



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT
2013-07-05
Meddelat i Göteborg

Mål nr
6121-13 E
Enhet 1:2

SÖKANDE



MOTPART

Nämnden för teknik i Kungsbacka kommun
434 81 Kungsbacka

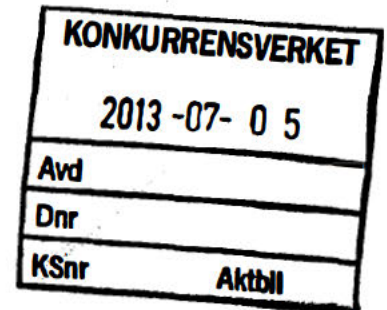
Ombud: Förbundsjurist Mathias Sylwan
Sveriges Kommuner och Landsting
118 82 Stockholm

SAKEN

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

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar [redacted] talan.



Dok.Id 215595

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 2
6121-13 E

BAKGRUND

Nämnden för teknik i Kungsbacka kommun (kommunen) har genomfört en upphandling av en glasskiosk med placering i Badhusparken i Kungsbacka (13/31). Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande utan annons. Av tilldelningsbeslut fattat den 23 maj 2013 framgår att en annan anbudsgivare än Sportbaren i Kungsbacka AB har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

■■■■■■■■■■ ansöker – i egenskap av styrelseledamot och firmatecknare för Sportbaren i Kungsbacka AB – om överprövning av aktuell upphandling och yrkar att upphandlingen ska göras om. Han yrkar vidare att beslutet dessutom ska prövas i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. kommunalagen (1991:900), d.v.s. genom laglighetsprövning. Han anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlag, upphandlingsprotokoll och tilldelningsbeslut refererar kommunen till LOU. Den aktuella upphandlingen ska därför anses vara en upphandling enligt LOU och inte en tjänstekoncession. Den förvaltningschef som har tilldelat upphandlingsenheten uppdraget att genomföra den aktuella upphandlingen har inte haft delegation att fatta ett sådant beslut. Dessutom har upphandlingen genomförts på ett bristfälligt sätt. I upphandlingsprotokollet finns ingen utförlig beskrivning av hur man har kommit fram till beslutet att anta vinnande anbudsgivares anbud. Vinnande anbudsgivares anbud innehåller brister. Därtill är förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt för att en riktig och saklig utvärdering ska kunna göras. Upphandlingen uppfyller således inte de krav som uppställs i LOU.

Kommunen anser i första hand att ■■■■■■■■■■ talan ska avvisas. I andra hand yrkas att ansökan om överprövning avslås. Kommunen har till stöd

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 3
6121-13 E

för sin talan anfört bl.a. följande. Upphandlingen avser inte tilldelning av ett tjänstekontrakt enligt LOU utan snarare en tilldelning av en tjänstekoncession. LOU omfattar inte tilldelningar av tjänstekoncessioner. Den omständigheten att en upphandlande myndighet felaktigt tillämpar LOU innebär inte att LOU blir tillämplig på upphandlingen.

SKÄL FÖR BESLUTET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 §.

Enligt 1 kap. 6 LOU gäller lagen inte för kontrakt som avser bl.a. förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet.

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 iaktta 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.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 4
6121-13 E

Utredningen i målet

Av underlaget till aktuellt förfarande framgår bl.a. följande. Kommunen har inbjudit leverantörer att inkomma med anbud som syftar till att teckna avtal om drift gällande fristående kiosk för servering av glass och cafésortiment i Badhusparken i Kungsbacka. Avtalstiden löper på 16 månader med rätt till maximalt 24 månaders förlängning fördelat på högst 4 tillfällen. Vidare anges att kommunen upplåter allmän plats för placering av mobil byggnad i form av serveringsvagn/glasskiosk. Leverantören erlägger hyra säsongvis i förskott. Kommunen ansöker om bygglov som sedan debiteras leverantören och leverantörerna ska tillhandahålla sortiment med inriktning mot glass och café. Hyran uppgår till 12 000 kr per säsong, exklusive bygglovsavgift.

Som krav på tjänsten har bl.a. följande angivits. Perioden för möjligt öppethållande av glasskiosk är den 1 april – 30 september årligen. De dagliga öppettiderna är flexibla och överenskommes i samband med avtalsteckandet, dock förutsätts ett öppethållande överstigande 6 timmar dagligen under högsäsong, den 1 juni – 31 augusti. Glasskiosken kan vara stängd vid väderlek som är uppenbart olämplig. Kommunen förbehåller sig rätten att avgöra om väderleken är uppenbart olämplig. Vagnens utseende och materialval samt eventuell kringutrustning ska anpassas både miljömässigt och skal enligt till den yttre miljön som finns runt fontänen i Badhusparken. Kiosken ska stå i Kungsbackas finpark och bör därför ha ett trevligt och städat intryck.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har anfört att [REDACTED] ansökan om överprövning ska avvisas med anledning av att det aktuella förfarandet ska betraktas som tilldel-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

BESLUT

Sida 5
6121-13 E

ning av en tjänstekoncession. [REDACTED] har i sin ansökan uppgivit att förfarandet ska anses omfattas av LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att förfarandet inte kan anses omfattas av undantaget i 1 kap. 6 § LOU som avser bl.a. hyres- och arrenderätt. Vid denna bedömning har det särskilt beaktats att kommunen har uppställt flertalet krav på verksamhetens drift i det ovan refererade förfrågningsunderlaget. Avtalet mellan vinnande anbudsgivare och kommunen – som har varit föremål för upphandlingen – kan därför inte betraktas som ett renodlat hyres- eller arrenderättskontrakt.

Frågan i målet är istället om förfarandet ska anses avse tilldelning av en tjänstekoncession. 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.


Enligt förvaltningsrättens mening står det klart att ersättningen för tjänsterna i fråga – tillhandahållande av glass och andra produkter i cafésortiment för allmänheten – kommer att betalas av tredje man. Det har inte framkommit annat än att tjänsteleverantören kommer att stå hela risken i samband med tjänstens utförande, något som kännetecknar en tjänstekoncession (jämför ex. EU-domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 Parking Brixen). Med hänsyn till detta ska förfarandet betraktas som tilldelning av en tjänstekoncession. Under sådana omständigheter saknar det betydelse hur kommunen har valt att beskriva och benämna det aktuella förfarandet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**BESLUT**Sida 6
6121-13 E

Eftersom det inte är fråga om ett upphandlingsförfarande i LOU:s mening är inte heller bestämmelserna avseende överprövning i lagen tillämpliga. [REDACTED] ansökan ska därför avvisas.

Förvaltningsrätten kommer – i mål nr 7438-13 – att pröva [REDACTED] överklagande i enlighet med bestämmelserna i 10 kap. kommunallagen.

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



Susanne Nilsson
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 fördras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvåla 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 rättslämningen 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.