



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-06-26

Meddelad i Stockholm

Mål nr

23142-17

23208-17

SÖKANDE

1. Marfina, S.L., B-59372755

Ombud: advokat Eva-Maj Mühlenbock, jur.kand. Lukas Granlund och
jur.kand. Angelo Skog

Advokatfirman Lindahl KB

Box 1065

101 39 Stockholm

2. Ad i Media Group Sp. z o.o

Ombud: advokat Sylvia Lindén och jur.kand. Johan Wedsberg

Kilpatrick Townsend & Stockton

Advokat KB Box 5421

114 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms kommun

Ombud: stadsadvokaterna Gustaf Swedlund och Malin Lindvall

c/o Stadsledningskontoret

Juridiska avdelningen

Hantverkargatan 3 A, 2 tr

105 35 Stockholm

SAKEN

Upphandling av koncessioner



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet att Ad i Media Group Sp. z o.o:s ansökan ska avvisas.

Förvaltningsrätten förordnar att Stockholms kommuns upphandling av ett låncykelsystem m.m., dnr T2017-01424, ska göras om.

Dok.Id 961091

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

YRKANDEN M.M.

Stockholms kommun genomför en upphandling av ett lånecykelsystem samt stadsinformation avsett för kommunens invånare och besökare, i form av en tjänstekoncession (T2017-01424). Upphandlingen genomförs enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). I upphandlingen har JCDecaux Sverige AB (JCD), Marfina, S.L. och ytterligare tre leverantörer lämnat anbud. Endast två leverantörers anbud kvalificerades för utvärdering. Ett av dem var JCD:s. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 26 september 2017 har JCD tilldelats koncessionen. Ad i Media Group Sp. z o.o (AdiMedia) har inte lämnat något anbud i upphandlingen.

Marfina och AdiMedia yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen.

Stockholms kommun anser att Marfinas ansökan ska avslås och att AdiMedias ansökan ska avvisas. För det fall AdiMedias ansökan inte avvisas anser kommunen att även AdiMedias ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Marfina

Upphandlingen ska i första hand rättas och i andra hand göras om.

Kommunen har felaktigt kommit att förkasta Marfinas anbud. Marfina har visat behörighet att underteckna anbud. Det är inte ett obligatoriskt krav att behörighet att underteckna anbud ska visas redan vid anbudsgivningen.

Vidare har anbuderna från JCD och Urban Infrastructure Partner AS (Urban) på felaktiga grunder kvalificerats trots att de rätteligen borde ha förkastats. JCD har inte påvisat att de förfogar över nödvändiga resurser och bolagets

tekniska lösning på cyklar uppfyller inte de obligatoriska kraven på låne-cykelsystemet. Urbans anbud uppfyller inte kvalificeringskraven ifråga om det företag vars finansiella kapacitet åberopats eller om att anbudet i angivna delar ska vara författade på svenska. Vidare kan Urbans referensuppdrag inte åberopas.

Marfina anför vidare att kommunens upphandlingsunderlag strider mot de grundläggande principerna. Avtalet i upphandlingen har en längre löptid än vad som kan förväntas gå åt för att leverantören ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsten. Det aktuella kontraktet har en löptid om maximalt tio år. I förevarande fall kan det inte förväntas att leverantören behöver längre tid än fem år för att kompenseras. Med tanke på att det i princip helt saknas byggnadsmoment i den aktuella tjänstekoncessionen finns egentligen inget skäl till att låta löptiden överstiga fem år. Kommunen har inte lämnat någon motivering till varför avtalstiden kan bli så lång som tio år. Det saknas skäl för att ha en längre avtalstid än fem år. Genom att koncessionen har en löptid om tio år har kommunen överträtt 4 kap. 11 § LUK. Till följd härav har Marfina lidit, eller riskerar att lida, skada.

AdiMedia

Upphandlingen ska göras om.

Kommunen har brutit mot reglerna i LUK och därmed de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK genom att 1. annonsera upphandlingen i strid med lag, 2. utelämna obligatorisk information i annonsen, 3. tillämpa en utvärderingsmodell och upphandlingsdokument som står i strid med likabehandlings- och transparensprincipen, 4. uppställa oproportionerliga villkor för upphandlingen, och 5. väsentligt ändra villkoren för upphandlingen genom frågor och svar.

Kommunen har vidare felaktigt kvalificerat och utvärderat anbuden från JCD och Urban. Inget av dessa anbud uppfyller samtliga kvalificerings- respektive utvärderingskrav varför giltiga anbud saknas. AdiMedia har genom kommunens lagstridiga förfarande lidit skada, eller riskerar att lida skada, då AdiMedia erhållit kännedom om upphandlingen för sent för att hinna utarbeta ett konkurrenskraftigt anbud och vidare inte haft möjlighet att lämna in något anbud i upphandlingen på grund av felaktigheterna i upphandlingsdokumentet.

Stockholms kommun

Det har varit korrekt att förkasta Marfinas anbud. Kommunen har ställt upp ett obligatoriskt krav i koncessionsdokumenten att anbudsgivare vars anbud inte undertecknades av registrerade firmatecknare skulle bifoga en handling som bevisade att den person som undertecknade anbudet var behörig att binda anbudsgivaren. Marfina hade bifogat en sådan handling i form av en fullmakt, men den bevisade inte att bolagets representant hade sådan behörighet. Därmed uppfyllde Marfinas anbud inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Det har inte funnits skäl att förkasta JCD:s anbud. Eftersom JCD inte har åberopat annans kapacitet har det heller inte funnits någon skyldighet att lämna in något sådant åtagande i anbudet. JCD:s anbud uppfyller alla krav i upphandlingen och skäl att förkasta anbudet saknas. Kraven i koncessionsdokumenten uppfyller lagens krav på transparens, likabehandling och proportionalitet och strider inte heller på något annat sätt mot LUK. Den valda avtalstiden, sju år med möjlighet att förlänga avtalet med ytterligare ett plus ett plus ett år, är väl avvägd och den maximala löptiden motsvarar vad som förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompensera sig för gjorda investeringar tillsammans med en avkastning på

det investerade kapitalet. Av kommunens kalkyl framgår att resultatet för uppdraget kan förväntas bli negativt för fem års löptid och generera en låg vinst vid sju års löptid. Först vid 10 års löptid räknar kommunen att uppdraget går med vinst och utslaget över hela 10-årsperioden får vinstnivån anses skälig.

Kommunen anser att AdiMedia inte uppfyller kriterierna för att vara leverantör i LUK:s mening i förhållande till den aktuella upphandlingen. AdiMedia saknar därmed talerätt och talan ska därför avvisas. Kommunen har i vart fall inte brutit mot någon bestämmelse i LUK. Under alla förhållanden har AdiMedia inte lidit eller riskerat att lida skada av de överträdelser som görs gällande.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Leverantör i LUK:s mening är den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader (1 kap. 16 § första stycket LUK).

Upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUK).

Koncessioner ska vara tidsbegränsade. Den upphandlande myndigheten eller enheten ska bestämma löptiden på grundval av de byggentreprenader eller tjänster som efterfrågas (4 kap. 10 § LUK).

Koncessioner med längre löptid än fem år får inte ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren

ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för utnyttjandet av byggnadsverken eller tillhandahållandet av tjänsterna tillsammans med en avkastning på det investerade kapitalet (4 kap. 11 § första stycket LUK).

Vid beräkningen ska hänsyn tas till de investeringar som krävs för att uppnå särskilda mål enligt kontrakten. Både inledande investeringar och investeringar under koncessionens löptid ska beaktas vid beräkningen (4 kap. 11 § andra stycket LUK).

En förvaltningsrätt ska efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling (16 kap. 4 § 1 LUK).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LUK).

Förvaltningsrättens bedömning

AdiMedia är en sådan leverantör som avses i 1 kap. 16 § LUK. I målet har inte framkommit att AdiMedia inte skulle ha haft intresse att ingå avtal i den aktuella upphandlingen. AdiMedia berörs således av upphandlingen på ett sådant sätt att det har talerätt enligt 16 kap. 4 § LUK. Stockholms kommuns yrkande att AdiMedias ansökan ska avvisas ska därför avslås.

Marfina har gjort gällande att avtalets löptid, 10 år, är längre än vad som kan förväntas gå åt för att en leverantör ska kunna kompenseras för gjorda investeringar för tillhandahållandet av tjänsten. Det Marfina åberopat innebär att

Stockholms kommun har att göra sannolikt att det funnits förutsättningar att med avvikelse från huvudregeln om ett avtals löptid enligt 4 kap. 11 § LUK tillämpa en löptid om 10 år. Kommunen har därvid invänt att resultatet för uppdraget, enligt kommunens egen kalkyl, kan förväntas bli negativt för fem års löptid, generera en låg vinst vid sju års löptid och först vid 10 års löptid gå med vinst. Kommunen har vidare åberopat att det i liknande avtal varit motiverat med löptider om 10–15 år.

Kommunens egen kalkyl och det sätt på vilket kommunen åberopat kalkylen i sin argumentation i förvaltningsrätten ger ett svagt stöd för att en löptid om 10 år varit motiverad. Kalkylen och kommunens argumentation pekar snarare på att löptiden inte borde ha varit längre än 7 år. Att det i liknande avtal använts längre löptider än 7 år ger inte heller något annat än ett svagt stöd för att den nu aktuella löptiden om 10 år varit motiverad. Det framgår för övrigt inte heller av utredningen i målet att de av kommunen åberopade liknande avtalen varit förenliga med de nu aktuella bestämmelserna om ett avtals löptider i 4 kap. 10 och 11 §§ LUK.

Vid en samlad bedömning av utredningen i målet anser förvaltningsrätten att Stockholms kommun inte har gjort sannolikt att en löptid om 10 år motsvarar vad som rimligen kan förväntas gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar tillsammans med avkastning på det investerade kapitalet. Stockholms kommun har därmed brutit mot 4 kap. 11 § LUK när den bestämt löptiden till 10 år.

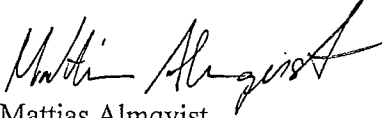
Det ovan beskrivna felet i upphandlingen är ett sådant fel som typiskt sett medför att en leverantör lider skada eller kan komma att lida skada. Marfina gör även gällande att det liden eller kunnat komma att lida skada på grund av felet i upphandlingen. Stockholms kommun har inte närmare utvecklat varför Marfinas påstående inte stämmer. Mot denna bakgrund anser förvalt-

ningsrätten att Marfina gjort sannolikt att det lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av felet i upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att kommunen har agerat i strid med 4 kap. 11 § LUK genom att använda en löptid om 10 år för den aktuella koncessionen. Förvaltningsrätten finner vidare att detta har medfört att Marfina lidit eller kunnat komma att lida skada. Eftersom överträdelsen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Med denna bedömning och utgång i målet saknas skäl att pröva vad Marfina och AdiMedia i övrigt har anfört.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Mattias Almqvist

Chefsrådman

Johannes Dahlman 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.