



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-23
Meddelad i Linköping

Mål nr
4042-16

SÖKANDE

Hushållningssällskapet Kalmar - Kronoberg - Blekinge, 262000-0071
Flottiljvägen 18
392 41 Kalmar

Ombud: Advokaten Andreas Öhlin
Advokatfirman Glimstedt Kalmar Växjö HB
Skeppsbrogatan 49
392 31 Kalmar

MOTPARTER

1. Jokarjo AB
Box 286
532 24 Skara

Ombud: Advokaten Lars Schmidt
Advokatfirman Schmidt & Co AB
Järnvägsgatan 12
532 30 Skara

2. Migrationsverket, 202100-2163

Ombud: Advokaten Toralf Hällén
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Kalmars län (dnr. 3.2.1-2016-41271) avseende boendeform B får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering, varvid anbudet från Jokarjo AB inte får beaktas.

KONKURRENSVERKET	
2017-01-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 261209

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Migrationsverket genomför upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Kalmars län (dnr. 3.2.1–2016–41271). Upphandlingen genomförs i form av ett förenklat förfarande. Upphandlingen omfattar sju olika boendeformer (A–G) med olika kontraktstider och anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera av dessa delområden. Den 13 juni 2016 meddelade Migrationsverket ett rättat tilldelningsbeslut enligt vilket bl.a. anbud från Jokarjo AB och Hushållningssällskapet Kalmar-Kronoberg-Blekinge (Hushållningssällskapet) antogs avseende boendeform B.

Hushållningssällskapet ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser kontrakt för boendeform B och yrkar att förvaltningsrätten beslutar om att rättelse på så sätt att Jokarjo AB:s anbud avseende ”Anläggning Högsby ram3” inte ska beaktas.

Migrationsverket och Jokarjo AB bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Hushållningssällskapet

Migrationsverkets beslut omfattar dels den egna anläggningen Helgesbo, dels anläggningen Solhöjden på fastigheten Elsabo 1:5 som disponeras enligt hyresavtal med Elsabo Herrgård KB. Överenskommelsen med Elsabo Herrgård KB framgår av ett skriftligt hyreskontrakt den 18 april 2016, vilket åberopades vid inlämnandet av anbudet. Hyreskontraktet avser 300 boendeplatser och är villkorat av tilldelning av ramavtal.

Jokarjo AB lämnade även anbud avseende samma anläggning, Solhöjden på fastigheten Elsabo 1:5, och fysiska boendeplatser. Jokarjo AB har emellertid inte styrkt sin rätt att nyttja nämnd fastighet genom hyreskontrakt eller vill-

korat hyreskontrakt. Bolaget har i stället åberopat ett samarbetsavtal daterat den 13 november 2014. Enligt samarbetsavtalet följer avtalet Migrationsverkets avtalstid. Denna skrivning ska dock ses mot bakgrund av den upphandling som genomfördes 2014 och som ersätts med nu aktuell upphandling. Anläggningen har tidigare upplåtits till Jokarjo AB men Elsabo Herrgård KB önskade i samband med den nu aktuella upphandlingen byta hyresgäst. Vidare är det aktuella samarbetsavtalet inget hyresavtal då det t.ex. inte anger vilken ersättning som ska utgå. Detta är ett grundläggande krav för att ett hyresavtal ska anses föreligga. Av samarbetsavtalet framgår även att avtalet förutsätts kompletteras med ett sedvanligt hyreskontrakt i vilka parternas närmare åtaganden ska beskrivas. Om parterna inte skulle enas om dessa åtaganden eller om hyresnivån skulle något hyresavtal inte komma till stånd. Något sådant hyreskontrakt är inte heller längre aktuellt eftersom Elsabo Herrgård KB har hyrt ut fastigheten. Jokarjo AB har därmed inte följt det obligatoriska kravet att styrka sin nyttjanderätt genom hyreskontrakt eller villkorat hyreskontrakt.

Det har även under upphandlingen klarlagts att det inte är möjligt att lämna flera anbud på samma fysiska boendeplatser. Så har skett i aktuellt fall. Jokarjo AB har emellertid inte styrkt rätten att nyttja boendeplatserna på det sätt som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Ställföreträdare för Elsabo Herrgård AB har i e-post den 10 juni 2016 bekräftat att det inte finns något hyreskontrakt mellan Jokarjo AB och Elsabo Herrgård KB för aktuell upphandling.

Hushållningssällskapet riskerar att lida skada om inte rättelse vidtas då Hushållningssällskapet inte kan förväntas få tilldelning av boendeplatser på fastigheten eftersom Jokarjo AB:s jämförelsepris är lägre än det Hushållningssällskapet offererat.

Migrationsverket

Jokarjo AB har lämnat anbud avseende fastigheten Elsabo 1:5. Till anbudet bifogades ett samarbetsavtal samt en lagfart avseende ifrågavarande fastighet. Av samarbetsavtalet följer att Elsabo Herrgård KB förbinder sig att till Jokarjo AB ställa sin kapacitet till förfogande med adress Elsabo Herrgård. Vidare framgår att avtalet gäller från den dag Migrationsverket godkänt anläggningen och tecknat avtal med Jokarjo AB. Avtalet följer Migrationsverkets avtalstid. Samarbetsavtalet är att betrakta som totalentreprenad. Med detta menas att avtalet är att betrakta som ett helhetsåtagande för Elsabo Herrgård KB att ställa sin kapacitet till förfogande. Hushållningssällskapet anför att samarbetsavtalet inte är ett hyresavtal eftersom det t.ex. inte anger vilken ersättning som ska utgå. Det ska noteras att det av hänvisad doktrin rätteligen framgår att för att hyresavtal ska föreligga måste någon form av ersättning utgå. Detta rekvisit har ställts upp för att avgränsa å ena sidan hyresfria dispositioner mot å andra sidan sådana dispositioner som omfattas av 12 kap. jordabalken. Som anförts så följer det av samarbetsavtalet att Elsabo Herrgården KB förbinder sig att ställa sin kapacitet till förfogande. Det är således inte fråga om en sådan hyresfri disposition som faller utanför 12 kap. jordabalken. Bifogad lagfart utvisar även att Elsabo Herrgård KB har beviljats lagfart för fastigheten. Jokarjo AB har således ingivit den dokumentation som erfordrats för att kunna påvisa att anbudsgivaren disponerar över fastigheten. Jokarjo AB:s anbud har därmed uppfyllt ställda krav och rätteligen kvalificerats för anbudsutvärdering.

För det fall Migrationsverket hade hanterat nu aktuell situation – där två leverantörer varav ingen är fastighetsägare lämnat anbud avseende samma anläggning – på det sätt Hushållningssällskapet synes förorda hade båda anbudsgivarna uteslutits ur upphandlingen varvid Hushållningssällskapet inte lidit eller riskerat att lida skada.

Jokarjo AB

Jokarjo AB ansluter sig till vad Migrationsverket anfört i målet.

Samtliga obligatoriska krav är uppfyllda och företaget har därmed rätt att få bli antagen som leverantör.

Även om Hushållningssällskapet uppfyller samtliga ska-krav har Jokarjo AB en bättre rankning och får i konsekvens därmed tilldelning före Hushållningssällskapet. Hushållningssällskapet riskerar därför inte att lida skada i den mening som förstås i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Tillämpliga bestämmelser m.m.**

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.

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 HFD 2016 ref 37 framgår att när en upphandlande myndighet valt att kräva att anbudsgivare uppfyller vissa obligatoriska krav avseende efterfrågad tjänst eller vara ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud. Om den upphandlande myndigheten under

upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. När tiden för att lämna anbud har löpt ut har myndigheten enligt 9 kap. 8 § LOU vissa möjligheter att tillåta eller begära en komplettering eller ett förtydligande av lämnade anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Om myndigheten bedömer att dessa bestämmelser inte ger utrymme för en komplettering, är det i princip inte möjligt att godta ett sådant anbud.

Förvaltningsrättens bedömning

I punkten 3.5 i förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska äga eller hyra den fastighet, d.v.s. ha tillgång till fastigheten, som ska användas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i upphandlingen. Leverantören ska vid anbudsingivandet styrka att denne har tillgång till fastigheten genom lagfart, fullständiga köpehandlingar eller hyreskontrakt för aktuell anläggning (fastighet/fastigheter) som visar att anbudsgivaren disponerar fastigheten. Vid hyreskontrakt/villkorat hyreskontrakt ska även lagfart eller fullständiga köpehandlingar för aktuell anläggning (fastighet/fastigheter) bifogas.

Vad gäller innebörden av det obligatoriska kravet rörande disponerande av fastighet för vilken bevisning avkrävs enligt ovan kan följande sägas. Utifrån kravets ordalydelse finns det två alternativa sätt som en anbudsgivare kan disponera erbjuden fastighet. Anbudsgivaren kan antingen själv äga fastigheten eller också kan anbudsgivaren hyra fastigheten av annan. Begreppet hyra bör härvidlag, i brist på annan definition i förfrågningsunderlaget, ansluta till den legala innebörden av ett sådant avtalsförhållande enligt Jordabalken. För att ett hyresavtal ska vara för handen krävs därvid att parterna ingått en överenskommelse genom vilken ett hus eller del av hus upp-

låtits för nyttjande mot ersättning (se 12 kap. 1 § första stycket Jordabalken).

Med beaktande av det ovan angivna är frågan i målet huruvida Jokarjo AB genom sitt anbud har förmått visa att bolaget hyr den fastighet, Elsabo 1:5, som offererats i upphandlingen för boendeform B.

Till styrkande av att Jokarjo AB disponerar över fastigheten Elsabo 1:5 har Jokarjo AB ingett ett samarbetsavtal med Elsabo Herrgård KB av den 13 november 2014. Vid genomgång av detta avtal kan konstateras att det inte innehåller något villkor om ersättning. Härtill anges det i avtalet (§ 4) att överenskommelsen förutsätts kompletteras med ett sedvanligt hyreskontrakt. Noteras bör även att samarbetsavtalet slöts långt innan nu aktuell upphandling annonserades. I målet är även upplyst att ställföreträdare för fastighetsägaren i juni 2016 har uttryckt att något hyresförhållande med Jokarjo AB inte förelåg vid nämnd tidpunkt. Allt sammantaget finner förvaltningsrätten att det aktuella samarbetsavtalet inte kan anses styrka att Jokarjo AB vid anbudstidpunkten hade tillgång till erbjuden fastighet genom ägande eller hyra. Jokarjo AB uppfyller således inte det obligatoriska kravet i punkten 3.5.

Mot ovan angivna bakgrund finner förvaltningsrätten att Migrationsverket har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att ha låtit Jokarjo AB:s anbud gå vidare till utvärderingsfasen. Hushållningssällskapet har för samma fastighet rangordnats efter Jokarjo AB vid tilldelning av kontrakt för boendeform B i upphandlingen och har därmed lidit skada genom Migrationsverkets agerande. Det finns därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Vad gäller val av ingripande åtgärd kan följande sägas. En grundprincip inom offentlig upphandling är att en upphandlande myndighet, i enlighet

med likabehandlings- och transparensprincipen, inte får efterge eller bortse från obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget vid prövning av inkomna anbud. En medveten avvikelse från det annonserade förfrågningsunderlaget bör kunna anses skada upphandlingens konkurrensuppsökande skede varvid upphandlingen ska göras om (jfr t.ex. HFD 2016 ref 37 II). I de fall den upphandlande myndigheten istället bedöms ha felaktigt kvalificerat en anbudsgivare vid sin tillämpning av innehållet i det offentliggjorda förfrågningsunderlaget bör dock den mildare formen av åtgärd, rättelse, komma ifråga.

Av vad som framförts i målet har inte annat framkommit än att Migrationsverket gjort en prövning av Jokarjo AB:s anbud utifrån innehållet i offentliggjort förfrågningsunderlag. Det har med andra ord i målet inte framkommit att Migrationsverket medvetet valt att förändra innehållet i aktuellt krav för att tillåta andra upplåtelseformer än ägande och hyra. Det aktuella felet avser således brister i Migrationsverkets utvärdering av anbudet vid den enskilda tillämpningen av det publicerade kravet ifråga. Eftersom bristen därmed inte kan anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt med en rättelse och då i form av en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Jokarjo AB inte får beaktas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.