



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-06-11

Meddelad i Stockholm

Mål nr

2286-18

SÖKANDE

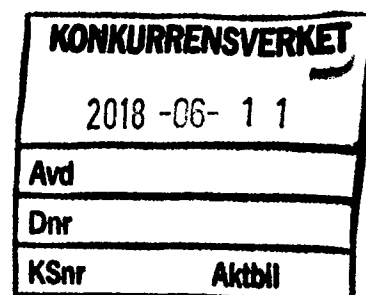
iTUX Communication AB, 556699-4843
Östra Järnvägsgatan 27
111 20 Stockholm

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

MOTPART

Huge Bostäder AB, 556149-8121
Box 1144
141 22 Huddinge

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



SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 972535

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag-fredag
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00-16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

En upphandling avseende funktionen som kommunikationsoperatör för Hüge Fastigheter AB annonserades den 19 september 2016 i Tendsign (Upphandling 1). Hüge 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 Hüge Fastigheter AB i två bolag. Delningen resulterade i att bolagen Hüge Bostäder AB och Huddinge Samhällsfastigheter AB övertog Hüge Fastigheter AB:s samtliga tillgångar och skulder.

Hüge Bostäder AB, som genom delningen övertagit Hüge 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 Hüge Bostäder AB och Zitius.

Förvaltningsrätten beslutade den 15 februari 2018 att avtalet mellan Hüge Bostäder AB och Zitius inte får fullgöras innan något annat har bestämts.

YRKANDEN

iTUX Communication AB 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.

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 byggentreprenader.

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.

Av handlingarna i målet framgår att iTUX vid ett flertal tillfällen har 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. Vidare anför iTUX att bolaget har lidit skada genom att bolaget fråntagits möjligheten att konkurrera i Upphandling 2. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att iTUX berörs av avtalet på sådant sätt att ansökan ska prövas.

Överprövning av avtalets giltighet*Tillämpliga bestämmelser i LUK*

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 leve-

rantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten enligt 16 kap. 14 § LUK besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § LUK är uppfyllda.

Upphandling 2 avser en koncession som omfattas av bestämmelserna i LUK. Enligt huvudregeln i 8 kap. 1 § LUK ska upphandlande myndighet eller enhet som avser att tilldela en koncession informera om detta genom att annonsera upphandlingen.

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.

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.

Principen om direkt effekt

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.)

Kravet på ovillkorlighet innebär att bestämmelsen inte ska kräva några kompletterande rättsakter från EU eller medlemsstaterna för att kunna tillämpas. Kravet på klarhet och precision innebär att bestämmelsen inte ska ge något utrymme för skönsmässig bedömning med hänsyn till genomförandet. (Jfr EU-domstolens avgörande i mål 41/74, van Duyn, punkterna 6 och 13.)

Att ett direktiv lämnar ett visst handlingsutrymme för genomförande av vissa av direktivets bestämmelser innebär däremot inte att enskilda kan förvägras rätten att åberopa de bestämmelser som med hänsyn till sitt särskilda innehåll kan frigöras från sitt sammanhang och tillämpas separat (se EU-domstolens avgörande i ovan nämnda mål Becker, punkt 29).

För det fall en bestämmelse anses ha direkt effekt ska den tillämpas av nationella domstolar och myndigheter, vilka även ska avhålla sig från att tillämpa nationella regler som strider mot bestämmelsen (jfr EU-domstolens avgörande i mål 148/78, Ratti, punkt 24).

Koncessionsdirektivets bestämmelser om annonsering

I artikel 31.1 i koncessionsdirektivet anges att upphandlande myndigheter och upphandlande enheter som önskar tilldela en koncession ska informera om detta genom ett koncessionsmeddelande.

Undantag från skyldigheten att offentliggöra ett koncessionsmeddelande ges i artikel 31.4 där följande anges:

”Med avvikelse från punkt 1 är de upphandlande myndigheterna eller upphandlande enheterna inte skyldiga att offentliggöra ett koncessionsmeddelande om byggtreprenaderna eller tjänsterna kan tillhandahållas enbart av en viss ekonomisk aktör av någon av följande orsaker:

- a) Syftet med koncessionen är att skapa eller erhålla ett unikt konstverk eller konstnärligt framförande.
- b) Frånvaro av konkurrens av tekniska skäl.
- c) Det finns en ensamrätt.
- d) Skydd av immateriella rättigheter och andra ensamrätter än de som definieras i artikel 5.10.

Undantagen i leden b, c och d ska endast tillämpas när det inte finns något rimligt alternativ eller substitut och avsaknaden av konkurrens inte beror på konstlad begränsning av parametrarna i koncessionstilldelningen.”

Artikel 31.5 ger också möjlighet till undantag från skyldigheten att offentliggöra ett koncessionsmeddelande och har följande lydelse:

”Med avvikelse från punkt 1 behöver den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten inte offentliggöra något nytt koncessionsmeddelande om inga anbud, inga anbudsansökningar, inga lämpliga anbud eller inga lämpliga anbudsansökningar har lämnats vid ett föregående koncessionsförfarande, förutsatt att de ursprungliga villkoren för koncessionskontraktet inte väsentligt ändrats och att en rapport lämnas till kommissionen, om den så begär.

Enligt första stycket ska ett anbud anses vara olämpligt om det är irrelevant för koncessionen och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens eller upphandlande enhetens behov och krav enligt koncessionsdokumenten.

Vid tillämpning av första stycket ska en ansökan anses vara olämplig

- a) om den berörda sökanden ska eller kan komma att uteslutas i enlighet med artikel 38.5–38.9 eller inte uppfyller de urvalskriterier som fastställts av den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten i enlighet med artikel 38.1,
- b) om ansökningarna innefattar anbud som inte är lämpliga i den mening som avses i andra stycket.”

Av artikel 33.1 följer att koncessionsmeddelanden ska innehålla de upplysningar som anges i bilagorna V, VII och VIII och i samma format som standardformulär, inbegripet standardformulären för rättelser. Ett sådant meddelande ska enligt artikel 33.2 utarbetas, skickas med elektroniska medel till Europeiska unionens publikationsbyrå och offentliggöras i enlighet med bilaga IX.

Förvaltningsrättens bedömning

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.

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 Huga 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 förutsättningarna 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 anser 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 ljuset av huruvida Upphandling 1 annonserades i enlighet med artikel 33 i koncessionsdirektivet. En sådan tillämpning leder enligt förvaltningsrättens mening till att det inte kan bedömas ha förelegat förutsättningar att upphandla vid Upphandling 2 utan föregående annonsering enligt 8 kap. 4 §

LUK. Det finns således förutsättningar att förklara avtalet ogiltigt. I målet har inte framkommit att avtalet ska få bestå med hänsyn till tvingande hänsyn till ett allmänintresse. 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 (DV 3109/1A LOU).

Mattias Almqvist
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Johanna Pellby har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

