



**KLAGANDE**

Uppsala kommun

Ombud: Advokat Roger Hagman  
Box 45030  
104 30 Stockholm

**MOTPART**

Samres AB, 556433-7417

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult och advokat Kristian Pedersen  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrättens i Uppsala dom den 5 oktober 2012  
i mål nr 2910-12, se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KONKURRENSVERKET</b> |        |
| 2013-06-17              |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| KSnr                    | Aktbil |

**YRKANDEN M.M.**

**Uppsala kommun** (kommunen) yrkar att kammarrätten avvisar alternativt avslår ansökan om överprövning. Kommunen anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Den omständigheten att hela ersättningen erläggs av kommunen är inte avgörande för frågan om tjänstekoncession föreligger eller inte. Av betydelse är att det är den färdtjänstberättigade som själv kommer att kunna välja leverantör och att kommunen ensidigt kommer att bestämma leverantörens ersättning i form av fast pris, inte som brukligt leverantören i sitt anbud. En förutsättning för ersättning är att färdtjänstresenären avropar resan direkt från någon av kommunen "godkänd" leverantör och att denne utför uppdraget. Leverantören utsätts således för konkurrens och marknadens nycker (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-274-09 Stadler punkt 37).

Det kan inte av definitionen i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) utläsas någon begränsning i den upphandlande myndighetens betalningsandel. Enligt ordalydelsen är det tillräckligt att ersättningen utgörs av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels sådan rätt, dels betalning. Förvaltningsrätten har inte beaktat kommissionens och Konkurrensverkets uttalanden som ger stöd för tolkningen att ersättningen i sin helhet kan komma från den upphandlande myndigheten. Kommissionen har i förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om tilldelning av koncessioner, KOM (2011) 897 slutlig punkt 7, föreslagit en text som ger stöd för kommunens uppfattning. Konkurrensverket har i Rapport 2012:4 om tjänstekoncessioner på sidan 29 uttalat sig om betalning från den upphandlande myndigheten som riskreducerande moment. Typiskt kan betalning av den upphandlande myndigheten anses som ett riskreducerande moment, men om ersättning från myndigheten bara utgår när tjänsten faktiskt levereras får en sådan ersättning enligt Konkurrensverket inte samma riskreducerande betydelse. I nu aktuell upphandling av tjänste-

koncessionsleverantörer föreligger just den situationen att ersättning bara utgår när tjänsten faktiskt levereras.

Vad EU-domstolen uttalat i mål C-410/04 ANAV punkt 16 är att ersättning från tredje man är ett kännetecken för tjänstekoncession. Inte att det är ett nödvändigt kännetecken.

Enligt EU-domstolens praxis är det för tjänstekoncession kännetecknande att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella tjänsten, hur liten den risken än är. Kommunen har i målet vitsordat att kommunens risk är begränsad. Av den lilla risk som kommunen har, kommer hela eller åtminstone en betydande del att överföras på tjänstekoncessionsinnehavarna. Omfattningen av den överförda risken är inte avgörande utan avgörande är i stället andelen verksamhetsrisk som överförs. EU-domstolens domar i mål C-206/08 Eurawasser punkt 80 och C-348/10 Norma-A SIA punkterna 46–47 får förstås som att det godtas att den risk som överläts från myndigheten är mycket begränsad bl.a. på grund av de offentligrättsliga villkoren för tjänstens organisation.

I Konkurrensverkets Rapport 2012:4 anges på sidan 25 att det sätt som den ekonomiska aktören får ersättning inte är avgörande vid kvalificering av ett kontrakt som tjänstekoncession. I stället anges att det av EU-domstolens praxis följer att den ekonomiska aktören måste ta på sig den verksamhetsrisk som är förenad med att utnyttja de aktuella tjänsterna för att en tjänstekoncession ska föreligga. Det framgår också av vad som redovisas under punkt 3.2.3 i rapporten att det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella tjänsten. På sidan 27 i rapporten anges vidare att det följer av EU-domstolens praxis att den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsterna, och som överförs, inte måste vara betydande i sig.

Avgörande är i förevarande fall att tjänstekoncessionsinnehavarna är beroende av färdtjänstresenärens beställning samtidigt som beställaren ensidigt bestämmer ersättningen för utförda uppdrag och att koncessionsinnehavaren övertar beställarens risk och utsätter sig för en utökad risk i form av marknadens nycker utan skydd av en avtalad avropsnyckel. Kommunen bedömer att tjänstekoncession är det bästa sättet att på sikt säkra och förbättra kvaliteten på den berörda samhällsnyttiga tjänsten, även om den risk som överförs är mycket begränsad (se EU-domstolens dom i mål C-348/10 punkt 46). Koncessionsinnehavarna påtar sig dessutom en utökad risk i form av bl.a. marknadens nycker i förhållande till den kommunen skulle ha haft om den drivit tjänsten själv.

Färdtjänstresenärens valfrihet är den främsta anledningen till att kommunen valt koncessionsmodellen för färdtjänsten. Valfriheten är nära sammankopplad med den risk som varje leverantör måste ta i verksamheten. Det finns ingen i förväg bestämd avropsordning eller fördelningsnyckel utan det är kvaliteten på de utförda tjänsterna som kommer att avgöra om leverantörer får beställningar av enskilda färdtjänstresenärer. I Uppsala kommun är konkurrensen stor inom taxibranschen. Ett 15-tal taxiföretag bedriver verksamhet i kommunen. Samhällsbetalda resor såsom skolskjuts, färdtjänst, sjukresor och andra omsorgsresor har stor betydelse för leverantörerna för att upprätthålla en lönsamhet. Att tacka nej till färdtjänstuppdrag kommer att innebära ett risktagande för att inte få några uppdrag senare. I avtalets konstruktion ligger alltså att leverantörerna ska konkurrera om uppdrag genom kvalitetstänkande och kundbemötande.

Förvaltningsrätten har med hänvisning till EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland punkt 58 och RÅ 2005 ref. 10 (Ryanairmålet) anført att tjänstekoncession innebär ett undantag från de skyldigheter som följer av reglerna om offentlig upphandling och därför ska tillämpas restriktivt. Kommunen delar inte den uppfattningen. Inget av de ovan nämnda rättsfallen gällde tjänstekoncession.

I det ena fallet var det fråga om direkttilldelning enligt direktivets undantagsbestämmelser motsvarande 4 kap. 5 § LOU. I Ryanairmålet var det också fråga om en undantagsbestämmelse i LOU var tillämplig. Tjänstekoncession skiljer sig på det viset från ovanstående rättsfall att det inte finns någon uttrycklig undantagsbestämmelse i LOU från tjänstekoncession.

**Samres AB** (bolaget) bestrider bifall till överklagandet och uppger bl.a. följande. Kommunen har felaktigt angett att upphandlingen avser en tjänstekoncession. Kommunen har därmed i strid med LOU försökt undandra upphandlingen från LOU:s tillämpningsområde. Kommunens felaktiga klassificering av upphandlingen har medfört att kommunen gjort sig skyldig till en rad överträdelser av LOU:s bestämmelser. Kommunens överträdelser medför att bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada. Då överträdelserna rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om (se RÅ 2005 ref. 47).

Konkurrenssituationen för färdtjänst i Uppsala har ingen betydelse för hur ett visst kontrakt ska definieras upphandlingsrättsligt. Vilka syften som ligger bakom kommunens beslut saknar också betydelse för denna bedömning. Tjänstekoncessionsbegreppet ska tolkas och tillämpas restriktivt och det är kommunen som har bevisbördan för att ett visst kontrakt är ett tjänstekoncessionskontrakt. Kommunen anför felaktigt att de av förvaltningsrätten åberopade avgörandena rör undantagsbestämmelser i LOU och att någon motsvarande undantagsbestämmelse inte finns för tjänstekoncessioner.

EU-domstolen har inte i något enda fall ansett att ett kontrakt utgjort en tjänstekoncession i fall då betalningen huvudsakligen erläggs av myndigheten själv. Än mindre har EU-domstolen funnit att det kunnat röra sig om en tjänstekoncession då betalningen i sin helhet kommer från den upphandlande myndigheten. Redan på denna grund är det uteslutet att kommunen skulle kunna anses ha visat att det i förevarande fall rör sig om en tjänste-

koncession. Det är ostridigt i målet att ersättningen i dess helhet erläggs av kommunen. Kommunen förefaller emellertid göra gällande att detta förhållande saknar betydelse. Som framgår av 2 kap. 17 § LOU är ersättningen och dess ursprung en helt avgörande faktor för definitionen av vad som utgör ett tjänstekoncessionskontrakt. Detta har också bekräftats av EU-domstolen vid ett flertal tillfällen, bl.a. i mål C-206/08 punkt 80.

Kommunen hänvisar till EU-domstolens dom i mål C-274/09 punkt 37 som stöd för att upphandlingen skulle vara en tjänstekoncession på den grunden att leverantörerna konkurrerar med varandra om de olika uppdragen. Denna prövning utgör emellertid bara en del av de kriterier som EU-domstolen i det nämnda målet använde för att komma fram till att det rörde sig om en tjänstekoncession. Domstolens resonemang om marknads nyckel kan inte läsas utan beaktande av den omständigheten att ersättningen uteslutande betalades ut av andra än den upphandlande myndigheten. Att ersättningen måste komma från tredje man och verksamhetsrisken dessutom måste övergå bekräftas även av EU-domstolens dom i mål C-348/10 punkterna 42–44. EU-domstolen anser alltså att det, för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession, krävs att ersättningen kommer från tredje man. Vidare framgår att det dessutom krävs att verksamhetsrisken övergår. Det enda stöd kommunen har för sin inställning är ett tvetydigt uttalande i kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv och ett uttalande från Konkurrensverket, vilka inte i sig ger stöd för den tolkning som kommunen gör utan på sin höjd kan anses inte motsäga kommunens tolkning.

Kommunen gör gällande att den kommer ha överfört en risk på leverantörerna genom tilldelningen av de aktuella kontrakten. För att en risk ska kunna överföras krävs emellertid att det från början föreligger en risk hos kommunen, som sedan överförs till leverantörerna. Kravet på överföring av risk tydliggör att det måste röra sig om en särskild typ av tjänster, nämligen tjänster som kommunen åtminstone potentiellt kan få intäkter för genom att tillhandahålla. När en tjänstekoncession tilldelas överförs därför

kommunens möjligheter att erhålla intäkter, och den korresponderande risken för att intäkterna inte ska täcka kostnaderna för tjänsternas bedrivande, till en eller flera leverantörer. Tjänster som inte kan innebära någon potentiell intäkt för kommunen kan inte heller anses utgöra en tjänstekoncession, eftersom någon risköverföring i sådana fall inte är möjlig. I sitt tillhandahållande av färdtjänst bär kommunen inte heller de risker som enligt EU-domstolen, se t.ex. mål C-348/19 punkt 48, ska kunna överföras för att det ska röra sig om en tjänstekoncession. Kommunen löper ingen risk för att utsättas för marknads nyckel och de användare som brukar tjänsten gör detta för att de fått färdtjänst beviljad. Kommunen bär ingen risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, utan en ökad efterfrågan innebär bara ytterligare kostnader för kommunen. Kommunen bär ingen risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tjänsten, eftersom det är kommunen själv som är betalningsskyldig. Kommunen löper ingen risk för att intäkter inte ska täcka samtliga kostnader eftersom kommunen inte får några som helst intäkter av att tillhandahålla färdtjänst. Det är således inte möjligt för kommunen att överföra några risker till leverantörerna.

#### **SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Den fråga som kammarrätten har att ta ställning till är om det av Uppsala kommun inledda förfarandet om upphandling av personbilsresor för färdtjänst är att betrakta som en tjänstekoncession eller som ett tjänstekontrakt som ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU.

Av 1 kap. 2 § första stycket LOU framgår att lagen gäller för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Av sista stycket samma lagrum framgår att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 § LOU.

Enligt 2 kap. 18 § första stycket LOU avses med tjänstekontrakt ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-

tjänster) och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt enligt 3 § eller ett varukontrakt enligt 21 §. Med tjänstekoncession avses 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 en rätt att utnyttja tjänsten.

Av EU-domstolens praxis framgår att vid en jämförelse mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger skillnaden i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören. En tjänstekoncession föreligger när ersättningen består i rätten att utnyttja tjänsten, eller av dels en sådan rätt, dels betalning samt leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna (se bl.a. EU-domstolens avgöranden i mål nr C-206/08 punkterna 51, 59 och 68 och i mål C-196/08 Acoset punkt 39).

I domen i mål C-206/08 uttalar EU-domstolen bl.a. att en av de former som tjänsteleverantörens rätt att utnyttja tjänsten kan anta är att denne ersätts genom betalning från tredje man. Vidare konstaterar domstolen att det är vanligt att vissa verksamhetssektorer, bl.a. sektorer med nära anknytning till allmännyttig verksamhet, regleras av bestämmelser som kan medföra att de ekonomiska riskerna begränsas. För att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession är det enligt domstolen under alla omständigheter nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela – eller åtminstone en betydande del – av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, även om den risk som den upphandlande myndigheten bär är mycket begränsad. Detta gäller även om risken redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlighetsrättsliga villkoren för tjänstens organisation. Domstolen betonar också att risken oupplösligt är förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten. Av domen i mål C-274/09 framgår att risken kan bestå i att utsättas för marknadens nycker, dvs. att



utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan samt en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster m.m.

Kammarrätten gör följande bedömning.

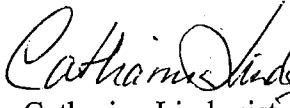
Innebörden av Uppsala kommuns påbörjade ansökningsprocess i formen av en tjänstekoncession är att kommunen ska köpa tjänster av olika färdtjänstleverantörer mot ersättning. Ersättningen till leverantörerna utgår från kommunen. Den omständigheten att tredje man i vissa fall betalar en egenavgift, vars storlek fastställs av kommunen, förändrar inte bedömningen att hela ersättningen ska anses utgå från kommunen. Redan detta förhållande tyder på att det är fråga om ett tjänstekontrakt och inte en tjänstekoncession (jfr C-458/03 punkt 40). Mot bakgrund av den unionsrättsliga praxis som utvecklats på området ska tjänsteleverantörerna för att det ska kunna ses som en tjänstekoncession överta en betydande del av den risk som Uppsala kommun skulle löpa om kommunen utförde tjänsten själv. Kommunen har vitsordat att risken är förhållandevis liten. Kommunen har vidare uppgett att valfriheten för kunden gör att kvaliteten på tjänsterna blir avgörande för om leverantörerna får beställning av färdtjänst och att leverantörerna därmed utsätter sig för en ökad risk i form av marknadens nycker utan skydd av en avtalad avropsnyckel samt att även risken för skador på fordon m.m. övergår på leverantörerna.

Enligt kammarrättens mening har kommunen inte visat att det finns någon verksamhetsrisk hos kommunen som kan övergå på leverantörerna. Detta sammantaget med den ersättningsmodell som tillämpas i förfarandet gör att det inte kan vara fråga om en tjänstekoncession. I målet aktuellt avtal blir därför att se som ett tjänstekontrakt, varför LOU är tillämplig (jfr RÅ 2008 ref. 26). Såsom förvaltningsrätten har funnit har den upphandlande myndigheten därigenom brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap.

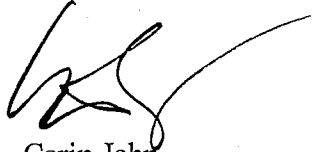
9 § LOU och bolaget har kunnat komma att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om. Överklagandet ska därmed avslås.

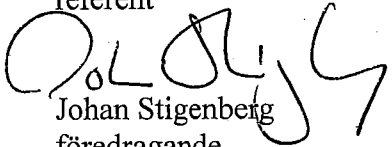
---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

  
Catharina Lindqvist  
kammarrättsråd  
ordförande

  
Margareta Krüll  
kammarrättsråd

  
Carin Jahn  
kammarrättsråd  
referent

  
Johan Stigenberg  
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA

DOM  
2012-10-05  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
2910-12  
Enhet 1

**SÖKANDE**

Samres AB, 556433-7417

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult, advokaten Kristian Pedersen och  
jur. kand. Erik Olsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun

Ombud: Advokaten Roger Hagman  
Advokatfirman Roger Hagman AB  
Box 3460  
103 69 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

### BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) har påbörjat en ansökningsprocess i formen av tjänstekoncession avseende personbilsresor för färdtjänst, avtalstid den 1 oktober 2012 – 30 september 2014 (upphandlingen). Sista ansökningsdag var den 10 juni 2012. Förvaltningsrätten har i beslut den 5 juni 2012 förordnat att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts.

### YRKANDEN

Samres AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om med iakttagande av bestämmelserna i LOU.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och hemställer om att bolagets ansökan om överprövning avvisas då reglerna om överprövning enligt LOU inte är tillämpliga.

### UTVECKLING AV TALAN

#### Bolaget

Kommunen har felaktigt angett att upphandlingen avser en tjänstekoncession. Kommunen har därmed i strid med LOU försökt undandra upphandlingen från LOU:s tillämpningsområde.

Begreppet tjänstekoncession har utvecklats i EU-domstolens praxis. En förutsättning för att ett kontrakt ska utgöra en tjänstekoncession är att koncessionshavaren ges rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt och därigenom tar en ekonomisk risk.

I upphandlingen utgår ersättningen för tjänsten i sin helhet från kommunen, varav en del tas ut av resenärerna och avräknas vid fakturering, den så kallade egenavgiften. EU-domstolen har aldrig funnit att det rör sig om en tjänstekoncession när den huvudsakliga ersättningen kommit från den upp-

handlande myndigheten. Samtliga avgöranden i vilka EU-domstolen kommit fram till att det rört sig om tjänstekoncessioner har avsett situationer där hela eller den huvudsakliga delen av ersättningen kommit från tredje man.

Vidare krävs för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella risken, hur liten den än är. I upphandlingen överförs inga risker från kommunen till leverantörerna, vilket beror på att färdtjänstverksamheten inte bedrivs som någon kommersiell verksamhet av kommunen, som i sådant fall skulle riskera att förlora inkomster vid eventuellt vikande efterfrågan. Den enda risk som kommunen i dagsläget bär, att ökad efterfrågan skulle medföra ökade kostnader, kommer oinskränkt att ligga kvar hos kommunen och överförs således inte på leverantörerna. Vidare finns i upphandlingen inget åtagande från respektive leverantör att hålla viss angiven kapacitet tillgänglig under avtalets löptid eller att svara på avrop. Avsaknaden av sådana åtaganden innebär en ansevärd riskminskning för leverantörerna i upphandlingen. Bolaget hänvisar i sin argumentation till praxis bl.a. i form av EU-domstolens avgöranden C-300/07 *Oymanns*, C-196/08 *Acoset*, C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser*, C-348/10 *Norma-A SLA*, C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, C-458/03 *Parking Brixen*, C-324/07 *Coditel Brabant*, C-274-09 *Stadler*, C-382/05 *Kommissionen mot Italien* och C-348/10 *Norma*.

Genom att upphandlingen felaktigt klassificerats som en tjänstekoncession har kommunen brutit i den annonseringsplikt som följer av 7 kap. 1 § LOU. Denna brist innebär att upphandlingen är en otillåten direktupphandling.

Då det är fråga om upphandling av A-tjänster och värdet överstiger det tillämpliga tröskelvärdet ska upphandlingen enligt 4 kap. 1 § LOU genomföras som ett öppet eller selektivt förfarande. Så har inte skett.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Någon utvärdering av inkomna anbud kommer dock inte att ske i upphandlingen. Genom att kommunen inte genomfört en upphandling enligt LOU har bolaget inte fått möjlighet att inkomma med anbud och tilldelas avtal för hela den volym som upphandlingen avser alternativt som förstahandsalternativ i ett ramavtal. Bolaget lider således, eller riskerar i vart fall att lida, skada.

#### **Kommunen**

Då upphandlingen genomförs som en tjänstekoncession är endast 1 kap. 12 § LOU tillämplig. Bestämmelserna om överprövning är därför inte tillämpliga.

Det saknar betydelse att den egenavgift som tjänstekoncessionsinnehavarna uppbär från tredje man är offentligrättsligt reglerad. Den anses ändå komma från tredje man. Kommunen delar vidare inte bolagets uppfattning att den ersättning som erlaggs av den upphandlande myndigheten endast får utgöra en mindre del av den totala ersättningen, för att det ska röra sig om en tjänstekoncession. Härvid hänvisas till det förslag till nytt direktiv om tilldelning av koncessioner, KOM (2011) 897 slutlig, som kommissionen har lagt fram, vari anges att vissa kontraktsarrangemang kan utgöra tjänstekoncessioner även om de betalas helt av en upphandlande enhet.

Den risk som kommunen hade burit om den själv hade utfört verksamheten hade varit förhållandevis liten och består bl.a. i risk för skador på fordon, på annans egendom, på resenärer och på tredje man. Kommunen överläter

genom tjänstekoncessionsavtalet hela eller en betydande del av denna risk. Tjänstekoncessionsinnehavarna åtar sig dessutom en utökad risk. I och med att kommunen fastställer den ersättning som tjänstekoncessionsinnehavarna får uppbära beror förtjänsten av tjänsten på den faktiska omfattningen av avrop. Tjänstekoncessionsinnehavarnas fasta kostnader kan vara mycket stora och har betydelse för vilka konsekvenser marknadens nycker kan få för tjänstekoncessionsinnehavaren. Kommunen hänvisar till praxis bl.a. i form av EU-domstolens avgöranden C-300/07 *Oymanns*, C-196/08 *Acoset*, C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser*, C-348/10 *Norma-A SLA*, C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, C-458/03 *Parking Brixen*, C-324/07 *Coditel Brabant*, C-274/09 *Stadler*, C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, C348/10 *Norma*.

#### DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det av kommunen inledda förfarandet om personbilsresor för färdtjänst är att betrakta som ett ansökningsförfarande för tjänstekoncession. Skulle så befinnas inte vara fallet, utan avtalet i stället är ett sådant tjänstekontrakt som ska upphandlas med iakttagande av bestämmelserna i LOU, blir det även fråga om kommunen genom det valda förfarandet brutit mot reglerna i LOU.

Enligt 2 kap. 17 § LOU är en tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Definitionen är i princip densamma som i artikel 1.4. i EU-direktivet 2004/18/EG, i vilket anges att en tjänstekoncession är 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. Enligt lagmotiven avses med tjänstekoncession ett kontrakt enligt vilket ett företag åtar sig att ansvara för en verksamhet och där ersättning för detta utgår i form av rätten att ta betalt av allmänheten för att

utnyttja tjänsterna eller en sådan rätt i kombination med betalningar från den upphandlande myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 181). Som exempel nämns ett företag som på uppdrag av kommunen ansvarar för driften av ett badhus med rätten att ta ut ersättning från allmänheten.

Av ovanstående tillsammans med rättspraxis från EU-domstolen (se bl.a. C-300/07 *Oymanns* p. 70-76, , C-458/03 *Parking Brixen* p. 40-43, C-196/08 *Acoset* p. 39-41 och C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser* p. 66-77) följer att frågan om upphandlingen ska anse utgöra en tjänstekoncession beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Frågan avgörs av om leverantörerna kommer att erhålla ersättning genom en rätt att utnyttja tjänsten i fråga samt huruvida en betydande del av risken med att utföra färdtjänsttransporterna överförs på leverantörerna. Risken är ouplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.

Av betydelse är därmed hur leverantören ska ersättas för tjänsterna i upphandlingen. Ersättningen för färdtjänsttransporterna är i upphandlingen fastställd enligt en ersättningsmodell och styrs av ett antal parametrar. Leverantören saknar möjlighet att påverka ersättningen för en given transport. Leverantören fakturerar kommunen för transporterna i efterskott, en gång per månad. Vidare uppbärs egenavgift från resenären, i de fall resenären är skyldig att betala egenavgift. Egenavgiften ska betalas innan resan påbörjas. Avdrag görs vid faktureringen för erlagda egenavgifter. Leverantören har vidare ingen möjlighet att återföra hela eller del av egenavgiften till resenären.

En avgift betalas således av resenären till leverantören vid resetillfället. Förekomsten av egenavgift påverkar emellertid inte storleken på den ersättning leverantören erhåller från kommunen, som är samma oavsett om resenären är skyldig att betala egenavgift eller inte. Vidare följer av 10-11 §§ lagen (1997:736) om färdtjänst att det endast är kommunen som har rätt



att ta ut egenavgifter. Av hänsyn till ovanstående finner förvaltningsrätten att ersättningsmodellen i upphandlingen innebär att hela ersättningen till leverantören erläggs av kommunen.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att EU-domstolen inte har uttalat sig i frågan om ett förfarande där hela ersättningen för tjänsternas utförande utgår från den upphandlande myndigheten kan anses vara en tjänstekoncession. Betalning från tredje man har dock ansetts vara kännetecknande för en tjänstekoncession (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-410/04 *ANAV* p. 16). Den definition av tjänstekoncession som tagits in i direktivet och i LOU talar för att förfaranden där ersättningen i sin helhet kommer från den upphandlande myndigheten inte kan vara tjänstekoncessioner. Oavsett detta kan förvaltningsrätten konstatera att någon egentlig risk inte övergår till leverantörerna, då dessa inte gör något bindande åtagande att åta sig transportuppdrag eller att hålla viss beredskap. Risken för skador i trafiken övergår förvisso, som kommunen har anfört, från kommunen till leverantörerna, men kan inte anses vara sådan att en tjänstekoncession uppstår.

Reglerna om tjänstekoncession innebär ett undantag från de skyldigheter som följer av reglerna om offentlig upphandling och ska därför tillämpas restriktivt (se t.ex. RÅ 2005 ref. 10 och EU-domstolens avgörande i förenade målen C-20/01 och C28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p. 58). Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av vad som anförts i föregående stycke, att det aktuella förfarandet inte kan utgöra en tjänstekoncession. Kommunens avvisningsyrkande lämnas därför utan bifall.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller

någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

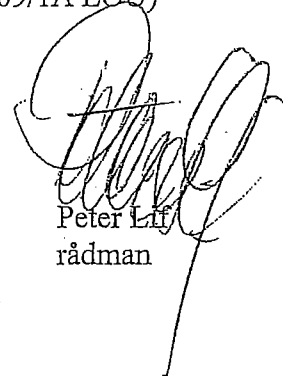
Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Det urvalssystem som tillämpas i upphandlingen innehåller inte någon utvärdering av anbud, utan brukarna av färdtjänst ska själva välja leverantör vid varje enskilt tillfälle, i strid med nyss nämnda bestämmelse. Då bolaget inte haft möjlighet att lämna anbud på hela volymen av färdtjänsttransporter eller på att bli antagen som förstaalternativ i ett ramavtal har bolaget i vart fall kunnat komma att lida skada.

Mot bakgrund av att den brist som har konstaterats har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger inte förutsättningar för rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Per-Erik Nistér  
rådman



Peter Liff  
rådman

Målet har handlagts av Erik Edström.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

**Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.