



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

BESLUT
2016-05-12
Meddelat i Jönköping

Mål nr
668-16

SÖKANDE

IFFC Invest AB, 556975-5357
Hantverkarvägen 22
136 44 Handen

MOTPART

Essunga kommun
465 82 Nossebro

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-05-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar IFFC Invest AB:s ansökan.

BAKGRUND

Essunga kommun genomför en upphandling av drift och skötsel av badanläggning och camping. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Badanläggningen består av kiosk, inomhusbassäng, två utomhusbassänger, omklädningsrum, bastu och en motionshall där nuvarande utförare driver ett gym. Campingen har fyra stugor och 24 uppställningsplatser för tält och husvagn. Det är möjligt att utöka antalet platser. Det finns även en teamutvecklingsbana och en kåta med utrustning för grillning. Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal bestämmelser om minimiöppethållande för badanläggningen och campingen. Vidare finns bestämmelser om att vissa tjänster ska tillhandahållas kostnadsfritt, t.ex. att badets toaletter fritt ska kunna utnyttjas av besökarna till vissa månatliga marknader och att de marknadsknallar som har årsabonnemang på marknaden inte ska betala någon campingavgift i samband med marknadsdagar.

Dok.Id 194421

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

Leverantören ska bl.a. stå för de löpande driftskostnaderna för el, vatten, avlopp och värme, ansvara för skötsel av badbassänger, ansvara för tillsyn och akut underhåll samt reparation av fast inredning, inventarier m.m., utföra gräsklippning samt ansvara för städning, snöröjning och halkbekämpning utanför entréer.

YRKANDEN

IFFC Invest AB (IFFC) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Kommunen anser att IFFC:s ansökan ska avslås. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att kommunen brustit i transparens och att utvärderingsmodellen inte framgått tillräckligt tydligt i förfrågningsunderlaget, anser kommunen att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § LOU 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 1 kap. 2 § första stycket LOU gäller LOU för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner. I sjätte stycket anges att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 § LOU.

Av 1 kap. 12 § LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bestämmelserna om överprövning enligt 16 kap. LOU omfattar inte upphandlingar av tjänstekoncessioner (se RÅ 2008 not. 101 och jfr HFD 2012 ref. 29). Varken IFFC eller kommunen har gjort gällande att upphandlingen avser en tjänstekoncession. Huvudprincipen i upphandlingsmål är att rättens prövning är begränsad till de omständigheter som parterna har hänvisat till (se RÅ 2009 ref. 69). Eftersom frågan om upphandlingen avser en tjänstekoncession är avgörande för om förvaltningsrätten är behörig att pröva IFFC:s ansökan om överprövning, anser emellertid förvaltningsrätten att den självmant måste kunna pröva denna fråga.

Av dåvarande EG-domstolens dom den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, framgår bl.a. följande. Skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan ersättningen vid en tjänstekoncession består endast i rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning (punkt 51). När sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster, innebär det att tjänsteleverantören tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (punkt 59). Risker är oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten (punkt 66). Om ingen del alls av den risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten överförs på tjänsteleverantö-

ren, utgör tillhandahållandet av tjänsten ett tjänstekontrakt (punkt 68). För att det ska anses vara fråga om en tjänstekoncession är det under alla omständigheter nödvändigt att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av tjänsten (punkt 77). Se även den rättspraxis som det finns hänvisningar till i domen samt EU-domstolens dom den 10 mars 2011 i mål C-274/09, *Stadler*.

Förfrågningsunderlagets krav på verksamhetens omfattning medför att leverantören kommer att ha förhållandevis stora personalkostnader. Dessutom har leverantören ett omfattande ansvar för bl.a. driftskostnader. Leverantören behöver inte betala någon hyra och ska få viss ersättning från kommunen (enligt IFFC:s anbud som mest drygt 2 miljoner kr per år). Det framstår emellertid som att leverantörens kostnader sammantaget kommer att vara avsevärt högre än ersättningen från kommunen. Intäkter från de avgifter som badanläggningens och campingens kunder betalar kommer således att vara avgörande för att verksamheten ska kunna bedrivas i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Förvaltningsrätten bedömer därför att en så stor del av verksamhetsrisken överförs till leverantören att upphandlingen måste anses avse en tjänstekoncession. Eftersom bestämmelserna om överprövning i 16 kap. LOU inte omfattar sådana upphandlingar, kan förvaltningsrätten inte pröva IFFC:s ansökan. Denna ska därför avvisas.

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

Annette Spjuth

Albert Pettersson har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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