



KLAGANDE

Migrationsverket
601 70 Norrköping

MOTPART

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

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 20 mars 2012 i mål nr 6113-11,
se bilaga A

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-10-02	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

YRKANDEN

Migrationsverket yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.

Hewal Fastigheter AB motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Migrationsverket

Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att Migrationsverket inte har kunnat påvisa att det förelåg synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling av boende och måltider till asylsökande trots att kammarrätten gjort bedömningen att den faktiska situationen endast några månader tidigare var sådan att det förelåg synnerliga skäl. Omständigheterna i det tidigare var likartade – för att inte säga identiska – med omständigheterna i det aktuella målet. Det i målet aktuella avtalet med förlängningar tecknades visserligen från och med den 1 april 2011. Det ökade behovet av boendeplatser och måltider som uppstod hösten 2010 kvarstod emellertid, som en direkt följd av det stora antalet asylsökande under hösten 2010, i varierande grad även under 2011 och kvarstår alltså. Verkets behov av boendeplatser har således alltsedan hösten 2010 varit större än antalet ordinarie boendeplatser, varför verket alltsedan dess kontinuerligt nödgats direktupphandla tidsbegränsade avtal med ett antal leverantörer. Detta gäller bl.a. den leverantör som är aktuell i detta mål, för tiden den 1 november till 31 december 2010. En ytterligare orsak till att Migrationsverkets behov av tillfälliga boendeplatser varit kontinuerligt sedan hösten 2010 är att den så kallade etableringsreformen som trädde i kraft i december 2010 har fått till följd att personer med uppehållstillstånd på grund av att Arbetsförmedlingen haft svårt att kommunplacera dem bor kvar i verkets boenden under lång tid. Därtill kommer att andelen asylsökande som behöver boende genom verkets försorg ökat. Det är således ett antal oförutsedda händelser som har lett till

ett behov av att komplettera de ordinarie boendeplatserna med boendeplatser av mer tillfällig karaktär. Mot bakgrund av att verkets ramavtalsupphandling av tillfälligt boende för asylsökande – vilken påbörjades våren 2011 – ännu inte har kunnat avslutas på grund av pågående mål om överprövning, har det varit absolut nödvändigt för verket att direktupphandla de aktuella tjänsterna för att kunna tillgodose det faktiska behovet. Det är inte rimligt att bedöma förevarande avtal på annat sätt än det avtal som prövats i kammarrättens tidigare mål. Det saknas därmed grund för ogiltigförklaring av förevarande avtal.

Hewal Fastigheter AB

Det föreligger inte synnerliga skäl för direktupphandling. Att Migrationsverket upphandlat tillfälliga anläggningsboenden, så kallade ABT-boenden, på sätt som skett kan i allt väsentligt tillskrivas myndighetens egen bristande planering. Även om den exakta omfattningen av behoven av ABT-boenden kan anses ha varit oklar så har det hela tiden stått klart för verket att det förelegat ett behov av ABT-boenden i sig för den nu aktuella perioden. Verkets underlåtenhet att i rimlig tid påbörja en offentlig upphandling enligt LOU, vilket fått till följd att det saknats ramavtal att göra avrop från, är huvudskälet till att verket "nödgats" direktupphandla i målet aktuella avtal.

Migrationsverket kan inte med befriande verkan hävda synnerliga skäl för omständigheter som verket kunnat förutse i sina egna prognoser. Det stod redan i oktober 2010 klart för verket att de så kallade ordinarie anläggningsboendena inte skulle räcka till för behoven under 2011. Verket till och med yrkade och fick extra anslag av regeringen för fördyrade kostnader med anledning av de förestående behoven av ABT-boenden. Det dröjde ända till november 2011 då verket kunde prestera ett färdigt förfrågningsunderlag och inleda ett offentligt anbudsförfarande avseende upphandling av ABT-boenden i enlighet med LOU:s regler. Tilldelningsbeslut fattades den 23

mars 2012. Upphandlingen är föremål för överprövning, vilket har lett till att verket har fått fortsätta att direktupphandla ABT-boenden även under 2012. Av upphandlingsprotokollet framgår att Migrationsverket uppskattar behovet av tillfälligt boende för asylsökande till omkring 20 000-30 000 dygn per år i normalflöde med toppar under juni-augusti samt december-januari. Uppgiften visar att ABT-boenden är en normal del i verkets flyktingmottagning.

I kammarrättens tidigare mål (2972-11) grundades synnerliga skäl på en ökad flyktingtillströmning av asylsökande romer från Balkanområdet som ägde rum i början av hösten 2010. Bedömningen i det målet gjordes med hänsyn till förhållandena i början av hösten 2010, nämligen att antalet asylsökande ökade kraftigt under en kort tid, cirka två månader. Ökningen handlade om 2 400 personer. Detta grundade enligt kammarrätten en rätt för verket att åberopa synnerliga skäl.

Det bör observeras att det under 2011 inte alls förelåg några liknande omständigheter. Tvärtom skrev verket ner sina prognoser för året med 2 000 asylsökande, från 31 000 i januari till 29 000 i oktober 2011, vilket stämde ganska väl med det slutliga utfallet för 2011, som stannade vid 29 648. Det finns över huvud taget ingen identitet mellan det tidigare målet och föreliggande mål när det gäller frågan om det föreligger synnerliga skäl. Det finns inte heller något relevant orsakssamband mellan omständigheterna i det målet och de nu omtvistade direktupphandlingarna. Vid starttidpunkten för det nu aktuella avtalet, april 2011, var betydelsen av flyktingtillströmningen av romer från Balkan överspelad.

Omständigheter som avtalsspärr och att en upphandling överprövas kan inte utgöra synnerliga skäl. En myndighet har att räkna med detta vid planeringen av verksamheten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Relevanta bestämmelser och förarbeten framgår av förvaltningsrättens dom.

Därutöver kan följande tilläggas.

De i detta mål aktuella tjänsterna är hänförliga till 15 kap. LOU och utgör således icke direktivstyrda upphandlingar. Möjligheten att väcka ogiltighetstalan mot avtal som omfattas av nämnda kapitel infördes i anslutning till genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet) i svensk rätt. Enligt förarbetena behövdes effektiva sanktioner mot otillåtna direktupphandlingar även om dessa låg utanför det direktivstyrda området. Det fanns vidare inte anledning att frångå ordningen att samma rättsmedel skulle gälla för det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området (prop. 2009/10:180 s. 131).

Bestämmelser som anpassats till unionsrätten ska tolkas och tillämpas på ett sätt som inte äventyrar unionsrättens fulla genomslag i nationell rätt (se bl.a. EU-domstolens dom den 17 juli 1997 i mål C-28/95 Leur-Bloem).

Av unionsrättslig praxis framgår att en upphandlande myndighet inte kan åberopa synnerliga skäl om den under lång tid känt till de omständigheter som gjort upphandlingen nödvändig och att omständigheter som är hänförliga till den upphandlande myndighetens egna brister vad gäller planering och organisation inte kan åberopas som synnerliga skäl (se bl.a. EU-domstolens domar i målen C-24/91, Kommissionen mot Spanien, C 107/92, Kommissionen mot Italien, och C-385/02, Kommissionen mot Italien).

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten gör i likhet med förvaltningsrätten bedömningen att Migrationsverket inte visat att det förelegat synnerliga skäl för att göra en direktupphandling av de i målet aktuella tjänsterna.

Det saknas därvid skäl att låta den speciella situation som uppstod under en kort period hösten 2010 påverka bedömningen i detta mål.

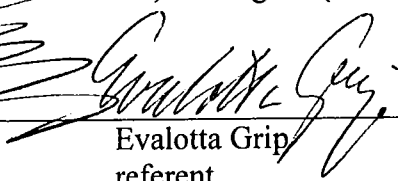
Inte heller kan det anses utgöra synnerliga skäl för direktupphandling att Migrationsverkets behov av boendeplatser, till följd av olika omständigheter, under en längre tid har varit större än antalet ordinarie boendeplatser, framförallt då verket får anses ha känt till detta förhållande under en relativt lång tid och dessutom har förutsett detta behov i sina egna beräkningar i samband med anslagsframställningar till regeringen.

Det förhållandet att en av Migrationsverket numera genomförd upphandling av motsvarande tjänster, med tilldelningsbeslut den 23 mars 2012, är föremål för överprövning och avtalsspärr kan inte heller anses innebära att Migrationsverket visat att det av synnerliga skäl varit motiverat med direktupphandling av de aktuella tjänsterna under våren 2011.

Förutsättningarna för ogiltigförklaring av det ingångna avtalet med förlängningar är således uppfyllda. Migrationsverkets överklagande ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Peter Lihuvudh


Evalotta Grip
referent


Mattias Almqvist



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 avtalen om boende m.m. för asylsökande mellan Migrationsverket och Sangkarat AB för perioderna 2011-05-06--2011-08-31, 2011-09-01--2011-09-30, 2011-10-01--2012-01-31 samt avtalens samtliga förlängningar ogiltiga.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Hewal Fastigheter AB (bolaget) har anfört att Migrationsverket (myndigheten) vid tre tillfällen, med perioderna 2011-05-06--2011-08-31, 2011-09-01--2011-09-30, 2011-10-01--2012-01-31, direktupphandlat kost och logi för asylsökande av bolaget Sangkarat AB. Enligt hyreskontrakten för perioderna 2011-05-06--2011-08-31 och 2011-10-01--2012-01-31 utgörs vederlaget av 385 kr för vuxen, 320 kr för barn två till tolv år och 200 kr för barn upp till två år. Uppgift om vederlag för avtalet med perioden 2011-09-01--2011-09-30 saknas i ifrågavarande kontrakt.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ogiltigförklarar avtalen och dess förlängningar. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att avtalen är ogiltiga men låter dessa bestå medger bolaget att avtalen får bestå under förutsättning att de fortfarande är gällande vid domstolens beslut samt under förutsättning att myndigheten ger in avtalen i målet alternativt att dessa 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

Avtalen mellan myndigheten och Sangkarat AB 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.

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 Sangkarat AB har därmed inneburit skada för bolaget. Otillåten direktupphandling har av EG-domstolen betecknats som den allvarligaste överträdelsen av gemensamhetslagstiftningen om offentlig upphandling som en upphandlande enhet kan göra.

Myndigheten

Myndighetens avtal med Sangkarat AB 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 Sangkarat AB är ogiltigt. För det fall förvaltningsrätten anser att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda, finns det ändå 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, förhär 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 dagersättning 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 boendeplat-

ser 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 tillfäll-

ligt 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 brådskan 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 alljämt ansträngd. En ogiltighetsförklaring av avtalet mellan myndigheten och Sangkarat AB 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. En-

ligt 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. Oavsett hur det förhåller sig med ABT-boenden under föregående år har bolaget till sitt förfogande ett tjugotal direktupphandlade avtal enbart för den nu aktuella perioden, lite drygt ett år. Ett sådant användande kan inte anses vara av undantagskaraktär, varken enligt vanligt språkbruk eller i rättsligt hänseende. Det vore enligt bolagets mening att missbruka undantagsbestämmelsen i LOU. Enbart i detta mål har myndigheten vid tre olika

tillfällen under året direktupphandlat samma boende. Avtalen mellan Sangkarat AB och myndigheten gäller perioderna 2011-05-06 -- 2011-08-31, 2011-09-01--2011-09-30 samt 2011-10-01--2012-01-31. Enligt myndighetens resonemang skulle det alltså först ha förelegat synnerliga skäl i maj 2011 när myndigheten upphandlar det första avtalet. När så myndigheten drygt 3 månader senare upphandlar samma boende igen så föreligger enligt myndigheten fortfarande synnerliga skäl. Som om inte detta räckte så föreligger det enligt myndighetens mening tydligen synnerliga skäl återigen i oktober när myndigheten upphandlar det senaste avtalet. 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. Man måste ställa högre krav på en statlig myndighets förmåga att planera sin verksamhet. Hewal 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 sk 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 myn-

digheten 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 genomsyras 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 gynnas 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 tre separata avtal. De två första avtalen upphörde

enligt sin lydelse att gälla den 31 augusti respektive den 30 september 2011. Dessa avtal kan omöjligt omfattas av bestämmelsen. Bolaget bestri-der att dessa avtal ska bestå och yrkar att de ska ogiltigförklaras enligt an-sökan.

Enligt Konkurrensverket godtar EU-domstolen i princip aldrig de skäl som en myndighet anför som synnerliga skäl. Det är den upphandlade myndig-heten som har bevisbördan för tillämpligheten av åberopad undantagsbe-stämmelse. 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 an-tal lägenhetsplatser som myndigheten har att tillgå. Myndigheten upphand-lar därför så kallat ABT-boende." Sista dag för anbud var 2011-12-09, vil-ket innebär att ett beslut om tecknande av ramavtal med lämpliga leveran-törer torde vara relativt nära förestående. Bolaget motsätter sig att otillåtet direktupphandlade avtal ska få bestå efter denna tidpunkt. När den pågåen-de upphandlingen är avslutad och ramavtal föreligger ska enligt bolagets mening otillåtet direktupphandlade boenden omgående avvecklas och er-sättas med boenden som upphandlats i enlighet med LOU. Om myndighe-ten 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 ramav-

talsupphandling 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 ÄLOU 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 senaste avtalet 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 avtalen och dess förlängningar. Myndigheten har som grund för sin inställning anfört att avtalen 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 avtalen ogiltiga har myndigheten som alternativt yrkande framställt att avtalen 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 urvals förfarande. Av förarbetena till bestämmelsen 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. De i målet aktuella avtalen samt dess förlängningar får därför anses utgöra 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 förutsätt-

ningarna 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 avtalen upphört att gälla den 31 januari 2012. Det föreligger därför inte några tvingande hänsyn som föranleder att avtalen trots ogiltighet ska bestå.

Mot bakgrund av det ovan anförda ska avtalen om boende m.m. för asylsökande mellan myndigheten och Sangkarat AB för perioderna 2011-05-06--2011-08-31, 2011-09-01--2011-09-30, 2011-10-01--2012-01-31 samt avtalens samtliga förlängningar förklaras ogiltiga.

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



Bo Johansson
Föredragande har varit Jan-Erik Nilsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.