



SÖKANDE

Marfina S.L., B59372755

Ombud:

Advokat Olof Hallberg
Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Biträdande jurist Robin Heimdahl
Biträdande jurist Miranda Hermansson
Cirio Advokatbyrå AB
Box 3294
103 65 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms stad, trafikkontoret
Box 8311
104 20 Stockholm

Ombud:

Stadsadvokat Malin Lindvall

2. VOI Technology AB, 559160-2999 och UIP Holding AS, 919 899 271

Ombud:

Advokat Sylvia Lindén
Biträdande jurist Jens Nilsson
Kilpatrick Townsend & Stockton Advokat KB
Box 5421
114 84 Stockholm

SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från VOI Technology AB och UIP Holding AS inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten avvisar VOI Technology AB:s och UIP Holding AS:s yrkande att Stockholms stad ska genomföra en kvalificering av Marfinas S.L.:s anbud och därefter ges tillfälle att yttra sig över VOI Technology AB:s och UIP Holding AS:s yttrande (förvaltningsrättens aktbilaga 36).

BAKGRUND

Stockholms stad, trafikkontoret (Staden) genomför upphandlingen Lånecykelsystem och stadsinformation (T2018-03269). Vid upphandlingen tillämpas lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). I tilldelningsbeslut den 28 maj 2019 tilldelades VOI Technology AB och UIP Holding AS (VOI/UIP), som lämnat anbud som grupp, tjänstekoncessionen i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Marfina S.L. (Marfina) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att anbudet från VOI/UIP förkastas. I andra hand yrkar Marfina att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om i dess helhet.

Marfina anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. VOI/UIP uppfyller inte kvalificeringskravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. I de administrativa föreskrifterna framgår att anbudsgivaren ska styrka sin förmåga genom att ha utfört minst ett referensuppdrag. VOI/UIP har hänvisat till Oslo Bysykkel som referensuppdrag. Detta uppdrag utförs dock inte av UIP utan av dess dotterbolag UIP Oslo Bysykkel AS (UIP Oslo Bysykkel). UIP Oslo Bysykkel har ett annat organisationsnummer än UIP. Detta innebär att VOI/UIP måste åberopa UIP Oslo Bysykkels kapacitet för att uppfylla kvalificeringskravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

VOI/UIP har endast åberopat UIP:s kapacitet. Redan av detta skäl borde Staden rätteligen ha förkastat anbudet från VOI/UIP. För det fall det ändå skulle anses att VOI/UIP inte explicit behöver åberopa UIP Oslo Bysykkels kapacitet framgår det av lag att anbudsgivaren måste visa att den förfogar över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden. Under alla omständigheter måste alltså VOI/UIP ha ett bindande åtagande från UIP Oslo Bysyssel för att kunna förlita sig på dess kapacitet. UIP Oslo Bysyssel har inte upprättat något sådant åtagande. Staden har således begått ett upphandlingsrättsligt fel när den kvalificerat VOI/UIP i upphandlingen, trots att gruppen inte visat att den uppfyller kvalificeringskraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

VOI/UIP har i strid med krav i upphandlingen lämnat in delar av sitt anbud på annat språk än svenska. Staden har under utvärderingen utnyttjat sin rätt att begära in kompletterande handlingar från VOI/UIP. VOI/UIP har då kommit in med tre handlingar upprättade på engelska och en på norska. Inget av dokumenten är att anse som ett sådant myndighetscertifikat som kan tillåtas att lämnas in på annat språk än svenska. Staden borde därför rätteligen ha förkastat anbudet från VOI/UIP.

Marfina placerades på andra plats i upphandlingen. Marfina hade alltså, för det fall VOI/UIP:s anbud rätteligen hade förkastats, tilldelats kontrakt i upphandlingen. Stadens överträdelser har därför medfört skada för Marfina i den mening som avses i 16 kap. 6 § LUK

Staden bestrider Marfinas talan och anför i huvudsak följande. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LUK. Upphandlingen uppfyller lagens krav på öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Anbudet som har antagits uppfyller samtliga krav i upphandlingen och har erhållit högst total anbudspoäng.

Det bestrids att kvalificeringskravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet inte är uppfyllt av VOI/UIP. Referensuppdraget har utförts av UIP:s helägda dotterbolag. Om leverantören utgör ett moderbolag i en koncern, kan detta tillgodoräkna sig sina dotterbolags kapacitet och resurser. Det finns stöd i doktrin för att ett moderbolag inte behöver presentera ett åtagande från sitt dotterbolag för att kunna tillgodoräkna sig dess kapacitet och resurser.

Det bestrids att VOI/UIP har lämnat in delar av anbudet på annat språk än svenska. De handlingar som Marfina hänvisar till omfattas inte av anbudet utan utgörs av handlingar som staden inhämtat. Det finns inget som hindrar att handlingar på andra språk än svenska lämnas in så länge Staden kan tillgodogöra sig innehållet i handlingarna och genomföra kontrollen. Sökanden har inte visat att upphandlingen har genomförts i strid med LUK.

VOI/UIP har beretts tillfälle att yttra sig i målet och anför i huvudsak följande. VOI/UIP bestrider bifall till Marfinas ansökan om överprövning. VOI/UIP:s anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i lag eller mot någon av de grundläggande principerna genom att anta bolagens anbud. Marfina har inte lidit och riskerar inte att lida någon skada.

Angående kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet anför VOI/UIP bl.a. följande. VOI/UIP delar Stadens uppfattning att ett moderbolag kan tillgodoräkna sig sitt dotterbolags resurser. UIP Oslo Bysykkel är ett helägt dotterbolag till UIP. UIP och dotterbolaget har samma VD och en i det närmaste identisk styrelsesammansättning. Ett nytt bolag sätts upp för varje stad där UIP tillhandahåller cykelsystem. Uppdraget i Oslo liksom UIP:s uppdrag i andra norska städer styrs av sex anställda i UIP. I dotterbolaget finns endast lokala driftorganisationer som står under direkt kontroll och ledning av UIP. För uppdraget i Stockholm är tanken densamma. Det är alltså UIP som har teknisk och yrkesmässig erfarenhet av att starta upp,

driva och styra en organisation. Enligt praxis är det vidare möjligt att åberopa referensuppdrag som genomförts inom samma koncern. Det har alltså inte varit nödvändigt för VOI/UIP att åberopa kapacitet av annan och således inte heller att bevisa sådan kapacitet.

Angående språkravet anför VOI/UIP bl.a. följande. Med anbud avses vad som är avfattat på anbudsformuläret och de däri begärda uppgifterna. Marfinas tolkning av språkravet är felaktig. Vidare har Staden genom att ange att certifikat eller liknande kan lämnas in på annat språk än svenska skapat ett utrymme att tillåta handlingar på annat språk i upphandlingen.

VOI/UIP anför vidare att Marfina inte har lidit någon skada med anledning av Stadens tilldelningsbeslut. Marfinas anbud har inte kontrollerats. Det av Marfina åberopade referensuppdraget uppfyller inte Stadens krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Marfinas anbud skulle således vid prövning mot de obligatoriska kraven ha förkastats. Mot denna bakgrund har Marfina inte lidit skada och riskerar inte heller att lida skada. VOI/UIP har under rubriken särskild hemställan anfört att bolagen hemställer att Staden ska genomföra en kvalificering av Marfinas anbud och därefter ges tillfälle att yttra sig över VOI/UIP:s yttrande, (förvaltningsrättens aktbilaga 36).

VOI/UIP har åberopat ett intyg från docent Andrea Sundstrand till stöd för sin talan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

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.

En allmän förvaltningsdomstol får enligt 16 kap. 4 § LUK överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Av 16 kap. 6 § LUK följer att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Kontroll av Marfinas anbud

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten följande beträffande VOI/UIP:s yttrande. Det VOI/UIP anfört avseende brister i Marfinas anbud utgör inte argumentation mot vad som anförts i Marfinas ansökan. Förvaltningsrätten kan därför inte, inom ramen för detta mål, beakta vad VOI/UIP anfört i den delen eller den särskilda hemställan som bolagen framställt (jfr. HFD 2013 ref. 24). Förvaltningsrätten avvisar därför VOI/UIP:s hemställan att Staden ska genomföra en kvalificering av Marfinas anbud och därefter ges tillfälle att yttra sig över VOI/UIP:s yttrande.

Det förvaltningsrätten har att pröva är om Staden, mot bakgrund av vad Marfina har anfört, har handlat i strid med LUK och om detta i sådant fall har medfört att Marfina har lidit eller kan komma att lida skada.

Kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet

Enligt 12 kap. 3 § LUK får en leverantör för en koncession åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

I de administrativa föreskrifterna under rubriken 3.4 ”Teknisk och yrkesmässig kapacitet” anges bl.a. att anbudsgivaren ska styrka sin förmåga avseende yrkeskunnande och erfarenhet genom att ha utfört minst ett uppdrag som uppfyller vissa uppställda krav.

I de administrativa föreskrifterna under rubriken 3.2 ”Tillgång till andra företags kapacitet” framgår bl.a. att om en anbudsgivare vill åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla kraven avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet ska de åberopade företagen samt vad de åberopas för anges i anbudsformuläret.

I dokumentet ”Frågor och svar”, fråga 39, svarar Staden på en fråga angående referensuppdraget. I svaret anges att om uppdraget inte är utfört av det anbudsgivande företaget ska det andra företags kapacitet åberopas för att referensuppdraget ska kunna godkännas. Företag definieras genom sina organisationsnummer, dvs. olika org.nr = olika företag, oavsett ägandeförhållandena dem emellan.

VOI/UIP har i anbudsformuläret uppgett Oslo Bysykkel som sitt referensuppdrag. Av utredningen i målet framgår att uppdraget i fråga inte

utförts av VOI/UIP utan av UIP:s helägda dotterbolag UIP Oslo Bysykkel. UIP och UIP Oslo Bysykkel har olika organisationsnummer och ska enligt upphandlingsdokumenten således ses som två olika företag. För att referensuppdraget ska kunna godkännas krävs därför att VOI/UIP åberopar UIP Oslo Bysykkels kapacitet. Detta har inte skett, varken under rubriken 3.2 "Tillgång till andra företags kapacitet", eller på annan plats i anbudet. Med hänsyn till att VOI/UIP inte kan sägas ha åberopat dotterbolagets kapacitet, saknar det betydelse huruvida VOI/UIP har visat om bolagen kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under koncessionstiden. Det obligatoriska kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet är inte uppfyllt.

Språkravet

I de administrativa föreskrifterna under rubriken 2.7 "Anbudets form och innehåll" anges bl.a. att anbud ska vara avfattat på svenska, med undantag endast för bifogade beskrivningar, ritningar, certifikat och liknande som tillåts vara på engelska.

Under rubriken 2.11 "Prövning och utvärdering av anbudsgivare och anbud" anges bl.a. att den anbudsgivare som har lämnat det mest fördelaktiga anbudet i enlighet med de uppgivna kriterierna kommer att kontrolleras. Beställaren kan då komma att begära in olika bevis och handlingar för att verifiera att kraven är uppfyllda.

I dokumentet "Frågor och svar", fråga nr 38, efterfrågas ett förtydligande avseende de dokument som kan begäras in under utvärderingsprocessen eller under avtalets löptid. Frågan gällde vilka av de nedan uppräknade dokumenten som kan komma att begäras in som kunde vara på engelska.

- Sanningsförsäkran,
- intyg om åberopande av andra företags kapacitet,

- dokumentation som visar att omsättningskravet uppfylls,
- bevis för att anbudsgivare är registrerat enligt nationella krav/lagar,
- undertecknad handling i vilken anbudsgivare accepterar alla upphandlingsdokument/förfrågningsunderlaget samt bevis för att behörig person har undertecknat dokumentet,
- dokument avseende jämställdhet och antidiskriminering,
- projektledares CV, och
- projektplan.

Staden svarade att samtliga nämnda dokument skulle lämnas in på svenska om beställaren begärde in dokumenten. Undantag kunde eventuellt komma att göras för avseende ”bevis för att anbudsgivare är registrerad enligt nationella lagar/krav” beroende på om det som behöver skickas in kommer från en myndighet och eventuellt kan anses vara ett certifikat eller liknande.

Av utredningen i målet framgår att Staden under utvärderingsfasen begärt in handlingar från VOI/UIP och att VOI/UIP kommit in med flera av de begärda handlingarna, bl.a. dokument som visar att omsättningskravet är uppfyllt, på engelska och norska. Staden har anfört att dessa handlingar inte hör till anbudet. Ett krav på att anbud ska vara skrivet på svenska omfattar emellertid i regel även intyg och andra dokument (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 897-14). Vidare framgår det mycket tydligt av Stadens svar på fråga 38 i dokumentet ”Frågor och svar” att de dokument som begärs in i ett senare skede ska lämnas in på svenska. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att det obligatoriska kravet att anbudet ska vara avfattat på svenska inte är uppfyllt. Vad Staden anfört om att det varit möjligt att tillgodogöra sig innehållet i dokumenten ändrar inte den bedömningen.

Skada

Anbudet från VOI/UIP har således inte uppfyllt de obligatoriska kraven på språk samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Genom att trots detta anta VOI/UIP:s anbud har Marfina missgynnats på ett otillbörligt sätt. Stadens förfarande strider därför mot likabehandlingsprincipen. Eftersom Marfinas anbud kom på andra plats i upphandlingen får Marfina anses ha lidit skada till följd av åtgärden. Det finns därmed grund för ingripande enligt LUK. Bristen avser inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede och det har inte heller i övrigt framkommit skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten anser därför att det är tillräckligt att upphandlingen rättas genom en ny anbudsutvärdering vid vilken anbudet från VOI/UIP inte ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Mats Mossfeldt
Rådman

Maria Brodin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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 beslutets datum.

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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.