



**SÖKANDE**

Espresso House Sweden Aktiebolag, 556507-7160  
Drottninggatan 29  
111 51 Stockholm

**MOTPART**

Swedavia AB, 556797-0818

Ombud: Bolagsjurist Lotten Blomkvist  
Swedavia AB  
190 45 Stockholm-Arlanda

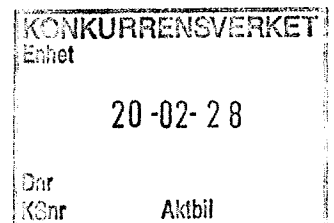
**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Swedavia AB (Swedavia) genomför upphandling av koncession av Café GOT Landvetter, dnr SDA 201900496. I tilldelningsbeslut den 9 september 2019 har anbud från Scandinavia Service Partner (SSP) antagits.

**Espresso House Sweden Aktiebolag** (bolaget) yrkar att upphandlingen rättas genom en ny anbudsutvärdering i vilken anbudet från SSP inte ingår. Alternativt yrkar bolaget att upphandlingen görs om för det fall upphandlingen brustit på sådant sätt att enbart rättelse inte är försvarbart. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Det vinnande anbudet från SSP uppfyller inte de affärsmässiga kriterier som utgör ska-krav i upphandlingen. Att utse SSP:s anbud som vinnande anbud utgör därmed en överträdelse av upphandlingsrätten och medför att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada.

Upphandlingen avser drift av caféverksamhet vid flygplatsen GOT, Landvetter. Koncessionshavaren erhåller uteslutande sin ersättning genom verksamhetens kunder och ersätter koncessionsgivaren härför med en s.k. omsättningsavgift. Anbudsgivare konkurrerar genom att ange det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingsunderlaget föreskriver att omsättningsavgiften inte kan understiga 15 procent av verksamhetens årsomsättning. SSP:s anbud anger en omsättningsavgift om 32 procent till koncessionsgivaren. Vinstmarginalen för ifrågavarande verksamhet inom denna bransch är tämligen låg. Givet den önskade marginal vilket återspeglas i upphandlingsunderlaget föreskrivna koncessionsavgiften om 15 procent är det alltså rimligt anta att ingivna anbud för att kunna bedömas som seriösa anger en avgift angränsande till föreskriven miniminivå om 15 procent,

eller möjligen några procentenheter högre än så. Verksamhet i en bransch med låg vinstmarginal blir i praktiken inte möjlig att erbjuda till starkt begränsad konkurrensfrihet (genom omfattande regler av verksamheten i koncessionsavtalet) om intäkterna för denna verksamhet är begränsad till endast 68 procent av omsättningen, dvs. årsomsättningen med avdrag för koncessionsavgift. Det är mycket svårt att se hur SSP kommer att kunna uppfylla de kriterier som angivits i underlaget. Upphandlingsrättens grundprinciper om transparens och likabehandling kan inte anses tillåta att anbudsgivare endast anger att man uppfyller samtliga kriterier när man redan innan upphandlingen avslutats kan fastställa att leverans inte kommer kunna ske till de ställda skakraven.

Swedavia har meddelat att handlingar avseende upphandlingen inte lämnas ut. En samlad bedömning av omständigheterna visar enligt bolagets förmenande ändå att SSP inte rimligen kan anses uppfylla de i underlaget föreskrivna kriterierna. Upphandlingen ställer och medför sammanfattningsvis en rad detaljerade krav på koncessionshavaren och dennes verksamhet, t.ex.

- initiala kännbara kostnader som ny aktör på flygplatsen (etableringskostnader)
- kort avtalstid vilket starkt begränsar möjlighet att utveckla verksamheten
- långtgående krav om öppettider dygnet runt vilket tillför särskilda kännbara kostnader
- omfattande begränsningar i möjlighet att bestämma utbud (med hänsyn till i avtal reglerat utbud)
- omfattande begränsningar vad avser prissättning av erbjudna varor (med hänsyn till prisbild hos övrig liknande verksamhet på flygplatsen).

Under dessa förutsättningar kan det inte anses rimligt att koncessionshavaren avsäger sig omsättningen till en omfattning om hela 32 procent. Så stark begränsning av möjligheterna till lönsamhet i verksamheten ger inte vid handen att verksamheten kommer kunna genomföras enligt föreskrivna

kriterier. Anbudet ska därför förkastas.

Upphandlingsrätten innehåller en central roll i att söka åstadkomma mest möjliga värde för samhällets skattemedel. Däri inbegrips inte minst vikten av kontraktstrogethet, dvs. att den affär som är föremål för offentlig upphandling i själva verket också genomförs inom ramen för de villkor som omfattar föremålet för upphandlingen. Även om upphandlingen enligt upphandlingsrätten är formellt avslutad efter att avtal ingåtts är det ändå väsentligt för den offentliga upphandlingens funktion att den affär som upphandlas också är den som genomförs i kontraktet.

Det föreligger brister vad avser kombinationen av detaljerade villkor och det i sammanhanget mycket låga offererade priset i form av en i sammanhanget onormalt hög koncessionsavgift i det vinnande anbudet. Den av SSP offererade koncessionsavgiften skiljer sig mer än markant mot vad som är mer eller mindre vanligt inom aktuell bransch och är därmed att jämföra med ett avvikande och onormalt lågt pris. Värt att notera är att sådana anbud ska enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, förkastas om leverantör inte kan presentera en tillfredställande förklaring till sitt låga pris. LUK innehåller inte uttryckligen motsvarande skyldighet för upphandlande myndighet att begära sådan förklaring. Det är ändå orimligt att ett anbud som enligt LOU bör förkastas med hänvisning till onormalt lågt pris samtidigt kan vara det anbud i en koncessionsupphandling som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. LOU och LUK, och alla övriga upphandlingsregler, vilar på samma grundprinciper om offentlig upphandling. Det kan enligt bolagets uppfattning inte vara lagstiftarens mening att, beträffande onormalt låga anbud, ge direkt olika och motstridiga konsekvenser även om man valt att reglera tjänstekoncession åtskilt från LOU och LUF. Godkännande av vinnande anbud i detta fall är enligt bolaget, dels i strid med upphandlingsreglerna om lågt anbud, dels i strid med grundlägg-

gande principerna i allmänhet i LUK 4 kap 1 § och begränsande av konkurrensen i synnerhet enligt LUK 4 kap 2 §.

*Frågan om brister i utvärderingsmodellen*

Enligt upphandlingens Administrativa föreskrifter och däri angivna exempel avser Swedavia att tilldela kontrakt till den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Swedavia. Vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att utvärderas på grundval av offererat pris där anbudet med högst offererad procentuell omsättningsavgift kommer att antas. Swedavias antagande att det anbud som lämnar högst procentuell omsättningsavgift också skulle vara det anbud som är det mest fördelaktiga för Swedavia tar dock inte hänsyn till den faktiska omsättningen. Swedavias modell fastställer inte priset, utan bara en omsättningsavgift i procent. Tilldelning med den av Swedavia valda modellen är att likställa med att välja vilket pris som är lägst på en produkt utifrån hur hög rabatt man får, utan att ta hänsyn till på vilket pris rabatten ges. Modellen faller därför på sin egen orimlighet och är därmed att betrakta i strid med upphandlingsrätten.

*Frågan om icke uppfyllt ska-krav*

Enligt upphandlingsunderlaget, Kravspecifikation, punkt 1, ska den part som driver kaféverksamheten inom ramen för koncessionen erbjuda egenrostat kaffe. Bolaget har genom noggrann genomgång av den information SSP och Swedavia tillhandahåller inte på något ställe funnit uppgifter som visar att SSP i sin kaféverksamhet erbjuder egenrostat kaffe. Det framgår av upphandlingsunderlaget att detta är ett väsentligt och obligatoriskt krav i koncessionsupphandlingen och det finns anledning att misstänka att SSP inte uppfyllt kravet genom att inte erbjuda egenrostat kaffe.

Bolaget erbjuder själv egenrostat kaffe i sin verksamhet. Hade bolaget vetat att detta krav inte skulle tillämpas i upphandlingen hade bolaget, som har

gjort en stor investering i köp av ett helt rosteri tillsammans med tillhörande utrustning och personal, kunnat räkna annorlunda på hela affären och därmed kunnat avge ett mycket förmånligare anbud. Denna brist i upphandlingen har således medfört att bolaget lidit väsentlig skada.

**Swedavia** bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

SSP:s anbud har uppfyllt samtliga obligatoriska krav och SSP har inte lämnat några reservationer. Att SSP valt att offerera en omsättningsavgift som är högre än övriga anbudsgivares utgör inte skäl för uteslutning av företaget. Huruvida SSP kommer att gå med vinst på kontraktet eller inte är vidare inte en för upphandlingens giltighet relevant fråga. Det föreligger inte någon skyldighet enligt LUK att utesluta en anbudsgivare på grund av misstanke att koncessionshavaren inte kommer att gå med vinst på uppdraget. LUK innehåller inte någon reglering kring lågt anbud. En offererad omsättningsavgift som ligger på en hög nivå är vidare inte jämförbar med ett onormalt lågt anbud.

Det står Swedavia fritt att utforma lämplig utvärderingsmodell så länge den är i enlighet med de i LUK uppställda förfaranderegler samt de grundläggande principerna. Den av Swedavia valda utvärderingsmetoden uppfyller de kraven. Det föreligger i upphandlingen inte någon oklarhet i vad som kommer att ligga till grund för utvärderingen eller hur utvärderingen kommer att gå till. Det vore därtill direkt felaktigt att ta hänsyn till en av anbudsgivarna uppskattad omsättning. För att en omsättning skulle kunna användas som en del i utvärderingsmodellen skulle krävas att Swedavia som beräkningsgrund satte en fiktiv omsättning som var lika för samtliga anbudsgivare. Effekten av en sådan modell skulle dock vara densamma som att endast utvärdera själva omsättningsavgiften i procent. Bolaget har framhållit att ett av upphandlingslagstiftningens syften är att tillse att skattebetalarna får största möjliga värde för sina skattemedel. Detta har tillgodosetts i

förevarande upphandling. Ju högre omsättningsavgift desto bättre resultat på koncessionen för Swedavia och i slutändan för skattebetalarna.

*SSP:s kravuppfyllnad*

Vad gäller det i upphandlingen ställda kravet på egenrostat kaffe så har SSP i sitt anbud accepterat kravet ifråga. Kravet är av den typ att det ska uppfyllas i driften av verksamheten. Huruvida SSP idag erbjuder egenrostat kaffe saknar därvid betydelse för bedömningen av om det obligatoriska kravet är uppfyllt eller inte.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Av 4 kap. 1 § LUK framgår att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 16 kap. 6 § LUK framgår att om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i den lagen 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.

I mål om ingripande mot upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är be-gränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Överprövning tar vidare inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de

upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i tillämplig upphandlingslagstiftning (jfr HFD 2013 ref. 5).

I relevanta delar av upphandlingsunderlaget anges följande.

#### **4.1 Omfattning**

[...]

Swedavia kommer att tilldela Koncessionsavtal till den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Swedavia. Vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att utvärderas på grundval av offererad Omsättningsavgift, där anbudet med högst offererad procentuell Omsättningsavgift kommer att antas.

##### **4.1.1 Affärsupplägg**

[...]

För driften av verksamheten erhåller Koncessionshavaren ersättning genom försäljningsintäkter från cafékunder. Swedavia kommer inte att erlagga någon ersättning till Koncessionshavaren för verksamhetsdriften.

Swedavia har fastslagit en miniminivå för koncessionsavgiften för den aktuella koncessionen. Miniminivå framgår av bilaga Koncessions- och Fastighetsvillkor Cafe Göteborg Landvetter Airport. Anbudsgivare i förevarande upphandling ska offerera en procentuell omsättningsavgift som ska betalas till Swedavia. Den offererade omsättningsavgiften ska ej understiga 15 procent av verksamhetens omsättning. Anbudsgivaren ska ange den offererade omsättningsavgiften i bilaga Anbudsformulär.

#### **8.3 Prövning av anbud och tilldelning av kontrakt**

Swedavia kommer att tilldela kontrakt till den anbudsgivare vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Swedavia. Vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att utvärderas på grundval av offererat pris, där anbudet med högst offererad procentuell Omsättningsavgift kommer att antas.

#### **8.4 Utvärderingsmodell**

Det anbud som offererar högst procentuell Omsättningsavgift förklaras vinnare och tilldelas kontrakt.



## 2 KONCESSIONSAVGIFT

[...].

Om den faktiska omsättningen ger en omsättningsbaserad avgift som är *lägre* än minimiavgiften, ska Koncessionshavaren endast betala minimiavgiften.

Om den faktiska omsättningen istället ger en omsättningsbaserad avgift som är *högre* än minimiavgiften, ska Koncessionshavaren betala den omsättningsbaserade avgiften.

[...]

### 2.1.1 Avgift Cafe Göteborg Landvetter Airport

Omsättningsavgift utgår med [xx] procent av årsomsättningen exklusive mervärdesskatt för verksamheten i lokalerna. Minimiavgift utgår med 1 560 000 SEK/år.

### Kravspecifikation

#### 1. UPPDRAGETS OMFATTNING

Beskrivning av uppdragets verksamhet

Koncessionshavaren ska bedriva ett café, som tillhandahåller ett utbud enligt sortiment beskrivet i punkten 3, placerat på Göteborg Landvetter Airport. Verksamhetens signum ska vara dess egenrostade kaffe och cafet ska erbjuda ett brett sortiment av olika varianter av kaffe till både sort och tillagning. Till kaffet ska det serveras egentillverkade enkla maträtter (kalla och varma) samt diverse bakverk. Utöver kaffe ska det även serveras andra varma och kalla drycker som ska kunna intas i en välkomnade och rogivande miljö.

Förvaltningsrätten finner anledning att inledningsvis pröva om upphandlingens utvärderingsmodell är förenlig med LUK.

I förarbetena till LUK anges att regleringen av tilldelningen av koncessioner är betydligt liberalare jämfört med LOU/LUF i den mening att det saknas detaljreglering. Det ekonomiska resultatet av koncessionen ska bedömas ur myndighetens perspektiv och ska göra det möjligt att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten (prop. 2015/16:195 s. 799).

Bolaget har gjort gällande att modellen där den faktiska omsättningen i café-verksamheten inte beaktas inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolagets inställning är huvudsakligen att en anbudsgivare med låg omsättningsavgift men med hög omsättning kan vara mer ekonomiskt fördelaktigt för myndigheten än en anbudsgivare med högre omsättningsavgift men med lägre omsättning. Enligt förvaltningsrättens mening förutsätter det resonemanget att det finns en hög grad av visshet om vilken omsättningsnivå olika anbudsgivare kommer att ha. Det kan också motsatsvis konstateras att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för Swedavia är det med både hög omsättning och hög procentuell omsättningsavgift. Eftersom den faktiska omsättningen svårigen kan beräknas i förväg får den använda utvärderingsmodellen där en procentsats på omsättningen är utslagsgivande därmed anses utgöra en godtagbar modell. Eftersom detta tydligt uttryckts i upphandlingsunderlaget har Swedavia också varit förhindrat att anta något annat anbud än det som offererat den högsta omsättningsavgiften. Något skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därför inte.

#### *Lågt anbud*

Bolaget har vidare anfört att SSP har lämnat ett onormalt lågt anbud i den meningen att företaget offererat en avsevärt högre omsättningsavgift än övriga anbudsgivare.

Som bolaget redan själv konstaterat saknas det i LUK, till skillnad mot lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, bestämmelser som ger en upphandlande myndighet möjlighet utesluta ett anbud om en leverantör lämnat anbud som förefaller vara onormalt lågt (se prop. 2015/16:195 s. 800). Koncessionshavaren har därför frihet att sätta priser baserat på affärsmässiga överväganden och den ekonomiska risken vid

prissättningen är en del av det affärsmässiga övervägande som leverantören måste göra. Någon analog tolkning av bestämmelserna i LOU och LUF om låga anbud kan enligt förvaltningsrätten inte göras. Förvaltningsrätten noterar dock i sammanhanget att även i LOU och LUF kan låga anbud accepteras så länge de förklaras med exempelvis möjligheten att utnyttja stordriftsfördelar eller som ett led i en strategi innefattande låg prissättning för att behålla eller utöka marknadsandelar.

Det har inte visats av bolaget att anbudet från SSP inte skulle vara allvarligt menat. Det har inte heller i övrigt framkommit att det råder tvivel om SSP:s vilja och förmåga att leverera enligt kontraktet. Det saknas därmed förutsättningar för ett ingripande enligt LUK även på denna grund.

*Uppfyllande av ska-krav*

Bolaget har slutligen anfört att SSP inte uppfyller krav om att koncessionshavaren ska erbjuda egenrostat kaffe.

Enligt förvaltningsrättens mening är kravställningarna i kravspecifikationen tydligt framåtsyftande och reglerar hur uppdraget ska genomföras. De krav eller villkor som anges i beskrivning av uppdragets verksamhet också huvudsakligen sådana att de omöjligt kan uppfyllas innan ett faktiskt uppdrag har påbörjats och om de vore att anse som kvalificeringskrav skulle de som sådana kunna stå i strid bland annat med den upphandlingsrättsliga principen om proportionalitet.

Om ett krav är utformat så att det måste uppfyllas först vid utförandet av tjänsten behöver därtill anbudsgivaren endast bekräfta att denne kommer att uppfylla kravet senare (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 25 mars 2013 i mål 6756-12 och Kammarrätten i Göteborgs domar den 7 april 2015 i mål nr 5090-14 och den 28 november 2012 i mål nr 6247-12).

Genom att lämna in anbud har SSP godkänt kontraktsvillkoren och det har inte framkommit omständigheter som tyder på att SSP motsätter sig att uppfylla dessa villkor vid fullgörande av uppdraget. För det fall en anbudsgivare inte uppfyller det som angetts i anbudet är det en civilrättslig fråga och ett eventuellt avtalsbrott och inte en fråga som kan prövas inom ramen för LUK.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LUK på av bolaget anförda grunder. Ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05)

Madelaine Tunudd  
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



## 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 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 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.

### 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](http://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.