

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-07-06
Meddelad i
LinköpingMål nr
3529-15**SÖKANDE**Probonia Communication AB, 556575-2952
Frejgatan 8
941 39 PiteåOmbud: Advokat Anders Olofsson
Anders Olofsson Advokatbyrå AB
Box 263
826 26 Söderhamn**MOTPART**Migrationsverket, 202100-2163
Verksamhetsområde Rättslig styrning
Rättsenheten
601 70 Norrköping**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Probonia Communication AB:s ansökan om överprövning i den del som avser upphandling vari avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande den 9 juni 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 214543

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

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande nr 7, område 5 Nord, dnr 3.2.2-2015-1878. Av beslutsunderrättelse den 12 maj 2015 framgår att ett antal leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Probonia Communication AB (Probonia) ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten förordnade den 26 maj 2015 att Migrationsverket inte får ingå ytterligare avtal med leverantörer för Område 5 Nord till dess målet har avgjorts eller annat bestämts.

Migrationsverket fattade den 5 juni 2015 ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen. Av beslutet framgår att ytterligare två leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Enligt upphandlingsprotokollet uppfyller Probonia inte kravet på ekonomisk ställning enligt punkt 3.5. i förfrågningsunderlaget och har därför inte kvalificerat sig för utvärdering.

Probonia yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten i första hand ska besluta att upphandlingen ska göras om och i andra hand att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att en ny anbudsutvärdering sker där bolagets anbud beaktas. – Probonia åberopar årsredovisning för Fagerviks kurs- och lägergård 2014.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten har i beslut den 9 juni 2015 förordnat att Migrationsverket inte får ingå ytterligare avtal med leverantörer för Område 5 Nord till dess målet har avgjorts eller annat bestämts.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT*Probonia*

Probonia har lämnat anbud avseende tillfälligt boende för asylsökande vid stiftelsen Fagerviks kurs- och lägergård i Piteå. Probonia har inför anbudet inhämtat årsredovisning avseende stiftelsen Fagerviks kurs- och lägergård. Av årsredovisningen framgår att stiftelsen är ett sådant välskött företag som förutsätts enligt 3.3. i förfrågningsunderlaget. Av den anledningen har Probonia haft fog för att utgå från att något borgensåtagande inte har behövt bifogas anbudet för att garantera stiftelsens åtagande som underleverantör.

Kravet på ekonomisk ställning är inte tillräckligt tydligt utformat. Av 3.3. i förfrågningsunderlaget framgår i stället att Migrationsverket kontrollerar anbudsgivares och underleverantörs kreditvärdighet. Om Migrationsverket kräver att stiftelser alltid ger in en borgensförbindelse borde det uttryckligen ha angetts. Att så inte har skett innebär att stiftelser inte behandlas som andra anbudsgivare. Kravet på likabehandling i 1 kap. 9 § LOU är därmed inte uppfyllt. Detta förhållande innebär även att kravet på affärsmässighet har frångåtts. Om kravet hade varit tydligt skulle en borgen ha ställts. Borgenskravet skulle i förevarande fall inte ha överstigit 3 000 kr.

Probonia har lidit eller kan komma att lida skada till följd av att Migrationsverket har brutit mot LOU.

Migrationsverket

Vad som gäller i fråga om kreditvärdighet framgår tydligt av förfrågningsunderlaget. För det fall att en leverantör eller dess underleverantör inte kan erhålla rating ska en borgensförbindelse bifogas anbudet. Kravet gäller lika

för alla och utgör ingen särbehandling av t.ex. stiftelser. Probonia uppfyller inte kraven i 3.3. och 3.5. i förfrågningsunderlaget. Migrationsverket har inte brutit mot likabehandlingsprincipen, någon annan grundläggande princip i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag på ett sådant sätt att Probonia har lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredning

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 anbudets 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 borgensförbin-

delse bifogas anbudet. Borgensåtagandet ska vara utfärdat av anbudsgivarens moderbolag eller annan juridisk person (även bank och försäkringsbolag) som uppfyller kravet i första stycket.

Åtagandet ska uppgå till minst: 20% av beräknat kontraktsvärde för två (2) månader (20% * anbudspris (kost + logi) * antal offererade platser (maximalt 350) * 60). 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 3.1, 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. Probonias ansökan ska därför avvisas i den del som avser direktupphandlingar vari avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer. Förvaltningsrätten är dock inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning i den del som avser övriga påbörjade direktupphandlingar.

Probonia har gjort gällande att det i förfrågningsunderlaget uppställda kravet på ekonomisk ställning strider mot likabehandlingsprincipen och att kravet i fråga inte är tillräckligt tydligt utformat.

Genom att en upphandlande myndighet ställer krav på viss kreditvärdighet kan vissa typer av leverantörer, bl.a. nystartade företag, i praktiken uteslutas från upphandlingen oavsett ekonomisk och finansiell styrka. Ett sådant

krav har av den anledningen bedömts strida mot principerna om likvärdighet och proportionalitet, om några alternativa möjligheter att visa ekonomisk och finansiell styrka inte har getts (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 14 januari 2011 i mål nr 2808-10).

I målet har kommit fram att Probonia har haft för avsikt att anlita en underleverantör som bedriver sin verksamhet i stiftelseform och av den anledningen inte kan erhålla rating från ett kreditupplysningsföretag. Migrationsverket har i upphandlingen gett leverantörer som inte uppfyller efterfrågad kreditvärdighet eller som av någon anledning inte kan erhålla rating möjlighet att i stället ge in en borgensförbindelse. Samma krav har ställts på underleverantörer. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att kravet på att ge in en borgensförbindelse – sett mot bakgrund av dess utformning – tar sikte på samtliga leverantörer och således inte enbart sådana som bedriver sin verksamhet i stiftelseform. Det kan därmed inte anses strida mot likabehandlingsprincipen på det sätt som Probonia har gjort gällande.

Relevanta delar av de i 3.3. och 3.5. i förfrågningsunderlaget uppställda kraven har redogjorts för ovan. Av dessa krav framgår att den upphandlande myndigheten själv kontrollerar att underleverantören uppfyller kravet på rating samt att en borgensförbindelse ska bifogas anbudet, om underleverantören inte kan erhålla rating. Det har därmed, enligt förvaltningsrättens mening, tillräckligt tydligt angetts i vilka situationer en borgensförbindelse ska ges in.

Probonia har inte bifogat någon borgensförbindelse avseende underleverantören till sitt anbud och har därmed inte uppfyllt kravet på underleverantörens ekonomiska ställning. Migrationsverket har således haft fog för att inte ta med Probonias anbud i utvärderingen. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska avslås.

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

Miriam Gewarges

Föredragande har varit Carl Hultsberg.



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.