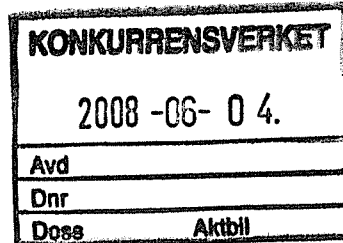


# REGERINGSRÄTTENS DOM



Mål nr  
7364-06  
7366-06

meddelad i Stockholm den 3 juni 2008

## KLAGANDE

Skorstensfejarmästarnas Service AB, 556095-4876

Ombud: Förbundsjuristen Tommy Stenberg  
Profina Juridik AB  
Box 100 20  
121 26 Stockholm-Globen

## MOTPART

Brand- och räddningsnämnden i Stockholms kommun

Ombud: Kommunjuristen Catharina Gyllencreutz  
Stockolms stadsledningskontor, juridiska avdelningen  
105 35 Stockholm

## ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrättens i Stockholm dom den 14 november 2006  
i mål nr 6595 – 6596-06 (bilaga)

## SAKEN

Offentlig upphandling

## YRKANDEN M.M.

Skorstensfejarmästarnas Service AB yrkar att Regeringsrätten ska fastställa att upphandling av sotning och brandskyddskontroll enligt lagen (2003:778) om skydd mot olyckor ska göras enligt lagen (1992:1528) om

Dok.Id 51877

Postadress  
Box 2293  
103 17 Stockholm

Besöksadress  
Birger Jarls torg 5

Expeditionstid  
09:00-12:00  
13:00-15:00

Telefon  
08-561 676 00  
Telefax  
08-561 678 20

offentlig upphandling (LOU). Bolaget yrkar vidare att Regeringsrätten ska fastställa att Brand- och räddningsnämndens upphandling av sotning och brandskyddskontroll har varit lagstridig och därför ska göras om. Bolaget anför bl.a. att Europakommissionens generaldirektorat den 21 november 1996 har uttalat att sotning ska upphandlas enligt LOU och att kommissionen underkänner såväl undantag avseende tjänsteupphandling som undantag avseende utövande av offentlig makt.

Nämnden anser att målet ska skrivas av från fortsatt handläggning och anför bl.a. följande. Avtal i de aktuella upphandlingarna har undertecknats den 24 november 2006. Eftersom mer än tio dagar gått från det att tilldelningsbeslut meddelats i upphandlingarna och upphandlingskontrakt finns, kan bolagets begäran om överprövning inte längre prövas. Nämnden har vidare anført att kontrakt avseende tjänstekoncession inte kan prövas inom ramen för LOU.

#### **SKÅLEN FÖR REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Enligt 1 kap. 5 § LOU avses med upphandling köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster. Enligt samma lagrum avses med upphandlingskontrakt skriftliga avtal som en upphandlande enhet ingår avseende upphandling enligt denna lag och som undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Av utredningen i målet framgår att Brand- och räddningsnämnden inlett ett förfarande i avsikt att erbjuda entreprenörer att ta över kommunens ansvar i vissa hänseenden avseende sotning och rengöring respektive brandskyddskontroll enligt lagen om skydd mot olyckor. Entreprenörerna ges rätt att begära ersättning av dem som utnyttjar tjänsterna. Ersättning från nämnden utgår endast i undantagsfall.

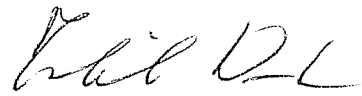
Mot denna bakgrund kan de överenskommelser som träffas mellan nämnden och dem som anförtros uppdraget inte anses utgöra upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Någon överprövning enligt LOU kan därför inte göras. Vid sådant förhållande saknas anledning att gå in på frågan om bolagets rätt att ansöka om överprövning.

**REGERINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

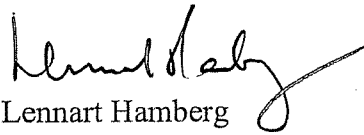
Regeringsrätten avslår överklagandet.



Susanne Billum



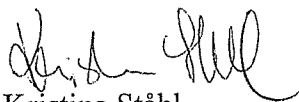
Eskil Nord



Lennart Hamberg



Margit Knutsson



Kristina Ståhl



Karin Hartmann

Föredragande regeringsrätts-  
sekreterare

Avd. II

Föredraget 2008-05-14



ab-14

#### KLAGANDE

Skorstensfejarmästarnas Service AB, 556095-4876

Ombud: Förbundsjurist Tommy Stenberg  
Profina Juridik AB  
Box 100 20  
121 26 Stockholm-Globen

#### MOTPART

Brand- och räddningsnämnden i Stockholms kommun

Ombud: Kommunjurist Catharina Gyllencreutz  
c/o Stockholms stadsledningskontor  
Juridiska avdelningen  
105 35 Stockholm

#### ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Stockholms län dom den 4 oktober 2006 i mål nr 15021-06 och 15043-06, se bilagor

#### SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

Skorstensfejarmästarnas Service AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingarna skall göras om. Till stöd för sin talan har bolaget anfört bl.a följande. Europeiska kommissionen har i ett yttrande den 21 november 1996 fastslagit att sotningstjänster i Sverige skall upphandlas offentligt i enlighet med tillämpliga författningar. Yttrandet bygger på Romkonventionens regler vilka i befintlig form överförts i EG-direktivet samt EG-domstolens avgörande 1974 i mål C-2/74 och 1993 i mål C-42/92.

Brand- och räddningsnämnden bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Sökanden är inte att anse som en leverantör enligt 1 kap. 5 § LOU och saknar därför talerätt enligt 7 kap 1 § samma

lag. Sökanden, som är en branschorganisation, erbjuder vare sig sotning/rengöringstjänster eller brandskyddskontrolltjänster. Ansökan om överprövning skall på den grunden avvisas. Vidare har de upphandlade tjänsterna inslag av myndighetsutövning och LOU är därför inte tillämplig. Ansökan om överprövning skall på den grunden avvisas. För det fall Kammarrätten skulle göra en annan bedömning skall ansökan avvisas på den grunden att upphandlingarna omfattar sådana tjänstekoncessioner på vilka LOU inte är tillämplig. För det fall kammarrätten skulle finna att de genomförda upphandlingarna omfattas av LOU så utgör brandskyddskontroll en brandskyddstjänst som omfattas av kategori 27, andra tjänster, i bilaga B till LOU (CPV-kod 75251110-4), varför 6 kap. LOU skall tillämpas vid upphandling av brandskyddskontroll. Nämnden har i den vid sådana förhållanden genomförda förenklade upphandlingen inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna som LOU vilar på. Det förhållandet att upphandlingen av sotning/rengöring utförts som en förenklad upphandling är inte något som medför att sökanden lidit eller kunnat komma att lida skada eftersom sökanden uppmärksammat upphandlingen och hämtat ut förfrågningsunderlaget.

Skorstensfejarmästarnas Service AB har i svaromål anfört att bolagets ledning är utbildade skorstensfejarmästare och skorstensfejartekniker med utbildning och kompetens att utföra såväl sotning som brandskyddskontroll. Bolaget hämtade ut anbudsunderlaget men lämnade inte in någon ansökan avseende sotning eller brandskyddskontroll. Bolagets uppfattning var att upphandlingen gjordes på felaktiga grunder, att tvingande lagstiftning ej tillämpades vilket diskriminerade sökanden och att upphandlingen medför betydande ekonomiska nackdelar för såväl sökanden som de fastighetsägare som skall betala tjänsten.

## DOMSKÄL

Kammarrätten finner i motsats till länsrätten att de tjänster som ifrågavarande upphandlingar avser, sotning/rengöring och brandskyddskontroll, inte är av sådant slag att de på grund av vad som anges i artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget inte skulle omfattas av LOU.

Beträffande Brand- och räddningsnämndens invändning att det är fråga tjänstekoncession gör kammarrätten följande bedömning.

Enligt 1 kap. 2 § LOU gäller lagen vid upphandling som görs av staten, kommuner, landsting och vissa andra upphandlande enheter som avses i 5 och 6 §§. Med upphandling avses enligt 1 kap. 5 § köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Av artikel 17 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster framgår att direktivet inte skall tillämpas på tjänstekoncessioner (annat än i ett här inte aktuellt avseende). Med tjänstekoncession menas enligt artikel 1 punkt 4 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 EG-rättslig praxis och det ovan nämnda direktivet skall LOU inte tillämpas på tjänstekoncessioner. Vad gäller förevarande upphandlingar har i målet framkommit att nämndens avsikt är att fastighetsägarna/nyttjanderättshavarna skall betala entreprenören för den tjänst som utförs. Staden skall inte ersätta entreprenören för sotning/rengöring eller brandskyddskontroll. Det rör sig därmed enligt kammarrättens mening om tjänstekoncession som inte omfattas av bestämmelserna i LOU. Klagandens ansökan om överprövning enligt

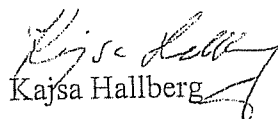
7 kap. 1 § LOU kan med anledning därav inte tas upp till prövning.  
Överklagandet skall därför avslås.


För övrigt finner kammarrätten att det mot bakgrund av vad som framkommit i målet starkt kan ifrågasättas om Skorstensfejarmästarnas Service AB är att anse som leverantör enligt definitionen i 1 kap. 5 § LOU och som sådan har rätt att ansöka om överprövning enligt 7 kap 1 § samma lag.

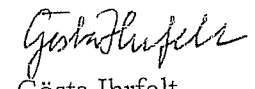
### DOMSLUT

Kammarrätten avslår överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.

  
Kajsa Hallberg  
lagman

  
Eva Hammar  
kammarrättsråd  
referent

  
Gösta Ihrfelt  
kammarrättsråd

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

BESLUT  
2006-10-04  
Meddelat i Stockholm

Mål nr  
15021-06  
Rotel 552

**SÖKANDE**

Skorstensfejarmästarnas Service AB, 556095-4876  
Styrmansgatan 19  
114 54 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms Brandförsvär  
Box 1328  
111 83 Stockholm  
Ombud: Vice stadsjurist Catharina Gyllencreutz, Juridiska avdelningen,  
Stadsledningskontoret, 105 35 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

---

**BESLUT**

Länsrätten avvisar Skorstensfejarmästarnas Service AB:s ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Stockholms Brandförsvar inbjöd leverantörer att lämna anbud angående sotning/rengöring. Sista datum för mottagande av anbud var den 4 september 2006.

YRKANDEN M.M.

Skorstensfejarmästarnas Service AB (SSA) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts alternativt att upphandlingen skall göras om. – SSA anför bl.a. följande. Upphandlingen skall enligt förfrågningsunderlaget genomföras som en förenklad upphandling. Upphandlingens värde överstiger de aktuella tröskelvärden som framgår av 5 kap. LOU, varför förenklad upphandling inte får tillämpas. Upphandlingen avser sotning/rengöring enligt bestämmelserna i lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, LSO. Utformningen av avsnittet B1 i förfrågningsunderlaget innebär att beställaren, utan affärsmässig grund, utesluter vissa leverantörer från prövning/tilldelning, vilket innebär att dessa på så sätt kan komma att lida skada. Genom att inte tillåta att en och samma leverantör ges möjlighet att utföra såväl sotning/rengöring som brandskyddskontroll inom samma geografiska område, vilket annars är det normala förfarandet, riskerar utförandet att bli dyrare samtidigt som servicen till fastighetsägarna blir sämre till följd av uteblivna samordningsfördelar. Förfrågningsunderlagets utformning måste anses innebära att upphandlingen inte sker på ett affärsmässigt sätt, vilket är ett krav enligt 1 kap. 4 § LOU.

Stockholms Brandförsvar yrkar för egen del att SSA:s ansökan om överprövning skall avvisas. – Stockholms Brandförsvar anför bl.a. följande. Hinder föreligger för prövning av SSA:s talan då fråga är om en så kallad tjänstekoncession. Staden har enligt 3 kap. LSO vissa skyldigheter att förebygga

bränder och andra olyckor än bränder. Enligt 3 kap. 4 § LSO skall kommunerna i brandförebyggande syfte ansvara för att rengöring (sotning) sker av fasta förbränningsanläggningar, som inte är inrättade för eldning uteslutande med gas, och därtill hörande rökkanaler. Detsamma skall gälla imkanaler i restauranger, storkök och därmed jämförbara utrymmen. Vidare skall kommunerna i brandförebyggande syfte även ansvara för att det som skall rengöras vid sotning samt skorstenar, tak och anslutande byggnadsdelar kontrolleras från brandskyddssynpunkt (brandskyddskontroll). Detsamma skall enligt bestämmelsen gälla fasta förbränningsanordningar inrättade för eldning uteslutande med gas och därtill hörande avgaskanaler. Staden har inlett två upphandlingar, den ena avseende sotning/rengöring och den andra avseende brandskyddskontroll. I båda fallen är det fastighetsägarna/nyttjanderätts-havarna som betalar entreprenören för den tjänst som utförs. Staden ersätter inte entreprenören för sotning/rengöring eller brandskyddskontroll. Det är således fråga om tjänstekoncessioner. Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänstens utförande utgörs av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. För en upphandling av en tjänstekoncession gäller inte EG-rättens upphandlingsdirektiv. Detta innebär att man inte kan begära överprövning eller skadestånd enligt LOU av ett sådant upphandlingsförfarande. En upphandling av en tjänstekoncession kan genomföras enklare än en upphandling enligt LOU. Det är dock inget som hindrar att man genomför en upphandling i förenklad form. En upphandlande enhet som upphandlar en koncession måste följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Staden vitsordar i och för sig att upphandlingens värde överstiger tröskelvärdena. Anledningen till att staden i de båda upphandlingarna uppställt krav på att en entreprenör endast kan utföra den ena typen av tjänst beror på att brandskyddskontrollen bl.a. innebär att man kontrollerar hur sotningen/rengöringen utförts. Gällande regler ställer också olika krav på utförarnas kompetens. Den som utför brandskyddskon-

trollen skall vara utbildad skorstensfejartekniker och den som utför sotningen/rengöringen skall ha utbildning som skorstensfejare. Med hänsyn till detta är det inte möjligt att tjänsterna utförs av samma entreprenör. Inom två sotningsdistrikt i Stockholm är tjänsterna redan fördelade på olika entreprenörer. Före LSO innebar brandskyddskontrollen en betydligt mindre omfattande kontroll och utfördes samtidigt med sotningen. En enskild fastighetsägare har också rätt att själv, efter godkännande av staden, välja annan utförare av sotning/rengöring än den som staden upphandlar. Om den av staden upphandlande entreprenören då skulle utföra kontroll av den av fastighetsägaren valde sotaren skulle detta innebära att man hamnar i en jävsliknande situation. Kravet strider inte mot någon av de grundläggande principerna i EG-fördraget och det är affärsmissigt.

SSA anför bl.a. följande. Frågan huruvida LOU är tillämplig eller inte har prövats av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 1042-04). I domen i målet den 4 maj 2004 slår kammarrätten fast att LOU skall tillämpas vid upphandling av sotning och brandskyddskontroll enligt LSO. Brandskyddskontrollen enligt 3 kap. 4 § LSO är en teknisk kontroll av eldstäder, rök- och avgaskanaler samt imkanaler i storkök i syfte att, från kommunens sida, kontrollera att byggnadens ägare eller nyttjanderättshavare har vidtagit de åtgärder inom det brandförebyggande området som de ålagts enligt 2 kap. 2 § samma lag. Att kontrollera sotningens utförande är inget som ingår i brandskyddskontrollen då ansvaret för att sotningen utförs åvilar kommunen och regleras i lagens 3 kap. 4 § (prop. 2002/03:119 s. 61-67). Det skall tilläggas att sotning och brandskyddskontroll idag utförs av samma entreprenör inom 288 av landets kommuner. Av lagens förarbeten framgår inte någonstans något som stöder stadens argumentation att den angivna jävsituationen skulle uppstå.

Stockholms Brandförsvaret anför bl.a. följande. Det bestrids att LOU skall tillämpas på stadens upphandlingar av sotning och brandskyddskontroll. Av innehållet i senare avgöranden (se bl.a. Länsrättens i Stockholm län beslut

den 5 april 2006 i mål nr 6317-06 samt Kammarrättens i Stockholm beslut den 28 april 2006 i samma ärende) följer att stadens upphandlingar av sotning/rengöring respektive brandskyddskontroll omfattar tjänstekoncessioner på vilka LOU inte är tillämplig. Det bestrids vidare att brandskyddskontrollen inte skulle omfatta kontroll av hur sotningen/rengöringen utförts. Efter ikraftträdandet av LSO den 1 januari 2004 står det inte längre i lagen att brandskyddskontrollen skall utföras i samband med sotningen. Kontrollen utförs därför självständigt utan samband med sotningen som därmed också blir föremål för kontroll. Vidare är det, eftersom sotningen utförs av entreprenörer, viktigt för staden att kontrollera och säkerställa att den utförs på ett riktigt sätt. Sotningen/rengöringen och brandskyddskontrollen utförs inte heller med samma intervaller samt ställer olika krav på utförarnas kompetens. I förarbetena till lagändringen (prop. 2002/03:119 s. 65) sägs också att den nya brandskyddskontrollen bör vara mer systematisk och ingående än den kontroll som före lagens ikraftträdande skedde i samband med sotning. Räddningsverkets föreskrifter och allmänna råd (SRVFS 2005:9) är också betydligt mer detaljerade än motsvarande äldre regler som gällde under räddningstjänstlagen. Sammantaget finns stöd för att jävliksnande situationer kan uppstå samt att kontrollen innefattar kontroll av utförd sotning/rengöring. Eftersom en enskild fastighetsägare har rätt att själv, efter godkännande av staden, välja annan utförare av sotning/rengöring än den som staden upphandlar blir den entreprenör som förlorar uppdraget av med intäkten för sotningsuppdraget och skall därefter, om han innehar uppdraget att utföra brandskyddskontrollen, bedöma/godkänna konkurrentens utförande av uppdraget. Kravet att entreprenör endast kan utföra den ena typen av tjänst har saklig grund, strider inte mot någon av de grundläggande principerna i EGFördraget och är affärsmässigt. För det fall att sotning och brandskyddskontroll idag utförs av samma entreprenör i 288 av landets kommuner bestrids att detta skulle ha någon relevans i förevarande mål.

### SKÄL FÖR BESLUT

Den aktuella upphandlingen avser sotning/rengöring inom Stockholms stad. SSA har begärt överprövning och hävdar att Stockholms brandförsvaret har åsidosatt reglerna enligt LOU. Stockholms brandförsvaret har för egen del gjort gällande att LOU inte är tillämplig.

Bestämmelser om sotning/rengöring finns i LSO. Enligt 3 kap. 4 § första stycket LSO skall en kommun i brandförebyggande syfte ansvara för att rengöring (sotning) sker av fasta förbränningsanordningar, som inte är inrättade för eldning uteslutande med gas, och därtill hörande rökkanaler. Detsamma skall gälla imkanaler i restauranger, storkök och därmed jämförbara utrymmen. Kommunen skall också enligt 1 kap. 6 § samma lag samordna verksamheten samt samarbeta med statliga myndigheter och med andra som berörs. Kommunen får enligt 3 kap. 4 § andra stycket LSO medge att fastighetsägare utför eller låter annan utföra sotning på den egna fastigheten. Enligt 3 kap. 5 § LSO har den som utför sotning rätt att få tillträde till den anläggning som berörs och att få nödvändiga upplysningar och handlingar. Av 3 kap. 5 § LSO framgår vidare att polismyndigheten skall lämna den hjälp som behövs.

Frågan om sotningsverksamhet helt eller delvis utgör myndighetsutövning berörs i förarbetena till LSO. I författningskommentaren till 3 kap. 14 §, vilken innehåller de övergripande bestämmelserna om kraven på kompetens hos den personal som skall utföra de uppgifter som kommunen har enligt lagen, anförs bl.a. följande (prop. 2002/2003:119 s. 113).

Som huvudregel skall det således i författning inte ställas upp några specifika behörighetskrav för de personer som för kommunens räkning skall utföra uppgifter enligt lagen. I stället är det en uppgift för länsstyrelserna och ytterst för Statens räddningsverk att, i samband med tillsynen över kommunerna, följa upp att kommunerna för sin verksamhet har den kompetens som behövs. I vissa fall kan dock särskilda behörighetskrav behöva uppställas. Det

kan i huvudsak bli aktuellt beträffande den personal som har att ansvara för myndighetsutövning enligt lagen. Det gäller tillsynspersonalen, räddningschefen och de andra personer som skall kunna leda räddningsinsatser samt den personal som, inom sotningsverksamheten, utför brandskyddskontroll enligt 4 §.

Länsrätten finner med beaktande av sotningsverksamhetens beskaffenhet, vari innefattas möjligheter till tvångsanvändning mot enskilda, och uttalandena i propositionen att verksamhet som innefattar sotning/rengöring innefattar myndighetsutövning.

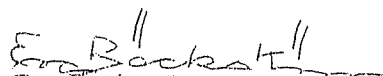
Fråga är om LOU omfattar upphandling av tjänster som innefattar myndighetsutövning. I lagen finns inte någon bestämmelse som ger svar på hur det förhåller sig härmed. I förarbetena till lagen har inte tagits ställning till detta. Däremot har i samband med ändringar i lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. uttalanden gjorts i denna fråga. Sålunda framhålls i propositionen, under hänvisning till Romfördragets artiklar 55 och 66 (numera artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget), att länsstyrelsens beslut om vem som skall utföra arkeologiska förundersökningar m.m. utgör myndighetsutövning, varför LOU inte är tillämplig på länsstyrelsens beslut (prop. 1996/97:99 s. 17 f.). På förslag av lagrådet infördes en uttrycklig bestämmelse om detta i lagen.

I artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget görs undantag från reglerna om etableringsrätt och tjänster för verksamhet som hos en medlemsstat, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

Sotningsverksamhet inrymmer bl.a. en rätt för den som bedriver verksamheten att tvångsvis med hjälp av polis bereda sig tillträde till medborgarnas bostäder. Att med tvång bereda sig tillträde till någons bostad är ytterst integritetskänsligt. Enligt länsrättens mening måste sådan tvångsanvändning inrymmas i inte enbart begreppet myndighetsutövning utan även i begreppet offentlig makt. LOU är sålunda inte tillämplig. Vad SSA har anfört och åbe-

ropat föranleder ingen annan bedömning. SSA:s ansökan om överprövning skall därför inte prövas i sak.

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

  
Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Petra Renner.

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

BESLUT  
2006-10-04  
Meddelat i Stockholm

Mål nr  
15043-06  
Rotel 552

**SÖKANDE**

Skorstensfejarmästarnas Service AB, 556095-4876  
Styrmansgatan 19  
114 54 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms Brandförsvär  
Box 1328  
111 83 Stockholm  
Ombud: Vice stadsjurist Catharina Gyllencreutz, Juridiska avdelningen,  
Stadsledningskontoret, 105 35 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

---

**BESLUT**

Länsrätten avvisar Skorstensfejarmästarnas Service AB:s ansökan om överprövning.



#### BAKGRUND

Stockholms Brandförsvaret inbjöd leverantörer att lämna anbud angående brandskyddskontroll. Sista datum för mottagande av anbud var den 4 september 2006.

#### YRKANDEN M.M.

Skorstensfejarmästarnas Service AB (SSA) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har gjorts alternativt att upphandlingen skall göras om. – SSA anför bl.a. följande. Upphandlingen skall enligt förfrågningsunderlaget genomföras som en förenklad upphandling. Upphandlingens värde överstiger de aktuella tröskelvärden som framgår av 5 kap. LOU, varför förenklad upphandling inte får tillämpas. Upphandlingen avser brandskyddskontroll enligt bestämmelserna i lagen (2003:778) om skydd mot olyckor, LSO. Utformningen av avsnittet B1 i förfrågningsunderlaget innebär att beställaren, utan affärsmässig grund, utesluter vissa leverantörer från prövning/tilldelning vilket innebär att dessa på så sätt kan komma att lida skada. Genom att inte tillåta att en och samma leverantör ges möjlighet att utföra såväl sotning/rengöring som brandskyddskontroll inom samma geografiska område, vilket annars är det normala förfarandet, riskerar utförandet att bli dyrare samtidigt som servicen till fastighetsägarna blir sämre till följd av uteblivna samordningsfördelar. Förfrågningsunderlagets utformning måste anses innebära att upphandlingen inte sker på ett affärsmässigt sätt vilket är ett krav enligt 1 kap. 4 § LOU.

Stockholms Brandförsvaret yrkar för egen del att SSA:s ansökan om överprövning skall avvisas. – Stockholms Brandförsvaret anför bl.a. följande. Hinder föreligger för prövning av SSA:s talan då fråga är om en så kallad tjänstekoncession. Staden har enligt 3 kap. LSO vissa skyldigheter att förebygga

bränder och andra olyckor än bränder. Enligt 3 kap. 4 § LSO skall kommunerna i brandförebyggande syfte ansvara för att rengöring (sotning) sker av fasta förbränningsanläggningar, som inte är inrättade för eldning uteslutande med gas, och därtill hörande rökkanaler. Detsamma skall gälla imkanaler i restauranger, storkök och därmed jämförbara utrymmen. Vidare skall kommunerna i brandförebyggande syfte även ansvara för att det som skall rengöras vid sotning samt skorstenar, tak och anslutande byggnadsdelar kontrolleras från brandskyddssynpunkt (brandskyddskontroll). Detsamma skall enligt bestämmelsen gälla fasta förbränningsanordningar inrättade för eldning uteslutande med gas och därtill hörande avgaskanaler. Staden har inlett två upphandlingar, den ena avseende sotning/rengöring och den andra avseende brandskyddskontroll. I båda fallen är det fastighetsägarna/nyttjanderätts-havarna som betalar entreprenören för den tjänst som utförs. Staden ersätter inte entreprenören för sotning/rengöring eller brandskyddskontroll. Det är således fråga om tjänstekoncessioner. Med tjänstekoncession avses ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänstens utförande utgörs av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. För en upphandling av en tjänstekoncession gäller inte EG-rättens upphandlingsdirektiv. Detta innebär att man inte kan begära överprövning eller skadestånd enligt LOU av ett sådant upphandlingsförfarande. En upphandling av en tjänstekoncession kan genomföras enklare än en upphandling enligt LOU. Det är dock inget som hindrar att man genomför en upphandling i förenklad form. En upphandlande enhet som upphandlar en koncession måste följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Staden vitsordar i och för sig att upphandlingens värde överstiger tröskelvärdena. Anledningen till att staden i de båda upphandlingarna uppställt krav på att en entreprenör endast kan utföra den ena typen av tjänst beror på att brandskyddskontrollen bl.a. innebär att man kontrollerar hur sotningen/rengöringen utförts. Gällande regler ställer också olika krav på utförarnas kompetens. Den som utför brandskyddskon-

trollen skall vara utbildad skorstensfejartekniker och den som utför sotning-  
en/rengöringen skall ha utbildning som skorstensfejare. Med hänsyn till detta  
är det inte möjligt att tjänsterna utförs av samma entreprenör. Inom två sot-  
ningsdistrikt i Stockholm är tjänsterna redan fördelade på olika entreprenö-  
rer. Före LSO innebar brandskyddskontrollen en betydligt mindre omfattan-  
de kontroll och utfördes samtidigt med sotningen. En enskild fastighetsägare  
har också rätt att själv, efter godkännande av staden, välja annan utförare av  
sotning/rengöring än den som staden upphandlar. Om den av staden upp-  
handlande entreprenören då skulle utföra kontroll av den av fastighetsägaren  
valde sotaren skulle detta innebära att man hamnar i en jävslignande situa-  
tion. Kravet strider inte mot någon av de grundläggande principerna i EG-  
fördraget och det är affärsmässigt.

SSA anför bl.a. följande. Frågan huruvida LOU är tillämplig eller inte har  
prövats av Kammarrätten i Göteborg (mål nr 1042-04). I domen i målet den  
4 maj 2004 slår kammarrätten fast att LOU skall tillämpas vid upphandling  
av sotning och brandskyddskontroll enligt LSO. Brandskyddskontrollen en-  
ligt 3 kap. 4 § LSO är en teknisk kontroll av eldstäder, rök- och avgaskanaler  
samt imkanaler i storkök i syfte att, från kommunens sida, kontrollera att  
byggnadens ägare eller nyttjanderättshavare har vidtagit de åtgärder inom det  
brandförebyggande området som de ålagts enligt 2 kap. 2 § samma lag. Att  
kontrollera sotningens utförande är inget som ingår i brandskyddskontrollen  
då ansvaret för att sotningen utförs åvilar kommunen och regleras i lagens  
3 kap. 4 § (prop. 2002/03:119 s. 61-67). Det skall tilläggas att sotning och  
brandskyddskontroll idag utförs av samma entreprenör inom 288 av landets  
kommuner. Av lagens förarbeten framgår inte någonstans något som stöder  
stadens argumentation att den angivna jävsituationen skulle uppstå.

Stockholms Brandförsvaret anför bl.a. följande. Det bestrids att LOU skall  
tillämpas på stadens upphandlingar av sotning och brandskyddskontroll. Av  
innehållet i senare avgöranden (se bl.a. Länsrättens i Stockholm län beslut

den 5 april 2006 i mål nr 6317-06 samt Kammarrättens i Stockholm beslut den 28 april 2006 i samma ärende) följer att stadens upphandlingar av sotning/rengöring respektive brandskyddskontroll omfattar tjänstekoncessioner på vilka LOU inte är tillämplig. Det bestrids vidare att brandskyddskontrollen inte skulle omfatta kontroll av hur sotningen/rengöringen utförts. Efter ikraftträdandet av LSO den 1 januari 2004 står det inte längre i lagen att brandskyddskontrollen skall utföras i samband med sotningen. Kontrollen utförs därför självständigt utan samband med sotningen som därmed också blir föremål för kontroll. Vidare är det, eftersom sotningen utförs av entreprenörer, viktigt för staden att kontrollera och säkerställa att den utförs på ett riktigt sätt. Sotningen/rengöringen och brandskyddskontrollen utförs inte heller med samma intervaller samt ställer olika krav på utförarnas kompetens. I förarbetena till lagändringen (prop. 2002/03:119 s. 65) sägs också att den nya brandskyddskontrollen bör vara mer systematisk och ingående än den kontroll som före lagens ikraftträdande skedde i samband med sotning. Räddningsverkets föreskrifter och allmänna råd (SRVFS 2005:9) är också betydligt mer detaljerade än motsvarande äldre regler som gällde under räddningstjänstlagen. Sammantaget finns stöd för att jävslänkande situationer kan uppstå samt att kontrollen innefattar kontroll av utförd sotning/rengöring. Eftersom en enskild fastighetsägare har rätt att själv, efter godkännande av staden, välja annan utförare av sotning/rengöring än den som staden upphandlar blir den entreprenör som förlorar uppdraget av med intäkten för sotningsuppdraget och skall därefter, om han innehar uppdraget att utföra brandskyddskontrollen, bedöma/godkänna konkurrentens utförande av uppdraget. Kravet att entreprenör endast kan utföra den ena typen av tjänst har saklig grund, strider inte mot någon av de grundläggande principerna i EGFördraget och är affärsmässigt. För det fall att sotning och brandskyddskontroll idag utförs av samma entreprenör i 288 av landets kommuner bestrids att detta skulle ha någon relevans i förevarande mål.

### SKÄL FÖR BESLUT

Den aktuella upphandlingen avser brandskyddskontroll inom Stockholms stad. SSA har begärt överprövning och hävdar att Stockholms brandförsvaret har åsidosatt reglerna enligt LOU. Stockholms brandförsvaret har för egen del gjort gällande att LOU inte är tillämplig.

Bestämmelser om brandskyddskontroll finns i LSO. Enligt 3 kap. 4 § första stycket LSO skall en kommun i brandförebyggande syfte ansvara för att rengöring (sotning) sker av fasta förbränningsanordningar, som inte är inrättade för eldning uteslutande med gas, och därtill hörande rökkanaler. Detsamma skall gälla imkanaler i restauranger, storkök och därmed jämförbara utrymmen. Enligt tredje stycket skall kommunen i brandförebyggande syfte även ansvara för att det som skall rengöras enligt första stycket samt skorstenar, tak och anslutande byggnadsdelar kontrolleras från brandskyddssynpunkt (brandskyddskontroll). Detsamma skall enligt bestämmelsen gälla fasta förbränningsanordningar inrättade för ledning uteslutande med gas och därtill hörande avgaskanaler. Kommunen skall också enligt 1 kap. 6 § samma lag samordna verksamheten samt samarbeta med statliga myndigheter och med andra som berörs. Enligt 3 kap. 5 § LSO har den som utför brandskyddskontroll rätt att få tillträde till den anläggning som berörs och att få nödvändiga upplysningar och handlingar. Av 3 kap. 5 § LSO framgår vidare att polismyndigheten skall lämna den hjälp som behövs.

Frågan om brandskyddskontroll helt eller delvis utgör myndighetsutövning berörs i förarbetena till LSO. I författningskommentaren till 3 kap. 14 §, vilken innehåller de övergripande bestämmelserna om kraven på kompetens hos den personal som skall utföra de uppgifter som kommunen har enligt lagen, anförs bl.a. följande (prop. 2002/2003:119 s. 113).

Som huvudregel skall det således i författning inte ställas upp några specifika behörighetskrav för de personer som för kommunens räkning skall utföra

uppgifter enligt lagen. I stället är det en uppgift för länsstyrelserna och ytterst för Statens räddningsverk att, i samband med tillsynen över kommunerna, följa upp att kommunerna för sin verksamhet har den kompetens som behövs. I vissa fall kan dock särskilda behörighetskrav behöva uppställas. Det kan i huvudsak bli aktuellt beträffande den personal som har att ansvara för myndighetsutövning enligt lagen. Det gäller tillsynspersonalen, räddningschefen och de andra personer som skall kunna leda räddningsinsatser samt den personal som, inom sotningsverksamheten, utför brandskyddskontroll enligt 4 §.

Länsrätten finner med beaktande av brandskyddskontrollens beskaffenhet, vari innefattas möjligheter till tvångsanvändning mot enskilda, och uttalandena i propositionen att verksamhet som innefattar brandskyddskontroll innefattar myndighetsutövning.

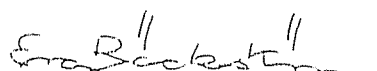
Fråga är om LOU omfattar upphandling av tjänster som innefattar myndighetsutövning. I lagen finns inte någon bestämmelse som ger svar på hur det förhåller sig härmed. I förarbetena till lagen har inte tagits ställning till detta. Däremot har i samband med ändringar i lagen (1988:950) om kulturminnen m.m. uttalanden gjorts i denna fråga. Sålunda framhålls i propositionen, under hänvisning till Romfördragets artiklar 55 och 66 (numera artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget), att länsstyrelsens beslut om vem som skall utföra arkeologiska förundersökningar m.m. utgör myndighetsutövning, varför LOU inte är tillämplig på länsstyrelsens beslut (prop. 1996/97:99 s. 17 f.). På förslag av lagrådet infördes en uttrycklig bestämmelse om detta i lagen.

I artiklarna 45 och 55 i EG-fördraget görs undantag från reglerna om etableringsrätt och tjänster för verksamhet som hos en medlemsstat, om än endast tillfälligt, är förenad med utövandet av offentlig makt.

Brandskyddskontroll inrymmer bl.a. en rätt för den som bedriver verksamheten att tvångsvis med hjälp av polis bereda sig tillträde till medborgarnas bostäder. Att med tvång bereda sig tillträde till någons bostad är ytterst integritetskänsligt. Enligt länsrättens mening måste sådan tvångsanvändning in-

rymmas i inte enbart begreppet myndighetsutövning utan även i begreppet offentlig makt. LOU är sålunda inte tillämplig. Vad SSA har anfört och åberopat föranleder ingen annan bedömning. SSA:s ansökan om överprövning skall därför inte prövas i sak.

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

  
Eva Bäckström

Rådman

Föredragande har varit Petra Renner.