

PM 2 2008-03-07 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tilldelning av uppdragsavtal utan föregående anbudsinfordran.

Statens historiska museer har utan föregående infordran av konkurrerande anbud på marknaden tecknat avtal med ett privat bolag avseende driften av Historiska museets restaurang.

Statens historiska museer (nedan Historiska museet) har den 7 och 8 november 2007 tecknat avtal med ett privat företag (nedan Entreprenören) avseende driften av Historiska museets restaurang.

Av det aktuella avtalet mellan Historiska museet och Entreprenören (nedan Driftavtalet) framgår att Entreprenören under perioden den 16 november 2007 till och med den 31 december 2008, utan möjlighet till förlängning, skall handha driften av restaurangverksamheten i Historiska museets lokaler på Narvavägen i Stockholm. Uppdraget inkluderar förutom traditionell café och restaurangverksamhet även beställningsverksamhet till konferensrummen och besökande grupper. Parternas ansvar enligt Driftavtalet fördelar sig på följande sätt:

Entreprenören skall å den ena sidan utveckla och inför Historiska museet svara för driften restaurangverksamheten samt svara för leverans av intern catering (varvid förekommande inköpsrabatter skall utnyttjas och gottskrivas museet). Detta skall ske genom att Entreprenören skall tillhandahålla och avlöna för verksamheten erforderlig och kvalificerad personal samt även i övrigt fullgöra de skyldigheter som åligger arbetsgivare (inkl löpande hälsokontroller och ansvar för arbetskläder). Entreprenören ansvarar vidare för att verksamheten bedrivs i enlighet med gällande ordnings- och skyddsföreskrifter och skall se till att inneha för verksamheten erforderliga tillstånd, inklusive alkoholtillstånd. Restaurangverksamheten skall ledas av en utbildad och kvalificerad person. Entreprenören skall även vårda och utöva noggrann tillsyn över upplåtna lokaler med inventarier och svara för städning av köks- och ekonomiutrymmen jämte omklädningsrum samt för att i verksamheten förekommande bord och stolar dagligen avtorkas och återställs. Skador som vållats av Entreprenören inhyrd eller anställd personal skall ersättas av Entreprenören, vilken även löpande skall underrätta Historiska museet om uppkommande skador m.m. (§ 3).

Historiska museet skall å den andra sidan tillhandahålla Entreprenören för den kontrakterade verksamheten erforderliga lokaler med fast och lös inredning, utrustning och utensilier samt svara för normala reparationer och underhåll av upplåten egendom jämte städning av matsalar. Historiska museet skall även svara för restaurangverksamhetens kostnader för vatten, elkraft, värme, kylanordningar och ventilationsanläggning, renhållning, sotning och rensning av avlopp (inkl. fettavskiljare) jämte eventuell skadedjursbekämpning samt bekosta restaurangens kassaterminal och därtill kopplade betalsystem jämte ett i förhållande till restaurangens behov rimligt nyttjande av telefon, telefax samt dator inklusive internetuppkoppling (§ 4).

Driftavtalet innehåller vidare minimikrav på öppettider för restaurangen jämte föreskrifter om att Historiska museet äger rätt att besluta om prissättning (§ 7) samt reglerar vilka betalningssystem som skall tillämpas vid Entreprenörens försäljning av produkter och tjänster i restaurangen (§ 8). Museet skall godkänna av Entreprenören anställda nyckelpersoner som restaurangchef och köksansvarig (§ 10) och ha fritt tillträde till upplåtna lokaler (§ 11).

Redovisning och bokföring av intäkter och kostnader i restaurangverksamheten ankommer enligt avtalet på Entreprenören medan Historiska museet skall äga rätt till insyn i räkenskaper och övriga handlingar (§ 5). Parterna skall, kvartalsvis eller oftare, analysera det ekonomiska utfallet av verksamheten. Som underlag för den ekonomiska uppföljningen skall ligga en gemensamt godkänd budget för avtalsperioden. Entreprenören skall också upprätta månatliga bokslut, varefter löpande resultatrapporter jämte ingående statistik gällande försäljningen av varor och tjänster skall tillställas Historiska museet (§ 5).

Förekommande positivt driftsresultat (driftsöverskottet) skall fördelas lika (50/50) mellan parterna (§ 5). Därutöver skall Historiska museet erlägga fast ersättning till Entreprenören med 20.000 kronor per månad¹(§ 6). Någon hyra utgår inte mellan parterna för upplåtelsen av lokaler m.m.

Någon infordran av konkurrerande anbud har inte föregått Driftsavtalet mellan Historiska museet avtal och Entreprenören. Historiska museet har dock tidigare haft en annons införd på i vart fall museets hemsida, www.shmm.se, där det framgår att museet söker ”Krögare till Historiska museet”. Ett underlag, rubricerat ”ANBUDESINFORDRAN CAFETERIA/RESTAURANG-RÖRELSE HISTORISKA MUSEET” har även upprättats och anbud har kommit in. Det aktuella underlaget avviker emellertid från det Driftsavtal som sedermera kom att tilldelades Entreprenören, särskilt med avseende på museets insyn i verksamheten och formerna för ersättning.² Upphandlingen avbröts senare av Historiska museet sedan den handläggande tjänstemannen avlidit.

Det s.k. kontraktsvärdet av Driftavtalet kan uppskattas till ungefär c:a 700.000 kronor, varav 280.000 kronor hänför sig till den i avtalet garanterade minimiersättningen (20.000 kr/mån x 14 mån). Förutom Entreprenören finns det på marknaden för drift av institutionsrestauranger ett flertal konkurrerande leverantörer.

Gällande rätt

En myndighets kontrakt med ett fristående rättssubjekt avseende driften av en institutionsrestaurang kan utgöra antingen upphandling av ett offentligt tjänstekontrakt eller tilldelning av en tjänstekoncession. Vilket regelverk som skall tillämpas beror ytterst på hur avtalskonstruktionen är utformad.

Oaktat vilken avtalskonstruktion som har valts gäller rent allmänt EG-fördragets grundläggande bestämmelser om *fri rörlighet* som kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Principerna om *likabehandling* och *icke-diskriminering*³ innefattar enligt EG-domstolarnas fasta praxis⁴, krav att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare inte får diskrimineras utan skall erbjudas lika förutsättningar att komma ifråga för koncessioner eller offentlig upphandling. Medlemsstaternas myndigheter får inte utan särskilda skäl diskriminera på grund av nationalitet genom att exempelvis vända sig direkt till viss nationell utförare. Förekommande krav och kriterier får inte heller utformas med utgångspunkt i att endast en viss utförare skall kunna komma ifråga. Principen om *insyn* innebär att det skall råda transparens och öppenhet avseende samtliga förutsättningar för sådana förfoganden där medlemsstaternas myndigheter tilldelar kontrakt i samband med koncession eller offentlig upphandling, bland annat skall som huvudregel anbud infordras i ett offentligt förfarande.

Med *upphandling* avses förfarandet fram till och med tilldelningen av ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande enheter och som avser bl.a. leverans av tjänster. Begreppet *offentligt kontrakt* skall

¹ Detta fasta ersättningsbelopp på 20.000 kr skall avräknas från resultatet, som en del av verksamhetens rörelsekostnad. Den vinst som enligt Driftsavtalet skall fördelas mellan parterna utgör således ett nettoresultat.

² Historiska museet tillförsäkrades inte samma inflytande över öppettider eller prissättning som senare i Driftsavtalet. Ersättning skulle vidare utgå från Entreprenören till Historiska museet och museet utfäste inte, som i Driftsavtalet, någon garanterad inkomst.

³ Den allmänna principen om likabehandling i EG-fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, även direkt giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen att ”Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitikerna samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen” (se prop. 1994/95:19 del 1 s. 478). Principen skall förstås så att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa (t.ex. inhemska) leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

⁴ Se EG-domstolens dom den 11 juli 1991 i målet C-243/89, *Kommissionen mot Danmark*, REG 1989, s. I-3641 samt den 25 april 1996 i målet 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.

enligt EG-kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning. Karakteristiskt för ett offentligt tjänstekontrakt är således att leverantören mot ersättning skall åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens eller enhetens räkning.⁵

Skyldighet att följa upphandlingsbestämmelserna åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt 1992 års lag benämns som *upphandlande enheter*.⁶ Tillsynsmyndighet för offentlig upphandling var tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU), numera är det Konkurrensverket som utövar tillsynen.⁷

Tilldelning av ett offentligt tjänstekontrakt, där upphandlingsförfarandet har påbörjats under perioden den 1 januari 1994 till och med den 31 december 2007,⁸ regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på bl.a. Europeiska rådets direktiv (92/50/EG) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte ändringsdirektiv.⁹ Avseende upphandling som har påbörjats under senare år skall 1992 års LOU emellertid dock tolkas i enlighet med de nya upphandlingsdirektiv (2004/17/EG och 2004/18/EG), vilka i sina obligatoriska delar trädde i kraft per den 1 februari 2006.¹⁰ Sedan den 1 januari 2008 har bestämmelserna i lagen ersatts av 2007 års lag om offentlig upphandling.

Kafeteriaverksamhet (CPV 55330000) jämte matsalstjänster och catering (CPV 55500000) utgör sådana ”Hotell- och restaurangtjänster” (kategori 27) enligt en bilaga B till LOU vilka oavsett det samlade ekonomiska s.k. kontraktsvärdet av upphandlingen¹¹ skall upphandlas enligt det nationellt bestämda regelverket i 6 kap. LOU.¹²

Enligt en huvudregel i 1 kap. 4 § LOU skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens. Enligt de därmed följande principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*, vilka är generell tillämpliga på all upphandling och således även på upphandlingar enligt 6 kap. LOU,¹³ skall

⁵ Med upphandling avses enligt 1 kap. 5 § LOU köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Se vidare definitionen av offentligt kontrakt och offentligt tjänstekontrakt i art. 1.2 a) och d) i det klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) samt EG-domstolens dom den 12 juli 2001 i mål C-399/98, *la Scala*, REG 2001, s. I-5409, pp. 6 och 51. Se även Nämnden för offentlig upphandling (NOU), skrivelse den 16 juni 2005 till Länsrätten i Stockholms län (dnr. 2005/0121-29).

⁶ Enligt 2007 års LOU benämns myndigheter och andra upphandlingsskyldiga organ inom den klassiska sektorn som *upphandlande myndigheter*. Termen upphandlande enheter är numera enbart förbehållet organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna.

⁷ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret över den offentliga upphandlingen till Konkurrensverket.

⁸ Se övergångsbestämmelserna i lagen (2007:1093) om upphävande av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

⁹ 1992 års lag om offentlig upphandling (LOU) bygger i här aktuellt avseende på Europeiska rådets direktiv (92/50/EG) av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster (tjänsteupphandlingsdirektivet) jämte rådets direktiv (93/38/EG) av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationssektorerna (gamla försörjningssektorsupphandlingsdirektivet) jämte senare ändringsdirektiv.

¹⁰ Angivna direktiv antogs av rådet och parlamentet per den 31 mars 2004 och trädde i sina obligatoriska delar i kraft per den 1 februari 2006. För perioden från och med antagandet fram till och med ikraftträdandet den 1 februari 2006 skall enligt principen om s.k. indirekt effekt bestämmelserna i LOU tolkas konformt med de nya direktiven. Efter ikraftträdandet skall bindande direktivbestämmelse med s.k. direkt effekt äga företräde framför LOU.

¹¹ Om ett upphandlingskontrakt avseende tjänster inte anger något totalpris skall kontraktsvärdet enligt 5 kap. 7 § LOU beräknas till det fulla värdet av tjänsterna under kontraktets löptid om denna är högst 48 månader och till månadsvärdet multiplicerat med talet 48, om löptiden är längre eller om kontraktet löper på obestämd tid.

¹² Bilaga B till LOU bygger i allt väsentligt på en klassificering av tjänster som numera finns sammanställd i den av Europeiska rådet och parlamentet antagna s.k. CPV-nomenklaturen (*Common Procurement Vocabulary*) - Se Europaparlamentets och rådets förordning (2002/2195/EG) av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003.

¹³ Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i målet C-59/00, *Vestergaard*, REG 2001, s. I-9505. Domstolen fastslog därvid att ”även om vissa avtal inte omfattas av tillämpningsområdet för gemenskapsdirektiven på området för offentlig upphandling är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler” (punkt 20) - för ett liknande resonemang, se även EG-domstolens dom den 7 december 2000 i målet C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745, p. 60, samt med avseende på annat än upphandling (koncessioner) domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397.

samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling.

Samtliga företag som tillhandahåller aktuella tjänster utgör ”leverantörer” i lagens mening och skall lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (”anbudsansökan”). Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får exempelvis inte ensidigt gynnas.

Enligt huvudregeln i 6 kap. 2 § LOU skall upphandling genomföras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Därvid skall den upphandlande enheten normalt begära anbud genom annons i en elektronisk databas, som är allmänt tillgänglig, eller annons i annan form som leder till effektiv konkurrens. Enligt förarbetena till den aktuella bestämmelsen i 6 kap. 2 a § LOU är det dock inte tillräckligt att den upphandlande enheten annonserar på sin egen hemsida.¹⁴

Undantag från annonseringsskyldigheten föreligger vid tjänsteupphandlingar enligt 6 kap. 2 § andra stycket samt 2 b § LOU under följande förutsättningar:

- upphandlingens värde är lågt¹⁵ eller det föreligger synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådskas orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten,
- det har vid en annonserad upphandling inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud,
- det som skall upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan levereras av endast en viss leverantör,
- upphandlingen gäller tilläggstjänster, eller
- upphandlingen gäller nya tjänster som består enbart av en upprepning av tjänster ingående i ett projekt som högst tre år tidigare varit föremål för upphandling enligt lagen om offentlig upphandling.

Bestämmelserna i LOU behöver inte tillämpas vid upphandling av tjänster från en annan upphandlande enhet som på grund av lag eller annan författning, som är förenlig med Romfördraget, har ensamrätt (s.k. rättsligt monopol) på att utföra tjänsten (se 5 kap. 2 § samt 6 kap. 16 § LOU). Även upplåtelse av arrende och hyra av fast egendom är som huvudregel undantaget från kraven på offentlig upphandling.¹⁶

En förutsättning för det senare undantaget är emellertid att fråga är om avtal som till sin innebörd utgör *rena* hyres- eller arrendeavtal. Andra avtal, vilka innefattar bestämmelser om att hyresgästen/arendatorn skall utföra vissa tjänster eller på vissa av hyresvärden/arendegivaren angivna villkor tillhandahålla nyttigheter, omfattas däremot inte alltid med säkerhet av undantagen i 5 kap. 1 § LOU. Sådana avtal måste underkastas en bedömning i sak och bör, om moment av tjänsteproduktion utgör icke obetydliga inslag i hyresgästen/arendatorns motprestation, upphandlas enligt bestämmelserna om tjänsteupphandling. Undantagen från LOU vid hyra och arrende är således inte tillämpliga i dessa fall.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i Årssammanställning för 1996 anfört följande: ”*NOU inser att det i vissa fall kan vara svårt att klart fastställa gränsen mellan arrende eller*

¹⁴ Se prop. 1999/2000:128, s.26 ”*LOU föreslås därför inte någon annan reglering än att databasen skall vara allmänt tillgänglig. Med detta menas att annonseringssättet och databasen skall vara så kända att en upphandlande enhet genom att annonsera uppnår effektiv konkurrens. Att en enhet annonserar på sin egen hemsida bör i allmänhet inte anses vara tillräckligt, och inte heller att en kommun annonserar i en lokal tidning eller på kommunens anslagstavla*”.

¹⁵ Som riktvärde för ett sådant *lågt värde* under vilket ett mer formaliserat upphandlingsförfarande inte behöver genomföras, utan direktupphandling istället kan tillämpas, har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) för en normal upphandlande enhets upphandling av varor angivit en generell övre gräns motsvarande ett (1) basbelopp (numera: ”prisbasbelopp”) enligt 1 kap. 6 § lagen (1962:381) om allmän försäkring. Vid tidpunkten för den nu aktuella upphandlingen uppgick gällande prisbasbelopp till c:a 39.300 kronor (Se vidare Nämnden för offentlig upphandling, NOU-info, årssammanställningen för 1993-95, s. 57. Senare har avgivits ett utredningsförslag (SOU 2006:28) om att inskriva *fasta riktvärden för direktupphandling* tio respektive tjuo procent av tröskelvärdet för varor och tjänster (f.n. ger detta riktvärdena 123.390 respektive 246.780 kronor för statliga myndigheter och 191.115 respektive 382.230 kronor för övriga upphandlande myndigheter/enheter inom den klassiska sektorn). Förslaget har ännu inte lett till någon lagstiftning.

¹⁶ Av 5 kap. 1 § första stycket punkten 1 LOU framgår att nyttjanderätt i vad form som helst till fastighet, byggnad eller annan egendom som utgör fast egendom generellt undantagits från lagens vidare tillämpning. Detta undantag torde med ledning av rättspraxis (NJA 1998 s. 873) gälla även för bestämmelserna i 6 kap. LOU.

hyra å ena sidan och anskaffandet av en tjänst å andra sidan. Gränserna måste dras mot bakgrund av avtalets syfte och utformning¹⁷. Enligt uttalanden i doktrin i anslutning till nämndens bedömning framgår att ju större frihet en arrendator eller hyresgäst har att själv disponera fastigheten, utforma innehållet i sina arbetsuppgifter och påverka verksamhetens lönsamhet, desto starkare skäl talar för att transaktionen är att bedöma som en hyra eller ett arrende.¹⁸

I flera avtal förekommer även viss reglering av vad hyresgästen skall eller inte skall ansvara för, inklusive tjänster åt uppdragsgivaren. Ju fler tjänster som utförs av uppdragsgivaren och ju mer uppdragsgivaren styr hyresgästens verksamhet i den uthyrda byggnaden, desto mer talar enligt NOU:s mening för att avtalet skall betraktas som ett avtal om anskaffning av tjänster och föregås av en upphandling enligt LOU.

Fråga om den angivna gränsdragningsproblematiken har även varit föremål för avgörande i underrättspraxis (Länsrätten i Göteborg och Kammarrätten i Göteborg).¹⁹ Fråga var om ett avtal mellan Tjörns kommun och en båtförening om förvaltning av en fritidsbåtshamn (arrende). Föreningen hade inte åtagit sig några tjänster eller arbeten utöver vad som var en naturlig del av driften av båthamnen, varför avtalet enligt kammarrättens bedömning inte ansågs innefatta upphandling i LOU:s mening. Hade den upphandlande enheten emellertid styrt verksamheten mera i detalj, bestämt avgifters storlek, krävt att nyttjanderättshavaren också skall utföra andra tjänster, hade såvitt framgår av domskälen, resultatet kunnat ha blivit ett annat.²⁰

Om ett tjänstekontrakt som har varit föremål för tilldelning av en upphandlande enhet inte innefattar ekonomiska villkor kan det vara fråga om en *tjänstekoncession*. Därmed avses enligt gällande gemenskapsrätt 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.²¹

Två förutsättningar skall samtidigt vara uppfyllda för att en koncession skall anses föreligga. För det första (1) skall koncessionshavaren erhålla rätten att utnyttja de för koncession upplåtna tjänsterna ekonomiskt. För det andra (2) skall den ekonomiska risken i samband med tjänsternas utövande övergå på koncessionshavaren ensam.

Gemensamma bestämmelser för den rättsliga regleringen avseende såväl offentlig upphandling som tjänstekoncessioner är EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet som kommer till uttryck i artiklarna 43 EG och 49 EG, liksom de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. De senare principerna innefattar enligt EG-domstolarnas fasta praxis att såväl faktiska som potentiella anbudsgivare inte får diskrimineras genom att den upphandlande enheten exempelvis vänder sig direkt till viss nationell utförare. Av kravet på *likabehandling* följer att samtliga anbudsgivare skall erbjudas lika förutsättningar för att kunna

¹⁷ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) årsammanställningen NOU-info för 1996.

¹⁸ Hentze-Sylvén, lagbokscommentaren till lagen om offentlig upphandling (gula upplagan, sid 354). Se även NOU:s nyhetsbrev mars 1999, s. 3.

¹⁹ Länsrätten i Göteborg mål nr. 7907-98 E och Kammarrätten i Göteborg mål nr. 8608-1998.

²⁰ Länsrätten, vars domslut fastställdes av kammarrätten, hänvisade i skälen till NOU:s ärenden, om bl.a. drift av campingplats, vandrarhem och kursgård, med inslag av tjänstekoncession. Ur domen kan läsas: "Nämnden har därvid intagit den ståndpunkten att har avtalet inkom avsett driften av en verksamhet som nyttjanderättshavaren helt har fått styra och ta emot betalning för, för egen del, har detta ansetts som ett hyres- eller nyttjanderättsavtal som inte har behövt vara föremål för upphandling. Om däremot den upphandlande enheten dels styrt verksamheten mera i detalj, bestämt avgifters storlek, krävt att nyttjanderättshavaren också skall utföra andra tjänster, har mängden av sådana tjänster vägt in i bedömningen. Ju större andelen tjänster varit, desto mer har det övervägt till att anses som en tjänsteupphandling".

²¹ 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 I". Vid blandande kontrakt som avser såväl en kombination av tjänster med entreprenadarbeten eller varor gäller enligt den s.k. överviktsprincipen att kontraktet skall betraktas enligt den kategori som värdemässigt dominerar upphandlingen (se i artikel 1.2d andra stycket).

komma ifråga för koncessioner eller offentlig upphandling. Förekommande krav och kriterier får inte utformas med utgångspunkt i att endast en viss utförare skall kunna komma ifråga. Principen om *insyn* (transparens) innebär att det skall råda öppenhet avseende samtliga förutsättningar för sådana förfoganden där medlemsstaternas myndigheter tilldelar kontrakt i samband med koncession eller offentlig upphandling, bland annat skall som huvudregel anbud infordras i ett offentligt förfarande.²²

Någon rättslig definition eller reglering angående tilldelning av tjänstekoncession finns för närvarande inte.²³ EG-kommissionen avgav år 2000 ett tolkningsmeddelande av vilket framgår att tjänstekoncession skulle kunna anses föreligga om en upphandlande enhet överlåter en betydande ekonomisk risk för driften av en verksamhet på en koncessionshavare, som samtidigt ges rätten att kommersiellt utnyttja viss anläggning eller tjänst. Om däremot entreprenören ges garantier om kostnadstäckning för det fall att han utför arbetet på ett (enligt avtalet) tillfredsställande sätt kan det exempelvis inte anses föreligga någon tjänstekoncession.²⁴

Den beskrivna riskexponering som måste uppstå är karaktäristisk för just koncessioner. Den ekonomiska risken hänger i hög grad samman med de externa intäkter som koncessionshavaren kan få genom nyttjandet av anläggningen. Risköverföringen som sker från den upphandlande myndigheten eller enheten utgör därmed den avgörande skillnaden mellan koncessioner och offentliga tjänstekontrakt, där leverantören normalt bär risk endast 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.²⁵

Rättspraxis har senare utbildats i enlighet med detta synsätt. EG-domstolen har exempelvis ansett att ett kontrakt 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 utgivningen kommersiellt.²⁶ EG-domstolen har i ett senare avgörande även ansett ett kontrakt där en myndighet lade ut driften av avgiftsbelagda offentliga parkeringsplatser på ett parkeringsbolag skulle anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom bolaget som motprestation skulle erhålla ersättning från tredjeman och inte från den uppdragsgivande myndigheten.²⁷ En serie kontrakt där leverantörerna dels skulle erhålla viss (kommunal) ersättning för att ta emot brännbart avfall för omvandling till elenergi, dels fick möjlighet till inkomster även från tredje man för försäljningen av utvunnen elektricitet ansågs däremot inte utgöra koncession, även om de beräknade intäkterna från el-försäljningen icke var obetydliga.²⁸

²² Se EG-domstolens dom den 22 juni 1993 i mål C-243/89, *Storebæltsforbindelsen AS*, REG 1993, s. I-3353 samt den 25 april 1996 i målet 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.

²³ Regeringen har i propositionen 2006/07:128 med förslag till ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster uttryckligt undantagit tjänstekoncessioner från de föreslagna upphandlingslagarnas tillämpningsområde.

²⁴ Se EG-kommissionens tolkningsmeddelande den 29 april 2000 om koncessioner enligt EG-rätten (EUT C 121). 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.

²⁵ 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).

²⁶ Se EG-domstolens dom den 7 december 2000 i mål C 324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000 s. I-10745.

²⁷ EG-domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397.

²⁸ Se EG-domstolens dom den 18 juli 2007 i mål C-382/05, *Kommissionen mot Italien*, REG 2007, s. I-0000. Domstolen anförde särskilt följande (pp.39 och 40): "Beträffande den omständigheten att leverantörerna, vid sidan av den överenskomna avgiften, får uppbära intäkterna från försäljningen av den elektricitet som produceras i samband med hanteringen av avfallet, erinrar domstolen om att det i artikel 1 a i direktiv 92/50 talas om "avtal med ekonomiska villkor". De ekonomiska villkoren i ett avtal avser den motprestation som leverantören erbjuder av den upphandlande myndigheten med anledning av tillhandahållandet av tjänsterna i fråga ... I det föreliggande fallet är det uppenbart att den motprestation som leverantören får för tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna, det vill säga hantering av det avfall som överläts med energiåtervinning, i huvudsak består i den avgift som betalas av regionkommisariaten. [...] I det föreliggande fallet är det uppenbart att den motprestation som leverantören får för tillhandahållandet av de aktuella tjänsterna, det vill säga hantering av det avfall som överläts med energiåtervinning, i huvudsak består i den avgift som betalas av regionkommisariaten". - Se, för ett liknande resonemang, EG-domstolens dom den 18 januari 2007 i mål C-220/05, *Auroux m.fl.*, REG 2007, s. I-0000, p. 45.

I svensk nationell rättstillämpning har kommunala avtal om utförandet av obligatorisk sotning som skall betalas av tredje man hittills ansetts utgöra tjänstekoncessioner.²⁹ Även ett kontrakt avseende parkeringsövervakning, där leverantörens ersättning skulle bestå endast av rätten att tillgodogöra sig inflytande parkerings- och kontrollavgifter, har ansetts utgöra en tjänstekoncession.³⁰ Ett avtal avseende bl.a. driften av ett gym i en kommunal simhall har däremot inte bedömts utgöra koncession.³¹

Oaktat om ett kontrakt skall betraktas som ett offentligt tjänstekontrakt eller som en tjänstekoncession skall, som tidigare redovisats, den upphandlande myndigheten iakttäta EG-fördragets grundläggande regler, bland annat principen om förbud mot diskriminering. Detta innebär att kontraktet skall föregås av ett annonserat förfarande och att förekommande anbudsgivare skall behandlas likvärdigt och utan ovidkommande hänsyn.

Yttrande

Historiska museet har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande. På grund av omständigheter som myndigheten inte kunnat råda över avbröts under hösten 2007 en påbörjad upphandling av café/restaurangtjänster. Historiska museet har sedan dess inlett arbetet med en ny upphandling på området. Avsikten är att denna skall genomföras under 2008, så att en ny avtalsperiod kan börja löpa från den 1 januari 2009.

För att säkerställa att museets besökare kan ta del av café/restaurangtjänster under den period upphandlingen genomförs har ett tillfälligt s.k. management fee-avtal ingåtts med en entreprenör.

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.

Av utredningen i ärendet framgår att Historiska museet har tecknat avtal direkt med Entreprenören avseende utförande av vissa tjänster för driften av museets restaurang och för intern catering. Något annonserat upphandlings förfarande i enlighet med kraven i LOU har inte föregått avtalet.

De i ärendet aktuella förhållandena har betydelse främst för frågan om gränsdragning mellan tjänstekoncessioner och offentlig upphandling av tjänsteavtal.

För uppdraget erforderliga lokaler jämte inventarier och maskinell utrustning som behövs i verksamheten skall enligt Driftsavtalet tillhandahållas av Historiska museet. Även löpande kostnader för vatten, elkraft, värme, kylanordningar och ventilationsanläggning, renhållning, sotning och avloppsrensning m.m. skall bekostas av museet. Driftsavtalet innefattar således inte krav på några fasta investeringar från Entreprenörens sida. Vidare skall Entreprenören, förutom en andel motsvarande hälften av driftsöverskottet, erhålla en garanterad ersättning från museet på minst 20.000 kronor i månaden. Således har den ekonomiska risken för restaurangverksamheten aldrig kommit att överföras på Entreprenören, vilket talar för att den aktuella kontraktstilldelningen skall betraktas som en offentlig upphandling av tjänst och inte som en koncession.

I Driftavtalet anges särskilt att detta inte inbegriper något hyresförhållande mellan parterna. Historiska museet tillförsäkras även ett sådant inflytande över driften av verksamheten som normalt inte kan förknippas med ett rent hyresförhållande. Undantaget i LOU avseende hyresavtal kan således inte göras gällande i det aktuella fallet.

²⁹ Se Kammarrätten i Sundsvall, dom den 25 juni 2007 i mål 721-07 samt Kammarrätten i Stockholm, ännu inte laga kraftvunnet avgörande den 14 november 2006 i de förenade målen 6595-06 och 6596-06. För närvarande prövas dessa senare mål av Regeringsrätten, vilken meddelat prövningstillstånd genom beslut den 27 februari 2007 (mål nr. 7364-07 och 7366-07).

³⁰ Kammarrätten i Stockholm, dom den 4 juli 2005 i mål 4374-05.

³¹ Kammarrätten i Stockholm, dom den 14 februari 2007 i mål 797-06. Se även yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i detta mål (dnr. 2006/0068-29).

Driftsavtalets kontraktsvärde kan inte betecknas som lågt och det har inte förelegat några synnerliga skäl såsom exempelvis synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på Historiska museet. De omständigheter som Historiska museet åberopar i sitt yttrande, vilka torde hänföra sig till att den för upphandling ansvariga tjänstemannen hastigt avlidit, utgör inte sådana särskilda skäl att direktupphandling har kunnat genomföras. Myndigheten borde ha haft en sådan organisation att den påbörjade upphandlingen ändå hade kunnat slutföras.

Under angivna förhållanden borde förfarandet ha handlagts enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU, eftersom Hotell- och restaurangtjänster (kategori 17) utgör s.k. B-tjänster enligt bilaga B till lagen.

De aktuella tjänsterna omfattas inte av teknisk eller konstnärlig ensamrätt som gör att de kan levereras endast av Entreprenören. Annonsering på en egen hemsida anses normalt inte uppfylla lagens krav, varför någon tidigare annonserad upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU inte har genomförts. Avtalsvillkoren i Driftsavtalet är dessutom väsentlig annorlunda än det avtalsunderlag som tidigare upprättats. Driftsavtalet avser vare sig tilläggsbeställningar eller uppreningsarbeten i anledning av tidigare upphandlat kontrakt.

Avtalsförhållandet mellan Historiska museet och Entreprenören har således kommit till vid sidan av gällande bestämmelser om offentlig upphandling.

Även om Historiska museets aktuella tilldelning skulle betraktas som en tjänstekoncession är EG-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet, som finns införda i artiklarna 43 EG och 49 EG, samt principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn tillämpliga.

Tilldelningen skulle därför, även om den skulle anses utgöra en tjänstekoncession, ha handlagts genom ett anbuds förfarande så att potentiella anbudsgivare erbjudits lika förutsättningar att komma ifråga, i konkurrens med varandra och på lika villkor. Bland annat skulle som huvudregel anbud ha infor drats i ett offentligt förfarande.

Genom att underlåta offentlig anbudsinfördran har Historiska museets åsidosatt EG-fördragets grundläggande bestämmelser. Konkurrensen på marknaden för restaurang- och cateringtjänster har därmed kommit att snedvridas. Den omständigheten att Historiska museet, efter den aktuella avtalstidens utgång, avser att upphandla tjänsterna på nytt medför inte annan bedömning.