



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS BESLUT

Mål nr
6673-22

meddelat i Stockholm den 23 mars 2023

KLAGANDE

Uppsala kommun

Ombud: Advokat Gabriel Lidman

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms beslut den 21 oktober 2022 i mål nr 4160-22

SAKEN

Upphandling av koncessioner; fråga om prövningstillstånd

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar inte prövningstillstånd. Kammar-
rättens avgörande står därmed fast.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

För att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande i ett mål av detta slag krävs prövningstillstånd. Prövningstillstånd kan ges av två skäl. Det första skälet är att ett avgörande i målet är viktigt för ledningen av rättstillämpningen. Det andra skälet är att det finns synnerliga skäl för en prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag. Dessa bestämmelser om prövningstillstånd finns i 36 § första stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Högsta förvaltningsdomstolen finner att det inte har kommit fram skäl att meddela prövningstillstånd.

Beslutet har fattats av justitierådet Magnus Medin.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Ragnar Fahlin Strömberg.



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN

Information om beslutet

Högsta förvaltningsdomstolen har beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

Det innebär att kammarrättens avgörande står fast och att målet inte prövas i sak. Högsta förvaltningsdomstolen motiverar därför beslutet enbart utifrån lagens bestämmelser om förutsättningarna för att meddela prövningstillstånd. Domstolen kommer inte att ge någon ytterligare motivering än den som finns i beslutet.

Högsta förvaltningsdomstolen har vid sin bedömning beaktat de handlingar som finns i underinstansernas akter och de handlingar som har skickats in till Högsta förvaltningsdomstolen.

Högsta förvaltningsdomstolens beslut kan inte överklagas.

När meddelas prövningstillstånd?

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd som huvudregel om avgörandet kan få betydelse som prejudikat, dvs. ge ledning för hur andra liknande fall ska bedömas i framtiden. Vägledning kan t.ex. behövas om målet gäller en fråga där det är oklart hur lagstiftningen ska tolkas eller om lagstiftning saknas. Den omständigheten att kammarrätten kanske skulle kunna ha dömt på ett annat sätt räcker dock som regel inte för att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp målet och pröva det.

Det förekommer också i ett mycket begränsat antal fall att Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd för att det finns synnerliga skäl för en prövning. Ett sådant skäl kan vara att det kommit till nya uppgifter i målet som ställer utredningen i helt ny dager.

Du kan hitta mer information om Högsta förvaltningsdomstolen på domstolens webbplats: www.hogstaforvaltningsdomstolen.se.

**SÖKANDE**

JCDecaux Sverige AB, 556551-2661

Ombud: Advokat Carl Bokwall samt biträdande juristerna Erik Sollenberg och Linn Sydвик

MOTPART

Uppsala kommun

Ombud: Advokat Gabriel Lidman

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att Uppsala kommuns upphandling benämnd Reklamfinansierade gatumöbler i offentliga miljöer (dnr GSN-2021-00155) ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd Reklamfinansierade gatumöbler i offentliga miljöer med dnr GSN-2021-00155 genom ett koncessionsförfarande enligt LUK. I upphandlingen används begreppet gatumöbler som ett samlingsbegrepp för väderskydd för kollektivtrafik, offentliga toaletter och fristående skyltar för reklam, samhällsinformation och turistinformation. I upphandlingsdokumentet anges bl.a. att leverantören åtar sig att tillhandahålla de gatumöbler som omfattas av avtalet samt att sköta drift och underhåll för dessa. Vidare anges att platser för gatumöbler och utrymmen för utomhusreklam upplåts som motprestation.

JCDecaux Sverige AB (JCDecaux) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och för fram i huvudsak följande.

Det obligatoriska kravet respektive tilldelningskriteriet att koncessionshavaren ska betala en monetär ersättning till kommunen strider mot lagen (1957:259) om rätt för kommun att ta ut avgift för vissa upplåtelser av offentlig plats, m.m. (avgiftslagen) eftersom kommunen betingar sig en högre ersättning för användning av offentlig plats än vad som följer av kommunfullmäktiges taxa samt gör offentlig plats tillgänglig till högstbjudande. Krav och tilldelningskriterier som strider mot tvingande svensk lag är inte förenliga med proportionalitetsprincipen i 4 kap. 1 § LUK.

Tilldelningskriteriet *Monetär ersättning* strider även mot 13 kap. 1 § LUK eftersom det saknar anknytning till koncessionsföremålet.

Tilldelningskriteriet *Projektorganisation vid etablering* avser leverantörens allmänna förmåga att utföra koncessionen och inte mervärden i leverantörens anbud. Kriteriet innebär en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och

tilldelningsfasen som strider mot de allmänna principerna för upphandling i 4 kap. 1 § LUK.

Tilldelningskriteriet *Flexibilitet i samband med etablering* ger kommunen ett oacceptabelt stort utrymme för godtycke vid utvärderingen. Det går inte att utläsa vad kommunen tillmäter betydelse vid utvärderingen och det kan inte säkerställas att kommunen kommer att behandla alla leverantörer lika. Tilldelningskriteriet strider därför mot transparens- och likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LUK.

JCDecaux har lidit eller riskerar att lida skada på grund av bristerna. Bristerna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen måste därför göras om.

Kommunen bestrider JCDecaux yrkande och för fram i huvudsak följande.

Något fel innebärande ett åsidosättande av upphandlingsrätten har inte förekommit varför det saknas skäl att förordna att upphandlingen ska göras om.

Det obligatoriska kravet respektive tilldelningskriteriet att koncessionshavaren ska betala en ersättning till kommunen strider inte mot avgiftslagen. Avgiftslagen träffar inte denna s.k. koncessionsersättning.

JCDecaux påstående om att tilldelningskriteriet *Monetär ersättning* skulle sakna anknytning till den aktuella koncessionen är felaktigt. Villkoret om anknytning till upphandlingsföremålet är uppfyllt då koncessionshavarens reklamintäkter har en direkt anknytning till koncessionen.

Det är inte korrekt att tilldelningskriteriet *Projektorganisation vid etablering* enbart skulle ta sikte på grundläggande kapacitet att utföra uppdraget och därför inte skulle kunna läggas till grund för en utvärdering av relativa fördelar.

Det är heller inte fråga om någon sammanblandning mellan kvalificeringsfas och utvärderingsfas.

Vidare är det inte korrekt att tilldelningskriteriet *Flexibilitet i samband med etablering* skulle strida mot likabehandlings- och transparensprinciperna. Det finns ingen otydlighet utan tvärtom ges tydlig ledning för vad som tillmäts betydelse för att anbudsgivaren ska uppnå angivna nivåer.

Förvaltningsrätten har den 1 juli 2022 beslutat att kommunen inte får ingå avtal i upphandlingen innan förvaltningsrätten har avgjort målet slutligt eller beslutat annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

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

Upphandlande myndigheter och enheter ska enligt 4 kap. 1 § LUK 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.

Den monetära ersättningens förenlighet med avgiftslagen

JCDecaux för i denna del fram bl.a. följande.

I upphandlingen finns ett obligatoriskt krav på att koncessionshavaren årligen och under hela koncessionens löptid ska erlagga en ekonomisk ersättning om minst 1 miljon kronor till kommunen. Utöver denna ersättning ska koncession innehavaren betala markupplåtelseavgift enligt den taxa som kommunfullmäktige har beslutat ska gälla för användning av offentlig plats. Sammanlagt tar kommunen ut en mycket högre ersättning för användning av offentlig plats än den som följer av kommunfullmäktiges taxa. Dessutom är den i upphandlingen betingade ersättningen på 1 miljon kronor inte fastställd av kommunfullmäktige och därmed inte ett offentligrättsligt grundat avgiftsuttag, utan en avtalsrättsligt grundad ersättning.

Tillgången till offentlig plats för reklamändamål är det enda av värde för koncessionshavaren i upphandlingen och det som anbudsgivarna konkurrerar om. Betalning för koncessionen innebär därmed betalning för offentlig plats. Det obligatoriska kravet på en minsta ersättning för koncessionen på 1 miljon kronor står därmed i uppenbar strid med avgiftslagen. Det står även i strid med avgiftslagen att det inte är kommunfullmäktige som har beslutat om ersättningen.

På samma grunder gäller samma sak för tilldelningskriteriet *Monetär ersättning* i avsnitt 5.4 i upphandlingsdokumentet. Enligt tilldelningskriteriet får anbudsgivarna högre mervärdespoäng ju högre monetär ersättning som betalas till kommunen, dvs. utöver den obligatoriska miniminivån på 1 miljon kronor (och utöver taxan).

Eftersom kommunen inte erbjuder något annat i upphandlingen än tillgången till offentlig plats, innebär tilldelningskriteriet att kommunen upplåter offentlig

plats till högstbjudande i strid med avgiftslagen. En avgift enligt avgiftslagen för användning av offentlig plats ska vara skälig. Avgiften får, inom ramen för vad som är skäligt, differentieras med vissa i lagen angivna hänsyn. Ersättningen för upplåtelse av offentlig plats får inte bestämmas baserat på utbud och efterfrågan, eftersom det är en vinstmaximeringsåtgärd. Det är dock precis en sådan metod som kommunen använder. Tilldelningskriteriet är alltså, liksom det obligatoriska kravet, uppenbart oförenligt med avgiftslagen.

Ett obligatoriskt krav och ett tilldelningskriterium som strider mot svensk tvingande lagstiftning, som inte innehåller några undantag, är per definition inte förenliga med de allmänna principerna för upphandling i 4 kap. 1 § LUK, särskilt inte kravet på proportionalitet. Det är oproportionerligt att tvinga koncessionshavaren, dvs. en användare av offentlig plats, att betala mer för användningen av offentlig plats än vad kommunens egen taxa och avgiftslagen medger. Det finns rimligtvis alltid mer ändamålsenliga och mindre ingripande åtgärder än att bryta mot svensk lag för att uppnå ett visst syfte.

Vid bedömning av kravets tillåtlighet enligt avgiftslagen och LUK saknar det betydelse hur kommunen betecknar ersättningen. Det avgörande för bedömningen är vad koncessionshavaren i realiteten betalar för. Det är uppenbart utifrån upphandlingsdokumenten att kommunen som motprestation upplåter offentlig plats till den aktör som är beredd att betala mer för offentlig plats än vad kommunens taxa och avgiftslagen medger. Det saknar därför betydelse att kommunen nu vill kalla denna ersättning för en koncessionsersättning.

Kommunen menar att den s.k. koncessionsersättningen inte avser en markupplåtelse. Avgiftslagen är inte begränsad till markupplåtelse, utan tar sikte på att reglera ersättning för användningen av offentlig plats. Detta avser all användning. De 20 metrarna framför och bakom koncessionshavarens vitriner utgör också offentlig plats. Enligt kommunen är det tänkt att de offentliga platserna

som ”koncessionsavgiften” avser, ska användas som en spärrzon mot konkurrerande reklam med följderna att ingen annan aktör än koncessionshavaren kan använda platsen till reklamverksamhet. De offentliga platserna ska därmed, oavsett hur kommunen nu försöker dela upp och omdefiniera dessa platser, användas av koncessionshavaren vid försäljningen av reklamytta och för att stänga ute sina konkurrenter, dvs. för koncessionshavarens reklamverksamhet. För användningen av offentlig plats får kommunen endast ta ut den offentligt rättsligt bestämda avgiften/taxan. Den offentliga platsens värde saknar betydelse för ”koncessionsersättnings” tillåtlighet enligt avgiftslagen. Det saknar även betydelse om kommunen betingar sig ersättning för platsen (utöver den offentligt rättsligt bestämda taxan) inom ramen för ett komplext avtal.

Kommunens resonemang är ett uppenbart kringgående av avgiftslagen. ”Exklusivitetsåtagandet” avser offentlig plats och är direkt och oskiljaktigt kopplat till den offentliga plats som upplåts för reklamskyltarna. Åtagandet innebär att kommunen kommer att använda sin vetorätt enligt 3 kap. 2 § ordningslagen (1993:1617) för att avstyrka ansökningar om tillstånd för att bedriva konkurrerande reklamverksamhet på den offentliga platsen framför och bakom koncessionshavarens reklamskyltar. ”Exklusivitetsåtagandet” ger alltså koncessionshavaren en exklusiv rätt att ta i anspråk och använda offentlig plats framför och bakom reklamskyltarna för reklamändamål. Det rör sig därmed i realiteten om en upplåtelse av marken i anslutning till koncessionshavarens reklamskyltar. Upplåtelsen omfattas av ordningslagen. Detta innebär att ”koncessionsersättningen” inte kan separeras från avgiften för användningen av offentlig plats av reklamskyltarna. ”Koncessionsersättningen” utgör i realiteten ersättning för ianspråktagande av offentlig plats.

Det finns ingenting i LUK eller i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner (koncessionsdirektivet) som innebär att upphandlande myndigheter måste, eller ens får,

kräva en koncessionsersättning från koncessionshavaren i syfte att öka verksamhetsrisken i koncessionen. För att verksamhetsrisken ska övergå krävs inte att koncessionshavaren tar över en riskfylld verksamhet. Det krävs endast att en betydande del av den verksamhetsrisk som finns övergår från den upphandlande myndigheten till koncessionshavaren, i den meningen att koncessionshavaren utsätts för risken att marknaden inte kompenserar koncessionshavaren för att tillhandahålla verksamheten. Att risken är begränsad hindrar inte att verksamhetsrisken kan övergå och att det rör sig om en koncession. När ersättningen till koncessionshavaren uteslutande betalas av tredje man, räcker det i själva verket att den verksamhetsrisk som överförs är mycket begränsad.

Genom upphandlingen överlåter kommunen det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten och hela den verksamhetsrisk som finns till koncessionshavaren. Kommunen behåller ingen del alls av denna risk. Koncessionshavaren är skyldig att tillhandahålla och sköta gatumöblerna som omfattas av kontraktet och erhåller ingen ersättning från kommunen för att göra det, utan kommer endast att erhålla upplåtelse av offentlig plats. Koncessionshavaren står ensam hela risken för att den får täckning för investeringar i gatumöblerna och kostnaderna för driften och underhållet och att verksamheten går med vinst.

Det är inte nödvändigt enligt LUK att en upphandlande myndighet blåser upp risken för att upphandlingen ska få ske enligt LUK. För upphandling enligt den lagen är det tillräckligt att den verksamhetsrisk som naturligen finns övergår till koncessionshavaren. Det är följaktligen juridiskt felaktigt att den upphandlande myndigheten måste öka den ekonomiska risken eller på annat sätt artificiellt skapa en större verksamhetsrisk än marknaden naturligt innebär, eller att detta skulle göra ett obligatoriskt krav eller ett utvärderingskriterium som går ut på att man ska betala stora summor till en kommun proportionerligt. Än mindre gör det åtgärderna förenliga med avgiftslagen.

Den flexibilitet som nämns i koncessionsdirektivets preambel avser flexibilitet jämfört med andra upphandlingslagar och innebär inte någon flexibilitet i förhållande till svensk lag. Den omständigheten att upphandlande myndigheter bör medges flexibilitet när det gäller att fastställa och organisera förfarandet för val av koncessionshavare innebär inte att upphandlande myndigheter får bryta mot de allmänna upphandlingsrättsliga principerna.

Den normkonflikt mellan LUK/koncessionsdirektivet och avgiftslagen som kommunen försöker konstruera föreligger inte. Detta beror främst på att det är uppenbart att LUK/koncessionsdirektivet inte föreskriver någon skyldighet eller någon rätt för upphandlande myndigheter att ta betalt från koncessionshavaren, och särskilt inte föreskriver att betalning ska eller får ske för användningen av offentlig plats. En sådan betalning är vidare inte heller nödvändig för att syftet med koncessionsdirektivet ska uppnås eller för att det ska finnas en verksamhetsrisk.

Avgiftslagen hindrar inte en kommun att undersöka vilken verksamhetsrisk marknadens aktörer anser tolerabel. En kommun kan på en mängd olika sätt undersöka vilken nivå på verksamhetsrisk som marknaden är beredd att ta, t.ex. genom att ställa höga krav på teknisk funktion, användarvänlighet, kvalitet i hållbarhet eller design, tillgänglighet för brukarna, säkerhet, miljöaspekter, volymen nyttigheter osv.

En kommun är inte heller enligt avgiftslagen förhindrad att ta ut en högre ersättning än den taxa som kommunens kommunfullmäktige för närvarande har beslutat om. Det föreligger följaktligen ingen normkonflikt i detta hänseende. Avgiften måste dock vara beslutad i enlighet med avgiftslagen och av kommunfullmäktige, vilket den monetära ersättningen inte är. Den beslutsordningen hindrar alltså inte genomförandet av koncessionsdirektivet.

Det föreligger följaktligen ingen normkonflikt mellan koncessionsdirektivet och avgiftslagen och den grundläggande förutsättningen för direktivkonform tolkning föreligger därmed inte i målet. Även om det rent hypotetiskt skulle anses föreligga en normkonflikt förutsätter en direktivkonform tolkning att konflikten, eller ”gapet”, mellan koncessionsdirektivet och avgiftslagen inte är för stort så att det kan överbryggas med tolkning. Direktivkonform tolkning är inte möjlig om den nationella bestämmelsen är så klar och precis att en direktivkonform tolkning skulle strida mot dess lydelse. Det finns inte någon oklarhet eller något tolkningsutrymme i avgiftslagen. Regeln om att det är kommunfullmäktige som ska besluta om grunderna för avgifterna för användningen av offentlig plats är klar och precis. Om den regeln skulle anses stå i vägen för koncessionsdirektivet (vilket alltså inte är fallet) skulle en sådan normkonflikt vara total. Direktivkonform tolkning kan därmed under inga omständigheter tillämpas.

Det bör noteras att kommunen inte refererar till någon ingresspunkt, än mindre någon artikel i koncessionsdirektivet, där det anges att den upphandlande myndigheten ska, måste eller har rätt att göra en god/förmånlig affär. Någon sådan finns inte heller. Vad gäller kravet i direktivet/LUK på att utvärderingskriterier bland annat ska fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten, är det uppenbart att denna bestämmelse inte uttrycker någon grund för betalning till myndigheten eller affärsstöd för att uppnå en kommersiellt god affär.

Kommunen för i denna del fram bl.a. följande.

Avgiftslagen är inte tillämplig på koncessionsersättningen. Utöver upplåtelse av platser för gatumöblerna och utrymmen för utomhusreklam gör kommunen även ett åtagande om exklusivitet inom ett betydligt större område i anslutning till de upplåtna platserna. Kommunen tar ut avgift enligt av kommunfullmäktige fastställd taxa och en koncessionsersättning för den exklusivitet koncessionshavaren får enligt avtal med kommunen. Exklusiviteten utgör inte i sig

någon markkupplåtelse men måste kunna beaktas inom ramen för en komplex avtalsrelation under LUK. Det är uppenbart att denna exklusivitet har ett värde för koncessionshavaren. Med hänsyn till förutsättningarna i upphandlingen bedöms att koncessionshavarens intäktsmöjligheter ger utrymme för betalning av betydligt högre belopp men kommunen har försiktigtvis angett ett minsta belopp årligen om 1 miljon kronor med möjlighet för anbudsgivare att ange högre belopp. Enligt kommunens uppfattning behövs detta för att koncessionshavaren ska ta annat än en försumbar verksamhetsrisk i enlighet med LUK. På detta sätt åstadkoms en reell övergång av verksamhetsrisk i överensstämmelse med koncessionsdirektivets och LUK:s syften.

Kommunen konstaterar att JCDecaux endast skriver om verksamhetsrisk i teoretiska och allmänna ordalag utan att peka på någon kvantifierbar eller reell risk. Skälet till denna avsaknad av konkretion från JCDecaux sida är att det inom ramen för här aktuell koncession inte uppkommer någon reell verksamhetsrisk utan koncessionsersättning. Det är inte förenligt med LUK och koncessionsdirektivet att upphandla koncessioner som i praktiken innebär att koncessionshavaren säkrar vinst.

Kommunen har ingen ytterligare förklaringsbörda. I sammanhanget ska dock noteras att JCDecaux, som sedan 1990 haft gällande koncessionsavtal för reklamfinansierade gatumöbler med kommunen, noga undviker att ge sig in på resonemang kring lönsamheten i den aktuella koncessionen utan helt håller sig till resonemang av allmän karaktär. Det enkla skälet till detta är att i det fall som nu är föremål för bedömning skulle JCDecaux med dess föreslagna tillämpning av avgiftslagen i praktiken få en garanterad minimiintäkt.

Koncessionsupphandlingen lyder under LUK som bygger på koncessionsdirektivet. Syftet med LUK och koncessionsdirektivet är att säkerställa konkurrens och förmånliga affärer för offentlig sektor. För att uppnå detta måste kommunen ta vederbörlig hänsyn till verksamhetsrisk och de värden som koncessionen

kan generera för kommunen. Här är det fråga om upphandling av ett komplext och långsiktigt avtal och kommunen ska därför, som det uttrycks i skäl 68 till koncessionsdirektivet, ”ges avsevärd flexibilitet” när det gäller att utforma upphandlingen. Kommunen måste inom ramen för upphandlingen kunna beakta alla delar av det avtalsförhållande som uppkommer med koncessionshavaren.

Avgiftslagen kan inte tillåtas förhindra att kommunen upphandlar koncessionen på de villkor marknaden erbjuder och kommunen måste i detta fall ha möjlighet att undersöka vilken verksamhetsrisk som marknadens aktörer anser är tolerabel.

Koncessionsersättningen har stöd i LUK, som tillkommit senare än avgiftslagen, och grunderna för denna. Härav följer att JCDecaux argument om att koncessionsersättningen skulle strida mot avgiftslagen och därmed vara oproportionerlig faller.

Avgiftslagen kan inte ses isolerad från LUK. LUK är en specialreglering för koncessionsupphandling och har därmed tolkningsföreträde enligt svensk lagtolkningstradition. I och med att LUK bygger på ett EU-direktiv har domstolarna dessutom en skyldighet att göra en direktivkonform tolkning. Vid denna tolkning ska domstolen bortse från äldre nationell praxis och motiv i den mån dessa skulle kunna förhindra det resultat som koncessionsdirektivet syftar till. Detta leder till slutsatsen att avgiftslagen inte träffar den aktuella koncessionsersättningen.

Avgiftslagen ska alltså inte tillämpas i detta fall. LUK och avgiftslagen är två olika lagar som grundas på helt skilda syften och som inte kan tillämpas samtidigt. I detta fall ska avgiftslagen lämnas utan avseende.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kommunen har utformat den aktuella upphandlingen på så sätt att koncessionshavaren måste acceptera att betala en årlig ersättning om minst 1 miljon kronor till kommunen, utöver den kommunala markupplåtelseavgift som är beslutad av kommunfullmäktige. Vidare har kommunen utformat utvärderingsmodellen på så sätt att leverantörerna kan erbjuda en högre årlig ersättning än så och att detta vägs in vid utvärderingen. JCDecaux har fört fram att kravet respektive tilldelningskriteriet avseende en monetär ersättning strider mot avgiftslagen och att det i förlängningen innebär att upphandlingen har utformats i strid med proportionalitetsprincipen.

I 1 § avgiftslagen anges bl.a. följande. Om tillstånd enligt 3 kap. 1 § ordningslagen har lämnats i fråga om sådan offentlig plats som står under kommunens förvaltning, får kommunen ta ut ersättning för användningen. Ersättning utgår i form av en avgift med belopp, som kan anses skäligt med hänsyn till ändamålet med upplåtelsen, nyttjarens fördel av denna, kommunens kostnader med anledning av upplåtelsen och övriga omständigheter. Grunder för beräkning av avgiften beslutas av kommunfullmäktige.

JCDecaux menar att den monetära ersättningen på minst 1 miljon kronor avser ersättning för användning av offentlig plats och att kommunen inte kan utforma upphandlingsunderlaget på det aktuella sättet då ersättning enligt avgiftslagen måste beslutas av kommunfullmäktige och fastställas till ett skäligt belopp.

Kommunen menar att den monetära ersättningen på minst 1 miljon kronor avser ersättning för kommunens åtagande om exklusivitet inom ett område i anslutning till de upplåtna platserna för gatumöbler och utrymmen för utomhusreklam. Kommunen menar att exklusiviteten inte i sig utgör någon markupplåtelse.

I upphandlingsdokumenten anges att kommunen förbinder sig att på ett avstånd av 20 meter framför och bakom leverantörens vitriner verka för att nya vitriner av liknande slag, tillhörande annat företag, inte sätts upp på allmän plats där kommunen är markägare.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunens åtagande i och för sig inte innebär att något ska ställas upp på det aktuella området kring vitrinerna. Åtagandet innebär inte heller att möjligheten att använda ytan till annat än upplåtelse av plats för reklamvitriner begränsas. Förvaltningsrätten anser dock att åtagandet måste ses som en oskiljaktig del av upplåtelsen av platsen för vitrinerna. Ett annat synsätt skulle möjliggöra kringgående av avgiftslagen. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att den monetära ersättningen avser ersättning för användning av offentlig plats i den mening som avses i avgiftslagen. Sådan ersättning ska enligt avgiftslagen beslutas av kommunfullmäktige och fastställas på förhand till ett skäligt belopp. Den monetära ersättningen är inte fastställd på det sättet.

Kommunen menar att en koncessionsersättning behövs för att koncessionshavaren ska ta annat än en försumbar verksamhetsrisk i enlighet med LUK, och att koncessionsersättningen därför har stöd i den lagen.

För att det ska vara fråga om en koncession krävs enligt 1 kap. 13 § LUK att kontraktet mellan en upphandlande myndighet och en koncessionshavare innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren. I 1 kap. 22 § LUK anges att det med verksamhetsrisk avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda.

Med övertagande av verksamhetsrisk avses enligt 1 kap. 23 § LUK att en koncessionshavare genom koncessionen, vid normala verksamhetsförhållanden,

1. inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid utnyttjandet av det byggnadsverk eller tillhandahållandet av de tjänster som är föremål för koncessionen, och

2. utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden på så sätt att eventuella uppskattade förluster för koncessionshavaren inte är endast nominella eller försumbara.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen i den aktuella upphandlingen inte garanterar koncessionshavaren intäkter som överstiger de investeringar som koncessionshavaren behöver göra i gatumöbler och skötsel av dessa. Det är till och med så att kommunen inte ska betala någon ersättning alls till koncessionshavaren, utan koncessionshavarens intäkter förväntas komma från aktörer som vill betala för att få sätta upp reklam i gatumöblerna. Koncessionshavaren står ensam risken för att denne får täckning för investeringar i gatumöblerna och kostnaderna för driften och underhållet. JCDecaux har redogjort för vilka risker det finns på den aktuella marknaden. Bolaget har fört fram att dessa risker innefattar t.ex. att reklamköpare inte köper de reklamplatser som omfattas av avtalet, att reklamintäkterna inte blir så stora som koncessionshavaren har räknat med och att kostnaderna för material, tjänster och personal går upp.

Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att koncessionshavaren i upphandlingen inte är garanterad att kompenseras för sina kostnader och att koncessionshavaren utsätts för en verklig exponering för förändringar på marknaden. Förvaltningsrätten bedömer att det därmed inte är nödvändigt att upphandlingen innefattar en monetär ersättning för att en verksamhetsrisk ska anses övergå.

Även om verksamhetsrisken inte hade kunnat anses gå över i upphandlingen utan den monetära ersättningen hade inte LUK kunnat tillämpas före avgiftslagen på den grunden att LUK stiftats senare. LUK hade inte heller kunnat tillämpas före avgiftslagen i egenskap av speciallagstiftning. LUK gäller i och

för sig förfarandet vid upphandling av koncessioner men det är avgiftslagen som gäller den specifika frågan om kommuners rätt att ta ut avgifter för användning av offentlig plats.

Kommunen menar att om förvaltningsrätten inte anser att det med sedvanlig svensk lagtolkning kan konstateras att avgiftslagens avgiftsbegränsningar inte har bäring på den del av koncessionen som avser exklusiviteten, följer en sådan tolkning av direktivkonform tolkning. Förvaltningsrätten anser att kraven i avgiftslagen inte är oförenliga med bestämmelser i LUK eller unionsrätten. Detta innebär att det inte föreligger någon normkonflikt som behöver lösas genom tolkning.

Vad som står i skäl 68 till koncessionsdirektivet om att upphandlande myndigheter vid upphandling enligt LUK bör ges avsevärd flexibilitet när det gäller att fastställa och organisera förfarandet vid val av koncessionshavare förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Inte heller förändrar det förvaltningsrättens bedömning att det är fråga om ett avtal av viss komplexitet.

Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att kommunen genom att uppställa krav på att en monetär ersättning ska betalas av koncessionshavaren och lägga ersättningens storlek till grund för utvärderingen i upphandlingen har utformat upphandlingen i strid med avgiftslagens krav på att ersättning för användning av offentlig plats ska beslutas av kommunfullmäktige och fastställas av det organet till ett skäligt belopp.

JCDecaux menar att detta innebär att upphandlingen har utformats i strid med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad

som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Det första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att tillgodose det avsedda ändamålet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se t.ex. HFD 2016 ref. 37 och EU-domstolens avgörande den 27 oktober 2005 i mål C-234/03 Contse).

Kommunens ändamål med den monetära ersättningen tycks vara att kommunen ska kunna undersöka vad marknaden är beredd att betala för att få den aktuella koncessionen, så att kommunen kan göra en så god affär som möjligt.

Utformningen av upphandlingen i de aktuella delarna får anses ägnad att tillgodose det ändamålet. Det kan dock inte anses nödvändigt att utforma upphandlingen på ett sätt som strider mot avgiftslagen. Kommunen hade t.ex. kunnat undersöka vad upphandlingen är värd för potentiella anbudsgivare genom att justera andra krav i upphandlingen och på det sättet göra en mer förmånlig affär. Kommunfullmäktige skulle också kunna besluta om en annan avgift för användning av offentlig plats i kommunen, så länge den är skälig. Den fördel som kommunen får genom att utforma upphandlingen på det aktuella sättet kan inte heller anses stå i rimlig proportion till den nackdel som det innebär för potentiella leverantörer att behöva acceptera villkor som är utformade i strid med svensk lag.

Detta innebär att upphandlingen, i de delar som avser den monetära ersättningen, har utformats i strid med proportionalitetsprincipen.

Den monetära ersättningens anknytning till det som ska anskaffas

JCDecaux för i denna del fram bl.a. följande.

Anknytningsrekvisitet i 13 kap. 1 § LUK ska bedömas mot koncessionsföremålet. Ett koncessionsföremål enligt LUK avser sådan offentlig verksamhet som upphandlande myndigheter genom koncessionen överlåter på koncessionshavaren att utföra gentemot allmänheten istället för den upphandlande myndigheten. Den nu aktuella anskaffningen från kommunen avser en koncession där koncessionshavaren istället för kommunen tillhandahåller allmänna nyttigheter avseende väderskydd, offentliga toaletter och stadsinformation. Det är därmed detta specifika upphandlingsföremål som tilldelningskriteriernas anknytning ska bedömas mot.

Att koncessionsföremålet är reklamfinansierat innebär inte att koncessionsföremålet är utomhusreklam. Det saknas i upphandlingen ett krav på att koncessionshavaren måste tillhandahålla reklamytor till reklamköpare i koncessionen. Koncessionshavaren är fri att finansiera koncessionen på vilket sätt som helst. Skyldigheten att tillhandahålla koncessionsföremålet till marknaden/brukarna är en inneboende egenskap i en koncession som skiljer koncessionen från tillstånd eller licenser att bedriva viss verksamhet. Försäljning av reklamyta utomhus till köpare av utomhusreklam utgör inte heller en kommunal angelägenhet och utgör således inte sådan offentlig verksamhet som kan överlåtas på en koncessionshavare. Försäljningen av reklamyta utgör finansieringen av koncessionsföremålet och utgör alltså inte själva upphandlings- eller koncessionsföremålet.

Tilldelningskriteriet *Monetär ersättning* avser en ren betalning till kommunen. Den betalning som utvärderas saknar helt anknytning till hur anbuden är utformade avseende gatumöblernas utformning, funktionalitet, miljömässiga egenskaper, hur snabbt de kan etableras, tjänsternas tillgänglighet eller kvalitet i övrigt utifrån kommunens eller brukarnas perspektiv. Tilldelningskriteriet tar

enbart sikte på anbudsgivarnas vilja och förmåga att betala pengar till kommunen för tillgången till offentlig plats, vilket strider mot svensk lag. Det rör sig om en ren betalning som ska göras oavsett hur väl koncessionen utförs. Ersättningen ska till och med utgå med samma belopp oavsett om tjänsterna tillhandahålls eller inte. Ersättningen har därmed ingen anknytning alls till det som anskaffas. Tilldelningskriteriet saknar alltså en sådan upphandlingsrättsligt obligatorisk anknytning till det som anskaffas genom upphandlingen och strider därmed mot kravet på anknytning i 13 kap. 1 § LUK.

Kommunen för i denna del fram bl.a. att villkoret om anknytning till upphandlingsföremålet är uppfyllt då koncessionshavarens reklamintäkter har en direkt anknytning till koncessionen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av 13 kap. 1 § LUK framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som har anknytning till det som ska anskaffas.

Kommunen har i upphandlingen krävt att anbudsgivarna ska acceptera att de årligen ska erlägga en ekonomisk ersättning för koncessionen. Storleken på offererad monetär ersättning är en faktor vid utvärderingen av vilken anbudsgivare som ska tilldelas koncessionen. JCDecaux anser att detta tilldelningskriterium inte uppfyller kravet i 13 kap. 1 § LUK på att ett tilldelningskriterium ska ha anknytning till det som ska anskaffas.

Förvaltningsrätten gör liksom JCDecaux bedömningen att anknytningen ska bedömas i förhållande till de gatumöbler som kommunen avser att anskaffa genom koncessionen. Förvaltningsrätten gör dock bedömningen att den monetära ersättningen har anknytning till de aktuella gatumöblerna då det är

fråga om vad anbudsgivaren är villig att betala för att få tillhandahålla kommunen gatumöblerna och därmed få tillgång till de intäktsmöjligheter som möblerna innebär. Förvaltningsrätten anser därmed inte att tilldelningskriteriet *Monetär ersättning* strider mot kravet på anknytning i 13 kap. 1 § LUK. Kommunen har därmed inte brutit mot LUK i detta avseende.

Sammanblandning av kvalificering och utvärdering

JCDecaux för i denna del fram bl.a. följande. Enligt tilldelningskriteriet i avsnitt 5.3.1.1 i upphandlingsdokumentet utvärderas anbudsgivarnas beskrivning av den projektorganisation som avses användas vid etableringen av gatumöblerna i samband med avtalsstart. För att tilldelas poäng räcker det att leverantören nämner de efterfrågade rollerna och funktionerna i en organisationsskiss, att leverantören beskriver de offererade rollernas huvudsakliga ansvar och funktion samt att leverantören beskriver någon huvudaktivitet som den bedömer vara relevant för att klara etableringen. Eftersom det i avsnitt 5.3.1.1 anges att detta *ska* anges, är det ett obligatoriskt krav att beskrivningen minst ska innefatta detta, dvs. detta utgör en miniminivå. Kriteriet tar därmed enbart sikte på att fastställa miniminivån och grundläggande funktioner i leverantörens organisation, dvs. dess allmänna förmåga att utföra uppdraget på ett bra sätt. Såsom tilldelningskriteriet är utformat sker därmed ingen utvärdering alls av några relativa fördelar med anbudet jämfört med varandra, såsom hur väl organisationen är utformad eller hur skickliga eller vilken erfarenhet offererade roller/personer har. Tilldelningskriteriet avser därmed leverantörens allmänna förmåga att utföra koncessionen, dvs. sådana aspekter som är hänförliga till kvalificeringsfasen, istället för mervärden i leverantörens anbud. Kriterier som huvudsakligen avser leverantörens förmåga att utföra avtalet (dvs. erfarenhet, kvalifikationer och resurser) utgör inte tilldelningskriterier. Sådana aspekter är hänförliga till kvalificeringsfasen och utgör därmed ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen eftersom de inte är ägnade att identifiera det bästa anbudet. Tilldelningskriteriet strider därför mot de allmänna principerna för upphandling i 4 kap. 1 § LUK.

Kommunen för i denna del fram bl.a. följande. Upphandlande myndighet har enligt praxis stor frihet vid framtagande av utvärderingsmodell och affärs-
mässig värdering av anbudet. Som framgår av avsnitt 5.3.1.1 i upphandlings-

dokumentet har kommunen bedömt att det i kvalitativt hänseende är fördelaktigt för etableringen av aktuell koncession att leverantören har just de i nämnda avsnitt angivna funktionerna. I punkterna b. c. och d. i avsnittet anges närmare hur anbudsgivarna ska gå till väga för att visa i vad mån de tillhandahåller en sådan för uppdraget fördelaktig organisation. Det är alltså fråga om en kvalitativ värdering enligt punkterna b. c. och d. som möjliggör bedömning av anbuds relativa fördelar jämfört med andra anbud med en annan projektorganisation. En av de erfarenheter kommunen gjort genom åren är vikten av en kunnig och effektiv organisation hos leverantören för den sökta tjänsten. Detta kommer till uttryck i upphandlingsdokumentets avsnitt 5 där det också värdesätts bland annat genomförandet av nyetablering samt tiden för leveransklara väderskydd. Det är således inte leverantörens allmänna förmåga som behandlas i detta avsnitt. De uppställda kraven är adekvata för tillhandahållande av tjänster med aktuell komplexitet. De uppställda utvärderingskriterierna har en särskiljande effekt genom att de säkerställer att avtalet tilldelas den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet ska enligt 13 kap. 1 § första stycket LUK tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som

1. är förenliga med de principer som anges i 4 kap. 1 §,
2. har anknytning till det som ska anskaffas
3. säkerställer att anbuderna bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och
4. inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas, under vissa förutsättningar. En förutsättning är att en utvärdering kan göras på grundval av de valda kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Det följer av praxis från EU-domstolen att anbudsutvärderingen inte får sammanblandas med leverantörskvalificeringen, som styrs av andra regler. Av EU-domstolens avgörande den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (Lianakis m.fl.) framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra ett projekt inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning.

JCDecaux menar att tilldelningskriteriet *Projektorganisation vid etablering* innebär en otillåten sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen i upphandlingen.

I det aktuella upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande.

5.3.1.1 Projektorganisation för etablering



Leverantören ska bifoga en beskrivning över den projektorganisation som avses användas för etablering av gatumöbler i samband med avtalsstart. Projektorganisationen ska säkerställa de krav på etableringen som framgår i upphandlingsdokumentet (avtal med bilagor). Projektorganisationen ska minst innefatta projektledare och byggledning samt funktion som ska hantera och ansvara för ansökningar rörande nödvändiga tillstånd från myndighet. Projektorganisationen ska även innefatta en beskrivning av de offererade rollernas huvudsakliga ansvar och funktion.

En sammanställning av de huvudaktiviteter som anbudsgivaren har identifierat och som bedöms relevanta för att klara etableringen ska ingå i beskrivningen av projektorganisationen.

a. Bifoga projektorganisation för etablering. Beskrivningen av projektorganisationen ska lämnas in i Word eller PDF-format och omfatta maximalt fem sidor. Namnge gärna filen: Projektorganisation_[LEVERANTÖR]

Bifogad fil



b. Organisationsskissen innefattar minst de roller och funktioner beskrivna ovan



1 SEK

Fasta svarsalternativ. Ja (1 SEK), Nej (0 SEK)

c. Beskrivning av de offererade rollernas huvudsakliga ansvar och funktion ingår.



1 SEK

Fasta svarsalternativ. Ja (1 SEK), Nej (0 SEK)

d. Beskrivning av huvudaktiviteter som anbudsgivaren har identifierat och som bedöms relevanta för att klara etableringen ingår.



1 SEK

Fasta svarsalternativ. Ja (1 SEK), Nej (0 SEK)

Förvaltningsrätten bedömer att det aktuella avsnittet är utformat som minimikrav som syftar till att säkerställa att anbudsgivaren klarar av att utföra uppdraget enligt kraven i upphandlingsdokumentet. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att tilldelningskriteriet *Projektorganisation för etablering* inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har därmed i denna del utformat upphandlingen i strid med LUK.

Transparens och likabehandling avseende tilldelningskriterium

JCDecaux för i denna del fram bl.a. följande. Enligt tilldelningskriteriet i avsnitt 5.3.1.3 i upphandlingsdokumentet ska en anbudsgivare lämna en beskrivning av hur den kan uppnå flexibilitet i samband med etablering. Det ges ingen ledning för vad som tillmäts betydelse för att anbudsgivaren ska uppnå en viss nivå. Det framgår inte heller vilken skillnaden är mellan de olika nivåerna eller vad som utgör miniminivån för bedömningen, dvs. vad som minst förväntas uppnås och vad som därutöver utgör mervärde. Det är omöjligt att veta hur en beskrivning ska utformas för att tilldelas mervärde och hur detta kommer att bedömas. De genuint otydliga nivåskillnaderna ger kommunen ett

obegränsat utrymme för godtycke och det kan inte säkerställas att anbudsgivarna behandlas lika vid utvärderingen. Tilldelningskriteriet strider därför mot likabehandlings- och transparensprincipen i 4 kap. 1 § LUK.

Kommunen för i denna del fram bl.a. följande. I avsnitt 5.3.1.3 i upphandlingsdokumentet anges tydligt i vilka avseenden leverantören behöver säkerställa flexibilitet. I tidsmässigt avseende anges med upplysningen att perioden för av- och nyetablering av väderskydd i samband med avtalsstart förväntas vara mellan två och sex veckor. I punkten lämnas också upplysningar om hur flexibilitet förväntas kunna uppnås rent fysiskt bland annat genom att leverantören har en uppställningsplats för samlad uppställning av väderskydd. Det upplyses att en sådan uppställningsplats inte kommer att tillhandahållas av kommunen. Det framgår vidare att uppställningsplatsens storlek och kapacitet med avseende på exempelvis omfattning, maskinpark, transporter och underleverantörer och hur densamma kan anpassas bedöms vara relevanta faktorer för flexibiliteten. Det framgår klart och tydligt i vilka avseenden kommunen efterfrågar flexibilitet och kommunen har även angett sätt på vilka flexibiliteten kan uppnås samt vad leverantörens beskrivning bör innefatta i form av beskrivningar av maskinpark m.m. Detta visar att innehållet i kommunens upphandlingsdokument utformats på sätt som är väl ägnat att uppfylla såväl transparens- som likabehandlingsprincipen med avseende på aktuell flexibilitet. Det finns ingen otydlighet utan tvärtom ges tydlig ledning för vad som tillmäts betydelse för att anbudsgivaren ska uppnå angivna nivåer.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Av principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LUK följer att tilldelningskriterier ska utformas på ett sådant sätt att varje leverantör utifrån upphandlingsdokumentet kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett

konkurrenskraftigt anbud. En utvärderingsmodell som inte är optimalt utformad får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LUK och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

I det aktuella upphandlingsdokumentet anges bl.a. följande.

5.3.1.3 Flexibilitet i samband med etablering



Innan etableringsstart ska leverantören ta fram en detaljerad tid- och skedesplan för av- och nyetablering tillsammans med beställarna och avetablerande företag. Perioden för av- och nyetablering av väderskydd i samband med avtalsstart kommer troligtvis vara mellan två och sex veckor. Av- och nyetablering kan alltså komma att ske under en längre eller kortare tidsperiod vilket kräver flexibilitet hos leverantören. Uppställningsplats för samlad uppställning av väderskydd är ett sätt att möjliggöra flexibiliteten i samband med etablering. Beställarna kommer inte tillhandahålla en uppställningsplats i, eller i närheten av, Uppsala.

Leverantören ska inkomma med en beskrivning av hur den efterfrågade flexibiliteten kan uppnås. Beskrivningen ska ange om en uppställningsplats, i eller i närheten av Uppsala, kommer att användas, samt i så fall storleken/kapaciteten för denna. Beskrivningen bör vidare innefatta en övergripande beskrivning av entreprenaden (med avseende på till exempel omfattning, maskinpark, transporter och underleverantörer) och hur den kan anpassas för att möta kraven på flexibilitet under etableringsperioden.

a. Bifoga en beskrivning av hur den efterfrågade flexibiliteten kan uppnås. Beskrivningen ska lämnas in i Word eller PDF-format. Namnge gärna filen: Flexibilitet_[LEVERANTÖR]



Bifogad fil

b. Utvärdering av beskrivning



Fasta svarsalternativ. Leverantören visar på ett mycket bra sätt hur flexibiliteten kan säkerställas under etableringsperioden i enlighet med vad som krävs och efterfrågas av köparen. (5 SEK),
Leverantören visar på ett acceptabelt sätt hur flexibiliteten kan säkerställas under etableringsperioden i enlighet med vad som krävs och efterfrågas av köparen. (3 SEK),
Leverantören har inte kunnat visa på ett acceptabelt sätt hur flexibiliteten kan säkerställas under etableringsperioden i enlighet med vad som krävs och efterfrågas av köparen. (0 SEK)

JCDecaux menar att det är otydligt hur detta kriterium, som är en del av anbudsutvärderingen i upphandlingen, ska bedömas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är fråga om en sådan typ av tilldelningskriterium där det kan vara svårt för den upphandlande myndigheten att i upphandlingsdokumentet ange exakt hur bedömningen ska ske. Förvaltningsrätten anser att ett visst mått av subjektiv bedömning hos den upphandlande myndigheten är ofrånkomligt. Med detta som bakgrund anser förvaltningsrätten att den

information som har angetts får anses ge anbudsgivarna en tillräckligt god möjlighet att förutse vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten gör därmed bedömningen att JCDecaux inte har visat att utvärderingskriteriet *Flexibilitet i samband med etablering* har utformats i strid med likabehandlings- eller transparensprincipen.

Skada

JCDecaux har i denna del fört fram bl.a. följande. JCDecaux har lidit eller riskerar att lida skada på grund av överträdelserna. JCDecaux har ett stort intresse av att utföra den nya koncessionen. JCDecaux har tidigt försökt att få kommunen att korrigera upphandlingen så att denna kan ske på ett korrekt sätt i närtid och utan större tidsförskjutning, men kommunen har inte rättat de fel och brister som föreligger. Trots JCDecaux intresse och koncessionsavtalets stora betydelse har JCDecaux tvingats avstå från att lämna anbud i upphandlingen eftersom upphandlingen är behäftad med en mängd allvarliga upphandlingsfel. Bristerna är så pass allvarliga att det inte är möjligt att lämna konkurrenskraftiga och ändamålsenliga anbud som bedöms mot transparenta, proportionerliga och i övrigt lagliga krav och kriterier. Om upphandlingen görs om utan upphandlingsfelen och lagöverträdelserna har JCDecaux möjlighet att lämna ett anbud och tilldelas koncessionsavtalet i en upphandling där de allmänna principerna för upphandling iakttas.

Kommunen har inte bestridit JCDecaux påstående att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd av de fel som bolaget har gjort gällande i målet.

Förvaltningsrätten bedömer att JCDecaux på ett tillräckligt tydligt sätt har konkretiserat hur bolaget menar att det har lidit eller riskerat att lida skada. Det har inte kommit fram annat än att bolaget gjort det som kunnat krävas för att undvika att skada uppkommer. Förvaltningsrätten bedömer mot denna

bakgrund att JCDecaux har visat att bolaget i vart fall riskerat att lida skada till följd av de konstaterade bristerna i upphandlingen.

Slutsatser

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att kommunen i vissa avseenden har brutit mot LUK och att det har medfört att JCDecaux riskerat att lida skada. Förutsättningarna för att ingripa mot upphandlingen är alltså uppfyllda, varför ansökan om överprövning ska bifallas. Då bristerna i fråga har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede måste upphandlingen göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 1 juli 2021 upphör i och med detta avgörande att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Johan Rick
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Jolinn Andersson Engblom.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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.

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.