



KONKURRENSVERKET	
2019-01-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Diamandsera AB, 556670-4838

Ombud: Advokaterna Björn Bergström och Alexander Hantosi

MOTPART

Västra Götalandsregionen

Ombud: Advokaterna Göran Andersson och Markus Garfvé

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 26 september 2018 i mål nr 40-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling av koncessioner; fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten skriver av målet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 9 oktober 2018 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Diamandsera AB yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas och i andra hand göras om.

Kammarrätten har den 9 oktober 2018 beslutat att Västra Götalandsregionen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Västra Götalandsregionen (VGR) har med anledning av kammarrättens beslut meddelat bl.a. följande. Den 9 oktober 2018, kring kl. 08.00-08.05, kontaktade VGR Kammarrätten i Göteborg och fick beskedet att något interimistiskt beslut inte fattats. VGR ingick därefter direkt avtal med den tilldelade leverantören. Föremålet för klagandens talan har därmed förfallit.

Diamandsera AB vidhåller sitt överklagande och anför bl.a. följande. Något giltigt avtal förelåg inte vid kammarrättens beslut. Det är ostridigt att avtalsspärr gällde den 8 oktober 2018 och att VGR fått information om överklagandet och begäran om ett interimistiskt beslut. VGR har under avtalsspärr utväxlat underskrivna kopior av avtalet i syfte att kunna förhindra prövningen. Leverantören undertecknade avtalet den 8 och inte den 9 oktober 2018 som det står i avtalet. Formkraven för ett giltigt avtal har inte iakttagits, avtalet innehåller oriktiga uppgifter och ett avtal kan inte ingås genom undertecknande av inskannade kopior. Dessa omständigheter var för sig eller tillsammans medför att giltigt avtal ännu inte ingåtts. Parterna har inte iakttagit de formkrav som uppställts i Upphandlingens Avtal, punkt 39. Avtalets giltighet förutsätter en viss form då det är fråga om ett de facto formalavtal, varför NJA 2012 s. 1095 som gäller fast egendom är tillämpligt. Enbart parternas vilja och avsikt räcker inte. Om originalhandlingar har utväxlats efter kammarrättens interimistiska beslut så har VGR i vart fall ingått avtalet i strid med beslutad avtalsspärr. Avtalet är inte heller undertecknat av behörig företrädare enligt VGR:s delegationsordning. VGR har brutit mot sitt interna regelverk i syfte att undandra bolaget möjligheten att få upphandlingen prövad. Ett sådant förfarande är inte i enlighet med reglerna i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Skulle avtalet anses giltigt och leda till att kammarrätten inte prövar ärendet uppstår effekten att en särskild rättsordning för avtals giltighet enligt LUK uppstår till skillnad från avtalsrätten.

VGR har anfört bl.a. följande. Av avtalslagen (1915:218) framgår att avtal ingås genom att parterna utväxlar anbud och accept. Det finns inget rättsligt stöd för att ett avtal ska anses ogiltigt för att det förekommer en felaktig uppgift i avtalet. Något särskilt krav av den innebörd som klaganden gör gällande uppställs inte heller i punkt 39. Tidpunkten för accept är den 9 oktober 2018, varför avtalet har ingåtts då. Jordabalkens (1970:994) bestämmelser är inte analogt tillämpliga på tjänstekoncessionsavtal. Den av bolaget ingivna delegationsordningen för VGR rör delegering av rätt att fatta beslut. Kommunalrättsligt är det en skillnad på att fatta beslut och rena verkställighetsbeslut. Att ingå avtal efter en upphandling är ett verkställighetsbeslut som inte omfattas av delegationsordningen. Genom avtalet kommer VGR inte heller att köpa in något utan kommer i stället att erhålla omsättningshyra. Koncessionshavarens uppskattade omsättning kan inte jämföras med beloppsnivåer för inköp av varor och tjänster. Avtalet är undertecknat av en inköpschef som regelmässigt tecknar avtal och har representationsrätt. Civilrättsligt bindande avtal har ingåtts efter den förlängda avtalsspärrens utgång och innan tidpunkten för kammarrättens beslut.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 16 kap. 6 § andra stycket LUK får överprövning av en upphandling inte ske efter det att ett avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

I LUK finns, utöver bestämmelsen i 1 kap. 13 § där det anges att med koncession avses ett skriftligt kontrakt, inte några bestämmelser som närmare beskriver hur ett avtal om koncession mellan upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör ska slutas.

VGR har anfört att avtal ingicks den 9 oktober 2018. Diamandsera AB har invänt mot detta. Kammarrätten konstaterar att det i målet finns ett skriftligt

avtal, daterat den 9 oktober 2018 och som är undertecknat av företrädare för VGR och en leverantör. Inget av det som Diamandsera AB anför är något som ger kammarrätten skäl att anse annat än att avtal nu finns i aktuell upphandling. Eftersom avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Målet ska därför skrivas av.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Raymond Grankvist

Gunilla Ericsson

Emilia Thorvinger
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-09-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
40-18

SÖKANDE

Diamandsera AB, 556670-4838
Bilgatan 20
442 40 Kungälv

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud:

1. Advokaten Göran Andersson
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

2. Advokaten Markus Garfvé
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 551737

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en tjänstekoncessionsupphandling av Café och Restaurangverksamhet, dnr RS 2017-00535. Av tilldelningsbeslut den 20 december 2017 framgår att Modis Restauranger AB (Modis) vunnit kontraktet i upphandlingen

YRKANDEN M.M.

Diamandsera AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsvärdering ska genomföras utan beaktande av anbudet från Modis. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför bl.a. följande. VGR har kvalificerat anbudet från Modis trots att detta bolag angett att de inte har teknisk kapacitet för att genomföra uppdraget utan hypotetiska underleverantörer och trots att Modis enligt VGR:s bedömning inte kommer att investera tillräckligt med pengar för att uppfylla ställda obligatoriska krav. Allt enligt de minnesanteckningar som förts vid samtal mellan VGR och Modis. Upphandlingen har därmed genomförts i strid med principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LUK.

För det fall Modis anbud kan godtas ska upphandlingen i första hand göras om då det med ledning av förfrågningsunderlaget inte gått att förutse att det varit möjligt att ge in ett anbud med hypotetiska icke-specificerade koncept och partners samt utan att ange en klar tidsplan för implementering. Kraven på likabehandling och förutsebarhet (transparens) är därmed inte uppfyllda.

I andra hand åberopas att poängsättningen beträffande utvärderingen har varit godtycklig beträffande implementeringsplanen, då bolaget redovisat en

handfast plan med fasta datum medan Modis redovisat en vag, tidsbestämd plan, utan möjlighet att ens kunna ange vilka hypotetiska partners som skulle kunna komma i fråga.

I tredje hand åberopas att Modis ensamma och till snedvridande av konkurrensen erbjudits en möjlighet att få ekonomisk hjälp att uppfylla kraven på investeringar genom att VGR i praktiken skulle genomföra investeringarna åt Modis genom att låta dem få nyttjanderätt till inventarier som VGR har köpt.

Sammanfattningsvis uppfyller inte Modis de i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska kraven och anser rätten att så ändå är fallet är förfrågningsunderlaget inte förenligt med bestämmelserna i LUK genom att det inte uppfyller kraven på förutsebarhet samt att VGR inte har behandlat leverantörerna lika på det sätt som avses i LUK. Bolaget har på grund av detta lidit eller riskerat att lida skada. – Bolaget ger in sakkunnigutlåtande av professorn i förvaltningsrätt Olle Lundin.

VGR yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Av Modis anbud framgår att man har kapacitet och förmåga att utföra uppdraget i egen regi. Modis har visserligen i sitt anbud beskrivit att bolaget använder sig av två olika modeller för genomförande av avtal: dels i egen regi, dels att i vissa fall driver en krögare uppdraget i franchiseform. Fråga är dock endast om en introduktion av Modis som anbudsgivare och hur bolaget hanterat liknande uppdrag tidigare. De två nämnda modellerna har sedan tagits upp i möte mellan Modis och VGR.

Eftersom Modis har lämnat anbud utan att ange underleverantörer, har VGR haft att pröva om bolaget självständigt uppfyller kvalificeringskraven i upphandlingen. Samtliga obligatoriska krav har då bedömts vara uppfyllda och Modis har uppgett sig ha kapacitet att driva verksamheten i egen regi.

Skäl för att något av kvalificeringskraven inte skulle vara uppfyllt av Modis har inte kommit fram. Den omständigheten att Modis eventuellt kan komma att söka samarbeten under avtalstiden förändrar inte detta. Av utkastet till avtal framgår också att det är fullt möjligt för leverantören att efter skriftligt godkännande från VGR anlita nya underleverantörer.

Avseende utvärderingskriteriet investeringar och uttalandet som skedde under förhandlingarna mellan parterna har VGR efter avslutade förhandlingar utvärderat anbudet och tilldelat poäng i enlighet med tilldelningsbeslutet. Förhandlingsuttalandet visar på intet sätt att Modis anbud rätteligen ska förkastas.

Bolaget gör gällande att med ledning av förfrågningsunderlaget har det inte gått att förutse att det varit möjligt att lämna in ett anbud med hypotetiskt ej specificerade koncept och partners och utan att ange en klar tidsplan för implementering. Modis har lämnat ett specificerat koncept och en klar tidsplan för implementering. Bolaget har inte konkretiserat hur påstådd brist medför skada och det är inte heller tillräckligt att bara ange att man kunnat lämna ett mer ospecificerat anbud. Det innebär inte att bolaget har lidit skada.

Poängsättningen beträffande implementeringsplanen har inte varit godtycklig. Modis har detaljerat beskrivit hur genomförandeplanen och införandet ska ske med rangordning, prioriterade tomter, tidsordning samt sista datum för implementering. Bolaget har inte heller konkretiserat hur påstådd brist medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Modis har på ett principiellt plan lyft frågan om nyttjanderätt i stället för att äganderätten till befintliga inventarier kan övergå. Att en principiell diskussion förts gällande detta innebär inte att något gynnande eller snedvridande av konkurrensen har skett. Om nyttjanderätten skulle övergå i

stället för äganderätten till inventarierna så skulle det ske på ett kostnadsneutralt sätt genom att hyra i så fall skulle utgå i motsvarande mån.

Sammanfattningsvis har ingenting kommit fram som visar att VGR har handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LUK. Skäl för ingripande saknas därmed.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ett ingripande enligt LUK.

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 (4 kap. 1 § LUK).

Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUK eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LUK).

Förvaltningsrättens bedömning

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 på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Modis har i sitt anbud angett att bolaget uppfyller samtliga de obligatoriska kraven i upphandlingen, dvs. inklusive kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. I anbudet anges inte att underentreprenörer kommer att anlitas för att genomföra uppdraget. Skäl för VGR att ifrågasätta dessa uppgifter har inte kommit fram. Den omständigheten att Modis i sitt anbud har redogjort för att man bedriver verksamhet i såväl egen regi som helt eller delvis med underleverantörer samt att dessa driftmodeller har tagits upp till diskussion vid möten med VGR medför inte någon annan bedömning. Det som bolaget nu har fört fram är inte tillräckligt för att göra någon annan bedömning än att Modis har tillräcklig kapacitet för att bedriva verksamheten i egen regi.

Vad avser kravet på investeringar har VGR efter avslutade förhandlingar utvärderat och poängsatt anbuderna på sätt som framgår av tilldelningsbeslutet. Det kan noteras att Modis vad gäller investeringar har fått en betydligt lägre poäng än bolaget. Förhandlingsuttalandet om investeringar ger inte tillräckligt stöd för att Modis inte uppfyller kravet på investeringar. Sammantaget är alltså inte visat att VGR i denna del har agerat i strid med de grundläggande principerna i LUK.

Vidare gör bolaget gällande att förfrågningsunderlaget brister i transparens utan att närmare utveckla detta eller konkretisera skadan. Det är därmed inte visat att upphandlingen i denna del står i strid med LUK.

Vad bolaget har anfört om att poängsättningen har varit godtycklig gällande utvärderingen av koncept och implementeringsplan ger inte tillräckligt stöd för att så är fallet. Därvid noteras särskilt att Modis har lämnat ett

specificerat koncept samt en genomarbetad implementeringsplan och för vilken en närmare tidsplan skäligen bör bestämmas tillsammans med VGR. Det är inte heller i denna del visat att VGR har agerat i strid med LUK.

Den omständigheten att Modis vid förhandling med VGR har lyft frågan om nyttjanderätt i stället för en övergång av äganderätten till befintliga inventarier innebär inte något gynnande eller snedvridande av konkurrensen. Av anbudsinbjudan får därtill anses framgå att just detta är ett avtalsvillkor som kan bli föremål för förhandling. Det saknas därtill skäl att anta att en eventuell nyttjanderätt skulle lämnas utan motprestation motsvarande värdet av nyttjanderätten. Inte heller i denna del är det visat att VGR har agerat i strid med LUK.

Sammanfattningsvis anser inte förvaltningsrätten att det har kommit fram skäl för ingripande enligt LUK mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Hartmann
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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 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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.