

KLAGANDE




ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Norrbottens län beslut den 5 februari 2008 i mål nr 143-08, se bilaga A

SAKEN

Avvisad talan i mål om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

I kammarrätten vidhåller  sitt yrkande och hänför sig till vad som står antecknat i länsrättens dom.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

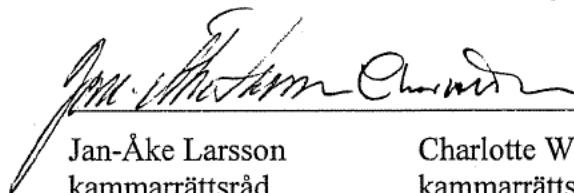
Kammarrätten ansluter sig till länsrättens bedömning att en begäran om överprövning enligt LOU i vart fall inte skall prövas av allmän förvaltningsdomstol. Överklagandet skall således avslås.

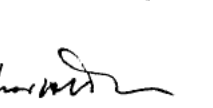
KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE


Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/Ombudet
- Motparten/Ombudet
- Skatteverket
- Allmänna ombudet
- Länsstyrelsen
- Länsrätten
- LOU*
- För delgivning
- För kännedom
- För verkställighet

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


Jan-Åke Larsson
kammarrättsråd


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Robert Dalman
adjungerad ledamot

LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN

BESLUT
2008-02-05
Meddelat i
Luleå

Mål nr
143-08E
Rotel 1

SÖKANDE

1. [REDACTED]

Ombud: Advokat Jens Arnhof, Advokatbyrån Kaiding
Box 2, 952 21 KALIX

2. [REDACTED]

MOTPART

1. Kalix kommun
952 81 Kalix

2. Räddningstjänstförbundet Östra Norrbotten
Räddningsvägen 2, 952 41 KALIX

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU, nu fråga om
sotningstjänsten utgör tjänstekoncession

Räddningstjänstförbundet Östra Norrbotten genomförde en upphandling
avseende sotningstjänst i Kalix kommun, Dnr 28/2007-174 med annonsering
2007-12-04. I tilldelningsbeslut den 15 januari 2008 tilldelades Sotaren i Östra
Norrbotten AB uppdraget.

[REDACTED] Överkalix Sotning & Ventilation, har hos länsrätten begärt
överprövning av upphandlingen och yrkat att länsrätten beslutar antingen om
rättelse på så sätt att [REDACTED] tilldelas entreprenaden eller förordnar att
upphandlingen skall göras om. Till grund för sin talan har han anfört att för-
frågningsunderlaget varit oklart och att hans anbud borde ha tilldelats flera po-
äng och uppdraget.

BESLUT

██████████ har begärt överprövning av upphandlingen och anfört bl.a. följande. Upphandlingsformen bör ej vara förenklad upphandling eftersom sotningen i Kalix kommun överstiger 1,8 miljoner/ omsättning/ tröskelvärde. Underlaget innehåller inga uppgifter om antalet objekt avseende sotning/ brandskyddskontroller. Kriterier vid anbudsförfarande för poäng för kreditvärdighet gör det omöjligt för en ny aktör att få tjänsten.

Länsrätten har i beslut den 22 januari 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutats.

Räddningstjänstförbundet Östra Norrbotten anser att sökandenas talan skall avvisas alternativt lämnas utan bifall samt anför i yttranden bl.a. följande. Den upphandlande enheten har genomfört upphandlingen affärsmässigt och alla anbud har behandlats utan ovidkommande hänsyn. Räddningstjänstförbundet Östra Norrbotten eftersträvar att alla upphandlingar genomförs tydligt och korrekt. Om en anbudsgivare finner något vara otydligt eller ofullständigt i underlaget så är Räddningstjänstförbundet Östra Norrbotten tacksam för frågor vilket gör att behövliga korrigeringar under anbudstiden kan skickas till intresserade. Upphandlingsformen som använts, förenklad upphandling, är mot bakgrund av avdelning B 27, andra tjänster och enligt 6 kap. 1 § och 2 §.

SKÄL

Enligt 1 kap. 2 § LOU, i dess lydelse för upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008, gäller lagen vid upphandling som görs av staten, kommuner, landsting och vissa andra upphandlande enheter som avses i 1 kap. 5 och 6 §. Med upphandling avses enligt 1 kap. 5 § köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Av artikel 1 i direktiv 2004/18 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster framgår att med offentlig kontrakt avses skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bl.a. tillhandahållande av tjänster i den mening som avses i direktivet.

I artikel 3 anges att en upphandlande myndighet vid upphandling, där någon beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter att utöva offentlig tjänsteverksamhet, skall iaktta principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet.

Av artikel 17 i direktivet framgår att, utan att det påverkar tillämpningen av artikel 3 i direktivet, skall direktivet inte tillämpas på tjänstekoncessioner. Med tjänstekoncession avses 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.

Är fråga om en tjänstekoncession?

Av förfrågningsunderlaget framgår följande. Upphandlingen avser rengöring/sotning och brandskyddskontroll inom Kalix kommun. Ersättning för sotning och brandskyddskontroll skall inte lämnas av kommunen utan av fastighetsägaren. Därutöver tillkommer enligt förfrågningsunderlaget vissa tjänster som tjänsteleverantören skall svara för mot särskild ersättning från kommunen (punkt E 8.1 och E 8.2 i förfrågningsunderlaget).

Kommissionen har beträffande tjänstekoncessioner anfört bl.a. följande.
(Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten,

2000/C 121/02 punkt 2.2). Tjänstekoncessioner gäller normalt sett verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmännas ansvarsområdet och som kan vara föremål för särskilda eller exklusiva rättigheter. Nyttjanderättskriteriet är avgörande när det gäller att fastställa om ett avtal är en tjänstekoncession eller inte. Enligt detta kriterium rör det sig om en koncession, om tjänsteleverantören tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användare, t.ex. via avgifter. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet.

Länsrätten finner mot bakgrund av att ersättningen för tjänsterna ifråga betalas av tredje man och tjänsteleverantören tar verksamhetsrisken i samband med tjänsten att fråga är om en tjänstekoncession (jfr dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH, punkt 40). Det förhållandet att ersättning i vissa fall skall utgå från kommunen medför inte någon annan bedömning mot bakgrund av definitionen av tjänstekoncession i gällande direktiv. Tjänstekoncessioner omfattas inte av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Icke-diskrimineringsprincipen vid viss upphandling skall dock iakttas i enlighet med artikel 3 i direktivet. En upphandlande enhet som tilldelar en tjänstekoncession skall vidare följa de grundläggande principerna i EG-fördraget avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet (jfr dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, Telaustria, punkt 60-63).

Finns en rätt till överprövning?

Av kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten framgår under punkt 3.1.6 Skydd av enskildas rättigheter följande. Domstolens fasta rättspraxis om de grundläggande friheterna ger vid handen att ett beslut om avvisning eller avslag skall motiveras och måste kunna bli föremål för en

rättslig prövning för den berörda parten (jfr dom av den 7 maj 1991 i mål C-340/89, Vlassopoulou, punkt 22).

Av regeringens lagrådsremiss om ny lagstiftning om offentlig upphandling för den klassiska sektorn och försörjningssektorena framgår bl.a. följande (s. 181 f., jfr även SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler s. 245-246). Regeringen vill med hänvisning till EG-domstolens uttalande i EG-domar, som upphandlande myndigheter respektive upphandlande enheter har att följa, särskilt framhålla att alla de grundläggande principer för offentlig upphandling, som framgår av såväl EG-fördraget som de föreslagna lagarna är tillämpliga vid upphandling av ett kontrakt avseende tjänstekoncessioner. Det finns emellertid inte, särskilt mot bakgrund av att frågan är under övervägande i Europeiska kommissionen, skäl att utöver direktivets reglering av tjänstekoncessioner i den föreslagna lagen reglera att även övriga gemenskapsrättsliga principer skall tillämpas. Beträffande rätten till överprövning uttalade regeringen följande.

Att tjänstekoncessioner faller utanför direktivens tillämpningsområde innebär, enligt regeringens mening, att bestämmelserna i lagarna om överprövning inte är tillämpliga på sådana kontrakt. När det gäller frågan om en ansökan om överprövning av ett kontrakt avseende tjänstekoncession skall avvisas på den grunden föreligger emellertid inte något prejudicerande avgörande i domstol.

Den omständigheten att de grundläggande principerna skall iakttas vid ett anbuds-förfarande i samband med en tjänstekoncession innebär att avtalet kan bli föremål för prövning av talan om skadestånd på nationell nivå. Avtalet kan även komma att bedömas av EG-domstolen i anledning av en fördragsbrotttalan med stöd av artikel 226 i EG-fördraget.

Länsrätten gör följande bedömning.

LOU, i dess lydelse i målet, innehåller inte några särskilda bestämmelser som avser tjänstekoncessioner och den definition som är intagen i LOU avseende begreppet upphandling täcker enligt länsrättens mening inte tjänstekoncessioner (jfr C-458/03, punkt 39). Mot bakgrund härav och med hänvisning till vad regeringen uttalat i lagrådsremiss om ny lagstiftning om offentlig upphandling finner länsrätten att en begäran om överprövning

BESLUT


enligt LOU i vart fall inte skall prövas av allmän förvaltningsdomstol. [REDACTED]
[REDACTED] Överkalix Sotning & Ventilation, och [REDACTED] begäran
om överprövning skall således avvisas. (se Kammarrätten i Sundsvall, beslut
den 25 juni 2007, mål nr 721-07).

BESLUT

Länsrätten avvisar [REDACTED] Överkalix Sotning & Ventilation, och
[REDACTED] begäran om överprövning av Räddningstjänstförbundets i
Östra Norrbotten upphandling av sotningstjänst i Kalix kommun, dnr.
28/2007-174.

Länsrättens interimistiska beslut den 22 januari 2008 att upphandlingen inte
får avslutas upphör härmed att gälla.

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



R Hirvelä

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet.

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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 Regeringsrätten
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.

