
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– BLANDADE KONTRAKT

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

I en tidigare upphandlingskrönika har jag, mot bakgrund av en dom från EU-domstolen¹ och begreppet ”väsentliga förändringar”, behandlat upphandlingsdirektivens betydelse för företagsförvärv och liknande transaktioner.² Temat för krönikan var den gången att förändringar på leverantörssidan, vilka inträffat efter en upphandling, kan utlösa skyldighet att genomföra en ny upphandling.

Det finns dock även andra situationer då ett företagsförvärv kan påverkas av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven och de svenska upphandlingslagarna. Jag kommer i denna upphandlingskrönika att, mot bakgrund av en dom från EU-domstolen tidigare i år,³ behandla ett exempel på en sådan situation, närmare bestämt s.k. blandade kontrakt, dvs. kontrakt som innehåller både moment som omfattas och moment som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen.⁴

2. CLUB HOTEL LOUTRAKI M.FL.

2.1 Bakgrund

Den 6 maj i år meddelade EU-domstolen dom i förenade målen C-145/08 och C-149/08.

* Advokat och delägare, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Mål C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur, REG 2008 s. I-04401.

² ERT 2008 s. 1119.

³ Förenade målen C-145/08 och C-149/08 Club Hotel Loutraki m.fl., äep.

⁴ Begreppet ”blandade kontrakt” används även för att beskriva såväl kontrakt som omfattar både varor, tjänster och/eller byggentreprenadarbeten som kontrakt som upphandlas både för verksamheter som omfattas och för verksamheter som inte omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Bakgrunden till tvisten i den nationella domstolen var att de grekiska myndigheterna beslutat att privatisera Elliniko Kazino Parnithas AE (EKP), som var⁵ ett bolag som bedrev kasinoverksamhet och som var ett dotterbolag till Ellinika Touristika Akinita AE, ett bolag som i sin tur var helägt av den grekiska staten.⁶ Projektet offentliggjordes i ett meddelande om upphandling (dvs. en annons) i oktober 2001 i vilket det angavs att den upphandlande myndigheten, i ett första skede, bland de sökande skulle välja ut dem som uppfyllde villkoren i meddelandet. Därefter skulle det företag som lämnade det bästa anbudet tilldelas kontraktet. I ett kompletterande meddelande om upphandling, som offentliggjordes i april 2002, upplystes om att det kontrakt som skulle tecknas bl.a. skulle innebära följande.

ETA skulle överlåta 49 procent av aktierna i EKP till ett ”bolag med särskilt syfte” (AEAS) som skulle bildas av den vinnande anbudsgivaren.

AEAS skulle åta sig att genomföra en utvecklingsplan inom 750 kalenderdagar från och med att erforderliga tillstånd erhållits. Utvecklingsplanen skulle innefatta en förbättring av kasinots lokaler, en utvärdering av de möjligheter som följde av kasinolicensen, inredning och renovering av de två hotellenheter som tillhörde byggnadskomplexet samt anläggning av den omgivande marken. Utförandet av dessa arbeten utgjorde en del av det pris som skulle erläggas för förvärvet av 49 procent av aktierna i EKP.

AEAS skulle erhålla rätten att utse majoriteten av medlemmarna i EKP:s styrelse och därmed driva bolaget i enlighet med villkoren i kontraktet.

AEAS skulle överta driften av kasinoföretaget mot ersättning från ETA. AEAS skulle därvid erhålla ett belopp som inte fick överstiga en degressiv procentandel av den årliga vinsten⁷ plus två procent av omsättningen.

AEAS skulle i sköta kasinoföretaget på ett sådant sätt att det hela tiden upprätthölls en ”luxuös miljö med högkvalitativ service” på ett sätt som var ekonomiskt lönsamt för EKP (enligt vissa krav på minimivinst de första fem räkenskapsåren). Nettovinsten skulle delas mellan ETA och AEAS i förhållande till bolagens respektive ägarandel i EKP.

För det fall något annat kasino lagligen skulle etableras i regionen inom tio år från det att kontraktet trädde i kraft, skulle ETA vara skyldigt att utge skadestånd till AEAS motsvarande 70 procent av transaktionspriset, ett skadestånd som dock skulle minskas med en tiondel för varje år som förflutit efter kontraktets ikraftträdande.

⁵ I de aktuella målen det äldre upphandlingsdirektivet för upphandling av tjänster, direktiv 92/50/EEG.

⁶ I de aktuella målen rättsmedelsdirektivet för den s.k. klassiska sektorn, direktiv 89/665/EEG.

⁷ En procentandel sjunkande från 20 procent av vinsten, upp till 30 miljoner euro, till fem procent av den del av vinsten som översteg 90 miljoner euro.

Beträffande driften av kasinot skulle kontraktet upphöra att gälla tio år efter dess ikraftträdande.

En av de anbudsgivare som deltagit i förfarandet, men inte tilldelats kontrakt, väckte talan vid nationell domstol och yrkade att tilldelningen av kontraktet skulle ogiltigförklaras.

Den nationella domstolen påpekade i sin begäran om förhandsavgörande att det aktuella kontraktet var av blandad karaktär. Dels ingick en del som avsåg ETA:s aktieförsäljning till den bästa anbudsgivaren, en del som i sig inte omfattades av unionens bestämmelser om offentlig upphandling, dels ingick en del som avsåg ett tjänstekontrakt som skulle tilldelas den bästa anbudsgivaren, vilken skulle åta sig driften av kasinoföretaget. Den del som avsåg aktieöverlåtelsen var enligt den hänskjutande domstolen den viktigaste delen av det blandade kontraktet. Dessutom omfattade kontraktet en del som avsåg en byggentreprenad, eftersom den vinnande anbudsgivaren skulle åta sig att utföra vissa byggnadsarbeten som utgjorde delbetalning för de överlåtna aktierna. Slutligen påpekade den nationella domstolen den del av kontraktet som avsåg byggentreprenad var helt accessorisk i jämförelse med tjänstekontraktsdelen.

2.2 EU-domstolens svar i fråga om kontraktets klassificering

EU-domstolen inledde med att erinra om att det av dess praxis framgår att i fall där det är fråga om ett blandat kontrakt, vars olika delar är sammanbundna så att de inte kan separeras utan bildar en odelbar enhet skall transaktionen prövas i sin helhet vid den rättsliga kvalificeringen, och bedömas på grundval av de bestämmelser som styr den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel.⁸ Domstolen konstaterade också att detta gäller oavsett om den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål omfattas av tillämpningsområdena för direktiven om offentlig upphandling eller inte.

Med avseende på det aktuella kontraktet konstaterade EU-domstolen att det ingick som en del i en delvis privatisering av ett offentligt kasinoföretag som beslutats av en på nationell nivå behörig interministeriell kommitté och som inletts genom ett enda anbuds förfarande. Vidare framgick av handlingarna i målet att det aktuella kontraktet utgjordes av ett enda kontrakt som på samma gång omfattade överlåtelsen av aktierna i EKP, förvärvet av rätten att utse majoriteten av styrelsemedlemmarna i EKP, skyldigheten att överta driften av kasinoföretaget och att erbjuda högkvalitativa tjänster, som var ekonomiskt

⁸ Mål C-3/88, kommissionen mot Italien, REG 1989, s. 4035, mål C-331/92, Gestión Hotelera Internacional, REG 1992, s. I-1329, mål C-220/05, Auroux m.fl., REG 2007, s. I-385, mål C-412/04, kommissionen mot Italien, REG 2008, s. I-619, och mål C-536/07, kommissionen mot Tyskland, äep.

lönsamma, samt skyldigheten att utföra anläggningsarbeten och förbättring av de berörda lokalerna och den omgivande marken.

Dessa omständigheter medförde, enligt EU-domstolen, att det var nödvändigt att det blandade kontraktet ingicks med en enda entreprenör som både hade den ekonomiska kapaciteten att köpa aktierna i fråga och tidigare erfarenhet av kasinoverksamhet. Baserat på dessa omständigheter ansåg domstolen att kontraktets olika delar skulle anses utgöra en odelbar enhet.

EU-domstolen fann vidare att den nationella domstolens konstaterande, att det blandade kontraktets huvudsakliga föremål var försäljningen till den bästa anbudsgivaren av 49 procent av aktierna i EKP och att delen avseende byggtrepreneurad och tjänstedelen är accessoriska i förhållande till kontraktets huvudsakliga föremål, bekräftades av handlingarna i målet. Detta eftersom det inte kunde råda något tvivel om att en transaktion bestående i överlåtelse av 49 procent av aktierna i ett offentligt företag såsom EKP utgjorde kontraktets huvudsakliga föremål. Domstolen påpekade därvid också att den inkomst som AEAS skulle uppbära i egenskap av aktieägare föreföll klart större än dess ersättning i egenskap av tjänsteleverantör och att AEAS dessutom skulle uppbära inkomsten utan någon begränsning i tiden, medan däremot driften av kasinoföretaget skulle upphöra efter tio år. Överlåtelsen av aktierna utgjorde därför det huvudsakliga föremålet för kontraktet, och en sådan överlåtelse av aktier till en anbudsgivare inom ramen för en privatisering av ett offentligt företag omfattas inte av direktiven om offentlig upphandling.

Med hänvisning till kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner⁹ framhöll EU-domstolen emellertid att det måste säkerställas att en kapitalöverföring inte i realiteten är en täckmantel för en tilldelning av ett kontrakt till en privat partner, där kontraktet kan rubriceras som en offentlig upphandling eller koncession. I det aktuella fallet fanns det dock inte något i handlingarna som gav anledning att ifrågasätta den nationella domstolens kvalificering av transaktionens natur.

Mot denna bakgrund uttalade EU-domstolen att ett blandat kontrakt, vars huvudsakliga föremål är ett företags förvärv av 49 procent av kapitalet i ett offentligt företag och vars accessoriska föremål – som är oupplösligen förbundet med det huvudsakliga föremålet – avser utförande av tjänster och byggnadsarbeten, omfattas inte, betraktat i sin helhet, av tillämpningsområdet för direktiven om offentlig upphandling. Därutöver påpekade domstolen dock även att denna slutsats inte innebar att ett sådant kontrakt inte måste uppfylla fördragets grundläggande bestämmelser och allmänna principer, bland annat vad gäller etableringsfriheten och den fria rörligheten för kapital.

⁹ Europeiska kommissionens grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner, (KOM(2004) 327 slutlig).

3. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

I min tidigare nämnda krönika om EU-domstolens dom i mål C-454/06 Presetext Nachrichtenagentur och dess betydelse för företagsförvärv och liknande transaktioner, nämnde jag att den domen var den första i sitt slag och sannolikt skulle komma att följas av fler domar på samma tema, vilka närmare skulle klargöra rättsläget. Domen i det nu refererade målet, C-145/08 Club Hotel Loutraki m.fl., innebär att EU-domstolen tagit ett steg i denna riktning, dvs. ett steg i riktning mot att ytterligare klargöra upphandlingslagstiftningens betydelse för företagsförvärv och liknande transaktioner.

Det råder ingen tvekan om att rena försäljningar av offentligägd egendom, t.ex. offentligt ägda företag, inte omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Däremot kan den omständigheten att en upphandlande myndighet vid försäljningen av ett företag ”skickar med ett kontrakt”, dvs. ger företaget uppdraget att tillhandahålla varor eller utföra tjänster eller byggtreprenadarbeten till myndigheten, innebära att upphandlingsskyldighet uppkommer.

Ett exempel på en sådan situation då upphandlingsskyldighet normalt uppkommer är s.k. ”avknoppning” som innebär att personal vid en upphandlande myndighet bildar ett företag, t.ex. ett personalkooperativ, i syfte att överta viss verksamhet eller vissa uppgifter som tidigare utförts i förvaltningsform. Det handlar med andra ord om att personalen som företagare driver samma slags verksamhet som de tidigare bedrivit åt den upphandlande myndigheten som anställda. Från tid till annan har framförts att avknoppning borde kunna ske utan föregående upphandling, men de förslag som lämnats har inte genomförts.¹⁰

Ett annat exempel då upphandlingsskyldighet normalt uppkommer är outsourcing, dvs. då en leverantör övertar delar av en upphandlande myndighets verksamhet och därefter tillhandahåller myndigheten tjänster som myndigheten tidigare utfört i egen regi.

Det finns dock, som framgår av den ovan refererade domen, situationer då den omständigheten att köparen av ett offentligägt företag efter förvärvet tillhandahåller eller för den upphandlande myndighetens räkning tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten inte medför att upphandlingsskyldighet uppkommer.

För att upphandlingsskyldighet inte skall uppkomma krävs dock för det första att kontraktet utgör en ”odelbar enhet”, dvs. att de olika delarna inte kan separeras. Det är således inte möjligt för en upphandlande myndighet att undgå upphandlingsskyldighet genom att i samma kontrakt ”förpacka” olika delar som egentligen inte har något naturligt samband.

¹⁰ Se bl.a. Upphandlingskommitténs slutbetänkande Mera värde för pengarna (SOU 2001:31).

För det andra krävs, för att upphandlingskyldighet inte skall uppkomma, att kontraktets huvudsakliga föremål är något som inte omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde, t.ex. en försäljning av offentligägd egendom. De delar av kontraktet som avser sådant som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde måste därmed vara av klart underordnad betydelse i förhållande till de delar av kontraktet som inte omfattas. Indikationer på att så är fallet, som kan utläsas ur den refererade domen, är att köparens intäkter från den förvärvade egendomen överstiger intäkterna från de delar av kontraktet som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde och att rätten att uppbära ersättning från den förvärvade egendomen är permanent medan ersättningen från de delar av kontraktet som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde är begränsad i tiden.

Slutligen bör också särskilt framhållas att EU-domstolen i den ovan refererade domen också understryker vad den redan klargjort i tidigare rättspraxis, dvs. att det finns anledning att underkänna sådana upplägg beträffande vilka det är uppenbart att den upphandlande myndigheten försöker kringgå upphandlingslagstiftningen.¹¹

¹¹ Jfr mål C-29/04 kommissionen mot Österrike, REG 2005 s. I-9705 och mål C-480/06 kommissionen mot Tyskland, REG 2009 s. I-4747.