



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I LINKÖPING**  
Enhet 2

**DOM**  
2014-02-04  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
6141-13

**SÖKANDE**

Astreab AB, 556871-1070  
Box 507  
451 21 Uddevalla

Ombud: Advokat Pernilla Norman  
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB  
Box 27707  
115 91 Stockholm

**MOTPART**

Migrationsverket  
601 70 Norrköping

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 146452

---

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

**BAKGRUND OCH YRKANDE M.M.**

Migrationsverket genomför en upphandling avseende ”Tillfälligt boende för asylsökande” (dnr 3.2.1-2013-17048). Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande enligt 15 kapitlet LOU. Migrationsverket har genom tilldelningsbeslut den 27 augusti 2013 meddelat vilka som kommer att tilldelas kontrakt. Genom ett nytt tilldelningsbeslut den 29 augusti 2013 har ytterligare två leverantörer tilldelats kontrakt. Anbudet från Astreab AB har diskvalificerats på grund av att erbjudet pris överstiger angivet takpris enligt punkten 10.3 i förfrågningsunderlaget.

Astreab AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

**VAD PARTERNA ANFÖRT****Astreab AB**

*Upphandlingsförfarande enligt 15 kap. LOU*

Tillfälligt boende utgörs av hotell-liknande boenden där de asylsökande placeras så kort tid som möjligt, innan de placeras i ordinärt boende. Tillfälligt boende ska alltså inte jämföras med permanent boende. De krav som uppställs på tillfälliga boenden skiljer sig således från de krav som ställs på mer permanenta boenden. Generellt fordras hotelltillstånd för att tillhandahålla tillfälliga boenden.

Migrationsverket genomför upphandlingen i form av förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Migrationsverket hävdar att myndigheten upphandlar

”hotell- och restaurangtjänster” samtidigt som man inte har uppställt krav på att leverantörerna ska inneha erforderligt hotelltillstånd. Ska det accepteras att upphandlingen genomförs enligt 15 kap. LOU ska det fordras att anbudsgivarna har erforderligt hotelltillstånd. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att ett sådant skallkrav inte fordras yrkas att upphandlingen görs om eftersom upphandlingen då har genomförts med felaktigt förfarande enligt LOU.

Av kap. 6 LOU framgår att de krav som uppställs i en upphandling ska vara utformade så att de i första hand uppfyller de standarder etc. som är relevanta för området. De krav som fordras för att erhålla hotelltillstånd får anses likställas med sådan standard. Migrationsverket har ställt krav som är mer långtgående än de krav som fordras för att erhålla hotelltillstånd, utan att det är objektivt motiverat. Migrationsverkets krav på hotellen och hotellrummens utformning strider därmed mot reglerna i 6 kap. LOU.

#### *Föreskrivna takpriser*

I förfrågningsunderlaget uppställs ett skallkrav innehållande takpris för logi med 200 kr per person och dygn samt för kost med 150 kr per person och dygn. Bolaget har offererat ett pris avseende självhushåll (dvs. utan kost) uppgående till 349 SEK per person och dygn. Anbudet har uteslutits på grund av bristande skallkravsuppfyllelse. Upphandlingslagstiftningen bygger på att upphandlande myndigheter ska tillvarata konkurrensen på marknaden. Varje anbudsgivare offererar de priser som anbudsgivaren anser är konkurrenskraftiga men som samtidigt ger kostnadstäckning.

Att föreskriva takpriser i en offentlig upphandling strider såväl mot proportionalitetsprincipen som mot konkurrensprincipen. Migrationsverket påstår att det av budgetskäl fordras att priset inte överstiger uppställda takpriser. Offentlig upphandling kan inte användas på så sätt att beställaren

ger leverantörerna ansvar för att budgeten ska räcka. Migrationsverkets budgetfrågor är en intern fråga som inte på något sätt kan belasta anbudsgivarna. Migrationsverket försöker på detta sätt att styra marknaden, vilket är ett missbruk av Migrationsverkets dominerande ställning.

Takpriserna innebär att leverantörerna inte får kostnadstäckning utan kommer att gå med förlust på affären. Migrationsverket har således uppställt skullkrav på underprissättning och föreskriver därmed osund konkurrens på ett sätt som strider mot konkurrensprincipen i LOU samt den bakomliggande EU-rätten.

De leverantörer som tillhandahåller boenden avsedda för tillfälligt boende är tvingade att bjuda i den enda upphandlingen som görs inom deras affärsområde. Att ett stort antal anbudsgivare lämnat anbud i upphandlingen visar på Migrationsverkets monopolställning och hur avgörande upphandlingen är för leverantörerna.

Genom prissättningen i takpriserna så missgynnas de anbudsgivare som erbjuder självhushåll. I prissättningen har inte någon hänsyn tagits till att leverantörer som erbjuder självhushåll måste hålla med kök, vilket är en betydande kostnad såväl vad avser yta som underhåll av köken. Den omständigheten att takpriset uppgår till samma belopp oavsett om leverantören måste tillhandahålla kök, utrustning m.m. eller inte innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen. Det är ett skullkrav som slår olika för de båda boendeformer som upphandlas.

#### *Oskäligen avtalsvillkor*

I förfrågningsunderlaget finns ett skullkrav på att avtalstexten ska accepteras. Avtalet innehåller ett antal oskäligen avtalsvillkor som dessutom avviker från vad som är sedvanligt på marknaden. Villkoren strider mot pro-

portionalitetsprincipen och Migrationsverket har kunnat ställa dem på grund av sin dominerande ställning.

Det är ett oskäligt avtalsvillkor att avropssvar ska ges skriftligen inom sex timmar från förfrågan. Det fordrar en beredskap hos leverantören som inte kan upprätthållas med de låga takpriserna. Det är inte rimligt att Migrationsverket inte skulle ha någon framförhållning avseende sin verksamhet. Att antalet asylsökanden kan variera och ibland vara mycket stort är ett välkänt faktum och därmed en omständighet som Migrationsverket har att ta med i sin planering. Baserat på statistik, faktiska förhållanden m.m. har Migrationsverket möjlighet att planera verksamheten med större framförhållning än sex timmar. En mer proportionerlig tid för att svara på en avropsförfrågan vore två-fyra arbetsdagar.

Även klausulerna om hävning och uppsägning är oskäliga i det att de stadgar en rättelsetid om tio dagar. Sedvanlig tid för rättelse är 30 dagar. Att klausulerna är ömsesidiga och att bolaget har godtagit dem påverkar inte deras oskälighet.

Det är vidare oskäligt att Migrationsverket förbehåller sig rätten att utan annan anledning än omorganisation eller liknande hos Migrationsverket, säga upp avtalet med en månads uppsägningstid. En leverantör som levererar enligt ett pågående avtal behöver rimligen mer omställningstid än en månad.

#### *Oskäligt krav på yta*

De krav som Migrationsverket uppställer avseende kvadratmeteryta per boendeperson är oskäliga. Kravet på att ”varje person ska ha minst fem kvm bostadsyta i sovrummet” innebär att sovrum som har hotelltillstånd som dubbelrum men som är exempelvis nio kvm inte får offereras som

annat än enkelrum, vilket inte är objektivt motiverat. Kravet om just fem kvm förefaller gripet ur luften. Att kravet inte är objektivt motiverat framgår också av det faktum att Migrationsverket, i sina egna boenden, själv tillhandahåller sovrum med mindre yta än fem kvm. Objektivt sett är det varken ovanligt eller oskäligt att ett dubbelrum är mindre än tio kvadratmeter.

Beställaren ska alltid välja den åtgärd som är minst ingripande för leverantören. Att ställa krav som är mer långtgående än det man själv tillämpar står varken i rimlig proportion till syftet eller är det minst ingripande för leverantörerna.

*Anbuden från Breanäs Invest AB och Scandset Holding AB*

Migrationsverket har även brutit mot LOU genom att efter tilldelningen skicka ut ytterligare ett tilldelningsbeslut, där man tilldelar avtal till anbudsgivare som inte tilldelats avtal i det ursprungliga tilldelningsbeslutet, då de ansågs inte uppfylla samtliga skallkrav. Att tilldela avtal till anbudsgivare som inte uppfyller skall-kraven strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det förefaller mycket märkligt och osedvanligt att en upphandlande myndighet efter tilldelningsbeslutet upptäcker att man har gjort fel och fattar ytterligare ett tilldelningsbeslut. Genom det första tilldelningsbeslutet har den upphandlande myndigheten frånhänt sig rådigheten över upphandlingen. Endast förvaltningsrätten kan därefter förestalta om eventuella åtgärder i upphandlingen.

*Övrigt*

Upphandlingen genomförs efter att förvaltningsrätten förordnat att den tidigare genomförda upphandlingen, avseende samma upphandlingsföremål, skulle göras om. I den nya upphandlingen har Migrationsverket upp-

ställt ett antal skallkrav som väsentligen avviker från den tidigare upphandlingen. Samtliga dessa krav strider mot LOU. Migrationsverket har på grund av sin roll som beställare och med sin marknadsdominerande ställning uppställt de oskäliga kraven. Det finns inte någon annan beställare eller köpare av tillfälliga boenden. Det innebär att de leverantörer som har byggt upp en verksamhet där man erbjuder tillfälligt boende är beroende av en enda beställare, nämligen Migrationsverket.

### *Skada*

De kommersiella villkor som uppställs i en upphandling har direkt inverkan på de priser som anbudsgivarna kan offerera. Bolaget riskerar alltså att lida skada till följd av att man i sin prissättning har tvingats ta höjd för de oskäliga avtalsvillkoren som uppställs i förfrågningsunderlaget.

### **Migrationsverket**

#### *Upphandlingsförfarande enligt 15 kap. LOU*

I den förra upphandlingen av ABT-boenden, vilken förvaltningsrätten beslutade skulle göras om, ställdes ett krav på att leverantörerna skulle ha hotelltillstånd. När anbudet gick igenom framkom dock att polismyndigheterna gjorde olika bedömningar av om hotelltillstånd krävs för den efterfrågade typen av verksamhet. Detta medförde att vissa leverantörer inte hade möjlighet att uppfylla kravet. Migrationsverket har därför valt att utforma kraven på ett annat sätt i den aktuella upphandlingen för att ändå kunna garantera att de boenden som får tilldelning har tillräckliga tillstånd och är säkra för de asylsökande. Vilka tillstånd som krävs kan vara olika för olika typer av boenden. Istället för att uppställa ett krav som inte alla potentiella leverantörer har kunnat uppfylla har Migrationsverket valt att kräva erforderliga tillstånd. I kravet på erforderliga tillstånd ingår natur-

ligtvis krav på hotelltillstånd för de leverantörer som bedriver verksamhet som kräver ett sådant tillstånd. Men även leverantörer som inte bedriver verksamhet som kräver sådant tillstånd har kunnat delta i upphandlingen.

Det är proportionerligt att ställa krav på att en leverantör ska ha de tillstånd som krävs för att de ska kunna erbjuda tjänsten. Även övriga krav i förfrågningsunderlaget är befogade och proportionerliga. Bolaget har dessutom inte visat på vilket sätt det skulle ha lidit eller riskerar att lida skada på grund av kraven.

#### *Föreskrivna takpriser*

Kravet på ett högsta pris är nödvändigt för att hålla nere de stora kostnader som Migrationsverket har för ABT-boenden. Något mindre ingripande sätt finns inte. Eftersom Migrationsverket räknat med att behöva teckna avtal med samtliga kvalificerade leverantörer för att fylla behovet av boenden, hade det utan kravet funnits en risk för att verket fått platser till kostnader som inte varit möjliga ur ett budgetperspektiv. Takpriset är satt utifrån den erfarenhet Migrationsverket har av priser för att hyra ABT-boende. Att det kommit in 150 anbud i upphandlingen och att det tecknats tilldelningsbeslut för ca 17 000 platser som alla uppfyllt kravet på takpris visar att kravet varit realistiskt och möjligt att uppfylla. Det är svårt att tro att de leverantörer som lämnat anbud som uppfyller kravet på takpris, skulle ha gjort det om det hade inneburit en förlustaffär eller om de inte hade räknat med ekonomisk vinst.

Takpriset innebär inte ett pris som leverantörerna får för tjänsten utan ett högsta pris som anbudet kan ha för att kvalificera sig i upphandlingen. Det medför inte att leverantörerna inte har möjlighet att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Tvärtom är förfrågningsunderlaget tydligt i den delen och det framgår på vilka grunder tilldelning kommer att ske. Anbudet har



utvärderats enligt principen om lägsta pris. Leverantörerna har alltså kunnat konkurrera med lägre priser för att hamna högre upp i rangordningen och därmed öka möjligheterna att få asylsökande placerade på boendena. Vissa leverantörer har konkurrerat med lägre priser, vilket framgår av anbudspriserna. Att det finns leverantörer som inte kan uppfylla ett skallkrav på grund av att deras verksamhet är för dyr medför inte i sig att kravet är oproportionerligt.

Boenden med självhushåll och de med helpension utvärderas för sig. Dessutom kan en leverantör som inte har självhushåll behöva ha lokaler för tillagning och servering av mat. Eftersom olika boendeformer utvärderas för sig har alla inom samma grupp samma takpris att förhålla sig till och leverantörerna utvärderas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

#### *Oskäligen avtalsvillkor*

Kravet i punkt 10.9 att en leverantör ska ge svar inom sex timmar på en avropsförfrågan från Migrationsverket är proportionerligt. Migrationsverkets verksamhet är svår att planera och verket måste kunna garantera tak över huvudet för asylsökanden. Migrationsverket är skyldigt att ordna boende till alla asylsökande som vänder sig till verket och har behov av boende. Migrationsverket har ingen som helst möjlighet att veta hur många asylsökande som kommer att vända sig till verket en viss dag eller viss vecka. Under perioder kan ett mycket stort antal sökande medföra att nya platser behöver tas fram med mycket kort varsel. För detta krävs det att verket med kort varsel kan få svar från leverantör om de har möjlighet att ta emot boende eller inte. Migrationsverket kan inte vänta tre till fyra dagar med att bereda de sökande boende. Något mindre ingripande sätt att uppnå detta finns inte. Kravet är proportionerligt och nödvändigt för att verket ska kunna uppfylla sin skyldighet att bereda asylsökande boende. Bolaget har inte heller visat att det lidit eller riskerar att lida skada på grund av kravet.

Bestämmelserna om hävning och uppsägning i punkt 10.21 och 10.22 i förfrågningsunderlaget berör hur parterna kan agera om motparten inte lever upp till avtalsvillkoren. Bestämmelserna är ömsesidiga och inte oproportionerliga eftersom det är nödvändigt att det finns en möjlighet för parterna att få rättelse eller ta sig ur ett avtal som inte fungerar. Bolaget har dessutom godkänt villkoren och inte visat att det lidit eller riskerar att lida skada på grund av dem.

*Oskäligen krav på yta*

Kravet på att de boende ska ha en yta på minst fem kvm i sovrummet är proportionerligt och är ställt för att garantera de sökande en godtagbar boendemiljö och en viss minsta yta per person för att motverka trångboddhet. Något mindre ingripande sätt att garantera ett visst utrymme för de sökande finns inte.

Det är inte relevant att jämföra med andra personers sovrum eftersom asylsökande inte har några andra utrymmen som är "deras egna". Dessutom kan en sökande få dela rum med personer som den inte känner varför det inte heller kan jämföras med ett dubbelrum på hotell. Den upphandlande myndigheten måste anses ha stor möjlighet att bedöma vilka krav som ska ställas på en tjänst så länge de är proportionerliga. Det är viktigt att de asylsökande får en lämplig boendemiljö och ett krav på ett visst utrymme är därför befogat och proportionerligt.

Detta krav har inte funnits med i tidigare upphandling, men har tillkommit just för att man i vissa fall sett problem med trångboddhet enligt tidigare avtal. Fem kvm per person är en rimlig avvägning av den yta som en person kan behöva för att undvika trångboddhet.

Astreab har dessutom i sitt anbud uppgett att det uppfyller kravet och kan därför inte anses ha lidit eller riskera att lida skada av det.

#### *Anbudet från Breanäs Invest AB och Scandset Holding AB*

Efter att Migrationsverket meddelat tilldelningsbeslut den 27 augusti 2013 kontaktades verket av ett antal leverantörer, vilka ansåg att dess anbud felaktigt uteslutits från utvärderingen. Migrationsverket granskade då anbudet ännu en gång och kunde konstatera att två av anbudet felaktigt uteslutits från utvärderingen; nämligen anbudet från Breanäs Invest AB och Scandset Holding AB. Dessa anbud har inte kompletterats på något sätt utan har vid inlämnandet uppfyllt de krav som ställts.

#### Anbudet från Breanäs Invest AB

Av punkten 5.15 framgår bl.a. följande. *Asylsökande ska inte behöva gå mer än 3,5 km för att komma till hållplats för kollektivtrafik.* Breanäs Invest AB har i sitt anbud i denna del angett följande. *Från anläggningen körs gästerna ca 7 km med hotellets egen buss till närmaste hållplats som ligger i Sibbhult.* Nämnade krav är således uppfyllt. Med beaktande av att även övriga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda har Breanäs Invest AB:s anbud kvalificerat sig för utvärdering.

#### Anbudet från Scandset Holding AB

Av punkt 3.4 framgår bl.a. följande. Leverantören ska bifoga kopia av samarbetsavtal, skriftligt åtagande eller liknande handling som visar att underleverantören åtagit sig att ställa kapacitet till leverantörens förfogande för fullgörande av uppdraget. Handlingen ska vara undertecknad av behörig företrädare för underleverantören. Scandset Holding AB har i sitt anbud i denna del angett följande. Fastighetsägare: Campus Park Vågbro.

Bolaget ägs till 100 % av anbudsgivaren, Scandset Holding AB. Scandset Holding AB är förvaltare av fastigheterna. Migrationsverket har förbisett att underleverantören (dvs. fastighetsägaren) är ett helägt dotterbolag till anbudsgivaren. Det aktuella kravet är således uppfyllt. Med beaktande av att även övriga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda har Scandset Holding AB:s anbud kvalificerat sig för utvärdering.

Migrationsverket har rätt att rätta ett tilldelningsbeslut så länge det inte har överprövats. Det är inte ovanligt att en upphandlande myndighet – ofta i samband med klagomål från en anbudsgivare – omprövar ett tidigare meddelat tilldelningsbeslut och ersätter det med ett nytt.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 1 kap. 2 § LOU framgår bland annat följande. Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster).

Av 15 kap. 12 § LOU framgår bland annat följande. Upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Proportionalitetsprincipen, som en av de grundläggande principerna, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

#### *Upphandlingsförfarande enligt 15 kap. LOU*

Av 1 kap. 2 § LOU framgår att endast 15 kap. LOU ska tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster). I bilaga 2 räknas A-tjänster upp och i bilaga 3 räknas B-tjänster upp. Specificeringen av A-tjänster är uttömmande, medan uppräkningsen av B-tjänster även innefattar punkten ”övriga tjänster”. En tjänst som inte kan hänföras till någon av de uppräknade A- eller B-tjänsterna utgör således en B-tjänst. I bilaga 3 anges hotell- och restaurangtjänster som en av de kategorier som tillhör förteckningen över B-tjänster.

Astreab har anfört att Migrationsverket inte kan använda sig av enbart 15 kap. LOU i upphandlingen med hänvisning till att det man upphandlar är hotell- och restaurangverksamhet, eftersom Migrationsverket inte kräver att verksamheten innehar hotelltillstånd. Astreab har dock inte anfört vilken typ av A-tjänst verksamheten skulle kunna härledas till. Om verksamheten inte är en A-tjänst utgör den en B-tjänst och upphandlingen kan därmed ske utifrån endast 15 kap. LOU.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att Astreab inte har visat att Migrationsverket har använt ett otillåtet förfarande i upphandlingen.

#### *Föreskrivna takpriser*

Migrationsverket har i punkt 10.3 under kommersiella villkor i förfrågningsunderlaget angett att leverantörens anbudspris inte får överstiga 200 kr för logi per person och dygn samt 150 kr för kost per person och dygn.

Astreab har anfört att Migrationsverket genom att ange takpriser har påverkat konkurrensen på marknaden och försökt styra marknaden på ett otillbörligt sätt. Bolaget anför vidare att det strider mot både proportionalitetsprincipen samt konkurrensprincipen. Den omständigheten att takpriset uppgår till samma belopp oavsett om leverantören tillhandahåller kök, utrustning m.m. eller inte innebär ett brott mot likabehandlingsprincipen, enligt bolaget.

Migrationsverket har anfört att takpriserna krävs för att hålla nere de stora kostnader som myndigheten har för denna typ av boenden. Anbuderna har utvärderats för sig gällande t.ex. boenden med självhushåll och boenden utan självhushåll. För alla boenden med självhushåll är takpriset detsamma

och leverantörerna kan därför inte anses ha behandlats i strid med likabehandlingsprincipen.

Syftet med aktuell upphandling är att teckna ramavtal med flera leverantörer för att kunna säkerställa tillgång till tillfälliga ABT-boenden. Den upphandlande myndigheten, Migrationsverket, är den part som bäst vet vilka ekonomiska förutsättningar myndigheten har för denna typ av boenden. Av RÅ 2009 ref. 43 framgår att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling om utvärderingen visar att budgeten för tjänsten i fråga skulle överskridas. Om en myndighet vet att man har stora kostnader för en viss typ av tjänst eller vara och har en viss fastställd budget att hålla sig till, torde det vara bättre att redan i förfrågningsunderlaget uppställa takpriser än att riskera att behöva avbryta en upphandling på grund av att budgeten överskrids. Eftersom det har kommit in 150 stycken anbud i upphandlingen, av vilka 113 stycken kvalificerades för att gå vidare till utvärderingen, finns det uppenbarligen leverantörer som uppfyller de aktuella takpriserna. Vissa leverantörer har även gett ett lägre pris än det aktuella takpriset, vilket tyder på att det går att konkurrera med priser under takpriserna.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets syfte med de uppställda takpriserna. Det är dessutom ett proportionerligt krav, vilket inte kunnat tillgodoses på ett mindre ingripande sätt. Då boenden med självhushåll respektive boenden utan självhushåll utvärderats var för sig kan det uppställda takpriset inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att Astreab inte visat att Migrationsverket, genom att uppställa takpriser, brutit mot bestämmelser i LOU eller mot någon av de grundläggande EU-rättsliga principerna.

*Oskäligen avtalsvillkor*

Under avsnitt 10 i förfrågningsunderlaget har Migrationsverket angett de kommersiella villkor som kommer att skrivas in i avtalet. I anbudet ska leverantören ange om man accepterar de kommersiella villkoren eller inte.

Astreab har anfört att det är oskäligt att avropssvar ska ges skriftligen inom sex timmar, att rättelsetiden enbart är tio dagar samt att det är oskäligt att Migrationsverket kan säga upp avtalet med endast en månads uppsägnings-tid.

Migrationsverket har anfört att den aktuella verksamheten är svår att planera eftersom myndigheten inte i förväg kan veta hur många som kommer att söka asyl en viss dag. Det krävs därför att Migrationsverket med kort varsel kan få svar från en leverantör om de har möjlighet att ta emot boenden eller inte.

Angående bestämmelserna om hävning och uppsägning i punkt 10.21 och 10.22 anför Migrationsverket att bestämmelserna är ömsesidiga och inte oproportionerliga, eftersom det är nödvändigt att det finns en möjlighet för parterna att få rättelse eller ta sig ur ett avtal som inte fungerar.

Av punkt 10.9 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska avge avropssvar skriftligen inom sex timmar under tidsperioden kl.08.00–22.00. Vid varje avrop kommer Migrationsverket att – med tillämpning av aktuell rangordning – tillfråga leverantören om möjligheten att tillhandahålla tillfälliga boendeplatser. Om leverantören inte har möjlighet att erbjuda tillträde till boendet inom 48 timmar och under minst tre månader, ska leverantören anses ha avböjt avropet om inte verket medger annat.



Av punkt 10.21 framgår att endera parten har rätt att häva avtalet med omedelbar verkan om motparten i väsentligt hänseende brister i sina åligganden och underlåter att vidta rättelse inom tio dagar efter skriftlig anmodan därom.

Av punkt 10.22 framgår att avtalet kan sägas upp med en månads uppsägningstid om en rättelse inte har skett inom tio dagar. Migrationsverket äger dessutom rätt att med en månads uppsägningstid säga upp avtalet om en väsentlig förändring av Migrationsverkets organisation vidtagits eller kommer att vidtas och detta väsentligen påverkar förutsättningarna för avtalet.

Potentiella leverantörer i upphandlingen bedriver någon typ av verksamhet med tillfälliga boenden. Även om det inte alltid bor asylsökande i anläggningarna får man utgå ifrån att anläggningarna står till förfogande i den mån de inte används för andra tillfälliga boenden. Det torde således inte vara svårt för en kontaktperson för anläggning att snabbt kunna ta fram ett underlag för hur många rum som kan stå till förfogande för asylsökande. Även om man inte är på plats under hela tiden kl. 08.00–22.00 utan enbart är tillgänglig åtta timmar per dag torde det fortfarande finnas tid att svara på en förfrågan dagen efter, när man åter är på arbetet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets syfte med kravet i punkt 10.9. Kravet är vidare proportionerligt och hade inte kunnat uppnås på något mindre ingripande sätt.

En part har rätt att häva avtalet om motparten i väsentligt hänseende brister i sina åligganden och underlåter att vidta rättelse inom tio dagar. Astreab anför att den vanliga rättelsetiden är 30 dagar. Förvaltningsrätten konstaterar att grunden för avtalet är att båda parter ska följa de åligganden som avtalats. I aktuell punkt ska en part i väsentligt hänseende bryta mot de åligganden man åtagit sig genom avtalet för att avtalet ska kunna hävas.

Att Migrationsverket stadgat en rättelsetid om tio dagar är därför inte oskäligt, framför allt med tanke på vilken typ av tjänst man upphandlar. Att normal rättelsetid är 30 dagar medför inte att en upphandlande myndighet inte kan ange en annan rättelsetid. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets syfte med kravet i punkt 10.21. Kravet är vidare proportionerligt och hade inte kunnat uppnås på något mindre ingripande sätt.

En uppsägningstid om en månad förefaller inte oskälig. Det rör sig dessutom om uppsägning på grund av att en rättelse inte skett alternativt en omorganisation som väsentligen förändrar förutsättningarna. Det får således anses vara händelser som sker endast i undantagsfall.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets syfte med kravet i punkt 10.22. Kravet är vidare proportionerligt och hade inte kunnat uppnås på något mindre ingripande sätt.

Astreab har dessutom i sitt anbud angett att man accepterar de kommersiella villkoren, varvid bolaget inte kan anses ha lidit skada på grund av de uppställda villkoren.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att Astreab inte visat att Migrationsverket, genom kraven i punkt 10.9, 10.21 och 10.22, brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande EU-rättsliga principerna på ett sätt som inneburit skada för Astreab.

#### *Oskäligt krav på yta*

Av punkt 5.14 i förfrågningsunderlaget framgår att varje person ska ha minst fem kvm bostadsyta i sovrummet. Astreab har anfört att detta krav är

oskäligt och inte objektivt motiverat. Migrationsverket tillhandahåller i sina egna boenden sovrum med mindre yta än fem kvm.

Migrationsverket har anfört att kravet är ställt för att garantera en godtagbar boendemiljö och motverka trångboddhet. Asylsökande har inga andra "egna" utrymmen och kan behöva dela rum med personer man inte känner. Man har från tidigare avtal, där det inte krävts fem kvm bostadsyta per person, sett problem med trångboddhet.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets syfte med kravet i punkt 5.14. Att förutsättningarna har ändrats från tidigare avtal och anläggningar utgör inte i sig en grund för att kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Istället kan det ses som en förbättring utifrån aktuella erfarenheter. En boendeyta på fem kvm får anses rimlig utifrån det Migrationsverket anfört. Förvaltningsrätten finner att kravet i punkt 5.14 framstår som både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet. Astreab kan inte anses ha visat att kravet inte varit nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som uppställt krav eventuellt kan få för Astreab kan inte heller anses vara oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Skallkravet i punkt 5.14 kan således inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Astreab har dessutom i sitt anbud angett att man uppfyller kravet i punkt 5.14, varvid bolaget inte kan anses ha lidit eller komma att lida skada på grund av aktuellt krav.

*Anbuden från Breanäs Invest AB och Scandset Holding AB*

Migrationsverket fattade ett tilldelningsbeslut i aktuell upphandling den 27 augusti 2013. Vid en närmare granskning av anbuden upptäcktes att ytterligare två anbud kvalificerat sig för utvärdering. Ett nytt tilldelningsbeslut

fattades därför den 29 augusti 2013 där även dessa anbud, utöver de i det tidigare tilldelningsbeslutet, tilldelades kontrakt.

Enligt reglerna i LOU kan möjlighet ges att förtydliga eller komplettera ett anbud om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Avseende de två anbud som tillkommit i det senare tilldelningsbeslutet har emellertid inget förtydligande och inte heller någon komplettering av anbuden skett, utan Migrationsverket har gjort en ny granskning av de befintliga anbuden och funnit att de uppfyllt kraven. Astreab har inte visat att Breanäs Invest AB eller Scandset Holding AB inte uppfyller skallkraven.

Av praxis från kammarrätterna följer att en upphandlande myndighet kan rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut så länge som något kontrakt inte har slutits. En rättelse eller omprövning får dock inte ske i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU/LUF eller på sådant sätt att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds förnär (jfr Kammarrättens i Sundsvalls dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06 och Kammarrättens i Jönköpings dom den 29 mars 2011 i mål nr 153–170-11).

Förvaltningsrätten finner att Migrationsverket inte har agerat i strid med bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU eller på annat sätt trätt de grundläggande unionsrättsliga principerna förnär genom att granska de inkomna anbuden på nytt, ompröva och fatta ett nytt tilldelningsbeslut.

#### *Övrigt*

Astreab har anfört att Migrationsverket i aktuell upphandling har lagt till ett antal skallkrav som väsentligen skiljer sig från den tidigare upphandlingen och att samtliga dessa krav strider mot LOU. Astreab har vidare

anfört att Migrationsverket har utnyttjat sin roll som beställare och sin marknadsdominerande ställning för att ställa upp vissa oskäligen krav.

Det är oklart om Astreab menar ytterligare skalkrav än de som nämnts ovan. Förvaltningsrätten finner dock att Astreab inte har visat att det finns skalkrav som strider mot LOU. Vid en offentlig upphandling har den upphandlande myndigheten stora möjligheter att själv bestämma vilka krav som ska ställas så länge kraven är proportionerliga och inte strider mot övriga EU-rättsliga principer eller mot bestämmelserna i LOU. Astreab har inte visat att Migrationsverket i aktuell upphandling har ställt krav som inte varit proportionerliga eller som på annat sätt strider mot bestämmelserna i LOU eller övriga EU-rättsliga principer.

#### *Sammanfattning*

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att vad Astreab anfört i målet inte kan föranleda slutsatsen att Migrationsverket brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande EU-rättsliga principerna. Någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU kan därför inte bli aktuell. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Johanna Blom.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

**Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

**Skrivelsen med överklagande ska innehålla**

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.