



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

**BESLUT**

2017-02-28

Meddelat i Stockholm

Mål nr

25512-16

**SÖKANDE**

Börjessons Sotning & Ventilation AB, 556480-3434  
Värtavägen 54  
183 63 Täby

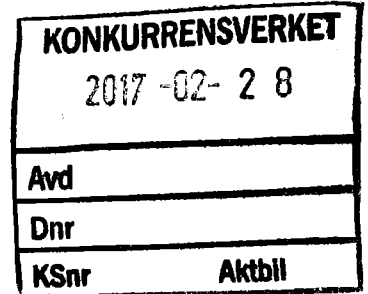
**MOTPART**

StorStockholms Brandförsvär

Ombud: Advokat Carl Bokwall och Advokat Sofia Hertz  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Funcgens gränd 1  
111 27 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling; fråga om avvisning



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar Börjessons Sotning & Ventilation AB:s yrkande att förvaltningsrätten ska fastställa att StorStockholms Brandförsvär är skadeståndsskyldigt.

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 16 januari 2017.

Dok.Id 824091

| Postadress       | Besöksadress     | Telefon   | Telefax       | Expeditionstid                 |
|------------------|------------------|---|---------------|--------------------------------|
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00<br>E-post: <a href="mailto:forvaltningsrattenistockholm@dom.se">forvaltningsrattenistockholm@dom.se</a><br><a href="http://www.domstol.se/forvaltningsratt">www.domstol.se/forvaltningsratt</a> | 08-561 680 01 | måndag – fredag<br>08:00-16:30 |

**YRKANDEN M.M.**

**StorStockholms Brandförsvär (SSBF)** genomför en upphandling avseende tjänstekoncession av sotning och brandskyddskontroll, dnr 309-1119/2016.

**Börjessons Sotning & Ventilation AB (BSV)** har ansökt om överprövning av upphandlingen såvitt avser anbudsområde 3 och 4 och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän ny utvärdering av anbuderna genomförs, varvid BSV:s anbud ska beaktas. BSV yrkar i andra hand att förvaltningsrätten fastställer att SSBF är skadeståndsskyldigt för den skada som BSV lidit eller riskerar att lida med anledning av SSBF:s agerande vid utvärderingen. BSV anför bl.a. följande. BSV har felaktigt diskvalificerats från utvärderingen och bolaget har lämnat lägre pris än de bolag som har tilldelats upphandlingen. BSV uppfyller vid tidpunkten för utvärderingen upphandlingens krav på stabil ekonomisk ställning. Trots att de nya upphandlingsdirektiven ännu inte införts i svensk lag ska de nya EU-direktiven som har direkt effekt tillämpas i upphandlingar som påbörjats efter den 18 april 2016. En upphandling är påbörjad tidigast när ett överklagbart myndighetsbeslut fattats om upphandling och upphandlingsform. Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar i HFD 2013 ref. 13 till EU-domstolens praxis där det uttalats att ett upphandlingsförfarande får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt genom att myndigheten tagit någon form av extern kontakt i syfte att anskaffa det som beslutet avser. BSV har varit i kontakt med registatorn på SSBF och kan konstatera att inga diarieförda handlingar för upphandlingen finns registrerade före den 26 september 2016. Berörda intressenter har inte haft möjlighet att ta del av beslut om upphandlingen före sommaren 2016.

**SSBF** yrkar i första hand att ansökan ska avvisas, i vart fall såvitt avser yrkandet om att förvaltningsrätten ska utdöma skadestånd. För det fall förvaltningsrätten avser avgöra sakfrågan bestrider SSBF BSV:s yrkanden om att

upphandlingen ska rättas. Tjänstekoncessioner omfattas inte av de svenska bestämmelserna om överprövning enligt LOU, LUF eller LUFSS. Upphandlingen inleddes före den 18 april 2016 varför det inte heller är möjligt att överpröva upphandlingen med stöd av direkt effekt av artikel 1.1 i rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektivet) som införts genom artikel 46 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (tjänstekoncessionsdirektivet). EU-domstolen har uttalat att tillämpligt direktiv i princip ska vara det som är i kraft när den upphandlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om huruvida det finns en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet.

Av EU-domstolens praxis följer således att tidpunkten för bedömningen av vilket direktiv som ska vara tillämpligt kan infalla långt tidigare än datumet för annonsen. Avseende den aktuella upphandlingen inföll tidpunkten för val av förfarande och beslut före den 18 april 2016. Tjänstekoncession är den form av upphandling som används av samtliga brandförsvår i Sverige vid upphandling av de aktuella tjänsterna och som rekommenderas av Sveriges kommuner och landsting och Myndigheten för samhällsskydd och beredskap. SSBF har upphandlat sotningstjänster i form av tjänstekoncessioner sedan 2006. Den 28 januari 2016 skickade den brandinspektör som har ansvar för sotningsfrågor ut en e-post till SSBF:s upphandlingssamordnare med kopia till den budgetansvarige som är den person som tar beslut om upphandlingar. E-posten bekräftar att SSBF redan vid den tidpunkten hade beslutat att genomföra upphandlingen, dvs. valt förfarande och tagit ställning till annonseringsskyldighet. Den 14 mars 2016 fattade den budgetansvarige ett formellt beslut om inköpsuppdrag avseende upphandlingen. Av inköpsuppdraget framgår att det är fråga om en upphandling av sotning och

brandskyddskontroll, dvs. en tjänstekoncession, omfattningen av upphandlingen samt vilka resurser som ska arbeta i uppdraget. Den tidpunkt som EU-domstolen slagit fast som relevant vid bedömningen av vilket direktiv som ska anses tillämpligt infaller som tidigast den 28 januari 2016 och som senast den 14 mars 2016, dvs. innan den 18 april 2016. Talan ska därmed avvisas.

För det fall förvaltningsrätten avser pröva målet i sak ska en sådan prövning ske med beaktande av LUK-direktivet i den mån det kan anses ha direkt effekt. Det har inte skett någon överträdelse av LUK-direktivet i upphandlingen och något annat är inte heller visat av BSV i målet. Skäl för ingripande saknas och BSV:s ansökan om överprövning bör i andra hand avslås.

#### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att rätten inte kan pröva frågor om skadestånd. BSV:s yrkande att förvaltningsrätten ska fastställa att SSBF är skadeståndsskyldigt ska därför avvisas.

Det är målet ostridigt att kommunen upphandlat en tjänstekoncession. Då det i målet aktuella tilldelningsbeslutet är fattat den 15 november 2016 får det anses stå klart att upphandlingen påbörjats innan dess.

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår att lagen inte gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. LUK är därmed inte tillämplig på den aktuella upphandlingen.

Den äldre lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÅLOU) har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna framgår

dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Tjänstekoncessioner omfattas inte av bestämmelserna om överprövning enligt ÄLOU. Tjänstekoncessioner är också uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster enligt direktivets artikel 17. Artikel 1.1. i rättsmedelsdirektivet, i dess äldre lydelse, gav inte någon möjlighet till överprövning av en upphandling av en tjänstekoncession eftersom det av bestämmelsen framgår att avtal enligt artikel 17 i direktiv 2004/18/EG var undantagna från tillämpningsområdet för rättsmedelsdirektivet.

Genom tjänstekoncessionsdirektivets artikel 46 har dock rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde utvidgats till att även omfatta tjänstekoncessioner. Detta innebär att bestämmelser om överprövning ska gälla även vid upphandling av tjänstekoncessioner. Medlemsländerna skulle enligt artikel 51 senast den 18 april 2016 ha införlivat direktivets bestämmelser i lag.

Frågan i målet är därmed om den senare lydelsen av artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet som införts genom artikel 46 i tjänstekoncessionsdirektivet är tillämplig på den aktuella upphandlingen samt om BSV, med stöd av direktivets direkta effekt, därmed har rätt till överprövning av tilldelningen.

Tjänstekoncessionsdirektivet saknar övergångsbestämmelser som reglerar hur bestämmelserna om överprövning ska tillämpas på redan påbörjade upphandlingar. När det gäller frågan om vilket direktiv som ska tillämpas på en upphandling som genomförs under fristen för införlivande av ett nytt direktiv framgår av praxis från EU-domstolen bl.a. följande. En upphandlande myndighets beslut beträffande den typ av förfarande som ska användas utgör en särskild fas i förfarandet. I denna fas definieras huvuddragen i förfarandet och den kan normalt endast inträffa i samband med att förfarandet inleds. Tillämpligt direktiv är i princip det som är i kraft när den upp-

handlande myndigheten väljer vilken typ av förfarande som ska användas och när den slutligen avgör frågan om det föreligger en skyldighet att vidta en föregående uppmaning till anbudsgivning för tilldelning av det offentliga kontraktet (se mål C-576/10 *Kommissionen mot Nederländerna* p. 52-53 och mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* p. 36 och 40).

BSV har hänvisat till rättsfallet HFD 2013 ref. 31. Detta gällde frågan om hur övergångsbestämmelserna i den svenska upphandlingslagstiftningen ska tolkas. Frågan i det nu aktuella målet rör inte tolkningen av svenska övergångsbestämmelser utan tillämpningen av det nya tjänstekoncessionsdirektivet. Förvaltningsrätten anser därför att Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i HFD 2013 ref. 31 inte är avgörande för bedömningen av vilket direktiv som är tillämpligt i målet. Bedömningen ska i första hand göras med utgångspunkt i relevant praxis från EU-domstolen, vilken redogjorts för ovan (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom i mål 1245-16).

Frågan som är avgörande för vilket direktiv som är tillämpligt är därför om SSBF innan den 18 april 2016 kan anses ha valt vilken typ av förfarande som ska användas och slutligt avgjort frågan om det föreligger en skyldighet att annonsera upphandlingen.

Den 28 januari 2016 skickades ett e-postmeddelande internt inom SSBF. Av innehållet i denna e-post kan utläsas att en upphandling avseende sotning och brandskydd planerades samt att avsikten var att denna skulle annonseras. Det framgår vidare att äldre avtal samt förlängningsavtal avseende både sotning och brandskyddskontroll bifogades e-posten.

Av inköpsuppdrag undertecknat den 14 mars 2016 framgår att inköpsuppdraget avser en driftsupphandling av sotning och brandskyddskontroll av rök- och filmkanaler. I inköpsuppdraget anges även vilka namngivna personer som är utsedda för genomförandet.

Med hänsyn till vad som framkommit i målet och med hänsyn tagen till att SSBF obestritt har uppgett att de aktuella tjänsterna har upphandlats som tjänstekoncession sedan 2006 anser förvaltningsrätten att utredningen i målet ger stöd för att SSBF före den 18 april 2016 har valt att upphandla tjänsterna som tjänstekoncession och att annonsera upphandlingen. Att detta beslut inte kommunicerats utanför myndigheten föranleder med hänsyn till den praxis från EU-domstolen som redovisats ovan inte någon annan bedömning. Detta innebär att rättsmedelsdirektivet är tillämpligt i dess äldre lydelse, enligt vilken tjänstekoncession inte omfattas av direktivet. Någon möjlighet att överpröva den aktuella upphandlingen föreligger således inte och ansökan om överprövning ska därmed avvisas. I och med detta ska även förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 16 januari 2017 upphävas.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Marcus Agnvall

Rådman

Madeleine Pettersen har föredragit 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.