



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-03-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
6054-11
Enhet 2

SÖKANDE

Hewal Fastigheter AB, 556625-1129
Box 55
820 60 Delsbo

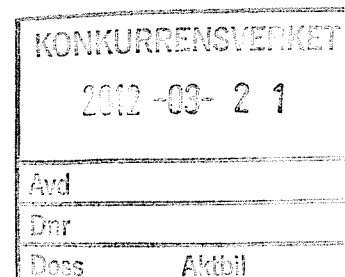
Ombud: Jur.kand. Sverre Jansson
Rådgivarna för företag i Norden AB
Johannesberg 51
820 60 Delsbo

MOTPART

Migrationsverket
601 70 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar avtalet om boende m.m. för asylsökande mellan Migrationsverket och Nordsjögården AB för perioden 2011-04-20--2011-08-31 samt avtalets samtliga förlängningar ogiltigt.

Dok.Id 74801

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket (myndigheten) har direktupphandlat kost och logi samt hygienartiklar för 100 asylsökande av bolaget Nordsjögården AB. Enligt avtalet, benämnt "hyreskontrakt", utgörs vederlaget av 350 kr, exklusive mervärdesskatt, per person och dygn. Avtalstid är enligt kontraktet från och med den 20 april till och med den 31 augusti 2011. Avtalet har förlängts den 31 augusti och den 30 november 2011 och gäller efter den senaste förlängningen till den 31 januari 2012.

Hewal Fastigheter AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar avtalet och dess förlängningar. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att avtalet är ogiltigt men låter det samma bestå medger bolaget att avtalet får bestå under förutsättning att det fortfarande är gällande vid domstolens beslut samt under förutsättning att myndigheten ger in avtalet i målet alternativt att detta kan identifieras på annat sätt. Bolaget motsätter sig däremot att otillåtet direktupphandlat avtal får bestå efter att den pågående upphandlingen av ABT-boenden är avslutad och ramavtal enligt LOU föreligger.

Myndigheten motsätter sig bolagets yrkande och yrkar i första hand att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning. I andra hand yrkar myndigheten, för det fall rätten anser att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, att förvaltningsrätten beslutar att avtalet får bestå.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget

Avtalet mellan myndigheten och Nordsjögården har ingåtts utan föregående annonsering enligt 15 kap 4 § LOU. Detta har medfört att bolaget, i egenskap av leverantör, har lidit skada. Grund för beslut om ogiltigförklaring föreligger därför enligt 16 kap 15 § 1 st 1 p LOU.

I ett avtal upprättat i april/maj 2011 träffade myndigheten och Nordsjögården AB (Nordsjögården) en överenskommelse om förhyrning av sängplatser till boende för asylsökande. Enligt avtalet uthyrdes minst 100 sängplatser inklusive frukost, lunch och middag för tillhoppa 350 kr per sängplats och dygn. Hyrestiden angavs vara från och med 2011-04-20 till och med 2011-08-31 med rätt till förlängning för det fall uppsägning inte sker senast två veckor före hyrestidens utgång. Nordsjögården har med avtalet som grund tillställt myndigheten fakturor på totalt 5 862 500 kr. Anledningen till att avtalet mellan myndigheten och Nordsjögården enbart rubricerats och officiellt upprättats som ett hyreskontrakt kan förmodligen föras tillbaka på regeln i 1 kap 6 § LOU, enligt vilken hyra av fastighet är undantagen från reglerna om offentlig upphandling. Genom att rubricera överenskommelsen som hyresavtal har överenskommelsen mellan myndigheten och Nordsjögården fått en formell karaktär ägnad att falla inom ramen för det så kallade hyresundantaget. Det kan tilläggas att myndigheten systematiskt har använt sig av denna avtalskonstruktion i sin mottagningsverksamhet. Bolaget har dokumentation över ett mycket stort antal sådana fall.

Även om rena hyresförhållanden skall undantas från LOU p.g.a. hyresundantaget så kan detta i vart fall aldrig gälla avtal om kost och logi. Konkurrensverket, och dess föregångare Nämnden för Offentlig Upphandling (NOU), har i sin tillsynsverksamhet vid ett flertal tillfällen prövat gränsdragningsproblematiken som aktualiserats genom hyresundantaget i 1 kap 6 § LOU (tidigare 5 kap 1 §). Av avgöranden framgår bl.a. att hyresundantaget inte är tillämpligt när ett avtal innehåller kringtjänster såsom måltidsavtal eller dylikt - oavsett att avtalet rubricerats som ett hyresavtal - utan hela avtalet skall då upphandlas i enlighet med LOU (se NOU dnr 2005/0256-21 och konkurrensverkets beslut dnr 148/2009).

Enligt 1 kap 2 § 2 LOU skall 15 kap gälla för upphandling av s k B-tjänster eller tjänster vars värde understiger tröskelvärdena enligt lagen. De nu aktuella tjänsterna är närmast att hänföra till hotell- och restaurangtjänster enligt uppräknningen under B-tjänster i lagens bilaga 3. Detta innebär att de nu aktuella tjänsterna ska upphandlas enligt 15 kap LOU. Av särskilt intresse för bedömning i detta mål är att upphandlingen skett utan föregående annonsering enligt 15 kap 4 §. Myndigheten har därmed gjort en otillåten direktupphandling, vilket har inneburit att Bolaget fråntagits möjligheterna att delta i en lagenlig offentlig upphandling. Myndighetens favoriserande av Nordsjögården har därmed inneburit skada för bolaget. Det ska också tilläggas att otillåten direktupphandling av EG-domstolen betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemensamhetslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande enhet kan göra.

Myndigheten har i anslutning till upphandlingen från Nordsjögården beslutat att synnerliga skäl p.g.a. brådska föreligger. Av protokoll upprättat 2011-05-25 konstaterar ansvarig chef, Rolf Westling, att myndigheten påbörjat en offentlig upphandling av avtal avseende kost och logi enligt 15 kap LOU i avsikt att teckna ramavtal med lämpliga leverantörer, men att detta inte hinns med då behovet av boendeplatser är akut, varför myndigheten beslutar att direktupphandla tjänsterna av Nordsjögården. Westlings beslut har föregåtts av ett liknande beslut av verksamhetschefen Caroline Henjered. Av kommentaren till bestämmelsen i 15 kap 3 § framgår att direktupphandling endast kan användas när det föreligger synnerliga skäl. Regeln är tänkt för sådana oförutsedda händelser som myndigheten inte själv kunnat råda över. Brådska på grund av egen bristande planering ger alltså inte rätt till direktupphandling. Av kommentaren framgår klart att direktupphandling är tänkt som en undantagslösning, vilket är naturligt eftersom förfarandet i praktiken innebär att konkurrens inte uppkommer. Av EG-domstolens praxis framgår att bestämmelser om undantag ska tolkas restriktivt och att det är den som åberopar undantaget som ska visa

omständigheter som gör undantaget tillämpligt. Lagen om offentlig upphandling i sin nuvarande form trädde i kraft 2008-01-01. Som ovan framgått innehåller myndighetens upphandlingar av asylboendetjänster som skall upphandlas offentligt enligt LOU. Det innebär att myndigheten i över 3 år har brutit mot reglerna i nuvarande LOU. Det innebär också att myndigheten – före upphandlingen från Nordsjögården – har haft över 3 år på sig att upprätta rutiner som är förenliga med de krav LOU uppställer. Myndigheten har alltså haft all rimlig tid i världen att införliva reglerna i LOU i sin verksamhet, men ändå underlåtit att göra det. Den brådska som förelåg vid upphandlingen av Nordsjögården var helt och hållet ett resultat av myndighetens egen bristande planering. Det ovan åberopade protokollet innebär ett faktiskt erkännande av detta. I protokollet från den 25 maj vitsordar ansvarig chef att tjänsterna enligt avtalet ska upphandlas enligt 15 kap LOU och att myndigheten avser att teckna ramavtal med ett antal leverantörer inom olika geografiska områden. Det innebär ett vitsordande av vad bolaget hela tiden hävdat, att tjänsterna avseende kost och logi ska upphandlas enligt LOU och att detta lämpligen ska ske genom ramavtal. Genom att i förväg teckna ramavtal med ett stort antal lämpliga leverantörer så kan myndigheten skapa en flexibel lösning för sina asylboenden inom ramen för LOU:s regler. Motsatsvis så innebär konstaterandet ett vitsordande av att myndighetens dittillsvarande rutiner inte uppfyllt de krav som LOU ställer på planering och förutseende. Det skulle myndigheten ha tänkt på tidigare. Om myndigheten hade haft sådana rutiner hade det inte uppstått någon brådska vid upphandlingen från Nordsjögården i år.

Myndighetens användning av direktupphandling är ingen undantagslösning, som myndigheten försöker göra sken av, utan en del av den ordinarie rutinmässiga hanteringen av asylmottagningen och har så varit under många år. Bolaget har dokumentation på ett 20-tal avtal som upphandlats enbart under den senaste 12 månaders perioden och som innefattar kost och logi i likhet med detta avtal. Myndigheten har exempelvis anlitat

Nordsjögårdens tjänster tidigare under 2011. Det finns ett avtal från november 2010, med identiskt innehåll, som löpte ut den 31 januari i år. När så myndigheten ett par månader senare åter upphandlar det nu aktuella avtalet avseende kost och logi av Nordsjögården så föreligger fortfarande synnerliga skäl enligt myndighetens uppfattning. Även i det överklagade målet till kammarrätten åberopar myndigheten synnerliga skäl. Det är naturligtvis helt oacceptabelt att på detta sätt systematiskt hävda undantag från LOU. Som ovan nämnts så är direktupphandling tänkt som en undantagslösning, vilket är naturligt eftersom det förfarandet i praktiken innebär att konkurrens inte uppkommer. Exemplet med Nordsjögården är bara ett bland flera fall där myndigheten år efter år favoriserar en viss leverantör genom att inte vid något tillfälle låta tjänsterna konkurrensutsättas på den öppna marknaden. En gång kan möjligen vara ett undantag, men inte 20 gånger under ett år. Myndigheten ska rimligen inte systematiskt kunna hävda synnerliga skäl månad efter månad, år efter år, för samtliga sina upphandlingar avseende kost och logi. Brådskan kan inte skyllas på något annat än myndighetens egen bristande planering av sin verksamhet. Myndigheten har under årens lopp direktupphandlat ett mycket stort antal avtal om kost och logi samt rena måltidavtal. Såvitt bolaget känner till har något sådant avtal aldrig upphandlats offentligt.

Myndigheten

Myndighetens avtal med Nordsjögården är tidsbegränsat och omfattar såväl boende som mat till asylsökande. Avtalet är direktupphandlat med stöd av 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU. Vid ett sådant förfarande är bestämmelserna om annonsering i 15 kap. 4 § LOU inte tillämpliga. Myndigheten kan därmed inte anses ha brutit mot denna bestämmelse eller mot någon annan bestämmelse som anges i 16 kap. 15 § första stycket 1 LOU. Det saknas därmed grund för förvaltningsrätten att besluta att avtalet mellan myndigheten och Nordsjögården är ogiltigt. För det fall förvaltningsrätten anser att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, finns det

ändock tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att rätten enligt 16 kap. 16 § LOU ska besluta att avtalet får bestå.

Av 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU framgår att direktupphandling får 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 detta följer att en upphandlande myndighet får använda direktupphandling om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlade myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid förenklat förfarande eller urvals-förfarande. För att kunna bereda asylsökande boende i enlighet med myndighetens uppdrag, förhyr myndigheten ett stort antal bostadslägenheter över i princip hela Sverige. Dessa hyresavtal löper i de flesta fall tills vidare och täcker i allt väsentligt myndighetens behov av boendeplatser. De asylsökande som bor i dessa bostadslägenheter erhåller normalt dagarsättning och såväl inhandlar som tillagar sin mat själva. Upphandlingsregelverket är således inte tillämpligt i denna situation. Det pågår löpande in- och utflyttningar i myndighetens lägenhetsbestånd och under normala förhållanden finns det ett antal tomma lägenheter som kan tas i anspråk för nyanlända asylsökande som är i behov av ett boende. Det finns emellertid ekonomiska begränsningar för hur stort detta utrymme kan tillåtas vara. Därtill kommer att det endast finns ett begränsat utbud av bostadslägenheter på marknaden. Även om det kan ställas höga krav på myndighetens planering och organisation, inträffar det omständigheter i omvärlden som varken myndigheten eller någon annan kan förutse. Att antalet asylsökande – och därmed även behovet av boendeplatser – varierar över tid är självfallet inget nytt för myndigheten. Dessa variationer kan i normalfallet också pareras inom ramen för det ovan nämnda ordinarie boendet, som kontinuerligt utökas respektive minskas. I likhet med antalet asylsökande varierar emellertid även tillgången på bostadslägenheter över tiden.

För att bättre kunna tillgodose behovet av boendeplatser har myndigheten i början av 2011 vidtagit åtgärder för att utöka antalet ordinarie boendeplatser i mottagningssystemet. Under våren beslutade myndigheten att utöka kapaciteten i det ordinarie boendet med ca fem procent (800 platser). Trots denna åtgärd har det visat sig att antalet boendeplatser inte räcker till. Anledningen är framför allt att det tar lång tid att få tillgång till lägenheterna samtidigt som utflyttningen från lägenheterna inte sker som planerat. Den 1 december 2010 trädde lagen (2010: 197) om etableringsinsatser för vissa nyanlända invandrare i kraft. Denna lag innebär att Arbetsförmedlingen har tagit över ansvaret för bosättningsprocessen för de personer som omfattas av lagen. Personer som beviljas uppehållstillstånd placeras numera ut av Arbetsförmedlingen och ska då flytta ut från myndighetens boende. Under 2011 har Arbetsförmedlingen haft svårt att hinna med att placera ut de personer som omfattas av lagen. Detta får till följd att dessa personer bor kvar i myndighetens boende, vilket i sin tur innebär att myndigheten inte kan använda boendet till nyanlända asylsökande.

Under de senaste ca tio åren har andelen asylsökande som behöver boende genom myndighetens försorg uppgått till ca 45 procent. Övriga asylsökande har själva ordnat med boende hos släktingar och vänner. Under 2011 har andelen asylsökande som behöver boende genom myndighetens försorg ökat till över 55 procent, vilket har varit omöjligt för myndigheten att förutspå. En sådan tioprocentig ökning innebär på årsbasis ett ökat behov med ca 3000 boendeplatser. På grund av ovanstående har myndighetens ordinarie boendeplatser sålunda inte förmått täcka behovet under 2011. Utöver ovan nämnda utökning av antalet ordinarie boendeplatser har myndigheten även påbörjat en ramavtalsupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Syftet med denna upphandling är att snabbt kunna tillhandahålla boendeplatser till asylsökande i situationer då de ordinarie boendeplatserna av olika anledningar inte räcker till. Denna upphandling är emellertid ännu inte avslutad. Innan så är fallet är det absolut nödvändigt

för myndigheten – för att kunna fullgöra sin lagstadgade skyldighet att tillhandahålla boende till nyanlända asylsökande – att direktupphandla tillfälligt boende för det fall de ordinarie boendeplatserna inte räcker till. Med hänsyn till den oförutsedda situation som uppstått under 2011 och den synnerliga brådskan med att kunna erbjuda boende och måltider åt nyanlända asylsökande, har myndigheten sålunda av tidsskäl inte haft någon möjlighet att invänta att ovan nämnda upphandling avslutas. Det finns även ett tydligt orsakssamband mellan den oförutsedda situationen och den synnerliga brådska som uppstått. Myndigheten har således haft rätt att direktupphandla såväl boendet som måltiderna och myndigheten har inte genomfört en otillåten direktupphandling, utan en tillåten sådan.

Enligt 16 kap. 16 § LOU ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Som framgår ovan har myndighetens ordinarie boendeplatser inte förmått täcka behovet under 2011. Myndigheten har därför nödgats använda boendeplatser på bl.a. hotell, vandrarhem och campingplatser. Situationen är alltså ansträngd. En ogiltighetsförklaring av avtalet mellan myndigheten och Nordsjögården skulle få oproportionerliga följder. Med beaktande av att ovan nämnda upphandling ännu inte är avslutad, skulle myndigheten få mycket svårt att inom rimlig tid hitta annat boende för de asylsökande som nu bor där. Oavsett hur myndigheten skulle lösa en sådan situation, riskerar de asylsökande att utsättas för stora påfrestningar vid ett uppbrott från boendet. Mot den bakgrunden finns det tvingande hänsyn till ett allmänintresse, varför avtalet ska få bestå.

Bolaget genmäler

Myndigheten har inte förmått visa att synnerliga skäl förelegat. Myndigheten har anfört olika omständigheter till stöd för sitt påstående om synnerliga skäl, som alla berör myndighetens så kallade ordinarie anläggningsboenden. Bolaget bestrider att dessa omständigheter kan utgöra synnerliga

skäl enligt 15 kap 3 § 2 LOU enligt följande. Bolaget har tagit del av myndighetens egna prognoser över behoven av anslag till asylboende mm. Enligt sitt direktiv är myndigheten skyldigt att inge en verksamhets- och kostnadsprognos till regeringen vid fem tillfällen under året. I en rapport till regeringen från 28 oktober 2010 kan man under rubriken "Analys och prognos över anslagsbehovet 2010-2014, anslag 1:2" läsa följande av intresse för detta och övriga överprövningsmål:

Antalet nya asylsökande ökar och prognosen över antalet boendedygn från 2011 och framåt ökar i förhållande till föregående prognos. (...) Fler boendedygn påverkar både ersättningar och bostadskostnader direkt. Det är dock inte den enda orsaken till att kostnaderna på anslaget ökar. En utveckling som fortsatt det senare året är att andelen asylsökande som behöver en plats på ett av myndighetens anläggningar ökar. En plats på ett anläggningsboende kostar mer än motsvarande eget boende, när andelen ökar så blir genomsnittskostnaden per boendedygn högre. En annan konsekvens är att det blir svårare att behålla en tillräcklig flexibilitet när antalet inskrivna varierar. De fasta kostnaderna är högre och det tar tid att utöka eller avveckla antalet platser. Volymerna är ojämna och myndigheten behöver ha fler anläggningsplatser i beredskap än tidigare. Den hastiga och oväntade ökningen av antalet asylsökande som setts under våren och nu återigen under hösten har inneburit ökade kostnader. Ordinarie platser har inte räckt till utan måste kompletteras med tillfälliga och dyrare platser.

Med anledning av prognosen skrev myndigheten upp behovet av anslag för asylboende för 2011 med 515 miljoner kr jämfört med tidigare prognos. Dessutom skrevs prognosen för antalet inskrivna i mottagningssystemet upp med 6 400 personer för 2011. Det är tydligt att behovet av ABT-boenden utgör en del av underlaget för myndighetens prognostiserade höjning av anslagen avseende kostnaderna för asylboende för 2011. Prognosen är från slutet av oktober 2010. Myndigheten kan mot denna bakgrund nu inte hävda att upphandlingarna av ABT-boenden under 2011, varav detta mål är en del, inte kunde förutses. Det är inte rimligt att påstå att det fortsatta behovet av dessa boenden under 2011 skulle ha kommit som en överraskning för myndigheten. Det framgår vidare att myndigheten kalkylerar med att andelen asylsökande som behöver bostad genom myndighetens försorg kommer att fortsätta öka. Uppgiften i myndighetens yttrande

att denna ökning inte har gått att förutse framstår mot denna bakgrund som märklig, för att inte säga direkt felaktig. En annan intressant iakttagelse är att myndigheten konstaterar att variationer i antalet inskrivna skapar problem med flexibiliteten i anläggningsboendena. Detta är enligt bolagets mening bara ytterligare ett skäl som talar för ett ökat behov av ABT-boenden för 2011. Bolaget har hela tiden hävdad att myndigheten använder ABT-boenden systematiskt för att kompensera för den brist på flexibilitet som finns i de så kallade ordinarie anläggningsboendena.

Bolaget bestrider vidare att uppgiften om att myndigheten ökat på sitt ordinarie boende med 800 platser i början av 2011 skulle ha någon självständig betydelse för frågan om synnerliga skäl. Uppenbarligen räckte platserna inte till för de prognostiserade behoven, vilket enligt bolagets mening snarare visar att myndigheten inte kan planera sin asylmottagning än något annat. Vad myndigheten anfört om begränsningar som har med ekonomi och svårigheter att hitta hyresvärdar för sina anläggningsboenden kan inte heller utgöra grund för synnerliga skäl. Myndigheten får ju slutligen medel av statsverket för sina kostnader för asylboenden hursomhelst, och det blir ju inte billigare för myndigheten att istället direktupphandla ABT-boenden. Som myndigheten själv konstaterar är ju detta en mer kostsam lösning än de ordinarie anläggningsboendena, och det faktum att det är svårt att hitta hyresvärdar, exempelvis kommunala bostadsbolag, som är villiga att hyra ut till myndighetens asylboenden, utgör enligt bolagets mening bara ytterligare ett skäl som talar för ett det föreligger ett fortsatt behov av tillfälliga ABT-boenden.

Bolaget hävdar således att det förelåg en medvetenhet, eller i vart fall att det rimligen borde ha förelegat en medvetenhet hos myndigheten redan i oktober 2010, om att det fanns ett fortsatt behov av ABT-boenden för asylsökande under 2011. Myndigheten kan därför inte med trovärdighet hävda att behoven av de nu upphandlade och överprövade ABT-boendena inte

har gått att förutse. När det gäller arbetsförmedlingens betydelse i frågan får bolaget ånyo återvända till den ovan citerade rapporten till regeringen från oktober 2010. Under rubriken "Ny etableringsreform för bosättning och introduktion" går bland annat följande att utläsa:

Den nya etableringsreformen med Arbetsförmedlingen som ny aktör i arbetet med bosättning och introduktion träder i kraft i december. När en sådan genomgripande förändring genomförs uppstår en osäkerhet i vilka konsekvenser den kommer att ge, bland annat på utflyttningsstakten till kommunerna och på kommunernas vilja att teckna överenskommelser.

Konstaterandet i rapporten att konsekvenserna av en reform är osäker är enligt bolaget mycket rimligt. Det väsentliga i sammanhanget är dock att myndigheten uppenbarligen hade en medvetenhet om denna osäkerhet redan i oktober 2010. Myndighetens påståendet att det inte varit möjligt att förutse att Arbetsförmedlingen skulle kunna få problem med sina åtaganden enligt den nya lagen framstår därför som orimligt, för att inte säga märkligt. Arbetsförmedlingens ansvar enligt lagen för nyanlända inskränker sig i princip till asylsökande som beviljas permanent uppehållstillstånd och som är mellan 20 och 65 år. Det innebär att myndigheten fortsätter ansvara för asylsökande som saknar uppehållstillstånd och för ensamkommande barn och andra som faller utanför åldersgränserna samt även för asylsökande som p.g.a. sjukdom och liknande är förhindrade att delta i etableringsinsatser. Att myndigheten kommer att ha ett betydande primärt ansvar för asylmottagning även fortsättningsvis är uppenbart. Det anser uppenbarligen myndigheten också eftersom man nu inlett ett förfarande som syftar till att teckna ramavtal för upphandling av ABT-boenden under 2012.

Myndigheten uppehåller sig genomgående till diverse svårigheter som avser deras så kallade ordinarie anläggningsboenden (ABO enligt myndighetens interna terminologi). Myndigheten talar mycket lite om deras användning av så kallade tillfälliga boenden (ABT enligt myndighetens interna terminologi). ABT-boendena innefattar regelmässigt tjänster avseende kost

och logi som rätteligen skulle ha upphandlats enligt LOU. Det finns en anledning till att ABT-avtalet regelmässigt innefattar såväl kost som logi; myndigheten är nämligen enligt lag skyldigt att tillhandahålla såväl måltider som logi om den asylsökande så önskar. Om detta vill myndigheten inte tala. Däremot är myndigheten i sina yttranden mycket angeläget om att påpeka att deras ABO-boenden är rena hyresavtal som omfattas av hyresundantaget i LOU. I sin argumentation försöker myndigheten rikta uppmärksamheten mot sina ABO-boenden, som beskrivs som "ordinarie". Myndigheten försöker därigenom ge sken av att användandet av ABT-boenden är av undantagskaraktär. Bolaget bestrider att så är fallet. Bolaget hävdar att användandet av ABT-boenden är ett återkommande inslag i myndighetens hantering av sin asylmottagning och har så varit under lång tid. Det beror helt enkelt på att denna boendeform behövs för att kompensera för den brist på flexibilitet som finns i ABO-boendena. Det konstaterar för övrigt myndigheten själv i sina rapporter till regeringen. Att det finns svårigheter att från år till annat ha rätt storlek på sitt fasta lägenhetsbestånd är inget konstigt. Inte heller att det är dyrt för myndigheten att stå med tomma och outnyttjade lägenheter. Det är också lätt att förstå att kommunala bostadsbolag inte alltid är så villiga att hyra ut lägenheter för asylboende. Just därför finns ett återkommande behov av ABT-boenden. Att ABO-boendena är fler än ABT-boendena saknar betydelse eftersom frågan om vad som är ordinarie eller inte, handlar om varaktighet och frekvens över tid och inte om mängd och massa. Bolaget hävdar att ABT-boendena i detta perspektiv är precis lika "ordinarie" i myndighetens hantering av sin asylmottagning som andra boendeformer. Bolaget bestrider myndighetens beskrivningar av ABO som mer "ordinarie" än ABT. Det är upp till myndigheten att visa att ABT-boenden inte förekommit under tidigare år. Enligt LOU ska varje förlängning/förnyelse av ett avtal betraktas som att ett nytt avtal ingåtts. Även förlängningen/förnyelsen skulle ha upphandlats offentligt enligt bolagets mening. Att så inte skett tyder på att myndigheten ansett att det på nytt förelegat synnerliga skäl. Enligt myndighetens reso-

nemang skulle det alltså först ha förelegat synnerliga ska i april 2011 när detta avtal upphandlades. När så myndigheten drygt 4 månader senare upphandlar samma boende igen så föreligger enligt myndigheten fortfarande synnerliga skäl. Till detta ska läggas att myndigheten första gången direktupphandlade samma boende i november 2010. Det avtalet löpte ut den 31 januari 2011. Det är inte rimligt att myndigheten ska kunna hävda synnerliga skäl gång efter annan på detta sätt. Det kan ju inte ha kommit som en total överraskning för myndigheten att boendet eventuellt behövde förlängas eller tas i anspråk på nytt. Man måste ställa högre krav på en statlig myndighets förmåga att planera sin verksamhet. Bolaget bestrider självfallet att synnerliga skäl skulle ha förelegat för något av avtalen och det senast upphandlade avtalet i synnerhet.

Myndighetens försummelse gentemot LOU är egentligen värre än en ren planeringsmiss. Det handlar ytterst om att myndigheten har ansett sig vara befriad från upphandlingsregelverket i LOU. Myndighetens stora misstag är enligt bolaget att myndigheten svävat i okunnighet om att deras ABT-boenden skall upphandlas offentligt enligt LOU. Myndigheten har under åren i vart fall ansett sig ha rätt att göra sådana direktupphandlingar utan iakttagande av LOU genom att åberopa det s k hyresundantaget i 1 kap 6 § LOU. Parallellt med detta har myndigheten åberopat en bestämmelse i sekretesslagen och hävdat att myndighetens upphandlingar av boenden utgör affärshemligheter och på så vis hemlighållit väsentliga uppgifter såsom priser och anbud. Det har inte varit möjligt för intresserade leverantörer att granska myndighetens upphandlade boenden avseende kost och logi förrän 2010, då bolaget överklagade ett sekretessbeslut till kammarrätten i Jönköping. Kammarrätten underkände helt myndighetens resonemang och upphävde sekretessbeslutet. I och med detta blev det möjligt att se vad myndigheten sysslade med bakom sekretessen. Av en ren tillfällighet fick bolaget ut ett dokument som visade att myndighetens upphandlade boenden inte alls var renodlade hyresavtal som myndigheten påstått, utan i själva

verket innehöll kringtjänster av betydande värde, varav måltidsavtalen var de mest omfattande. Allt detta tycks ha skett bakom en mur av självpåtagen sekretess. Myndigheten har nu tvingats inse att deras boenden avseende kost och logi ska upphandlas offentligt enligt LOU och försöker nu rädda det som räddas kan genom att systematiskt åberopa synnerliga skäl för samtliga dessa direktupphandlade avtal. Detta är dock inget annat än en efterhandskonstruktion. Det är tydligt att myndighetens yttrande genomtyngs av ett hopplock av i efterhand påkomna omständigheter, vars främsta syfte är att försvara gamla felaktiga upphandlingsrutiner.

Det är bra att myndigheten nu har inlett en offentlig upphandling i syfte att teckna ramavtal för sina ABT-boenden. Men detta är för sent påtänkt. Detta skulle myndigheten ha gjort redan när LOU trädde i kraft. Att myndigheten nu har insett att deras ABT-boenden är upphandlingspliktiga enligt LOU kan inte förstås på annat sätt än att myndighetens tidigare upphandlingsrutiner har varit felaktiga. Enbart de direktupphandlade avtalen för det senaste året har enligt bolagets beräkningar ett värde på ca 60 miljoner kronor. Då har ändå inte separat upphandlade måltidsavtal och andra kringtjänster medtagits. Det är stora belopp som på detta sätt undandragits från att konkurrensutsättas på den öppna marknaden. Uppdragen har istället gått till vissa återkommande särskilt utvalda leverantörer som härigenom gynnats på ett otillbörligt sätt. Otillåten direktupphandling anses som den allvarligaste överträdelsen av gemensamhetsrätten och det är ganska naturligt eftersom någon konkurrens inte kan förekomma då.

Myndigheten har i andra hand yrkat att avtalet ska bestå enligt 16 kap 16 § LOU. Bolaget utgår från att det är 16 kap 14 § LOU som avses. Som redan påpekats innefattar målet två separata avtal. Det första avtalet upphörde enligt sin lydelse att gälla den 31 augusti 2011. Detta avtal kan omöjligt omfattas av bestämmelsen. Bolaget bestrider att detta avtal ska bestå och yrkar att detta ska ogiltigförklaras enligt ansökan.

Enligt Konkurrensverket godtar EU-domstolen i princip aldrig de skäl som en myndighet anför som synnerliga skäl. Det är den upphandlade myndigheten som har bevisbördan för tillämpligheten av åberopad undantagsbestämmelse. I detta mål har bolaget visat att godtagbara skäl inte föreligger. I vart fall har myndigheten, mot bolagets bestridande, inte förmått visa att synnerliga skäl förelegat.

Myndigheten genomför för närvarande en förenklad upphandling av ABT-boenden i enlighet med LOU:s regler. Av myndighetens beskrivning på hemsidan framgår bland annat: "Vid stora strömmar av asylsökande kan behovet av boende under handläggning av asylprocessen överstiga det antal lägenhetsplatser som myndigheten har att tillgå. Myndigheten upphandlar därför så kallat ABT-boende." Sista dag för anbud var 2011-12-09, vilket innebär att ett beslut om tecknande av ramavtal med lämpliga leverantörer torde vara relativt nära förestående. Bolaget motsätter sig att otillåtet direktupphandlade avtal ska få bestå efter denna tidpunkt. När den pågående upphandlingen är avslutad och ramavtal föreligger ska enligt bolagets mening otillåtet direktupphandlade boenden omgående avvecklas och ersättas med boenden som upphandlats i enlighet med LOU. Om myndigheten skött den pågående upphandlingen av ABT-boenden på ett uppriktigt och allvarligt menat sätt så ska det efter denna upphandlings avslutande inte finnas något fortsatt behov av de otillåtet direktupphandlade boendena och därmed inte heller något behov av att låta några sådana avtal bestå. Att låta otillåtet direktupphandlade avtal bestå på obestämd tid efter denna tidpunkt vore detsamma som att sanktionera att myndigheten får fortsätta att bryta mot LOU:s regler. Bolaget vill fästa rättens uppmärksamhet på att myndigheten parallellt med upphandlingen av ramavtal enligt LOU fortsätter att direktupphandla ABT-boenden i betydande omfattning. Bolaget har dokumentation över flera sådana boenden och leverantörer. Vissa av dessa direktupphandlade nya ABT-avtal sträcker sig in i mars månad 2012.

Myndigheten genmäler

Det är riktigt att det inför ikraftträdandet av lagen (2010:197) om etableringsinsatser (etableringsreformen) fanns en osäkerhet hos myndigheten om vilka konsekvenser reformen skulle medföra. Det var dock inte möjligt för myndigheten att kunna förutse omfattningen av de mycket stora problemen som uppstod efter införandet av reformen. Som redogjorts för i tidigare yttrande är grundtanken med reformen att utlänningar som fått uppehållstillstånd ska lotsas från myndighetens anläggningsboende direkt till en kommun där det finns möjlighet att få arbete. Efter införandet av reformen har det på grund av Arbetsförmedlingens svårigheter emellertid uppstått en "propp" i systemet vilket medför att personer med uppehållstillstånd bor kvar i myndighetens boende. Detta innebär i sin tur att det uppstått ett underskott av boendeplatser i en sådan omfattning som myndigheten omöjligt kunnat förutse. Vad gäller prognostiserat behov av platser kan till att börja med konstateras att sådana prognoser är mycket svåra att göra. Det är dock inte riktigt att myndigheten inte beaktat vad myndigheten anför i rapport till regeringen om ökat behov av boendeplatser. Utöver det tillskott om 800 platser i det ordinarie boendet som beslutades om under våren 2011 för att tillgodose ett ökat behov, och som redovisas i tidigare yttrande, beaktade myndigheten en förväntad ökning av behovet av antalet platser för 2011 genom att under december 2010 - januari 2011 besluta om en ytterligare ökning med 600 platser i det ordinarie boendet. På grund av de omständigheter som redovisats tidigare har ökningen av behovet av antalet boendeplatser under 2011 varit av en sådan omfattning som inte varit möjligt för myndigheten att förutse. För att på ett effektivt sätt kunna möta ett ökat behov av boendeplatser påbörjade myndigheten under 2011 en ramavtalsupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Upphandlingen är ännu inte avslutad. Med beaktande av den oförutsedda situation som uppstått under 2011 och den synnerliga brådskan med att kunna erbjuda måltider och boende åt nyanlända asylsökande, har det varit absolut nödvändigt för myndigheten att direktupphandla tillfälligt boende såväl som

måltider. Myndigheten har således inte genomfört otillåtna direktupphandlingar, utan tillåtna sådana.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext m.m.

LOU har ändrats genom SFS 2011:1030. Enligt övergångsbestämmelserna ska dock äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet den 1 november 2011.

I 1 kap. 2 § andra stycket LOU anges bl.a. att 15 kap. LOU endast tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser s.k. B-tjänster. De upphandlingsförfaranden som regleras i 15 kap. LOU är förenklat förfarande och urvalsförfarande.

Av 15 kap. 3 § första stycket LOU framgår att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. I 15 kap. 3 § andra stycket LOU anges, såvitt aktuellt i målet att direktupphandling får 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. Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 23 § LOU en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Av 15 kap. 4 § LOU följer att den upphandlande myndigheten vid tillämpning av ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande måste iaktta en rad förfarandekrav avseende annonsering.

I 16 kap. 15 § 1 LOU sägs, såvitt aktuellt i målet, 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 15 kap. 4 §.

Enligt 16 kap. 16 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda.

I förarbetena till bestämmelserna i 15 kap. 3 § andra stycket LOU (prop. 2009/10:180 s. 344 f.) anförs bl.a. följande. Uttrycket synnerliga skäl överlappar naturligtvis vad som anges om synnerlig brådska i de ovan relaterade bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket synnerliga skäl ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Detta klargjordes i samband med att motsvarande bestämmelse i 6 kap. 2 § andra

stycket ÅLOU ändrades på så sätt att uttrycket ”synnerliga skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten” ersattes av enbart ”synnerliga skäl”. I propositionen (prop. 2001/02:142, s. 99) angavs följande beträffande den ändrade bestämmelsen. ”Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. --- Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling.”

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det är mellan parterna ostridigt att ifrågavarande avtal ingåtts utan föregående annonsering enligt LOU 15 kap. 4 §. Vidare framgår av utredningen i målet att det aktuella avtalet, efter den senaste förlängningen, var gällande fram till den 31 januari 2012.

Bolaget har i målet anfört att myndigheten upphandlat nu aktuella tjänster i strid mot gällande bestämmelser i LOU och yrkar att förvaltningsrätten ogiltighetsförklarar avtalet och dess förlängningar. Myndigheten har som grund för sin inställning anfört att avtalet ingåtts med stöd av 15 kap. 3 § andra stycket LOU genom att det förelegat synnerliga skäl i form av synnerlig brådska. För det fall rätten skulle förklara avtalet ogiltigt har myndigheten som alternativt yrkande framställt att avtalet ändå ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Synnerliga skäl

Av 15 kap. 3 § andra stycket punkten 2 framgår bl.a. att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning om det finns synnerliga skäl. Ett sådant skäl kan vara att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Av förarbetena till bestämmel-

sen framgår att det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling. Myndigheten har som stöd för att det förelegat synnerlig brådska – utanför myndighetens kontroll – anfört att antalet asylsökande som behöver boende genom myndighetens försorg ökat på ett sätt som varit omöjligt för myndigheten att förutspå.

Att tillhandahålla boende och mat till asylsökande utgör en av myndighetens normala uppgifter. För att åstadkomma detta krävs att verksamheten planeras på ett sådant sätt att man tar rimliga hänsyn till omständigheter som ligger utanför såväl myndighetens som nationens händelsehorisont. Av aktuella förarbeten framgår att brådska som beror på egen bristande planering inte grundar rätt till direktupphandling. Av intresse i målet är att myndigheten i ett tidigare mål där omständigheterna var likartade, se Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari i mål nr 2972-11, anfört synnerlig brådska under 2010 som skäl för upphandling utan föregående annonsering. Det framstår för förvaltningsrätten som orimligt att det på detta område år efter år inträffar oförutsedda händelser som myndigheten inte kan planera för. Den brådska som uppstått får därför anses ha uppkommit genom myndighetens egen bristande planering. Enligt förvaltningsrättens bedömning har inte myndigheten i målet kunnat påvisa de synnerliga skäl som grundar rätt till direktupphandling. Det i målet aktuella avtalet samt dess förlängningar får därför anses utgöra en otillåten direktupphandling.

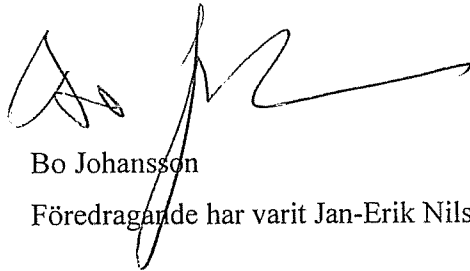
Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Enligt bestämmelsen i 16 kap. 16 § LOU ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 15 § är uppfyllda. Att tillhandahålla asylsökande kost och logi får enligt förvaltningsrättens mening utgöra ett allmänintresse av vikt då de asylsökandes möjligheter att på egen hand tillgodose

dessa behov får anses begränsade. Emellertid har avtalet, med dess senaste förlängning, enligt uppgift från myndigheten upphört att gälla den 31 januari 2012. Det föreligger därför inte några tvingande hänsyn som föranleder att avtalet trots ogiltighet ska bestå.

Mot bakgrund av det ovan anförda ska avtalet om boende m.m. för asylsökande mellan Migrationsverket och Nordsjögården AB för perioden 2011-04-20--2011-08-31 samt avtalets samtliga förlängningar förklaras ogiltigt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D LOU)



Bo Johansson

Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU