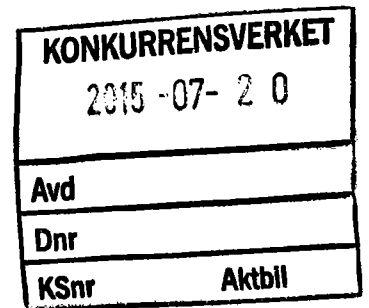




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2015-07-20  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
3490-15



**SÖKANDE**

Stockeboda AB, 556400-4405  
Stockeboda Gård  
272 97 Gärnsås

**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 Stockeboda AB:s ansökan om överprövning i del delar avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer.

Förvaltningsrätten avvisar Stockeboda AB:s yrkande om att förvaltningsrätten ska fastställa att punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget möjliggör för bolaget att ställa säkerhet i form av proprieborgen efter anbudsöppning och tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande den 22 maj 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 214859

|  |                                      |   |                                |   |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|---|
| <b>Postadress</b><br>Box 406<br>581 04 Linköping | <b>Besöksadress</b><br>Brigadgatan 3 | <b>Telefon</b><br>013-25 11 00<br><b>E-post:</b><br>forvaltningsratten@linkoping.dom.se | <b>Telefax</b><br>013-25 11 40 | <b>Expeditionstid</b><br>måndag – fredag<br>08:00-16:00 |
|--|--------------------------------------|---|--------------------------------|---|

**YRKANDEN M.M.**

Migrationsverket genomför direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande nr 7 område 1 Syd, dnr 3.2.2-2015-1874. Av beslutsunder rättelse den 12 maj 2015 framgår att ett antal leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Enligt upphandlingsprotokollet uppfyller Stockeboda AB (Stockeboda) inte kravet på ekonomisk ställning enligt punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget och har därför inte kvalificerat sig för utvärdering.

I ansökan om överprövning yrkar Stockeboda rättelse av upphandlingen. Vidare yrkar Stockeboda att förvaltningsrätten ska fastställa att punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget möjliggör för bolaget att ställa säkerhet i form av proprieborgen efter anbudsöppning och tilldelningsbeslut om underleverantören inte bedöms uppfylla kravet på kreditvärdighet. Stockeboda åberopar bl.a. bolagsgaranti, e-postkorrespondens och rättsutlåtande av Torbjörn Ingvarsson, professor i civilrätt vid Uppsala universitet.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten har den 22 maj 2015 förordnat att Migrationsverket inte får ingå ytterligare avtal med leverantörer för Område 1 Syd till dess målet avgjorts eller annat bestämts. Förvaltningsrätten har den 5 juni 2015 avslagit Stockebodas yrkande om muntlig förhandling.

**VAD PARTERNA HAR ANFÖRT***Stockeboda*

En proprieborgen ger borgenären rätt att kräva den han vill. Att som i detta fall kräva proprieborgen när det bara finns en motpart förlorar då i relevans. Att krav ställs på anbudsgivarna är självklart, men att kräva att an-

budsgivare garanterar underleverantörens åtagande genom proprieborgen och därmed underkänna andra åtaganden som ger samma garantier och möjligheter, är inte proportionerligt. Migrationsverket har brutit mot proportionalitetsprincipen genom att ställa högre krav avseende borgen än vad som är behövt och ändamålsenligt.

Stockeboda har garanterat underleverantörens samtliga förpliktelser med anledning av anbudet. Garantin omfattar det Migrationsverket vill uppnå i form av åtagande och ger samma möjligheter som en proprieborgen att agera mot bolaget. Garantin är därför att betrakta som en proprieborgen eller en borgen med liknande egenskaper. Eftersom Migrationsverket i första hand velat uppnå att det finns boenden och service, är den ekonomiska kompensationen för bristande fullgörande av dessa förpliktelser sekundär i sammanhanget. Bedömningen ska avse om den utfärdade garantin säkerställer just dessa naturaprestationer. Detta följer av att det i realiteten är fråga om säkerhet för en naturaprestation och inte en penningprestation. För att kunna bedöma kravets proportionalitet måste skälen anges. Bolaget har utan framgång försökt få Migrationsverket att ange syftet med kravet på proprieborgen med viss lydelse.

Kravet i punkt 3.3 förfrågningsunderlaget är inte utformat så att varianter utesluts. Formuleringen ”såsom för egen skuld” står inom parentes och ska därför betraktas som ett exempel, inte som ett ska-krav. Eftersom det finns utrymme att utforma säkerheten på olika sätt, måste Migrationsverket vid mottagandet av anbuden under alla förhållanden utvärdera den erbjudna säkerheten. En formell hänvisning till att det inte är en proprieborgen, trots att det som erbjuds är en lika god säkerhet formulerad på annat sätt, bör inte utgöra tillräcklig grund för uteslutning. En uteslutning utan bedömning av säkerhetens verkliga värde för att garantera fullgörandet av huvudåtagandet är inte en proportionell åtgärd.

Då Migrationsverket i nuläget inte anser att den ingivna garantin uppfyller upphandlingens krav, har Stockeboda gett in ett nytt borgensåtagande formulerat ordagrant i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det borgensåtagandet har Migrationsverket avvisat med hänvisning till att anbud inte kan kompletteras i efterhand enligt punkt 2.9 förfrågningsunderlaget. Eftersom Stockebodas anbud har innehållit efterfrågade handlingar, men Migrationsverkets tolkning lett till att kravet på underleverantörens kreditvärdighet inte uppfylls, bör anbudet kunna kompletteras enligt punkten 2.9.

Stockeboda lider skada genom att Migrationsverket på felaktiga grunder har uteslutit bolaget från upphandlingen.

#### *Migrationsverket*

Kravet på proprieborgen är obligatoriskt. Enkel borgen är ovanlig. Proprieborgen är den normalt förekommande typen av borgen i affärsförbindelser. Vid proprieborgen kan borgenären kräva borgensmannen direkt. En annan typ av borgen eller garanti är alltför omständlig och tidskrävande att hantera för Migrationsverket och ger därför inte relevant skydd. Ska-kravet strider inte mot proportionalitetsprincipen. Bolagets garanti är en enkel borgen eller kan i vart fall inte betecknas som en proprieborgen.

I punkt 2.9 förfrågningsunderlaget anges att handlingar som huvudregel inte kan kompletteras i efterhand. I det här fallet är det inte fråga om att komplettera, utan om att byta ut en handling.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

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 borgensförbindelse 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 ( $20\% * \text{anbudspris (kost + logi)} * \text{antal offererade platser (maximalt 350)} * 60$ ). Borgensåtagandet ska vara en proprieborgen (såsom för egen skuld) och omfatta anbudsgivarens förpliktelser gentemot Migrationsverket vid ett eventuellt avtal avseende tillfälligt boende för asylsökande.

För det fall leverantören eller eventuell underleverantör efter första under rättelsen om beslut ej längre uppfyller krav på kreditvärdighet, ska denne omedelbart ställa säkerhet i form av proprieborgen enligt denna punkt.

I förfrågningsunderlaget, 3.5. Underleverantör, anges 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 mm. Observera att om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren är denne alltid att betrakta som underleverantör.

Leverantören ska ange namn och organisationsnummer på eventuella underleverantörer.

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.

Av handlingen Bolagsgaranti framgår bl.a. följande.

Stockeboda AB (556400-4405) garanterar som anbudsgivare, Anders & Else-Marie Johnsson (19611125-3537 & 591026-3549) samtliga avtalsförpliktelser med anledning av avtal avseende tillfälligt boende för asylsökande på Stockeboda Gård.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Av handlingarna i målet framgår att Migrationsverket har ingått avtal avseende Område 1 Syd. Att avtal har slutits innebär ett processuellt hinder för överprövning av en upphandling. Stockebodas ansökan ska av det skälet avvisas i den del den avser direktupphandlingar vari avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer. Förvaltningsrätten anser dock att pro-

cessuellt hinder inte föreligger för att pröva ansökan om överprövning i del som avser övriga påbörjade direktupphandlingar.

Vad gäller Stockebodas yrkanden gör rätten inledningsvis följande bedömning.

Enligt 16 kap. 6 § LOU finns två rättsföljder som domstolen kan besluta om vid bifall till en ansökan som överprövning av en upphandling: att upphandlingen ska göras om och att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Att förvaltningsrätten fastställer att punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget möjliggör för Stockeboda att ställa säkerhet i form av proprieborgen efter anbudsöppning och tilldelningsbeslut, utgör inte en rättsföljd som domstolen kan förordna om inom ramen för överprövningsprocessen. Stockebodas yrkande om detta ska därför avvisas.

Stockeboda gör vidare gällande att kravet på en proprieborgen med viss lydelse är alltför långtgående och därmed oproportionerligt. Migrationsverket har invänt att en annan typ av borgen eller garanti är alltför omständlig att hantera och att sådan inte ger relevant skydd.

Förvaltningsrätten anser att Migrationsverket har ett berättigat intresse av att säkerställa att leverantörer och underleverantörer har en stabil ekonomisk ställning och därmed möjlighet att leverera de upphandlade tjänsterna. Proprieborgen är enligt uppgift från Migrationsverket, som inte har ifrågasatts av Stockeboda, den normalt förekommande typen av borgensåtagande i affärssammanhang. Mot den bakgrunden och även med beaktande av det är fråga om direktupphandling bedömer förvaltningsrätten att kravet på proprieborgen framstår som tillräckligt ändamålsenligt och proportionerligt när leverantörer inte kan visa kreditvärdighet genom s.k. rating. Det krävs därför att Stockeboda åtar sig ett proprieborgensansvar för

underleverantörens förpliktelser genom den ingivna bolagsgarantin för att de obligatoriska kraven i upphandlingen ska vara uppfyllda.

Vid proprieborgen kan borgenären, till skillnad mot vid enkel borgen, välja att omedelbart vända sig till borgensmannen med sin fordran. En sådan borgen förutsätter att borgensmannen åtar sig ansvar för gäldenärens förpliktelser såsom för egen skuld. Handlingen "Bolagsgaranti" innebär att bolaget påtar sig ansvar i viss vid omfattning men det framgår inte med tillräcklig tydlighet att Stockeboda åtar sig underleverantörens förpliktelser såsom sina egna. Det framstår som oklart om Migrationsverket har möjlighet att genom bolagsgarantin direkt hålla Stockeboda ansvarigt. Det kan enligt förvaltningsrättens mening heller inte i det aktuella upphandlingsförfarandet krävas av Migrationsverket att utreda åtagandets exakta räckvidd. Jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 24 februari 2014 i mål 5572-13.

Stockeboda kan därmed inte anses ha bifogat en proprieborgen till sitt anbud och uppfyller därför inte kravet avseende ekonomisk ställning i 3.3 och 3.5 i förfrågningsunderlaget. Omständigheten att en liknande garanti har godtagits tidigare av Migrationsverket förändrar inte den bedömningen. Förvaltningsrätten menar vidare att myndigheten inte agerat felaktigt genom att inte godta bolagets kompletterande borgen.

Migrationsverket, som med hänsyn till likabehandlingsprincipen inte får göra avsteg från ställda krav, har därmed haft fog för att utesluta Stockeboda från upphandlingen. Det finns därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås i denna del.

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

Mats Edsgården

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.

