



SÖKANDE

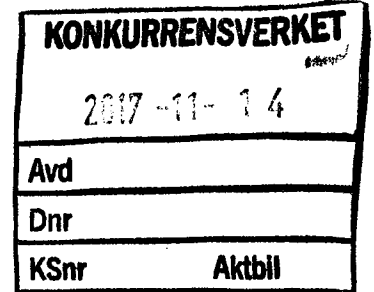
Måltidsfabriken AB, 559051-1365
Ingengörsgatan 4
252 27 Helsingborg

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163
Slottsgatan 81-82
601 70 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 306716

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
E-post: forvaltningsratten@linkoping@dom.se			www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se	

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför upphandlingen *Catering förvaret i Kålleröd 3.2.1-2017-86446* (upphandlingen). Upphandlingen utgör ett ramavtal med en leverantör och genomförs genom öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är lägst pris. Migrationsverket har i tilldelningsbeslut den 6 oktober 2017 antagit anbud lämnat av Trofo Invest & Trading Company AB. Anbudet från Måltidsfabriken AB (Bolaget) har förkastats till följd av bristande kravuppfyllnad.

Bolaget ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att en ny utvärdering ska genomföras där Bolagets anbud beaktas.

Migrationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Bolagets anbud har förkastats med motiveringen att det inte uppfyller uppställt obligatoriskt krav i punkten *1.5.3 Referensuppdrag* i upphandlingsdokumentet. Det aktuella kravet syftar till att säkerställa att anbudsgivarna uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet i förhållande till den upphandlade tjänsten. Referensuppdragen ska avse likvärdiga uppdrag av samma omfattning som det som upphandlas och ska ha bedrivits under de tre senaste åren med en varaktighet av minst ett år.

Bolaget har angett två referensuppdrag vilka har bedrivits för Migrationsverket av Bolagets moderbolag Rasouli Invest AB. Verksamheten inleddes i moderbolaget Rasouli Invest AB, men efter en omorganisation beslutades

att flytta all verksamhet rörande livsmedel till ett eget dotterbolag, nämligen Bolaget.

Referensuppdrag I och II: Migrationsverket – Ljungbyhed Park samt Migrationsverket – Revinge Hed

I jämförelse med uppdraget i aktuell upphandling så har dessa referensuppdrag inte bara varit mer omfattande avseende volym utan också avseende innehåll då de utöver produktion och leverans av måltider även har omfattat servering på plats, städning, disk samt allmän måltidsordning i matsalen. Uppdraget i upphandlingen omfattar endast tillagning och leverans av måltider.

Bolaget, tillsammans med moderbolaget, har haft en löpande verksamhet inom livsmedelsproduktion sedan oktober 2015, med många andra kunder utöver Migrationsverket. Att utesluta Bolaget till följd av brister i teknisk och yrkesmässig kunskap avseende utförandet av tjänsten är direkt felaktigt. Bolaget har i uppdraget på Ljungbyhed Park hanterat en fem gånger större volym än den som efterfrågas i upphandlingen och serverat uppemot 1 400 personer tre mål mat om dagen. Detta i kombination med att Bolaget samtidigt med uppdraget på Ljungbyhed Park har haft en löpande verksamhet i två år anser Bolaget styrker kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Längden på referensuppdragen saknar relevans i kontexten då Bolaget haft kunskap och kapacitet att tillgodose behovet hos en utav landets största asylboenden.

Det har varken av upphandlingsprotokollet eller av tilldelningsbeslutet framgått i vilket avseende Bolaget inte skulle ha den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten att leverera den efterfrågade tjänsten.

Det ska finnas ett naturligt samband mellan uppställda obligatoriska krav och föremålet för upphandlingen och kraven måste vara proportionella. Bo-

laget anser sig genom inlämnade referensuppdrag ha styrkt sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Bolagets anbud borde därmed inte ha förkastats. Migrationsverket agerande har inneburit en överträdelse av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Bolaget har lämnat det lägsta anbudspriset i upphandlingen och skulle således ha tilldelats kontraktet i upphandlingen om anbudet inte felaktigt hade förkastats.

Migrationsverket

I punkten *1.2.7 Ofullständiga uppgifter* i upphandlingsdokumentet anges att anbud som saknar svar/bevis/godkännande av det som efterfrågas i upphandlingsdokumentet kan komma att förkastas så som ofullständigt. Även av punkten *1.7 Anbudsprövning* framgår det att det är en grundförutsättning att leverantören uppfyller samtliga obligatoriska krav för att ett lämnat anbud ska kunna beaktas vid utvärderingen – oavsett om kravet avser krav på leverantören, efterfrågade tjänster eller avtalsvillkoren – och att anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven eller innehåller reservationer kommer att förkastas.

I punkten *1.5.3 Referensuppdrag* i upphandlingsdokumentet efterfrågar Migrationsverket anbudsgivarens referensuppdrag i syfte att anbudsgivarna ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet att utföra efterfrågad tjänst (som krävs enligt punkt *1.5.2* i upphandlingsdokumentet). Det framgår av punkt *1.5.3 Referensuppdrag* att anbudsgivaren ska lämna referenser från två liknande uppdrag som utförts under de tre senaste åren, att Migrationsverket kommer att beakta interna/egna referenser om sådana finns, att vad som avses med ett likvärdigt referensuppdrag framgår av punkt *1.6.1 Omfattning*, att måltidsbeställning i referensuppdragen ska ha haft ungefär samma upplägg avseende flexibilitet som anges i kravet *1.6.12 Beställning och leverans av mat* samt att avtalstiden för referensuppdragen ska ha löpt under minst ett år.

Bolaget har i sitt anbud uppgett två referensuppdrag under punkten *1.5.3 Referensuppdrag* i anbudet, men båda dessa har varat kortare tid än ett år. Bolagets referensuppdrag I ”Catering Migrationsverket – Ljungbyhed Park” har pågått under fem månader (den 1 oktober 2015 – 31 mars 2016) och referensuppdrag II ”Catering Migrationsverket – Revinge Hed” har pågått under två månader (den 1 december 2015 – 1 februari 2016). De två lämnade referensuppdragen uppfyller således inte uppställt obligatoriskt krav i punkten *1.5.3 Referensuppdrag* varför Bolagets anbud inte har kvalificerats.

Bolaget menar att kravet i punkten *1.5.3 Referensuppdrag* på att avtalstiden för referensuppdragen ska ha löpt under minst ett år inte är relevant och att Bolaget visat att kravet är uppfyllt, eftersom de referensuppdrag som Bolaget angett avser likvärdiga tjänster som varit mer omfattande som uppdrag samt mer omfattande i volym än det upphandlade uppdraget. Vidare anför Bolaget att kravet på att referensuppdragen ska ha löpt under minst ett år är oproportionerligt.

Bolaget har genom referensuppdragen visat att det uppfyller den del av kravet som avser likvärdigt referensuppdrag i fråga om omfattning. Däremot bestrider Migrationsverket att Bolagets referensuppdrag uppfyller kravet till den del det avser att avtalstiden ska ha löpt under minst ett år samt att denna del av kravet skulle vara oproportionerligt och irrelevant. Av 14 kap 1 § första stycket punkt 3 och 14 kap. 5 § LOU följer att Migrationsverket har rätt att kräva att anbudsgivarna visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare kontrakt. Kravet på referensuppdrag är viktigt för Migrationsverket för att säkerställa att vald leverantör har tillräcklig erfarenhet och kan fullgöra kontraktet. Förvaret är en låst enhet där maten är extra viktig för de förvarstagna (det framgår av upphandlingsdokumentet punkt *1.6.1* att förvaret är en låst enhet och att det därför är viktigt att maten levereras i tid, ser aptitlig ut och smakar bra). En oförmåga att fullgöra kontraktet skulle leda till en längre tid av uteblivna måltider på för-

varet. Migrationsverket har tidigare erfarit problem med leverantörers oförmåga att fullgöra kontrakt avseende catering till förvar och har därför behov av att säkerställa att detta inte inträffar igen. Kravet på att leverantörens tidigare uppdrag ska ha löpt under minst ett år säkerställer detta. Det är viktigt för att visa att anbudsgivaren har förmåga att fullgöra kontraktet och kan leverera enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard under en längre tid.

Migrationsverket anser mot bakgrund av det ovan angivna att kravet på referensuppdrag i 1.5.3 *Referensuppdrag*, som utformats för att se till att anbudsgivarna har den kapacitet och erfarenhet som krävs för att utföra kontraktet i denna upphandling, har begränsats utifrån vad som är lämpligt och proportionerligt enligt LOU.

Sammanfattningsvis kan Migrationsverket inte anses ha brutit mot varken proportionalitetsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU på sådant sätt att Bolaget har lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter 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 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

I en upphandling utgör upphandlingsdokumentet en central del av förfarandet. En förutsättning för att upphandlingsdokumentet ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i dokumentet upprätthålls under hela förfarandet. En upphandlande myndighet måste således se till att de krav som ställs i upphandlingsdokumentet är proportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen. Kraven ska vara adekvata och relevanta och inte gå utöver vad som rimligen kan krävas av en potentiell anbudsgivare. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav, har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen (jfr HFD 2016 ref 37).

I förevarande upphandling anges i upphandlingsdokumentet i punkten 1.5.3 *Referensuppdrag* att anbudsgivare ska uppge två likvärdiga referensuppdrag som utförts under de tre senaste åren och där avtalstiden löpt under minst ett år. Med likvärdigt referensuppdrag avses uppdrag där måltider har serverats till tallrik från kantiner, sophertering, städning m.m. samt att måltidsbeställning har haft ungefär samma upplägg avseende flexibilitet. Kravet har utformats som ett obligatoriskt krav.

Bolaget har inför anbudslämnandet inte invänt mot uppställt krav. I stället har Bolaget valt att lämna uppgift om två referensuppdrag som inte uppfyller kravet till den del det avser löptid. Migrationsverket har förkastat Bolagets anbud med hänvisning till att Bolagets referensuppdrag har pågått kortare tid än det uppställda kravet på minst ett års löptid.

En upphandlande myndighet är fri att välja vilka kriterier som ska ingå i anbudsutvärderingen under förutsättning att dessa inte strider mot LOU eller de unionsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen, som är en av de grundläggande principerna, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

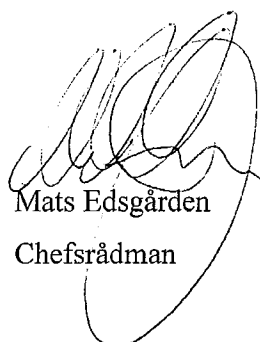
Syftet med det aktuella kravet är att upphandlande myndighet ska kunna bedöma leverantörernas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Migrationsverket har i upphandlingen ansett att gedigen erfarenhet och kapacitet är mycket viktigt för den typ av uppdrag som ska utföras av den vinnande leverantören i denna upphandling och har därför ställt ett krav som innefattar en viss längd på angivna referensuppdrag. Eftersom förvaret är en låst enhet, är det mycket viktigt för Migrationsverket att säkerställa att vald leverantör kan leverera ändamålsenlig kvalitetsstandard under hela avtalstiden. Uteblivna leveranser till en låst enhet uppges skapa stora problem. Förvaltningsrätten anser att kravet har en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten finner vidare att upphandlingsdokumentets krav på en viss omfattning i tid på angivna referensuppdrag är effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet, nämligen att välja den leverantör som har bäst förutsättningar att fullgöra kontraktet under hela dess löptid och tillförsäkra de enskilda god kvalitet avseende mathållning. Det är ett godtagbart antagande att den omständigheten att förvaret är en låst enhet innebär att pålitligheten hos en potentiell leverantör blir extra viktig. Förvaltningsrätten anser därför att kravet på ett års löptid avseende referensuppdrag är rimligt och nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och att de eventuella negativa effekter som kravet kan medföra i konkurrenshänseende för mer nyetablerade företag är proportionerliga jämfört med det eftersträvade syftet.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att den brist som Bolagets anbud innehåller är sådan att Migrationsverket inte hade kunnat kvalificera och anta anbudet utan att handla i strid med likabehandlingsprincipen. Migrationsverket har således haft fog för sitt beslut att förkasta Bolagets anbud på den grunden att de angivna referensuppdragen inte uppfyller det obligatoriska kravet på minst ett års löptid. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Mats Edsgården
Chefsrådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

