



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT
2013-09-11
Meddelat i Göteborg

Mål nr
9192-13 E
Enhet 1:2

Sida 1 (7)

SÖKANDE

Jonas och Olof Speibutik AB, 556362-6588
Göteborgsvägen 89
431 30 Mölndal

MOTPART

Kriminalvården
Region Väst
Box 2562
403 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU;
nu fråga om avvisning av talan

KONKURRENSVERKET	
2013 -09- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Dok.Id 225004

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	031 - 711 78 59	måndag - fredag 08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 2
9192-13

BAKGRUND

Kriminalvården Region Väst (Kriminalvården) har genomfört en upphandling avseende kioskverksamhet (diarienummer 213-011698). Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande. Av tilldelningsbeslut den 12 augusti 2013 framgår att en annan anbudsgivare än Jonas och Olof Spelbutik AB (Spelbutiken) har vunnit upphandlingen vad avser Verksamhetsområde Skogome och Verksamhetsområde Göteborg Syd.

VRKANDEN M.M.

Spelbutiken ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från vinnande anbudsgivare – ANL Sweden AB (ANL) – ska uteslutas från utvärdering. Till stöd för sin talan anför Spelbutiken i huvudsak följande. Vinnande anbudsgivare uppfyller inte de krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. ANL har inte visat sin förmåga eller kapacitet att bedriva sådan verksamhet som upphandlas. Som krav har uppställts att anbudsgivare ska ha bedrivit verksamhet de tre senaste åren. ANL:s registreringsbevis visar att bolaget bildades 2011. Vid en granskning av ANL:s senaste årsredovisning framkommer dessutom anmärkningar från revisorn. Spelbutiken har i 19 år samarbetat med Kriminalvården. Detta borde väga tyngre än marginella prisskillnader anbuderna emellan.

Kriminalvården anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU. I anbudsföreläggandet punkt 3.5 har angivits att en beskrivning av tidigare eller pågående verksamheter ska bifogas anbudet för att styrka kravet på tidigare eller pågående kioskverksamhet. Kriminalvården har godkänt de utdrag från Bolagsverket och Skatteverket som har bifogats ANL:s anbud och som sammantaget styrker verksamhetens existens samt även ger en kortare beskrivning av verksamheten. Det har inte specificerats i anbudsföreläggandet

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 3
9192-13

på vilket sätt beskrivningen ska redovisas. Det kan vidare konstateras att även om ANL:s årsredovisning har fått en anmärkning om att inte vara upprättad i tid har den godkänts av revisorn. Denna brist kan således inte anses vara av sådan art att bolaget inte uppfyller de uppställda kvalificeringskraven.

SKÅL FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser

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).

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

I 1 kap. 12 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iakta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

I 2 kap. 17 § LOU anges att med *tjänstekoncession* avses ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Upphandlingens förfrågningsunderlag

Av anbudsformulär samt inbjudan till anbudsgivning framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser bedrivande av kioskverksamhet vid fyra av

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 4
9192-13

Kriminalvårdens verksamhetsområden, Skogome, Göteborg Syd, Mariestad och Halmstad. Avtalstiden löper under perioden den 1 september 2013 – 31 augusti 2015 med möjlighet till förlängning i ytterligare maximalt två år. Dagar och tidpunkter när kioskverksamheten ska bedrivas överenskommes separat mellan Kriminalvården och leverantören. Prisnivån på varorna får inte överstiga de hos lokala kiosker eller servicebutiker gällande priserna. Lämnade anbudspriser ska gälla hela avtalsperioden. Leverantören har inte rätt att inom ramen för kioskverksamheten saluföra andra varor eller tillhandahålla andra tjänster än vad som framgår av Kriminalvårdens handbok för kioskverksamhet och lokala föreskrifter. Utöver det sortiment som har beslutats av Kriminalvården ska leverantören inom ramen för kioskverksamheten sälja telefonkort framtagna av Kriminalvården. Kriminalvården tillhandahåller lokal och viss utrustning för kioskverksamhetens bedrivande utan kostnad för leverantören. Leverantören ska utan kostnad för Kriminalvården tillhandahålla all annan utrustning. Vid kontantlös försäljning tas kassarapport ut från dagens försäljning och tillställs Kriminalvården som underlag för Kriminalvårdens utbetalning. Kriminalvården sänder betalning senast tio dagar efter mottagandet av komplett kassarapport.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har inledningsvis att ta ställning till huruvida det aktuella förfarandet omfattas av LOU och därmed kan överprövas enligt bestämmelserna i lagen.

Ett förfarande som innebär tilldelning av en tjänstekoncession är – utöver vad som framgår av 1 kap. 12 § LOU – undantaget från lagens tillämpningsområde. Enligt 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 i den

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 5
9192-13

svenska lagstiftningen motsvarar i sak vad som framgår av artikel 1 (4) i direktiv 2004/18/EG. I förarbetena till LOU anges bl.a. följande (prop. 2006/07:128 s. 181). Med tjänstekoncession avses 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 som produceras i denna verksamhet eller en sådan rätt i kombination med betalningar från den upphandlande myndigheten. Som exempel kan nämnas att ett företag på uppdrag av en kommun ansvarar för driften av ett badhus med rätt att ta ut ersättning från allmänheten.

EU-domstolen har i ett antal avgöranden tydliggjort skillnaden mellan en tjänstekoncession och ett tjänstekontrakt. Domstolen har fastslagit att en uppdragstagares rätt att genom en tjänstekoncession utnyttja tjänsten innefattar möjligheten för den berörda aktören att få ersättning genom att de som använder den aktuella tjänsten betalar för den (WAZV Gotha mot Eurawasser, C-206/08 p. 50 – 51, 53 och 54). Detta överensstämmer med vad som framgår av 2 kap. 17 § LOU och lagens förarbeten. Det sätt på vilket uppdragstagaren mottar ersättning för tjänsten är dock inte ensamt avgörande för bedömningen av om förfarandet avser en tilldelning av en tjänstekoncession eller ett tjänstekontrakt. Hela eller åtminstone en betydande del av verksamhetsrisken ska ha överförts från den upphandlande myndigheten till den ekonomiska aktören för att kontraktet ska anses utgöra en tjänstekoncession. Detta gäller även om den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den själv utförde tjänsten är mycket begränsad (C-206/08 p. 77). Den ekonomiska risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten ska förstås som en risk att utsättas för "marknadens nycker" (Privater Rettungsdienst C-274-09 p. 37). Detta kan ta sig uttryck i en risk för att utsättas för konkurrens från andra ekonomiska aktörer, en risk för bristande jämvikt mellan utbud och efterfrågan, en risk för insolvens hos dem som är betalningsskyldiga för tillhandahållna tjänster, en risk för att inkomsterna inte ska täcka samtliga kostnader eller till och med en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 6
9192-13

risk att stå ansvaret för alla sorters skador som uppkommer till följd av bristen i tjänsten.

Av utredningen i nu aktuellt mål framgår inte annat än att den aktuella tjänsten – tillhandahållande och försäljning av varor i kioskverksamhet – kommer att ersättas av Kriminalvårdens klienter, d.v.s. tredje man. Någon ekonomisk ersättning från Kriminalvården kommer inte att utgå. Att det är Kriminalvården som vid kontantlös försäljning verkställer utbetalningen till leverantören förändrar inte den omständigheten att det är tredje man som uteslutande betalar för tjänsten.

Vid bedömningen om den aktuella leverantören övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som Kriminalvården skulle löpa om man själv tillhandahöll tjänsten saknar det betydelse om risken redan från början är mycket begränsad. Syftet med den aktuella upphandlingen är att leverantören ska tillhandahålla Kriminalvårdens klienter ett fastställt sortiment av kioskvaror. Priset på de aktuella varorna får inte överstiga prisnivån hos lokala kiosker och servicebutiker. Lämnade priser i anbudet ska dessutom gälla hela avtalsperioden. Tjänstens utförande skiljer sig mellan de olika verksamhetsområdena som avses i upphandlingen bl.a. genom att kioskverksamheten på vissa anstalter bedrivs "över disk" medan den på andra anstalter enbart utgörs av förhandsbeställningar från Kriminalvårdens klienter. Leverantören måste emellertid tillhandahålla såväl det fastställda sortimentet som personal för tjänstens utförande under hela avtalsperioden. Genom det aktuella avtalet ges leverantören inte på något sätt garanti för att intäkterna från verksamheten täcker verksamhetens samtliga kostnader. Dessutom står leverantören risken för sådan egendom som tillhör leverantören men som förvaras i Kriminalvårdens lokaler. Ovan anförda omständigheter talar med tydlighet för att det aktuella förfarandet är en tilldelning av en tjänstekoncession. En riskreducerande faktor som däremot skulle kunna tala emot att en riskövergång i tillräcklig utsträckning

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 7
9192-13

har skett är att Kriminalvården tillhandahåller lokaler för leverantören kostnadsfritt.

Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten dock att leverantören i fråga måste anses stå för i vart fall en betydande del av den ekonomiska risk som är förenad med att bedriva den aktuella verksamheten, även om risken redan från början är begränsad. Förfarandet ska därför betraktas som tilldelning av en tjänstekoncession, och inte ett tjänstekontrakt. Under sådana omständigheter saknar det betydelse hur Kriminalvården har valt att beskriva och benämna det aktuella förfarandet.

Ett beslut om tilldelning av en tjänstekoncession kan inte överprövas enligt LOU. Det kan därtill konstateras att det inte heller är det möjligt att pröva det aktuella förfarandet genom förvaltningsbesvär (se HFD 2012 ref. 29). Eftersom förvaltningsrätten således saknar möjlighet att pröva Spelbutikens ansökan om överprövning ska ansökan avvisas.

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



Marianne Lindén

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Henrik Holmström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.