



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

BESLUT
2015-10-01
Meddelat i Jönköping

Mål nr
4006-15

KONKURRENSVERKET	
2015-10-01	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Noxab i Malmö AB, 556752-0738
Svansjögatan 29
217 66 Malmö

MOTPART

Mariestads kommun
542 86 Mariestad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Noxab i Malmö AB:s ansökan.

BAKGRUND

Mariestads kommun genomför en upphandling av visningstid på digitala infartsskyltar. I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Mariestads kommun önskar etablera digitala skyltar längs E20. Syftet är att ge kommuninformation till besökare, genomresande och invånare om större publika evenemang samt att marknadsföra Mariestad som boende-, turist- och etableringsort. Det ska även vara möjligt att erbjuda företag, främst sådana som är verksamma inom kommunen, plats att marknadsföra sina produkter och tjänster.

Leverantören ska ansvara för och bekosta bygglovsansökan, inköp och installation av skyltarna, löpande service, support och reparationer, iordningställande och underhåll av serviceväg fram till skyltarna, kapacitet och drift för system/program för visning på skyltarna samt annonsbokning och

Dok.Id 174977

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201	Hamngatan 15	036-15 66 00	036-15 66 55	måndag – fredag
550 02 Jönköping		E-post:		08:00-16:00
		forvaltningsrattenijonkoping@dom.se		
		www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se		

försäljning på icke kommunavtalad tid. Vidare ska leverantören stå för 50 procent av samtliga löpande elkostnader och 50 procent av de löpande driftskostnaderna för kommunikation med skyltarna.

Kommunen ska ansvara för och bekosta upplåtelse av mark, framdragning av el och fiber samt skötsel av området runt skyltarna inklusive röjning av vegetation. Vidare ska kommunen stå för 50 procent av samtliga löpande elkostnader och 50 procent av de löpande driftskostnaderna för kommunikation med skyltarna. Inga andra kostnader ska belasta kommunen.

Kommunen ska ha kostnadsfri, fastställd visningstid på skyltarna och vara garanterad minst 25 procent av den totala visningstiden. Kommunens visningar ska vara jämnt fördelade, vilket innebär att i princip var fjärde bild/visning ska vara kommunens vid 25 procent visningstid. Leverantören ska ange vilken andel av den totala visningstiden som erbjuds kommunen. Det anbud som erbjuder kommunen den största andelen kommer att antas. Om skillnaden i erbjuden visningstid mellan två anbud understiger 5 procent, kommer dock angivna referenser att bli avgörande för vilken leverantör som väljs.

Övrig visningstid förfogar leverantören över, men den ska i första hand erbjudas till näringsidkare med säte i Mariestads kommun. Målet är att visningen på skyltarna i så stor utsträckning som möjligt ska vara Mariestadsrelaterad. Detta innebär att information om besöksmål i andra kommuner inte får förekomma på tavlorna utan kommunens medgivande. Politiska budskap får inte förekomma. I de fall det finns visningstid över, som inte är såld till andra näringsidkare, ska den fyllas ut med kommunens information. Någon ersättning för sådan utökad visningstid ska inte ges.

YRKANDEN

Noxab i Malmö AB (Noxab) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Mariestads kommun anser att Noxabs ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Noxab

I annonsen står det att upphandlingen gäller ett tjänsteköpvartal. Via upphandlingsverktyget frågade Noxab om det verkligen skulle vara ett tjänstekontrakt och vilken kategori i bilaga 2 till LOU samt vilka CPV-koder som i så fall skulle gälla. Kommunen svarade att det handlar om kategori 13 (reklamtjänster) samt CPV-koderna 79340000-9, 79341000-6 och 79342000-3.

Enligt tillkännagivandet (2011:1039) av CPV- och CPC-referensnummer för tjänstekontrakt vid offentlig upphandling (CPV-tillkännagivandet) omfattar reklamtjänsterna CPV-koderna från 79341000-6 till 79342200-5, med undantag för 79342000-3 och 79342100-4. Kod 79340000-9 kan ses som en rubrik och heter ”Reklam och marknadsföring”. Kod 79341000-6 heter ”Reklam”. Kod 79342000-3 heter ”Marknadsföring” och är undantagen. Den ingår således inte i kategori 13 i bilaga 2 till LOU. Kommunen avser att använda skyltarna till just marknadsföring och har därmed valt en upphandlingsform som strider mot LOU. Upphandlingen måste därför göras om med rätt upphandlingsform.

De tekniska kraven på skyltarna är vidare oproportionerliga. En s.k. pixel-pitch på 10 mm är helt onödig och blir fördyrande för leverantörerna. Det

är som att kräva Mercedes S-klass vid upphandling av bilar till hemtjänsten.

Kraven på referenser är alltför specifika och brister i objektivitet.

Noxab har lidit skada eller kan riskera att komma att lida skada. Bolaget har inte ansett sig ha möjlighet att lämna ett adekvat anbud, eftersom det i grunden är en otillåten upphandling samt eftersom minst ett krav är oproportionerligt och i strid med LOU.

Mariestads kommun

Ett flertal leverantörer har kommit in med anbud. Ingen utom Noxab har framfört negativa synpunkter på hur upphandlingen har kodats. Förfrågningsunderlaget har varken varit oriktigt eller missvisande. Upphandlingen uppfyller lagens krav på öppenhet och likabehandling. Noxabs argumentation om vilken kvalitet på skyltarna som kommunen ska välja saknar relevans. Kommunens val av storlek och pixeltäthet är sakligt motiverade. Det finns konkreta exempel på digitala skyltar längs landets vägar med samma pixeltäthet som kommunen har valt. Noxabs påståenden om att referenskraven inte skulle vara objektiva är felaktiga. Det finns exempel från den öppna marknaden med samma kontraktsupplägg som kommunen har valt i sin upphandling.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Med tjänstekontrakt avses enligt 2 kap. 18 § LOU ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilaga 2 eller 3 (A- eller B-tjänster) och som inte utgör ett byggentreprenadkontrakt enligt 2 kap. 3 § eller ett varukontrakt enligt 2 kap. 21 §.

Med tjänstekoncession avses enligt 2 kap. 17 § LOU ett kontrakt av samma slag som ett tjänstekontrakt men som innebär att ersättningen för tjänsterna helt eller delvis utgörs av rätt att utnyttja tjänsten.

Enligt 1 kap. 2 § första stycket LOU gäller LOU för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. I sjätte stycket anges att i fråga om tjänstekoncessioner gäller endast 1 kap. 12 § LOU.

Av 1 kap. 12 § LOU framgår följande. Om en upphandlande myndighet beviljar någon annan än en upphandlande myndighet särskilda rättigheter eller ensamrätt att bedriva verksamhet i det allmännas intresse, ska den handling varigenom denna rätt beviljas innehålla en bestämmelse som innebär att innehavaren av rättigheten eller ensamrätten ska iaktta principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet när den tilldelar tredje man varukontrakt.

Förvaltningsrättens bedömning

Noxab har ifrågasatt om upphandlingen verkligen kan anses avse ett tjänstekontrakt och hänvisat till att den s.k. CPV-koden för marknadsföring är undantagen från kategorin för reklamtjänster i bilaga 2 till LOU. Av CPV-tillkännagivandet framgår emellertid att en annan kategori i bilaga 2 till LOU omfattar denna CPV-kod, nämligen kategori 11 (organisationskonsulttjänster, med undantag av medlings- och förlikningstjänster, och därmed sammanhängande tjänster). Det kan möjligen ifrågasättas om inte upphandlingen gäller reklam snarare än marknadsföring i de betydelser av orden som är aktuella i detta sammanhang. Oavsett vilken eller vilka av dessa CPV-koder som ska tillämpas, är det dock fråga om sådana tjänster som omfattas av bilaga 2 till LOU. Eftersom upphandlingen inte kan anses avse ett byggtreprenadkontrakt eller ett varukontrakt, är det således fråga

om ett tjänstekontrakt, under förutsättning att det inte är en tjänstekoncession.

Bestämmelserna om överprövning enligt 16 kap. LOU omfattar inte upphandlingar av tjänstekoncessioner (se RÅ 2008 not. 101 och jfr HFD 2012 ref. 29). Varken Noxab eller kommunen har gjort gällande att det skulle vara fråga om en tjänstekoncession. Huvudprincipen i upphandlingsmål är att domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parterna har hänvisat till (se RÅ 2009 ref. 69). Eftersom frågan om upphandlingen avser en tjänstekoncession är avgörande för om förvaltningsrätten är behörig att pröva Noxabs ansökan om överprövning, anser emellertid förvaltningsrätten att den självmant måste kunna pröva denna fråga.

Av dåvarande EG-domstolens dom den 10 september 2009 i mål C-206/08, *Eurawasser*, framgår bl.a. följande. Skillnaden mellan ett tjänstekontrakt och en tjänstekoncession ligger i ersättningen för tjänsternas utförande. Tjänstekontraktet innefattar en ersättning som den upphandlande myndigheten betalar direkt till tjänsteleverantören, medan ersättningen vid en tjänstekoncession består endast i rätten att utnyttja tjänsten eller av dels en sådan rätt, dels betalning (punkt 51). Kraven på ersättning i definitionen av tjänstekoncession är uppfyllda om uppdragstagaren vid ett avtal om tjänster inte erhåller ersättning direkt av den upphandlande myndigheten, men har rätt att uppbära ersättning från tredje man (punkt 57). När sättet att ersätta tjänsteleverantören består i en rätt för denne att utnyttja sina egna tjänster, innebär det att tjänsteleverantören tar på sig den risk som är förenad med utnyttjandet av de aktuella tjänsterna (punkt 59). Risken är oupplösligt förbunden med det ekonomiska utnyttjandet av tjänsten (punkt 66). Om ingen del alls av den risk som är förenad med tillhandahållandet av tjänsten överförs på tjänsteleverantören, utgör tillhandahållandet av tjänsten ett tjänstekontrakt (punkt 68). Se även den rättspraxis som det finns

hänvisningar till i domen samt EU-domstolens dom den 10 mars 2011 i mål C-274/09, *Stadler*.

Enligt förfrågningsunderlaget ska kommunen bekosta och ansvara för upplåtelse av mark samt framdragning av el och fiber. Dessutom ska kommunen stå för hälften av vissa löpande driftskostnader. Leverantören kommer att ha förhållandevis omfattande investeringskostnader och ska dessutom svara för huvuddelen av de löpande driftskostnaderna. Ersättningen från kommunen till leverantören består därmed så gott som uteslutande av att leverantören får rätt att sälja visningstid på skyltarna till tredje part (som huvudregel näringsidkare med säte i Mariestads kommun). Det innebär att i princip hela den marknadsmässiga risken hamnar på leverantören. Det kan dessutom noteras att denna risk förefaller bli särskilt hög till följd av begränsningarna av vilka företag som får köpa visningstid på skyltarna.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att upphandlingen avser en tjänstekoncession (jfr även Kammarrätten i Sundsvalls slutliga beslut den 8 juli 2010 i mål nr 1058-10). Eftersom bestämmelserna om överprövning i 16 kap. LOU inte omfattar sådana upphandlingar, kan förvaltningsrätten inte pröva Noxabs ansökan. Denna ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 D LOU)

Bo Johansson

Albert Pettersson har varit föredragande.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.