



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-10-20
Meddelad i Linköping

Mål nr
6067-16

SÖKANDE

Gula Ankans Catering AB, 556787-2303
Hilledalsvägen 8
611 50 Nyköping

Ombud: Advokat Per Sandell
Heilborns Advokatbyrå HB
Box 353
611 27 Nyköping

MOTPART

Nyköpingshem AB, 556450-9486
Box 1019
611 29 Nyköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-10-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Dok.Id 264817

Postadress

Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress

Brigadgatan 3

Telefon

013-25 11 00

Telefax

013-25 11 40

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

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Genom skrivelse den 10 augusti 2016 skickade Nyköpingshem AB (Nyköpingshem) ut en offert avseende ombyggnad av lokaler på Vildgåsvägen 2 A för anpassning till restaurangverksamhet och hyra av lokalerna.

Gula Ankans Catering AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att tecknande av hyreskontrakt med restauratör inte får slutföras innan ett offentligt anbudsförfarande med annonsering enligt 7 kap. 1 § LOU genomförts.

Nyköpingshem bestrider bolagets ansökan och anser att offerten inte omfattas av LOU.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget bedriver cateringverksamhet i Nyköping. Bolaget använder ett kök i Tovastugan intill Nyköpingshus. I samband med att bolagets verksamhet expanderat har dock köket blivit för litet. Samtal har förts med Näringslivsenheten i Nyköpings kommun för att finna större lokaler. Bolaget har idag sju anställda.

År 2007 förvärvade Nyköpingshem en fastighet från Nyköpings kommun med adressen Vildgåsvägen 2 A. På fastigheten bedrevs till 2014 ett omsorgsboende. I lokalen förhyrdes även ett tillagningskök. Efter 2014 började Nyköpingshem omvandla fastigheten till ett senior/trygghetsboende. Som en tjänst till de boende ska restaurangverksamhet erbjudas på fastigheten.

För driften av den aktuella restaurangen har Nyköpingshem endast talat med en intressent, till vilken Nyköpingshem skickat en offert.

Bolaget anser att restaurangen i allt väsentligt kommer vara en tjänst till de boende. Nyköpingshem upphandlar alltså en tjänst, eller i vart fall en kombination av hyresavtal och tjänst. De boende ska t.ex. ha tillgång till delar av restaurangen som gemensamhetsutrymme. Det får antas att hyresnivån anpassats till de tjänster som ska utföras. Nyköpingshem återbetalar på så sätt för dessa tjänster. Avtalet ska upphandlas enligt reglerna i LOU. Nyköpingshem har behandlat bolaget annorlunda än det företag som erhållit offert.

Bolaget kan komma att lida skada eftersom det är i behov att ett större tillagningskök och kan driva den restaurang som finns på Vildgåsvägen.

Nyköpingshem

Den av Nyköpingshem utskickade offerten är ett erbjudande för en intressent att hyra en lokal i ett hus på en fastighet som ägs av Nyköpingshem. Det är inte Nyköpingshem som kommer att ersätta det offererade företaget utan det offererade företaget som ersätter Nyköpingshem AB för att företaget nyttjar lokalen om avtal skrivs. Det rör sig alltså om ett konventionellt lokalhyresavtal. Det offererade priset på lokalen är satt till en marknadsmässig nivå.

Den tjänst som bolaget hävdar utgör väsentlig del i det avsedda hyresförhållandet utgör i själva verket en ekonomiskt marginell service till de boende inom den aktuella fastigheten och till närliggande fastigheter. Restaurangen kommer att bedrivas på självständiga kommersiella grunder med allmänheten som huvudsaklig intäktskälla.

Enligt offerten ska de boende ha rätt att samlas i lokalerna någon gång per månad. Det kan inte anses utgöra ett väsentligt tjänsteinslag. Vidare får gemensamhetsytorna en högst marginell påverkan på det ekonomiska och praktiska affärsförhållandet och är endast gemensamma eftersom de planmässigt inte gått att separera på ett rimligt sätt. Den tjänst som det offererade företaget förväntas ge är alltså riktad åt de boende och de omkring fastigheten, inte till Nyköpingshem. Offerten omfattas därmed inte av LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har en överprövningsbar åtgärd vidtagits?

Förvaltningsrätten har dels att ta ställning till huruvida åtgärderna Nyköpingshem har vidtagit är att se som ett sådant beslut eller en sådan åtgärd som kan överprövas enligt LOU, dels om Nyköpingshem har en skyldighet att genomföra en upphandling av det aktuella avtalet.

EU-domstolen har i sitt avgörande i mål C-26/03 Stadt Halle definierat gränserna för vilka beslut av en upphandlande myndighet som kan vara föremål för överprövning, och från vilken tidpunkt ett sådant beslut är möjligt att överpröva. EU-domstolen anger bl.a. (p. 34 och 39) att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte. Ansökan om överprövning kan riktas mot en viljeyttring från den upphandlande myndighetens sida angående ett kontrakt, som intresserade personer på något sätt får kännedom om, så snart som denna yttring bl.a. kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör en sådan viljeyttring.

Genom att ha lämnat en offert får Nyköpingshem anses ha påbörjat sådana avtalsförhandlingar att förfarandet i sig nått ett skede som kan vara föremål för överprövning. Detta är givetvis under förutsättning att åtgärden har varit ett led i en upphandling eller att åtgärden avser något som rätteligen ska upphandlas. Förvaltningsrätten har därför att pröva om Nyköpingshem har en skyldighet att upphandla det aktuella avtalet, dvs. om det omfattas av LOU eller några andra upphandlingsrättsliga regler.

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att lagen bl.a. gäller upphandling av byggtrenprenader, varor och tjänster. I 2 kap. 18 § LOU definieras tjänstekontrakt som ett kontrakt som avser utförande av vissa tjänster.

Även om den aktuella lokalen ska användas för restaurangverksamhet och i viss mån kommer vara tillgänglig för de boende i huset finner förvaltningsrätten inte visat att någon konkret ersättning – varken direkt eller indirekt – ska utges av Nyköpingshem. Eventuell hyresreduktion för att vissa delar av lokalerna hålls tillgängliga för de boende kan i det aktuella fallet inte ses som ersättning för utförande av en tjänst, utan snarare som en hyresreduktion pga. vissa eventuella men i utnyttjandet av hyresrätten. Det har inte heller framkommit att syftet med kontraktet är att någon konkret tjänst ska utföras för Nyköpingshems räkning. Även med beaktande av vad bolaget anfört i denna del kan den av Nyköpingshem lämnade offerten därmed inte anses som en offert för ett tjänstekontrakt i den mening som avses i 1 kap. 2 § LOU. Det offerten avser har således inte varit upphandlingspliktigt enligt LOU, varför åtgärden inte heller kan överprövas enligt LOU.

Ska det aktuella kontraktet ses som en tjänstekoncession?

Med anledning av föremålet för upphandlingen har förvaltningsrätten övervägt frågan om upphandlingens form och förutsättningar i förhållande till tjänstekoncessioner. Parterna har förelagts att avge sin respektive inställning

till denna fråga och anser att föremålet för Nyköpingshems åtgärd inte ska bedömas som en tjänstekoncession.

Enligt 2 kap. 17 § LOU är en tjänstekoncession ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt, men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utförs av rätt att utnyttja tjänsten. Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från bestämmelserna i LOU.

Sverige skulle enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (direktivet), genom vilket rättsmedelsdirektivets tillämpningsområde utvidgas och även kommer att omfatta tjänstekoncessioner (se artikel 46 och 47), senast den 18 april 2016 ha införlivat direktivets bestämmelser i lag (se artikel 51). Sverige har dock ännu inte införlivat direktivet. Direktivets regler avseende tillgång till rättsmedel är, enligt förvaltningsrätten, utformade på sådant sätt att dessa bör ha en direktverkande vertikal effekt. Direktivet bör således tillämpas på de upphandlingar som påbörjas efter den 18 april 2016 (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 29 augusti 2016 i mål nr 1245-16). Bestämmelserna i direktivet är dock tillämpliga endast om värdet på en koncession uppgår till minst 5 225 000 euro (se direktivet artikel 8 och 9 samt Kommissionens delegerade förordning (EU) 2015/2172 artikel 1).

Av EU-domstolens dom i mål C-458/03 Parking Brixen (p. 40) framgår att det är fråga om en tjänstekoncession om leverantören tar en verksamhetsrisk vad beträffar den verksamhet inom vilken tjänsterna till allmänheten ska tillhandahållas. Det är alltså placeringen av den ekonomiska risken som avgör om det är fråga om tjänstekoncession eller ett tjänsteavtal. Vidare ska det vara fråga om allmännyttiga tjänster. Om en upphandlande myndighet t.ex. garanterat återbetalningen av ett företags investeringar är det inte fråga om någon ekonomisk risk för leverantören och följaktligen inte heller fråga om en tjänstekoncession. Exempel på tjänstekoncessioner är uppdrag från en

kommun att driva ett badhus med rätt att ta ut betalning från besökarna eller sköta avgiftsbelagda parkeringsplatser. Även rätt att hyra och bedriva restaurang- och caféverksamhet i det allmännas lokaler kan, under vissa omständigheter, vara att se som tjänstekoncessioner (för det senare exemplet, se HFD 2012 ref. 29).

Av handlingarna i målet framgår att Nyköpingshem har för avsikt att erbjuda vårdcentral, hemtjänst och restaurang till de boende i huset på Vildgåsvägen 2 A. Utredningen ger stöd för att det har varit av relevans för Nyköpingshem att restaurangverksamhet bedrivs i den nu aktuella lokalen, med service för de boende som en del i boendelösningen. Några särskilda villkor i det föreslagna hyresavtalet som är hänförliga till verksamhetens utförande, eller att det finns ett särskilt, för allmänheten generellt nyttskapande syfte med avtalet har dock inte framkommit. Vidare har annat inte framkommit än att Nyköpingshem har för avsikt att ta ut en marknadsmässig hyra för den aktuella lokalen. Mot bakgrund av dessa omständigheter finner förvaltningsrätten att den lämnade offerten inte ska bedömas som en offert om tjänstekoncession.

Det bör även nämnas att det synes osannolikt att kontraktets eventuella värde överstiger tröskelvärdena i artikel 9 i direktivet. Någon konkret omständighet som talar för att värdet understiger eller överstiger värdena har dock inte framförts i målet.

Sammanfattning

Skyldighet att upphandla föreligger under vissa omständigheter när en myndighet eller ett bolag som lyder under det allmänna ska införskaffa varor eller tjänster. Någon skyldighet för upphandlingsskyldiga myndigheter att följa upphandlingsregelverket vid uthyrning av lägenheter, lokaler eller t.ex. vid försäljning av viss vara eller tjänst föreligger dock inte. Den av Nykö-

pingshem vidtagna åtgärden kan varken anses som ett led i tilldelning av tjänstekontrakt eller tjänstekoncession, utan får snarare ses som ett led i uthyrningen av en lokal. Åtgärden kan således inte vara föremål för överprövning, varför bolagets ansökan ska avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande har varit Jonas Nilsson.



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.

