



**SÖKANDE**

ITUX Communication AB, 556699-4843

Ombud: Advokaterna Per-Owe Arfwedson  
och Lina Håkansson Kjellén  
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB  
Skeppsbron 32  
111 30 Stockholm

**MOTPART**

1. Huga Bostäder AB, 556149-8121

Ombud: Advokaterna Erik Nilsson och Hugo Norlén  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

2. Zitius Service Delivery AB, 556642-8339

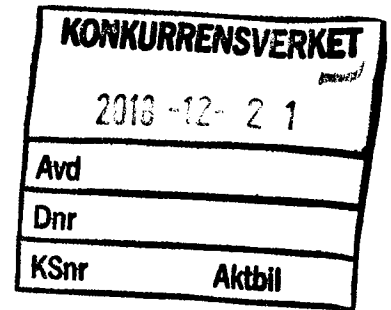
Ombud: Advokaterna Anton Johansson och Olof Larsberger  
Kastell Advokatbyrå AB  
Box 7169  
103 88 Stockholm

**SAKEN**

Upphandling av koncessioner

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att avtalet om  
kommunikationsoperatör mellan Huga Bostäder AB och Zitius Service  
Delivery AB den 27 december 2017 är ogiltigt.



## BAKGRUND

En upphandling avseende funktionen som kommunikationsoperatör för Huge Fastigheter AB annonserades den 19 september 2016 i Tendsign (Upphandling 1). Huge Fastigheter AB beslutade den 30 januari 2017 att avbryta Upphandling 1 då inga anbud hade lämnats.

I februari 2017 beslutade Huddinge kommun att genom fission dela Huge Fastigheter AB i två bolag. Delningen resulterade i att bolagen Huge Bostäder AB och Huddinge Samhällsfastigheter AB övertog Huge Fastigheter AB:s samtliga tillgångar och skulder.

Huge Bostäder AB, som genom delningen övertagit Huge fastigheter AB:s bostads- och centrumfastigheter, påbörjade i maj 2017 ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering avseende funktionen som kommunikationsoperatör (Upphandling 2). Av tilldelningsbeslut framgår att Zitius Service Delivery AB (Zitius) har antagits som leverantör och den 27 december 2017 tecknades ett avtal mellan Huge Bostäder AB och Zitius.

Efter att iTUX Communication AB (iTUX) ansökt om överprövning beslutade förvaltningsrätten den 11 juni 2018 i mål nr 2286-18 att bifalla ansökan och besluta att avtalet om kommunikationsoperatör mellan Huge Bostäder AB och Zitius den 27 december 2017 är ogiltigt.

Efter överklagande från Zitius beslutade Kammarrätten i Stockholm den 7 september 2018 att undanröja förvaltningsrättens dom och visa målet åter till förvaltningsrätten för handläggning. Grunden för återförvisningen var att förvaltningsrätten borde ha berett Zitius tillfälle att yttra sig i målet.

Förvaltningsrätten har härefter, i nu aktuellt mål, berett Zitius tillfälle att yttra sig. Vidare har förvaltningsrätten efter yrkande från iTUX den

12 september 2018 beslutat att avtalet mellan Hüge Bostäder AB och Zitius inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

### **YRKANDEN**

iTUX ansöker om överprövning och yrkar att avtalet mellan Hüge Bostäder AB och Zitius ska beslutas vara ogiltigt.

Hüge Bostäder AB anser att ansökan ska i första hand avvisas och i andra hand avslås.

Zitius anser att ansökan i första hand ska avvisas och i andra hand avslås.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Talerätt**

För att ha rätt att ansöka om överprövning krävs enligt 16 kap. 4 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, att sökanden är en leverantör i lagens mening och att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. I 1 kap. 16 § LUK definieras begreppet leverantör som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Till stöd för att ansökan ska avvisas anför Hüge Bostäder AB bl.a. följande. iTUX har varit tydlig med att villkoren i upphandlingen inte varit tillräckligt kommersiellt attraktiva och iTUX har därför saknat ett reellt intresse av att delta i Upphandling 2.

Till stöd för att ansökan ska avvisas anför Zitius bl.a. följande. iTUX har inte haft något intresse av att tilldelas kontrakt i vare sig Upphandling 1 eller

Upphandling 2 och kan därför inte anse sig ha lidit, eller kunna komma att lida skada.

Förvaltningsrätten konstaterar att iTUX vid ett flertal tillfällen varit i kontakt med Hüge Fastigheter AB, och senare Hüge Bostäder AB, angående de två upphandlingarna och önskat föra en dialog avseende villkoren i upphandlingsdokumenten. iTUX anför också att bolaget har lidit skada genom att bolaget fråntagits möjligheten att konkurrera i Upphandling 2. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att iTUX berörs av avtalet på sådant sätt att ansökan ska prövas.

### **Överprövning av avtalets giltighet**

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 16 kap. 13 § första stycket LUK följer att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

I 8 kap. 4 § LUK anges följande undantag. Förutsatt att villkoren i upphandlingsdokumenten inte ändrats väsentligt får en upphandlande myndighet eller enhet tilldela en koncession utan föregående annonsering, om det vid ett förfarande med annonsering inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

#### *Är bestämmelserna om annonsering i koncessionsdirektivet tillämpliga?*

iTUX anför att det saknas förutsättningar för att genomföra Upphandling 2

utan föregående annonsering. Till stöd för sin talan anför iTUX bl.a. att bestämmelserna om annonsering i det s.k. koncessionsdirektivets – Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner – har direkt effekt och att annonseringen av Upphandling 1 därför rätteligen skulle ha skett i TED.

Enligt artikel 288 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ska ett direktiv med avseende på det resultat som ska uppnås vara bindande för varje medlemsstat till vilken det är riktat, men ska överlåta åt de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.

Principen om direkt effekt innebär att unionsrättsliga bestämmelser kan ge upphov till individuella rättigheter för enskilda gentemot medlemsstaterna. Om en medlemsstat inte genomfört ett direktiv inom den frist för införlivande som direktivet föreskriver, kan enskilda åberopa en direktivbestämmelse förutsatt att bestämmelsen är ägnad att grunda rättigheter för enskilda som kan göras gällande mot staten. Bestämmelsen ska dessutom vara ovillkorlig, klar och precis. (Se EU-domstolens avgörande i mål 8/81, Becker, punkt 25.)

Bestämmelserna i koncessionsdirektivet skulle ha genomförts i medlemsstaterna senast den 18 april 2016. I svensk lagstiftning genomfördes koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering genom LUK som trädde i kraft den 1 januari 2017. Det betyder att enskilda under den aktuella mellanperioden kan åberopa koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering under förutsättning att bestämmelserna är ägnade att grunda rättigheter för enskilda samt att de är ovillkorliga, klara och precisa.

Den första frågan är således om bestämmelserna grundar rättigheter för enskilda. Av skäl 8 i koncessionsdirektivet framgår att syftet med att föreskriva en lägsta grad av samordning av nationella förfaranden vid

tilldelning av koncessioner bl.a. är att garantera att koncessioner öppnas för konkurrens och skapa rättssäkerhet. Vad avser frågan om annonsering anges följande i skäl 50 och 51: ”För att säkerställa att koncessioner med eller över ett visst tröskelvärde som tilldelas av upphandlande enheter och myndigheter offentliggörs på lämpligt sätt bör det vara obligatoriskt att offentliggöra ett koncessionsmeddelande i Europeiska unionens officiella tidning innan koncessionerna tilldelas. Med hänsyn till de skadliga effekterna på konkurrensen bör tilldelning av koncessioner utan föregående offentliggörande endast ske under mycket exceptionella omständigheter.”

Förvaltningsrätten konstaterar att koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering syftar till att säkerställa att upphandlingar som överstiger ett visst värde offentliggörs på lämpligt sätt samt garantera att leverantörer inom hela unionen ges möjligheten att lämna anbud. Bestämmelserna grundar följaktligen rättigheter för enskilda leverantörer.

Den andra frågan är om bestämmelserna är ovillkorliga samt klara och precisa. Artikel 31 innehåller ett tydligt krav på att en upphandlande myndighet som önskar tilldela en koncession ska informera om detta genom ett koncessionsmeddelande om inget av de undantag som anges i artikeln föreligger. Ett sådant koncessionsmeddelande ska enligt artikel 33 skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande.

Förvaltningsrätten anser att koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering är ovillkorliga, klara och precisa. Bestämmelserna ger inte utrymme för en skönsmässig bedömning för medlemsstaten vid ett genomförande. De begränsade möjligheterna till undantag är väl avgränsade och förhindrar inte en tillämpning av huvudregeln.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bestämmelserna har direkt effekt och ska tillämpas i målet.

*Har det funnits förutsättningar att genomföra Upphandling 2 utan föregående annonsering?*

Som förvaltningsrätten konstaterat ovan ska koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering tillämpas i målet. Frågan blir då om det fanns förutsättningarna att genomföra Upphandling 2 utan föregående annonsering i enlighet med bestämmelsen i 8 kap. 4 § LUK.

Vad avser frågan om annonsering anför Huga Bostäder AB bl.a. följande. Syftet med 8 kap. 4 § LUK är att den föregående upphandlingen på något sätt ska ha konkurrensutsatts offentligt. Uttrycket ”ett förfarande med annonsering” måste därför innebära att det första förfarandet faktiskt ska annonseras och konkurrensutsatts. Upphandling 1 annonserades inte i enlighet med LUK eftersom den lagen ännu inte hade trätt i kraft. Huga Fastigheter AB gick emellertid längre än vad som lagligen krävdes när de annonserade Upphandling 1 i Tendsign och det fanns därför förutsättningar att övergå till ett förfarande utan föregående annonsering.

Vad avser frågan om annonsering anför Zitius bl.a. följande. Det är ostridigt att Upphandling 1 annonserades trots att de vid denna tidpunkt inte fanns någon lag att förhålla sig till. Det offentliggörandet som gjordes av Upphandling 1 i Tendsign måste anses vara tillfyllest för att utgöra ett ”förfarande med annonsering” i den mening som avses i 8 kap 4 § LUK. Huga Bostäder har haft rätt att ”tillgodoräkna sig” annonseringen av upphandling 1 vid genomförande av Upphandling 2.

Förvaltningsrätten noterar att det saknas en definition av uttrycket ”ett förfarande med annonsering”. I förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 1349) anges att 8 kap. 4 § LUK genomför artikel 31.5 första stycket koncessionsdirektivet. Förutsättningarna för att övergå till ett oannonserat förfarande

enligt den angivna artikeln är att inga lämpliga anbud lämnats vid "ett föregående koncessionsförfarande".

Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att upphandlande myndigheter och enheter hade en skyldighet att följa koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering fr.o.m. den 18 april 2016. Upphandling 1 påbörjades den 19 september 2016 och Hüge Fastigheter AB skulle därför bl.a. ha skickat en annons om Upphandling 1 till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande.

Möjligheten att tilldela en koncession utan föregående annonsering är ett undantag från huvudregeln som är tänkt att tillämpas endast i de fall då det står klart att en annonsering inte kommer att leda till ökad konkurrens (jfr skäl 51 i koncessionsdirektivet). Då en annons om Upphandling 1 inte har skickats till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande, i enlighet med bestämmelserna i koncessionsdirektivet och LUK, kan det inte uteslutas att lämpliga anbud hade kunnat lämnas vid ett sådant förfarande. För det fall Hüge Fastigheter AB hade mottagit ett lämpligt anbud hade det saknats förutsättningar att övergå till en upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 4 § LUK. Denna omständighet, samt den omständigheten att koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering har direkt effekt, talar enligt förvaltningsrättens mening för att annonsering i enlighet med koncessionsdirektivet och LUK är en förutsättning för att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna övergå till en upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 4 § LUK.

I målet är ostridigt att en annons om Upphandling 1 inte skickats till Europeiska unionens publikationsbyrå för offentliggörande. Det har därför saknats förutsättningar för att genomföra en upphandling utan föregående annonsering enligt 8 kap. 4 § LUK.



### **Sammanfattning**

Förvaltningsrätten finner att iTUX berörs av avtalet på ett sådant sätt att ansökan ska prövas. Förutsättningarna för att vid Upphandling 2 tillämpa undantaget från annonsering enligt 8 kap. 4 § LUK ska vidare bedömas i förhållande till huruvida Upphandling 1 annonserades i enlighet med artikel 33 i koncessionsdirektivet. Förvaltningsrätten finner som framgått ovan att det inte kan bedömas ha förelegat förutsättningar att upphandla vid Upphandling 2 utan föregående annonsering. Det finns således förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt (jmf Kammarrättens i Stockholms dom den 20 oktober 2011 i mål 2733-11). Ansökan ska således bifallas och avtalet mellan Hüge Bostäder AB och Zitius beslutas vara ogiltigt.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Jan Nyrén

Rådman

Camilla Källmén har föredragit målet.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

