



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

BESLUT
2011-09-07
Meddelat i Uppsala

Mål nr
4561-11
Enhet 2

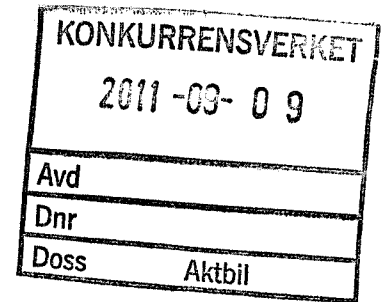
SÖKANDE

Fazer Restauranger AB, 556825-4246

Ombud:

1. Pär Cronhult
c/o Konkurrenskommissionen
Box 5625
114 86 Stockholm

2. Bolagsjuristen Ami Lauri
Fazer Food Services AB
Lindhagensgatan 120
112 51 Stockholm



MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling m.m.;
fråga om avvising

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar Fazer Restauranger AB:s ansökan om överprövning samt talan i övrigt.

Dok.Id 39905

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-16 73 00	018-16 73 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Uppsala län (landstinget) genomför en upphandling avseende drift av butik samt restaurang-, café- och kioskverksamhet vid Samariterhemmet i Uppsala och café- och kioskverksamhet vid lasarettet i Enköping (UPPH2011-0072). Fazer Restauranger AB är en av de leverantörer som lämnat anbud. Av tilldelningsbeslut den 21 augusti 2011 framgår att annan leverantör antagits i del 1, Butik, restaurang/café, ingång 70, av upphandlingen.

Av förfrågningsunderlag daterat den 6 maj 2011 framgår bl.a. att upphandlingsförfarandet utgörs av ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling. Av skrivelse till presumtiva anbudsgivare daterad den 23 maj 2011 framgår bl.a. landstinget ändrar den aktuella upphandlingsformen från förenklad upphandling enligt LOU till tjänstekoncession enligt 1 kap. 2 § LOU. Av upphandlingsrapport daterad den 11 augusti 2011 framgår att upphandlingen har genomförts som en tjänstekoncession enligt LOU samt att upphandlingen har initierats av landstingsstyrelsen den 29 november 2010.

Fazer Restauranger AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten enligt LOU förordnar att ny tilldelning ska ske på så sätt att vinnande anbud i upphandlingsdel 1 ”Butik, ingång 70 och café ingång 70” inte ska beaktas. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten enligt 22 a § FL ska förordna att tjänstekoncessionen ska genomföras på så sätt att ny tilldelning av tjänstekoncession ska genomföras utan beaktande av vinnande anbud. Bolaget yrkar även att, för det fall att förvaltningsrätten avser att pröva målet i enlighet med det framställda andrahandsyrkandet, att förvaltningsrätten interimistiskt förordnar att avtal inte får slutas. Till grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Anbudsinfordran har utlysts som förenklad upphandling enligt

LOU varför LOU gäller även om tilldelningen ska anses som en tjänstekoncession. Talan ska därför ändå kunna prövas, varvid även tilldelningen ska bedömas i enlighet med LOU. Landstinget har brutit mot de grundläggande principer som följer av EU-fördragen samt 1 kap. 9 § LOU på ett sätt som medfört eller riskerar att medföra skada för bolaget. Saklig grund för att avbryta upphandlingen enligt LOU föreligger inte och bolaget har skadats eller riskerar att skadas även av ett sådant avbrytande. Till stöd för yrkandet i andra hand åberopas att den aktuella tilldelningen ska kunna underkastas rättslig prövning även för det fall att anbudsinfordran är att anse som en tjänstekoncession. Landstinget har vid tilldelningen brutit mot de grundläggande principer som ytterst följer av EU-fördragen, och dessa ska iaktas även i fråga om tilldelning av tjänstekoncession. Till stöd för yrkandet om verkställighetsförbud åberopas att övervägande skäl talar för att den överklagade tilldelningen strider mot unionsrätten och av detta skäl måste rättas samt att det föreligger en särskild risk för skada för såväl bolaget som för landstinget om landstinget ingår avtal med vinnande bolag. Det vinnande bolaget inlämnade ett anbud som avsåg samtliga upphandlingsdelar, men det innehöll även tydligt markerade reservationer. Att lämna anbud på samtliga delar men samtidigt reservera sig på sätt som vinnande bolag gjort utgör en otillåten avvikelser från kraven ställda i förfrågningsunderlaget. Landstinget gjorde först den korrekta bedömningen att anbudet från det vinnande bolaget skulle förkastas i sin helhet. Trots detta synes landstinget därefter ändå ha upptagit anbudet i den del som avser område 1 som godtagbart. Att välja ut ett område ur ett anbud som rimligen bort förkastas i samtliga delar måste anses stå i strid med de grundläggande principerna avseende icke-diskriminering och likabehandling. Oaktat huruvida det aktuella förfarandet är att anse som ett tjänstekontrakt som ska bedömas enligt LOU eller som en tjänstekoncession föreligger det en skyldighet för nationell domstol att pröva huruvida landstingets nu överklagade tilldelningsbeslut brister i förhållande till de EU-rättsliga kraven på likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet. Genom att anta

anbudet från vinnande bolag har landstinget brutit mot nämnda principer. Med hänsyn till EU-rättens allmänna rättsprinciper måste det finnas tillgängliga nationella rättsmedel för prövning av tjänstekoncessioner och ett interimistiskt förordnande är därför nödvändigt.

SKÄL FÖR BESLUTET

I 22 a § förvaltningslagen (1986:223) anges bl.a. att beslut överklagas hos allmän förvaltningsdomstol.

Enligt 3 § samma lag gäller bl.a. följande. Om en annan lag eller en förordning innehåller någon bestämmelse som avviker från denna lag, gäller den bestämmelsen.

Enligt 22 § samma lag gäller bl.a. följande. Ett beslut får överklagas av den som beslutet angår, om det har gått honom emot och beslutet kan överklagas.

Enligt 1 kap. 2 § femte stycket lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, gäller följande. I fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 §.

1 kap. 12 § LOU gäller följande. Om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, skall den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten skall iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

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. Av kravspecifikation i förfrågningsunderlaget framgår att antagna entreprenörer ska bedriva butik, restaurang-, café- och kioskverksamhet vid Akademiska sjukhuset och café- och kioskverksamhet vid Samariterhemmet i Uppsala samt café och kioskverksamhet vid Enköpings lasarett. Den 23 maj 2011 har landstinget meddelat att upphandlingsformen ändrats från förenklad upphandling enligt LOU till tjänstekoncession. Något avbrytande har emellertid inte skett genom nu överprövat beslut. Enligt förvaltningsrättens bedömning står

klart att ersättning för tjänsterna i fråga kommer att betalas av tredje man och tjänsteleverantören kommer att stå risken i samband med tjänsten (jfr dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen GmbH, punkt 40). Mot bakgrund av detta, och vad som i övrigt anges i förfrågningsunderlaget, gör förvaltningsrätten bedömningen att kontraktet i fråga avser en tjänstekoncession. I målet är inte visat att kontraktets konstruktion innebär att den ekonomiska risken övergår till upphandlande myndighet eller att omfattningen av myndighetens styrning skulle medföra att det inte skulle vara fråga om tjänstekoncession.

I förarbetena till LOU (prop 2006/07:128 s. 183) anges bl.a. följande. Att tjänstekoncessioner faller utanför direktivens tillämpningsområde innebär, enligt regeringens mening, att bestämmelserna i lagarna om överprövning inte är tillämpliga på sådana kontrakt. När det gäller frågan om en ansökan om överprövning av ett kontrakt avseende tjänstekoncession skall avvisas på den grunden föreligger emellertid inte något prejudicerande avgörande i domstol. Den omständigheten att de grundläggande principerna skall iakttagas vid ett anbudsförfarande i samband med en tjänstekoncession innebär att avtalet kan bli föremål för prövning av talan om skadestånd på nationell nivå.

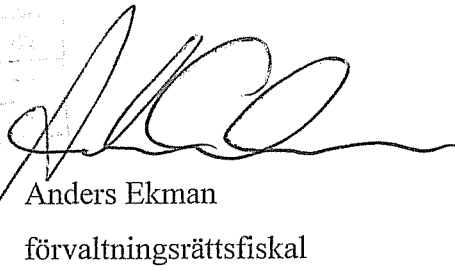
Mot denna bakgrund, och med hänsyn till att begreppet upphandling inte täcker tjänstekoncessioner av nu aktuellt slag, finner förvaltningsrätten att en begäran om överprövning enligt LOU i vart fall inte ska prövas av allmän förvaltningsdomstol. Ansökan ska således avvisas i denna del.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har inte bolaget, förutom hänvisning till LOU, angett någon lag eller föreskrift som tilldelningsbeslutet strider mot. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan heller inte EU-rättsliga principer eller andra allmänna rättsprinciper anses grunda en rätt för bolaget att få talan prövad enligt FL. Något reellt att pröva för förvaltningsrät-

ten föreligger således inte i denna del. Talan ska följaktligen avvisas även i denna del. Mot denna bakgrund förfaller även bolagets yrkande om interimistiska åtgärder.

Fazer Restauranger AB:s ansökan om överprövning samt talan i övrigt ska med anledning av det ovanstående därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Anders Ekman
förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Åsa Ternström.