



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

BESLUT
2011-12-23
Meddelat i Stockholm

Mål nr
23403-11
Enhet 15

SÖKANDE

Sodexo AB, 556232-7873

Ombud: advokaten Carl Bokwall och jur.kand. Lina Håkansson
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Stockholms kommun

Ombud: stadsjuristen Kristina Westerlind
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-12-23	
Avd	
Dnr	
Dess	Aktbil

ÖVERKLAGAT BESLUT

Stadsledningskontorets beslut om val av leverantör den 31 oktober 2011,
d-nr 125-1111/2011

SAKEN

Tjänstekoncession

BESLUT

1. Förvaltningsrätten avvisar samtliga Sodexo AB:s yrkanden.
2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 november 2011 ska inte längre gälla.

Dok.Id 193855

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms kommun har genomfört en upphandling av restauratör avseende restaurang- och bankettjänster i stadshuset. Upphandlingen har genomförts i form av en tjänstekoncession.

Stockholms kommun beslutade den 31 oktober 2011 att anta anbudet från Mässrestauranger AB.

Förvaltningsrätten har den 23 november 2011 beslutat att Stockholms kommuns beslut om tilldelning av restauratör avseende restaurang- och bankettjänster i Stadshuset, d-nr 125-1111/2011, tills vidare inte ska gälla.

YRKANDEN M.M.

Sodexo AB har, i första hand, yrkat att förvaltningsrätten enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223) ska förordna att beslutet att tilldela Mässrestauranger AB uppdraget ska upphävas samt att Stockholms kommun ska föreläggas att slutföra upphandlingen med en korrekt tillämpning av kvalificeringskraven i förfrågningsunderlaget innebärande att utvärderingen ska genomföras med bortseende av Mässrestauranger AB:s anbud, i andra hand, har yrkats att Stockholms kommun ska föreläggas att göra om upphandlingen.

Stockholms kommun har yrkat att förvaltningsrätten ska avvisa överklagandet samt upphäva det interimistiska beslutet.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Till stöd för sin talan har Sodexo AB anfört bl.a. följande. Eftersom upphandlingen genomförts som en tjänstekoncession kan

tilldelningsbeslutet inte överprövas enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091) – LOU. Beslutet överklagas i stället enligt 22 a § förvaltningslagen (1986:223) – FL. Genom att inte utesluta Mässrestauranger AB från anbudsutvärderingen har Stockholms kommun frångått förutsättningarna i anbudsinbjudan och otillbörligt gynnat Mässrestauranger AB. Stockholms kommun har därför åsidosatt de grundläggande EU-rättsliga principerna, främst likabehandlingsprincipen, vid genomförandet av upphandlingen. Stockholms kommun har inte heller förmått säkerställa ett opartiskt förfarande vilket även det utgör en överträdelse av kommunens skyldigheter enligt EUF-fördraget. Som anbudsgivare i upphandlingen berörs Sodexo AB av det felaktiga tilldelningsbeslutet. Om upphandlingen hade genomförts med iakttagande av förutsättningarna i anbudsinbjudan och de grundläggande EU-rättsliga principerna hade Sodexo AB tilldelats koncessionen.

I artikel 47 i EU:s rättighetsstadga fastslås att ”Var och en vars unionsrättsligt garanterade fri- och rättigheter har kränkts har rätt till ett effektivt rättsmedel inför en domstol” samt att ”Var och en har rätt att inom skälig tid få sin sak prövad i en rättvis och offentlig rättegång och inför en oavhängig och opartisk domstol som har inrättats enligt lag”. De rättigheter som kan härledas ur EU-rätten måste skyddas av nationella domstolar, vilket även säkerställer EU-rättens genomslag på det nationella planet. Av EU-domstolens avgöranden i mål C-410/04 *ANAV mot Comune di Bari och AMTAB Servizio* (se särskilt punkt 20) följer att det finns en allmängiltig princip om likabehandling enligt EUF-fördraget, dvs. en skyldighet att behandla anbudsgivare lika även på andra grunder än nationalitet och att denna princip gäller vid tilldelning av tjänstekoncessioner.

Rätten till effektiva rättsmedel har behandlats i svensk praxis. I RÅ 1997 ref. 65 konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att ett

överklagandeförbud inte var förenligt med EU-rättens allmänna rättsprinciper och därför inte skulle tillämpas. Även i Kammarrätten i Stockholms mål nr 4245 – 4247-1999 konstaterades ett överklagandeförbud vara i strid med EU-rätten varför sökanden genom 22 a § FL gavs rätt att överklaga. I Kammarrätten i Stockholms mål nr 4100-06 var det inte fråga om ett överklagandeförbud utan målet handlade om avsaknaden av uttryckliga regler om överklagande. Kammarrätten hade således att avgöra om sökanden hade ett sådant intresse som avses i 22 § FL. Mot bakgrund av att den aktuella bestämmelsen hade direkt effekt och gav upphov till rättigheter för enskilda som nationella domstolar är skyldiga att skydda konstaterade domstolen att det inte bara var möjligt, utan en på gemenskapsrätten grundad skyldighet att pröva sökandens talan. Av den ovan redovisade praxisen framgår att svenska domstolar har en skyldighet att säkerställa att enskilda, som anser att deras unionsrättsliga rättigheter har kränkts, tillförsäkras en prövning i domstol.

EU-domstolen har i ett flertal mål konstaterat att ett avtal om tjänstekoncession inte utgör ett upphandlingskontrakt och därmed inte heller omfattas av upphandlingsreglerna, se t.ex. mål C-324/98 *Telaustria*. I samma mål fastslogs vidare att även om koncessionsavtal inte omfattas av upphandlingsreglerna är ”de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet” och att det är upp till den nationella domstolen att avgöra om den upphandlande myndigheten iakttagit dessa skyldigheter. I ett efterföljande mål C-458/03 *Parking Brixen*, uttalade EU-domstolen att ”Det ankommer på den koncessionsgivande offentliga myndigheten att under kontroll av behöriga domstolar bedöma huruvida villkoren avseende anbudsfordran överensstämmer med den speciella karaktären på den ifrågavarande koncessionen avseende allmännyttiga tjänster.” Även i mål C-231/03 *Coname*, fastslog EU-domstolen att det ankom på den

hänskjutande domstolen att pröva om tilldelningen av koncessionen skett i enlighet med de relevanta reglerna och principerna. Mot bakgrund av det ovanstående kan det inte råda någon tvekan om att tilldelningen av tjänstekoncessioner ska ske i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna och att likabehandlingsprincipen är en sådan allmängiltig princip som inte enbart följer av upphandlingsdirektiven. Eftersom dessa principer skapar fri- och rättigheter för enskilda måste medlemsstaterna säkerställa att eventuella överträdelser kan prövas och korrigeras. Detta framgår också av EU-domstolens hänvisningar till att det är upp till de nationella domstolarna att kontrollera om tilldelningen gått korrekt till. I mål C-91/08, *Wall AG*, konstaterade EU-domstolen att skyldigheten att lämna insyn medför rättigheter för enskilda vilka nationella domstolar måste skydda genom rättsmedel som varken är mer eller mindre förmånliga än liknande rättsmedel som grundas på nationell rätt eller gör det i praktiken omöjligt eller orimligt svårt att utöva dessa rättigheter.

Kraven på prövning kan inte tillgodoses genom möjligheten till omprövning enligt 27 § FL, nationell skadeståndstalan eller fördragsbrottstalan inför EU-domstolen. Ingen av dessa prövningar uppfyller kravet i EU:s rättighetsstadga att de enskilda medlemsländerna i sina rättsordningar ska ge tillgång till effektiva nationella rättsmedel.

Svenska domstolar har att säkerställa att leverantörer kan överklaga beslut att tilldela tjänstekoncessioner till en nationell domstol. Beslut avseende tilldelning av tjänstekoncession uppfyller alla krav för att utgöra ett överklagbart beslut enligt 22 § FL. För att ett beslut ska vara överklagbart i enlighet med 22 § FL krävs inte att beslutet omfattar myndighetsutövning. Tilldelning av tjänstekoncessioner har ett flertal likheter med upphandlingar enligt LOU/LUF varför det är lämpligt att måltyperna handläggs av förvaltningsdomstol. Vidare tillkom 22 a § FL bl.a. just för

att anvisa en behörig domstol för de fall där det enligt EU-rätten eller Europakonventionen ska finnas en rätt till domstolsprövning, men laglighetsprövning enligt kommunallagen (1991:900) inte kommer i fråga och det saknas bestämmelser om överklagande i speciallagstiftning.

Stockholms kommun har till stöd för sin talan anfört följande. Den 31 oktober 2011 antogs Mässrestauranger AB som leverantör av restaurang- och bankettjänster i Stadshuset. Avtal mellan parterna tecknades den 21 november 2011. Upphandlingen har genomförts som en tjänstekoncession. Tjänstekoncessioner omfattas inte av LOU och ett tilldelningsbeslut i en sådan upphandling är inte överklagbart enligt lagen. Beslutet är inte heller överklagbart enligt 22 eller 22 a § FL eller annan lag. Förvaltningsrätten har således inte att pröva det överklagande som Sodexo AB gjort och överklagandet ska avvisas.

SKÄLEN FÖR BESLUTET

I målet är ostridigt att upphandlingen har genomförts som en tjänstekoncession. Sådana upphandlingar är undantagna från LOU:s tillämpningsområde. Ett tilldelningsbeslut avseende en tjänstekoncession kan därför inte bli föremål för överprövning enligt LOU. Sodexo AB har emellertid inte begärt överprövning enligt LOU, utan överklagat Stockholms kommuns beslut enligt FL.

Den första frågan som domstolen har att ta ställning till är följaktligen om Stockholms kommuns beslut om tilldelning av den aktuella koncessionen kan tas upp till sakprövning med stöd de allmänna bestämmelserna om överklagande i FL.

Av EU-domstolens praxis avseende tjänstekoncessioner följer bl.a. att offentliga myndigheter som ingår avtal om tjänstekoncession är skyldiga

att iaktta EU-fördragets grundläggande bestämmelser, och då särskilt principerna om likabehandling och om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet som anges i artiklarna 43 EG och 49 EG (se bl.a. C-324/98 Telaustria, C-458/03 Parking Brixen och C-91/08 Wall AG).

Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 183) anges, under rubriken överprövning av tjänstekoncessioner, följande. Att tjänstekoncessioner faller utanför direktivens tillämpningsområde innebär 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 anbudsförfarande 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 fördragsbrottstalan med stöd av artikel 226 i EG-fördraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det alltjämt saknas prejudicerande avgöranden rörande frågan om överprövning av tjänstekoncessioner, låt vara att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat prövningstillstånd i ett mål (mål nr 4042-11) med uppsläppandemeningen huruvida ett beslut om tjänstekoncession är överklagbart.¹ I sammanhanget kan dock nämnas att det inom EU för närvarande pågår ett arbete att modernisera EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (jfr. SOU 2011:77 s. 58).²

¹ Se även mål nr 5074-11 med uppsläppandemeningen huruvida ett beslut vid offentligt anbudsförfarande enligt Europaparlamentets och rådets förordning om gemensamma regler för tillhandahållande av lufttrafik är överklagbart.

² Kommissionen har den 20 december 2011 beslutat om ett förslag till direktiv rörande tjänstekoncessioner, se närmare European Commission, COM(2011) 897 final, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the award of concession contracts.

Av överrättspraxis kan emellertid skönjas en utveckling som gått i riktningen att domstolarna har valt att inte sakpröva tjänstekoncessioner -- varken enligt LOU eller bestämmelserna i FL. Även om förvaltningsrätten i och för sig kan ha viss förståelse för Sodexo AB:s invändning om att svenska domstolar har skyldighet att säkerställa alla enskilda som anser att deras unionsrättsliga rättigheter har kränkts en prövning i domstol, så kvarstår omständigheten att det i dagsläget varken finns någon författning eller föreskrift som möjliggör domstolsprövning av ett tilldelningsbeslut avseende tjänstekoncessioner. En sådan möjlighet kan inte heller skapas av domstol på denna nivå.

Förvaltningsrätten finner avslutningsvis att den omständigheten att de grundläggande principerna ska iaktas vid ett anbudsförfarande i samband med en tjänstekoncession inte automatisk medför en skyldighet för en domstol att uppta ett mål om tjänstekoncessioner till sakprövning. Mot bakgrund av vad som redogjorts för ovan konstaterar förvaltningsrätten att Stockholms kommuns tilldelningsbeslut inte är överklagbart enligt bestämmelserna i 22 och 22 a §§ FL. Sodexo AB:s samtliga yrkanden ska följaktligen avvisas.

Vid denna utgång i målet saknas skäl att förordna interimistiskt rörande saken. Det interimistiska beslutet den 23 november 2011 ska inte längre gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se [bilaga](#) (DV 3109/1A).

Szilárd Rado
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Jenny Kenneberg



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.