiken någon olikbehandling av kommunmedlemmar och andra när det gäller möjligheten att få till stånd en laglighetsprövning av ett beslut om tilldelning av en tjänstekoncession.

Det kan konstateras att de svenska förvaltningsdomstolarnas agerande i nu aktuellt fall står i överensstämmelse med nationell praxis. Som HFD påtalat kan, i enlighet med EU-domstolens avgörande i målet C-432/05 *Unibet*, en möjlighet att föra en skadeståndstalan anses utgöra ett rättsligt förfarande som ger ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt unionsrätten. Såvitt framkommit har Fazer varit oförhindrat att föra talan om skadestånd mot Uppsala läns landsting på den grunden att landstinget åsidosatt unionsrätten i form av principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling vid tilldelningen av

tjänstekoncessionen. För att en talan om skadestånd på grund av åsidosättande av unionsrätten ska vinna framgång fordras att syftet med de åberopade reglerna är att ge enskilda rättigheter, att det allmännas överträdelse är tillräckligt klar och att det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada Fazer har lidit.

En talan om skadestånd i en sådan situation som bolaget befinner sig i torde även kunna grundas på den allmänna skadeståndsrättsliga principen *culpa in contrahendo*, med påstående om att landstinget infordrat anbud i en offentlig upphandling och av vårdslöshet ändrat förutsättningarna så att kontraktet i stället kommit att avse en tjänstekoncession samt att landstinget även därefter varit vårdslöst då det avvikit från vad som angetts i förfrågningsunderlaget genom att anta ett anbud som rätteligen skulle ha förkastats och att bolaget lidit skada på grund av detta.

En talan om skadeståndsskyldighet enligt ovan är inte mindre förmånlig än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt. Rättsmedlet gör det inte heller i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter. Regeringen vill i sammanhanget erinra om vad generaladvokaten anförde i sitt förslag till avgörande i målet Unibet beträffande Unibets invändning att en skadeståndstalan var besvärlig (med hänsyn till svårigheten att fastställa storleken på den ekonomiska skadan, vilken var osäker), nämligen att "Vid tillämpningen av principen om processuell autonomi är den avgörande frågan emellertid inte huruvida det är besvärligt att föra talan i fråga (skadeståndstalan är typiskt sett en besvärlig talan att föra) utan huruvida de två villkoren avseende likvärdighet och effektivitet är uppfyllda" (punkt 49).

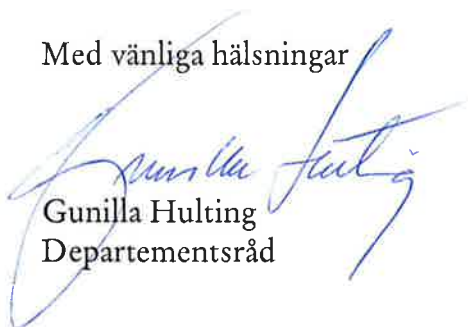
Med hänsyn till det anförda får det faktum att Fazer haft möjlighet att hos allmän domstol ansöka om att föra en talan om skadestånd, även med beaktande av de processuella problem som en talan om skadestånd kan innebära, anses innebära att Fazer haft tillgång till rättsmedel som uppfyller kraven på likvärdighet och effektivitet.

Någon överträdelse av åberopade unionsrättsliga bestämmelser föreligger därmed inte.

Avslutningsvis vill regeringen erinra om att det av Europeiska kommissionen till rådet och Europaparlamentet överlämnade förslaget om direktiv om tilldelning av koncessioner för närvarande är föremål för förhandling inom EU. Förslaget innehåller regler om rättsmedel i överensstämmelse med dem som gäller för offentlig upphandling. Direktivet, som behandlas i ett "fast-trackförfarande" beräknas kunna antas efter sommaren 2013 och ska enligt kommissionens förslag genomföras 18 månader efter antagandet.

Den svenska regeringen står givetvis till förfogande med ytterligare
upplysning om kommissionen så önskar.

Med vänliga hälsningar

A handwritten signature in blue ink, appearing to read "Gunilla Hulting". The signature is fluid and cursive, with a large initial "G" and "H".

Gunilla Hulting
Departementsråd

