



KONKURRENSVERKET	
2011 -05- 3 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Välfärden- kök & kaffe AB, 556731-6822
Anckargripsgatan 3
211 19 Malmö

Ombud: Chefsjurist Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Malmö Högskola
205 06 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös beslut den 3 december 2010 i
mål nr 15211-10, se bilaga A

SAKEN

Avvisningsbeslut enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
(LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Välfärden- kök & kaffe AB (bolaget) överklagar och yrkar i första hand att målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning i enlighet med LOU och i andra hand att kammarrätten återförvisar målet till förvaltningsrätten för prövning av tjänstekoncessionen i enlighet med 22 a § förvaltningslagen (1986:233). Alternativt yrkas att kammarrätten ogiltigförklarar tecknat avtal

mellan Malmö högskola (högskolan) och Vedbark Restaurang AB. Till stöd för sin talan vidhåller bolaget vad det tidigare anfört i förvaltningsrätten samt gör bl.a. följande tillägg. Var det ekonomiska risktagandet ligger är avgörande för om kontraktet kan ses som en tjänstekoncession. Två faktorer i kombination gör att den ekonomiska risken i detta fall i realiteten ligger på den upphandlande enheten. Den ena är att högskolans egen beställningsvolym säkerställer en hög orderingång och den andra är att hyran är omsättningsbaserad och satt långt under marknadshyra.

I begreppet tjänstekoncession ingår att den anlitade utföraren kan erhålla ersättning även i form av betalning från den uppdragsgivande myndigheten. Ersättningen får dock inte hänföra sig till betalning av varor, tjänster eller andra nyttigheter som myndigheten själv kan tillgodogöra sig, utan enbart som en subvention av tredje mans behov, som den uppdragsgivande myndigheten kan ha ett intresse av att tillgodose. Den del av det aktuella kontraktet som hänför sig till högskolans eget behov av konsumtion vid representation m.m. utgör sådant som ska upphandlas med iakttagande av LOU. I detta fall garanterar högskolan en viss beställningsvolym även om det i offertinbjudan hävdas motsatsen. Högskolans beställningar går i första hand till restaurangen i huset. Om inte denna kan erbjuda vad som önskas pris- mässigt eller utbudsmässigt kan frågan gå vidare till en annan restaurang. Kontraktet avser i denna del ett vitsordat sammanlagt värde om 1,6 miljoner kr per år under fyra år, totalt 6,4 miljoner kr. Det säkerställer den grundintäkt som leverantören behöver för att driva verksamheten. Det betyder att oavsett om beställningsvolymen är lägre eller högre tar kontraktsinnehavaren ingen ekonomisk risk. Därtill ska leverantören endast betala en låg omsättningsbaserad hyra, varför det ekonomiska risktagandet har övergått till den upphandlande myndigheten. Avsaknad av fasta kostnader innebär att leverantörer inte tar någon risk. Kostnaden för maskinpark och underhållet av denna ansvarar högskolan för.

Eftersom värdet av högskolans beställningsvolym väsentligen överstiger värdegränsen för s.k. lågt värde och tröskelvärdet ska upphandlingen i denna del genomföras med iakttagande av LOU. Av EU-domstolens mål C-324/98 *Telaustria et Telefonadress*, konstaterades att vederlaget hänförelse sig enbart till att uppdragstagaren gavs ensamrätt att i samband med utgivande av telefonkataloger, utnyttja sina egna tjänster kommersiellt, genom annonsförsäljning till tredje part. Den uppdragsgivande myndigheten erlade således varken särskild betalning eller tillgodogjorde sig tjänster för eget behov. Enligt EU-domstolens fasta praxis ska varje undantag från de regler som avser att säkerställa effektiviteten av de rättigheter som ges i EU-fördragen inom området för offentlig upphandling tolkas restriktivt. Det ankommer på myndigheten som åberopar sådant undantag att visa att tillräckliga skäl föreligger.

Genom att utforma ett tjänstekontrakt som en tjänstekoncession och baka in köp av tjänster och varor kan den upphandlande myndigheten således kringgå LOU. Ingen hänsyn behöver då tas till utlysning, konkurrens, transparens eller formkrav, som vid offentliga upphandlingar. Inte heller de EU-rättsliga grundprinciperna blir de facto gällande då möjligheten till överprövning saknas.

Skulle kammarrätten finna att det kontrakt som nu är i fråga utgör ett tjänstekontrakt har principerna om likabehandling och transparens trätts förnär. Tilldelningen har genomförts utan iakttagande av vare sig bestämmelserna om angivande och rangordning av värderingskriterierna, eller iakttagande av obligatoriska publiceringskrav. Det kontrakt som är tecknat med *Vedbark Restaurang AB* har således kommit till genom en otillåten direkttilldelning. Skulle kammarrätten emellertid finna att aktuellt kontrakt inte utgör ett tjänstekontrakt, utan en tjänstekoncession, har tilldelningen likväl skett i strid med likabehandlingsprincipen. Upphandlingsunderlaget har inte varit transparent och den för tilldelningen avgörande provätningen har genomförts på ett godtyckligt och icke förutsägbart sätt.

Den aktuella tilldelningen har vid en tjänstekoncession handlagts och beslutats av högskolan inom ramarna för högskolans egenskap av förvaltningsmyndighet i enlighet med 1 § förvaltningslagen. Tilldelningen utgör därmed ett beslut som kan överklagas till allmän förvaltningsdomstol med stöd av 22 a § samma lag. Inom ramen för officialprincipen borde förvaltningsrätten rätteligen ha prövat denna fråga. Enligt EU-stadgan ska envar, vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts, ha rätt till effektivt rättsmedel, att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol. Förvaltningsrätten har varit förpliktigad att medge bolaget en effektiv prövning av den aktuella tilldelningens fördragsenlighet. Förvaltningsrätten har valt att inte pröva bolagets på unionsrättens grundade invändningar om högskolans felaktiga handläggning utan avvisat talan utifrån bedömningen att tilldelningen avser tjänstekoncession. Förvaltningsrättens överklagade beslut strider därmed mot EU-stadgans föreskrift om rätt till en effektiv prövning.

Malmö Högskola bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Högskolan har under hösten 2010 genomfört en upphandling av tjänstekoncession omfattande hyra, drift och nyttjanderätt av restaurang och café vid Gäddan 8 och Orkanen vid Malmö Högskola. Avsikten har varit att med denna upphandling finna en restauratör som kan tillhandahålla vällagad och varierad mat som tilltalar studenter, personal samt allmänheten avseende såväl pris som smak, utbud och portionsstorlek. Anbud har begärts in via annons i Sydsvenskan den 16 och den 19 september 2010 samt på Malmö Högskolas hemsida. Vid anbudsöppningen hade elva anbud inkommit. Vid genomgången av anbuderna bedömdes fyra anbudsgivare vara lämpliga med hänsyn till ställda kriterier. Dessa anbudsgivare bjöds in till intervjuer. Vid dessa tillfällen ställdes frågor avseende matkoncept, budget, utbud och det gavs möjlighet att ställa frågor. Av dessa fyra leverantörer valdes tre ut för provätning varvid smak, portionsstorlek, hygien, utbud, bemötande, matut-

seende och prisvärdhet bedömdes. Efter utförd utvärdering ansågs slutligen Vedbarks Restaurang AB:s anbud bäst uppfylla samtliga ställda kriterier.

Det bestrids att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada av förfarandet. Av 2 kap. 17 § LOU framgår att med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma slag som tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Det är alltså leverantören som står den ekonomiska risken för anskaffandet och bedrivandet av tjänsten. Med uttrycket ”ersättning för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att nyttja tjänsten” förstås att den ekonomiska risken måste vara betydande för leverantören. Leverantören kan således få ersättning även av den upphandlande myndigheten. Det är således inget absolut krav på att den upphandlande myndigheten inte ska betala för tjänsten.

De grundläggande EU-rättsliga principerna måste beaktas även vid en tjänstekoncession. Den aktuella tjänstekoncessionen har blivit utlyst och genomförd inom ramen för de grundläggande EU-rättsliga principerna. Enligt underlaget för år 2010 utgjorde högskolans köp mindre än en fjärdedel, cirka 1,6 miljoner kr, av restauratörens omsättning. Den väsentliga delen av restauratörens ersättning erhålles genom att exploatera tjänsten kommersiellt och inte från högskolan som meddelat koncessionen. Högskolan har inte utlovat verksamhetsomsättning, vilket framgår av offertinbjudan. Det framgår klart och tydligt av offertinbjudan att restauratören ska bedriva sin verksamhet självständigt och utan subventioner från högskolan. I ett tidigare mål från Kammarrätten i Göteborg (mål nr 1066-05) har bedömningen gjorts att LOU inte är tillämplig på Malmö Högskolas uthyrning av lokaler för restaurangverksamhet. Underlaget till den tjänstekoncessionen var detsamma som för den nuvarande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det avtal som Malmö Högskola har tecknat med Ved-bark Restaurang AB för hyra, drift och nyttjanderätt av restaurang- och caféverksamhet i högskolans lokaler är att betrakta som ett tjänstekontrakt, som ska upphandlas enligt bestämmelserna i LOU, eller som en tjänstekoncession. Därtill fråga, för det fall en tjänstekoncession anses föreligga, om allmän förvaltningsdomstol kan pröva om förfarandet genomförts med beaktande av de gemenskapsrättsliga principerna.

Enligt 2 kap. 17 § LOU avses med tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men med innebörden att ersättning för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten.

EU-domstolen har fastslagit i praxis att skillnaden mellan ett vanligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i att leverantören i det senare fallet står en risk. Den omständigheten att leverantören vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att ta ut ersättning från tredje man, är tillräcklig för att avtalet ska anses utgöra tjänstekoncession under förutsättning att uppdragstagaren övertar hela eller åtminstone en betydande del av den risk som den upphandlande myndigheten skulle löpa om den utförde tjänsten själv, även om denna risk redan från början är mycket begränsad på grund av de offentlig-rättsliga villkoren för tjänstens organisation (se *Parking Brixen C-458/03*, *WAZV Gotha mot Eurawasser C-206/08* och *Privater Rettungsdienst C-274/09*). I de två senare målen betonar domstolen att risken ouplösligt är förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten. 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.

Av Malmö Högskolas offertinbjudan framgår bl.a. följande. Avtalet som ska tecknas med restauratör avser hyra, drift och nyttjanderätt till restaurang- och caféverksamhet i Gäddan 8 och Orkanen. Kontrakterad restauratör ska självständigt bedriva restaurang- och caféverksamhet med försäljning gentemot högskolans studenter, kårer, anställda och allmänhet. Avtalet innebär fri och exklusiv nyttjanderätt till kök och maskinpark. All fast maskinell utrustning ingår, samt vissa utensilier som bleck och kantiner. Reparationer av maskinerna bekostas av Malmö Högskola under förutsättningen att inte skadorna uppstått på grund av handhavandefel eller vanvård. Malmö Högskola bestämmer öppettiderna och endast högskolan får stå som ansvarig för arrangemang i lokalerna. Priserna ska vara studentvänliga, men inga subventioner från högskolan kommer att förekomma. Restauratören ska själv stå för kostnaderna för drift vad gäller el, avfall, fettavskiljning, porslin och utensilier. Även kostnader för kontorsmaskiner, såsom t.ex. kassaapparat, faller på restauratören. Restauratören ska kunna tillhandahålla förplägnad till arrangemang som anordnas internt och externt. Hyran är omsättningsbaserad och utgör fyra procent av omsättningen. Malmö Högskola kan inte utlova någon verksamhetsomsättning. Malmö Högskola ska dock i första hand begära offert av leverantören avseende konferensverksamhet och i andra hand av annan restauratör. Omsättningen för både Gäddan 8 och Orkanen var för det sista halvåret 2009 och det första halvåret 2010 sammanlagt 6,7 miljoner kr.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Kammarrätten kan konstatera att den rättsliga klassificeringen av ett förfarande beror på omständigheter i det enskilda fallet. Skillnaden mellan ett offentligt tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för att tillhandahålla tjänsterna. Ersättningen för tillhandahållande av tjänsten kan utgå direkt från upphandlande myndighet eller genom tredje man. Vidare måste man göra en bedömning av riskövergången i verksamheten. Ersätt-

ningen som sådan är bara en indikation på vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet av tjänsten. En tjänstekoncession föreligger när ersättningen består i en rätt att utnyttja tjänsten och leverantören bär risken som är förbunden med att tillhandahålla de aktuella tjänsterna. Vad gäller frågan om riskövergång och risknivåer har EU-domstolen slagit fast att det är nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten, åtminstone i de fall där den risk som myndigheten bär i sig är mycket begränsad.

I förevarande fall är avtalets övergripande syfte att tillse att studenter, kårer, allmänheten och anställda på Malmö Högskola har tillgång till restaurang- och caféverksamhet inom högskolans lokaler. Leverantörens intäkter kommer i huvudsak från tredje man i form av studenter och allmänhet, som nyttjar verksamheten. Leverantören åtar sig att självständigt bedriva verksamheten inom ramen för de villkor som ställts upp i offertinbjudan. Leverantören ska kunna erbjuda förtäring till förmånliga priser åt både studenter och allmänhet samt åt högskolan vid interna och externa arrangemang. Ingen ersättning från högskolan till leverantören för utförande av restaurang- och caféverksamheten som sådan får förekomma och högskolan utlovar inte någon verksamhetsomsättning, även om högskolan i första hand kommer att göra sina inköp hos leverantören om dess utbud passar för högskolans ändamål. Leverantören ska därtill betala driftskostnaderna.

Vad som enligt kammarätten kan tala emot att en riskövergång i tillräcklig utsträckning har skett, är att högskolan förbinder sig att i första hand begära offert av leverantören avseende konferensverksamhet och i andra hand kommer högskolan begära offert av annan leverantör. Eftersom högskolan emellertid inte garanterar några inköp av leverantören och att eventuella inköp är baserade på att leverantören erbjuder det sortiment högskolan efterfrågar och till rätt pris, står leverantören fortsatt risken för att utsättas för konkurrens från andra leverantörer och att inte få några order från högsko-

lan. Uppgiften om att högskolans inköp hos tidigare leverantör har utgjort en fjärdedel av dennes omsättning ändrar inte denna bedömning. En annan faktor som kan tala för att en riskövergång till leverantören inte har skett är att leverantörens etableringskostnader är begränsade, eftersom högskolan bekostar bl.a. alla fasta maskiner och underhåll för dessa. Likaså omständigheten att hyran är omsättningsbaserad och utgör fyra procent av omsättningen minskar den ekonomiska risken vid omsättningsnedgång.

Vid en sammantagen bedömning finner kammarrätten, trots högskolans åtagande att i första hand begära offert av leverantören, frånvaro av vissa etableringskostnader och omsättningsbaserad hyra, att leverantören i detta fall står en betydande del av den ekonomiska risk som är förenad med att bedriva den aktuella verksamheten. Sammanfattningsvis finner kammarrätten att då någon ersättning inte betalas för utförande av tjänsten som sådan och att leverantören står den betydande delen av den ekonomiska risken, att det avtal som har slutits mellan parterna utgör en tjänstekoncession.

Bolaget har vidare yrkat att för det fall förfarandet ska anses utgöra en tjänstekoncession ska avtalet prövas av allmän förvaltningsdomstol.

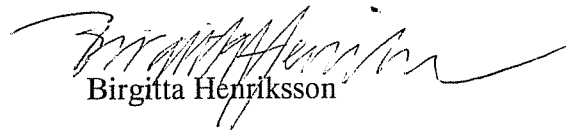
Kammarrätten kan notera att tidigare gällande LOU inte innehöll några bestämmelser om tjänstekoncession och att Högsta Förvaltningsdomstolen funnit att tjänstekoncessioner inte kunde göras till föremål för prövning enligt tidigare tillämplig lag (RÅ 2008 not 101).

I nu gällande LOU har införts en definition av begreppet tjänstekoncession (2 kap. 17 §) och en direkt bestämmelse som tydligt anger att endast 1 kap. 12 § LOU gäller i fråga om tjänstekoncessioner (1 kap. 2 §) Något stöd i gällande LOU finns därför inte heller för att pröva aktuellt förfarande.

Kammarrätten finner inte heller att beslutet att tilldela kontraktet avseende tjänstekoncession till en utvald leverantör kan anses utgöra ett sådant beslut som är överklagbart enligt 22 § och 22 a § FL.

Mot denna bakgrund ska förvaltningsrättens avvisning av bolagets ansökan om överprövning stå fast.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

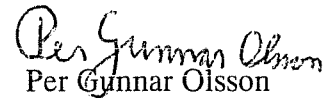


Birgitta Henriksson

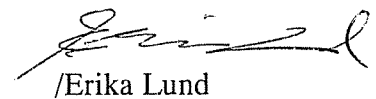


Lennart Berglund

referent



Per Gunnar Olsson
Per Gunnar Olsson



/Erika Lund



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

BESLUT
2010 -12- 03
Meddelat i Malmö

Mål nr
15211-10E

BILAGA
1

SÖKANDE

Välfärden- kök & kaffe AB, 556731-6822
Anckargripsgatan 3
211 19 Malmö

MOTPART

Malmö Högskola
205 06 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU); nu fråga om
avvisning

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Välfärden- kök & kaffe AB:s ansökan om över-
prövning.

YRKANDEN M.M.

Malmö Högskola har via annonsering begärt in offerter avseende tjänstekoncession omfattande hyra, drift samt nyttjanderätt till restaurang- och caféverksamhet vid Kultur och Samhälle, fastigheten Gäddan 8, och Lärarutbildningen, Bibliotek och IT (BIT), fastigheten Orkanen.

Välfärden- kök & kaffe AB ansöker om överprövning och anför följande. Genom att upphandlande myndighet minimerar leverantörens ekonomiska risktagande, samt utövar styrning över verksamheten bör avtalet ses som en upphandling av tjänster eller varor och därmed omfattas av LOU. Det ekonomiska risktagandet för leverantören tas bort då det genom hyresavtalet följer en förhandsrätt till försäljning av varor och tjänster till den upphandlande myndigheten vilket innebär att högskolan garanterar en minimivolym även om det i underlaget hävdas motsatsen. Vidare står hyresvärden för maskinpark och reparationer av denna samt städning av serveringsytor. Lokalhyreskostnaden är omsättningsbaserad vilket gör den ekonomiska risken särskilt låg. Det krävs inga större investeringar för att ta över och sköta driften samtidigt som intäkter garanteras genom förhandsrätt på interna beställningar. Den ekonomiska risken ligger således inte i huvudsak på leverantören. Vidare styr Malmö Högskola den upphandlade verksamheten genom att bestämma öppettider samt arrangemang som leverantören får ha i lokalerna. Det är således fråga om en förtäckt offentlig upphandling som felaktigt benämnts tjänstekoncession.

SKÄL FÖR BESLUTET


Enligt 2 kap. 17 § LOU avses med tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättning för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Av förarbetena till LOU framgår att tjänstekoncessioner faller utanför EG-direktivens till-

lämpningsområde vilket, enligt regeringens mening, innebär att bestämmelserna i lagarna om överprövning inte är tillämpliga på sådana kontrakt (se prop. 2006/07:128 s. 180-183).

Av förfrågningsunderlaget framgår att det aktuella kontraktet kommer att medföra en fri och exklusiv nyttjanderätt till kök och maskinpark för kontrakterad restauratör och att denne självständigt ska bedriva restaurang- och caféverksamhet med försäljning gentemot högskolans studenter, kårer, anställda samt allmänhet. Mot bakgrund av detta och vad som i övrigt anges i förfrågningsunderlaget utgör enligt förvaltningsrättens bedömning kontraktet en tjänstekoncession. Valfärden- kök & kaffe AB har enligt rättsens mening inte förmått visa att kontraktets konstruktion skulle innebära att den ekonomiska risken övergår till den upphandlande myndigheten eller att omfattningen av myndighetens styrning medför att det inte skulle vara fråga om tjänstekoncession.

Förvaltningsrätten är således förhindrad att pröva Valfärden- kök & kaffe AB:s ansökan om överprövning och denna ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Hans Emanuelsson

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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.