



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-01-26
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2814-16

1

KONKURRENSVERKET	
2017-01-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE
Migrationsverket

Ombud: Advokat Toralf Hällen och jur.kand. Gustav Nittby
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm

MOTPART
Nordic Camping & Resort AB, 556618-9873

Ombud: Advokat Christofer Morales och jur.kand. Annika Blomqvist
Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 8 september 2016 i mål nr
3959-16, se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen ska göras om i den del som avser boendeform C och avropsavtalstid sex månader.

Dok.Id 199908

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN

Migrationsverket yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Nordic Camping & Resort AB:s ansökan om överprövning.

Nordic Camping & Resort AB (Nordic Camping) motsätter sig i första hand ändring av förvaltningsrättens dom och yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

VAD PARTERNA ANFÖR

Migrationsverket

Det skulle kunna göras gällande att leverantörer enligt förfrågningsunderlaget inte får disponera fastigheten på annat sätt än genom ägande eller hyra. Eftersom Migrationsverket inte har förutsett alla tänkbara sätt som en fastighet kan disponeras på, har det dock godtagit disposition på andra sätt. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen har detta emellertid endast gällt om motsvarande krav i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget varit uppfyllda, dvs. att anbudsgivaren visat att den faktiskt disponerar och har tillgång till fastigheten. En omsorgsfull anbudsgivare måste ha förstått att Migrationsverket krävde att få se dels en lagfart, dels någon form av avtal genom vilket anbudsgivaren får tillgång till fastigheten från den i lagfarten angivna fastighetsägaren.

Det är orimligt att kravet på bevisning endast skulle gälla när fastigheten disponeras genom ägande eller hyra. Vid arrende skulle i så fall inte heller något arrendeavtal behöva ges in, utan det skulle räcka att anbudsgivaren påstår att den disponerar fastigheten. Trots att det inte framgår av förfrågningsunderlagets ordalydelse, har Nordic Camping insett att det ålegat bolaget att ge in arrendeavtal. Det har dock glömt att ge in lagfart eller fullständiga köpehandlingar.

Av anbudshandlingarna framgår det inte att Hammarö kommun medgett att Hammarö Turistcenter AB arrenderar ut fastigheten till Nordic Camping. Avtalet med kommunen medger inte heller att fastigheten används som asylboende. Även av dessa skäl har Nordic Camping inte uppfyllt kravet på att disponera fastigheten.

Nordic Camping

Enligt punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget ska tillgång till fastigheten styrkas genom lagfart, köpehandlingar eller hyreskontrakt. Det finns inget krav på att bifoga någon annan handling. Vidare anges att vid hyreskontrakt eller villkorat hyreskontrakt, ska även lagfart eller fullständiga köpehandlingar bifogas. Det står ingenting om att motsvarande krav på lagfart gäller när fastigheten disponeras på annat sätt. Det strider mot principerna om transparens och likabehandling att i efterhand lägga till krav som inte uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget. Det är anmärkningsvärt att Migrationsverket tycks vilja påskina att anbudsgivare som inte "förstått" den icke angivna önskingen om lagfart inte skulle vara omsorgsfulla. Om förfrågningsunderlaget ska ges den innebörden, har det inte varit tillräckligt klart och tydligt formulerat.

Förfrågningsunderlaget innehåller inget krav som innebär att Nordic Camping ska lämna in skriftligt underlag som visar att kommunen medgett vidareupplåtelse. Det finns inte heller något krav på att det av arrendeavtalet ska framgå att Nordic Camping får bedriva tillfälligt boende för asylsökande. Migrationsverkets tolkning av avtalet strider mot dess ordalydelse och avtalsparternas uppfattning om avtalsvillkorens innebörd. Dessutom ligger Migrationsverkets påståenden i denna del utanför kammarrättens prövningsram.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Principen om öppenhet eller transparens innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i förfrågningsunderlaget ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, *Pizzo*, punkt 36).

Det anges i första stycket i punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget att leverantören vid anbudsingivandet ska styrka att den har tillgång till fastigheten. Enligt andra stycket styrks detta genom lagfart, fullständiga köpehandlingar eller hyreskontrakt som visar att anbudsgivaren disponerar fastigheten. I tredje stycket föreskrivs att vid hyreskontrakt eller villkorat hyreskontrakt, ska även lagfart eller fullständiga köpehandlingar bifogas.

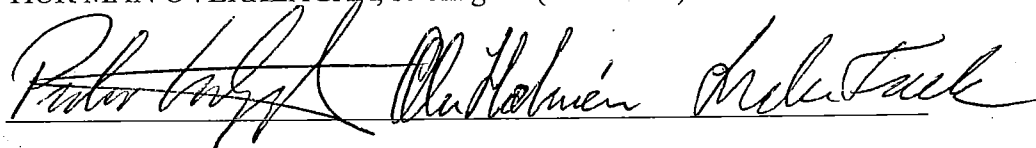
Formuleringen att leverantören ska *styrka* att den har tillgång till fastigheten måste, enligt kammarrättens mening, uppfattas som att det finns ett krav på bevisning oavsett hur fastigheten disponeras. Däremot kan det ifrågasättas om det tillräckligt tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vilken bevisning som krävs från leverantörer som disponerar fastigheten genom arrende.

Leverantörens tillgång till fastigheten ska enligt förfrågningsunderlaget styrkas genom lagfart, fullständiga köpehandlingar eller hyreskontrakt. Eftersom det inte anges att detta är exempel, kan det uppfattas som att uppräknningen är uttömmande och att bl.a. arrendeavtal inte godtas. Enbart lagfart eller köpehandlingar skulle emellertid inte styrka leverantörens tillgång till fastigheten om den disponeras genom arrende. Om förfrågningsunderlaget i stället tolkas som att även arrendeavtal kan godtas, uppkommer frågan om ytterligare handlingar i så fall krävs. Det anges uttryckligen att den som hyr fastigheten ska ge in både hyreskontrakt och

lagfart eller fullständiga köpehandlingar, men någon motsvarande formulering för arrende finns inte.

Migrationsverket har gjort gällande att punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget ska tolkas som att motsvarande krav gäller för leverantörer som disponerar fastigheten genom arrende som för leverantörer som hyr fastigheten. Enligt kammarrättens bedömning skulle emellertid inte alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare göra en så extensiv tolkning. För leverantörer som disponerar fastigheten genom arrende är förfrågningsunderlaget således så ottydligt att Migrationsverket måste anses ha brutit mot principen om transparens. Detta har medfört att Nordic Camping lidit skada. Eftersom bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet, ska upphandlingen göras om i den del som målet gäller.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Kammarrättslagmannen Peder Liljeqvist (ordförande), kammarrättsrådet Ola Holmén (referent) och tf. kammarrättsassessorn Linda Funk har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Albert Pettersson/A



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-08
Meddelad i Linköping

Mål nr
3959-16

SÖKANDE

Nordic Camping & Resort AB, 556618-9873

Ombud: Annika Blomqvist och Christofer Morales
Advokatfirman DLA Piper Sweden KB
Box 7315
103 90 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163

Ombud: advokaterna Anna Arp och Toralf Hällen, och Gustav Nittby
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 beslutar att upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277) avseende boendeform C för avropsavtalstid sex månader får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Nordic Camping & Resort AB:s anbud prövas utifrån förutsättningen att krav på bevisning i 3.5 anbudsformuläret inte omfattar disposition av fastighet i form av arrendeavtal.

Dok.Id 261973

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

ANSÖKAN M.M.

Migrationsverket genomför upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277) genom förenklat förfarande enligt LOU. Upphandlingen omfattar sju olika boendeformer (A–G) med olika kontraktstider. Anbud har kunnat lämnas på ett eller flera av dessa delområden. Nordic Camping & Resort AB (Bolaget) har lämnat anbud avseende boendeform C för avropsavtalstid sex månader.

Den 23 juni 2016 har ett tilldelningsbeslut fattats i upphandlingen. Det framgår att Bolaget inte har kvalificerats för att gå vidare till utvärdering. Som skäl anges följande. 3.5, lagfart finns ej bifogat i anbudet.

Bolaget yrkar i ansökan om överprövning i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Bolagets anbud tas upp till utvärdering för boendeform C avropsavtalstid sex månader och i andra hand att upphandlingen beträffande boendeform C avropsavtalstid sex månader ska göras om.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget har i anbudet offererat anläggningen Mörudden Camping & Stugby som är belägen på fastigheten Hammarö Klöverud 1:20. För att styrka tillgång till fastigheten har Bolaget bifogat ett anläggningsarrendeavtal och ett arrendeavtal. Av anläggningsarrendeavtalet framgår att Hammarö kommun med arrende upplåter fastigheten till Hammarö Turistcenter AB i 25 år fr.o.m. 2007. Av arrendeavtalet framgår att Hammarö Turistcenter AB utarrenderar fastigheten till Bolaget. Arrendeavtalet löper t.o.m. 2021.

Det saknas uttryckligt krav på att bifoga lagfart när anbudsgivaren har tillgång till fastigheten genom arrendeavtal. Bolaget har vidare i anbudet angett att Hammarö kommun är fastighetsägare. Utifrån de lämnade uppgifterna har Migrationsverket mycket lätt kunnat kontrollera detta.

Om förfrågningsunderlaget ska tolkas på så sätt att lagfart ska bifogas vid arrendeavtal, brister förfrågningsunderlaget i transparens. Det är vidare oproportionerligt att uppställa krav på lagfart, eftersom tillgång till fastigheterna styrks redan genom ingivna arrendeavtal.

Migrationsverket

Migrationsverket har accepterat att anbudsgivare disponerar fastigheten genom andra former av nyttjanderätt än hyra, t.ex. arrende, tomträtt och koncession. Detta under förutsättning att avtal har ingåtts med rätt fastighetsägare. Det har hänt att återopade hyreskontrakt tecknats med annan än fastighetsägaren. Därför är det nödvändigt att anbudsgivare styrker vem som är fastighetsägare. Kravuppfyllelse ska enligt 3.5 förfrågningsunderlaget styrkas genom att lagfart eller fullständiga köpehandlingar bifogas till varje anbud. Det har varit lämpligt och nödvändigt, men inte särskilt ingripande, att efterfråga en utskrift från Lantmäteriet.

Samtliga anbud vari anbudsgivare har återopat tillgång till fastigheten på annat vis än genom eget ägande har likabehandlats. Migrationsverket har i dessa fall krävt att anbudsgivaren ska ge in lagfart eller fullständiga köpehandlingar. Bolaget har inte gett in lagfart eller fullständiga köpehandlingar som styrker att Hammarö kommun äger fastigheten på vilken verksamheten ska bedrivas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagrum

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget

I anbudsföreläret anges bl.a. följande.

2.7 Ramavtal

Upphandlingen avser ramavtal som kommer att tecknas per boendeform och avropsavtalstid med flera leverantörer. Ramavtalet innebär att avrop/beställning kommer att ske utifrån rangordning i respektive boendeform och avropsavtalstid och avropsavtal upprättas för viss tid.

3.5 Disponerande av fastighet (fastighetsägare)

Leverantören ska äga eller hyra, dvs. ha tillgång till, den fastighet 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.

Förvaltningsrättens bedömning

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 (se HFD 2016 ref 37).

Vad gäller innebörden av det obligatoriska kravet rörande disponerande av fastighet för vilken bevisning avkrävs enligt ovan kan konstateras att parterna i målet är eniga om att disposition av berörd fastighet i form av arrende i sig är förenligt med grundkravet i punkt 3.5. att "Leverantören ska äga eller hyra, dvs. ha tillgång till, den fastighet som ska användas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i upphandlingen". Det förvaltningsrätten har att pröva är således om det utifrån denna för parterna gemensamma utgångspunkt i målet finns något krav på bevisning att en sådan förfoganderätt föreligger och om så, vad sådan bevisning ska innehålla (jfr RÅ 2009 ref 69).

Kravet på bevisning enligt punkt 3.5 omfattar enligt förvaltningsrätten endast de fall då erbjuden fastighet disponeras antingen genom ägande eller ett hyresförhållande med tredje man. Något krav att inge bevisning i form av lagfart eller fullständiga köpehandlingar i de fall som aktuell fastighet istället disponeras med stöd av ett arrendeavtal föreligger därmed enligt kravets

ordalydelse inte. Mot denna bakgrund har Migrationsverket inte haft fog för att förkasta Bolagets anbud på den grunden att Bolaget till sitt anbud inte bifogat någon av nämnda handlingar. Med beaktande av att Migrationsverket, som ovan framhållits, har valt att acceptera disposition i form av arrende av offererad fastighet har också Bolaget lidit skada till följd av att dess anbud förkastats på angiven grund. Därmed har grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU mot upphandlingen framkommit.

Med beaktande av det angivna finner förvaltningsrätten att upphandlingen i den del som avser boendeform C och avropsavtalstid sex månader ska rättas på så sätt att Bolagets anbud ska prövas utifrån förutsättningen att krav på bevisning i 3.5 anbudsformuläret inte omfattar disposition av fastighet i form av arrendeavtal.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Föredragande: Carl Hultsberg



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.