



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-06-16
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3390-15

SÖKANDE

Hotell Amigo Aktiebolag, 556105-3967
Järnvägsgatan 14
361 30 Emmaboda

MOTPART

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

KONKURRENSVERKET	
2015-06-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar Hotell Amigo Aktiebolags ansökan om överprövning i de delar där avtal har slutits för Område 1 Syd mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Dok.Id 210826

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, Område 1 Syd dnr 3.2.2-2015-1874 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 34 leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Migrationsverket har för Område 1 Syd slutit 14 avtal, se bilaga 1. Enligt upphandlingsprotokollet till tilldelningsbeslutet uppfyller Hotell Amigo Aktiebolag (Bolaget) inte kravet enligt punkt 3.5. med motiveringen att Bolaget ej har angivit fastighetsägare som underleverantör.

Bolaget har den 20 maj 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att tilldelningsbeslutet ska rättas och att Bolaget ska få tilldelning.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Bolaget, som lämnat in anbudet i eget namn, äger fastigheterna Emmaboda Pionen 1 och Emmaboda Linden 6. Det finns således ingen fastighetsägare som är underleverantör. Bolaget kan inte göras ansvarig för att Migrationsverket har begått förfel och uppgett att Bolaget inte uppfyller kraven i punkt 3.5 och sedan ändra sitt beslut till att avse punkt 3.7. Det framstår som en efterhandskonstruktion. Det framgår tydligt av punkt 1.1. i bifogat aktieöverlåtelseavtal att Bolaget äger fastigheterna.

Migrationsverket

Bolaget har i sitt anbud inte uttryckligen angett att bolaget äger de aktuella fastigheterna och har under alla förhållanden inte bifogat någon sådan handling som efterfrågas i punkten 3.7 i förfrågningsunderlaget, exempelvis kopia av lagfart. Bolaget har till anbudet endast bifogat ett aktieöverlåtelseavtal, vilket inte styrker att bolaget äger fastigheterna. Bolaget har först i samband med ansökan om överprövning lämnat in handlingar som visar att bolaget är lagfaren ägare av de aktuella fastigheterna. Bolaget har således inte till anbudet bifogat någon handling som styrker att bolaget äger de aktuella fastigheterna. Bolagets anbud uppfyllde därmed inte skalkravet i punkten 3.7. Den omständigheten att Migrationsverket i upphandlingsprotokollet angivit att det är kravet i punkten 3.5 som inte uppfylls saknar betydelse och förklaras av att det först i samband med ansökan om överprövning framkommit att det istället är kravet i punkten 3.7 som inte uppfylls.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

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. 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).

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget

Av punkt 2.2 "Delad upphandling" framgår bl.a. att leverantören ska ange anläggningens namn, fastighetsbeteckning/fastighetsbeteckningar samt vilken kommun som anläggningen är belägen i.

Av punkt 3.7 "Lagfart eller hyreskontrakt" framgår följande. Leverantören ska äga eller hyra den fastighet som ska nyttjas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i denna upphandling för den aktuella perioden, dvs. till och med den 21 maj 2016. Minst en av följande handlingar ska bifogas anbudet: Lagfart, fullständiga köpehandlingar, hyreskontrakt eller villkorat hyresavtal för aktuell anläggning (fastighet/fastigheter). Villkorat köpeavtal accepteras ej.

Bolagets anbud

Av Bolagets svar på punkt 2.2. i förfrågningsunderlaget framgår att Bolaget har uppgivit fastighetsbeteckningarna Emmaboda Pionen 1 och Emmaboda Linden 6.

Av Bolagets svar på punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget framgår att Bolaget har bekräftat att kraven i den aktuella punkten uppfylls.

Bolaget har till sitt anbud bifogat ett aktieöverlåtelseavtal, som avser överlåtelse av samtliga aktier i Bolaget. I punkt 1.1. i avtalet anges bl.a. att Bolaget är lagfaren och civilrättslig ägare av fastigheterna Emmaboda Linden 6 och Emmaboda Pionen 1.

Förvaltningsrättens bedömning

Ramen för förvaltningsrättens prövning

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

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

Vad beträffar de direktupphandlingar som avslutats genom avtal innebär således dessa avtal ett processuellt hinder för överprövning av upphand-

lingen. Bolagets ansökan ska därför avvisas i de delar där avtal har slutits mellan Migrationsverket och leverantörer som anges i bilaga 1. Beträffande de 20 övriga påbörjade direktupphandlingarna, för vilka enligt befintlig utredning avtal ej tecknats, är förvaltningsrätten däremot inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning.

Uppfyller Bolaget skall-kraven?

Bolaget har i sitt anbud angett att fastighetsbeteckningarna för anläggningen är Emmaboda Pionen 1 och Emmaboda Linden 6. Enligt upphandlingsprotokollet blev Bolaget uteslutet ur upphandlingen på grund av att Bolaget inte hade angett fastighetsägaren som underleverantör. Såvitt framgår är parterna numera ense om att Bolaget är ägare till fastigheterna och att Bolaget därmed inte har behövt ange någon underleverantör i sitt anbud. Migrationsverket menar dock att Bolaget ändå inte uppfyller skall-kraven då Bolaget inte har bifogat någon handling som styrker att Bolaget äger de aktuella fastigheterna. Migrationsverket gör gällande att Bolagets anbud därmed inte uppfyller skall-kravet i punkt 3.7. Bolaget har anfört att Migrationsverket inte kan ändra sitt beslut från att avse punkt 3.5 till att avse punkt 3.7.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av Migrationsverkets upphandlingsprotokoll endast framgår att Migrationsverket har angivit att Bolaget inte uppfyller kravet i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget. Migrationsverket har således inte gjort någon bedömning av om Bolaget uppfyllde övriga skallkrav. Mot denna bakgrund, samt då frågan som Bolaget väckt med sin ansökan om överprövning av upphandling – frågan om Bolagets anbud skulle ha förkastats eller inte - inte har ändrats, anser förvaltningsrätten att rätten kan pröva Migrationsverkets invändning att Bolaget inte uppfyller kravet i punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget (jfr Asplund m.fl., Överprövning av

upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 309 ff.).

Bolaget har i anbudet intygat att kravet på att Bolaget ska äga eller hyra aktuella fastigheter är uppfyllt. Av punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget framgår det dock även att minst en av följande handlingar ska bifogas anbudet: lagfart, fullständiga köpehandlingar, hyreskontrakt eller villkorat hyresavtal för aktuell anläggning (fastighet/fastigheter). Förvaltningsrätten konstaterar att det är ett obligatoriskt krav att till anbudet bifoga någon av de angivna handlingarna.

Bolaget har endast bifogat ett aktieöverlåtelseavtal angående överlåtelse av samtliga aktier i Bolaget. Detta är inte en sådan handling som efterfrågas i förfrågningsunderlaget och Bolaget har därmed inte uppfyllt ställt skalkrav. Det har därmed funnits skäl att utesluta Bolaget ur upphandlingen. Migrationsverket har därför inte brutit mot någon bestämmelse eller grundläggande princip i LOU på sätt som har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därmed avslås i övrigt.

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


Kristina André Lilja

Föredragande har varit Christine Lindström.



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 beivra 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.