



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-08-07
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3482-15

KLAGANDE

Sultat Hotell Aktiebolag, 556715-4629
Fredsgatan 10
172 33 Sundbyberg

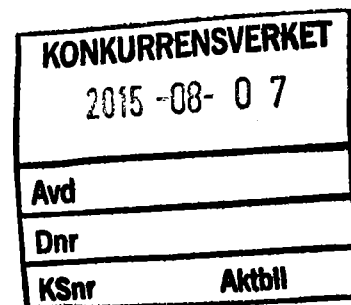
Ombud: Advokat Annika Kenning
Kenning Advokatbyrå AB
Box 12
133 21 Saltsjöbaden

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 Sultat Hotell Aktiebolags ansökan om överprövning i de delar där avtal har slutits för Område 3 Öst mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Dok.Id 215316

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 direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, Område 3 Öst dnr 3.2.2-2015-1876 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 16 leverantörer har tilldelats plats i rangordning. Migrationsverket har för Område 3 Öst slutit avtal med 7 leverantörer, se bilaga 1.

Sultat Hotell Aktiebolag (Bolaget) har den 21 maj 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att ny kvalificering av anbuden ska ske på sådant sätt att anbudet från Bolaget anses kvalificerat och således ska ingå i utvärderingen, varefter upphandlingen kan avslutas. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT***Bolaget******Angående uteslutningen av Bolaget***

Migrationsverket har i e-post den 19 maj 2015 angett att det är kravet i punkt 3.7 som inte uppfyllts. Bolaget har skickat med lagfart för aktuell anläggning. Vidare har ett hyreskontrakt medskickats och det torde ha stått klart för verket att det var ett uppenbart misstag att hyresavtal för annan anläggning bifogats. Verket har tidigare tagit del av gällande hyresavtal för Brage 1 och är således medvetet om att ett sådant sedan tidigare existerar. Bolaget borde ha fått korrigera detta. Det relevanta är dock att det som har

efterfrågats är medskick av en av de efterfrågade handlingarna, vilket Bolaget har gjort. Enligt verket ska ordet ”eller” inte tolkas enligt sin ordalydelse utan ska istället ha betydelsen ”och/eller”. Förfrågningsunderlagets skrivning är tydlig och det har inte funnits anledning för anbudsgivare att frångå den ordinarie innebörden av ordet ”eller”. Även begreppet ”och/eller” lämnar utrymme för att endast inge en av de uppräknade handlingarna.

Angående direktupphandling

Upphandlingen är inte en förfrågan om att hyra utan en sammansatt tjänst som inte kan direktupphandlas. Verket har ställt specificerade krav på boende vilket krävt omfattande och kostsamma ombyggnationer som inte kan betraktas som en hyresgästs normala krav på ett allmänt hyresförhållande. Upphandlingen ska därför bedömas som en entreprenad på vilken hyresundantaget inte är tillämpligt.

Verket har angivit synnerliga skäl som orsak till direktupphandlingen. Trenden med ett kraftigt ökande behov av tillfälliga boenden har förekommit under lång tid. Redan i början av 2013 pekade verkets prognos på att antalet behövande skulle öka mer än förväntat. Sannolikt har denna trend varit känd redan tidigare. Det förekom även då ett antal överprövningar som gjorde att de ordinarie upphandlingarna inte kunde slutföras i tid. Under 2014 genomfördes i vart fall sex direktupphandlingar med angivande av synnerliga skäl trots att verket under lång tid varit medvetna om ovan nämnd utvecklingsriktning samt den tid överprövningsprocessen kan ta. Att då, som synes, systematiskt fortsätta att inte i tid och med angivande av alltför begränsat antal platser upphandla enligt LOU på sedvanligt vis måste anses som uppseendeväckande. Verket har följaktligen under lång tid förfarit på ett tämligen vårdslöst sätt. Mängden ansökningar om överprövningar är också kännetecknande för verket och inte minst detta faktum

borde ha lett till förändringar i upphandlingshanteringen och framförhållningen.

Migrationsverket

Angående uteslutningen av Bolaget

Under punkten 3.7 i förfrågningsunderlaget står tydligt att leverantören ska äga eller hyra fastigheten för verksamheten. Det står också bl.a. att kopia av lagfart, fullständiga köpehandlingar, hyreskontrakt eller villkorat hyresavtal ska bifogas anbudet för att styrka kravet.

Ordet ”eller” i punkt 3.7 betyder ”och/eller”. Det senare är ett uttryck som normalt ska undvikas enligt skrivregler. Det står inte ”antingen eller” i punkt 3.7. Det är tydligt att fler än en av handlingarna kan behöva bifogas eftersom det angivna syftet är att styrka kravet på att äga eller hyra fastigheten. Bolaget har inte bifogat rätt hyresavtal varför alla skall-krav inte är uppfyllda.

Angående direktupphandling

Direktupphandling får enligt 15 kap. 3 § LOU ske om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Omständigheterna vid tiden för Förvaltningsrätten i Linköpings domar i mål nr 4352-14 och 5723-14, där rätten fann att verket i vart fall haft synnerliga skäl att köpa in boendeplatser genom direktupphandling, råder fortfarande. Verket har tidigare genomfört annonserade upphandlingar för att köpa in boendeplatser för asylsökande, men dessa har försenats och inte kunnat avslutas till följd av domstolsprövningar. Den senaste annonserade upphandlingen har inte kunnat avslutas då kammarrätten fortfarande har ett öppet mål om överprövning av det senaste rättade tilldelningsbeslutet. Överprövningsproces-

sen har pågått i sammanlagt nästan två år. Verket har alltjämt ett stort behov av boendeplatser. I verkets senaste prognos från april beräknas att cirka 80 000 personer kommer att söka asyl i Sverige under 2015. Enligt huvudscenariot kommer antalet inskrivna i mottagningen ha ökat till 95 000 personer i slutet av året vilket är fler än den tidigare högsta noteringen från 1993 (89 800 inskrivna). Vidare kommer cirka 55 000 personer vara inskrivna i verkets anläggningsboende vid årets slut. Platsbehovet väntas öka under sommaren och hösten. Överprövningsprocessen har varit osedvanligt lång och behovet av boendeplatser är beroende av yttre faktorer i omvärlden. Trots verkets prognoser och annan planering går inte alla situationer att förutse eller råda över. Det är inte möjligt för verket att göra en ny annonserad ramavtalsupphandling innan överprövningsprocessen beträffande den förra är avgjord. Verket har i vart fall haft synnerliga skäl för att använda upphandlingsformen direktupphandling för att anskaffa boendeplatser.

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., 2 kap. och 16 kap. LOU.

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.

Av 2 kap. 23 § LOU framgår att med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Av 15 kap. 3 § LOU framgår bl.a. följande. En offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Direktupphandling får dock användas om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling 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 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.

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 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. – Vidare anges att kopia av lagfart, fullständiga köpehandlingar, hyreskontrakt eller villkorat hyresavtal ska bifogas anbudet för att styrka kravet.

Bolagets anbud, inklusive bilagor

Av svaret på punkt 2.2 framgår att anläggningens namn är Brage och att fastighetsbeteckningen är Brage 1, Strängnäs kommun.

Till sitt anbud har Bolaget bifogat bl.a. följande handlingar.

- Ett samarbetsavtal/hyreskontrakt av vilket det framgår att Bolaget förbinder sig att till Jokarjo AB ställa sin hyrda fastighet Brage 1 i Strängnäs till förfogande och att Jokarjo AB förbinder sig att uppfylla Migrationsverkets krav gällande bemanning och catering av mat.
- Ett hyresavtal där Sultat Holding AB anges som fastighetsägare, Svenska Hem Arena AB anges som hyresgäst och fastigheten Bredablick 1 anges som upplåtelseobjekt.
- En handling med fastighetsinformation – lagfaren ägare av vilken det framgår att Svenska Hem i Bromma Mark NR VII AB är lagfaren ägare till fastigheten Strängnäs Brage 1.

Förvaltningsrättens bedömning

Ramen för förvaltningsrättens prövning

Av befintlig utredning i målet framgår att Migrationsverket har ingått avtal med 7 leverantörer avseende Område 3 Öst. 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 får anses vara ett beslut om 16 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 3 Öst.

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 ej tecknats, är förvaltningsrätten däremot inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning.

Bolagets invändningar

Angående direktupphandling

Bolaget har gjort gällande att Migrationsverket inte har haft rätt att direktupphandla. Med hänsyn till att Bolagets invändning rörande val av upphandlingsform, för det fall den vinner bifall, kan medföra att upphandlingen, såvitt avser ej tecknade kontrakt, måste göras om prövar förvaltningsrätten först frågan om Migrationsverket har haft rätt att direktupphandla nu aktuella tjänster (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12).

Det är Migrationsverket som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling (se prop. 2009/10:180 s. 344 med hänvisning till prop. 2001/02:142 s. 99).

Migrationsverket har gjort gällande att det har förelegat synnerliga skäl för att använda upphandlingsformen direktupphandling och har som skäl för detta anfört att verket tidigare har genomfört annonserade upphandlingar för att köpa in boendeplatser till asylsökande men att dessa har försenats och inte kunnat avslutas p.g.a. överprövning i domstol. Migrationsverket har vidare anfört att behovet av boendeplatser är beroende av yttre faktorer i omvärlden och att det trots prognoser och annan planering inte går att förutse eller råda över alla situationer.

Migrationsverket har en skyldighet att ordna boende till de asylsökande som har behov av det. Förvaltningsrätten konstaterar att Migrationsverket sedan 2013 genomför en ramavtalsupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Efter ansökningar om överprövning av upphandlingen har Kammarrätten i Jönköping meddelat dom den 3 juli 2015 (mål 3692-14). Domstolsprövningarna gällande denna ramavtalsupphandling har således pågått under lång tid och får anses ha gått utöver vad Migrationsverket har haft att räkna med inom ramen för sitt planeringsansvar. Migrationsverket har vidare anfört att Migrationsverket inte kan göra en ny annonserad ramavtalsupphandling innan överprövningsprocessen gällande upphandlingen från 2013 har avslutats. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta Migrationsverkets uppgifter i denna del.

Enligt Migrationsverkets uppgifter är behovet av boendeplatser beroende av yttre faktorer i omvärlden och antalet inskrivna personer i mottagningen i slutet av 2015 kommer att ha ökat till en ny högsta notering sedan 1993. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att behovet av tillfälliga bo-

enden för asylsökande även har blivit större än vad Migrationsverket haft anledning att räkna med. Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att Migrationsverket har haft synnerliga skäl för att använda sig av direktupphandling för att tillgodose behovet av tillfälliga boenden för asylsökande. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte på den grunden att Migrationsverket skulle ha genomfört en otillåten direktupphandling.

Angående uteslutningen av Bolaget

Enligt punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget ska leverantören äga eller hyra den fastighet som ska nyttjas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i upphandlingen. Vidare framgår det att leverantören ska styrka detta genom att bifoga minst en av de i förfrågningsunderlaget angivna handlingarna. Förvaltningsrätten konstaterar att detta är obligatoriska krav. Mot bakgrund av att det anges att minst en av de angivna handlingarna ska bifogas anser förvaltningsrätten att det framgår att det, för att uppfylla kravet, kan krävas att flera handlingar lämnas in och att det avgörande är om leverantören har styrkt att fastigheten ägs eller hyrs.

Bolaget har angett fastighetsbeteckningen Brage 1, Strängnäs kommun, i sitt anbud. Till anbudet har Bolaget bifogat en handling som visar vem som är lagfaren ägare till fastigheten. Av denna handling framgår det inte att Bolaget äger eller hyr fastigheten. Bolaget har även bifogat ett hyresavtal, som dock avser en annan fastighet än den som Bolaget angivit i sitt anbud, samt ett samarbetsavtal/hyreskontrakt, som endast anger att Bolaget ställer fastigheten till förfogande till ett annat företag. Inte heller dessa handlingar styrker därmed att Bolaget äger eller hyr fastigheten Brage 1 i Strängnäs kommun. Bolaget har därmed inte uppfyllt de obligatoriska kraven som uppställs i förfrågningsunderlaget. Det har således funnits skäl att utesluta Bolaget ur upphandlingen. Det som bolaget anfört medför inte att det har förelegat en skyldighet för Migrationsverket att tillåta Bolaget att komplet-

tera sitt anbud. Migrationsverket har således inte, på de av bolaget anförda skälen, brutit mot någon bestämmelse eller grundläggande princip i LOU på sätt som har medfört att Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Sammanfattning

Vad Bolaget har anført medför inte att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. De delar av Bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen som inte ska avvisas ska därför avslås.

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

Kristina André Lilja

Föredragande har varit Christine Lindström.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

**Förteckning över tecknade avtal i Migrationsverkets upphandling av
tillfälligt boende för asylsökande nr 7, Område 3 Öst**

Asperman Bygg & Hyr AB

Bogruppen i Östergötland AB

Boxbo

CarlMike ab

JOKARJO AB (Bodafors och Hotell Stallet)

Sultat Hotell Aktiebolag (Flygeln och Mälarblick)

Svasbo AB



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.

