



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2015-07-21
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3354-15

KONKURRENSVERKET	
2015-07-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Olle Lind Golv AB, 556265-9911

Ombud:

advokaterna Jan Andersson, Ulrika Dahlberg och Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

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 Olle Lind Golv AB:s ansökan om överprövning i de delar där avtal har slutits för Område 3 Öst mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 19 maj 2015 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 213690

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 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. Enligt upphandlingsprotokollet till tilldelningsbeslutet uppfyller Olle Lind Golv AB:s (Bolaget) anbud inte kravet på ekonomisk ställning enligt punkt 3.5.

Bolaget har den 19 maj 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Bolagets anbud tas upp till prövning och tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten har den 19 maj 2015 meddelat ett interimistiskt förordnande i målet.

I yttrande som inkom den 19 maj 2015 har Bolaget yrkat att förvaltningsrätten ska besluta att de avtal som verket har slutit är ogiltiga. Detta yrkande hanteras i mål nr 3484-15. I yttrande som inkom den 1 juni 2015 har Bolaget uppgett att det Bolaget gjort gällande angående otillåten direktupphandling inte är relevant för förevarande mål utan att den frågan hanteras i mål nr 3484-15.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Angående uteslutningen av Bolagets anbud

Bolaget angav bl.a. J.S Management AB (J.S.) som underleverantör i sitt anbud. J.S. uppfyller kraven på kreditvärdighet vilket framgår av utdrag från olika kreditupplysningsföretag. Enligt verket äger J.S. 25 procent av den fastighet som skulle användas till asylboendet. Resterande del om 75 procent ägs enligt verket av tre privatpersoner. Den 16 mars 2015 fick Bolaget dock information om att J.S. skulle komma att förvärva fastigheten den 20 mars 2015 och därmed äga den ensamt, varför det saknades skäl att ange ytterligare underleverantörer. Fastigheten har överlåtits den 20 mars 2015. En giltig överlåtelse kräver inte registrering hos Lantmäteriet utan övergång av fastighetens ägare sker i omedelbart samband med att fastigheten överläts. Det finns inget krav i upphandlingen att det ska vara fråga om lagfaren ägare. J.S. var ensam fastighetsägare vid tidpunkten för när Bolaget lämnade sitt anbud. Det finns inget krav på att bifoga bevis på vem som är fastighetsägare genom överlåtelseavtal eller utdrag ur fastighetsregistret. Hyresavtalet som Bolaget tecknat är dessutom tecknat enbart med J.S.

Om rätten anser att Migrationsverket hade fog att förkasta Bolagets anbud pga. att bevis om fastighetsägare saknas gör Bolaget gällande att förfrågningsunderlaget i den delen är otydligt då det inte har angetts tydligt att sådant bevis skulle bifogas. Om det hade angetts tydligt, hade Bolaget skickat med ett överlåtelseavtal. Bolaget har därmed mist möjligheten att lämna ett fullständigt anbud och har därmed lidit skada.

Angående Bolagets övriga invändningar mot förfrågningsunderlaget

Skrivningen i punkt 2.9 innebär att verket godtyckligt kan avgöra om en anbudsgivare ska förkastas eller uteslutas. Detta strider mot de allmänna principerna.

I punkt 3.3 anges att leverantören ska vara ett välskött företag. Vad som avses med ett välskött företag anges dock inte. Kravet är otydligt och verket har gett sig själv en fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet enligt praxis. Om förfrågningsunderlaget hade varit upprättat i enlighet med LOU, hade Bolaget haft möjlighet att förutse kraven och därmed möjlighet att utforma anbudet på annat sätt.

Punkten 5 har utformats på ett sätt som gör att verket godtyckligt kan ta bort en anbudsgivare genom att självt avgöra var ifrån centrum på anläggningen ska räknas och var ifrån entrén på boende byggnaden ska räknas.

Vad gäller kraven i punkten 5.1 och punkten 9 är det oklart hur utvärderingen av anbuderna kommer att ske och skillnaderna i anbudssummorna blir mycket stor om vissa leverantörer lämnar pris endast på grundutförandet medan andra leverantörer lämnar pris på såväl grundutförande som option.

Migrationsverket

Angående uteslutningen av Bolagets anbud

I punkten 3.5 i förfrågningsunderlaget står tydligt angivet att fastighetsägaren alltid är att betrakta som underleverantör. Det står också att för det fall en underleverantör är en privatperson eller av annan anledning inte kan erhålla kreditrating måste en borgensförbindelse enligt punkt 3.3 bifogas

anbudet. J.S. äger 25 procent av fastigheten som skulle användas till asylboende. Övrig del, 75 procent av fastigheten, ägs emellertid av tre privatpersoner, vars namn framgår av hyreskontraktet. För dessa fastighetsägare har inga borgensförbindelser bifogats anbudet. Kravet enligt 3.5. är därmed inte uppfyllt.

Enligt punkt 3.7 ska leverantören styrka att leverantören äger eller hyr fastigheten. Den enda handling som har bifogats anbudet är ett hyreskontrakt från 2013 som omfattar även de tre tidigare delägarna. Bolaget har nu gjort gällande att J.S. förvärvade hela fastigheten den 20 mars 2015. Till anbudet borde ha bifogats antingen kopia av lagfart eller fullständiga köpehandlingar samt ett hyresavtal med enbart Bolaget och J.S. som parter. Det framgår tydligt av såväl syftet med punkten som den uttryckliga ordalydelsen. Det av Bolaget ingivna hyreskontraktet är dessutom motstridigt med fritextinformationen som anges i anbudet, där bara J.S. anges som fastighetsägare.

Angående Bolagets övriga invändningar mot förfrågningsunderlaget

Det som anförts som grunder till Bolagets yrkande att upphandlingen ska göras om gäller inte Bolaget varför skaderekvisitet inte är uppfyllt.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget

Av punkten 3.3 "Ekonomisk ställning" framgår bl.a. följande. Leverantören ska vara ett välskött företag (exempelvis aktiebolag, handelsbolag, kommanditbolag, ekonomisk förening, stiftelse, dock ej privatperson) med

sund och stabil ekonomi. Leverantören ska vid tiden för anbudets inlämnande lägst inneha ratingen "Kreditvärdig" enligt CreditSafe eller motsvarande rating från annat kreditupplysningsföretag som har tillstånd enligt Kreditupplysningslag (1973:1173). Upphandlingsenheten kotrollerar själv att leverantören uppfyller kravet på rating. För det fall att leverantören har en lägre rating eller inte kan erhålla rating ska en borgensförbindelse bifogas anbudet. [---] OBSERVERA att eventuellt borgensåtagande ska bifogas anbudet. [---]

Av punkt 3.5 "Underleverantör" framgår bl.a. följande. För det fall att leverantören avser använda underleverantör för att genomföra väsentlig del av uppdraget ska detta anges samt vilken del av uppdraget som underleverantören ska utföra; exempelvis fastighetsförvaltare, fastighetsägare, catering (kosthållning), bemanning mm. Observera att om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren är denne alltid att betrakta som underleverantör. [---] Migrationsverket kommer att kontrollera att punkt 3.1, 3.2 och 3.3 i förfrågningsunderlaget uppfylls av underleverantören. Leverantören ska bifoga kopia på samarbetsavtal, skriftligt åtagande eller liknande handling som visar att underleverantören åtagit sig att ställa kapacitet till leverantörens förfogande för fullgörande av uppdraget. Handlingen ska vara undertecknad av behörig företrädare för underleverantören. Observera att för det fall att underleverantören är privatperson eller av annan anledning inte kan erhålla rating, måste borgensförbindelse enligt punkt 3.3 bifogas.

Av punkt 3.7 "Lagfart eller hyreskontrakt" framgår bl.a. 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. Kopia av lagfart, fullständiga köpehandlingar, hy-

reskontrakt eller villkorat hyresavtal ska bifogas anbudet för att styrka kravet.

Bolagets anbud inklusive bilagor

Som svar på punkt 3.5 har Bolaget bl.a. angett att en underleverantör är J.S., som är fastighetsägare som står för uthyrningen av fastigheten, samt att hyresavtal bifogas.

Som svar på punkt 3.7 har angetts att kraven är uppfyllda samt att hyreskontrakt bifogas.

Av till anbudet bifogat hyreskontrakt framgår bl.a. följande. Uthyrare är J.S., hyrestagare är Bolaget och hyresobjekt är fastigheten Stavsjö 2:81 Nyköpings län. Kontraktet är undertecknat av J.S. och Bolaget. Till anbudet har även fyra skrivelser med följande lydelse bifogats. Hereby I confirm as owner of 25 % of Stavsjö 2:81 that Olle Lind Golv is renting Stavsjö 2:81 according the contract dated 130323. En skrivelse är undertecknad av J.S. och de övriga tre är undertecknade av tre olika privatpersoner.

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.

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

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).

Den som gör gällande att en upphandling är felaktig ska klargöra på vilket sätt de påstådda bristerna medfört skada eller risk för skada för honom. Domstolen kan pröva om skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt innan domstolen gör en prövning av om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU (jfr HFD 2013 ref. 53).

*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 det 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 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 få tillgång till 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 inte tecknats, är förvaltningsrätten däremot inte processuellt hindrad att pröva ansökan om överprövning.

Vad gäller det Bolaget anfört om att verket genomfört en otillåten direktupphandling konstaterar förvaltningsrätten att Bolaget uttryckligen angett att den frågan inte är relevant i förevarande mål utan att den hanteras i mål

nr 3484-15. Förvaltningsrätten kommer därför inte att pröva frågan om direkupphandling i förevarande mål.

Bolagets invändningar

Angående uteslutningen av Bolagets anbud

I punkt 3.5 i förfrågningsunderlaget uppställs krav på att leverantören, om denne avser att använda underleverantör för att genomföra väsentlig del av uppdraget, ska ange detta. Det anges även att om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren är denne alltid att betrakta som underleverantör. Vidare uppställs krav på att till anbudet bifoga en handling som styrker att underleverantören åtar sig att ställa kapacitet till Bolagets förfogande för fullgörande av uppdraget. I punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget anges som krav att leverantören ska äga eller hyra fastigheten som ska nyttjas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i upphandlingen samt att bevis, i form av minst en av de i förfrågningsunderlaget angivna handlingarna, ska bifogas anbudet.

I detta fall är det ostridigt att Bolaget inte äger den aktuella fastigheten. I enlighet med förfrågningsunderlaget har det därmed ålegat Bolaget att ange fastighetsägaren som underleverantör, att inge åtagande från fastighetsägaren samt att inge bevis på att Bolaget hyr fastigheten. I sitt anbud har Bolaget angett att J.S. är underleverantör då J.S. är fastighetsägare och står för uthyrningen av fastigheten, samt angett att ett hyreskontrakt bifogas för att styrka att underleverantören åtar sig att ställa kapacitet till Bolagets förfogande för fullgörande av uppdraget. Bolaget har vidare bekräftat att kravet på att Bolaget äger eller hyr den aktuella fastigheten är uppfyllt samt angett att ett hyreskontrakt bifogas för att styrka detta.

Hyreskontraktet som har bifogats är ingånget mellan Bolaget och J.S. Till anbudet har dock även bifogats fyra skrivelser som hänvisar till hyreskontraktet. Av skrivelserna framgår att fastigheten ägs av J.S. och tre privatpersoner med 25 procent vardera samt att J.S. och privatpersonerna bekräftar att fastigheten hyrs av Bolaget enligt hyreskontraktet.

De av Bolaget ingivna handlingarna ger enligt förvaltningsrättens mening inte stöd för annat än att fastigheten ägs av J.S. och de tre privatpersonerna tillsammans. Någon skyldighet för Migrationsverket att kontrollera att lämnade uppgifter i sig är riktiga kan inte anses ha förelegat, eftersom det inte funnits anledning att ifrågasätta uppgifterna (jfr. Asplund m.fl. , Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Stockholm 2012, s. 210). Om Bolaget i samband med anbudsinlämnandet hade velat göra gällande att ägarförhållandet var ett annat än det som framkommer av de handlingar som Bolaget ingivit, har det ålegat Bolaget att, i enlighet med punkt 3.7, styrka att hyresförhållandet var ett annat. Förvaltningsrätten anser därför att verket utifrån uppgifterna i anbudet har haft fog för att se de tre privatpersonerna som underleverantörer samt att utesluta Bolaget med hänvisning till att borgensförpliktelse för privatpersonerna saknades.

Bolaget har gjort gällande att kravet på att bifoga bevis om fastighetsägare är otydligt. Enligt förvaltningsrättens mening måste kraven i punkt 3.7 anses vara så pass klart och tydligt utformade att en leverantör utifrån dessa har kunnat förstå att det ålegat denne att styrka att fastigheten ägs eller hyrs. Det måste vidare anses stå klart att det, för att uppfylla kravet, kunde krävas att flera handlingar bifogades anbudet, eftersom det uttryckligen anges att minst en av de i förfrågningsunderlaget angivna handlingarna ska bifogas anbudet.

Vad Bolaget anfört i denna del visar således inte att Migrationsverket har brutit mot någon bestämmelse eller allmän princip i LOU.

Angående Bolagets övriga invändningar mot förfrågningsunderlaget

Bolaget har framställt invändningar mot punkterna 2.9, 3.3, 5, 5.1 och 9 i förfrågningsunderlaget och uppger att de inte är i överensstämmelse med bestämmelserna och principerna i LOU. Bolaget har dock inte i tillräcklig grad redogjort för på vilket sätt Bolaget har lidit eller riskerat att lida skada till följd av att punkterna 2.9, 3.3, 5, 5.1 och 9 i förfrågningsunderlaget, enligt Bolagets mening, inte överensstämmer med bestämmelserna och principerna i LOU

Förvaltningsrätten finner att Bolaget inte kan anses ha gjort sannolikt att Migrationsverket agerat felaktigt såvitt gäller punkterna 2.9, 3.3, 5, 5.1 och 9 i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattning

Det Bolaget har anfört gällande uteslutningen av Bolagets anbud samt gällande punkt 2.9, 3.3, 5, 5.1 och 9 i förfrågningsunderlaget medför, i enlighet med vad som konstaterats ovan, inte att det finns skäl för ett ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därmed avslås i dessa delar.

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 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.