



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-08-17
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3484-15

KONKURRENSVERKET	
2015-08-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Olle Lind Golv AB, 556265-9911

Ombud:

Advokaterna Jan Andersson, Ulrika Dahlberg och Ingrid Sandström
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

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

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 218986

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 OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, Område 3 Öst dnr 3.2.2-2015-1876 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 16 leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Migrationsverket har för Område 3 Öst slutit avtal med 7 leverantörer. Genom beslut den 19 maj 2015 i mål nr 3354-15 förordnade förvaltningsrätten att Migrationsverket, till dess det målet avgjorts eller annat bestämts, inte fick ingå ytterligare avtal med leverantörer för Område 3 Öst. Förordnandet gällde från dagen för det beslutet och upphörde att gälla den 21 juli 2015 när dom meddelades i mål 3354-15.

Den 19 maj 2015 ansökte Olle Lind Golv AB (Bolaget) om överprövning av avtalens giltighet. Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att de avtal som Migrationsverket har slutit är ogiltiga.

Migrationsverket bestrider Bolagets yrkande. För det fall förvaltningsrätten anser att det finns skäl att ogiltigförklara avtalen yrkar Migrationsverket att avtalen ändå ska tillåtas bestå.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 22 maj 2015 avslagit Bolagets yrkande om interimistiskt förordnande.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Angående frågan om otillåten direktupphandling

Migrationsverket har ingått avtal utan beaktande av den annonsering och avtalsspärr som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet. LOU har åsi-

dosatts genom att upphandlingen över tröskelvärden har benämnts som en direktupphandling. Agerandet strider mot EU:s rättsmedelsdirektiv och de principer som kommer till uttryck i EU-domstolens praxis.

Att upphandlingens värde inte är lågt utan överstiger tröskelvärden måste vara ostridigt. Migrationsverkets talan synes grundas på att Migrationsverket haft synnerlig brådska och att det därför genomfört en direktupphandling. Synnerlig brådska kan dock inte vara självförvållad och det får inte röra sig om tidsnöd som den upphandlande myndigheten själv försatt sig i eller kunnat påverka på något sätt. Dålig planering är självförvållad brådska. Av domarna i Förvaltningsrätten i Linköpings mål nr 4352-14 och 5723-14 framgår det att Migrationsverket redan i september 2014 var i tidsnöd. Migrationsverket har därför under lång tid vetat att flyktingströmmarna har ökat och har därför haft möjlighet att genomföra en annonserad upphandling. I målet föreligger samma omständigheter som i Kamrarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1182-12, där kamrarrätten ogiltigförklarade ingångna avtal.

Utifrån de detaljerade prognoser som Migrationsverket presenterat i målet framgår att Migrationsverket har framförhållning nog att kunna genomföra en annonserad upphandling. Migrationsverket har tillämpat en anbudstid om 26 dagar. En skälig anbudstid vid ett förenklat förfarande hade inte behövt innebära en längre anbudstid än så. Migrationsverket anför som skäl för att välja direktupphandling att det då går att teckna avtal omgående och därför undvika en överprövningsprocess vilket talar för att Migrationsverket försöker undgå rättsmedelsdirektivet och 16 kap. LOU. Migrationsverket skulle ha genomfört en annonserad upphandling och hade då haft att beakta en avtalsspärr. Eftersom direktupphandling använts och någon avtalsspärr därmed inte tillämpats har Migrationsverket fråntagit anbudsgivarna rätten till en effektiv rättslig prövning, vilket är ett brott mot rättsmedelsdirektivet samt EU-rättslig praxis. Migrationsverket menar att det

inte är möjligt att genomföra en annonserad upphandling eftersom förutsättningarna i en ramavtalsupphandling är oklara. Ett ramavtal är till sin natur ospecificerat vad gäller den exakta utformningen varför det Migrationsverket anför i denna del är både felaktigt och ologiskt.

Alla undantag, däribland att avtal ska få bestå p.g.a. tvingande hänsyn till allmänintresse, ska tolkas mycket restriktivt. Enbart det skälet att en myndighet har skyldighet att tillhandahålla vissa tjänster är inte skäl för att ett avtal ska bestå. Bevisbördan för att avtalet ska få bestå med hänsyn till ett allmänintresse ligger på Migrationsverket.

Angående de tecknade avtalen

Av de avtal som Migrationsverket tecknat framgår att Migrationsverket skickat avtalen till de aktuella leverantörerna för undertecknande redan innan tilldelningsbeslutet meddelats. Leverantörerna har undertecknat avtalen innan beslut om tilldelning meddelades. Migrationsverket har undertecknat avtalen samma dag som tilldelningsbeslutet meddelades, allt för att som synes kringgå LOU.

Angående frågan om avtal tecknats i strid med interimistiskt beslut

Avtalen med Sultat Hotell AB undertecknades den 19 maj 2015, dvs. samma dag som förvaltningsrätten meddelade beslut i mål nr 3354-15 innebärandes att Migrationsverket inte fick ingå ytterligare avtal i upphandlingen. Avtalen från den 19 maj 2015 saknar, till skillnad från övriga avtal, ankomstregistrering, vilket är anmärkningsvärt. Det är inte sannolikt att Migrationsverket, utan att först fått del av förvaltningsrättens interimistiska beslut, skulle ha skrivit ut ett inskannat avtal och underteckna detta istället för att avvakta att avtalet kom i original per post för undertecknande av Migrationsverket. Särskilt inte då dessa inskannade avtal påstås ha inkom-

mit till Migrationsverket per e-post den 12 maj 2015 men skrivits ut och undertecknats först samma dag som det interimistiska beslutet meddelades.

Migrationsverket

Angående frågan om otillåten direktupphandling

Migrationsverket är skyldigt att ordna boende till de asylsökande som har behov av det och behöver i dagsläget ständigt nya platser. Migrationsverket har i vart fall haft synnerliga skäl för att direktupphandla. Förvaltningsrätten i Linköping fann i mål nr 4352-14 och 5723-14 att Migrationsverket haft i vart fall synnerliga skäl för att köpa in boendeplatser genom direktupphandling. Omständigheterna vid tiden för de nämnda domarna råder fortfarande. Migrationsverket har tidigare genomfört annonserade upphandlingar för att köpa in boendeplatser för asylsökande, men dessa har försenats och inte kunnat avslutas till följd av domstolsprövningar. Den senaste annonserade upphandlingen har ännu inte kunnat avslutas då kamrarrätten fortfarande har ett öppet mål om överprövning av det senaste rättade tilldelningsbeslutet. Överprövningsprocessen har nu pågått i sammanlagt nästan två år. Migrationsverket har alltså ett stort behov av boendeplatser. I verkets senaste prognos, från april, beräknas att cirka 80 000 personer kommer att söka asyl i Sverige under 2015. Enligt huvudscenariot kommer antalet inskrivna i mottagningen ha ökat till 95 000 personer i slutet av året, vilket är fler än den tidigare högsta noteringen från 1993 (89 800 inskrivna). Vidare kommer cirka 55 000 personer vara inskrivna i verkets anläggningsboende vid årets slut. Platsbehovet väntas öka under sommaren och hösten.

Överprövningsprocessen har varit osedvanligt lång och behovet av boendeplatser är beroende av yttre faktorer i omvärlden. Trots verkets prognoser och planering går inte alla situationer att förutse eller råda över. Vad

gäller behovet av direktupphandling är det riktigt att anbudstiden har varit relativt lång. Vid en direktupphandling kan emellertid upphandlingsprocessen efter anbudsgivning ske på ett tidsmässigt mer effektivt sätt eftersom det bl.a. går att teckna avtal med valda leverantörer i direkt anslutning till valet av leverantör. Det är inte möjligt vid en annonserad upphandling. Eftersom Migrationsverket har rätt att direktupphandla i denna situation strider inte agerandet mot EU:s rättsmedelsdirektiv eller mot principerna i praxis från EU-domstolen.

Det är inte möjligt att göra en ny annonserad ramavtalsupphandling innan överprövningsprocessen beträffande den förra är avgjord. Eftersom det målet inte är avgjort är det okänt om upphandlingen kommer att rättas, göras om eller om Migrationsverket kommer att få teckna avtal med anbudsgivare. Migrationsverket vet alltså inte hur stort det ytterligare behovet av boendeplatser kommer att vara efter att nämnda process är avgjord. Varken Migrationsverket eller presumtiva anbudsgivare skulle därför veta förutsättningarna vid en ny ramavtalsupphandling. Det skulle strida mot transparensprincipen att nu genomföra en ny annonserad upphandling. En sådan skulle även med stor sannolikhet bli föremål för en överprövningsprocess varför upphandlingen ändå inte skulle resultera i några nya boendeplatser förrän efter lång tid.

Om förvaltningsrätten trots allt skulle finna att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara avtalen ska avtalen låtas bestå eftersom ett ogiltigförklarende skulle strida mot tvingande hänsyn till allmänintresset och skydd för människors liv och hälsa. Det beror på att Migrationsverket utan de direktupphandlande avtalen inte skulle kunna tillgodose kravet på att förse asylsökande med mat och boende.

Angående frågan om avtal tecknats i strid med interimistiskt beslut

Förvaltningsrätten e-postade det interimistiska beslutet i mål nr 3354-15 till Migrationsverket den 19 maj 2015 och det nådde verket kl. 15.07. Avtalen med underskrift av Sultat Hotell AB inkom till Migrationsverket inskannade i ett e-postmeddelande. Avtalen med Sultat Hotell AB undertecknades den 19 maj 2015. Det finns ingen dokumentation om vid vilken exakt tidpunkt de undertecknades men Migrationsverket utgår från att de undertecknades innan det interimistiska beslutet nådde verket. Avtalen från Sultat Hotell AB kom sedan in i original med posten och dessa inkomststämplades av Migrationsverkets registratur. Eftersom de kom in efter det interimistiska beslutet har de exemplaren inte använts för att ersätta de inskannade avtalen.

Migrationsverkets boendeenhet har haft att teckna ett mycket stort antal avtal. De avtal som inkommit, undertecknade av respektive leverantör, har sorterats i högar, där en hög markerats som "gröna" avtal, färdiga att undertecknas. "Gröna" avtal avser avtal/anbud som kontrollerats på erforderliga sätt och är färdiga för undertecknande. Att avtalen inkom via e-post den 12 maj 2015 betyder inte att de kunde undertecknas den dagen. Det var en slump att dessa avtal blev "gröna" och färdiga att undertecknas just den 19 maj 2015.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska 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 2 kap. 23 § LOU framgår att med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår bl.a. följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärdet som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt bl.a. 15 kap. 4 § LOU.

Av 16 kap. 13 § andra stycket LOU framgår bl.a. att ett avtal också ska förklaras ogiltigt om det har slutits i strid med ett interimistiskt beslut enligt 9 §. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 16 kap. 14 § LOU framgår att om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

Förvaltningsrättens bedömning

Angående frågan om otillåten direktupphandling

Bolaget har anfört att Migrationsverket genomfört en otillåten direktupphandling och att de ingångna avtalen därför ska ogiltigförklaras.

Det är Migrationsverket som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling (se prop. 2009/10:180 s. 344 med hänvisning till prop. 2001/02:142 s. 99).

Migrationsverket har gjort gällande att det har förelegat synnerliga skäl för att använda upphandlingsformen direktupphandling och har som skäl för detta anfört att Migrationsverket tidigare har genomfört annonserade upphandlingar för att köpa in boendeplatser till asylsökande men att dessa har försenats och inte kunnat avslutas p.g.a. överprövning i domstol. Migrationsverket har vidare anfört att behovet av boendeplatser är beroende av yttre faktorer i omvärlden och att det trots prognoser och annan planering inte går att förutse eller råda över alla situationer. Bolaget har invänt mot detta då Bolaget menar att det ökade behovet av boenden har förelegat under lång tid och hade kunnat förutses av Migrationsverket och att brådskan därmed har varit självförvållad.

Migrationsverket har en skyldighet att ordna boende till de asylsökande som har behov av det. Förvaltningsrätten konstaterar att Migrationsverket sedan 2013 genomför en ramavtalsupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Efter ansökningar om överprövning av upphandlingen har

Kammarrätten i Jönköping meddelat dom den 3 juli 2015 (mål 3692-14). Domstolsprövningarna gällande denna ramavtalsupphandling har således pågått under lång tid och får anses ha gått utöver vad Migrationsverket har haft att räkna med inom ramen för sitt planeringsansvar. Migrationsverket har vidare anfört att Migrationsverket inte kan göra en ny annonserad ramavtalsupphandling innan överprövningsprocessen gällande upphandlingen från 2013 har avslutats. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets uppgifter i denna del och finner härmed att det i denna situation har varit nödvändigt att direktupphandla boendeplatser för asylsökande för att tillgodose det stora behov som uppstått.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Migrationsverket har haft synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling för att tillgodose behovet av tillfälliga boenden för asylsökande. Skäl att ogiltigförklara ingångna avtal föreligger därmed inte på den grunden att Migrationsverket skulle ha genomfört en otillåten direktupphandling.

Angående de tecknade avtalen

Såvitt framgår av utredningen i målet har Migrationsverket tecknat avtal med sju leverantörer avseende Område 3 Öst. Bolaget har anfört att Migrationsverket skickade avtalen till de aktuella leverantörerna och att leverantörerna undertecknade avtalen innan tilldelningsbeslutet meddelades samt att Migrationsverket undertecknade avtalen samma dag som tilldelningsbeslutet meddelades. Bolaget menar att detta varit i syfte att kringgå LOU. Mot bakgrund av att förvaltningsrätten ovan funnit att Migrationsverket haft synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling finner förvaltningsrätten att det som Bolaget anfört i denna del inte innebär att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Angående frågan om avtal tecknats i strid med interimistiskt beslut

Avtalen mellan Sultat Hotell AB och Migrationsverket gällande anläggningarna Flygeln och Hotell Mälarblick är undertecknade av leverantören den 11 maj 2015 och av Migrationsverket den 19 maj 2015.

Genom beslut den 19 maj 2015 i mål nr 3354-15 förordnade förvaltningsrätten att Migrationsverket, till dess det målet avgjorts eller annat bestämts, inte fick ingå ytterligare avtal med leverantörer för Område 3 Öst. Förordnandet gällde från dagen för det beslutet och upphörde att gälla den 21 juli 2015.

Det är ostridigt att Migrationsverket undertecknade avtalen med Sultat Hotell AB samma dag som det interimistiska beslutet meddelades. Bolaget gör gällande att dessa avtal därmed har ingåtts i strid med det interimistiska beslutet. Migrationsverket har anfört att det interimistiska beslutet nådde verket kl. 15.07 den 19 maj 2015 samt att det inte finns någon uppgift om vid vilken tidpunkt avtalen undertecknades men att Migrationsverket utgår från att de undertecknades innan det interimistiska beslutet nådde verket.

Migrationsverket har beskrivit det arbetssätt som har använts för att hantera den stora mängd avtal som inkommit till Migrationsverket för undertecknande. Förvaltningsrätten finner inte att det framkommit skäl att ifrågasätta denna beskrivning och mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det är sannolikt att avtalen med Sultat Hotell AB undertecknades innan Migrationsverkets nåddes av förvaltningsrättens interimistiska beslut. Skäl att ogiltigförklara avtalen med Sultat Hotell AB föreligger därmed inte på den grunden att Migrationsverket skulle ha tecknat avtalen i strid med det interimistiska beslutet.

Sammanfattning

Det Bolaget anført i målet innebär inte att det finns skäl att ogiltigförklara de avtal som slutit mellan Migrationsverket och leverantörer gällande Område 3 Öst. Bolagets ansökan om överprövning av avtalens giltighet ska därför avslås.

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

Kristina André Lilja.

Föredragande har varit Christine Lindström.



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.