



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-10-11
Meddelad i Linköping

Mål nr
4401-17

1

SÖKANDE

Nytida Bärnstenen AB, 556118-6403
Box 1565
171 29 Solna

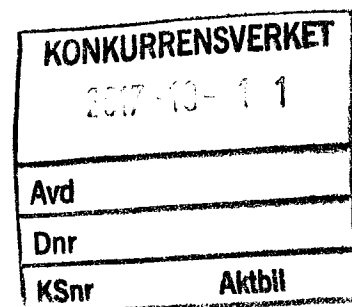
Ombud: Advokat Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Migrationsverket
Rättsenheten
601 70 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Boende för stöd och omvårdnad (dnr 3.2.1-2017-8010) avseende Region Syd och kategori, ett (1), två (2) tre (3), fem (5), sex (6), sju (7) och åtta (8) inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Nytida Bärnstenen AB ska beaktas.

Dok.Id 302547

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför upphandling av ramavtal avseende Boende för stöd och omvårdnad (dnr 3.2.1-2017-8010) genom förenklat förfarande enligt LOU. Upphandlingen omfattar sex områden (Region Syd, Region Väst, Region Öst, Region Stockholm, Region Mitt och Region Nord) som i sin tur är indelade i åtta kategorier. Anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera områden och kategorier. Nytida Bärnstenen AB (Bolaget) lämnade anbud för Region Syd och kategori ett (korttidsplacering, utredning), två (korttidsplacering, rehab), tre (sjukdomstillstånd som kräver omvårdnad), fem (Kognitiv funktionsnedsättning), sex (Demens), sju (fysisk funktionsnedsättning) och åtta (Alkohol- och drogmissbruk) men kvalificerades inte till anbudsutvärderingen. Som skäl angavs att Bolaget inte uppfyller kraven i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget eftersom avtalen (ett samarbetsavtal och ett tilläggsavtal) mellan Ambea AB (Ambea) och Menigo Foodservice AB (Menigo) saknar information om att Bolaget är berättigat att använda sig av avtalen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att ny anbudsutvärdering genomförs varvid Bolagets anbud avseende Region Syd och kategori, ett, två, tre, fem, sex, sju och åtta beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Till anbudet bifogades avtal mellan Ambea och Menigo för att visa att kraven i punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget är uppfyllt. Som det får förstås, med hänsyn till Migrationsverkets skrivning i upphandlingsprotokollet, är avta-

len i sig förenliga med punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget men Migrationsverket anser inte att det finns information om att Bolaget får använda sig av avtalen.

Genom avtalen åtar sig Menigo att leverera livsmedel och dryck till Ambea och dess dotterbolag, vilket tydligt framgår av samarbetsavtalets punkt 1. Meningen med denna form av avtal är att det ska kunna användas av samtliga bolag i Ambeas koncern. Att Bolaget är dotterbolag till Ambea framgår av mejlkonversation mellan Migrationsverket och Ambeas affärsutvecklare. Det framgår även av Ambeas koncernstruktur.

Det anges inte i förfrågningsunderlaget hur en leverantör ska visa att denne är berättigad att använda ett avtal med underleverantör. Det framgår inte heller att det är otillåtet att hänvisa till ett koncernövergripande avtal.

Det är inte rimligt eller proportionerligt att ett dotterbolag blir förkastade i en upphandling för att det hänvisar till ett avtal där det framgår att moderbolaget inklusive dess dotterbolag kan använda sig av avtalet. Detta är särskilt orimligt när anbudsgivande bolag har angett att det är ett dotterbolag i avtalets mening.

Det är således uppenbart att Migrationsverket har handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU och då särskilt proportionalitetsprincipen, likabehandlingsprincipen och transparensprincipen när anbudet förkastades.

Under alla förhållanden har eventuell brist som kan ansetts ha förelegat läkts genom att förtydligande uppgifter lämnades. Migrationsverket begärde in förtydligande gällande dotterbolagen och fick då information om att Bolaget är ett dotterbolag till Ambea och därmed har rätt att använda sig av samarbetsavtalet. Förtydligande avsåg inte att ersätta tidigare lämnade uppgifter utan att konkretisera redan lämnade uppgifter.

Anbudet har förtydligats, trots att detta inte behövts, på så sätt att det tydligare framgår att det finns rätt att använda samarbetsavtalet. Avtalet fanns såväl vid tidpunkten för anbudsinlämnandet som vid den därefter genomförda kontrollen av anbudet. Bekräftelsen av vilka som omfattas av samarbetsavtalet är således ett tillåtet förtydligande av det ursprungliga anbudet. Det kan dessutom noteras att uppgifter som avser sådana uppgifter som finns tillgängligt hos myndigheter har i praxis ansetts utgöra tillåtna kompletteringar och har därmed inte ansetts utgöra ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Det har inte varit möjligt att ur punkten 3.6, eller ur förfrågningsunderlaget i övrigt, utläsa att Migrationsverket skulle förkasta anbudet på grund av att ett samarbetsavtal anger att avtalet är gällande för Bolagets moderbolag inklusive Bolaget. Förfrågningsunderlaget är därför inte tillräckligt transparent.

Det är vidare uppenbart att Migrationsverket har tillämpat skrivningen i förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt som inte kommer till tydligt uttryck i förfrågningsunderlaget eller i andra handlingar vilket i sig inte är transparent. Bolagets rätt att åberopa ett annat företags kapacitet har begränsats på ett sätt som inte är förenligt med LOU. Begränsningen, dvs. att det av avtalet mellan leverantörer och underleverantörer måste framgå namn på båda parterna och att parterna inte får anges i termer som t.ex. dotterbolag till moderbolag, har inte framgått av förfrågningsunderlaget.

Migrationsverket

Enligt punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget krävs att handlingar som visar att underleverantören åtagit sig att ställa kapacitet till leverantörens förfogande för fullgörande av uppdraget bifogas varje anbud. Förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU förutsätter. Anbudsgivare har en skyldighet att omsorgsfullt ta del av

förfrågningsunderlaget (EU-domstolens mål C-599/10) och då särskilt av framställda obligatoriska krav.

Utifrån förfrågningsunderlaget har det stått klart för samtliga anbudsgivare att det förelåg en skyldighet att till anbudet bifoga kopia av samarbetsavtal, skriftliga åtagande eller liknande handling som visar att underleverantör åtagit sig att ställa kapacitet till den specifika leverantörens förfogande för fullgörande av uppdraget och att Migrationsverket inte ska behöva söka efter information eller dra slutsatser av med anbudet inkomna svar och handlingar samt att ofullständiga svar/bevis/godkännande av det som efterfrågas i förfrågningsunderlaget kan komma att förkastas.

Under punkten 3.6 i anbudet har Bolaget uppgett att det avser att använda Menigo som underleverantör för livsmedel och dryck. Bolaget har härvid gett in ett samarbetsavtal mellan Ambea ”inklusive dotterbolag” och Menigo samt ett tilläggsavtal. Bolaget har därmed inte i anbudet vid anbudstillfället visat att den underleverantör som uppgetts i anbudet åtagit sig att ställa sin kapacitet till deras förfogande för fullgörande av uppdraget.

Efter anbudstidens utgång skickade Migrationsverket en begäran om förtydligande till Bolaget. Efter svar från Bolaget kunde det konstateras att anbudet inte uppfyllde det obligatoriska kravet i punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget vid anbudstillfället och att denna brist inte kunnat läkas av Bolaget i efterhand, eftersom detta skulle ha stridit mot likabehandlingsprincipen (jämför Kammarrätten i Göteborgs mål nr 872-12).

Bolaget har haft möjlighet att till sina anbud bifoga handlingar som visat att underleverantören Menigo åtagit sig att ställa sin kapacitet till Bolagets förfogande. Bolaget har inte gjort detta. Anbudet uppfyller därmed inte ställda krav och har rätteligen diskvalificerats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Den nya lagen ska enligt övergångsbestämmelserna tillämpas på upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 och den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentligt upphandling är därför tillämplig.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

Av 15 kap. 12 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 15 kap. 15 a § LOU framgår följande. En leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkten 3.6 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande. I det fall att leverantören avser använda underleverantör för att genomföra uppdraget ska detta anges, samt vilken del av uppdraget som underleverantören ska utföra. Leverantören ska ange namn och organisationsnummer på underleverantören. 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.

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget i denna del är klart och tydligt utformat. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU på grund av bristande transparens i förfrågningsunderlaget finns därmed inte.

Frågan blir därmed om Bolaget har visat att åberopad underleverantör ställt sin kapacitet till Bolagets förfogande för fullgörande av uppdraget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det under punkt 1 i samarbetsavtalet anges att avtalet avser Ambea inklusive dotterbolag med verksamhet i Sverige. Förvaltningsrätten finner därför att det utifrån avtalets utformning framgår att underleverantören har ställt sin kapacitet till förfogande för Ambeas dotterbolag.

Migrationsverket har efter anbudstidens utgång begärt ett förtydligande från Bolaget med förklaring av förhållandet mellan Bolaget och Ambea. I svar uppgav Bolaget bl.a. följande. Bolaget ingår i koncernen Ambea. Ambea bedriver i Sverige sin verksamhet inom Ambea Sweden Group med dotterbolag där Bolaget är ett av dem. De underleverantörer som Ambea skrivit avtal med innefattar samtliga dotterbolag i koncernen inklusive Bolaget.

Förvaltningsrätten anser att Bolagets förtydligande om att det är dotterbolag till Ambea visar att Bolagets anbud uppfyllde kraven i förfrågningsunderlagets punkt 3.6 vid anbudstillfället. Förtydligandet utgör enligt rättens mening en tillåten komplettering.

Migrationsverket har således inte haft fog för att diskvalificera Bolaget från anbudsutvärdering på den i upphandlingsprotokollet angivna grunden. Förvaltningsrätten finner att Bolaget till följd av detta lidit eller i vart fall riskerat att lida skada och skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därför. Eftersom bristen är hänförligt till kvalificeringsfasen är rättelse en tillräcklig åtgärd. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska göras varvid Bolagets anbud ska beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Lovisa Forsblad
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Robert Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.