



**KLAGANDE**

Noxab i Malmö AB, 556752-0738  
Svansjögatan 29  
217 66 Malmö

**MOTPART**

Umeå kommun  
901 84 Umeå

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

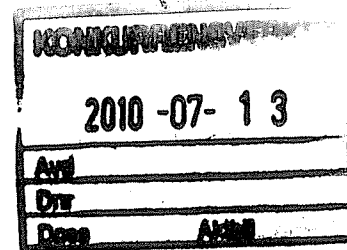
Förvaltningsrätten i Umeås beslut den 31 mars 2010 i mål nr 1042-10,  
se bilaga A

**SAKEN**

Avvisad talan i mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om  
offentlig upphandling, LOU

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.



- Klagande/ombud
- Motpart/ombud
- SKV
- FK NFC
- LST/Trp.st
- LR
- KK-verket
  
- För delgivning
- För kännedom
- För handläggning
- 

Dok.Id 71764

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 714 851 21 Sundsvall	Södra Tjänggatan 2	060-18 66 00	060-18 66 52	måndag – fredag 09:00-16:00
		E-post: <a href="mailto:kammarrattenisundsvall@dom.se">kammarrattenisundsvall@dom.se</a> <a href="http://www.kammarrattenisundsvall.se">www.kammarrattenisundsvall.se</a>		

**YRKANDEN M.M.**

Noxab i Malmö AB (bolaget) fullföljer sin talan och tillägger i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har gjort en allvarlig felbedömning när man godkänt att upphandlingen som avses är en tjänstekoncession. Normalt utgörs tjänstekoncessioner av parkeringsövervakning, skötsel av småbåtshamn, övertagande av inkassoavgifter, sotningsverksamhet m.m. Bolaget har sökt information bl. a. på Internet, hos Sveriges Kommuner och Landsting samt Konkurrensverket och inte någonstans kan det utläsas att koncessionshavaren själv ska stå för investeringen av objektet, dvs. som i detta fall fyra elektroniska skyltar till ett värde av flera miljoner kronor. Den nu aktuella upphandlingen utgör därför inte en tjänstekoncession. Bestämmelserna i 2 kap. 17 -18 §§ LOU anger att tjänstekoncession är vissa former av tjänstekontrakt. Ett tjänstekontrakt utgör tjänster enligt bilaga 2-3 i LOU. Det finns inget i dessa bilagor som kan jämföras med de nu aktuella skyltarna. Kammarätten i Stockholm har i dom den 8 april 2010 (mål nr 7066-7071-09) prövat upphandling av en videodisplayskylt på Stockholms Stadion. Här ansåg rätten att det rörde sig om en varuupphandling. Det finns även ett avgörande från Länsrätten i Gävleborgs län från den 13 maj 2009 (mål nr 532-09) där grunderna även där var fel upphandlingsform. Det överordnade inslaget i upphandlingen var själva skylten. Kommunen har fortsatt upphandlingen och efter att förslag från leverantörer kommit in står det klart att den årliga kostnaden för kommunen kommer att bli 200 000 – 900 000 kr (avtalet planeras till 10 år). Oberoende av var i prisintervallet man hamnar får det ställas utom allt tvivel att det blir kommunen som tar det ekonomiska ansvaret för skyltarna. Av detta skäl måste därför upphandlingen göras om, egentligen oavsett utgången i detta mål.

Umeå kommun motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom och anför i huvudsak följande. Kommunen vill få en annons/reklamtjänst utförd och har inte för avsikt att köpa och sköta drift av annonsförsäljning på dessa reklam-

t. fiv

/annonsplatser. Kommunen erbjuder mark och elkraft så att kreativa reklamsäljande företag får möjlighet att montera upp och äga reklamplatsen för att erbjuda annons- och reklamtjänster till marknaden. När det gäller bilagorna 2 -3 i LOU kan tjänsten hänföras till punkt 13 eller 27.

Kommunen är fast medveten om att det finns en faktor som skulle kunna göra att denna upphandling inte är en tjänstekoncession och det är om kostnaden för kommunen blir så hög att det i princip blir kommunen som tar den ekonomiska risken. Kommunen kan inte veta detta förrän anbud har inkommit och kalkylering av investerings- och driftskostnad under avtalsperioden är fastställt. Därför har också ett förbehåll angetts i förfrågningsunderlaget om att upphandlingen kan komma att avbrytas i ett sådant fall.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Frågan i målet som kammarrätten först har att ta ställning till gäller om Umeå kommuns förfarande, avseende de informationsskyltar som planeras sättas upp vid infarterna till kommunen, är att betrakta som en tjänstekoncession eller en upphandling av en vara/tjänst.

Kammarrätten finner i likhet med förvaltningsrätten att vad som framkommit om det aktuella förfarandet ger stöd för att den ekonomiska risken i allt väsentligt kommer att åvila leverantören. Förfarandet är därför att betrakta som en tjänstekoncession.

Frågan som då uppkommer är om ett sådant förfarande kan bli föremål för överprövning enligt LOU.

Kammarrätten kan notera att tidigare gällande LOU inte innehöll några bestämmelser om tjänstekoncessioner och att Regeringsrätten funnit att tjänstekoncessioner inte kunde göras till föremål för prövning enligt tidigare

tillämplig lag vilket också framgår av förarbetena (RÅ 2008 not 101 jfr prop. 2006/07:128 s. 184).

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

---

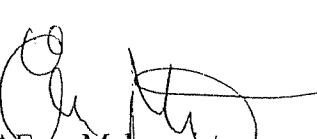
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Eric Lovén  
kammarrättsråd  
ordförande



Hans Eberstein  
kammarrättsråd



Essa Malmqvist  
tf. assessor  
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UMEÅ

BESLUT  
2010-03-31 Bilaga A  
Meddelat i  
Umeå

Mål nr  
1042-10 E  
Kansli 1

### SÖKANDE

Noxab i Malmö AB, 556752-0738  
Svansjögatan 29  
217 66 Malmö

### MOTPART

Umeå kommun  
901 84 Umeå

### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

---

### BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Noxabs ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 17 februari  
2010.

---

Dok.Id 1161

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsratteniumea@dom.se">forvaltningsratteniumea@dom.se</a>	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Umeå kommun (kommunen) har infördrat anbud avseende informations-skyltar (diariendr 10009). Genom interimistiskt beslut den 17 februari 2010 förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. I förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbud vara kommunen tillhanda senast den 25 februari 2010 samt att upphandlingen genomförs som en tjänstekoncession.

Noxab i Malmö AB (Noxab) ansöker om överprövning.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

## TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Av 1 kap. 2 § LOU första och fjärde styckena LOU framgår följande. Denna lag gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Vad som avses med offentlig upphandling anges i 2 kap. 13 §. I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 1 kap. 12 § framgår följande. 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 ska iaktta principen om icke-

diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Enligt 2 kap. 13 § LOU avses med offentlig upphandling de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

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

Enligt 16 kap. 1 § får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

## UTREDNINGEN

### **Avtalsvillkor/Avtal**

Av förfrågningsunderlagets *Avtalsvillkor/Avtal* framgår bl.a. följande.

#### *1.0 Avtalet och dess omfattning*

Kommunen upplåter kostnadsfritt plats inklusive framdragning av elförsörjning för fyra digitala infartsskyltar. Kommunen tillhandahåller mark

till leverantör som ombesörjer att färdigställa och drifthålla infartsskyltar inklusive stativ och fundament. Leverantören ska äga och förvalta skyltarna. Leverantören ska även hantera försäljning och marknadsföring av de digitala annonsytor som erbjuds.

#### *2.0 Avtalstid*

Från och med 2010-03-15 till 2020-03-14.

#### *15.0 Regler för annonsering*

Leverantören förbinder sig att annonsernas innehåll ej strider mot god svensk reklamsed eller mot svensk lag samt att Vägverkets krav på utformning av skyltar och budskap efterlevs. Annonsytan får endast innehålla upplysning om publika arrangemang för vilka vederbörliga tillstånd erhållits. Som exempel kan nämnas tävlingar, mässor, utställningar, konserter och jubiléer av internationellt, nationellt eller regionalt intresse som äger rum inom Umeå kommun.

Även information och kampanjer som har ett allmänt trafikantintresse får förekomma. Allmän reklam för t.ex. företag, krogutställningar eller liknande får ej förekomma. Informationen ska vara aktuell. Informationen ska bestå av enkla, lättförståeliga, korta budskap som följer Vägverkets regler. Budskapen får växla under dygnet, dock ej oftare än Vägverkets rekommendationer. Textstorlek ska följa Vägverkets standard.



### Beskrivning av uppdraget

Av förfrågningsunderlagets *Beskrivning av uppdraget* framgår bl.a. följande.

#### *Typ av skyltar*

Kommunen förutsätter att skyltarna ska vara av digital typ. Skyltarna kan t.ex. vara av typen fjärrstyrd videodisplay eller av typen tryckt information kombinerad med fjärrstyrd digital annonseringsyta. Skyltarnas storlek ska vara minst 10 kvm. Skyltarna ska ha god läsbarhet dygnet runt och visningsytan ska vara i färg. Skyltarna ska fungera i Umeås väderklimat året om. Ljusstyrkan ska automatiskt anpassas till infallande ljus.

#### *Drift och underhåll*

Infartsskyltarna ska vara i drift dygnet runt, året runt. De ska underhållas så att läsbarheten är god så att det välkomnande budskapet når trafikanterna.

#### *Utformning av skylt, stativ och fundament*

Kommunen vill att skyltarna ska vara moderna, attraktiva och välkomnande. Kommunen vill kombinera den digitala delen med ett fast välkomnande budskap av typen "Välkommen till Umeå" där även tilläggslogotyper/budskap som t.ex. kulturhuvudstad kan finnas. Kommunen ser gärna att hela skylten inklusive stativ och fundament får en sammanhållen modern konstnärlig utformning.

*Annonsbehov*

Kommunen har behov av att nyttja digital annonsyta vid cirka 12 tillfällen per år å en vecka. Förutsättningar och eventuella kostnader anges i offert.

*Besiktning av arbetsområdet*

Det åligger anbudsgivaren att genom besiktning av arbetsområdet (skyltläget för de digitala skyltarna och vägarna dit) förvissa sig om befintliga mark- och grundförhållanden, exempelvis vad gäller transportvägar, maskers kvantitet, befintliga ledningar, m.m. Anbudsgivaren bekostar och vidtar de eventuella extra mark- och grundåtgärder som erfordras för leverans av de digitala skyltarna.

*Upphandlingsform*

Upphandlingen genomförs som en tjänstekoncession, vilket innebär att LOU inte gäller vid denna upphandling. Upphandlingen ska ändå följa principen för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Detta innebär att kommunen inte kommer att ta den ekonomiska risken för uppförande och driften av informationstavlor.

*Anbudsformulär*

I anbudet ska beskrivning av skyltarna, fundament och stolpar ingå, gärna i form av skiss eller bild. Det ska även framgå vilken typ av display som avses. Om det blir någon kostnad för kommunens behov av annonsering enligt ovanstående ska det anges i form av kostnad per annonstillfälle.

---

*Anbudsutvärdering*

Inkomna anbud kommer att bedömas enligt kriterierna utseende, kvalitet och pris, anbudsgivarens ekonomiska stabilitet kommer också att bedömas.

*Kommunens annonskostnad*

Om priset för kommunens annonstillfällen blir så högt att det i praktiken blir kommunen som tar den ekonomiska risken för skyltarna kommer upphandlingen att avbrytas.

**Frågor och svar**

Av dokumentet *Frågor och svar* framgår bl.a. följande.

Fråga	Svar
2010-02-08: Vad är budget för detta?	Kommunen har ingen speciell budget för detta. Tanken är att kommunen ska betala sina annonser enligt det pris som vinnande anbud har lämnat. Skulle det visa sig att detta pris blir så högt att det i praktiken blir kommunen som tar den ekonomiska risken för skyltinvesteringen måste upphandlingen avbrytas för att det inte anses som en tjänstekoncession.
2010-02-08: Har kommunen för avsikt att dra fram el i direkt anslutning till skyltarna?	Ja.
2010-02-08: Det står att Allmän reklam för t.ex. företag, krogställningar eller liknande ej får förekomma. Utesluter det allt företagande? Innebär det t.ex. att Älgfarmen inte får annonsera då de kanske har tillstånd att servera alkohol till sällskap? Ska vi tolka det som att det bara är föreningslivet som får annonsera. Hur blir det då med Norrlandsoperan som har ett allmänt intresse men som även har en restaurang med alkoholrättigheter, får de annonsera?	Kommunens tanke är att kulturella publika arrangemang ska kunna annonsera, men inte t.ex. nattklubbskväll. Om sen arrangören säljer alkohol så är inte det avgörande för att få annonsera eller inte, men i annonsen är det inte alkoholen som ska framhävas.
2010-02-08: Vad lägger kommunen in i ordet kampanjer, en kampanj kan vara så mycket. Förklara gärna lite mer om vad kommunen tänker när man skriver kampanj.	Kampanj är ett vitt begrepp, men typ Hållbart resande, Kulturhuvudstadssatsningen, etc. Inte att ett företag har kampanj på röjsågar.

## PARTERNAS ANFÖRANDEN

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

### **Noxab (ansökan om överprövning den 15 februari 2010)**

I slutet av januari 2010 offentliggjordes en inbjudan från kommunen där kommunen utan någon som helst investering eller löpande driftskostnad under en tidsperiod av tio år erbjuder en leverantör att ta alla dessa kostnader. Kostnaderna består i bl.a. följande:

- Inköp av 4 stycken minst 10 kvm stora videodisplayer alternativt annan digital annonseringsyta i färg. Kundpriset för denna typ av skyltar ligger på 25 000-75 000 kr per kvm beroende på typ av skylt samt kvalitet på dioderna. Således blir kostnaden för leverantören 750 000-2,4 miljoner kr bara för skyltarna.
- Inköp av fundament och stativ samt nergrävning av dessa. Eventuellt tillkommer s.k. ”tung avstängning” av vägarna vid nedgrävningen.
- Montering av skyltarna. Om det krävs tung avstängning vid nedgrävningen av fundamenten krävs det även vid skyltmonteringen.
- Bekosta alla eventuella extra mark- och grundåtgärder som erfordras för leverans av skyltarna.
- Inhämta alla nödvändiga tillstånd.
- Service och reservdelar under tio år framåt. Här kan nämnas att livslängden för dioderna till denna typ av skyltar är 50 000-100 000 timmar (livslängden beräknas i branschen till 50 % ljusstyrka). Livslängden för skyltar från s.k. ”lågpriskineser” håller oftast bara ca 50 000 timmar medan en skylt bestyckad med dioder av hög kvalitet lever upp till dubbelt så länge. Med kravet på dygnetrunt-drift innebär det att en ”lågpriskines” håller i knappt sex år och en skylt av hög kvalitet kan hålla i drygt tio år. I praktiken innebär det att risken är stor att vald le-

verantör måste göra en ny investering på fyra nya skyltar innan avtals-  
tiden gått ut för att inte bryta avtalet.

- Driftskostnader för tio år framåt.
- Hantera all försäljning och marknadsföring av annonsytorna.

Mot alla dessa kostnader ska då ställas leverantörens intäktsmöjligheter.  
Kommunen vill kunna använda annonsytorna cirka 12 veckor per år, men  
inga garantier lämnas. Det kan lika väl bli bara 8 veckor eller ännu mindre.  
Man kan även tolka kommunens skrivning under ”Annonsbehov” att det  
möjligen inte ska kosta något för kommunen att annonsera. De skriver att  
”eventuella kostnader ska anges i anbudet”. Då undrar man om det är detta  
eventuella annonspris som är ett av kriterierna i utvärderingen, d.v.s. lägst  
annonspris vinner, det finns någon vinnare här förutom kommunen. Även i  
upphandlingsföreskrifterna står ”om det blir någon kostnad för kommunens  
behov av annonsering ska det anges i form av kostnad per annonstillfälle”.

Övriga intäktsmöjligheter är ytterst starkt begränsade, vilket framgår av  
”Regler för annonsering”. Den största begränsningen ligger i att ingen som  
helst kommersiell reklam får förekomma i skyltarna. Kvar blir mässor,  
utställningar, tävlingar, m.m. som för det första är sporadiskt utspridda  
under året och där dessutom flera tilltänkta annonsörer är föreningar som  
oftast har en begränsad budget för reklam. Att dessa tillfällen ska kunna  
finansiera en leverantörs investering på minst 1,5-2,0 miljoner kronor samt  
driftskostnader m.m. plus handelsvinst har bolaget svårt att inse.

#### *Fel upphandlingsform*

Bolaget anser att det är fel upphandlingsform. Det är i anbudsförfrågan  
presenterat som en tjänstekoncession. Bolaget anser att det är en upphand-  
ling av en vara enligt 2 kap. 21 § LOU. Enligt den formulering som an-  
budsförfrågan tillsammans med övriga handlingar har kan det inte vara

fråga om en tjänstekoncession. Åsikten baseras på 2 kap. 17 och 18 §§ LOU. Tjänsten, om det överhuvudtaget kan kallas en tjänst, är bara en bråkdel av varans värde. Kommunens beskrivning av hur varan ska användas stärker ståndpunkten om att det verkligen handlar om inköp av en vara. Om denna upphandling mot förmodan skulle vara en tjänstekoncession kan man göra följande förtydligande jämförelse: Om kommunen ska upphandla bilar till hemtjänsten skulle det i så fall också kunna vara en tjänstekoncession genom att låta en leverantör kostnadsfritt tillhanda hålla x antal bilar och dessutom stå för bränslekostnader, skatt, försäkring, service och underhåll, m.m. Intäktsmöjligheten begränsas till att exempelvis få placera reklam på bilarnas sidor och hoppas att icke kommersiella företag, föreningar och kommunen kanske hyr reklamplats. Om det är tillåtet är det en lysande affär för kommunen, men inte för leverantören. I ett affärsavtal är det normalt att båda parter ska ha vinst av avtalet.

#### *Prissättning*

Det framgår inte tydligt nog vad det är som egentligen ska sättas pris på. Man kan uppfatta det som att det är de förhållandevis få annonstillfällen som kommunen eventuellt har behov av som ska prissättas. Om så är fallet borde ett lägre pris (eller t o m 0 kr) ha ett högre värde ur utvärderingssynpunkt, jämfört med ett högre pris.

#### *Godtyckliga utvärderingskriterier*

Om man utgår från att kommunen med kvalitet menar bra kvalitet kan man lätt tycka att det är underligt när bättre kvalitet, enligt utvärderingskriterierna ska kopplas till ett lägre pris, ska bedömas vara värt mer. Den typ av skyltar det handlar om är verkligen en produkt där högre kvalitet nästan utan undantag har ett högre pris jämfört med lägre kvalitet. Kommunen har med utseende, kvalitet och pris som utvärderingskriterier. Utseende är en

högst godtycklig värdering och går inte att sätta ett direkt värde på. Bolaget undrar också hur kvaliteten ska bedömas. Den spontana tanken är naturligtvis att det gäller själva skyltarna, men eftersom kommunen inte tydligt specificerat vad man vill ha är det omöjligt att sätta ett värde på kvaliteten med den skrivning som finns. Om det anses specificerat saknas alla former av tekniska krav som måste ligga till grund för att kunna göra en saklig bedömning av kvaliteten. En följdfråga är om kommunen har den tekniska kunskapen för att göra en opartisk teknisk bedömning av en elektronisk videodisplay. Vidare borde utvärderingskriterierna vara viktade på något sätt, procentuellt eller poängsatt.

#### *Bedömningen i kvalificeringsfasen*

Kvalificeringskraven lämnar inget som helst utrymme för synpunkter. Det är punkterna Sk 1 och Sk 1.4 i ”3.0 Svarsbilaga Kvalificering” som måste accepteras för att man ska gå vidare till utvärderingsfasen, även om skrivningen på flera ställen är otydlig och lämnar utrymme för tolkningar.

#### *Sammanfattning*

Bolaget har lidit skada, eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU. Om upphandlingen hade presenterats som en upphandling av en vara hade bolaget varit en potentiell anbudsgivare eftersom man samarbetar med flera tillverkare i branschen och lämnar anbud på denna typ av upphandlingar många gånger per år.

**Kommunen (svar den 24 februari 2010)**

Eftersom denna upphandling är en tjänstekoncession gäller inte reglerna i LOU och inte heller LOU:s bestämmelser om överprövning. Det innebär också att de detaljregler som finns i LOU inte gäller vid tjänstekoncession. Däremot ska tilldelning av ett kontrakt avseende en tjänstekoncession omfattas av de grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § LOU. Det innebär att när kommunen tilldelar leverantör ett kontrakt avseende tjänstekoncession ska kommunen motivera avslag eller avvisande av ett anbud så att anbudsgivaren som anser skadad kan överklaga avslaget. Om bolaget då anser att de lidit skada har de då möjlighet att överklaga avslaget.

Kommunen har till uppdrag att alltid se till de för kommunen ekonomiskt bästa lösningarna och att alltid följa de lagar och regler som finns. Kommunen avgör inte vilket upphandlingsförfarande som används utifrån vilken bransch eller marknad som upphandlingen riktar sig till. I denna upphandling har kommunen valt att använda sig av upphandlingsförfarandet tjänstekoncession. Kravet för att genomföra en tjänstekoncession är bl.a. att kommunen överlåter den ekonomiska risken till leverantören. Kommunen tillhandahåller kostnadsfritt plats inklusive framdragning av elförsörjning för fyra digitala infartsskyltar. Leverantören bekostar dessa skyltar och ersättning utgår i form av rätten att sälja annonsplatser. Kommunen vill dock försäkra sig om att cirka 12 veckor per år nyttja annonsyta och där anbudsgivare anger förutsättningar och eventuell kostnad i anbudet. Detta ska dock anses som en mindre del av leverantörens intäkt. Kommunen anger också i förfrågningsunderlaget att upphandlingen kommer att avbrytas om denna kostnad blir för stor.

Skälet till att kommunen valt att genomföra detta som en tjänstekoncession och inte som en varuupphandling enligt LOU är att kommunen inte har för avsikt att äga, förvalta och sälja reklamplats på dessa skyltar. Kommunen



anser inte att det är förenligt med kommunal verksamhet att sälja annonsplats, det finns företag som sköter det mycket bättre.

Upphandlingen ska hanteras som en tjänstekoncession. Om priset för kommunens annonsbehov blir för stort kommer upphandlingen att avbrytas. Om det visar sig att kommunen gjort en felbedömning av marknaden och att affärsmöjligheten inte finns för leverantörerna kommer det sannolikt inte in anbud, vilket gör att ingen leverantör kan ha lidit skada.

Sammanfattningsvis anses upphandlingen vara genomförd på ett sätt som inte bryter mot de gemenskapsrättsliga principerna. Villkoren för denna upphandling har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. Samtliga krav och på vilket vis som utvärdering kommer att genomföras har också tydligt framgått. Förfrågningsunderlaget är framställt på ett sätt så att effektiv konkurrens ska kunna uppstå.

Utgångspunkten för kommunen har varit det bästa för den egna verksamheten och att sedan leverantörer på en marknad valt olika affärsidéer och strategier för sin verksamhet kan inte kommunen ta något ansvar för.

#### **Noxab (yttrande den 4 mars 2010)**

Om man läser faktaböcker av erkända författare i ämnet LOU, upphandlingsregler och utbildningsmaterial som finns tillgängliga på nätet, m.m. finner man inget stöd för att kommunens upphandling skulle kunna anses vara en tjänstekoncession. Detta bekräftas både av konkurrensverkets upphandlingsavdelning samt bolagets jurist.

Grundorsaken är skrivningen i 2 kap. 17 och 18 §§ LOU. Något förenklat kan man säga att en tjänstekoncession i princip är ett tjänstekontrakt med enda skillnad att i det förstnämnda kan de ekonomiska riskerna helt eller

delvis läggas på den leverantör som vinner upphandlingen. Detta gäller då endast upphandlingar som är A- eller B-tjänster enligt bilaga 2 eller 3 i LOU.

Bolagets efterforskning visar att exempel på tjänstekoncessioner kan vara t.ex. en kommun som har en simhall/vårdinrättning/parkeringsyta eller liknande och som en privat entreprenör ska driva enligt vissa förutbestämda villkor och som entreprenören betalar en fast årlig eller månatlig avgift för, plus eventuellt en procentuell avgift på omsättningen. Entreprenören står för hela (vanligast) eller delar av den ekonomiska risken. I de två första fallen driver entreprenören kanske en cafeteria/restaurangrörelse och i sista fallet tas parkeringsavgifter in. Med dessa exempel får man utgå ifrån att entreprenören inte har investerat i själva bygget av t.ex. simhallen. Exempelen kan likställas med denna upphandling där kommunen förväntar sig att någon entreprenör dels ska investera upp till ~2 500 000 kr för själva skyltarna och dessutom står för elförbrukningen, all service och underhåll i tio år framåt. Med tanke på de ytterst begränsade möjligheterna till lönsamhet i ett projekt med dessa förutsättningar är det tur att det finns tydliga regler så att en kommun inte kan göra på detta vis. Naturligtvis är det inte bransch eller marknad som styr upphandlingsförfarandet, utan snarare vad som ska upphandlas. Noxab har aldrig påstått eller ens antytt något annat.

Noxab förstår fullständigt intentionen med kommunens tanke med att inte äga skyltarna och med de motiveringar som här nämns. Men, denna gång är det i strid med LOU.

Noxab har talat med en leverantör som per telefon kontaktats av kommunen om att ”nu har upphandlingen blivit offentlig och ni är välkomna att lämna anbud”. Svaret från leverantören blev ”Vi har läst förfrågningsunderlaget och som det är skrivet är det totalt ointressant att lägga tid på ett

anbud. Vi ser ingen möjlighet att vi, eller någon annan, skulle kunna få lönsamhet i ett projekt med dessa förutsättningar.”

Det är högst omoraliskt av kommunen att hoppas på att få in anbud från någon som inte är fullt medveten om vad de ger sig in på.

### SKÅL FÖR BESLUTET

Fråga är om kommunens upphandlingsförfarande omfattas av bestämmelserna i LOU. Förvaltningsrätten har i detta sammanhang att ta ställning till om kommunens upphandling avser anskaffning av tjänster i LOU:s mening eller om upphandlingen avser tjänstekoncession som definieras i 2 kap. 17 § LOU och därför ej omfattas av LOU. Vid denna prövning beaktar förvaltningsrätten följande.

Tjänstekoncessioner undantas från LOU:s tillämpningsområde. En upphandlande enhet som väljer att tilldela en tjänstekoncession ska dock följa de grundläggande EU-rättsliga principerna avseende icke-diskriminering, likabehandling, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet (se EU-domstolens dom i mål C-324/98 Telaustria p. 60-63).

Av Kommissionens tolkningsmeddelande om koncessioner enligt EG-rätten (EGT nr C 121, 29/04/2000 s. 0002-0013) framgår bl.a. följande. Tjänstekoncessioner gäller normalt sett verksamhet som, på grund av sin karaktär, sitt ändamål och de regler verksamheten omfattas av, kan falla inom det allmännas ansvarsområde 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 tjänsteleverantörerna tar riskerna i samband med den tillhandahållna tjänsten (etablering och nyttjande) och tar ut ersättning av användare, t.ex. avgifter i vilken form det än vara

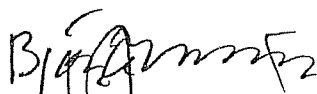
må. Sättet på vilket tjänsteleverantören får ersättning är en faktor som gör det möjligt att fastställa vem som tar på sig risken i samband med nyttjandet. Tjänstekoncession kännetecknas av att ansvaret för nyttjandet överförs på koncessionsinnehavaren.

Mot bakgrund av vad som utvecklats av Noxab framstår det från kommersiell synpunkt tveksamt i vad mån kommunen kan påräkna anbud med anledning av det förfarande som inletts. Det ankommer dock inte på förvaltningsrätten att, vid sin bedömning, beakta att förfarandet kan ha utformats så att seriösa anbud inte ges.

Vad gäller kommunens prestationer framgår av den i målet aktuella avtalskonstruktionen att kommunen kostnadsfritt upplåter plats, inklusive framdragning av elförsörjning, för fyra digitala infartsskyltar. Leverantören åtar sig bl.a. att svara för inköp, färdigställande och drifhållning av de fyra digitala informationsskyltarna. Leverantören ska vidare äga och förvalta skyltarna samt hantera försäljning och marknadsföring av de digitala annonsytorna. Ersättningen från kommunen till leverantören är beroende av vilket pris leverantören anger i sitt anbud för tillhandahållande av cirka 12 veckors annonsplats för kommunen. I övrigt utgörs leverantörens ersättning av de intäkter som inbringas till följd av övrig försäljning av annonsplatserna under resten av året. I målet har inte framkommit att något avtalsvillkor ska gälla som innebär att kommunen förbinder sig att utnyttja annonsplatsen i någon bestämd omfattning. I förfrågningsunderlaget har uttryckligen angetts att kommunen, om priset för kommunens annonstillfällen blir så högt att det i praktiken blir kommunen som tar den ekonomiska risken för skyltarna, kommer att avbryta förfarandet.

Det som hittills framkommit om förfarandet ger inte stöd för annat än att den ekonomiska risken i allt väsentligt kommer att åvila leverantören. Förfarandet är därför att anse som en tjänstekoncession. Den omfattas således i princip inte av bestämmelserna i LOU, varför någon överprövning enligt LOU inte kan ske. Noxabs ansökan om överprövning ska därför avvisas.

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

  
Björn Johansson  
Rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.



## 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. 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 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.

