



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2015-07-22  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
3366-15

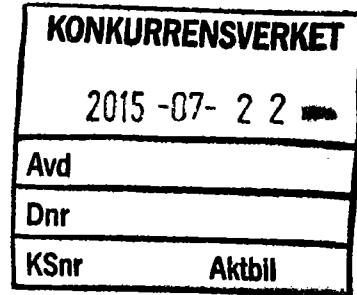
**SÖKANDE**

Phima Care Aktiebolag, 556460-6472

Ombud: advokaten Tomas Eliasson  
Advokatfirman Delphi i Malmö AB  
Stora Nygatan 64  
211 37 Malmö

**MOTPART**

Migrationsverket, 202100-2163  
Verksamhetsområde Rättslig styrning  
Rättsenheten  
601 70 Norrköping



**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avvisar Phima Care Aktiebolags ansökan i de delar där avtal har slutits för Område 4 Mitt mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 215941

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

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, Område 4 Mitt dnr 3.2.2-2015-1877 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 52 leverantörer har tilldelats plats i rangordning, däribland Phima Care Aktiebolag (Bolaget). Enligt rangordningen som bifogats tilldelningsbeslutet framgår att Bolagets anbud gällande anläggningen Fliken har tilldelats plats 53 i rangordningen avseende grundutförande, boendeform 2.

Bolaget har den 19 maj 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om utan att Migrationsverket tillämpar belastningsvärde.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan.

Migrationsverket har för Område 4 Mitt slutit avtal med 16 leverantörer, se bilaga 1.

### VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

#### *Bolaget*

Migrationsverket har handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att Bolagets anbud påförts ett belastningsvärde, trots att anbudet inte ger sakligt skäl till detta och trots att påförandet av belastningsvärde inte syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har lidit skada då jämförelsepriset blir väsentligt högre än det lämnade anbudspriset.

Belastningsvärdet som påförs är 180 kr och det är så högt att det i praktiken innebär att avtal sannolikt inte kan komma ifråga. Enligt 12 kap. 1 §

LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Verket har valt att tillämpa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriteriet nr 2 "Kommunal fördelning understiger fastställt fördelningstal" tar inte på något sätt hänsyn till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriteriet strider därför mot 12 kap. 1 § LOU.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka anbudsområden som skulle påföras ett belastningsvärde varför förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Bolaget har inte kunnat anpassa anbudet efter förutsättningarna i upphandlingen. Om Bolaget hade vetat att anläggningar i Norbergs kommun skulle påföras belastningsvärde, hade Bolaget kunnat välja att lägga anbud i en annan kommun alternativt lämna ett annat anbudspris eller avstå från att delta i upphandlingen. Genom att endast de anbudsgivare som lämnar anbud i vissa områden påförs belastningsvärden, strider utvärderingskriteriet även mot likabehandlingsprincipen.

Syftet med det aktuella kriteriet är att fördela asylboenden i förhållande till befolkningsmängd och att begränsa antalet boendeplatser för asylsökande i kommuner med liten befolkningsmängd. Detta hade kunnat göras utan aktuellt kriterium.

### *Migrationsverket*

I samband med att omfattningen av de upphandlade boendena ökat kraftigt under framförallt 2014 har vissa kommuner fått ett stort antal boendeplatser i förhållande till befolkningsmängd. Det har i sin tur i vissa fall inneburit svårigheter för kommuner att till de asylsökande tillhandahålla exempelvis skola, vård och omsorg inom föreskriven tid, samt i tillräcklig omfattning. Det finns ett behov av att i samband med upphandling försöka undvika att det i vissa kommuner uppstår en alltför stor mängd boendeplatser i förhållande till befolkningsmängd, om det är möjligt. Därför har den

kommunala fördelningen beaktats i upphandlingen och därigenom har hänsyn tagits till andra myndigheters möjligheter att uppfylla sina lagenliga skyldigheter. Syftet är att säkerställa att Sveriges åtaganden enligt EU:s mottagningsdirektiv att tillhandahålla skola inom viss tid uppfylls, samt att i övrigt tillmötesgå de asylsökandes grundläggande behov såsom vård, skola och omsorg. Av Migrationsverkets uppdrag från regeringen framgår det även att Migrationsverket i möjligaste mån ska beakta kommunernas behov av goda planeringsförutsättningar för sin verksamhet.

I upphandlingen har Migrationsverket tillämpat ett kvalitetskriterium, i form av ett fördelningstal, som fastställs efter lämplighetsbedömning utifrån Migrationsverkets uppdrag. Om en anläggning ligger i en kommun som överskrider ett fördelningstal har anbudet påförts ett pristillägg, ett s.k. belastningsvärde, i samband med utvärderingen av själva anbudet. Målet med detta är att en oproportionerlig fördelning av boendeplatser framöver ska motverkas. Förfrågningsunderlaget innehåller en utförlig och tydlig information om formeln för beräkning av fördelningstal. Fördelningstalet har använts för att bestämma om respektive kommunal fördelning understiger fastställt fördelningstal, vilket avgör om belastningsvärdet ska påföras anbudspriset eller inte. Eftersom nämnda formel kräver information från anbudstidens slutdatum, var det inte möjligt att i förfrågningsunderlaget ange vilka anbudsområden som skulle påföras belastningsvärde.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Utredningen i målet*

#### *Förfrågningsunderlaget*

Av punkt 1.4 "Målet med direktupphandlingen" framgår följande. Målet med direktupphandlingen är att för respektive boendeform i upphandlingen upprätta rangordningar för ett eventuellt avtalstecknande. Observera att en

plats i rangordningen inte garanterar att avtal kommer att tecknas utan det är helt kopplat till eventuellt behov. Se avsnitt 2.3.

Av punkt 2.2 "Delad upphandling" framgår bl.a. följande. Upphandlingen består av två delar och anbud kan lämnas för boendeform 1 och/eller boendeform 2. – Leverantörerna kommer att rangordnas för boendeform 1 respektive boendeform 2 inom detta geografiska område. Migrationsverket förbehåller sig rätten att vid avtalstecknande välja inom vilket geografiskt område samt inom vilken boendeform avtal ska tecknas.

Av punkt 2.3 "Avtal" framgår bl.a. följande. Avtalet innebär att förfrågan kommer att ske enligt rangordning för respektive boendeform och ett avtal upprättas för viss tid. Avtal får som lägst gälla tom 2016-05-21. Beläggning sker utifrån behovet och leverantör som står överst i rangordningen får beläggning först.

Av punkt 9 "Kvalificering, prövning och utvärdering" framgår bl.a. följande. En grundförutsättning för att ett lämnat anbud ska kunna beaktas vid utvärderingen är att leverantören uppfyller samtliga ska-krav – oavsett om kravet avser krav på leverantören, efterfrågade tjänster eller avtalsvillkoren. Anbud som inte uppfyller ska-kraven eller innehåller reservationer kommer att förkastas/uteslutas. Prövningen av anbud kommer att genomföras i tre (3) på varandra följande steg. – Gällande "Steg III Utvärdering", som såvitt får förstås även gäller Område 4, framgår bl.a. följande. Utvärdering sker enligt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud per boendeform och utförande (grundutförande, option 1 respektive option 2) där tre utvärderingskriterier kommer att beaktas: utvärderingskriterium 1 är pris (anbudssumma), utvärderingskriterium 2 är kommunal fördelning understiger fastställt fördelningstal och utvärderingskriterium 3 är prisavdrag för brandskyddsnivå Vk 4 enligt BBR 21. Utvärdering sker enligt följande formel: Anbudssumma + eventuellt belastningsvärde - eventuellt avdrag

för brandskyddsnivå Vk 4 enligt BBR 21 = Jämförelsetal. – Gällande ”Utvärderingskriterium 2: Kommunal fördelning understiger fastställt fördelningstal” framgår bl.a. följande. Vid första utvärderingstillfället kommer följande formel att användas. Den kommunala fördelningen ska understiga fastställt fördelningstal (utvärderingskriterium 2). Nedan finns formeln för beräkning av fördelningstal.

- Inskrivna per 1 000 invånare.
- Senaste befolkningsstatistiken (31/3 2014 eller senast tillgänglig statistik SCB).
- Dagsaktuellt antal inskrivna asylsökande i en kommun oavsett boendeform, dvs. antalet inskrivna asylsökande vid anbudstidens slutdatum. Därefter subtraheras de avtalade platser (befintliga platser vid anbudstidens utgång 2015-03-24) som tecknas utifrån de tidigare direktupphandlingarna och som upphör att gälla 2015-05-21. Slutligen adderas de i denna upphandling kvalificerade platser. Detta sker för att få ett relevant resultat av fördelningen av asylsökande inklusive resultatet av denna upphandling.
- Anläggningsboende samt eget boende (ABO/EBO).
- Väntevärdesriktig estimator (jfr UnBiased).
- Väntevärdesriktig, utifrån median, oberoende av fördelning.
- Sista kvartilen undantas, motsvarar 5 procent av kommunerna.

Tidpunkt för underlaget för beräkning av fördelningstal är sista anbudsdag (2015-03-24). Migrationsverket kommer att utdela belastningsvärde, dvs. höja anbudssumman om ett anbud överstiger fastställt fördelningstal enligt utvärderingskriterium 2. Anbudet påförs i detta fall 180 kr vid utvärderingen. Observera att detta är en fiktiv summa som endast används vid utvärderingen, och inte påverkar eventuellt avtalspris. Dock påverkas det jämförelsetal som ligger till grund för rangordningen. Migrationsverket utdelar samma belastningsvärde oavsett boendeform. – Anbud med lägst jämförelsetal bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga i upphandlingen.

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

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

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska 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. Överprövning av en upphandling får inte ske efter det att avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

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

*Förvaltningsrättens bedömning*

*Ramen för förvaltningsrättens prövning*

Av befintlig utredning i målet framgår att Migrationsverket har ingått avtal med 16 leverantörer avseende Område 4 Mitt. Fråga uppkommer därför inledningsvis i vilken utsträckning förhållandet att Migrationsverket ingått

avtal kan anses utgöra hinder mot att pröva den aktuella ansökan om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att det beslut om tilldelning som fattats den 12 maj 2015 tillsammans med tillhörande rangordning får anses vara ett beslut om 52 igångsatta direktupphandlingar som kan bli föremål för överprövning. Detta beslut bör, för det fall inget avtal slutits med en konkret leverantör, betraktas som en viljeförklaring från Migrationsverkets sida att vid behov senare ingå kontrakt med de utpekade leverantörerna och utgör således ett led i var och en av de direktupphandlingar som Migrationsverket ämnar utföra för att erhålla tillräckligt med boendeplatser för Område 4 Mitt.

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

#### *Bolagets invändningar*

Bolagets anbud gällande anläggningen Fliken har tilldelats plats 53 i rangordning för grundutförande, boendeform 2. Vid anbudsutvärderingen har Migrationsverket använt en utvärderingsmodell med ett s.k. belastningsvärde. Bolaget, vars anbud har påförts belastningsvärdet, menar att anbudet påförts belastningsvärdet utan sakligt skäl samt att det inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som antas när hänsyn tas till belastningsvärdet. Vidare har Bolaget anfört att modellen med belastningsvärde strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen.



Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Migrationsverket använder sig av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund och tre utvärderingskriterier kommer att beaktas, bl.a. utvärderingskriterium 2 kommunal fördelning understiger fastställt fördelningstal. Ett belastningsvärde om 180 kr kommer att påföras ett anbud som överstiger fastställt fördelningstal enligt utvärderingskriterium 2. Av förfrågningsunderlaget framgår även vilka punkter som beräkningen av fördelningstal baseras på samt vilken tidpunkt som är avgörande för beräkningen. Vidare framgår det att ett jämförelsetal kommer att räknas fram genom att anbudssumma ökas med eventuellt belastningsvärde samt minskas med eventuellt avdrag för brandskyddsnivå, samt att anbud med lägst jämförelsetal bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av 15 kap. 16 § andra stycket LOU, med hänvisning till 12 kap. 1 § andra stycket, framgår att den upphandlande myndigheten vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet.

Den uppräknade av omständigheter som kan ligga till grund för utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som anges i 12 kap. 1 § andra stycket LOU är endast exemplifierande och det finns inga krav på att varje omständighet ska vara av rent ekonomisk art. Den upphandlande myndigheten får i princip fritt välja utvärderingskriterier under förutsättning att den upphandlande myndigheten inte ges en obegränsad valfrihet vid tilldelning av kontrakt (se Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling, En kommentar (1 juli 2013), kommentaren till 12 kap. 1 §).

Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. Detta medför bl.a. att krav och utvär-

deringskriterier ska tillämpas likadant gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Utöver öppen och direkt diskriminering av vissa leverantörer eller varor är det också förbjudet att vidta åtgärder som indirekt eller potentiellt har motsvarande verkan. Detta kan till exempel vara att en upphandlande myndighet eller enhet använder krav eller utvärderingskriterier i en upphandling som i formellt hänseende är likabehandlande men som i praktiken utesluter eller favoriserar vissa leverantörer/varor och det saknas en sakligt godtagbar koppling mellan kraven/utvärderingskriterierna och föremålet för upphandlingen. Principen om transparens syftar bl.a. till att garantera att upphandlingen kringgärdas av sådan offentlighet att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 39 f.).

Utifrån det som anges i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten inte att Bolaget har påförts belastningsvärdet utan sakligt skäl. Användningen av belastningsvärde i utvärderingsmodellen kan i och för sig försvåra möjligheterna för leverantörer, med anläggningar i kommuner där många asylsökande är inskrivna, att rangordnas högt i upphandlingen. Med hänsyn till vad Migrationsverket anfört om skälen för utvärderingsmodellen i denna del bedömer förvaltningsrätten dock att utvärderingskriterium 2 har en klar koppling till föremålet för kontraktet, tillfälliga boenden för asylsökande, och att valet av utvärderingsmodell i denna del är sakligt grundat. Det som Bolaget har anfört innebär inte heller att Migrationsverket skulle ha getts utrymme för skönmässiga bedömningar vid beräkningen av fördelningstalet. Förvaltningsrätten bedömer vidare att det som anges om utvärderingskriterium 2 är tillräckligt tydligt angivet för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det som Bolaget har anfört innebär sammanfattningsvis inte att Migrationsverket, genom användningen av belastningsvärde i sin utvärderingsmodell, har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU. Vad Bolaget anfört kan därmed inte leda till någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås i denna del.

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

Mats Edsgården

Föredragande har varit Christine Lindström.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**Förteckning över tecknade avtal i Migrationsverkets upphandling av  
tillfälligt boende för asylsökande nr 7, Område 4 Mitt**

ACM Real Estate AB

Bergmansgården Förvaltnings AB (Bergmansgården Grängesberg)

Gylleby Herrgård AB

Resurskompaniet i Sverige AB

Hotell Linblomman AB

Fastighets KB Grönlandsvägen 24 i Malung

Hero Sverige AB (Hero Nygård, Hero Gesundaberget)

Carewell Group AB (Hotell Vildmarken, Kung Karlsgården, Kratte Masugn)

Backbergs Fastigheter AB

Fastighetsbolaget Bergviken AB

Rämsbyn AB

Förvaltningsbolaget Åtorps Herrgård AB

Mistol AB

Tofta Snickeri Aktiebolag (Sonya Hotell & Restaurang, Hotell Svedjegården)

TMP i Uppsala AB

FRANK HOUGEN



# 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.