



KLAGANDE

AB Svenska Spel, 556460-1812

Ombud: Advokat Sara Li Olovsson och advokat Anna Ulfsdötter Forssell
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

NTT Security (Sweden) AB, 556587-8294
Råsundavägen 12
169 67 Solna

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

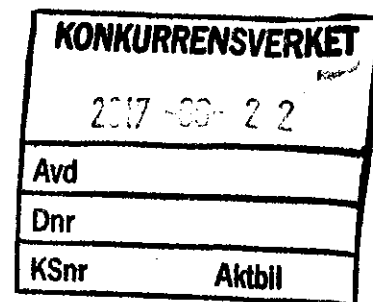
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 17 februari 2017 i
mål nr 27515-15, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.



YRKANDEN M.M.

AB Svenska Spel (Svenska Spel) yrkar att kammarrätten bifaller överklagandet och avvisar NTT Security (Sweden) ABs ansökan om överprövning. Som grund för detta anförs att Svenska Spel inte är ett offentligt styrt organ och därmed inte är att jämföra med en upphandlande myndighet.

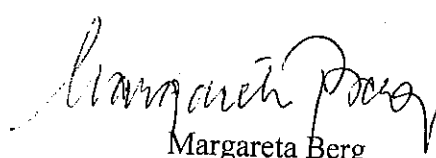
SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Varken i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller i de s.k. rättsmedelsdirektiv som 16 kap. LOU bygger på finns det några bestämmelser om vem som kan överklaga förvaltningsrättens avgöranden. De allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, är därför tillämpliga.

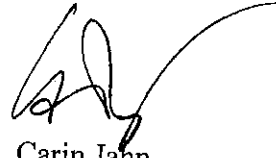
Av 33 § andra stycket FPL framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot.

NTT Security (Sweden) AB ansökte om överprövning av den aktuella upphandlingen. Svenska Spel bestred bifall till ansökan och yrkade i första hand att ansökan skulle avvisas och i andra hand att ansökan skulle avslås. Förvaltningsrätten avsåg Svenska Spels yrkande om avvisning samt NTT Security (Sweden) AB:s ansökan. Förvaltningsrättens dom har därmed inte gått Svenska Spel emot, trots att domslutet ger sken av det, i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL. Det Svenska Spel inte har vunnit framgång med är en processuell invändning. Överklagandet ska därför avvisas.

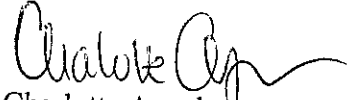
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Margareta Berg
kammarrättsråd
ordförande



Carin Jahn
kammarrättsråd
referent



Charlotte Appelgren
tf. kammarrättsassessor



Sofia Öring
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2017-02-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
27515-15

SÖKANDE

NTT Security (Sweden) AB, 556587-8294
Råsundavägen 12
169 67 Solna

MOTPART

AB Svenska Spel,

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsson och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB Svenska Spels yrkande om att NTT Security (Sweden) AB:s ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår NTT Security (Sweden) AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 719366

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

AB Svenska Spel (Svenska Spel) genomför en upphandling avseende Managed Security Services Provider (MSSP). Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU. Enligt tilldelningsbeslutet har Svenska Spel antagit Sentor MSS AB (Sentor) anbud i upphandlingen.

NTT Security (Sweden) AB (NTT) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen görs om alternativt att upphandlingen görs om i sin helhet. Som grund för yrkandet anför bolaget bl.a. följande. Utvärderingsmodellen och kvalificerade krav speglar inte på ett korrekt sätt de stora kvalitetsskillnader som föreligger mellan NTT:s och Sentor:s anbud. Tilldelningsbeslutet har därför inte stöd i upphandlingskraven och har fattats på felaktiga utvärderingsgrunder.

Svenska Spel bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan ska avslås. Som grund för förstahandsyrkandet anför Svenska Spel att bolaget inte är ett sådant offentligt styrt organ som avses i 2 kap. 12 § LOU och att det därmed inte är att jämföras med en upphandlande myndighet. Som grund för andrahandsyrkandet anför Svenska Spel att bolaget genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU och att det har iakttagit alla regler inklusive de principer för offentlig upphandling som följer av 1 kap. 9 § LOU. Någon överträdelse föreligger därmed inte, och inte heller föreligger någon skada eller risk för skada för NTT.

Förvaltningsrätten har begärt att Konkurrensverket ska yttra sig i frågan om Svenska Spel omfattas av 2 kap. 12 § LOU. Konkurrensverket anser att Svenska Spel är ett offentligt styrt organ och därmed omfattas av LOU.

VAD PARTERNA ANFÖR

Offentligt styrt organ

NTT anser att Svenska Spels yrkande att förvaltningsrätten ska avvisa NTT:s ansökan om överprövning inte förändrar något i sakfrågan om Svenska Spel följt LOU.

Svenska Spel anser att bolaget har en sådan anknytning till staten som avses i 2 kap. 12 § 1–3 LOU dels genom att Svenska Spel är helägt av svenska staten och dels att staten utser mer än hälften av styrelseledamöterna i Svenska Spel. Behovet som Svenska Spel tillgodoser är spel om pengar. Arten av detta behov är inte ett behov i det allmännas intresse utan möjligen det sätt på vilket spelet tillhandahålls. Begreppet "allmänna intressen" ligger nära begreppet "verksamhet som är till direkt nytta för allmänheten". De spel som bolaget tillhandahåller ska vara till direkt nytta för allmänheten och inte endast tillgodose intressen hos olika individer. Allmänheten har inte direkt nytta av att det erbjuds möjligheter att spela om pengar. Den verksamhet Svenska Spel bedriver är således inte ett behov i det allmännas intresse. Svenska Spel möter nu hårdare konkurrens från de oreglerade aktörerna. Svenska Spels marknadsandel har minskat samtidigt som dess marknadsföringsinvesteringar har ökat vilket visar att konkurrensen är påtaglig. Det finns endast ett skäl till att privata aktörer tillgodoser samma behov som Svenska spel genom egna varor och tjänster – att det är kommersiellt intressant och lönsamt. Svenska Spel verkar därmed på en marknad med betydande konkurrens.

Även om syftet med den svenska spelregleringen inte är att generera vinst till ägaren (svenska staten), bedrivs Svenska Spels verksamhet med ett vinstsyfte i LOU:s mening och framför allt med lönsamhets- och effektivitetskriterier som grund. Detta framgår bl.a. av de ekonomiska mål för bolaget som beslutades av årsstämman 2012 och som innebär att

Svenska Spel ska ha minst 22 procents rörelsemarginal. Svenska Spel arbetar löpande för att anpassa kostnaderna efter intäkterna. Ett exempel på det är ett projekt benämnt Valentin som resulterade i att ca 475 miljoner sparades. Svenska Spel står vidare risken för sin verksamhet och det finns inget som visar att staten skulle ingripa om bolaget riskerar konkurs. Svenska Spel får slutligen inte offentlig finansiering. Det behov Svenska Spel tillgodoser är av industriell eller kommersiell karaktär. Sammanfattningsvis är Svenska Spel inte ett offentligt styrt organ och ska därför inte tillämpa LOU.

Ansökan om överprövning

NTT anför i huvudsak följande. I upphandlingen ligger tonvikten på en kvalitativ leverans av MSSP-tjänster. Utformningen av Svenska Spels upphandlingsmodell möjliggör dock inte en korrekt ekonomisk utvärdering och de kvalitativa aspekterna har inte fått den avgörande betydelse som Svenska Spel signalerat i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsmodellen speglar inte på ett korrekt sätt de stora kvalitetsskillnader som föreligger mellan NTT:s och Sentor MSS AB:s anbud. Tilldelningsbeslutet har därför inte stöd i upphandlingskraven och har fattats på felaktiga utvärderingsgrunder.

Svenska Spel anför att utvärderingsmodellen är tydligt beskriven i bilaga 7 till förfrågningsunderlaget "Prövning och utvärdering". Enligt Svenska Spels utvärderingsmodell ska det "ekonomiskt mest fördelaktiga" anbudet antas, varvid kvalitet och pris ska bedömas. Viktningen mellan kvalitet och pris är 60 procent kvalitet och 40 procent pris. Således har, vid utvärderingen av anbuden, kvalitet getts en större vikt än pris. Utvärderingen av anbuden har skett helt i enlighet med denna utvärderingsmodell och har då gett det utfall som framgår av tilldelningsbeslutet.

I bilaga 7 har angetts de poängmodeller som ska tillämpas för respektive kvalitativt utvärderingskriterium. Svenska Spel har utvärderat anbuderna helt i enlighet med dessa poängmodeller. NTT erhöll vid utvärderingen av KUI (kvalitativt utvärderingskriterium 1) den högsta poängen av samtliga anbudsgivare och den näst högsta poäng som kan uppnås för KUI enligt poängmodellen. Svenska Spel har i tilldelningsbeslutet redovisat respektive anbudsgivares poäng. De kvalitativa ska-kraven på tjänsterna har inte varit föremål för utvärdering. Ska-kraven utgör inte utvärderingskriterier utan ska-krav. En utvärdering av ska-kraven hade varit direkt felaktigt.

Svenska Spel har genomfört upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i LOU och har iakttagit alla regler inklusive de principer för offentlig upphandling som följer av 1 kap. 9 § LOU. Någon överträdelse föreligger därmed inte, och inte heller föreligger någon skada eller risk för skada för NTT.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Genom den lagen upphävdes lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Enligt fjärde punkten i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Förvaltningsrätten prövar därför NTTs ansökan om överprövning enligt den tidigare gällande lagen om offentlig upphandling.

Innan förvaltningsrätten kan bedöma om det finns skäl att vidta någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU ska förvaltningsrätten först pröva om LOU är tillämplig på Svenska Spels verksamhet. Av 2 kap. 19 § LOU framgår att avgörande för den frågan är om Svenska Spel är ett offentligt styrt organ enligt 2 kap. 12 § LOU.

1. ÄR SVENSKA SPEL ETT OFFENTLIGT STYRT ORGAN ?

Offentligt styrt organ

Med offentligt styrda organ avses enligt 2 kap. 12 § LOU sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

EU-domstolen har i ett flertal avgöranden angett hur reglerna om offentlighetsrättsliga organ ska tillämpas och tolkas. Av denna rättspraxis framgår att syftet med direktiven om offentlig upphandling är bl.a. att undanröja möjligheten att ett organ som finansieras eller kontrolleras av staten, regionala eller lokala myndigheter eller av andra organ som lyder under offentlig rätt låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska. Mot bakgrund av dessa syften har EU-domstolen konstaterat att begreppet "offentlighetsrättsliga organ" ska tolkas funktionellt och ges en stor räckvidd (se bl.a. BFI Holding, C-360/96, punkt 62, Truley, C-373/00, punkterna 42 och 43 samt Aigner, C-393/06, punkt 37). Allmännyttiga behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär utgörs i allmänhet av behov som staten, av de skäl som har samband med allmänintresset, väljer att själv tillgodose eller som den avser att fortsätta att ha ett avgörande inflytande på (BFI Holding, punkterna 50 och 51).

Bedömningen av om det föreligger ett allmännyttigt behov som inte är av industriell eller kommersiell karaktär ska göras med hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, däribland de villkor på vilka organet utövar sin verksamhet. Det innebär att alla relevanta källor och omständigheter i övrigt som reglerar och beskriver bolagets verksamhet, oavsett deras juridiska form, ska beaktas vid bedömningen av om bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse (Truley, punkterna 33-36, 41-43, 45 samt 66). Detta innefattar de omständigheter som var aktuella vid bildandet av organet och de villkor på vilka organet utövar verksamheten, inklusive om organets verksamhet är utsatt för konkurrens, om det finns ett huvudsakligt vinstsyfte, om organet bär de förluster som uppstår i samband med utövandet av verksamheten och om verksamheten får offentlig finansiering (se bl.a. Korhonen, C-18/01, och SIEPSA, C-283/00).

Vid bedömningen av om organets verksamhet tillgodoser ett behov av allmänt intresse saknar det, enligt praxis från EU-domstolen, betydelse om endast en relativt obetydlig del av den verksamhet organet bedriver faktiskt består i att tillgodose allmänna intressen. Så länge organet i någon omfattning bedriver allmännyttig verksamhet utan industriell eller kommersiell karaktär ska samtliga kontrakt som tilldelas av ett sådant organ ses som ett upphandlingskontrakt (se bl.a. Mannesmann, C-44/96). Avsaknaden av ett huvudsakligt vinstsyfte kan vara en faktor som talar för att det är fråga om ett offentlighetsligt organ (se bl.a. SIEPSA, C-283/00).

Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverket anger i yttrandet den 25 augusti 2016 bl.a. följande. Svenska Spel är ett aktiebolag i vars styrelse mer än hälften av ledamöterna utses av staten. Staten äger samtliga aktier i Svenska Spel och företräder dessa på bolagsstämman. Därmed föreligger offentlig kontroll respektive offentlig styrelserepresentation enligt 2 kap. 12 § 2 och 3 LOU. Svenska

Spel har getts ett uttryckligt uppdrag att säkerställa spelande under socialt och hälsomässigt hänsynstagande, att motverka problem med överdrivet spelande samt att begränsa spelandets negativa verkningar. Dessa intressen har en nära anknytning till socialpolitiska målsättningar som det allmänna har intresse och direkt nytta av. Svenska Spel tillgodoser därför ett behov i det allmännas intresse. Svenska Spel möter ökad konkurrens från de oreglerade aktörerna på spelmarknaden. Konkurrensen har ökat sedan år 2009, då kammarrätten prövade om Svenska Spel ska följa LOU. Om förvaltningsrätten skulle anse att konkurrensen numera är utvecklad är detta enligt EU-domstolens praxis i sig inte tillräckligt för ett konstaterande att det tillgodosedda behovet är av industriell eller kommersiell karaktär. Staten har fastställt ett lönsamhetskrav på bolaget som uppgår till minst 22 procent. Bolaget har därmed ett uttalat lönsamhetskrav. Vad gäller detta lönsamhetskrav betonar dock regeringen att "omtanken om kunden och strävan efter att minimera de negativa effekterna av spelande alltid väger tyngre än vinstintresset" (s. 75 i bilagan till 2016 års redogörelse för bolag med statligt ägande [skr. 2015/2016:140]). Genom bolagets tillstånd har regeringen infört begränsningar när det gäller marknadsföring, högsta tillåtna insatser i kasinospel och högsta antal värdeautomater som får tillhandahållas. Efter devisen "Ansvar före vinst" har också bolaget infört ett obligatoriskt kundregistreringssystem med ett uppskattat inkomstbortfall på 800 Mkr som följd. Vinstintresset framstår därför som sekundärt i förhållande till bolagets sociala hänsynstaganden och kan inte anses vara huvudsakligt. Att bedriva verksamhet enligt de verksamhetstillstånd som regeringen har utformat villkoren för, och som innebär att Svenska Spels syfte är att stävja de negativa effekterna med spelandet, kan inte liknas vid att verka under normala marknadsmässiga villkor. Sammanfattningsvis anser Konkurrensverket att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av kommersiell eller industriell karaktär.

Förvaltningsrättens bedömning

Har Svenska Spel en nära anknytning till staten?

Svenska Spel ägs av staten och staten utser mer än hälften av alla styrelseledamöter i bolaget. Förvaltningsrätten anser därför att Svenska Spel har en sådan anknytning till staten som avses i 2 kap. 12 § 2 och 3 LOU.

Tillgodoser Svenska Spel behov i det allmännas intresse?

Förvaltningsrätten konstaterar att i bedömningen av om det föreligger ett behov i det allmännas intresse ska hänsyn tas till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, däribland de villkor på vilka organet utövar sin verksamhet. Det innebär att alla relevanta källor och omständigheter i övrigt som reglerar och beskriver bolagets verksamhet, oavsett deras juridiska form, ska beaktas vid bedömningen av om bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse (Truley, C-373/00).

Svenska Spel tillhandahåller marknaden spel om pengar. Bolaget har dock ett särskilt samhällsuppdrag att värna sociala skyddsintressen och att tillgodose efterfrågan på spel i kontrollerade former för att därigenom verka för en sund och säker spelmarknad. Bolaget bedriver sin verksamhet efter tillstånd från regeringen. Det ger ytterligare möjlighet att reglera villkoren och förutsättningarna för verksamheten. Genom tillståndskravet har ägaren, staten, gett Svenska Spel ensamrätt att bedriva viss typ av spel- och lotteriverksamhet i Sverige. Det är också endast den som innehar sådant tillstånd som har rätt att marknadsföra lotterier i landet. Svenska Spel har således getts en mycket gynnsam marknadsposition. Samtidigt har tillstånden begränsat Svenska Spels möjligheter att bl.a. marknadsföra sitt utbud. Enligt förvaltningsrättens mening gör Svenska Spels samhällsuppdrag att begränsa de negativa effekter som kan följa av

överdrivet spel om pengar, och de förutsättningar bolaget ges att genomföra uppdraget, att verksamheten är till nytta för allmänheten.

Svenska Spel tillgodoser även behovet av spel om pengar. Vid bedömningen av om organets verksamhet tillgodoser ett behov av allmänt intresse saknar det dock betydelse om endast en relativt obetydlig del av den verksamhet organet bedriver faktiskt består i att tillgodose allmänna intressen. Om organet fortfarande ansvarar för de intressen som det särskilt är skyldigt att tillgodose är villkoret i upphandlingsdirektivet fortfarande uppfyllt (se Mannesmann, C-44/96, punkterna 25 och 26). Även om Svenska Spel tillhandahåller tjänster på marknaden för att möta enskilda personers behov av spel om pengar anser förvaltningsrätten att de sociala hänsyn som ligger i Svenska Spels särskilda samhällsuppdrag, och utformningen av verksamheten, gör att bolaget tillgodoser ett behov i det allmännas intresse på det sätt som avses i 2 kap. 12 § LOU.

Har behovet industriell eller kommersiell karaktär?

Av EU-domstolens praxis (se bl.a. C-18/10, Korhonen, punkterna 48, 49 och 59) framgår att rätten vid sin bedömning ska ta hänsyn till samtliga relevanta faktiska och rättsliga omständigheter, såsom de omständigheter som var aktuella vid bildandet av Svenska Spel och de villkor på vilka det utövar sin verksamhet. Denna bedömning innefattar förutom en bedömning av Svenska Spels konkurrensförhållanden, en bedömning av om det saknas ett huvudsakligt vinstsyfte, om bolaget självt inte står den ekonomiska risken för den verksamhet som det utövar och om verksamheten har helt eller delvis offentlig finansiering (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 19 februari 2016 i mål nr 7265-14). Av EU-domstolens avgöranden (i de förenade målen C-223/99 och 260/99, Agora Excelsior, punkterna 40 och 43) framgår att om ett organ saknar vinstsyfte kan vikt läggas vid huruvida

det ska drivas med produktivitets-, effektivitets- och lönsamhetskriterier som grund.

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns både reglerade aktörer (AB Trav, och Galopp, folkrörelselotterier som Svenska Postkodföreningen samt restaurangkasinon samt bingohallar) och ett antal oreglerade aktörer (Betsson, Bet365 och Unibet m.fl.) som utan tillstånd bedriver spelverksamhet, via internet, i den miljö där Svenska Spel verkar. I den utredning som Svenska Spel åberopat anges att marknadsföringsinvesteringarna för den svenska spelmarknaden ökat över perioden 2005 – 2015 samt att Svenska Spels marknadsandel har minskat från 50 procent år 2009 till 42,5 procent år 2015 (se RBB Economics rapport ” Svenska Spel möter ett betydande konkurrenstryck”, 29 juni 2016, sid. 12, figur 9). Vidare framgår att de oreglerade aktörernas marknadsandel ökat från 9 till 21 procent under perioden 2007 – 2015. Även om den svenska marknaden är reglerad genom kravet på tillstånd tappar således Svenska Spel marknadsandelar. Svenska Spel har dock fortfarande en betydande marknadsandel totalt sett, även om marknadsandelen minskat under åren.

Det har inte framkommit att Svenska Spel bedriver verksamhet där bolagets marknadsposition inte är stärkt genom kravet på tillstånd. Svenska Spel verkar således uteslutande inom en marknad som i Sverige är reglerad av staten och där staten kan påverka konkurrenssituationen. Det står dock klart att Svenska Spel ändå är utsatt för en betydande konkurrens. Med hänsyn till storleken av Svenska Spels marknadsandel, samt då bolagets verksamhet bedrivs på en marknad som är reglerad av ägaren, staten, och där denne därigenom har vissa möjligheter att påverka konkurrenssituationen, menar förvaltningsrätten att den konkurrens som bolaget ställs inför ändå inte kan anses vara utvecklad.

Såvitt framgår av utredningen saknar Svenska Spel offentlig finansiering. Svenska Spel bedrivs i aktiebolagsform och enligt 3 kap. 3 § aktiebolags-

lagen (2005:551) ska det anges i bolagsordningen om bolagets verksamhet helt eller delvis skall ha ett annat syfte än att ge vinst. Någon sådan reglering finns inte i Svenska Spels bolagsordning. Svenska Spel har också ett uttalat lönsamhetskrav då bolaget ska ha en rörelsemarginal om minst 22 procent. Bolaget har även framhållit exempelvis att det sedan 2010 genomfört kostnadseffektiviseringar motsvarande 450 miljoner kronor som frigjort resurser för nya prioriterade satsningsområden. Förvaltningsrätten konstaterar dock samtidigt att regeringen angett i bilagan till redogörelsen för bolag med statligt ägande (skr. 2015/16:140) att omtanken om kunden och strävan efter att minimera de negativa effekterna av spelande alltid väger tyngre än vinstintresset. Genom tillstånden reglerar också regeringen bolagets verksamhet och regeringen har begränsat bolagets möjligheter till marknadsföring samt inskränkt bolagets fria "prissättning" när det gäller kasinospel liksom omfattningen av värdeautomatverksamheten, vilket allt utgör begränsningar som hämmar bolagets möjligheter att generera vinst. Bolaget har också själv vidtagit åtgärder i sin verksamhet där ansvaret för hälsa och socialpolitiska syften har gått före vinst. Av Svenska Spels årsredovisning för år 2015 framgår således att bolaget infört en obligatorisk kundregistrering under 2014 med ett uppskattat intäktsbortfall på 800 miljoner kronor som följd. Bolaget anger då att ansvar går före vinst. Vidare anges i årsredovisningen att bolaget strävar efter att flytta fram spelandet som redan sker till sundare och säkrare miljöer, inte att öka det totala spelandet i landet. Bolagets överskott ska härtill vara förbehållet allmännyttiga ändamål (Utdrag ur Riksrevisionens rapport "Staten på spelmarknaden – när man målen?", sid 10). Vidare framgår av prop. 1995/96:169 s. 1 att överskottet av verksamheten ska delas mellan staten och föreningslivet. Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning att Svenska Spel inte verkar på normala marknadsmässiga villkor och att bolaget inte kan anses ha ett huvudsakligt vinstintresse. Svenska spel har ett särskilt samhällsuppdrag att värna sociala skyddsintressen genom att motverka de problem som ett överdrivet spelande om

pengar kan leda till. Genom tillståndskravet har Svenska Spel givits ensamrätt, och därigenom en gynnsam marknadsposition, till en del av en marknad som bolaget framhållit som kommersiellt intressant och lönsam då ett stort antal privata aktörer sökt sig dit. Ägaren, staten, har härigenom gett bolaget förutsättningar för en lönsam verksamhet och indirekt skapat ett skydd mot eventuella förluster. Av Svenska Spels årsredovisning för år 2015 är det också tydligt att bolaget i tillräcklig grad förlitar sig på sitt samhällsuppdrag och marknadsposition för att låta samhällsuppdraget styra bolagets beslut om ett kundregister framför hänsyn till bolagets intäkter. Mot denna bakgrund, och med hänsyn till Svenska Spels särskilda samhällsuppdrag, anser förvaltningsrätten att omständigheterna visar att ett ingripande från ägaren, staten, om Svenska Spel riskerar konkurs, är tillräckligt sannolik för att påverka bolagets agerande och för att bolaget inte ska anses bära sin egna ekonomiska risk. Saknaden av ett huvudsakligt vinstintresse talar också starkt för att det tillgodosedda behovet inte har en industriell eller kommersiell karaktär (se mål C-283/00, SIEPSA, punkt 88, mål C-393/06 Ing. Aigner, punkt 42 och mål C-18/01 Korhonen, punkt 54 e-contrario).

Förvaltningsrätten anser vid en sammantagen bedömning att Svenska Spel tillgodoser ett behov i det allmännas intresse och att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Svenska Spel är således ett sådant offentligt styrt organ som vid tillämpningen av LOU ska jämföras med upphandlande myndighet. Yrkandet om att målet ska avvisas ska därför avslås.

2. NTT:s ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING

Förvaltningsrätten övergår till att pröva om Svenska Spel i sin upphandling brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

NTT anför att förfrågningsunderlaget brustit i utformningen på så sätt att det inte framgått vad Svenska Spel kommer att lägga vikt vid bedömningen av kvalitetskriterierna. Detta har medfört att kvalité inte har beaktats i den utsträckning som anges i förfrågningsunderlaget.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska grunda sig på olika kriterier som ska fastställas under iakttagande av kraven i LOU. I 12 kap. 1 § LOU ges en icke uttömmande uppräknning av möjliga kriterier. Tilldelningskriterierna kan i princip vara kvalitativa och inte enbart ekonomiska. Vidare krävs att tilldelningskriterierna ska vara kopplade till föremålet för upphandlingen. Tilldelningskriterierna måste nämligen göra det möjligt att utvärdera varje anbud i förhållande till föremålet för upphandlingen samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud. Det "ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" är det anbud "som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris". Därutöver krävs enligt principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling att de tilldelningskriterier som väljs är objektiva kriterier som säkerställer att anbuden bedöms objektivt och

således i verklig konkurrens med varandra. Enligt principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling krävs även att den upphandlande myndigheten under upphandlingens samtliga skeden säkerställer iakttagandet av såväl principen om likabehandling av potentiella anbudsgivare som principen om öppenhet vad gäller tilldelningskriterierna. Dessa kriterier ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således kunna tolka dem på samma sätt (jfr Dutch Coffee, C-368/10, med där gjorda hänvisningar).

I LOU finns inte några formkrav på hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. SIAC Construction, C-19/00, och Wienstrom, C-448/01).

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagstiftningen och gemenskapsrätten inte träds för när. En upphandlande enhet har således rätt att välja både utvärderingsmetoder och tilldelningskriterier.

I bilaga 7 till förfrågningsunderlaget "Prövning och utvärdering" finns en beskrivning av hur poängsättning av de kvalitativa delarna av upphandlingen kommer att ske och vad som krävs för att uppnå de olika

poängnivåerna. Enligt förvaltningsrättens mening har anbudsgivarna fått en tillräckligt god bild av vad Svenska Spel kommer att lägga vikt vid bedömningen av kvalitetskriterierna. Vidare innehåller bilaga 7 en tydlig genomgång av den utvärderingsmodell som kommer att användas i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen har beskrivits på ett godtagbart sätt i förfrågningsunderlaget och att Svenska Spel tillämpat den på det sätt som angetts. Vad NTT anfört visar inte att Svenska Spel brutit mot LOU eller dess grundläggande principer. NTT:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Kaija Hultquist
Rådman

I avgörandet har även nämndemännen Anders Nordlund, Roger Karlsson och Babar Rehman deltagit. Susanna Ewerlöf har handlagt målet.



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. 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 fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla 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 rättstillämpningen 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.