

KLAGANDE

JCDecaux Sverige AB, 556551-2661

Ombud: Advokaterna Carolina Gustavsson och Carl Bokwall

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 juni 2018 i mål nr 23142-17 och 23208-17, se bilaga A

SAKEN

Upphandling av koncessioner

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

JCDecaux Sverige AB yrkar att kammarrätten ska upphäva beslutet att upphandlingen ska göras om. I frågan om talerätt framhåller bolaget bl.a. följande. Bolaget tilldelades upphandlingen och är således berörd av beslutet att upphandlingen ska göras om. En vinnande anbudsgivare ska inte i en ny upphandling behöva konkurrera med leverantörer som inte hade kommit i fråga i den första upphandlingen. Bolaget har lagt ner stora kostnader på koncessionsföremålet efter tilldelningsbeslutet. Med tanke på dessa investeringar ska det överklagade avgörandet anses ha en sådan betydelse för bolaget att avgörandet angår bolaget i den mening som avses i 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) innehåller inte några särskilda bestämmelser om vem som har rätt att överklaga en förvaltningsrätts avgörande i ett mål enligt lagen. Reglerna i FPL blir därför tillämpliga. Av 33 § andra stycket FPL framgår att ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i flera mål om tillämpning av den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) funnit att en leverantör som tilldelats kontrakt inte har talerätt. Av rättspraxis gällande tillämpningen av LOU framgår att en leverantör som genom beslut av förvaltningsrätten vid överprövning utesluts från en ny utvärdering har talerätt i kammarrätten. En sådan dom anses ha gått leverantören emot och ha sådan betydelse för leverantörens ställning som anbudsgivare i den pågående upphandlingen, att den angår leverantören i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL. En leverantör som inte utesluts genom formuleringen i domslutet har ansetts sakna klagorätt och är hänvisad till att begära överprövning av den nya upphandlingen. (jfr RÅ 2002 ref. 5, HFD 2011 ref. 29 och HFD 2011 ref. 85)

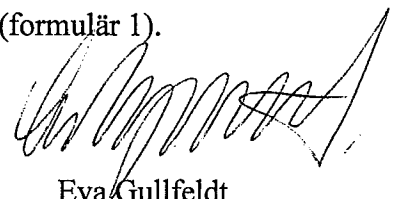
Även om det saknas praxis från HFD i fråga om talerätt i mål enligt LUK anser kammarrätten att den praxis som finns i fråga om talerätt i mål om offentlig upphandling är vägledande för det nu aktuella målet. LUK trädde i kraft samtidigt som den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Bestämmelserna om överprövning i den nya lagen om offentlig upphandling motsvarar reglerna i den tidigare lagen. Dessutom har de nya lagarna på upphandlingsområdet stora likheter inbördes, inte minst i fråga om rättsmedel (prop. 2015/16:195 s. 2, 308 och 877).

Bolaget har inte varit sökande i förvaltningsrätten. I mål enligt LOU har rätten att överklaga en förvaltningsrätts avgörande som regel endast tillkommit den leverantör som har varit sökande i förvaltningsrätten. I det överklagade avgörandet har inte beslutats att bolaget ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista det tilldelade uppdraget genom att annan leverantör utpekas som vinnare. Beslutet innebär enligt sin ordalydelse enbart att upphandlingen ska göras om. Även med beaktande av det som bolaget fört fram kan förvaltningsrättens dom inte anses angå bolaget i den mening som avses i 33 § andra stycket FPL. Överklagandet ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Cecilia Silfverhjelms
kammarrättsråd
ordförande



Eva Gullfeldt
kammarrättsråd
referent



Marie Stegard Lind
föredragande jurist



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.

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 anbuderna 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 koncessionsdokumentet 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 koncessionsdokumentet 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.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Leverantör i LUK:s mening är den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader (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 byggtreprenader 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.

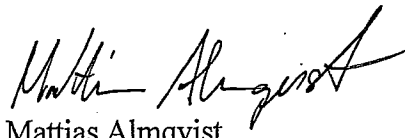
Det ovan beskrivna felet i upphandlingen är ett sådant fel som typiskt sett medför att en leverantör lider skada eller kan komma att lida skada. Marfina gör även gällande att det lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av felet i upphandlingen. Stockholms kommun har inte närmare utvecklat varför 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

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.