

Commission Européenne
MARKT/C1/JK/ns(2012)1584960
1049 BRUXELLES
BELGIEN

Ang. offentlig upphandling – klagomål nr CHAP (2012)01523, ref. Ares(2012) 1366406

Som ombud för Fazer Restauranger AB (nedan Fazer) har jag i rubricerade klagomålsärende lämnats möjlighet att yttra mig över en skrivelse av den 20 november 2012, vari kommissionen ger uttryck för sin preliminära syn på ärendet. Jag får med anledning av denna skrivelse anföra följande.

(I) Fazer är fullt medveten om att några detaljerade regler på området för tilldelning av koncessioner för närvarande ännu inte har antagits av Europeiska unionen.

Som framgår av det rubricerade klagomål som Fazer anfört hos kommissionen (nedan Klagomålet) grundar sig emellertid detta inte på några sekundärrättsliga bestämmelser utan på de grundläggande normer som följer av den primära unionsrätten i form av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster samt de därpå grundade principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt insyn.

EU-domstolen har tydligt givit uttryck för bl.a. att villkoren för koncessionsgivning ska kunna underkastas en kontroll av behöriga (nationella) domstolar.¹ Även kommissionen har i art. 2.3.3 i sitt tolkningsmeddelande den 1 augusti 2006² uttalat att enskilda enligt EU-domstolens rättspraxis ska ha rätt till ett effektivt rättsligt skydd i enlighet med de rättigheter och de grundläggande principer de har enligt gemenskapens rättsordning, samt att det ankommer på medlemsstaterna att tillhandahålla nödvändiga regler och förfaranden för att garantera ett sådant effektivt rättsligt skydd.

För att uppfylla det ovan angivna kravet på ett effektivt rättsligt skydd, bör enligt samma punkt i tolkningsmeddelandet åtminstone de beslut som är negativa för en person som är eller har varit intresserad av att tilldelas ett kontrakt bli föremål för prövning av om man brutit mot de grundläggande normer som följer av den primära gemenskapsrätten. I enlighet med angiven unionsrättslig rättspraxis om rättsligt skydd får enligt tolkningsmeddelandet vidare möjligheterna till rättelse bland annat inte vara sådana att det i praktiken är omöjligt eller mycket svårt att få rättsligt skydd (principen om effektivitet).

¹ EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 50.

² Tolkningsmeddelande den 1 augusti 2006 om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

Emellertid finns det i Sverige för närvarande inte något tillgängligt domstolsförfarande för genomförande av en sådan kontroll som kommissionen och EU-domstolen syftar till. Detta framgår bl.a. av den dokumentation som tidigare givits in till stöd för Klagomålet men även av Högsta Förvaltningsdomstolens bilagda avgörande den 10 maj 2012, Bilaga 9,³ där domstolen bl.a. fastslår att villkoren för tilldelning av en tjänstekoncession som är av privaträttslig karaktär inte enligt nationella bestämmelser kan överklagas genom förvaltningsbesvär. De unionsrättsliga kraven på effektiva rättsmedel till kontroll av tjänstekoncessioner kan således enligt Högsta förvaltningsdomstolens angivna praxis inte tillgodose någon åtgärd om rättelse, utan möjligen enbart eventuell kompensation genom skadestånd.

(II) När det gäller föremålet för den nu i ärendet aktuella tjänstekoncessionen avseende drift av sjukhusrestaurang och serveringar i Uppsala kan vidare upplysas att Fazer tidigare på uppdrag av Uppsala läns landsting har drivit delar av nämnda verksamhet och därvid omsatte i genomsnitt c:a [REDACTED] per år. Fazer kan vid behov, efter anfordran styrka denna uppgift inför kommissionen. Fazer hemställer dock om att uppgiften med hänsyn till bolagets behöriga kommersiella intressen behandlas med sekretess i samband med handläggningen i kommissionen.

Enligt vad den upphandlande myndigheten, Landstinget i Uppsala län, själv har redovisat på sidorna 3-4 i förfrågningsunderlaget, Bilaga 10, motsvarar den aktuella tjänstekoncessionen ett samlat beräknat kontraktsvärde uppgående till c:a 4 miljoner euro (c:a 39,5 miljoner SEK) per år. Vidare framgår av underlaget, Bilaga 11, att koncessionen omfattar perioden den 1 januari 2012 till och med den 14 januari 2016 (5 år) med möjlighet till 24 månaders förlängning (2 år), således maximalt (5+2=) 7 år.

Det kan härigenom konstateras att kontraktsvärdet avseende den aktuella tjänstekoncessionen enligt upphandlande myndighetens egen uppskattning uppgår till c:a 20 miljoner euro (c:a 197 miljoner SEK) under koncessionens drygt 5-åriga huvudavtalstid. Ska även förekommande optionsrätt om förlängning av koncessionen räknas in (jfr. art 6.1 i kommissionens förslag den 20 december 2011 till ett nytt tjänstekoncessionsdirektiv)⁴ uppgår kontraktsvärdet till ett högre belopp om c:a 28 miljoner euro (c:a 279 miljoner SEK).

Den aktuella tjänstekoncessionens därmed uppskattade kontraktsvärde kan således konstateras väsentligt överstiga det tröskelvärde på 5 miljoner euro som enligt art 5.1 i kommissionens förslag till ett nytt tjänstekoncessionsdirektiv⁴ ska anses medföra tillräcklig storlek och omfattning för att vara relevant för den inre marknaden.

Ovan angivna beloppsangivelser baserar sig på den omräkningskurs på 9,49 SEK relativt 1 euro, vilken för svenskt vidkommande har angivits av kommissionen i meddelande den 3 december 2011 om motvärden till tröskelvärden⁵. Eurokursen den 9 maj 2011, då den i ärendet aktuella anbudsinfordran påbörjades, uppgick däremot till 8,99 SEK, vilket omräknat i euro skulle medföra ytterligare något högre kontraktsvärde än vad som redovisas ovan.

(III) Enligt vad som påtalas i Klagomålet, och sedermera även har manifesterats genom Högsta förvaltningsdomstolens senare avgörande i ett annat mål (Bilaga 9), ligger det ett uppenbart systemfel i att svenska nationella domstolar inte erkänner, eller i vart fall vägrar att såsom gällande svensk lag tillämpa, sådana rättigheter som grundas i den primära unionsrätten i form av bestämmelserna om etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster samt de grundläggande principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering.

³ Högsta Förvaltningsdomstolens (i Sverige) dom av den 10 maj 2012 i mål 4042-11.

⁴ Kommissionens förslag av den 20 december 2011 till Europaparlamentets och Rådets direktiv om tilldelning av koncessioner (KOM2011/0897 slutlig).

⁵ Meddelande från kommissionen – Motvärden till tröskelvärdena i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG (2011/C 353/01).

Som framgår av det tidigare i Klagomålet citerade avsnittet från Förvaltningsrätten i Uppsala anser domstolen att "EU-rättsliga principer eller andra allmänna rättsprinciper [inte kan] anses grunda en rätt för [Fazer] att få talan prövad" (se Bilaga 5, sid. 5). Liknande bedömning har i ett annat mål uttryckts av Förvaltningsrätten i Malmö genom att till grund för i ett mål om prövning av lagligheten av ett beslut om direkttilldelning av en tjänstekoncession ange bl.a. följande: "rättsprinciper som kommer till uttryck i EU-fördragen och EU-domstolens praxis kan inte, enligt förvaltningsrättens bedömning, medföra att ett kommunalt beslut ska upphävas med stöd av 10 kap. 8 § [kommunallagen – 1991:900]".

Det spelar således härvid inte någon roll om kontraktsvärdet avseende en tilldelat offentligt kontrakt med tjänstekoncession uppgår till 5 miljoner eller 500 miljoner euro. Domstolarna vägrar ändå att tillämpa EU:s primärrättsliga reglering eller lägga denna till grund för rättslig bedömning på samma sätt som om yrkande hade grundats på inhemsk lagstiftning. Det synsätt som härigenom kommer till uttryck strider enligt Fazers mening mot den unionsrättsliga s.k. likvärdighetsprincipen, och även mot (numera) artikel 47 i EU:s stadga om rätt till effektiva rättsmedel.⁶

Under senare tid har svenska upphandlande myndigheter, som en följd av domstolarnas ovan redovisade inställning, kommit att aktivt styra om sina anskaffningar (lagligen eller inte) till att bli tjänstekoncessioner istället för offentligt upphandlade tjänstekontrakt. Bland annat har flera kommunala renhållningskontrakt för sammanlagt hundratals miljoner euro kommit att genomföras som tjänstekoncessioner (jfr. Bilaga 12). Detta sker i de upphandlande myndigheternas uttalade förvisning om att förekommande förfaranden och beslut om kontraktstildelning inte kommer att kunna underkastas någon rättslig prövning och kontroll enligt den primära unionsrätten och principerna om bl.a. likabehandling och icke-diskriminering samt insyn (transparens).

Det är mot denna bakgrund angeläget att kommissionen inleder ett överträdelseförfarande mot Sverige så att svenska myndigheter och domstolar skyndsamt uppmärksammas på att de har att iaktta även unionsrätten och des primärrättsligt grundade principer såsom gällande rätt vilka på samma villkor som inhemsk lagstiftning måtte kunna prövas i nationella domstolar; nu särskilt med avseende på enskildas möjlighet till rättelse vid upphandlande myndigheters tilldelning av tjänstekoncession.

Stockholm den 27 december 2012


Pär Cronhult

Ytterligare handlingar som åberopas till stöd för klagomålet

- Bilaga 9: Kopia, Högsta Förvaltningsdomstolens dom av den 10 maj 2012 i mål 4042-11.
- Bilaga 10: Utdrag Landstinget i Uppsala läns förfrågningsunderlag (dnr. UPPH211-0072), sidorna 3–4/17, närmast punkten 1.1.1, "Upphandlingens omfattning".
- Bilaga 11: Utdrag ur Landstinget i Uppsala läns förfrågningsunderlag (dnr. UPPH211-0072), "Anbudsinbjudan".
- Bilaga 12: Kopia, Förvaltningsrätten i Malmös dom av den 18 oktober 2012 i mål 11851-11.

⁶ Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.