FÖRVALTNINGSRÄTTEN I LINKÖPING

DOM
2016-06-08
Meddelad i
Linköping

Mål nr
2984-16

SÖKANDE
Faroy AB, 556992-1314
Storgatan 14
352 31 Växjö

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

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Migrationsverket genomför en direktupphandling enligt 15 kap. LOU avseende tillfälligt boende för asylsökande nr 14 Område 1 Syd, dnr 3.2.2-2015-80716. Faroy AB (Bolaget) har lämnat ett anbud i upphandlingen. Den 29 april 2016 meddelade Migrationsverket ett beslut enligt vilket Bolagets anbud inte hade kvalificerats. Beslutet motiverades med att Bolagets anbud inte ansågs uppfylla ställt krav enligt punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget då Bolaget inte ingivit något slutbesked.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om rättelse med innebörden att Bolagets anbud ska anses uppfylla ovan ställt krav rörande brandskydd och bygglov.

Migrationsverket begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har tagit över driften av Quality Hotel i Växjö för att göra om det till ett tillfälligt asylboende. Själva hotellet har varit i drift med godkända tillstånd från Växjö kommun sedan mitten på 1970-talet. Bolagets anbud har följt villkoren i förfrågningsunderlaget och korrekt dokumentation är inskickad. Enligt punkt 8.1 i förfrågningsunderlaget ska ett godkänt bygglov bifogas anbudet.

Migrationsverket har underkänt Bolagets anbud med hänvisning till att Migrationsverket via tjänsten Tendsign och dess verktyg "Frågor och svar" har lämnat information som ger ett förtydligande av kravet under punkt 8.1 i förfrågningsunderlaget. Bolaget anser inte att Migrationsverket har förtydli-

gat punkten 8.1 utan däremot gjort en ändring i förfrågningsunderlagets villkor. Det framgår ingenstans i texten i förfrågningsunderlaget att denna ändring är gjord och att Bolaget därför måste bifoga ytterligare dokumentation. Bolaget anser att "Frågor och svar" är en informationskanal där myndigheten kan svara på frågor som leverantören ställer till myndigheten precis såsom myndighetens hemsida är en informationskanal till leverantören. Varken hemsida eller "Frågor och svar" är ett redskap för att ändra innehåll i ett förfrågningsunderlag.

Att Migrationsverket kan använda tjänsten "Frågor och svar" till att ändra innehållet i förfrågningsunderlaget bryter mot den grundläggande principen om öppenhet. Tilläggas kan att Migrationsverket gick ut med vad de kallar sin förtydligande information till förfrågningsunderlaget i "frågor och svar" en månad efter att upphandlingen påbörjades. Således kan andra leverantörer ha fått sina anbud godkända enbart på att skicka in handlingar som efterfrågas enligt texten under punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget garanterar och ansvarar för kravet på brandskydd enligt punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget och har branddokumentation för fastigheten framtagen av en brandskyddsingenjör. Bolaget har även erbjudit sig att komplettera ansökan med brandskyddsdokumentation vilket Migrationsverket har nekat Bolaget.

Bolaget har uppfyllt alla krav som finns beskrivna i förfrågningsunderlaget och borde därför tilldelas ett avtal i upphandlingen. Bolaget lider stor ekonomisk skada av att Migrationsverket bryter mot i förfrågningsunderlaget ställda krav.

Migrationsverket

Migrationsverket kan inte anses ha brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen LOU eller mot någon annan bestämmelse i nämnda lag på sådant sätt att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Det anges i punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget bl.a. att Migrationsverket använder upphandlingssystemet Tendsign och att leverantören genom detta system får tillkommande information. Så fort en fråga besvaras publikt eller någon information publiceras i Tendsign skickas ett e-postmeddelande till den adress som leverantören registrerat vid anbudslämnandet.

Migrationsverket har den 21 december 2015 i Tendsign publicerat ett förtydligande avseende punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget enligt vilket med begreppet "bygglov för avsedd verksamhet för aktuell anläggning" som ska bifogas anbudet avses beviljat bygglov samt slutbesked.

Migrationsverket anser att förfrågningsunderlaget i ovanstående delar är så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU förutsätter. Det kan även noteras att en anbudsgivare har en skyldighet att omsorgsfullt ta del av kraven i förfrågningsunderlaget.

En leverantör av ett tillfälligt anläggningsboende är ansvarig för att bl.a. gällande krav på brandskydd är uppfyllda. Migrationsverkets uppfattning är att ett bygglov för en relevant verksamhet som har beviljats efter införandet av bestämmelserna om slutbesked i 10 kap. 4 och 34-37 §§ plan- och bygglagen (2010:900) normalt visar att brandskyddet är tillräckligt. Ett äldre bygglov anser sig verket emellertid inte kunna förlita sig på i detta avseende. Leverantören måste därför då ge in brandskyddsdokumentation. Att

denna ska ges in tillsammans med anbudet framgår klart av förfrågningsunderlaget. Detta har Bolaget inte gjort och anbudet har därför rätteligen förkastats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Överprövning av en direktupphandling

Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 23 § LOU en upphandling utan krav på anbud i viss form. Direktupphandling får användas endast i de fall som de förutsättningar som framgår av 15 kap. 3 § LOU är vid handen. Vid direktupphandling finns det således inga lagbestämmelser om hur anbuden ska utformas. Det finns inte heller krav på förfrågningsunderlag, annonsering eller öppen konkurrens. En upphandling, oavsett typ av förfarande, ska dock alltid ske med hänsyn till de grundläggande principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. Med vilken styrka dessa principer ska tillämpas vid en direktupphandling är inte klarlagt i lag eller praxis. Med beaktande av att det är fråga om ett rent undantagsförfarande utan krav på öppen konkurrensutsättning bedömer dock förvaltningsrätten att kraven i aktuellt hänseende bör vara lägre ställda än vid ett motsvarande annonserat förfarande även om valet av leverantör alltid ska kunna motiveras på objektiv grund (jfr Kammarkollegiet, Direktupphandling, 2011:6, s. 23).

Bolaget gör inte gällande att direktupphandlingen ifråga är otillåten, dvs. att Migrationsverket inte skulle ha haft rätt att använda undantagsförfarandet, och den frågan kommer därför inte att prövas av förvaltningsrätten i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning av upphandlingen

I förfrågningsunderlaget punkt 8.1 *Krav avseende brandskydd och bygglov* anges, såvitt nu är av intresse, följande.

Leverantören ska garantera och ansvara för att de krav på brandskydd som gäller, enligt lagar, andra föreskrifter samt allmänna råd inom området, för den efterfrågade verksamheten är uppfyllda. Brandskyddet ska vara anpasssat för den verksamhet som ska bedrivas. [...]

Bygglov för avsedd verksamhet för aktuell anläggning (fastighet/fastigheter) ska bifogas anbudet.

Migrationsverket kan i undantagsfall godkänna brandskyddsdokumentation om det inte varit möjligt att erhålla bygglov enligt vid tiden för byggnadens uppförande gällande regler (t.ex. bygganden har uppförts innan bygglov krävdes). I sådant fall ska leverantören styrka brandskyddet genom att till anbudet bifoga en brandskyddsdokumentation enligt de krav som framgår av bilaga 5. Sådan brandskyddsdokumentation granskas och godkänns av Migrationsverket.

Migrationsverket har den 21 december 2015 i Tendsign publicerat ett publikt informationsmeddelande avseende punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget enligt vilket med begreppet "bygglov för avsedd verksamhet för aktuell anläggning" som ska bifogas anbudet avses beviljat bygglov samt slutbesked.

Förvaltningsrätten anser att den ursprungliga lydelsen av kravet enligt punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget är tydlig och precis vad beträffar att bygglov för den anläggning som är aktuell i upphandlingen ska bifogas anbudet. Någon otydlighet som motiverar att Migrationsverket behöver förklara vad som ska bifogas anbuden i angivet avseende kan därmed inte anses föreligga. Enligt förvaltningsrätten innebär den ändring som Migrationsverket har infört genom det publika informationsmeddelandet istället att ett ytterligare obligatoriskt krav har ställts i upphandlingen, nämligen ett krav att utöver bygglov bifoga ett slutbesked till anbudet.

Vid ett annonserat förfarande är, främst med beaktande av principen om öppenhet, utrymmet för en upphandlande myndighet att tillföra nya obligatoriska krav efter annonsering mycket begränsat (se bl.a. Kammarrätten i Jönköpings domar den 20 september 2011, mål nr 1367-11 och 1399-11). I förevarande fall är det dock fråga om en direktupphandling för vilken, i enlighet med det ovan sagda, bl.a. öppenhetsprincipen inte kan anses vara lika starkt gällande som vid annonserade upphandlingar. Med beaktande härav samt till det förhållandet att det inte framkommit några konkreta uppgifter till stöd för att tillförandet av kravet på slutbesked en tid innan sista dag för anbudsgivning medfört att valet av leverantörer inte skett på objektiv grund finner förvaltningsrätten att Migrationsverket inte brutit mot LOU eller dess allmänna principer genom den ändring av förfrågningsunderlaget som skett.

Vid det förhållandet innebär kravet enligt punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget, med det tillägg som gjorts genom det publika informationsmeddelandet, att en anbudgivare, för att bli kvalificerad, tillsammans med anbudet måste inge både bygglov och slutbesked gällande den anläggning som anbudet avser. I målet står klart att Bolaget i sitt anbud inte bifogat något slutbesked avseende den aktuella anläggningen. Med hänsyn härtill har Bolagets anbud brustit i kravuppfyllelse varför skäl förelegat att ej uppta detta till slutlig anbudsutvärdering.

Mot bakgrund av det som ovan anförts finner förvaltningsrätten att några skäl för ingripande i upphandlingen inte föreligger. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit Stefka Bokmark.

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 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.

DV 3109/1 D LOU• Producerat av Domstolsverket • 2015-08