


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden G Lavås

BESLUT

2013-01-24

Meddelat i
HärnösandMål nr
3217-12 E**SÖKANDE**

Securitas Sverige Aktiebolag, 556108-6082
Box 12516
102 29 Stockholm

Ombud: Hans Nilvander
c/o Securitas Sverige AB, Division Services
Box 861
801 31 Gävle

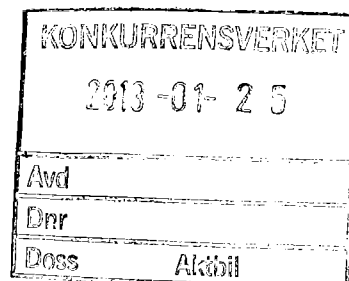
MOTPART

Östersundshem AB, 556528-1648
Rådhusgatan 29
831 35 Östersund

Ombud: advokaten Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma AB
Södergatan 15
211 34 Malmö

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Dok.Id 47892

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Östersundshem AB (Ösab) genomför upphandling av tjänster avseende parkeringsbevakning inom sitt bostadsbestånd inom områdena Östersund, Frösön, Torvalla, Brunflo, Tandsbyn, Fåker samt Lit och Häggenås. Bevakningstjänsterna avser kontroll av parkeringsplatser m.m. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Vid anbudstidens utgång hade anbud kommit in från Securitas Sverige AB och Q-Park bevakning AB. Båda anbuderna hade anbudssumman 0 kr. Eftersom Ösab inte kunde utse ett segrande anbud underrättades de båda anbudslämnarna om att förhandling i enlighet med 2 kap. 24 § LOU skulle inledas och båda anbudsgivarna gavs möjlighet att komma in med nya priser för poster angivna på anbudsförmulär. Möjlighet gavs även att få lämna negativa priser, dvs. att betala Ösab för att få utföra parkeringsbevakningen. Vidare uppgav Ösab att entreprenaden skulle tilldelas den anbudsgivare med lägst utvärderingspris. Efter att den nya anbudstiden gått ut beslutade Ösab att som leverantör anta Q-Park bevakning AB.

YRKANDEN M.M.

Securitas Sverige AB (Securitas) ansöker om överprövning av upphandlingen, yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att Securitas tilldelas upphandlingen och anbudet från Q-Park bevakning AB diskvalificeras, och i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att Ösab ska göra om upphandlingen på grund av att bestämmelserna i LOU inte iakttagits genom otillåten omvandling till en påstådd tjänstekoncession. Securitas anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Anbuderna har inte utvärderats på så sätt som anges i de administrativa föreskrifterna. I det vinnande anbudet har inte offererats något pris för väktartjänsterna, varken som totalsumma eller timpris vardagar och jourtid. Beställningar av extraväktare erbjuds till en kostnad av 0 kr per timme, samma erbjudande gäller för bortforslande av bilvrak. Dessa erbjudanden strider mot upphandlingens villkor. Det är ett skall-krav att redovisa timpriser för väktar-

tjänster. Ösab har ändrat villkoren för utvärderingen efter den sista anbudsdagen vilket strider mot LOU. I det vinnande anbudet har inte heller offererats några priser för parkeringsbevakning m.m. utan anbudslämnaren har i stället förklarat sig villigt att betala Ösab för att erhålla uppdraget. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare kunde köpa kontraktsföremålet. Securitas finner det anmärkningsvärt dels att en leverantör är beredd att utföra viktiga tjänster gratis, dels att Ösab i strid med de egna villkoren accepterar dessa nollanbud. Vad Ösab anför om att anskaffningen skulle vara en tjänstekoncession är en ren efterhandskonstruktion, varför förstahandsyrkandet ska bifallas. Anskaffningen har efter sista anbudsdag omvandlats till en tjänstekoncession. En tjänstekoncession är ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men där ersättningen för tjänsternas utförande helt eller delvis utgörs av rätten att utnyttja tjänsten. Det innefattar enligt EU-domstolens praxis möjligheten för leverantören att få ersättning genom att de som använder sig av den aktuella tjänsten betalar för den (mål C-206/08 Eurawasser). Den rätt att utnyttja tjänsten som den ekonomiska aktören får vid tjänstekoncessioner innebär också att aktören har en viss ekonomisk frihet att bestämma villkoren för hur denna rätt utnyttjas (mål C-300/07 Oymanns). Den ekonomiska aktören måste även ta på sig den verksamhetsrisk som är förenad med att utnyttja de aktuella tjänsterna för att en tjänstekoncession ska föreligga. Den omständigheten att ersättningen betalas av brukarna av tjänsten, dvs. parkerande bilister, medför inte per automatik att det rör sig om en tjänstekoncession. I detta fall saknas verksamhetsrisk helt. Leverantören har heller inte rätt att utnyttja tjänsten på så sätt som EU-domstolen avser. Ersättningen från Ösab är vidare omfattande och reducerar risktagandet till mindre än "en betydande del".

Ösab bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingsförfarandet ska i första hand bedömas som en tjänstekoncession varvid det inte gjorts några avsteg från de allmänna unionsrättsliga principerna vid tilldelningen. För det fall att upphandlingsförfarandet bedöms som ett

tjänstekontrakt ska förfarandet i andra hand anses ha skett i enlighet med de grundläggande principerna i LOU varvid det inte föreligger diskvalifikationsgrunder för det vinnande anbudet. I kravspecifikationen under punkt 1.3.3 framgår att ”kontrollavgiften skall vara vid varje tidpunkt den för Östersunds kommun fastställda felparkeringsavgiften”. Under punkt 1.3.4. framgår att ”intäkter vid utfärdande av kontrollavgifter tillfaller entreprenören. Entreprenören skall administrera och indriva kontrollavgift. Entreprenören skall svara för blanketter, handläggning av invändningar, påminnelser, eventuell inkasso och rättsliga åtgärder.” Efter sammanställning av de två inlämnade anbuden kunde vinnande leverantör inte utses eftersom båda angav anbudssumman till 0 kr. Information om att upphandlingen skulle övergå till en förhandling skickades till anbudsgivarna per e-post den 13 september 2012. I dokumentet framgår bl.a. att anbudsgivarna gavs möjlighet att inkomma med nya priser och även att lämna negativa priser. Förhandlingar kan alltid upptas i det förenklade förfarandet, under förutsättning att anbud först begärts in. Vid fastställandet av huruvida en tjänstekoncession föreligger är det inte relevant vad en eller båda parterna anser vad kontraktet utgör, eller hur avtalsparterna valt att rubricera kontraktet. Enligt Konkurrensverkets rapport 2012:4 måste en bedömning av avtalet alltid göras i det enskilda fallet. Andelen verksamhetsrisk som överförs på den ekonomiska aktören är avgörande. Om ingen eller otillräcklig del av verksamhetsrisken överförs föreligger ingen tjänstekoncession, utan ett tjänstekontrakt som innebär att reglerna i LOU ska tillämpas. Den vinnande leverantören kommer att få sin ersättning dels från kunderna som nyttjar parkeringsplatserna, dels från Ösab. Därutöver ska bolaget betala cirka 120 000 per år till Ösab för att få driva parkeringsplatserna. Vid en samlad bedömning får det anses som att en betydande del av verksamhetsrisken vilar på leverantören. Mot bakgrund av EU-domstolens dom i mål C 274/09 Stadler kan det antas att den som driver en parkeringsplats utsätts för flera av de risker som nämns i domen, däribland risken för bristande efterfrågan samt risken för att intäkterna inte ska täcka verksamhetens

samtliga kostnader. Vidare åberopas Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 6515-10, RÅ 2008 not 101 och Högsta förvaltningsdomstolens dom i mål nr 4042-11. Då det aktuella förfarandet är en tjänstekoncession ska således inte bestämmelserna om rättsmedel i LOU tillämpas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Med offentlig upphandling avses enligt 2 kap. 13 § LOU de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte t.ex. att tilldela ett tjänstekontrakt.

Med tjänstekontrakt avses enligt 2 kap. 18 § första stycket ett kontrakt som gäller utförande av vissa tjänster.

En tjänstekoncession är 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. Tjänstekoncessioner är uttryckligen undantagna från tillämpningsområdet för Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (artikel 17). Av 1 kap. 2 § sjätte stycket LOU framgår att endast 1 kap. 12 § gäller i fråga om tjänstekoncessioner. Sådana kan alltså inte överprövas enligt LOU (se prop. 2006/07:128 s. 183, RÅ 2008 not. 101 samt HFD 4042-11).

Den aktuella upphandlingen avsågs enligt de Administrativa föreskrifterna genomföras som en förenklad upphandling enligt reglerna i 15 kap. LOU. I punkt 3.14 i de Administrativa föreskrifterna anges att det anbud som har lägst anbudspris för perioden 2012-10-01 till 2015-09-30 kommer att antas.

Av Kravspecifikationen framgår bl.a. följande under punkten 1.3. Entreprenören ska utfärda kontrollavgifter för felparkerade fordon enligt gällande regler. Kontrollavgiften ska vara vid varje tidpunkt den för Ös-

tersunds kommun fastställda parkeringsavgiften. Intäkter vid utfärdande av kontrollavgifter tillfaller entreprenören. Entreprenören ska administrera och indriva kontrollavgift. Entreprenören ska svara för blanketter, handläggning av invändningar, påminnelser, eventuell inkasso och rättsliga åtgärder. Ösab ska självständigt äga rätt att inom 14 dagar beordra entreprenören att återkalla eller avskryva visst parkeringsärende med tillhörande kontrollavgift. Eventuella inkassokostnader i samband med att beställaren begär återkallande av kontrollavgift betalas av beställaren.

Vidare framgår under punkt 1.4, 1.5 och 1.6 Kravspecifikationen att tillkommande skyltning inklusive entreprenörstavlur med firmanamn och andra upplysningar bekostas av beställaren. Beställaren svarar även för att parkeringsytorna är iordningsställda med avseende på linjer, markbeläggning, snöröjning och liknande. Vidare ska entreprenören utföra borttransport av fordonsvrak på beställarens bekostnad.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om det aktuella kontraktet avser ett tjänstekontrakt eller en tjänstekoncession. Avgörande för den bedömningen är hur ersättningen för tjänsten utformas och om den ekonomiska risken ligger på den upphandlande myndigheten eller på den som utför tjänsten.

Av handlingarna i målet framgår att villkoren angående ersättningen för tjänsten, dvs. att de bilister som nyttjar parkeringsplatserna betalar leverantören av bevakningstjänsten och att Ösab endast skulle ersätta kostnader för ny skyltning, bortforsling av bilvrak och iordningsställandet av parkeringsytorna, var kända genom innehållet i Kravspecifikationen. Båda anbudslämnarna hade även vid den ursprungliga anbudstidens utgång lämnat anbud om 0 kr. Att intäkterna till den som skulle erhålla kontraktet skulle bestå av de avgifter som utföraren av parkeringsbevakningen kunde ta ut

från brukarna av parkeringsplatserna var således känt förhållande såväl för den vinnande leverantören som för Securitas. Förvaltningsrätten anser att en betydande del av den ekonomiska risken med detta upplägg övergått från beställaren av tjänsten - Ösab - till utföraren av tjänsten - bevakningsföretaget. Således är detta att anse som en tjänstekoncession och inte ett tjänstekontrakt. Att det vid förfarandets inledning benämndes vara en för-
enklad upphandling medför inte annan bedömning (jfr RÅ 2008 not 101).

Enligt EG-rätten och praxis omfattas tjänstekoncessioner inte av LOU, och således inte heller av rättsmedlen i 16 kap. LOU. Tjänstekoncessioner kan därmed inte överprövas (se HFD 4042-11) och begäran om överprövning ska därför avvisas.

Förvaltningsrätten konstaterar att inte heller reglerna om avtalsspärr i 16 kap. 10 § LOU är tillämpliga vid denna bedömning.

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



Per-Olov Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1C LOU