



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2019-11-15

Meddelad i Stockholm

Mål nr

11974-19

SÖKANDE

STHLM Foodcourt AB, 559199-1590

Ombud: Advokat Catharina Piper och biträdande jurist Gustaf Strand
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

MOTPART

Sveriges Radio Förvaltnings AB, 556023-4030

Ombud: Pernilla Rasiwala
Advokatfirman Elici AB
Norra Strand 20
182 38 Danderyd

KONKURRENSVERKET	
2019 11 15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om edition.

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Sveriges Radio Förvaltnings AB:s koncessionsupphandling benämnd *Restauratör förrådsbacken*, dnr 201862SRF, ska göras om.

Dok.Id 1150850

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd31.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Sveriges Radio Förvaltnings AB (SRF) genomför en upphandling benämnd *Restauratör förrådsbacken*, dnr 201862SRF. Upphandlingen genomförs enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Av tilldelningsbeslut som meddelats den 14 maj 2019 framgår att SRF har för avsikt att ingå kontrakt med NR Drift AB (NR Drift).

STHLM Foodcourt ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska rättas så att utvärderingen görs om utan beaktande av NR Drifts anbud. STHLM Foodcourt yrkar vidare att förvaltningsrätten ska förelägga SRF att inkomma med och till rätten samt till STHLM Foodcourt överlämna vinnande anbudsgivares anbud samt utvärderingsprotokoll. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Otydlig avtalsperiod strider mot öppenhetsprincipen

Av Anbudsinbjudan, punkt 6.3, framgår att SRF avser att teckna kontrakt med en leverantör för en period om två år. SRF har härutöver rätt att förlänga avtalet vid ett eller flera tillfällen med upp till tre år. Av 4 kap. 11 § LUK framgår att koncessioner med längre löptid än fem år inte får ha en längre maximal löptid än vad som kan förväntas rimligen gå åt för att koncessionshavaren ska kunna kompenseras för gjorda investeringar. Det är uppenbart att en restauratör kan kompenseras för gjorda investeringar avseende koncessionsföremålet inom fem år. SRF har därmed handlat i strid med 4 kap. 11 § LUK eftersom det av upphandlingsdokumenten framgår att den sammanlagda tiden för kontraktet kan överstiga fem år. För det fall SRF:s skrivning inte ska uppfattas så som STHLM Foodcourt har uppfattat punkt 6.3 i Anbudsinbjudan, är det i vart fall inte tydligt vilken den längsta

möjliga avtalsperioden är. Detta i sig är i strid med transparensprincipen i 4 kap. 1 § LUK.

Otydliga föreskrifter rörande förhandling strider mot öppenhetsprincipen

Av anbudsinbjudan, punkt 11.7, framgår att PS-bolagen äger rätt att påkalla förhandling för de fall PS-bolagen anser att det är lämpligt. Av 6 kap. 4 § LUK följer visserligen att förhandling är tillåtet. SRF har dock inte angett under vilka förutsättningar förhandling kan komma att aktualiseras. Då upphandlingsdokumenten brister i transparens och öppenhet kring omfattningen har ingen av anbudsgivarna fått möjlighet att inkomma med sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

Utvärderingsmodellen är otydlig och strider mot öppenhetsprincipen

SRF har i Anbudsinbjudan, avsnitt 13, angett hur inkomna anbud kommer att utvärderas. Det framgår vidare att anbudsgivarens uppgifter för börkraven i kravspecifikationen kommer att poängsättas i procent av uppfyllt krav. Skalan som tillämpas är 0 – 100 procent och poängskalan är utformad enligt följande.

- 0 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller inte till någon del det ställda kravet.
- 20 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till liten del det ställda kravet.
- 40 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till viss del det ställda kravet och medför litet mervärde för PS-bolagen.
- 60 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till måttlig del det ställda kravet och medför mervärde för PS-bolagen.
- 80 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till stor del det ställda kravet och medför stort mervärde till PS-bolagen.
- 100 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller det ställda kravet till fullo och medför ett mycket stort mervärde för PS-bolagen.

Av poängskalan framgår således att poäng delas ut i förhållande till hur stor del av kravet som uppfylls samt i vilken utsträckning svaret medför mervärde för PS-bolagen. Vad som utgör kravuppfyllelse framgår dock inte. Vad som utgör mervärde framgår inte heller. Så som poängskalan är utformad och presenterad är det således inte möjligt för anbudsgivarna att ta ställning till hur deras anbud ska utformas, hur anbudet kan komma att bedömas och på vilka grunder ett anbud kommer att bedömas. Det kan vidare noteras att det inte på något vis går att utläsa vilken typ av svar som ger vilken poäng. SRF har t.ex. inte exemplifierat hur ett svar ”uppfyller till måttlig del det ställda kravet” och därmed är värt 60 procent. Inte heller har SRF förklarat vad som bedöms utgöra ett mervärde, varför det inte är möjligt för anbudsgivare att på förhand förstå vilka svar som t.ex. ”medför stort mervärde till PS-bolagen” och därmed är värt 80 procent. SRF har heller inte förklarat vad skillnaden mellan de olika nivåerna är. Härutöver kan noteras att utvärderingskriterierna blir ytterligare otydliga då det krävs två rekvisit för att uppnå en poängnivå; dels ska anbudsgivarens svar uppfylla kravet, dels ska anbudsgivarens svar medföra ett mervärde.

Utvärderingsmodellen har omgärdats av icke-definierade begrepp och det har helt saknats möjlighet för STHLM Foodcourt att förstå vad SRF skulle komma att tillmäta betydelse. Bör-kraven och utvärderingsmodellen har följaktligen varit otydliga och ofullständiga. SRF har handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna i 4 kap. 1 § LUK genom att i upphandlingen uppställa och tillämpa upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen på ett icke transparent sätt som leder till, eller riskerar att leda till, att likabehandlingsprincipen och transparensprincipen inte upprätthålls i upphandlingen. SRF:s agerande har påverkat STHLM Foodcourts möjligheter att kunna lämna sitt bästa och mest konkurrenskraftiga anbud. Även om en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sina tilldelningskriterier får kriterierna inte ge myndigheten en obegränsad

valfrihet. Genom den mycket otydliga utvärderingsmodellen och genom den synnerligen godtyckliga poängsättningen har SRF agerat i strid med LUK.

Krav på närproducerat strider mot principen om öppenhet och principen om ickediskriminering

SRF har i Kravspecifikationen, krav 12, angett att anbudsgivaren bör främja marknad för närproducerade livsmedel. Inledningsvis bör det noteras att begreppet närproducerad saknar definition i upphandlingsdokumenten. Det saknas vidare en officiell definition av vad som avses med närproducerat. Redan på den grunden står kravet i strid mot öppenhetsprincipen i 4 kap. 1 § LUK, då det inte är möjligt för anbudsgivarna att förstå vad som avses med kravet eller vad som krävs för att erhålla poäng vid utvärdering av kravet. Härutöver kan noteras att krav på lokalproducerade livsmedel ofta står i strid med principen om icke-diskriminering enligt 4 kap. 1 § LUK.

Kraven i upphandlingen gällande fisk strider mot LUK

SRF har i Kravspecifikationen, krav 13, angett att all fisk ska vara MSC-certifierad, ASC-certifierad eller KRAV-märkt. Inledningsvis kan noteras att det finns tre olika MSC-certifieringar av vilka två har med fisk och/eller fiske att göra. Vilken av dem som avses i upphandlingen framgår inte. Då det finns flera olika MSC-certifieringar som certifierar olika aspekter går det inte som anbudsgivare att veta vilken standard som faktiskt avses eller vad SRF:s syfte med kravet är. Kravet är således otydligt och strider därmed mot öppenhetsprincipen i 4 kap. 1 § LUK. KRAV-märkningen innehåller dessutom ett antal krav och kriterier som inte tar sikte på vare sig tjänsten i sig eller på processen eller metoden för att tillhandahålla tjänsten. Att ställa sådana krav är inte tillåtet. Härutöver kan noteras att kravet om KRAV-märkning är oproportionerligt då det inte har anknytning till föremålet för koncessionen, utan tar sikte på ett företags hela produktion oaktat om

resultatet av all produktion kommer att användas för genomförandet av koncessionen.

Referenskravet strider mot öppenhetsprincipen

STHLM Foodcourt har följt kravet avseende referenser (krav 20) och har tillsett att allt SRF efterfrågar återfinns i anbudet. Trots att anbudet innehåller all efterfrågad information har SRF bara gett 50 procent vid utvärderingen. Ett krav som uppställts är att referensuppdraget bör erhålla ett specifikt omdöme av referensens kontaktperson. Omdömet som bör erhållas är mycket god kvalitet. Vad som utgör mycket god kvalitet är inte närmare definierat och lämnar därmed utrymme för godtycke. Sådant godtycke står i strid med öppenhetsprincipen och SRF har därmed utformat kravet i strid med LUK. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumenten eller av några förtydliganden vad som utgör ett liknande uppdrag. Det kan vidare ifrågasättas om det är förenligt med 4 kap. 1 § LUK att ställa upp krav som också är ett utvärderingskriterium.

SRF:s hantering av Frågor och svar strider mot LUK

Av 10 kap. 11 § LUK framgår att en upphandlande myndighet eller enhet på begäran ska lämna ut kompletterande upplysningar om koncessionsdokumenten. SRF har emellertid vägrat att besvara ett antal frågor. SRF har därmed åsidosatt sina skyldigheter enligt 10 kap. 11 § LUK och därtill agerat i strid med principerna om likabehandling och öppenhet. Nuvarande leverantör har fått fördelar eftersom denna har haft mer kunskap om upphandlingen än vad övriga anbudsgivare har haft.

NR Drifts uppfyllande av relevanta krav och poäng i utvärderingen

Av 10 kap. 13 § LUK följer att en upphandlande myndighet eller enhet på begäran av en anbudsgivare som lämnat ett godtagbart anbud ska lämna upplysningar om egenskaperna hos och de relativa fördelarna med det valda anbudet. Sådan upplysning ska lämnas snarast, dock senast inom 15 dagar från det att en skriftlig begäran kom in. Detta har inte gjorts. STHLM Foodcourt befarar att NR Drift inte uppfyller samtliga krav och inte heller har fått en rättvis fördelning gällande utvärderingen och dess poäng. STHLM Foodcourt har emellertid inte fått ta del av NR Drifts anbud.

Gällande SRF:s utvärdering av STHLM Foodcourts anbud

STHLM Foodcourt har i förhållande till ett antal krav inkommit med svar i sitt anbud som borde ha tilldelats högsta omdömet. SRF har dock i förhållande till ett flertal krav inte givit det omdöme som STHLM Foodcourt rätteligen borde erhållit och inte heller varit tydlig med vad som krävs för att nå högsta möjliga poäng avseende olika delar i upphandlingen. STHLM Foodcourt har t.ex. för krav 14, avseende god djurhållning, erhållit 50 procent omdöme. SRF anger att STHLM Foodcourt inte har beskrivit sin kontroll. SRF har inte tagit hänsyn till det svar som STHLM Foodcourt inkommit med i sitt anbud, då det klart och tydligt redogörs i anbudet vilken kontroll som bedrivs. Hade SRF:s utvärdering genomförts på ett korrekt sätt skulle STHLM Foodcourt rätteligen erhållit betydligt högre omdöme för krav 14, avseende god djurhållning.

STHLM Foodcourt vill utöver vad bolaget ovan har redogjort för gällande brister i förhållande till krav 20 att det ska noteras att referensuppdraget vid Migrationsverket borde ha erhållit högsta omdöme. Detta då samtliga väsentliga aspekter av uppdraget liknar det som SRF efterfrågar, med gäster från ett stort antal nationer, stor spridning i antalet ätande gäster per dag,

vilket ställer krav på flexibilitet och förmåga att anpassa verksamheten samt att uppdraget vid Migrationsverket ställer höga krav på socialt bemötande och språkliga kunskaper.

Det framgår inte heller vad STHLM Foodcourts anbudssvar saknar beträffande krav som uppställts avseende personalkapacitet (krav 22). Det torde stå klart att STHLM Foodcourt inte har samtliga anställda som krävs för uppdraget i anställning redan i samband med anbudsinlämningen. Detta vore heller inte rimligt. Dels kan verksamhetsövergång komma att aktualiseras, dels kan ytterligare rekrytering behöva ske, särskilt om bolaget tilldelas kontraktet. Givet den höga kvaliteten genom STHLM Foodcourts anbudssvar torde poängen vida överstiga de 50 procent som erhållits. Detta särskilt med beaktande av att samtliga krav och önskemål så som de framgår av Kravspecifikationen har besvarats.

STHLM Foodcourt har erhållit 70 procent vid utvärderingen av krav 34, avseende café. SRF har angett att försäljning av receptfria läkemedel har sänkt STHLM Foodcourts poäng. Det anges inte någonstans i Koncessionsdokumenten, såvitt STHLM Foodcourt kan se, att PS-bolagen har en policy om att främja god och drogfri arbetsmiljö. Härutöver är det anmärkningsvärt att påstå att försäljning av receptfria läkemedel, såsom allergimedicer, huvudvärkstabletter eller medel för rökavvänjning står i strid med främjande av en god och drogfri arbetsmiljö. Det är ytterst märkligt av SRF att ens antyda att det skulle stå i strid med en drogfri arbetsmiljö att t.ex. pollenallergiker kan köpa laglig och receptfri medicin i anslutning till arbetsplatsen, eller att den som under sin arbetsdag tar en huvudvärkstablett verkar i strid med PS-bolagens målsättning om en drogfri arbetsmiljö. I anslutning till detta krav bör det vidare noteras att frågan om god och drogfri arbetsmiljö inte är något som framgår av den av SRF bifogade uppförandekoden. Det framgår följaktligen inte att SRF förväntar sig eller önskar att den blivande leverantören ska verka för en sådan arbetsmiljö.

Edition

SRF har nekat att lämna ut utvärderingsprotokollet NR Drifts hela anbud. Av utvärderingsprotokollet går det inte att utläsa hur utvärderingen av anbudet har gått till och vilka poäng som har tilldelats. Anbudssvaren från NR Drift gällande krav, referenser och utvärdering har legat till grund för SRF:s utvärdering av lämnat anbud. Vidare är referenserna en del av de obligatoriska kraven i upphandlingen. STHLM Foodcourt gör gällande att ett annat slutligt beslut rätteligen skulle ha fattats om SRF hade gjort en utvärdering av anbudet i enlighet med kraven. Det är också av vikt att STHLM Foodcourt får ta del av de begärda handlingarna för att kunna tillvarata sin fulla rätt och ges möjlighet att utveckla grunden att STHLM Foodcourt har lidit skada eller kan komma att lida skada på annat sätt än vad som framgår av ovan. Handlingarna är nödvändiga för att möjliggöra en kontroll av huruvida upphandlingsprocessen, utvärderingen, anbud och efterföljande kompletteringar av detsamma har följt upphandlingsdokumentens bestämmelser och de grundläggande principerna i LUK.

SRF bestrider bifall till ansökan om överprövning. SRF bestrider även bolagets editionsyrkande i den delen det avser vinnande anbudsgivares anbud.

Avtalstiden

I punkt 6.3 i Anbudsinbjudan anges att SRF avser att teckna kontrakt med en leverantör i upphandlingen. Avtalet ska vara giltigt i två år. I punkten anges att SRF äger rätt att förlänga avtalet vid ett eller flera tillfällen med upp till tre år. Det står inte hur lång varje förlängning kan vara, men skrivningen är avsedd att läsas som att den sammanlagda förlängningen kan bli maximalt tre år. Det innebär att den totala avtalstiden kan bli maximalt fem år, något som tydligt framgår av avtalsförslaget i upphandlingen. Där anges,

i avsnitt 5, uttryckligen att avtalstiden som längst kan vara fem år och att avtalet, vid den maximala avtalstidens utgång, upphör att gälla utan föregående uppsägning. Avtalstiden i upphandlingen är därmed förenlig med 4 kap. 11 § LUK.

Förhandling

Av Anbudsinbjudan (punkt 11.7) framgår att LUK medger förhandling och att SRF kan komma att bjuda in en anbudsgivare till förhandling, för de fall SRF anser att det är lämpligt. Det anges tydligt att anbudsgivaren inte äger rätt att påkalla förhandling. SRF:s beskrivning av möjligheten till förhandling i Anbudsinbjudan följer regleringen i 6 kap. 4 § LUK i vilken det anges att den upphandlande myndigheten eller enheten får förhandla med anbudssökande och anbudsgivare.

SRF:s utvärdering av bör-krav

I Anbudsinbjudans avsnitt 13 anges att utvärderingen av anbuderna skulle ske genom att anbudsgivarens uppgifter för bör-kraven i kravspecifikationen poängsattes i procentandel av uppfyllt krav, dvs. anbuderna kunde för respektive bör-krav tilldelas en andel mellan 0 – 100 procent. Anbudsgivarna skulle redogöra för sina svar och förslag till lösning i ett bifogat svarformulär. I Anbudsinbjudans avsnitt 13 redogörs för hur SRF:s kontroll och bedömning av innehållet i anbudsgivarnas redovisningar av uppfyllelse av bör-kraven i svarsformuläret skulle gå till, på ett övergripande plan. Det förhållandet att ett anbud innehöll alla svar och efterfrågade beskrivningar i svarsformuläret medförde inte per automatik att SRF bedömde att kravuppfyllelsen i anbudet var 100 procent. Att det inte enbart var en fråga om kvantitet utan även kvalitet, framgår tydligt av ordet ”mervärde” i bedömningarna för procentsatser överstigande 40. Utvärderingen av anbudet var alltså inte enbart en fråga om hur många uppgifter en anbudsgivare hade

med i sitt anbud, rent procentuellt, utan det var även en fråga om vad anbudsgivaren redovisade i svarsformuläret i upphandlingen på respektive bör-krav.

I kravspecifikationen anges således på ett mer detaljerat plan än i Anbudsinbjudan, vad det var som SRF värdesatte vid sin bedömning av anbudsgivarnas redogörelser och beskrivningar i svarsformulären, bör-krav för bör-krav. Även i svarformuläret finns det, utöver kravspecifikationen, viss vägledning att hämta för anbudsgivarna vilka underlättade förståelsen av vad SRF önskade av beskrivningarna och hur de skulle bedömas. Avsnitt 13 i Anbudsinbjudan måste alltså läsas tillsammans med bör-kraven i kravspecifikationen, svarformuläret samt den beskrivning av uppdraget som framgår i Anbudsinbjudan. Varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare i restaurangbranschen måste ha insett att upphandlingsdokumenten skulle läsas på detta sätt och förstått hur ett specifikt bör-krav skulle bedömas av SRF. SRF:s utformning av upphandlingsdokumenten har varit tillräckligt tydlig för att en anbudsgivare ska kunna förstå vad som behövde anges/beskrivas i svarsformuläret för att SRF skulle bedöma att det som offererades skulle bedömas ge SRF mer eller mindre mervärde. SRF:s utvärderingsmetod är sålunda förenligt med kraven på transparens i LUK,

Bör-krav att främja marknad för närproducerade livsmedel

I kravspecifikationens avsnitt 4.4 (krav 12) har bl.a. angetts att anbudsgivaren bör främja marknaden för närproducerade livsmedel. I det svarsformulär i upphandlingen i vilket anbudsgivaren skulle redovisa sina svar angavs följande vägledande text för ifyllnaden av svar på krav 12:

Anbudsgivaren ska beskriva hur ovanstående uppfylls samt redogöra för sitt miljö- och hållbarhetsarbete. Anbudsgivaren bör med redovisningen påvisa att anbudsgivaren sannolikt kan bidra till en hållbarare och mer miljöanpassad verksamhet.

Det måste vara uppenbart för en normalt omsorgsfull anbudsgivare i branschen att ju mer miljö- och hållbarhetsarbete som anbudsgivaren bedriver och ju bättre det arbetet beskrivs i anbudet på ett sätt som gör sannolikt att det kommer SRF:s verksamhet till godo, desto högre procent-uppfyllnad får anbudsgivaren. Kravet i punkten strider sålunda inte mot kravet på förutsebarhet i LUK, som bolaget gör gällande. Inte heller är börkravet diskriminerande eller olikbehandlande på ett sätt som strider mot LUK. STHLM Foodcourt har i sitt anbud inte i detalj utvecklat hur det främjar närproducerat, utan endast angett att bolaget har en målsättning med sin verksamhet. Målsättningen är god, men arbetet är uppenbarligen ännu inte implementerat till fullo. SRF har därför inte ansett att STHLM Foodcourt kunde få högsta kravuppfyllelse i detta avseende.

Obligatoriskt krav på fiskråvara

Kravet på vilken fiskråvara som får användas i måltiderna är tillräckligt tydligt för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare med branschkunskap ska kunna förstå det. STHLM Foodcourt har i sitt anbud svarat ”ja” på kravet och SRF har accepterat svaret. Påstådd otydlighet i krav 13 har sålunda inte heller riskerat att skada bolaget i upphandlingen.

Krav på visst omdöme från referent

I kraven på företagskapacitet, avsnitt 4.8 i kravspecifikationen, föreskrevs i krav 20 ett krav på referenser och vad det skulle innehålla. Kravet bestod av flera delar, varav de två sista delarna var börkrav som skulle redovisas i svarsformuläret.

Anbudsgivaren ska ha en bred erfarenhet av att utföra liknande uppdrag. För att styrka detta ska Anbudsgivaren bifoga en (1) referens vilken ska avse uppdrag som utförts under de tre (3) senaste åren, från anbudstidens utgång.
[...]

Referensuppdraget bör påvisa att anbudsgivaren har erforderlig erfarenhet av genomförande av liknande uppdrag som det PS-bolagen nu efterfrågar. Referensuppdraget bör erhålla omdömet av referenten mycket god kvalitet på utförande av tjänsten samt att anbudsgivaren som leverantör har motsvarat ställda krav.

För det fall en anbudsgivare inte alls uppfyllde det ena av de två bör-kraven, t.ex. för att dess referensuppdrag inte bedömdes vara ett liknande uppdrag, t.ex. inte avsåg servering i en personalmatsal, men anbudsgivarens referens ändå lämnat omdömet ”mycket god kvalitet”, så tilldelades anbudsgivaren 50 procent eftersom ett av de två bör-kraven var till fullo uppfyllt. För att få 100 procent på referenser behövde anbudsgivaren ha utfört ett uppdrag som är liknande i sin art och omfattning (dvs. storlek) samt få mycket bra omdöme från referenten i fråga. Om referensuppdraget inte var liknande det som SRF upphandlade t.ex. till sin ”art”, så har betyget för referensuppdraget blivit lägre än 100 procent.

Det av STHLM Foodcourts åberopade referensuppdraget var ett ankomstboende för Migrationsverket. SRF anser inte att det är ett uppdrag liknande det som nu upphandlas. De andra två anbudsgivarnas referensuppdrag avsåg servering i personalmatsalar, dvs. var till sin art liknande det uppdrag som upphandlingen avser. Alla anbudsgivares respektive referensperson har lämnat sitt omdöme baserat på samma frågor från en och samma person på SRF. STHLM Foodcourt anser att omdömet ”mycket god kvalitet” är otydligt utformat. Det är möjligt att omdömet inte är helt perfekt utformat, men kravet på referens och hur det skulle bedömas är tillräckligt tydligt för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare i branschen ska förstå vad som krävs för att få ett högt betyg. Därmed är kravet förenligt med kravet på transparens i LUK. STHLM Foodcourt har vidare fått omdömet ”mycket god kvalitet” för sitt referensuppdrag och alltså tilldelats högst möjliga omdöme i denna del av kravet. Påstådd otydlighet i omdömet har alltså inte påverkat bolagets möjlighet att lämna sitt bästa anbud i upphandlingen, dvs. det har inte riskerat att skada bolaget i upphandlingen.

SRF:s utvärdering av STHLM Foodcourts anbud

SRF har i dokumentet *Relativa fördelar med vinnande anbud*, vilket ingetts till förvaltningsrätten, kortfattat redogjort för det vinnande anbudets relativa fördelar jämfört med STHLM Foodcourt anbud. STHLM Foodcourt har, efter att ha tagit del av den bedömning som SRF har gjort, gjort gällande att bolaget borde ha fått bättre bedömning vad gäller sina beskrivningar avseende krav 14, krav 20, krav 22 och krav 34, samt att SRF:s bedömning av bolagets anbud inte har varit saklig och objektiv. SRF bestrider dessa påståenden.

Vad gäller krav 14 (god djurhållning) har SRF bedömt att STHLM Foodcourt uppfyller det till 50 procent. Att bolaget inte har erhållit 100 procent för detta krav beror bl.a. på att STHLM Foodcourt i sitt anbud inte tydligt har redogjort för vad anbudsgivarens egenkontroll innebär eller hur uppföljningen går till.

Vad gäller krav 20 (referenser) har SRF bedömt att STHLM Foodcourt uppfyller det till 50 procent. SRF har i upphandlingsdokumenten avseende det obligatoriska kravet på referensuppdrag, dvs. krav 20, tydligt uttryckt att ett "liknande uppdrag" var ett uppdrag som hade varat längre än två år samt omfattade liknande storlek och karaktär som det som upphandlas. SRF har – som redan redovisats – bedömt att bolagets referensuppdrag inte var av liknande karaktär med det som upphandlas. Uppdraget uppfyllde dock kravet på tid och storlek. SRF:s bedömning av STHLM Foodcourts referensuppdrag betyder att bolagets anbud egentligen inte uppfyllde det obligatoriska kraven på referensuppdrag och egentligen borde ha förkastats av SRF. SRF medger sålunda att det förhållandet att SRF har utvärderat STHLM Foodcourts anbud trots bristande uppfyllelse av det obligatoriska kravet på referensuppdrag, krav 20, kan stå i strid med LUK. Bolagets anbud borde rätteligen ha förkastats av SRF p.g.a. bristande kravuppfyllelse. Eftersom

SRF:s utvärdering av bolagets anbud, jämfört med ett förkastande av anbudet, inte riskerar att skada bolaget så avser SRF dock inte att göra om utvärderingen av anbuden med anledning av denna brist.

Vad gäller krav 22 (personalkapacitet) har SRF bedömt att STHLM Foodcourt uppfyller det till 50 procent. Detta beror bl.a. på att bolaget i sitt anbud inte tydligt har redovisat hur angiven personalkapacitet ska användas i uppdraget för SRF.

Vad gäller krav 34 (café) har SRF bedömt att STHLM Foodcourt uppfyller det till 70 procent, vilket är ett mycket bra betyg. Att bolagets förslag inte främjade en god och drogfri arbetsmiljö hos PS-bolagen, var ett exempel på en sak i bolagets anbud som gjorde att SRF bedömde att bolaget inte fullt ut uppfyllde krav 34. Att STHLM Foodcourt inte har ansetts uppfylla kravet till 100 procent beror även på att bolaget i sitt anbud, enligt SRF:s bedömning, har fokuserat för lite på innehåll och allt för mycket på yttre detaljer, såsom möbler, skyltar, färger etc. STHLM Foodcourt har inte heller i sitt anbud påvisat eller övertygat SRF om att dessa ytliga utvecklingsförslag är realistiskt genomförbara eller att de kommer att medföra mervärde till PS-bolagens personal och gäster. För att kunna bedöma att bolagets förslag gav större mervärde för PS-bolagen hade SRF velat se mer fokus i anbudet på konceptet för TV-caféet och det som är tänkt att serveras där samt, vilket SRF bedömer är viktigt, hur personalen kan använda sig av TV-caféet som ett komplement till personalmatsalen.

Sammanfattningsvis har SRF:s bedömning av STHLM Foodcourts anbud i alla avseenden varit saklig och objektiv samt skett i enlighet med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i LUK.

SRF:s hantering av frågor i upphandlingen

SRF har svarat på STHLM Foodcourts frågor efter bästa förmåga, i syfte att förtydliga eventuella otydligheter i upphandlingsdokumenten. Bolaget har inom ramen för frågor och svar begärt att få ut ett antal dokument från SRF. SRF lyder emellertid inte under offentlighetsprincipen och har därmed ingen skyldighet att lämna ut begärda handlingar på det sätt som de myndigheter som lyder under denna princip har. SRF har inte kunnat eller velat lämna ut de av bolaget begärda handlingarna.

Fördelar för befintlig leverantörs anbud i upphandlingen

Nuvarande leverantör har inte haft eller fått otillbörlig fördel i upphandlingen genom att SRF inte har lämnat ut av bolaget efterfrågad information. Det är inte ovanligt att en leverantör har en konkurrensfördel i en ny upphandling av tjänster som denna leverantör redan tillhandahåller, men det är som huvudregel fördelar som inte är otillbörliga. Den eventuella konkurrensfördelen som den befintliga leverantören kan ha haft i upphandlingen, beror emellertid inte på SRF:s agerande i upphandlingen. SRF har inte uppställt krav eller utvärderat anbud i upphandlingen på ett sätt som har gynnat befintlig leverantör.

Edition

Innehållet i vinnande anbudsgivares anbud utgör affärshemligheter som riskerar att skada anbudsgivaren om de lämnas ut. För att tydliggöra att SRF inte har agerat i strid med LUK i upphandlingen inger SRF i målet dock utvärderingsprotokoll samt en handling vari en kortfattad beskrivning ges av det vinnande anbudets fördelar jämfört med bolagets anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 13 kap. 1 § LUK framgår att en upphandlande myndighet eller enhet ska tilldela en koncession med användning av tilldelningskriterier som är förenliga med de principerna som anges i 4 kap 1 § LUK, har anknytning till det som ska anskaffas, säkerställer att anbudet bedöms i konkurrens med varandra i syfte att fastställa allmänna ekonomiska fördelar för myndigheten eller enheten, och inte ger myndigheten eller enheten obegränsad valfrihet. Tilldelningskriterierna ska göra det möjligt för myndigheten eller enheten att effektivt kontrollera de uppgifter som leverantörerna lämnar.

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 denna lag 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.

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att bestämmelserna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken ska tillämpas i fråga om skriftlig handling som åberopas till bevis. I den bestämmelsen anges att om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas.

Förvaltningsrättens bedömning

STHLM Foodcourt har i första hand yrkat att upphandlingen ska göras om. I andra hand har bolaget yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att en ny utvärdering ska göras utan beaktande av NR Drifts anbud. STHLM Foodcourt har vidare begärt edition av vinnande anbudsgivares anbud samt utvärderingsprotokoll.

STHLM Foodcourt har till stöd för sin talan bl.a. gjort gällande att SRF har utformat och tillämpat upphandlingsdokumenten på ett icke transparent sätt. Enligt bolaget har utvärderingsmodellen öppnat för en godtycklig bedömning av anbuderna. STHLM Foodcourt har vidare anfört att vissa villkor och krav har uppställts i strid med öppenhetsprincipen samt principen om ickediskriminering. Enligt bolaget har SRF vidare vid sin hantering av Frågor och svar agerat i strid med LUK. STHLM Foodcourt har utöver dessa påstådda brister, som är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, anfört att SRF inte har följt den utvärderingsmodell som framgår av upphandlingsdokumenten. STHLM Foodcourt har vidare anfört att bolaget befarar att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller samtliga krav och inte heller har fått en rättvis fördelning gällande utvärdering och dess poäng.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LUK att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensökande skede (jfr Kammarrätten i Stockholms beslut den 13 september 2013 i mål nr 4385-13). Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis de brister som åberopats som hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. I första hand prövas frågan om upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen har öppnat för en godtycklig bedömning av anbuderna.

Har upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen öppnat för en godtycklig bedömning av anbuden?

Av principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LUK följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sådant sätt att varje leverantör, med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten, kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i upphandlingsdokumentens alla delar. EU-domstolen har uttalat att tilldelningskriterierna ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. EU-domstolens avgörande den 18 oktober 2001, C-19/00 SIAC Construction).

Förvaltningsrätten anser att det i den aktuella upphandlingen, som gäller drift av personalrestaurang, inte är rimligt att kräva att det av upphandlingsdokumenten exakt ska framgå vad en anbudsgivare har att redovisa i sitt anbud för att tilldelas viss poäng vid utvärderingen. Upphandlingsdokumenten bör dock – för att vara förenliga med likabehandlings- och transparensprincipen – innehålla tillräckligt med information för det ska vara möjligt för en anbudsgivare att avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid utvärderingen och därmed kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Fråga är om de aktuella upphandlingsdokumenten uppfyller dessa krav.

Av upphandlingens Kravspecifikation och svarsformulär framgår att det i upphandlingen har uppställts totalt 56 krav och att sju av dessa krav även innehåller s.k. bör-krav. Av punkt 13 i Anbudsinbjudan *Utvärdering av anbud och grund för tilldelning av kontrakt* framgår att prövning och utvärdering av anbud kommer att genomföras i två steg. Det första steget

omfattar en prövning och kontroll av att anbudet uppfyller samtliga kvalificeringskrav. I det andra steget görs en utvärdering av kvalificerade anbud. Den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt utvärderingen, med hänsyn tagen till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kommer att antas och tilldelas kontrakt. Vidare framgår av Anbudsinbjudan att utvärderingen sker genom att anbudsgivarens uppgifter för bör-kraven i kravspecifikationen poängsätts i procent av uppfyllt krav på en skala mellan 0 – 100 procent, enligt följande.

0 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller inte till någon del det ställda kravet.

20 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till liten del det ställda kravet.

40 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till viss del det ställda kravet och medför litet mervärde för PS-bolagen.

60 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till måttlig del det ställda kravet och medför mervärde för PS-bolagen.

80 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller till stor del det ställda kravet och medför stort mervärde till PS-bolagen.

100 % – Anbudsgivarens svar för kravet uppfyller det ställda kravet till fullo och medför ett mycket stort mervärde för PS-bolagen.

Av den i Anbudsinbjudan redovisade poängskalan framgår således att anbudsgivarens uppgifter för respektive bör-krav kommer att poängsättas i procent beroende på hur pass väl anbudsgivarens svar bedöms uppfylla det ställda kravet. Enligt förvaltningsrättens mening är den information som har lämnats i Anbudsinbjudan om prövning och utvärdering alltför knapphändig för att en anbudsgivare ska kunna förstå vad denna ska redovisa i sitt anbud för att tilldelas en hög poäng för respektive utvärderingskriterium. Fråga är då om det i övriga upphandlingsdokument ges ytterligare information som tydliggör hur poängsättningen ska ske. SRF har hävdats att avsnitt 13 i Anbudsinbjudan ska läsas tillsammans med bör-kraven i kravspecifikationen, svarformuläret samt den beskrivning av uppdraget som framgår i Anbudsinbjudan.

Även om det för vissa av bör-kraven, med ledning av vad som anges i kravspecifikationen, bör ha varit möjligt att uttolka vad SRF tillmäter betydelse vid utvärderingen, anser förvaltningsrättens att så inte är fallet för det andra bör-kravet som är kopplat till krav 34, enligt vilket anbudsgivaren ska redogöra för hur TV-caféverksamheten kan utvecklas. I det aktuella kravet anges i kravspecifikationen endast att anbudsgivarens redogörelse bör vara genomförbar och med stor sannolikhet medföra mervärde till PS-bolagens personal och gäster. Någon vägledning för vad som skulle kunna utgöra ett mervärde ges inte.

SRF har i målet inkommit med en handling benämnd *Relativa fördelar med vinnande anbud*, vari framgår följande gällande utvärderingen av det aktuella kriteriet.

Vinnande anbudsgivare har redovisat bättre och mer realistisk utveckling av TV-caféet. Att STHLM Foodcourt exempelvis har redovisat försäljning av receptfria läkemedel på arbetsplatsen går emot PS-bolagens främjande av god och drogfri arbetsmiljö.

Såsom det aktuella kravet har utformats framgår det, enligt förvaltningsrättens mening, inte att anbudsgivarens förslag ska främja en god och drogfri arbetsmiljö. Det kan vidare ifrågasättas om försäljning av receptfria läkemedel motverkar en god och drogfri arbetsmiljö. Att låta en sådan uppgift i en anbudsgivares anbud om planerat varuutbud påverka poängsättningen negativt innebär, enligt förvaltningsrättens mening, att SRF har ställt upp utvärderingskriterier som inte har varit kända eller kunnat förutses av anbudsgivarna när de utformade sina anbud. SRF får härigenom anses ha öppnat för en godtycklig bedömning av anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening innebär detta att upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen brister i transparens.

Förvaltningsrätten finner även att krav 20 inte har utformats på ett tillräckligt tydligt sätt. Gällande detta krav har SRF i målet inledningsvis anfört

att STHLM Foodcourt har fått poängavdrag till följd av att bolagets referensuppdrag inte är ett uppdrag liknande det som nu upphandlas. SRF har härefter ändrat inställning och i stället gjort gällande att bolagets anbud rätteligen inte borde ha utvärderats eftersom det åberopade referensuppdraget inte är av liknande karaktär. Med anledning av att kravet, såsom framkommit i målet, kan tolkas på olika sätt har kravet enligt förvaltningsrättens mening inte utformats på ett tillräckligt tydligt sätt. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det inte av kravet vad som avses med ”liknande uppdrag” eller vilka delar av kravet som SRF har haft för avsikt att lägga till grund för utvärdering.

Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av ovan konstaterade brister i upphandlingsdokumenten att utvärderingsmodellen får anses ha öppnat för en alltför godtycklig bedömning, som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Enligt förvaltningsrättens mening har det därför inte varit förutsebart för anbudsgivarna hur poängsättningen skulle komma att ske och hur de på bästa sätt ska utforma sina anbud. Upphandlingsdokumentens utformning strider därför mot principerna om likabehandling och transparens.

STHLM Foodcourt har påstått att bolaget till följd av bristerna i upphandlingsdokumenten inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud och att bolaget därför lidit skada. Förvaltningsrätten anser att bolaget i vart fall får anses ha riskerat att lida skada till följd av de ovan konstaterade bristerna i upphandlingsdokument och utvärderingsmodell. Då bristerna har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva övriga påstådda brister i upphandlingen.

Begäran om edition

STHLM Foodcourt har begärt edition avseende vinnande anbudsgivares anbud samt utvärderingsprotokoll. En förutsättning för att edition ska medges är att handlingarna kan antas ha betydelse som bevis. Då förvaltningsrätten bedömt att upphandlingen ska göras om saknar de efterfrågade handlingarna betydelse som bevis i detta mål. Det saknas därför förutsättning att besluta att de begärda handlingarna ska tillhandahållas. Yrkandet om edition ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Terese Danielsson

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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 avisar 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.

