



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

BESLUT
2013-01-22
Meddelat i Stockholm

Mål nr
27218-12

SÖKANDE

PS Communication Stockholm AB, 556760-0282

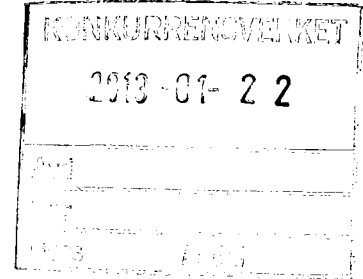
Ombud: Advokat Patrik Ståhl
Hökerberg & Söderqvist Advokatbyrå KB
Box 7836
103 98 Stockholm

MOTPART

Vattenfall AB, 556036-2138
162 87 Stockholm

SAKEN

Förutsättningar för överprövning



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Dok.Id 316820

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Vattenfall AB (nedan Vattenfall) genomför en upphandling som omfattar event management-tjänster för Vattenfalls räkning i Sverige. Vattenfall meddelade PS Communication Stockholm AB den 13 december 2012 att Vattenfall avsåg att ingå kontrakt med en annan leverantör. Vattenfall har därefter beslutat att avvakta med att fatta beslut om val av leverantör.

PS Communication Stockholm AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att Vattenfalls upphandling ska göras om alternativt att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse vidtagits. Bolaget framställer även ett yrkande om att förvaltningsrätten interimistiskt ska besluta att Vattenfall inte får ingå avtal. Bolaget anför att den aktuella upphandlingen omfattas av bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF eller försörjningslagen) och att undantaget i 1 kap. 23 § samma lag inte är tillämpligt.

Vattenfall bestrider bolagets yrkanden och invänder att ansökan ska avvisas. Vattenfall framställer även ett yrkande om att förvaltningsrätten, i den mån rätten finner att det råder en förlängd avtalsspärr, omedelbart ska upphäva den. Vattenfall anför att upphandlingen varken omfattas av bestämmelserna i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller bestämmelserna i LUF genom det undantag från lagens tillämpningsområde som finns i 1 kap. 23 § i den senare lagen.

Till utvecklande av sin inställning att förvaltningsrätten ska pröva ansökan i sak anför **bolaget** bl.a. följande. Vattenfalls upphandlingar omfattas av LUF. Vissa kontrakt och verksamheter är dock undantagna från lagens tillämpningsområde. Undantagen i LUF ska tillämpas restriktivt och det är alltid den upphandlande enheten som har bevisbördan för att ett undantag

är tillämpligt på en upphandling. Av 1 kap. 23 § LUF följer att Europeiska kommissionen har fattat beslut om att detta undantag är tillämpligt när upphandlande enheter tilldelar kontrakt för produktion eller försäljning av el i Sverige och när upphandlande enheter organiserar projekttävlingar för utförandet av sådan verksamhet i Sverige. Upphandlingen som nu är föremål för överprövning avser marknadsföring och event. Det ifrågasätts om den typen av kontrakt utgör "kontrakt för produktion och försäljning av el" på sätt som avses i kommissionens beslut. Förfrågningsunderlaget anger inte heller i vad mån kontraktet avser den verksamhet som kommissionen undantagit från lagens tillämpningsområde eller Vattenfalls övriga verksamhet. Om ett kontrakt rör mer än en verksamhet hos en upphandlande enhet gäller enligt 1 kap. 25 § LUF att den upphandlande enheten ska tillämpa de bestämmelser som är tillämpliga på den del som kontraktet huvudsakligen avser. Huvudsaklighetsbedömningen ska göras utifrån i vad mån kontraktet är hänförligt till den ena eller den andra verksamheten och inte utifrån en fördelning av den upphandlande enhetens omsättning mellan verksamheterna (jfr EU-domstolens avgörande C-44/96 Mannesman). Om det inte är möjligt att avgöra vilken verksamhet kontraktet är hänförligt till ska LUF tillämpas enligt 1 kap. 27 § samma lag. Med hänsyn bl.a. till den åberopade domen är denna regel tillämplig, eftersom det inte är möjligt att utifrån förfrågningsunderlaget avgöra om kontraktet huvudsakligen är hänförligt till den undantagna verksamheten hos Vattenfall. Det kan även konstateras att det aktuella kontraktet enligt förfrågningsunderlaget är avsett att gälla för Vattenfalls hela verksamhet och dessutom, i inte obetydlig omfattning, till att samordna projekt mellan olika verksamheter och avdelningar, se 1.2 och 1.3 i förfrågningsunderlaget.

Till utvecklande av sin inställning att förvaltningsrätten inte ska ta upp ansökan till prövning i sak anför **Vattenfall** bl.a. följande. Vattenfalls upphandlingar omfattas inte av LOU, däremot omfattas dessa som huvudregel av LUF. Det finns dock undantag från försörjningslagens tillämp-

ningsområde för stora delar av Vattenfalls verksamhet. Vattenfall bedriver verksamhet inom energiområdet och Vattenfalls huvudsakliga verksamhet avser elproduktion och elförsäljning. Av Vattenfalls kvartalsrapport för tredje kvartalet 2012 framgår tydligt att Vattenfalls verksamhet huvudsakligen avser elproduktion och försäljning. Detta förhållande stämmer även in på Vattenfalls verksamhet i Sverige. Europeiska kommissionen har för Sverige, Finland, Tyskland och Storbritannien beslutat att undanta verksamhet som avser elproduktion och elförsäljning från upphandlingskyldighet enligt Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet). Undantagen innebär att samtliga kontrakt som tecknas av upphandlande enheter i avsikt att göra det möjligt för dessa att bedriva produktion eller försäljning av el undantas från upphandlingskyldighet. Upphandlingen omfattar både verksamhet som omfattas av elundantagen och verksamhet som inte omfattas av elundantagen. Event är dessutom huvudsakligen hänförliga till den undantagna verksamheten elförsäljning. Innebörden av bestämmelsen i 1 kap. 27 § LUF är att om det skulle vara osäkert vilken verksamhet kontraktet huvudsakligen avser skulle försörjningslagens bestämmelser vara tillämpliga. I förevarande situation är det klarlagt att kontraktet huvudsakligen avser verksamhet för vilken det till övervägande del finns beviljade undantag, nämligen elproduktion och försäljning. Eftersom ingen upphandlingslag är tillämplig är förvaltningsrätten inte behörig att pröva ansökan, varför denna ska avvisas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget och Vattenfall har, var för sig, framställt yrkanden om att förvaltningsrätten interimistiskt ska förordna i målet. Förvaltningsrätten finner dock skäl att ta upp målet till slutlig prövning.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 1 kap. 3 § LOU anges i punkt 2 att LOU inte är tillämplig på upphandlingar som är undantagna enligt 1 kap. 23 § LUF.

I 1 kap. 23 § första stycket LUF anges att lagen inte gäller om det fastställts enligt det särskilda förfarande som anges i artikel 30 i försörjningsdirektivet att verksamheten är direkt konkurrensutsatt på marknader med fritt tillträde.

I 1 kap. 25 § LUF anges att om ett kontrakt rör mer än en verksamhet, ska de bestämmelser tillämpas som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser.

I 1 kap. 27 § LUF anges att om ett kontrakt är avsett för både en verksamhet som omfattas av denna lag och en annan verksamhet som inte omfattas av vare sig denna lag eller LOU ska denna lag tillämpas på kontraktet om det inte är möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen avser.

Europeiska kommissionen har den 29 oktober 2007 beslutat att försörjningsdirektivet inte får tillämpas på kontrakt som tilldelas av upphandlande enheter i avsikt att göra det möjligt för dessa att bedriva produktion eller försäljning av el i Sverige.

Förvaltningsrättens bedömning

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är om det av kommissionen beslutade undantaget att försörjningsdirektivet inte får tillämpas på kontrakt som avser att göra det möjligt för upphandlande enheter att bedriva elproduktion och elförsäljning är tillämpligt på den upphandling av event management-tjänster som Vattenfall genomför. Att det aktuella föremålet för upphandlingen i sig inte är hänförligt till produktion eller försäljning av el saknar betydelse för denna prövning, utan rättens bedömning ska utgå ifrån om upphandlingen syftar till att ge Vattenfall möjlighet att bedriva sådan produktion och försäljning (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 7 september 2010 i mål nr 143-10).

I målet är det ostridigt att Vattenfall bedriver verksamhet av såväl det slag som undantagits av kommissionen som sådan verksamhet som omfattas av försörjningslagens tillämpningsområde. Det kan även konstateras att upphandlingen omfattar såväl den undantagna som den ej undantagna verksamheten. Avgörande vid den bedömning förvaltningsrätten har att göra i målet är således om upphandlingen kan anses huvudsakligen avse sådan verksamhet som är undantagen.

Av förfrågningsunderlaget "Request for proposal" framgår bl.a. att leverantören ska sköta både externa som interna event för Vattenfall, att leverantören ska samordna projekt inom Vattenfall samt att leverantören ska tillhandahålla ett gemensamt bokningssystem för event. Det kan utifrån detta klart konstateras att upphandlingen nästan uteslutande är avsedd att omfatta Vattenfalls verksamhet som avser försäljning. Mot bakgrund av vad som är upplyst i målet om hur stor del av Vattenfalls försäljningsverksamhet som avser försäljning av el och att det inte framkommit någonting som tyder på att kontraktet ska användas i högre utsträckning i någon av de andra försäljningsverksamheterna får det anses klarlagt att kontraktet huvudsakligen avser sådan verksamhet som undantagits från försörjningsdirektivets tillämpningsområde av kommissionen. Vid denna bedömning finns inte grund för att få upphandlingen överprövad i domstol och bolagets ansökan ska således avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Robert Johansson
Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsfiskalen Andreas Hamrén.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.