

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08-545 03 810; fax: 08-611 35 62

Justitiedepartementet

Remissyttrande

2010-10-14

Dnr. Ju2010/4890/1 5

Mutbrott (SOU 2010:38)

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Velfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid offentlig upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är förra stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderöth. Övriga ledamöter är förre regeringsrådet Sigvard Berglöf, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep, samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har verkat sedan 1994 och hittills utrett och bedömt över 500 ärenden avseende frågor om offentlig upphandling.

Sammanfattning

Stiftelsen tillstyrker i allt väsentligt utredarens förslag. Förslaget förefaller emellertid sakna reglering avseende tilldelning av tjänstekoncessioner. Stiftelsen förordar därför att den föreslagna lagstiftningen utformas på ett sådant sätt att även förfarandet kring tilldelning av tjänstekoncessioner införlivas i aktuella straffbestämmelser.

Stiftelsens synpunkter

Stiftelsen instämmer i utredningens bedömning av att det fordras en enhetlig lagstiftning på området för mutor och att förfarandena kring tilldelning av offentliga tjänstekontrakt i samband med offentlig upphandling särskilt regleras i lag.

Ett område som utredningen emellertid synes ha bortsett från är förfarandet kring tilldelning av tjänstekoncessioner.

Med *tjänstekoncession* avses, enligt artikel 1.3 b i 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 (klassiska upphandlingsdirektivet) 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.¹

Två förutsättningar ska samtidigt vara uppfyllda för att en tjänstekoncession ska anses föreligga. För det första ska uppdragstagaren erhålla rätten att utnyttja de för tjänstekoncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra ska en betydande ekonomisk risk i samband med tjänsternas utövande överföras på uppdragstagaren.

Gemensamt för offentlig upphandling såväl som tilldelning av tjänstekoncessioner gäller EU-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet av varor, tjänster och arbetskraft, liksom de på EU-rätten baserade principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens). De senare principerna innefattar enligt EU-domstolens fasta praxis förbud mot att diskriminera faktiska eller potentiella anbudsgivare, exempelvis genom att en upphandlande myndighet vänder sig direkt till en viss nationell utförare.² Av kravet på likabehandling följer att samtliga anbudsgivare ska erbjudas lika förutsättningar för att kunna komma ifråga för koncessioner på samma sätt som vid offentlig upphandling. Förekommande krav och kriterier får inte utformas så att endast en viss utförare eller grupp av utförare ska kunna komma ifråga. Enligt principen om *öppenhet (transparens)* ska det vidare råda insyn avseende samtliga förutsättningar när anbud infordras i ett offentligt förfarande. Anbudsinfordran för tilldelning av tjänstekoncession ska offentliggöras (annonseras) på ett sådant sätt att samtliga tänkbara leverantörer som skulle kunna delta med anbud har en effektiv möjlighet att uppmärksamma upphandlingen. Kraven på likabehandling och icke-diskriminerings samt öppenhet (transparens) gäller oavsett om det rör sig om en offentlig upphandling eller en tjänstekoncession.³

Någon entydig definition eller formell reglering angående tilldelning av tjänstekoncession föreligger för närvarande inte, varken i svensk nationell lagstiftning eller i unionsrätten. EU-kommissionen har i ett tolkningsmeddelande år 2000⁴ angivit att det kan vara fråga om tjänstekoncession om en upphandlande myndighet överlåter en betydande ekonomisk risk för driften av en verksamhet på en uppdragstagare som samtidigt ges rätten att kommersiellt utnyttja en viss anläggning eller tjänst. Skulle däremot entreprenören ges garantier om kostnadstäckning för det fall att han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan det i normalfallet inte anses föreligga.⁵

¹ 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 blandande 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 art. 1.2 d andra stycket).

² Kontrakt avseende i vart fall B-tjänster måste anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse, för att gemenskapsrättens krav på annonsering ska vara tillämplig, se EG-domstolens dom av den 13 november 2007 i mål C-507/03, *kommissionen mot Irland*, REG 2007, s. I-0000, pp. 29-31.

³ EG-domstolens dom av den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353, samt den 25 april 1996 i mål C-87/94, *kommissionen mot Belgien*, REG 1996, s. I-1631. Se vidare Förstainstansrättens avgörande den 8 maj 1996 i målet T-19/95, *Adia Interim*, REG 1996, s. II-321, samt den 17 december 1998 i målet T-203/96, *Embassy Limousines & Services*, REG 1996, s. II-4239.

⁴ EG-kommissionens tolkningsmeddelande den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten (EGT C 121/2). EG-kommissionen har dessutom berört frågan om tilldelning av tjänstekoncessioner i en grönbok den 30 april 2004 om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner (KOM(2004) 327 slutlig) samt överväger att (möjligen under 2008) föreslå ett nytt regelverk för samordning av tilldelningen av tjänstekoncessioner, vilket i sådant fall kommer att ansluta till befintliga regler om offentlig upphandling och innehålla detaljerade bestämmelser om tilldelning av tjänstekoncessioner.

⁵ Se 1 kap. 2 § sista stycket samt 12 § LOU. Den aktuella regleringen inskränker sig i huvudsak till s.k. byggkoncessioner enligt 13 kap. LOU.

någon tjänstekoncession, eftersom den ekonomiska risken i sådant fall kvarstår hos den upphandlande myndigheten.

Den riskexponering som således måste uppstå är karaktäristisk för just tjänstekoncessioner.⁶ Den ekonomiska risken hänger i hög grad samman med de externa intäkter som en uppdragstagare kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen som sker från den upphandlande myndigheten utgör därmed den avgörande skillnaden mellan tjänstekoncessioner och offentliga tjänstekontrakt, där leverantören normalt bär risken enbart 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.⁷

Senare EU-rättslig praxis har utbildats i enlighet med EU-kommissionens synsätt. EU-domstolen har i målet *Telaustria et Telefonadress* (C-324/98)⁸ exempelvis ansett att ett kontrakt avseende tryckning och utgivning av telefonkataloger utgör en tjänstekoncession, eftersom inget annat vederlag utgick än att det katalogutgivande företaget gavs rätten att utnyttja utgivningen kommersiellt. Domstolen har vidare i ett annat avgörande, *Parking Brixen* (C-458/03)⁹, ansett att ett kontrakt där en upphandlande myndighet lade ut driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser på ett bolag innefattade tjänstekoncession, eftersom bolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande myndigheten.

Ett avtal avseende service m.m. i samband med hemrespiratorbehandlingar och andra system för andningsstöd har EU-domstolen däremot inte ansett utgör tjänstekoncession, eftersom den upphandlande myndigheten dels kvarstod som ansvarig för eventuella skador som uppkommer till följd av brister i den aktuella tjänsten, dels antogs utge ersättning för utförda tjänster.¹⁰ Inte heller en serie kontrakt där leverantörerna dels skulle erhålla viss (kommunal) ersättning för att ta emot brännbart avfall, dels åtnjöt rätten till inkomster från tredje man för försäljningen av ur förbränningsprocessen utvunnen elektricitet, har domstolen ansett utgör tjänstekoncession, även om de beräknade intäkterna från elförsäljningen framstod som icke obetydliga.¹¹

Avseende svenska nationella förhållanden har i den nu gällande lagen (2007:1098) om offentlig upphandling – LOU – tjänstekoncessioner i allt väsentligt undantagits från lagens reglering.

I den nationella rättstillämpningen har kommunala avtal om obligatoriska sotningstjänster som betalas av hushållen (tredje man)¹² ansetts utgöra tjänstekoncessioner.¹³ Även ett avtal avseende parkeringsövervakning, där uppdragstagarens ersättning skulle bestå av endast rätten att tillgodogöra sig inflytande parkerings- och kontrollavgifter, har ansetts utgöra tjänstekoncession.¹⁴

⁶ Jfr EU-domstolens dom av den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, REG 2009 s. I-000, där domstolen uttalade att den omständigheten att uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra en tjänstekoncession i den mening som avses i artikel 1.3 b i direktiv 2004/17, 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 offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation (domskälen p. 80).

⁷ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 21 mars 2001 till regeringen (dnr. 2000/0339-22) samt yttrande den 8 juni 2006 till Kammarrätten i Stockholm (dnr. 2006/0068-29).

⁸ EG-domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria et Telefonadress*, REG 2000, s. I-10757.

⁹ EG-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397.

¹⁰ EG-domstolens dom av den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, *Contse m.fl.*, REG 2005, s. I-9315, p. 22.

¹¹ EG-domstolens dom av den 18 juli 2007 i mål C-382/05, *kommissionen mot Italien*, REG 2007, s. I-0000.

¹² Jfr. 3 kap. 4 § lagen (2003:778) om skydd mot olyckor.

¹³ Se RÅ 2008 not. 101 (Skortensfejarmästarna i Stockholm).

¹⁴ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 4 juli 2005 i mål 4374-05.

Avtal avseende bl.a. driften av ett gym i en kommunal simhall har däremot inte bedömts utgöra någon tjänstekoncession.¹⁵

För närvarande bereds inom EU-kommissionen ett förslag till ny reglering som syftar till att samordna upphandlingsförfaranden för tjänstekoncessioner. Ett sådant regelverk skulle kunna ansluta till befintliga regler om offentlig upphandling samt innehålla detaljerade föreskrifter för tilldelning av tjänstekoncessioner. Det är i skrivande stund emellertid oklart, bl.a. mot bakgrund av kritiska uttalanden av EU-parlamentet, om någon sådant förslag kommer att presenteras inom överskådlig tid.

Oavsett om ett kontrakt ska betraktas som ett offentligt tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession ska i enlighet med vad som tidigare redovisats den upphandlande myndigheten iakttä EU-fördragets grundläggande regler, bland annat principen om förbud mot diskriminering. Detta innebär att förekommande kontrakt, oavsett om dessa avser offentlig upphandling eller tilldelning av tjänstekoncession, som regel ska föregås av ett annonserat förfarande. Berörda uppdragstagare ska behandlas likvärdigt och utan ovidkommande hänsyn.

En fråga som i nu aktuellt avseende därvid uppkommer är om institutet tjänstekoncession inryms i begreppet myndighetsutövning eller, i likhet med offentlig upphandling, hamnar utanför detta begrepp. Tjänstekoncession är för svenskt nationellt vidkommande ett helt nytt rättsinstitut som kan antas få omfattande betydelse vid framtida rättstillämpning.

Begreppet *myndighetsutövning* har kommit att få en skiftande betydelse i rättstillämpningen. En förklaring till detta kan vara att den legaldefinition som tidigare återfanns i den äldre förvaltningslagen (1971:290) har tagits bort ur nu gällande lag. I betänkandet, En ny förvaltningslag (SOU 2010:29) föreslås vidare att begreppet helt mönstras ut ur förvaltningslagen.

Tilldelning vid offentlig upphandling har inte ansetts innefatta myndighetsutövning i straffrättslig mening.¹⁶ Någon motsvarande bedömning avseende tilldelning av tjänstekoncession finns veterligen inte. Även om mycket talar för att tjänstekoncession, till skillnad från offentlig upphandling, innefattar myndighetsutövning, bl.a. att det avser tilldelning av en rättighet som kan utgöra en ensamrätt (monopol) samt att ersättning kan komma i fråga utan att därvid anses utgöra vederlag för tjänsternas utförande, bör det i lag särskilt klarläggas att detta är fallet. Tilldelning av tjänstekoncession riskerar annars att falla utanför det föreslagna straffstadgandets tillämpningsområde.

Stockholm den 14 oktober 2010

KONKURRENSKOMMISSIONEN

Inger Ridderstrand-Linderöth
/ordförande/

Pär Cronhult
/föredragande/

¹⁵ Kammarrätten i Stockholm, dom av den 14 februari 2007 i mål 797-06. Se även yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (dnr. 2006/0068-29).

¹⁶ sJO-beslut av den 29 juni 2007 i ärende 3006-2005 samt av den 6 maj 2010 i ärende 3026-2009.