



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-03-15
Meddelad i Linköping

Mål nr
1061-18

SÖKANDE

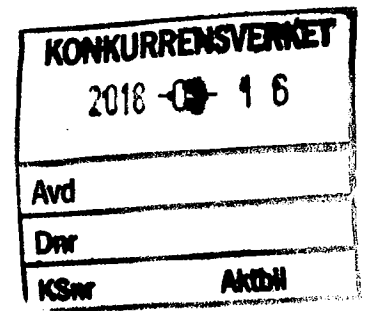
Rexab Flytt & Tungtransport AB, 556471-3013
Box 8019
163 08 Spånga

MOTPART

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

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 320351

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför upphandlingen *Flyttjänster Stockholm 3.2.1 – 2018 - 3504* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Förvaltningsrätten har den 8 mars 2018 fattat ett interimistiskt beslut i målet om att Migrationsverket inte får ingå avtal i Upphandlingen till dess rätten beslutar något annat.

Rexab Flytt & Tungtransport AB (Bolaget) ansöker nu om överprövning av Upphandlingen och yrkar att denna ska göras om.

Migrationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

I Upphandlingen har konkurrensen begränsats genom de referenskrav som ställts i punkt *1.4.3 Referenser* i upphandlingsdokumentet. Där har man angett att anbudsgivare skall lämna minst tre (3) referenser från liknande uppdrag som utförts under de tre senaste åren. Med liknande uppdrag avses uppdrag omfattande flytt av ca 1200 arbetsplatser, minst 2 av uppdragen ska ha omfattat flytt från flera adresser, (tre eller flera) till en.

Detta onormalt högt ställda krav undanröjer minst 95 procent av de potentiella anbudsgivarna i Sverige och måste ses som att Upphandlingen utformats på ett sätt som begränsar konkurrensen så att några få anbudsgivare gynnas och ett mycket stort antal missgynnas i strid med 4 kap. 2 § LOU. Under punkt *1.6.3 Tjänstens omfattning* i upphandlingsdokumentet framgår

att det endast är 850 arbetsplatser som ska flyttas till de nya lokalerna, dvs. långt under de 1200 arbetsplatser som det ställdes krav på att referensuppdragen skulle omfatta. I och med det så har Migrationsverket möjligheten att avbryta och göra om upphandlingsdokumentet så att referenskraven står i proportion till det faktiska uppdraget, vilket i detta fall innebär uppdrag med maximalt 850 arbetsplatser. Detta är i sig ett högt ställt krav för denna upphandling, men det öppnar åtminstone upp möjligheterna för ytterligare 6-8 procent potentiella anbudsgivare.

Vidare framgår det också av upphandlingsdokumentet att det kommer att köpas in nya arbetsmöbler, vilket innebär att uppdraget inte omfattar 850 arbetsplatser. Möjligen handlar det om arbetsmateriel för 850 personer. Det framgår dock inte av upphandlingsdokumentet vilka volymer uppdraget omfattar, vilket är den information som är det viktigaste för denna typ av uppdrag. Istället för att ange kvm borde Migrationsverket istället angett antal kvm som ska flyttas från respektive adress till de nya lokalerna. Att flytta 850 kompletta arbetsplatser eller delar av dessa innebär en avgörande skillnad.

Som nämnts ovan så kommer stora delar av arbetsplatserna att köpas in nytt, vilket då innebär att flyttarna endast berörs av ett fåtal kartonger per arbetsplats. En arbetsplats storlek varierar beroende på vilken verksamhet den avser och erfarenheten av Migrationsverkets verksamhet är att det är mycket begränsat med arbetsmaterial per arbetsplats och att inga personliga tillhörigheter ingår i uppdraget. Den referensgrupp som varit med och utformat det aktuella upphandlingsdokumentet har inte utfört förarbetet som sig bör, utan har helt enkelt valt att utforma upphandlingsdokumentet på ett sätt som minimerar den konkurrens som ska föreligga i enlighet med LOU och detta enbart i syfte att kunna styra kontraktet till en viss leverantör.

Migrationsverket framhåller att det finns möjlighet att använda underleverantörer och likaså möjlighet för två eller flera leverantörer att gemensamt

utföra den aktuella tjänsten. Detta har dock inte någon som helst relevans för de uppställda referenskraven, då det är anbudsgivaren som ska ha utfört de referensuppdrag som krävs. I annat fall så övergår Migrationsverkets krav nu till kapacitetskrav, istället för tidigare utförda uppdrag, vilket är ett betydligt mer relevant krav på om en anbudsgivare har resurser och kapacitet att utföra detta relativt enkla uppdrag. Men detta bör en referensgrupp ta fram i ett förarbete och se över hur många fordon, packmästare, arbetsledare montörer m.m. som krävs för att kunna utföra uppdraget under en viss tid, vilket då beror på färdvägar och volymer, (ej kvadratmeter).

Bolaget ifrågasätter även att referensuppdragen ska omfatta av två stycken uppdrag, som avser 1200 arbetsplatser, från minst två eller tre olika adresser. Detta krav visar också tydligt att upphandlingsdokumentet är styrt åt den tilltänkta leverantören då denne har utfört sådana uppdrag. Detta då det finns andra potentiella anbudsgivare som flyttat minst 1200 arbetsplatser, men då från enbart en adress till en annan.

Det anförda visar tydligt att Bolaget lider eller i vart fall riskerar att lida skada då Bolaget inte har haft möjlighet att kunna konkurrera om detta kontrakt på grund av felaktigt ställda referenskrav.

Migrationsverket har därtill valt att göra utvärdering enligt mervärdesmodellen vilket innebär att valet av leverantör är godtyckligt. Man har valt att kontrakt ska tilldelas en leverantör och lägsta pris är redan satt. Priserna som är angivna som golvpriser är för branschen helt klart godtagbara jämfört med andra offentliga upphandlingar. Om man hade nöjt sig med det och istället valt att lotta bland de anbudsgivare som klarat av kvalificeringen, så hade det givits lika chans för samtliga. Men i detta fall så har man valt att mervärdesmodellen ska användas, vilket då ger den upphandlande myndigheten otillbörligt utrymme att godtyckligt välja leverantör.

Om en anbudsgivare skriver en verksamhetsberättelse på en sida som visar att denne har den kunskap som krävs istället för att skriva en på 90 sidor så kommer den som har skrivit 90 sidor ändå att värderas högre, vilket inte kan vara i enlighet med likabehandlingsprincipen. Denna del kan ge anbudsgivarna ett mervärde på 3700 kr. Samtliga anbudsgivare kommer att begära sekretess på sina beskrivningar av utförandet av uppdraget för att inte övriga konkurrenter ska kunna ta del av deras lösningar och därmed så riskerar Bolaget att lida skada. Detta då sekretessen medför att möjligheten att utreda att utvärdering och tilldelning skett i enlighet med de krav som uppställts i upphandlingsdokumentet försvåras. Frågan är vad som krävs för att få maximalt mervärde. Det räcker med att Migrationsverket anser att en anbudsgivare ska erhålla 3695 kr i mervärde för att denne ska förlora kontraktet. Därtill medges ett visst mervärde för de referenser anbudsgivarna har lämnat, som också kommer att sekretessbeläggas. Att på detta sätt ange ett mervärde i form av en viss summa i avdrag innebär inte likabehandling i enlighet med LOU, utan endast godtycklighet då det är en person som avgör vad som är poänggrundande.

Mot bakgrund av det anförda framgår att upphandlingsdokumentet inte ger den effekt som eftersträvas i LOU. Detta då den största delen av konkurrensen slås ut genom det högt ställda referenskravet samt att vald utvärderingsmodell innebär att Upphandlingen är riktad till en i redan förväg vald leverantör.

Migrationsverket

Bolaget har i ansökan om överprövning yrkat att Upphandlingen ska avbrytas och att förvaltningsrätten ska besluta att Upphandlingen ska göras om. Till stöd härför har Bolaget anförts i huvudsak att de ställda kraven på referensuppdrag i punkten *1.4.3 Referenser* begränsar konkurrensen på ett otill-

börligt sätt och att utvärderingsmodellen i punkten *1.7 Utvärdering* medför att valet av leverantör blir godtyckligt.

Av punkten *1.4.3 Referenser* i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. att leverantören ska lämna referenser från minst tre liknande uppdrag som utförts under de tre senaste åren och att med liknande uppdrag avses uppdrag omfattande flytt av ca 1 200 arbetsplatser, varav minst två av uppdragen ska ha omfattat flytt från flera adresser (tre eller flera) till en.

Av upphandlingsdokumentet punkten *1.6.3 Tjänstens omfattning* framgår tydligt att Upphandlingen avser flytt från ca 26 000 kvm till drygt 17 000 kvm och att flytten avser ca 1 200 arbetsplatser till ca 850 arbetsplatser i den nya lokalen samt att flytt ska ske från fyra adresser till en.

Referensuppdragen ska visa att anbudsgivaren har tillräcklig kapacitet för att utföra den aktuella tjänsten genom att visa att denne tidigare har genomfört flyttar av samma storlek och komplexitet. Det krävs endast att två av tre referensuppdrag avser flytt från tre eller flera adresser. Upphandlingen är naturligen riktad till anbudsgivare som kan hantera en flytt av aktuell storlek och komplexitet. Det kan inte rimligen anses otillbörligt att ställa krav på att anbudsgivaren ska ha genomfört tjänster av motsvarande karaktär och komplexitet som den tjänst som Upphandlingen avser. Det ska i sammanhanget nämnas att det finns möjlighet att använda underleverantörer och likaså möjlighet för två eller flera leverantörer att gemensamt utföra den aktuella tjänsten.

Vad gäller Bolagets invändning om vald utvärderingsmodell så innebär inte den omständigheten att mervärdesmodellen tillämpats i Upphandlingen att valet av leverantör är godtyckligt. En upphandlande myndighet har rätt att göra en bedömning utifrån de behov som finns för det specifika upphandlingsföremålet för att få en leverantör som kan leverera detsamma på ett så bra sätt som möjligt.

Under punkten *1.7 Utvärdering* i upphandlingsdokumentet framgår på ett transparent sätt hur utvärderingen kommer att gå till och hur bedömningen kommer att göras. Huruvida anbudsgivare kommer att begära sekretess för sina beskrivningar är i detta sammanhang irrelevant och inte något som kan tillåtas påverka utformningen av upphandlingsdokumentet.

Sammanfattningsvis och med hänvisning till vad som ovan anförts, kan Migrationsverket inte anses ha brutit mot någon grundläggande princip i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i nämnda lag på sådant sätt att Bolaget lidit eller kan komma att lida 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 punkten *1.4.3 Referenser* i upphandlingsdokumentet anges bl.a. att leverantören ska lämna referenser från minst tre liknande uppdrag som utförts

under de tre senaste åren och att med liknande uppdrag avses uppdrag omfattande flytt av ca 1 200 arbetsplatser, varav minst två av uppdragen ska ha omfattat flytt från flera adresser (tre eller flera) till en. Bolaget har gjort gällande att det aktuella kravet inte är proportionerligt i förhållande till det uppdrag som Upphandlingen avser och att det därmed på ett otillbörligt sätt begränsar konkurrensen.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Därtill följer av svensk rättspraxis att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den upphandlande myndigheten (se t.ex. RÅ 2010 ref 78).

Kravet på att redovisa tidigare utförda liknande uppdrag i form av flytt av ca 1 200 arbetsplatser från flera adresser till en, är enligt förvaltningsrättens mening lämpligt för syftet att utröna att anbudsgivarna har kunskap och kapacitet för att utföra uppdrag av den karaktär som Upphandlingen omfattar. Upphandlingen avser flytt av ca 1 200 arbetsplatser till ca 850 arbetsplatser i den nya lokalen och ska ske från fyra adresser till en. Att säkerställa att leverantörerna har förmåga att utföra och hantera en flytt av aktuell storlek i praktiskt hänseende har ett naturligt samband med syftet med Upphandlingen, nämligen att få fram den anbudsgivare som kan genomföra flytten på ett kvalitativt sätt till lägsta möjliga pris. Förvaltningsrätten finner att det aktuella referenskravet står i rimlig proportion till det mål som det är avsett att uppfylla i Upphandlingen och att den eventuella negativa effekt som uppstår i konkurrenshänseende således får godtas.

Bolaget gör vidare gällande att den av Migrationsverket valda utvärderingsmodellen innebär att valet av leverantör blir godtyckligt.

Förstainstansrätten har i mål T-169-00 *Esedra SPRL* (punkt 95) bl.a. uttalat att den upphandlande myndigheten har ett betydande utrymme för skönmässiga bedömningar i fråga om vad som ska beaktas vid ett beslut att tilldela ett kontrakt efter anbudsinfordran och att domstolens prövning endast ska avse en kontroll om det förekommit allvarliga eller uppenbara fel (jfr även RÅ 2002 ref. 50). Vidare framgår av EU-domstolens avgörande i mål C-6/15 *Dimarso* bl.a. att en upphandlande myndighet inte är skyldig att i upphandlingsdokumentet upplysa om den bedömningsmetod som tillämpats vid anbudsutvärderingen vid tilldelning av ett tjänstekontrakt när tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingsdokumentet innehåller en beskrivning av hur utvärderingen av kvalitet delvis kommer att genomföras på basis av anbudsgivarens genomförandeplan och vad denna plan ska innehålla samt redogörelse för bedömningskriterium och storlek på det maximala avdraget, 3 700 kr, som kan erhållas i denna del. Därtill framgår att referenser kan ge ytterligare mervärde i form av ett avdrag på 1 300 kr samt hur referenstagning kommer att genomföras. Det har i målet inte framkommit att Migrationsverket avvikit från uppsatta bedömningskriterier eller på annat sätt tagit ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen. Vidare innebär inte det faktum att vissa anbudsgivare kan komma att begära sekretess avseende sina lösningsförslag att utvärderingsmodellen ska anses bristfällig. Slutligen vad gäller Bolagets synpunkter på antalet personer som ska avgöra hur stort mervärde en anbudsgivare ska erhålla så ges den upphandlande myndigheten stor frihet vad avser bedömningsmetod (jfr C-6/15 *Dimarso*). Det är således upp till den upphandlande myndigheten att bestämma antalet personer som ska ingå i en bedömningsgrupp och vilken expertis

som är bäst lämpad att utvärdera inkomna anbud i enlighet med uppställda kriterier.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte föreligger skäl för ingripande mot Upphandlingen enligt LOU på av Bolaget anförda grunder. Ansökan ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer