



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-07-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3266-15

SÖKANDE

Attendo Individ och familj AB, 556477-8958

Ombud:

Advokaterna Ola Axelsson och Sven Vaxenbäck samt biträdande juristen

Carl Lundholm

Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB

Box 1711

111 87 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163

Verksamhetsområde Rättslig styrning

Rättsenheten

601 70 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Attendo Individ och familj AB:s ansökan om överprövning i de delar där avtal har slutits för Område 1 Syd mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 15 maj 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 214643

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 en direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, Område 1 Syd dnr 3.2.2-2015-1874 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 34 leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Migrationsverket har för Område 1 Syd slutit 14 avtal, se bilaga 1.

Enligt upphandlingsprotokoll till tilldelningsbeslutet uppfyller Attendo Individ och familj AB:s (Bolaget) anbud avseende anläggningen Häggen inte kravet enligt punkt 3.5 då underleverantören inte uppfyller krav på ekonomisk ställning.

Bolaget har den 15 maj 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att den i första hand ska rättas och, i andra hand, att den ska göras om.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten har den 15 maj 2015 meddelat ett interimistiskt förordnande i målet.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Uteslutningen av Bolagets anbud

Bolaget har angett en privatperson som underleverantör. Bolaget har inte lämnat in en borgensförpliktelse och har därför uteslutits ur upphandlingen. Uteslutningen av Bolagets anbud strider dock mot LOU på flera sätt. Den

privatperson som Bolaget anlitat uppfyller kravet på ekonomisk ställning. Av kreditupplysning framgår att privatpersonen saknar betalningsanmärkningar och är ägare till två fastigheter. Verket begärde en kreditupplysning på underleverantören i mars 2015.

Kravet i 3.5 strider mot bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU då verket, genom att kräva borgensförbindelse för privatpersoner, gått långt utöver vad bestämmelsen tillåter.

Kravet i 3.5 står även i strid med proportionalitetsprincipen. Syftet med kravet torde vara att säkerställa att leverantören fullgör underleverantörens förpliktelser. Anlitandet av underleverantör fritar inte Bolaget från ansvar eftersom avtalet ingås mellan Bolaget och verket, varför kravet inte fyller något meningsfullt syfte. Verket kan kräva att Bolaget fullgör förpliktelserna oavsett om det finns en borgensförpliktelse eller inte, varför kravet inte heller är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den utestängande effekt som kravet har fått är oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Att Bolaget haft möjlighet att uppfylla kravet innebär inte att det är tillåtet. Det är oskäligt betungande att Bolaget ska tvingas ingå en avtalsrättslig relation med en tredje part för att inte uteslutas ur upphandlingen.

Vidare strider kravet i 3.5 mot bestämmelsen i 1 kap. 10 § LOU då det är nyttjandet av en privatperson som har lett till uteslutningen. I punkt 3.3 förbjuds även privatpersoner uttryckligen att lämna anbud, vilket strider mot LOU. Det är bara kravet i 3.5, och inte kravet i 3.3, som rör underleverantörer. Kravet i 3.5 är således inte en påminnelse eller förtydligande om kravet i 3.3. Verket hade kunnat utforma kravet på ekonomisk ställning på ett sätt som hade gjort det möjligt att kontrollera uppfyllnaden på ett lika-behandlande sätt.

Punkt 10.5 i förfrågningsunderlaget

Punkt 10.5 i förfrågningsunderlaget innebär att verket under avtalstiden kommer att fastställa en ny rangordning av leverantörerna var sjätte månad. Av ett kammarrättsavgörande följer att ett sådant förfarande är att likställa med att ingå ett nytt ramavtal. Verket gör sig därmed skyldig till otillåten direktupphandling i strid med LOU. De grundläggande principerna ska tillämpas även vid direktupphandling. Bestämmelsen i punkt 10.5 är inte förenlig med transparensprincipen, eftersom leverantörer saknar möjlighet att förutse de långsiktiga följderna av att bli tilldelad kontrakt i upphandlingen.

Migrationsverket

Uteslutningen av Bolagets anbud

Åberopandet av 6 kap. 11 § LOU är irrelevant. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav på underleverantörerna som avviker från de som ställs på anbudsgivaren. Det har inte heller gjorts.

Av praxis från EU-domstolen framgår att upphandlande myndighet får kontrollera underleverantörers ekonomiska kapacitet vid undersökningen av anbuden. Det är riktigt att verkets presumtiva avtalspart är Bolaget och att verket har rätt att häva avtalet och har rätt till skadestånd under vissa förutsättningar. Verket vill emellertid inte att den situationen ska uppkomma och ställer därför bl.a. krav på att leverantören visar sina underleverantörers ekonomiska ställning. Det har inte anförts att underleverantören inte har kunnat få en borgensförbindelse, varför kravet inte har någon utestängande effekt gentemot Bolaget. Kravet på att visa underleverantörs kreditvärdighet är rimligt, tydligt kopplat till föremålet för upphandlingen

samt inte alltför betungande. Kravet strider inte mot proportionalitetsprincipen.

Gällande vad Bolaget anfört om 1 kap. 10 § LOU konstateras att Bolaget inte har uteslutits p.g.a. krav på att leverantören ska vara en fysisk eller juridisk person. Dessutom har kravet på borgensförbindelse varken ställts enbart på enskilda näringsidkare eller enbart på underleverantörer. Det framgår av svar på publika frågor att enskilda näringsidkare kan lämna anbud under förutsättning att kraven i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Vidare har likabehandlingsprincipen följts. Alla leverantörer ska visa sin och eventuella underleverantörers ekonomiska ställning. Kravet kan dock inte uppfyllas på samma sätt av alla. Fysiska personer kan inte uppfylla kravet på rating, eftersom en kreditupplysning inte innehåller sådan information. För att fysiska personer ska kunna vara underleverantörer ges en annan möjlighet att uppfylla kravet på ekonomisk ställning, nämligen att en borgensförbindelse ges in. Stycket i punkt 3.5 gällande upplysningen om punkt 3.3 är inget självständigt krav utan en påminnelse eller förtydligande.

Punkt 10.5 i förfrågningsunderlaget

Något ramavtal har inte tecknats i upphandling. Upphandlingsformen har varit direktupphandling. Den nya rangordningen var sju månader kan möjligen jämföras med en ny direktupphandling, men en tillåten sådan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget

Av punkt 2.1 "Upphandlingsform" framgår att upphandlingen genomförs som en direktupphandling enligt 15 kap. LOU.

Av punkten 3.3 "Ekonomisk ställning" framgår 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 CreditSafe 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. [---] OBSERVERA att eventuellt borgensåtagande ska bifogas anbudet. [---]

Av punkt 3.5 "Underleverantör" 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 mm. [---] Migrationsverket kommer att kontrollera att punkt 3.1, 3.2 och 3.3. i förfrågningsunderlaget uppfylls av underleverantören. [---] Observera att för det fall att underleverantören är privatperson eller av annan anledning inte kan erhålla rating, måste borgensförbindelse enligt punkt 3.3 bifogas.

Under punkt 10.5 "Avtalsförutsättningar" anges vad som gäller angående rangordning vid ett eventuellt kommande avtalstecknande.

Vissa tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Av 1 kap. 10 § första stycket LOU framgår följande. En anbudssökande eller anbudsgivare, som enligt bestämmelser i det land i vilket verksamheten är etablerad har rätt att leverera den tjänst som kontraktet är avsett för, får inte uteslutas från att delta i en offentlig upphandling endast på grund av krav på att leverantören ska vara en fysisk eller en juridisk person.

Enligt 6 kap. 11 § LOU får en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Den som gör gällande att en upphandling är felaktig ska klargöra på vilket sätt de påstådda bristerna medfört skada eller risk för skada för honom. Domstolen kan pröva om skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt innan domstolen gör en prövning av om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Ramen för förvaltningsrättens prövning

Av utredningen i målet framgår att Migrationsverket har ingått 14 avtal avseende Område 1 Syd. Fråga uppkommer därför inledningsvis i vilken utsträckning förhållandet att Migrationsverket ingått avtal kan anses utgöra hinder mot att pröva den aktuella ansökan om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att det beslut om tilldelning som fattats den 12 maj 2015 tillsammans med tillhörande rangordning får anses vara ett beslut om 34 igångsatta direktupphandlingar som kan bli föremål för överprövning. Detta beslut bör, för det fall inget avtal slutits med en konkret leverantör, betraktas som en viljeförklaring från Migrationsverkets sida att vid behov senare ingå kontrakt med de utpekade leverantörerna och utgör således ett led i var och en av de direktupphandlingar som Migrationsverket ämnar utföra för att erhålla tillräckligt med boendeplatser för Område 1 Syd.

Vad beträffar de direktupphandlingar som avslutats genom avtal innebär således dessa avtal ett processuellt hinder för överprövning av upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avvisas i de delar där avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer som anges i bilaga 1. Beträffande de 20 övriga påbörjade direktupphandlingarna, för vilka enligt befintlig utredning avtal inte tecknats, är förvaltningsrätten däremot inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning.

Bolagets invändningar

Uteslutningen av Bolagets anbud

I punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget uppställs krav på ekonomisk ställning gällande leverantören. Kravet innebär att en leverantör vid tiden för anbudets inlämnande lägst ska inneha ratingen "Kreditvärdig" enligt Credit Safe eller motsvarande rating från annat kreditupplysningsföretag. För det fall leverantören har en lägre rating eller inte kan erhålla rating ska en borgensförpliktelse bifogas anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkt 3.5, som gäller underleverantör, framgår att Migrationsverket kommer att kontrollera att punkt 3.1, 3.2 och 3.3 uppfylls av underleverantören. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det därmed att en underleverantör även ska uppfylla kraven i 3.3. Det framgår därmed att det, för en underleverantör som har en lägre rating än den efterfrågade eller som inte kan erhålla rating, ska bifogas en borgensförpliktelse. Kravet är ett obligatoriskt krav.

Det är i målet ostridigt att Bolaget angett en privatperson som underleverantör samt att denne inte kan erhålla rating. Bolaget har därmed haft att inge en borgensförpliktelse med sitt anbud. Det är även ostridigt att Bolaget inte har gett in någon borgensförpliktelse. Eftersom Bolaget därmed inte har uppfyllt detta obligatoriska krav, har verket stöd i förfrågningsunderlaget för att utesluta Bolaget.

Bolaget invänder mot uteslutningen och menar att kravet på ekonomisk ställning för underleverantörer borde ha utformats på ett sätt som hade gjort det möjligt att kontrollera uppfyllnaden på ett likabehandlande sätt. Bolaget hävdar även att kravet är oproportionerligt.

Ett krav som innebär att den upphandlande myndigheten begär viss kreditvärdighet har ansetts strida mot principerna om likvärdighet och proportionalitet, om några alternativa möjligheter att visa ekonomisk och finansiell styrka inte har angetts (jfr Kamrättens i Jönköping dom den 14 januari 2011 i mål nr 2808-10).

Proportionalitetsprincipen innebär i korthet att krav och andra kriterier i en upphandling inte får gå längre än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Krav och andra kriterier i en upphandling ska ha ett samband med kontraktets föremål och stå i proportion till det (se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012, s. 42).

Migrationsverket har i upphandlingen gett leverantörer alternativa möjligheter att visa ekonomisk och finansiell styrka. Leverantören ska antingen uppfylla viss angiven rating eller bifoga en borgensförpliktelse. Migrationsverket har beskrivit att verket vill undvika en situation där verket måste häva ett avtal och kräva skadestånd varför det ställs krav på bl.a. att leverantören visar sina underleverantörers ekonomiska ställning. Med hänsyn till vad Migrationsverket anfört om syftet med kravet gällande ekonomisk ställning för underleverantörer anser förvaltningsrätten att kravet har samband med upphandlingsföremålet. Förvaltningsrätten anser inte att kravet går utöver det som är nödvändigt för att syftet ska uppnås. Mot denna bakgrund kan kravet på ekonomisk ställning gällande underleverantörer inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Det finns inte heller stöd för att hävda att kravet strider mot principen om likabehandling.

Bolaget har vidare anfört att kravet på borgensförbindelse för privatpersoner går utöver det verket får kräva enligt 6 kap. 11 § LOU.

En upphandlande myndigheten får inte, vid prövningen av en åberopad underleverantörs kapacitet, ställa högre eller andra krav än vad myndigheten ställt och får ställa på anbudsgivarna. Förvaltningsrätten konstaterar att verket inte har ställt andra eller högre krav på underleverantörerna än vad verket får och har ställt på anbudsgivarna. Vad Bolaget anfört om 6 kap. 11 § LOU medför därmed inte skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har även anfört att verkets agerande strider mot 1 kap. 10 § LOU då uteslutningen, enligt Bolaget, beror på att Bolaget nyttjat en privatperson. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte är nyttjandet av en privatperson som har lett till att Bolaget blivit uteslutet och uteslutningen strider därmed inte mot 1 kap. 10 § LOU.

Bolaget har vidare anfört att förfrågningsunderlaget strider mot 1 kap. 10 § LOU då privatpersoner inte får lämna anbud. Bolaget har inte preciserat på vilket sätt denna invändning har medfört att Bolaget lider eller riskerar att lida skada. Det saknas därför anledning att närmare pröva vad Bolaget framfört i denna del.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att dessa nu prövade grunder inte innebär att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Punkt 10.5 i förfrågningsunderlaget

Bolaget har även framställt invändningar mot punkten 10.5 i förfrågningsunderlaget och uppger att den inte är i överensstämmelse med bestämmelserna och principerna i LOU. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att myndigheten haft fog för att förkasta Bolagets anbud. Det Bolaget framfört visar inte att det ändå lidit eller riskerat att lida skada till följd av det som anges i punkten 10.5 i förfrågningsunderlaget. Det saknas därför anledning

att göra en vidare prövning av de invändningar som Bolaget framfört mot denna punkt.

Sammanfattning

Vad Bolaget har anfört i målet visar sammanfattningsvis inte att det finns skäl för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1D-LOU)

Mats Edsgården

Föredragande har varit Christine Lindström.

Område 1 SYD:mål 3211-15m.fl.**Anläggning**

Hanöhus7

Glasblåsaren

Björkhaga

Snårestad

Båstad 7

Odengården Hotel och konferens

Fredriksbergs kursgård

Helgesbo

Blidingsholms gård

Asylboende Margareteberg

Hotell Ekebacken

Forsagården 7

Vandrarhemmet violen

Hotell Molliljan

Leverantör

Jokarjo

FRANK HOUGEN

Workaton AB

Örnen Öland AB

JOKARJO AB

Vindilen AB

Försvarsutbildarna Ystad

HUSHÅLLNINGSSÄLLSKAPET KALMAR-KRONOBERG-BLEKIN

Blidingsholm Konferensgård

Sportsbaren Arena i Halmstad AB

Ängås Fastigheter AB

JOKARJO AB

Mauzer och Åkerlund AB

Defakon Renting AB

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING

2015 -06- 0 9

Mät nr EL Aktbil



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 – behövs 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.