

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
4042-11

meddelad i Stockholm den 10 maj 2012

KLAGANDE

Välfärden – kök & kaffe AB

Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Malmö högskola
205 06 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 26 maj 2011 i mål nr 6797-10

SAKEN

Upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

Malmö högskola har tagit in anbud på rätten att hyra och bedriva restaurang- och caféverksamhet i högskolans lokaler. Enligt förfrågningsunderlaget avsåg upphandlingen en tjänstekoncession. Efter utvärdering av de inkomna anbuden beslutade högskolan att ingå avtal med Vedbark Restaurang AB (Vedbark). Välfärden – kök & kaffe AB (Välfärden) ansökte om överprövning hos

Dok.Id 118891

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

Förvaltningsrätten i Malmö och gjorde gällande att det var fråga om en upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Förvaltningsrätten fann att kontraktet avsåg en tjänstekoncession som inte kunde prövas med stöd av LOU och avvisade ansökningsen. Hos kammarrätten yrkade Valfärden att målet skulle återförvisas till förvaltningsrätten, i första hand för överprövning enligt LOU och i andra hand för prövning av överklagande enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223), FL. Kammarrätten fann att beslutet gällde en tjänstekoncession som inte kunde prövas med stöd av LOU och att beslutet inte heller var överklagbart enligt förvaltningslagen. Kammarrätten avslag därför överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Valfärden fullföljer sin talan och anför bl.a. följande. I målet aktualiseras två rättsfrågor. Den ena gäller den rättsliga prövningen av kontrakt som innefattar såväl tjänstekoncessioner som tjänstekontrakt, där alltså den upphandlande myndigheten i samband med en tjänstekoncession också köper varor, tjänster eller byggtreprenader för eget behov. Varken i svensk eller unionsrättslig praxis finns det för dessa fall någon sådan överviktsprincip som annars kan komma i fråga vid blandade kontrakt. Den andra frågan gäller hur det går att få till stånd en domstolskontroll av om svenska myndigheters villkor för anbudsinfordran och beslut om tilldelning av tjänstekoncessioner har utformats i enlighet med unionsfördragen och de grundläggande principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn. Av artikel 6 i EU-fördraget och artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna följer ett krav på effektivt rättsmedel för den vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts. Bestämmelsen i 22 a § FL medger sådan domstolskontroll av tjänstekoncessioner som enligt unionsrätten ska finnas tillgänglig inom den nationella rätten.

Malmö högskola bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Målet avser inte ett blandat kontrakt. Valfärdens talan har inte avslagits av processuella skäl utan domstolarna har funnit att upphandlingen faller utanför reglerna i LOU

och att någon överprövning av förfarandet därför inte är möjlig. Bolaget kan således inte anses ha förvägrats sina grundläggande fri- och rättigheter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Överprövning enligt LOU

Välfärden hävdar att en överprövning enligt LOU kan göras eftersom det är fråga om ett avtal som innefattar både en tjänstekoncession och ett tjänstekontrakt.

Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte t.ex. att tilldela ett tjänstekontrakt. Med tjänstekontrakt avses enligt 2 kap. 18 § första stycket ett kontrakt som gäller utförande av vissa tjänster. Av andra stycket följer att ett kontrakt som avser varor och som även omfattar vissa tjänster ska behandlas som ett tjänstekontrakt om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna.

En tjänstekoncession är enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (artikel 17). Av 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU framgår att endast 1 kap. 12 § gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Sådana kan alltså inte överprövas enligt LOU (se prop. 2006/07:128 s. 183 och RÅ 2008 not. 101).

Av Malmö högskolas avtal med Vedbark framgår inte annat än att restauratörens inkomster väsentligen kommer att genereras i den verksamhet som riktas mot utomstående. Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i kammarrättens bedömning att avtalet avser en tjänstekoncession och att beslutet inte kan överprövas enligt LOU.

Andra rättsmedel

Högskolan har fattat sitt beslut i egenskap av fastighetsägare. Beslutet är av privaträttslig karaktär och kan inte överklagas med tillämpning av bestämmelserna i förvaltningslagen.

De krav som EU-rätten ställer måste emellertid beaktas. Enligt artikel 47 i EU:s rättighetsstadga har var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter kränkts rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol. Bestämmelsen knyter an till en etablerad praxis från EU-domstolen (jfr RÅ 1997 ref. 65 och det där åberopade Borellimålet).

Av EU-domstolens praxis framgår 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 (C-324/98 Telaustria och Telefonadress, punkt 60). Det ankommer på varje medlemsstats interna rättsordning att fastställa de rättsmedel som syftar till att säkerställa skyddet för enskildas rättigheter (C-91/08 Wall, punkterna 63-65). 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).

Av EU-domstolens avgörande i mål C-432/05 Unibet, punkt 58, följer att en talan om fastställelse av skadeståndsskyldighet kan utgöra ett rättsligt förfarande som ger ett effektivt skydd av den enskildes rättigheter enligt unionsrätten. Vid införandet av LOU förutsattes också att frågan om en tjänstekoncession hade upphandlats med iakttagande av EU-rättens grundläggande principer om insyn, icke-diskriminering och likabehandling kunde bli föremål för en skadeståndstalan (prop. 2006/07:128 s. 183).

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar 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 krav på ett effektivt

Mål nr
4042-11

rättsmedel som skulle kunna aktualiseras i ärendet kan tillgodoses genom en skadeståndstalan. Överklagandet ska därför avslås.

Gustaf Sandström

Karin Almgren

Eskil Nord

Annika Brickman

Helena Jäderblom

Maria Andersson

Föredragande justitiesekreterare

Avd. I

Föredraget 2012-01-25