



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2014-10-17
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6843-14

SÖKANDE

Ängås Fastigheter AB, 556842-6612
Vitsippevägen 2
434 46 Kungsbacka

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163
Upphandlings- och inköpsenheten
601 70 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Ängås Fastigheter AB:s ansökan om överprövning i den del som avser den direktupphandling, som avslutats med avtal mellan Migrationsverket och Carlmike AB.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 9 oktober 2014 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 183372

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

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

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Migrationsverket genomför en upphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande nr 5, område 1 Syd, dnr. 3.2.2-2014-34730 (upphandlingen). Migrationsverket har den 6 oktober 2014 underrättat om beslut att tilldela ett antal leverantörer kontrakt i upphandlingen. Migrationsverket har för det aktuella området slutit avtal med en vald leverantör, Carlmike AB. Migrationsverket har enligt upphandlingsprotokoll till beslutet inte tagit med Ängås Fastigheter AB:s (Bolaget) anbud avseende anläggningen Tostarpsgården till slutlig anbudsutvärdering.

Bolaget har den 6 oktober 2014 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat att förvaltningsrätten beslutar i första hand att den ska rättas på så sätt att även Bolaget tilldelas kontrakt i den och i andra hand att den ska göras om.

Migrationsverket begär att ansökan ska avslås.

Förvaltningsrätten har den 9 oktober 2014 meddelat ett interimistiskt förordnande i målet.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Bolagets anbud uppfyller kravet enligt punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget och Bolaget borde godkännas som leverantör. Bolaget har till anbudet bifogat de samarbetsavtal som krävs. Dessa visar att anläggningen ställs till förfogande för helpension.

I punkt 3.5 finns inget krav på datering av avtalet och det saknar betydelse för avtalet vilka obligationsrättsliga villkor som uppställts så länge avtalet i övrigt uppfyller villkoren. Avtalen är dessutom undertecknade av behöriga firmatecknare och är därmed gällande.

Vad gäller hänvisningen till upphandlingens diarienummer i avtalen talar hänvisningen i vart fall för att avtalen har slutits efter det att det angivna diarienumret offentliggjorts. Vidare är de avtal som lämnats desamma som de som användes i den angivna upphandlingen av den enkla anledningen att villkoren inte ändrats när det gäller att ställa kapacitet till förfogande. Diarienumret i avtalen begränsar inte dessa till en enda upphandling och båda upphandlingarna har haft samma krav på vad som ska framgå. Bolaget och dess samarbetspartners har varit överens om att avtalen ska tillämpas i den aktuella upphandlingen och det saknar betydelse att parterna inte ändrat diarienumret.

Vad gäller maskeringarna i avtalen fanns dessa även vid tidigare upphandling, där Migrationsverket inte invände mot dessa. I punkten 3.5 finns dessutom inget krav på att parterna ska redovisa alla sina överenskommelser för Migrationsverket. En konsekvens av ett sådant synsätt är att förfrågningsunderlaget även ska innehålla försäkran om att parterna inte har någon annan överenskommelse än den som framgår av inlämnat samarbetsavtal eller skriftligt åtagande, vilket inte är fallet.

Det torde vara närmast självklart att det inte finns någon överenskommelse som motsäger avtalets syfte i de bifogade samarbetsavtalen, dvs. att kapacitet ställs till förfogande. Att göra en annan tolkning till nackdel för Bolaget är orimligt. Bolaget är fullt ut bundet av ett eventuellt framtida avtal med Migrationsverket. Det har inte gjorts några reservationer i den delen i anbudet och inte heller i de bifogade samarbetsavtalen. Bolaget ska då behandlas lika som övriga anbudsgivare eftersom avtalen innehåller vad som

efterfrågats i punkt 3.5. Migrationsverket får anses nu i efterhand ställa krav som inte framgår av upphandlingen, vilket strider mot såväl likabehandlings- som transparensprincipen.

Migrationsverket

Upphandlingen har genomförts som en direktupphandling med tillämpning av LOU. Normalt tillhandahåller Migrationsverket platser åt de asylsökande i vanliga hyreslägenheter. Vid ett stort antal asylsökande kan behovet av boende överstiga det antal lägenhetsplatser som Migrationsverket har att tillgå. Migrationsverket upphandlar därför så kallat ABT-boende. Den nu aktuella direktupphandlingen avser att täcka det ytterligare behov av ABT-platser som kan uppstå när Migrationsverkets övriga boendealternativ inte räcker till.

Bolaget har avseende aktuell anläggning angett två underleverantörer och lämnat in två samarbetsavtal. Gällande avtalet med Jan och Inger Ryden noterar Migrationsverket att det finns datum för undertecknande av avtalet. Migrationsverket medger att det inte kan ställas krav på att avtalet dessutom är daterat. Tostarpsgården AB ska enligt anbudet svara för driften av anläggningen innefattande bemanning och kosthållning m.m. I det bifogade avtalet med underleverantören saknas helt datum för avtalet och undertecknandet varför Migrationsverket inte kan avgöra för vilken tid avtalet är gällande.

I båda avtalen hänvisas till en äldre upphandling i vilken kraven såg något annorlunda ut än i nuvarande förfrågningsunderlag. I förfrågningsunderlaget anges att avtalet ska visa kapacitet för fullgörande av uppdraget. Migrationsverket anser att det därför kan krävas att det av avtalet framgår att det är fråga om nu aktuella villkor.

Migrationsverket vidhåller vidare att det faktum att det finns maskerade punkter i båda avtalen medför att de inte uppfyller kraven i punkt 3.5 eftersom Migrationsverket inte kan veta vad som avtalats. Avtalet skulle i den maskerade delen kunna innehålla villkor eller begränsningar som medför att avtalet inte är giltigt eller inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Eftersom Bolaget inte genom de inlämnade avtalen har visat att det uppfyller kravet i punkt 3.5 har Migrationsverket haft fog för att utesluta anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Förvaltningsrätten anser att det beslut om tilldelning som fattats den 6 oktober 2014 tillsammans med tillhörande rangordning får anses vara ett beslut om tolv igångsatta direktupphandlingar som kan bli föremål för överprövning (jfr Mål C-26/03 Stadt Halle och HFD 2013 ref 31). Vad beträffar den direktupphandling som avslutats genom avtalet med Carlmike AB är således detta avtal ett processuellt hinder för överprövning av upphandlingen. Ansökan ska därför avvisas i denna del. Beträffande elva övriga påbörjade direktupphandlingar, för vilka enligt befintlig utredning avtal ej tecknats, är förvaltningsrätten däremot inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning.

Vad gäller möjligheten för en upphandlande myndighet att använda sig av

undantagsförfarandet direktupphandling innehåller LOU ett antal förutsättningar för att myndigheten ska ha rätt att använda sig av detta förfarande. LOU anger dock inte, såsom vid annonserade förfaranden, procedurregler för hur valet av leverantör ska ske även om de allmänna principerna, däribland likabehandlingsprincipen, ska upprätthållas även vid en direktupphandling. För det fall att den upphandlande myndigheten vid en direktupphandling offentliggjort en procedur för valet av leverantörer får dock, vid en prövning enligt LOU, anses vara av betydelse på vilket sätt denna tillämpats i upphandlingen.

I målet har inte framförts någon invändning avseende valet av upphandlingsförfarande. Förvaltningsrätten har därför att pröva huruvida behandlingen av Bolagets anbud i upphandlingen är förenligt med de allmänna principerna.

Av punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. För det fall att leverantören avser använda underleverantör för att genomföra väsentlig del av uppdraget ska detta anges samt vilken del av uppdraget som underleverantören ska utföra; exempelvis fastighetsförvaltare, fastighetsägare, catering (kosthållning), bemanning m.m. Observera att om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren är denne alltid att betrakta som underleverantör. – Leverantören ska bifoga kopia på samarbetsavtal, skriftligt åtagande eller liknande handling som visar att underleverantören åtagit sig att ställa kapacitet till leverantörens förfogande för fullgörande av uppdraget. Handlingen ska vara undertecknad av behörig företrädare för underleverantören.

I målet är klarlagt att Bolaget har lämnat anbud avseende anläggningen Tostarpsgården och till anbudet bifogat två samarbetsavtal, ett med fastighetsägarna Jan och Inger Ryden och ett med underleverantören Tostarpsgård AB som ska ansvara för driften av anläggningen innefattande bemanning och kosthållning m.m.

Migrationsverket har gjort gällande att dessa avtal på grund av sin utformning inte uppfyller kravet i punkt 3.5. Fråga är då om verket har grund för sin inställning.

Det krav som Migrationsverket har ställt i den aktuella punkten är såsom förvaltningsrätten uppfattar det att leverantören ska inge

- en skriftlig handling,
- som visar att underleverantören åtagit sig att ställa kapacitet till leverantörens förfogande för fullgörandet av uppdraget och
- som är undertecknad av behörig företrädare för underleverantören.

Förvaltningsrätten finner att det aktuella kravet innebär att Bolaget genom den handling som inges tillsammans med anbudet ska visa att det har till sitt förfogande de resurser som en underleverantör annars förfogar över för att fullgöra det aktuella uppdraget

Förvaltningsrätten konstaterar att ingivna samarbetsavtal i allt väsentligt synes reglera de avtalsvillkor som ska gälla mellan parterna under kontaktstiden genom hänvisningen i § 4 till de regler som uppställs i Migrationsverkets upphandling med dnr 3.2.2- 2014-18257. Migrationsverket har angett att det förekommer skillnader i villkor avseende nu aktuella upphandling och den upphandling som omnämns i samarbetsavtalen. Med hänsyn härtill och då Bolaget inte heller på annat sätt förmått visa att det genom samarbetsavtalen säkerställt tillgång till erforderliga resurser för fullgörande av uppdraget ifråga har Migrationsverket haft anledning att förkasta Bolagets anbud för bristande uppfyllelse av kravet i punkt 3.5. Skäl att pröva Migrationsverkets i övrigt framföra grunder för uteslutning föreligger därmed inte.

Av det ovan följer att skäl för begärd rättelse inte föreligger. Någon grund för omgörande av upphandlingen har inte heller framkommit varför ansökan ska avslås.

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

Tomas Kjellgren

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 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.