



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

**DOM**  
2012-10-05  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
2910-12  
Enhet 1

**SÖKANDE**

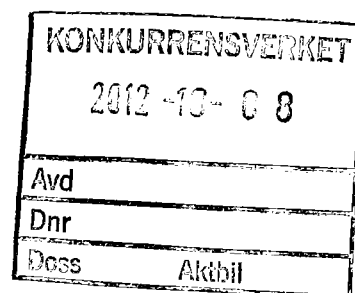
Samres AB, 556433-7417

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult, advokaten Kristian Pedersen och  
jur. kand. Erik Olsson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun

Ombud: Advokaten Roger Hagman  
Advokatfirman Roger Hagman AB  
Box 3460  
103 69 Stockholm



**SAKEN**

Offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 70984

Postadress  
Box 1853  
751 48 Uppsala

Besöksadress  
Kungsgatan 49

Telefon  
018-16 73 00  
E-post: [forvaltningsratteni uppsala@dom.se](mailto:forvaltningsratteni uppsala@dom.se)

Telefax  
018-16 73 43

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) har påbörjat en ansökningsprocess i formen av tjänstekoncession avseende personbilsresor för färdtjänst, avtalstid den 1 oktober 2012 – 30 september 2014 (upphandlingen). Sista ansökningsdag var den 10 juni 2012. Förvaltningsrätten har i beslut den 5 juni 2012 förordnat att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts.

## YRKANDEN

Samres AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om med iakttagande av bestämmelserna i LOU.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och hemställer om att bolagets ansökan om överprövning avvisas då reglerna om överprövning enligt LOU inte är tillämpliga.

## UTVECKLING AV TALAN

### Bolaget

Kommunen har felaktigt angett att upphandlingen avser en tjänstekoncession. Kommunen har därmed i strid med LOU försökt undandra upphandlingen från LOU:s tillämpningsområde.

Begreppet tjänstekoncession har utvecklats i EU-domstolens praxis. En förutsättning för att ett kontrakt ska utgöra en tjänstekoncession är att koncessionshavaren ges rätten att utnyttja sina egna tjänster kommersiellt och därigenom tar en ekonomisk risk.

I upphandlingen utgår ersättningen för tjänsten i sin helhet från kommunen, varav en del tas ut av resenärerna och avräknas vid fakturering, den så kallade egenavgiften. EU-domstolen har aldrig funnit att det rör sig om en tjänstekoncession när den huvudsakliga ersättningen kommit från den upp-

handlande myndigheten. Samtliga avgöranden i vilka EU-domstolen kommit fram till att det rör sig om tjänstekoncessioner har avsett situationer där hela eller den huvudsakliga delen av ersättningen kommit från tredje man.

Vidare krävs för att det ska vara fråga om en tjänstekoncession att den upphandlande myndigheten överför hela eller åtminstone en betydande del av den risk som är förenad med utnyttjandet av den aktuella risken, hur liten den än är. I upphandlingen överförs inga risker från kommunen till leverantörerna, vilket beror på att färdtjänstverksamheten inte bedrivs som någon kommersiell verksamhet av kommunen, som i sådant fall skulle riskera att förlora inkomster vid eventuellt vikande efterfrågan. Den enda risk som kommunen i dagsläget bär, att ökad efterfrågan skulle medföra ökade kostnader, kommer oinskränkt att ligga kvar hos kommunen och överförs således inte på leverantörerna. Vidare finns i upphandlingen inget åtagande från respektive leverantör att hålla viss angiven kapacitet tillgänglig under avtalets löptid eller att svara på avrop. Avsaknaden av sådana åtaganden innebär en ansenlig riskminskning för leverantörerna i upphandlingen. Bolaget hänvisar i sin argumentation till praxis bl.a. i form av EU-domstolens avgöranden C-300/07 *Oymanns*, C-196/08 *Acoset*, C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser*, C-348/10 *Norma-A SIA*, C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, C-458/03 *Parking Brixen*, C-324/07 *Coditel Brabant*, C-274-09 *Stadler*, C-382/05 *Kommissionen mot Italien* och C-348/10 *Norma*.

Genom att upphandlingen felaktigt klassificerats som en tjänstekoncession har kommunen brutit i den annonseringsplikt som följer av 7 kap. 1 § LOU. Denna brist innebär att upphandlingen är en otillåten direktupphandling.

Då det är fråga om upphandling av A-tjänster och värdet överstiger det tillämpliga tröskelvärdet ska upphandlingen enligt 4 kap. 1 § LOU genomföras som ett öppet eller selektivt förfarande. Så har inte skett.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska den upphandlande myndigheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Någon utvärdering av inkomna anbud kommer dock inte att ske i upphandlingen. Genom att kommunen inte genomfört en upphandling enligt LOU har bolaget inte fått möjlighet att inkomma med anbud och tilldelas avtal för hela den volym som upphandlingen avser alternativt som förstahandsalternativ i ett ramavtal. Bolaget lider således, eller riskerar i vart fall att lida, skada.

#### **Kommunen**

Då upphandlingen genomförs som en tjänstekoncession är endast 1 kap. 12 § LOU tillämplig. Bestämmelserna om överprövning är därför inte tillämpliga.

Det saknar betydelse att den egenavgift som tjänstekoncessionsinnehavarna uppbär från tredje man är offentlighetsreglerad. Den anses ändå komma från tredje man. Kommunen delar vidare inte bolagets uppfattning att den ersättning som erläggs av den upphandlande myndigheten endast får utgöra en mindre del av den totala ersättningen, för att det ska röra sig om en tjänstekoncession. Härvid hänvisas till det förslag till nytt direktiv om tilldelning av koncessioner, KOM (2011) 897 slutlig, som kommissionen har lagt fram, vari anges att vissa kontraktsarrangemang kan utgöra tjänstekoncessioner även om de betalas helt av en upphandlande enhet.

Den risk som kommunen hade burit om den själv hade utfört verksamheten hade varit förhållandevis liten och består bl.a. i risk för skador på fordon, på annans egendom, på resenärer och på tredje man. Kommunen överlåter

genom tjänstekoncessionsavtalet hela eller en betydande del av denna risk. Tjänstekoncessionsinnehavarna åtar sig dessutom en utökad risk. I och med att kommunen fastställer den ersättning som tjänstekoncessionsinnehavarna får uppbära beror förtjänsten av tjänsten på den faktiska omfattningen av avrop. Tjänstekoncessionsinnehavarnas fasta kostnader kan vara mycket stora och har betydelse för vilka konsekvenser marknads nyckler kan få för tjänstekoncessionsinnehavaren. Kommunen hänvisar till praxis bl.a. i form av EU-domstolens avgöranden C-300/07 *Oymanns*, C-196/08 *Acoset*, C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser*, C-348/10 *Norma-A SIA*, C-324/98 *Telaustria och Telefonadress*, C-458/03 *Parking Brixen*, C-324/07 *Coditel Brabant*, C-274/09 *Stadler*, C-382/05 *Kommissionen mot Italien*, C348/10 *Norma*.

#### DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det av kommunen inledda förfarandet om personbilsresor för färdtjänst är att betrakta som ett ansökningsförfarande för tjänstekoncession. Skulle så befinnas inte vara fallet, utan avtalet i stället är ett sådant tjänstekontrakt som ska upphandlas med iakttagande av bestämmelserna i LOU, blir det även fråga om kommunen genom det valda förfarandet brutit mot reglerna i LOU.

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 utgörs av rätt att utnyttja tjänsten. Definitionen är i princip densamma som i artikel 1.4. i EU-direktivet 2004/18/EG, i vilket anges att en tjänstekoncession är ett kontrakt av samma typ som ett offentligt tjänstekontrakt med den skillnaden att ersättningen för tjänsternas utförande utgörs antingen av endast rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning. Enligt lagmotiven avses med tjänstekoncession ett kontrakt enligt vilket ett företag åtar sig att ansvara för en verksamhet och där ersättning för detta utgår i form av rätten att ta betalt av allmänheten för att

utnyttja tjänsterna eller en sådan rätt i kombination med betalningar från den upphandlande myndigheten (prop. 2006/07:128 s. 181). Som exempel nämns ett företag som på uppdrag av kommunen ansvarar för driften av ett badhus med rätten att ta ut ersättning från allmänheten.

Av ovanstående tillsammans med rättspraxis från EU-domstolen (se bl.a. C-300/07 *Oymanns* p. 70-76, C-458/03 *Parking Brixen* p. 40-43, C-196/08 *Acoset* p. 39-41 och C-206/08 *WAZV Gotha mot Eurawasser* p. 66-77) följer att frågan om upphandlingen ska anse utgöra en tjänstekoncession beror på de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet. Frågan avgörs av om leverantörerna kommer att erhålla ersättning genom en rätt att utnyttja tjänsten i fråga samt huruvida en betydande del av risken med att utföra färdtjänsttransporterna överförs på leverantörerna. Risken är ouplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten.

Av betydelse är därmed hur leverantören ska ersättas för tjänsterna i upphandlingen. Ersättningen för färdtjänsttransporterna är i upphandlingen fastställd enligt en ersättningsmodell och styrs av ett antal parametrar. Leverantören saknar möjlighet att påverka ersättningen för en given transport. Leverantören fakturerar kommunen för transporterna i efterskott, en gång per månad. Vidare uppbärs egenavgift från resenären, i de fall resenären är skyldig att betala egenavgift. Egenavgiften ska betalas innan resan påbörjas. Avdrag görs vid faktureringen för erlagda egenavgifter. Leverantören har vidare ingen möjlighet att återföra hela eller del av egenavgiften till resenären.

En avgift betalas således av resenären till leverantören vid resetillfället. Förekomsten av egenavgift påverkar emellertid inte storleken på den ersättning leverantören erhåller från kommunen, som är samma oavsett om resenären är skyldig att betala egenavgift eller inte. Vidare följer av 10-11 §§ lagen (1997:736) om färdtjänst att det endast är kommunen som har rätt

att ta ut egenavgifter. Av hänsyn till ovanstående finner förvaltningsrätten att ersättningsmodellen i upphandlingen innebär att hela ersättningen till leverantören erläggs av kommunen.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att EU-domstolen inte har uttalat sig i frågan om ett förfarande där hela ersättningen för tjänsternas utförande utgår från den upphandlande myndigheten kan anses vara en tjänstekoncession. Betalning från tredje man har dock ansetts vara kännetecknande för en tjänstekoncession (se t.ex. EU-domstolens avgörande i mål C-410/04 *ANAV* p. 16). Den definition av tjänstekoncession som tagits in i direktivet och i LOU talar för att förfaranden där ersättningen i sin helhet kommer från den upphandlande myndigheten inte kan vara tjänstekoncessioner. Oavsett detta kan förvaltningsrätten konstatera att någon egentlig risk inte övergår till leverantörerna, då dessa inte gör något bindande åtagande att åta sig transportuppdrag eller att hålla viss beredskap. Risken för skador i trafiken övergår förvisso, som kommunen har anfört, från kommunen till leverantörerna, men kan inte anses vara sådan att en tjänstekoncession uppstår.

Reglerna om tjänstekoncession innebär ett undantag från de skyldigheter som följer av reglerna om offentlig upphandling och ska därför tillämpas restriktivt (se t.ex. RÅ 2005 ref. 10 och EU-domstolens avgörande i förenade målen C-20/01 och C28/01 *Kommissionen mot Tyskland* p. 58). Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av vad som anförts i föregående stycke, att det aktuella förfarandet inte kan utgöra en tjänstekoncession. Kommunens avvisningsyrkande lämnas därför utan bifall.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller

någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

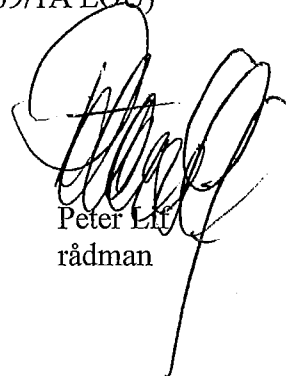
Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Det urvalssystem som tillämpas i upphandlingen innehåller inte någon utvärdering av anbud, utan brukarna av färdtjänst ska själva välja leverantör vid varje enskilt tillfälle, i strid med nyss nämnda bestämmelse. Då bolaget inte haft möjlighet att lämna anbud på hela volymen av färdtjänsttransporter eller på att bli antagen som förstaalternativ i ett ramavtal har bolaget i vart fall kunnat komma att lida skada.

Mot bakgrund av att den brist som har konstaterats har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede föreligger inte förutsättningar för rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A LOU)



Per-Erik Nistér  
rådman



Peter Lof  
rådman

Målet har handlagts av Erik Edström.





# 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
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 uppgive 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 3109/1A LOU

