



KLAGANDE

Ombud: Advokaten Stefan Jevinger och juristen Nathalie Miskin
Box 2523
403 17 Göteborg

MOTPART

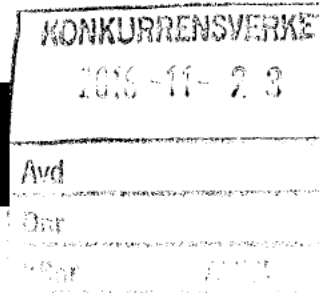
Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND

Kungsbacka kommun (kommunen) genomför upphandlingen ”Drift av kioskbutik vid Hede station, dnr 17/153. Upphandlingen avser drift av kioskbutik i kommande Hede stationshus i norra delen av staden och genomförs som en tjänstekoncession enligt LUK. Avtal kommer att tecknas med en leverantör. Av tilldelningsbeslut den 18 maj 2018 framgår att Reitan Convenience Sweden AB tilldelats koncessionen.

YRKANDE M.M.

[REDACTED]
ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att en ny utvärdering företas där anbudet från vinnande leverantör inte beaktas och i andra hand att upphandlingen görs om. [REDACTED] anför i huvudsak följande.

Tre leverantörer lämnade anbud i upphandlingen, varav vinnande leverantör och [REDACTED] kvalificerades. Trots detta utvärderades inte [REDACTED] och vinnande leverantör vann utan att någon utvärdering skett. Det strider mot likabehandlingsprincipen att kommunen godtagit vinnande leverantörs anbud trots att den inte uppfyllt kravet avseende referensuppdrag. Det strider mot transparensprincipen att det funnits möjlighet att ange företagsinterna referenser utan att detta går att utläsa av aktuella krav. I punkten 3.2.4 i koncessionsdokumentet uppställs ett kvalificeringskrav avseende referensuppdrag. Vinnande leverantör har som uppdragsgivare angett sig själv och en företagsintern person har angetts som kontaktperson och borde på denna grund ha diskvalificerats. Kravet syftar till att styrka anbudsgivarens erfarenhet av motsvarande uppdrag. Även detta ska styrkas med externa uppdragsgivare, inte genom hänvisning till egen organisation. Vinnande leverantör har hänvisat till sig själv och inom parentes hänvisat till Pressbyrån som ägs av vinnande leverantör. Kommunen har vid kvalificeringen

därmed använt sig av egen kunskap rörande vinnande leverantör. Detta står i strid med principen om likabehandling då det inte går att dra liknande slutsatser om mindre välkända aktörers erfarenhet. Att använda egen kunskap om en leverantörs verksamhet är inte detsamma som att en myndighet använder sig själv som referens (egenreferens) med anledning av ett tidigare uppdragsförhållande med leverantören. Det saknar betydelse att kommunen inte uttryckligen har förbjudit hänvisning till egen organisation och eventuell otydlighet i denna del ska drabba kommunen. Att kommunen uppställt krav på referensuppdrag till intygande av erfarenhet men i själva verket nöjt sig med leverantörens egenförsäkran strider mot principen om transparens. Att hänvisa till den egna organisationen såsom bevis för uppställt krav på erfarenhet kan inte jämföras med att en chef intygar en persons lämplighet. Eftersom den upphandlande tjänsten, som det får uppfattas, kommer att bedrivas av annan näringsidkare/ annat bolag än vinnande leverantör, dvs. av en franchisetagare under det varumärke och koncept som vinnande leverantör äger får det slutligen ifrågasättas att kommunen godtagit vinnande leverantörs franchiseverksamhet. Sammanblandning av kvalificering och utvärdering har skett eller i vart fall att koncessionsdokumentet brister i tydlighet och transparens. Tilldelningskriterierna i punkten 4.1.12 anges under underrubriken obligatoriska krav, vilket medför en otydlighet i vad som är obligatoriska krav respektive tilldelningskriterier. Kommunen anger i punkten 4.1.12 att grunden för utvärderingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet trots att denna tilldelningsgrund inte följer av LUK. – Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att kvalificera vinnande leverantör trots att leverantören inte uppfyller kravet på referensuppdrag och detta har medfört att [REDACTED] möjlighet att tilldelas kontraktet har försämrats. Risk för sådan skada är tillräcklig.

Kungsbacka kommun motsätter sig bifall till ansökan. [REDACTED] anbud brister vad avser det obligatoriska kravet på att lämna beskrivning av planerat sortiment och upplägg för kiosken i punkten 4.1.12 i koncessionsdokumentets huvuddokument. [REDACTED] beskrivning av ”upplägg för

kiosken” samt av ”planerat sortiment utöver utvärderingskriterier” består endast av en hänvisning till ett varumärke (Direkten) och till att planen inte är klar. Dessa skrivningar uppfyller inte det obligatoriska kravet på att inge beskrivning i enlighet med punkten 4.1.12. [REDACTED] anbud uppfyllde inte ett obligatoriskt krav och har därför rätteligen förkastats. Kommunen har tydligt angivit vilka obligatoriska krav som ställs på dels leverantören, dels på anbudet. Prövningen av anbudet har också gjorts i full överensstämmelse med de angivna kraven. [REDACTED] har uppfyllt samtliga ställda krav på anbudsgivaren, varför anbudet upptogs till prövning avseende övriga obligatoriska krav i upphandlingen. Vid prövningen av de obligatoriska kraven på anbudet brister [REDACTED] anbud avseende det obligatoriska kravet i punkten 4.1.12. Deras anbud uppfyllde således kraven på leverantör men inte på anbudet. Kvalificering och utvärdering har inte sammanblandats. Inte heller föreligger någon otydlighet avseende hur kvalificeringen ska göras. Det framgår tydligt av koncessionsdokumentet liksom av tilldelningsbeslutet att anbudet kommer att prövas avseende obligatoriska krav i två led. Först därefter genomförs anbudsutvärderingen, varvid poängsättning av angivna utvärderingskriterier genomförs för de anbud som kvalificerats i de båda leden. Vinnande leverantör styrker genom hänvisning till referensuppdrag avseende drift av samtliga Pressbyråbutiker i Västra Götaland med omnejd, sådan motsvarande erfarenhet som referensuppdraget syftar till att styrka. Den omständigheten att detta görs genom hänvisning till vinnande leverantörs interna organisation följer inte bara av uppdragets natur (på grund av det franchiseförhållande som ligger bakom driften av Pressbyrån) utan också av den omständigheten att denna typ av uppdrag sällan utförs av en regelrätt köpare av en tjänst utan i egen regi för egen räkning. Mot bakgrund av att referensuppdraget endast ska styrka tidigare erfarenhet är det inte bara tillåtet att nyttja den typ av referens som vinnande leverantör i anbudet gjort, utan att det vore oproportionerligt för kommunen att förkasta anbudet på den grunden att hänvisning nödvändigt görs just till den egna organisationen. Kommunen har inte förbjudit sådan referens i upphandlingen och ställt mot syftet med kravet, liksom möjligheten att er-

hålla relevant information, vore ett förkastande av anbudet på denna grund en alltför långtgående och stå i strid mot LUK och de grundläggande principerna. – Kravet på referensuppdrag syftar till att styrka anbudsgivarens erfarenhet av att driva motsvarande verksamhet. Ett referensuppdrag kan t.ex. lämnas av den som via franchise licensierar någon att nyttja ett varumärke/koncept, eller som på annat sätt kan intyga att ett motsvarande uppdrag genomförts. Den information som eftersöks genom referensuppdraget kräver alltså inte en extern, ”objektiv” referens. Vinnande leverantörs referensuppdrag ska också av den anledningen anses vara i överensstämmelse med kravet i upphandlingen. Vinnande leverantörs anbud uppfyller samtliga ställda krav i upphandlingen och har rätteligen kvalificerats och tilldelats kontrakt. Kravet i punkten 3.4.2 i koncessionsdokumentet uppställer inget sådant krav på ingivande av extern referens som [REDACTED] gör gällande. Kravet syftar till att pröva att anbudsgivare, alternativt personal med ledande funktion i motsvarande verksamhet, under de senaste tio åren ska ha genomfört minst ett motsvarande uppdrag. Kravet syftar således till att styrka anbudsgivarens erfarenhet. Den tolkning av kravet som [REDACTED] [REDACTED] gör gällande tillbakavisas därför och skulle, för det fall den tillämpades på vinnande leverantörs anbud, strida mot LUK och de grundläggande principerna.

SKÄLEN FOR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LUK).

En upphandlande myndighet eller enhet ska vara fri att organisera förfarandet vid upphandling av koncessioner under förutsättning att principerna i 4 kap. 1 § och bestämmelserna i övrigt i denna lag följs (6 kap. 1 § LUK).

En upphandlande myndighet eller enhet ska kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen (12 kap. 1 § LUK).

En upphandlande myndighet eller enhet får, för kvalificering av leverantörer, endast tillämpa villkor som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning. Villkoren ska vara proportionerliga med hänsyn till syftet att säkerställa verklig konkurrens och ska grunda sig på ett behov att se till att leverantören har förmåga att utföra koncessionen med hänsyn till föremålet för denna (12 kap. 2 § LUK).

En upphandlande myndighet eller enhet ska 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 anbudena 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.

Tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar (13 kap. 1 § LUK).

Den upphandlande myndigheten eller enheten ska kontrollera att anbudena uppfyller tilldelningskriterierna (13 kap. 2 § LUK).

Rätten ska besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten eller en-

heten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LUK).

2. Upphandlingsföreskrifter

2.1.12 Anbudsprövning

Prövning av inkomna anbud sker genom att anbudena prövas mot samtliga ställda krav.

Kontroll/prövning av sådana krav som rör leverantörens lämplighet under avsnitt "Kvalificeringskrav på leverantör" kan komma att genomföras enbart avseende den anbudsgivare som avses tilldelas avtal.

2.1.13 Utvärderingskriterier och metod

Kungsbacka kommun kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga uppställda krav och som har lämnat det mest fördelaktiga anbudet i förhållande till nedan angivna tilldelningskriterier.

Anbudsgivare har möjlighet att erhålla poäng avseende följande mervärden.

[...]

3. Kvalificeringskrav på leverantör

[...]

3.2.4 Referensuppdrag (erfarenhet)

Anbudsgivare, alternativt personal med ledande funktion i motsvarande verksamhet, ska under de tio senaste åren ha genomfört minst ett motsvarande uppdrag under en sammanhängande period om minst tre år. Detta dokumenteras genom uppgifter nedan. Personal med ledande funktion ska ha erfarenhet av budget- och personalansvar.

Kommunen förbehåller sig rätten att bedöma vad som anses utgöra motsvarande uppdrag. Observera att inlämnade uppdrag, för att anses godkända, ska anses ha utförts på ett tillfredsställande sätt för uppdragsgivaren.

Under utvärderingsarbetet kan kontakt komma att tas med referenter. Det åligger anbudsgivare att försäkras sig om att kontaktuppgifter till referenter är aktuella. Referenstagning sker i den utsträckning som är nödvändig för beslut i ärendet.

Kommunen förbehåller sig vidare rätten att använda s.k. egenreferens (dvs. tidigare erfarenhet av anbudsgivaren). Denna referens kommer att behandlas lika externa referenser. Egenreferensen kommer i förekommande fall att ersätta i anbudet angivet referensuppdrag.

[...]

4. Kravspecifikation och utvärdering

4.1 Obligatoriska krav

4.1.12 Utbud

Kiosken ska ha ett attraktivt utbud av hög kvalitet som exponeras på ett lockande sätt. Utbudet bör innehålla varor för olika typer av intolerans och kosthållning t ex veganska, laktosfria och glutenfria alternativ m.m. Stor flexibilitet bör finnas för att utbud ska stämma mot kundens behov. Att vara föränd-

ringsbenägen och lägga till varor i utbudet vid särskilda tillfällen ses som ett naturligt inslag, t ex vid alla hjärtans dag, mors-/farsdag, jul mm. Utbudet bör även innehålla ekologiska och Fairtrade varor och då till normal prisnivå. ...

[...]

d. Leverantören ska till anbudet bifoga beskrivning av upplägg för kiosken samt beskrivning av planerat sortiment utöver utvärderingskriterier.

Förvaltningsrättens bedömning

Kungsbacka kommuns genomför en upphandling av tjänstekoncession avseende drift av kioskbutik vid Hede station. Båda parter är överens om att såväl [REDACTED] som vinnande leverantör uppfyller de villkor som avser yrkesmässig och teknisk kapacitet samt ekonomisk och finansiell ställning som enligt LUK får uppställas för kvalificering av leverantörer.

[REDACTED] har i ansökan anfört dels att firman uppfyller alla i upphandlingsdokumentet obligatoriska kraven, dels att det finns sådana brister i vinnande leverantörs anbud att leverantörens anbud borde ha förkastats. Frågan i målet är därmed om [REDACTED] och vinnande leverantörs anbud uppfyller i koncessionsdokumentet uppställda obligatoriska krav eller om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande enligt LUK.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Vidare bör domstolens prövning begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Regeringsrättens [numera Högsta förvaltningsdomstolen] avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Den första frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om [REDACTED] [REDACTED] anbud uppfyller alla obligatoriska krav. [REDACTED] anbud har av kommunen bedömts inte uppfylla kravet i punkten 4.1.12 d. innebärande att det till anbudet ska bifogas beskrivning av upplägg för kiosken samt beskrivning av planerat sortiment utöver utvärderingskriterier. [REDACTED] har här i stället hänvisat till ett varumärke (Direkten) och till att planen inte är klar. Det har inte framkommit eller gjorts troligt att den brist som [REDACTED] anbud innehöll var sådan att kommunen hade kunnat godta anbudet utan att agera i strid med lika-behandlingsprincipen. Kommunen gjorde alltså rätt som förkastade anbudet från [REDACTED]. Ansökan om rättelse på så sätt att utvärderingen ska göras om kan därför inte bifallas på denna grund.

Vad förvaltningsrätten härefter ska pröva är [REDACTED] invändning att vinnande leverantörs anbud borde ha förkastats på grund av bristande krav-uppfyllelse avseende punkten 3.2.4 Referensuppdrag (erfarenhet). [REDACTED] [REDACTED] gör gällande att det strider mot likabehandlingsprincipen att kommunen godtagit vinnande leverantörs anbud alternativt att det strider mot transparensprincipen genom att möjligheten att ange företagsinterna referenser inte går att utläsa av kravet i koncessionsdokumentet.

Kommunen anser däremot att vinnande leverantör uppfyller kravet på erfarenhet och att det är i överensstämmelse med kraven i det aktuella avsnittet att ange en person inom organisationen som kan intyga att ett motsvarande uppdrag genomförts under de senaste tio åren.

Av LUK framgår att kommunen ska kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda och att detta ska ske genom en försäkran om att villkoren är uppfyllda eller att referenser lämnats som bevis enligt krav i annonsen. Det aktuella avsnittet i koncessionsdokumentet syftar till att säkerställa att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet. I avsnittet anges även att kontakt kan

komma att tas med referenter och att så kommer att ske i den utsträckning som är nödvändig för beslut i ärendet.

När det gäller tolkning av innebörden i ett koncessionsdokuments uppställt krav bör den upphandlande myndigheten ges ett visst tolkningsföreträde, förutsatt att den upphandlande myndighetens tolkning inte innebär en överträdelse av unionsrättens principer, i synnerhet transparensprincipen (se Kamrarrättens i Jönköping dom i mål nr 2225-16). Förvaltningsrätten konstaterar att vinnande leverantör har angett namnet på en person inom organisationen för att styrka sin tidigare erfarenhet. Kravet i koncessionsdokumentet gäller att en uppgift om att anbudsgivaren under de senaste tio åren har genomfört minst ett motsvarande uppdrag under en sammanhängande period om minst tre år ska kunna säkerställas. Förvaltningsrätten finner, mot bakgrund av den språkliga formuleringen i punkten 3.2.4 och vad som anges i tillämplig bestämmelse i LUK, att kommunen genom att tilldela koncession till vinnande leverantör inte handlat i strid mot likabehandlingsprincipen eller transparensprincipen. Skäl för att utesluta vinnande anbudsgivare på denna grund saknas därför.

Inte heller innebär vad [REDACTED] i övrigt anför att kommunen genom tilldelningen av koncessionen till den vinnande leverantören skulle ha handlat i strid med de grundläggande principerna i LUK. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen på av [REDACTED] anförda grunder. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Ann-Carin Glimstedt
Rådman

Föredragande i målet har varit föredagande juristen M Georgsson.



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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.