



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2014-02-28
Meddelad i
Linköping

Mål nr
381-14
Enhet 2

1

SÖKANDE

ISS Facility Service AB, 556410-3280
Box 47635
117 94 Stockholm

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur. kand. Lisa Willman
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket, Huvudkontoret
601 70 Norrköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-02-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Dok.Id 154480

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en upphandling beträffande catering inklusive servering till Migrationsverket i Sagåsen (upphandlingen). Den genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och tilldelning sker till anbud med lägst totalpris. ISS Facility Services AB (ISS) var ett av två bolag som lämnade anbud. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 10 januari 2014 har Migrationsverket beslutat att anta det andra bolagets anbud, Mat för många i Sverige AB (MFM).

ISS ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att vinnande anbud ska förkastas. En ny utvärdering ska göras där det andra anbudet inte ska beaktas.

Migrationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

ISS

MFMs anbud uppfyller inte ställda skall-krav och anbudet skulle rätteligen ha förkastats. Kvalificering och utvärdering har därmed skett i strid med LOU och likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund härav har ISS lidit skada och det föreligger skäl för förvaltningsrätten att förordna att upphandlingen ska rättas.

Kravet på ekonomisk ställning

Under punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören vid tiden för anbudets inlämnande ska inneha lägst ratingen "Kreditvärdig" enligt Creditsafe eller motsvarande rating från annat kreditupplysningsföretag.

Av Migrationsverkets yttrande framgår att MFM innehaft godkänd rating enligt UC, dock framgår inte när den aktuella kreditupplysningen gjorts. En kreditupplysning kan ha förändrats över tid och då särskilt när det rör sig om ett nystartat företag. Det skiljer sig även mellan de olika kreditvärderingsinstituten vad de värdesätter i sin värdering, se bl. a. förvaltningsrätten i Karlstads dom den 10 april 2012 i mål nr 5711-11. I angivna dom lämnade en leverantör in kreditrating från ett annat kreditvärderingsinstitut än Creditsafe. Förvaltningsrätten ansåg att leverantören inte visat att dessa kreditvärderingar var jämförbara och upphandlande enhet hade därför gjort rätt som valde att inte låta bolaget gå vidare till utvärderingsfasen.

Om leverantören har en lägre rating kan leverantören ändå anses motsvara detta krav om denne lämnar en sådan förklaring/intyg att det kan anses klarlagt att de innehar motsvarande ekonomiska stabilitet.

MFM har åberopat andra företags kapacitet eftersom bolaget har varit vilande utan verksamhet. De har inte åberopat något intyg eller liknande som visar att de kommer att förfoga över de nödvändiga resurser som krävs när kontraktet ska fullgöras. Att de i anbudet uppger att samtliga bolag i koncernen har sund och stabil ekonomi visar inte att bolagen har erforderlig ekonomisk kapacitet, jmf förvaltningsrätten i Stockholms dom den 16 oktober 2013 i mål nr 22439-13 där kammarrätten inte meddelade prövningstillstånd.

MFM har därmed inte uppfyllt kravet på ekonomisk stabilitet. Beträffande samarbetsavtalet så gäller det enbart mellan MFM och ett av de bolag som har samma ägare som dem, Spacy's Frölundaborg AB (SF).

Vad ISS kan utläsa av MFMs anbud så avser samarbetsavtalet med SF endast uppfyllelse av kravet på teknisk kapacitet, vilket även MFM angett i sitt anbud under punkten 3.3. I samarbetsavtalet framgår även att SF endast

tillhandahåller personal, utrustning och kapacitet. Det framgår inte att SF tillhandahåller någon ekonomisk kapacitet.

Kravet på teknisk kapacitet

Enligt förfrågningsunderlaget punkten 3.3 ska leverantören ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra efterfrågad tjänst med den omfattning och kvalitet som anges. Leverantören ska lämna referenser från minst två liknande uppdrag som utförts under de senaste tre åren.

MFM har angett tre referenser. Alla dessa hänför sig till olika bolag som har samma ägare som MFM, men ingen referens avser ett uppdrag de själva utfört. Den första referensen gäller ett uppdrag som genomförts av Spacy's Restauranger AB (SR). Den andra referensen gäller ett uppdrag som två bolag tillsammans har gjort, Spacy's Restauranger Tegel AB (ST) och SF, varav SF är det bolag som tecknat samarbetsavtal med MFM. Den tredje referensen utfördes av SF ensamt.

Ett intyg eller liknande som visar att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser från annat företag ska uppvisas. MFM har inte uppvisat ett sådant intyg. I förvaltningsrätten i Stockholms dom den 4 april 2012 i mål nr 5036-12 anförs att ett krav på att inkomma med dokument i upphandling inte kan uppfyllas genom att ett annat företags handlingar bifogas utan att det förtydligas att detta även gäller för anbudslämnaren alternativt att det är det andra bolaget som ska utföra aktuella arbeten. Moderbolag, dotterbolag och systerbolag är olika juridiska personer och det kan inte anses självklart att moder-, dotter- eller systerbolag ska erbjuda sin kapacitet om inte någon vidare förklaring eller hänvisning bifogas anbudet. Då MFM endast refererat till uppdrag utförda av andra företag och inte uppvisat något intyg som påvisar rätten att åberopa de andra företagens resurser

har MFM inte uppfyllt de ställda kraven i upphandlingen avseende teknisk kapacitet.

För att nyttja annat företags kapacitet krävs att ett åtagande uppvisas. MFM har lämnat in ett samarbetsavtal enbart avseende bolaget SF. Det bolaget har inte utfört två av de efterfrågade referensuppdragen. Det har utfört ett av dessa, och ett annat har det utfört tillsammans med ett annat bolag, ST. MFM har inte visat att de ensamma eller i samarbete med SF förfogar över den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som är efterfrågad i upphandlingen. Det uppställda kravet är därtill ett skall-krav vilket måste vara uppfyllt för att ett anbud ska utvärderas i en upphandling.

Skada

I upphandlingen har endast två anbudsgivare lämnat anbud, varav ISS var det ena. Migrationsverket har i strid med likabehandlingsprincipen valt att kvalificera och utvärdera MFMs anbud samt tilldelat dem kontraktet i upphandlingen. Eftersom det endast var två anbudsgivare var möjligheterna stora för ISS att vara den vinnande anbudsgivaren.

Migrationsverket

Kravet på ekonomisk ställning

MFM uppfyller själv kreditvärdigheten enligt kravet. Då de därmed uppfyller skall-kravet har det varit riktigt att inte utesluta deras anbud på den grunden.

MFM har i sitt anbud angivit att bolaget uppfyller ställt krav. Migrationsverket får via upphandlingssystemet Visma Tendsign per automatik en indikation på kreditstatus från Creditsafe på respektive anbudslämnare.

Eftersom indikationen för MFM visade att leverantören uppfyllde ställt krav har kreditstatusen inte ifrågasatts och ingen ytterligare undersökning har behövts. Rapporten från UC togs ut i samband med ISS begäran om överprövning för att påvisa att MFM uppfyllde Migrationsverkets krav på ekonomisk stabilitet. Migrationsverket anser att en rating från UC uppfyller kravet i förfrågningsunderlaget. MFM uppfyllde även kravet enligt Creditsafe vid ansökan, vilket visas i bilagor från 26 november 2013 och 27 januari 2014.

Eftersom MFM själv uppfyller kravet på ekonomisk ställning är vad som anges i det inlämnade samarbetsavtalet oväsentligt i denna del.

Kravet på teknisk kapacitet

I punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget ställs krav på att leverantören ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra efterfrågad tjänst och att referenser från minst två liknande uppdrag ska lämnas.

Rätten att åberopa andra bolags tekniska kapacitet gäller även referenser (se t ex. EU-domstolens dom den 14 april 1994 i mål C-389/92, *Ballast Nedam*). Detta bekräftas även i t ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 14 februari 2007 i mål nr 1237-06, i vilken domstolen instämde i den bedömning som länsrätten gjort. I målet hade en leverantör klagat på att en kommun hade uteslutit deras anbud med motiveringen att de inte uppfyllt ett skall-krav angående referenser. Nystartade företag eller företag med icke-konventionell organisation eller upplägg av verksamhet kan enligt länsrättens mening inte uteslutas endast av den anledningen att de är nystartade eller att verksamheten är uppbyggd på ett speciellt sätt. Om företaget ifråga kan visa att de ändå förfogar över relevant erfarenhet måste det beaktas. Länsrätten uttalar vidare att vad gäller frågan om bolaget kan anses förfoga över de erfarenheter som referenserna representerar kan konsta-

teras att de företag som ska utföra uppdragen är delägare i bolaget. Länsrätten anser därför att bolaget redan genom sin organisation måste anses förfoga över de företag som ska utföra uppdragen.

MFM har inlämnat ett samarbetsavtal mellan bolaget och SF enligt vilket SF har åtagit sig att ställa personal, utrustning och sin kapacitet till sitt förfogande för MFM i anledning av cateringuppdraget till Sagåsen. I sitt anbud under punkt 3.3 har MFM bl. a. angivit att bolaget SF har lämnat ett åtagande till MFM så att leveransen till Migrationsverket kan garanteras. Två av de lämnade referenserna under punkten rör SF som alltså åtagit sig att tillhandahålla personal, utrustning och kapacitet till MFM. Kravet på två referenser är därmed uppfyllt.

Dessutom har MFM när det gäller de lämnade referenserna förklarat på vilket sätt kompetensen de redogör för kan kopplas till dem. Migrationsverket anser att MFM även därigenom har visat att de förfogar över den kapacitet som referenserna står för och som efterfrågas i upphandlingen.

SKÅLEN FÖR RÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext m.m.

Vid offentlig upphandling enligt 15 kap. LOU gäller enligt 15 kap. 2 § LOU bl.a. bestämmelserna i 1 kap. och 16 kap. LOU.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har

brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 15 kap 15 a § LOU framgår att en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt får återropa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontaktet ska fullgöras.

Av EU-domstolens dom den 14 april 1994 i mål C-389/92 *Ballast Nedam* framgår gällande referenser att när ett företag refererar till sina dotterbolag/medhjälpare för att bevisa sin ekonomiska och finansiella ställning och tekniska kunskap och förmåga i syfte att bli registrerad på den officiella listan för erkända åtaganden, så måste den fastställa att, oavsett av vilken natur den juridiska kopplingen är mellan dessa dotterbolag/medhjälpare, att den har de resurser som medhjälparen/dotterbolaget har som är nödvändig för att utföra uppdraget tillgängligt. Den nationella domstolen bedömer huruvida sådan bevisning har frambringats.

Förvaltningsrättens bedömning

Fråga i målet är om Migrationsverket kvalificerat och utvärderat MFMs anbud trots att det inte uppfyllt ställda skall-krav och om upphandlingen därmed genomförts på ett sätt som strider mot LOU. Fråga är även om ISS därigenom lidit eller kan komma att lida skada och om upphandlingen i så fall ska göras om eller rättas.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en

upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Kravet på ekonomisk ställning

Som fritextsvar under punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget har MFM angivit att de uppfyller efterfrågad kreditvärdighet. Kammarrätten i Göteborg har uttalat i dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09 att det vare sig i LOU, dess förarbeten eller rättspraxis finns stöd för att upphandlande myndighet generellt sett skulle vara skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga, om det inte i det enskilda fallet finns anledning att ifrågasätta uppgifterna. Inför kvalificering och utvärdering har Migrationsverket ändå via upphandlingssystemet Visma Tendsign per automatik fått en indikation på kreditstatus från Creditsafe på respektive anbudslämnare, som visat på att MFM varit kreditvärdigt. I målet inlämnade handlingar visar också på att MFM var kreditvärdigt vid tiden för anbudets inlämnande. Kravet på ekonomisk ställning är uppfyllt och förvaltningsrätten saknar anledning att ingripa enligt 16 kap 6 § LOU på denna grund.

Kravet på teknisk kapacitet

Som fritextsvar under punkt 3.3 gällande leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet har MFM svarat jakande på att de har teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget. I anbudet beskrivs att halvsystembolaget SF lämnat ett åtagande till MFM att tillhandahålla personal och utrustning, så att leveransen till Migrationsverket kan garanteras.

Som bevisning efterfrågas i förfrågningsunderlaget under samma punkt att referenser från minst två liknande uppdrag som utförts under de senaste tre åren ska anges. Det noteras att Migrationsverket kommer att beakta inter-

na/egna referenser om sådana finns. I fritextssvaret anger MFM tre referenser, alla utförda av andra bolag som har samma ägare som MFM. Som första referens anges ett uppdrag utfört av bolaget SR. Den andra referensen avser ett uppdrag utfört av bolaget ST mellan 2009 och 2012, och bolaget SF fr o m 2013. Det anges även att SF har ett annat uppdrag där bolaget haft maträttigheter årligen sedan 2011.

MFM har i samband med anbudet visat på ett avtal där halvsysterbolaget SF kommer att tillhandahålla personal, utrustning och sin kapacitet för MFM i anledning av cateringuppdraget i Sagåsen under den period uppdraget med Sagåsen löper. Förvaltningsrätten anser att det genom nämnda avtal får anses att MFM förfogar över den erfarenhet som refereras till.

ISS har påpekat att det endast är ett av de refererade uppdragen som utförts av bolaget SF. Två av de refererade uppdragen är uppdrag utförda av SF. Förvaltningsrätten finner att kravet på två referenser är uppfyllt.

Med beaktande av detta och av det som gemenskapsrätten föreskriver i ovan nämnda rättsfall från EU-domstolen den 14 april 1994 i mål C-389/92 *Ballast Nedam*, får det anses att MFMs anbud inte kan förkastas på den grunden att de under punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget refererat till andra bolags uppdrag och kapaciteter. Skall-kravet är uppfyllt och förvaltningsrätten saknar anledning att ingripa enligt 16 kap 6 § LOU på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att Migrationsverket inte har brutit mot bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten på de av ISS angivna grunderna vid genomförandet av upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Tommy Svensson

Föredragande har varit Malin Centergren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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