



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-08-19
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3437-15

SÖKANDE

Hero Sverige AB, 556968-9242
c/o Norlandia Fastigheter
Affärsvägen 3
457 30 Tanumshede

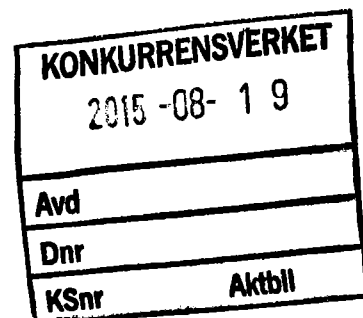
Ombud: jur. kand. Carl Fläring
c/o Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163
Verksamhetsområde Rättslig styrning
Rättsenheten
601 70 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avvisas i de delar avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer.

Ansökan i övrigt avslås.

Dok.Id 218910

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

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför direktupphandlingen Tillfälligt boende för asylsökande nr 7 Område 5 Nord med dnr 3.2.2-2015-1878. Av beslutsunderrättelse den 12 maj 2015 framgår att ett antal leverantörer tilldelas plats i rangordning. Hero Sverige AB:s anbud "Hero Gålsjö" och "Hero Kall" diskvalificerades. Bolaget ansökte om överprövning.

Migrationsverket fattade den 5 juni 2015 ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen. I beslutsunderrättelse anges att Heros Sverige AB:s två ovan angivna anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen genom att bolagets underleverantörer inte uppfyller krav på ekonomisk ställning enligt punkt 3.5 förfrågningsunderlaget. Anbuderna har därför inte heller denna gång utvärderats.

Bolaget vidhåller sin ansökan om överprövning och yrkar att rätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att Migrationsverket vid ny anbudsutvärdering utvärderar anbuderna avseende Hero Gålsjö och Hero Kall. Bolaget åberopar borgensförbindelse.

Migrationsverket yrkar att ansökan om överprövning ska avslås. Migrationsverket åberopar utdrag från Creditsafe och UC.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Hero Sverige AB

Något borgensåtagande avseende Gålsjö Bruk AB har inte varit nödvändigt eftersom kravet på kreditvärdighet var uppfyllt vid anbudslämnandet. Hero Sverige AB lämnade sitt anbud den 27 mars 2015. Då var kravet på rating kreditvärdig uppfyllt. Att Gålsjö Bruk AB efter den 27 mars 2015 hade en

tillfällig nedvärdering av sin kreditvärdighet under 14 dagar ska inte medföra att Heros anbud inte utvärderas. Hade en individuell bedömning gjorts av Gålsjö Bruk AB:s ekonomiska ställning hade Migrationsverket kunnat uppmärksamma att bolaget haft en obruten kreditvärdighet under fyra år. Hero Sverige AB hade även kunnat förtydliga att nedvärderingen endast berodde på ett felaktigt krav mot Gålsjö Bruk AB.

Hero Sverige AB har inte av förfrågningsunderlaget kunnat utläsa kravet på proprieborgen för underleverantör. Utformningen av punkt 3.5 ger uppfattningen att en borgensförbindelse ska bifogas endast för det fall underleverantören är privatperson eller av annan anledning inte kan erhålla rating. I punkten anges således inget krav på nivå på rating av underleverantör. Hero har likväl bifogat en adekvat borgen för Lodge Norr AB.

Ett krav på att kategoriskt bifoga proprieborgen avseende underleverantör är vidare oproportionerligt, eftersom kravet inte har relevans för kontraktsföremålet. En proprieborgen saknar relevans för Heros uppfyllande av förpliktelserna mot Migrationsverket. För det fall underleverantören inte skulle uppfylla sina förpliktelser, har Hero Sverige AB i egenskap av Migrationsverkets avtalspart att tillse att avtalsförpliktelserna uppfylls. En underleverantörs eventuella mindre goda ekonomiska ställning är alltså endast Heros bekymmer. Det enda relevanta borgensåtagandet för Migrationsverket är i förhållande till Hero, för det fall bolaget mot förmodan inte skulle förmå möta sina förpliktelser. Ett borgensåtagande för underleverantören är inte ens relevant för Hero, eftersom underleverantören fakturerar Hero.

Migrationsverket

Kravet på ekonomisk ställning för underleverantörer är tydligt formulerat i punkt 3.5 med hänvisningar till punkterna 3.1–3.3. Av punkt 3.2 förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska uppfylla samtliga krav från

anbudstidens utgång till och med att upphandlingen avslutas. Kravet på kreditvärdighet gäller således inte bara vid anbudets ingivande. Samma krav gäller underleverantörer.

Av utdrag från UC och Credit Safe framgår att Gålsjö Bruk AB den 28 mars–11 april 2015 inte uppfyllde förfrågningsunderlagets krav på ekonomisk ställning. Eftersom något borgensåtagande inte har bifogats anbudet, uppfyller anbudet inte ska-kraven.

Av 3.3 förfrågningsunderlaget framgår att borgensåtagandet ska vara en proprieborgen. Det ges även exempel på formulering av en sådan. Heros anbud Hero Kall uppfyller inte kravet.

De obligatoriska kraven i upphandlingen är rimliga, relevanta och gäller lika för alla.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget, 3.2. Lämnade uppgifter i anbud samt uppfyllande av krav, anges bl.a. följande.

Leverantören ska uppfylla samtliga ställda krav från anbudstidens utgång till och med att upphandlingen har avslutats samt under hela avtalstiden om inte annat är särskilt angivet i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget, 3.3. Ekonomisk ställning, anges bl.a. följande.

Leverantören ska vara ett välskött företag (exempelvis aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag, ekonomisk förening, stiftelse, dock ej privatperson) med sund och stabil ekonomi. Leverantören ska vid tiden för an-

budets inlämnande lägst inneha ratingen "Kreditvärdig" enligt Credit Safe eller motsvarande rating från annat kreditupplysningsföretag som har tillstånd enligt Kreditupplysningslag (1973:1173).

Upphandlingsenheten kontrollerar själv att leverantören uppfyller kravet på rating. För det fall att leverantören har en lägre rating eller inte kan erhålla rating ska en borgensförbindelse bifogas anbudet. Borgensåtagandet ska vara utfärdat av anbudsgivarens moderbolag eller annan juridisk person (även bank och försäkringsbolag) som uppfyller kravet i första stycket.

Borgensåtagandet ska vara en proprieborgen (såsom för egen skuld) och omfatta anbudsgivarens förpliktelser gentemot Migrationsverket vid ett eventuellt avtal avseende tillfälligt boende för asylsökande.

I förfrågningsunderlaget, 3.5. Underleverantör, anges bl.a. följande.

Migrationsverket kommer att kontrollera att punkt 3.2, 3.2 och 3.3 i förfrågningsunderlaget uppfylls av underleverantören.

Observera att för det fall att underleverantör är privatperson eller av annan anledning inte kan erhålla rating, måste borgensförbindelse enligt punkt 3.3 bifogas.

Förvaltningsrättens bedömning

Av handlingarna i målet framgår att Migrationsverket har ingått avtal avseende Område 5 Nord. Att avtal har slutits innebär ett processuellt hinder för överprövning av en upphandling. Hero Sverige AB:s ansökan ska av det skälet avvisas i den del den avser direktupphandlingar vari avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer. Förvaltningsrätten anser dock att processuellt hinder inte föreligger för att pröva ansökan om överprövning i del som avser övriga påbörjade direktupphandlingar.

Förvaltningsrätten bedömer att det med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget att leverantörer och underleverantörer ska uppfylla kravet på ekonomisk ställning under hela upphandlingen, dvs. inte bara vid anbudslämnandet. Vidare anser förvaltningsrätten att Migrationsverket har ett berättigat intresse av att säkerställa att leverantörer och underleverantörer har ekonomisk förmåga att leverera de upphandlade tjänsterna. Att för detta syfte ställa krav på viss kreditvärdighet framstår som ändamålsenligt. Med beaktande av att det är fråga om en direktupphandling bedömer förvaltningsrätten även att kravet på proprieborgen framstår som tillräckligt ändamålsenligt och proportionerligt när leverantörer inte har tillräckligt god rating eller inte kan visa kreditvärdighet genom rating.

Hero Sverige AB:s underleverantör Gålsjö Bruk AB uppfyllde såvitt framkommit inte kravet på kreditvärdig enligt Creditsafe under en period efter anbudslämnandet. Det har därmed krävts av Hero Sverige AB att bifoga en borgensförbindelse till anbudet. Anbudet brister i detta avseende.

Den ingivna borgensförbindelsen avseende bolagets underleverantör Lodge Norr AB har inte formen av en proprieborgen. Hero Sverige AB gör gällande att borgensåtagandet likväl är adekvat. Med beaktande av att borgensåtagandet inte är "såsom för egen skuld" och att det enligt förvaltningsrättens mening heller inte kan krävas av Migrationsverket att utreda åtagandets exakta räckvidd (jfr Kammarrättens i Göteborgs dom den 24 februari 2014 i mål nr 5572-13), kan åtagandet inte anses motsvara ett proprieborgensansvar.

Anbudet Hero Gålsjö och Hero Kall uppfyller därmed inte kravet på ekonomisk ställning i punkterna 3.3 och 3.5 förfrågningsunderlaget. Migrationsverket har därför haft fog för inte ta med Heros anbud i utvärderingen.

Det bolaget åberopat utgör således inte skäl för ingripande enligt 16 kap 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås i denna del.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Carl Hultsberg.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.