



**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-01-26
Meddelad i Jönköping

Mål nr 2804–2805-16

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 3 0	
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
Västervik Resort AB, 556735-7727
Lysingsvägen
593 53 Västervik

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 7 september 2016 i mål nr
3877-16 och 4214-16, 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 de delar som avser boendeformerna A, B och C.

Dok.Id 200333

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 Västervik Resort AB:s ansökan om överprövning.

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

VAD PARTERNA ANFÖR

Migrationsverket

Ett bevis om inskrivning av tomträtt utgör bevis på att den som upplåtit tomträtten också är fastighetsägare eftersom inskrivning annars inte beviljas. Handlingar som visar att inskrivning skett har därför accepterats i stället för lagfart eller fullständiga köpehandlingar. Västervik Resort har emellertid inte skickat in någon sådan handling tillsammans med sitt anbud. Det inskrivningsbevis och den expeditionsnota som bolaget gett in till förvaltningsrätten har inte bifogats anbudet.

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. I samtliga fall då leverantören åberopat tillgång genom annat än eget ägande har Migrationsverket krävt att lagfart eller fullständiga köpehandlingar också ska ges in. En sådan tillämpning av förfrågningsunderlaget är förenlig med likabehandlingsprincipen. Det är orimligt att kravet på bevisning endast skulle gälla när fastigheten disponeras genom ägande eller hyra. För den som disponerar fastigheten på något annat sätt skulle det i så fall räcka att påstå att så är fallet.

Västervik Resort

Förfrågningsunderlaget innehåller inga obligatoriska krav rörande vilka handlingar som ska bifogas när fastigheten disponeras genom tomträtt. Om ytterligare handlingar skulle ha bifogats, borde det tydligt ha framgått. Skälet till att Västervik Resorts anbud inte kvalificerades är enligt tilldelningsbeslutet att lagfart inte bifogats. Kammarrätten har endast att pröva detta skäl. De nya skäl som Migrationsverket anfört i sitt överklagande bör därför avvisas.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att den är oförhindrad att beakta de nya omständigheter som Migrationsverket åberopat, eftersom de inte medför att saken ändras (jfr HFD 2013 ref. 5).

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 dem och tolka dessa 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.

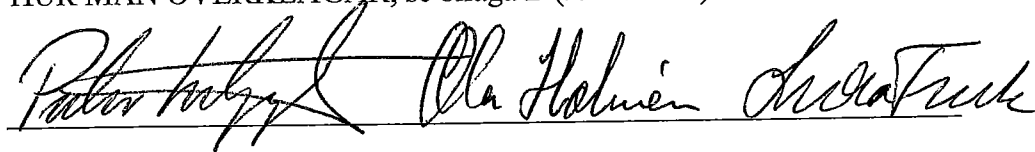
Formuleringen att leverantören ska *styrka* att den har tillgång till fastigheten måste, enligt kammarrättens mening, uppfattas som att det finns ett krav på

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 tomträtt.


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. tomträttsavtal och bevis om inskrivning av tomträtt inte godtas. Enbart lagfart eller köpehandlingar skulle emellertid inte styrka leverantörens tillgång till fastigheten om den disponeras genom tomträtt. Om förfrågningsunderlaget i stället tolkas som att även tomträttsavtal 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 tomträtt 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 tomträtt som för leverantörer som hyr eller äger 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 tomträtt är förfrågningsunderlaget således så otydligt att Migrationsverket måste anses ha brutit mot principen om transparens. Detta har medfört att Västervik Resort lidit skada. Eftersom bristen hänför sig till det konkurrens-
uppsökande skedet, ska upphandlingen göras om i de delar 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/



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-07
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3877-16
4214-16

SÖKANDE

Västervik Resort AB, 556735-7727
Lysingsvägen
593 53 Västervik

MOTPART

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

Ombud: Advokat Toralf Hällen
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökningarna och beslutar att Migrationsverkets upphandling, Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Kalmar län (dnr 3.2.1-2016-41271), boendeform A, B och C, inte får avslutas förrän rättelse skett genom att ny utvärdering genomförs där Västervik Resort AB:s anbud ska beaktas.

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna i de delar de avser övriga boendeformer.

Dok.Id 261335

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Kalmar län (dnr 3.2.1-2016-41271). Upphandlingen genomförs enligt reglerna för förenklat förfarande och omfattar sju olika boendeformer (A-G) för vilka avropsavtal kan tecknas för sex månader, eller, såvitt avser boendeformerna A-C, även för ett år respektive tre år. Den 1 juni 2016 meddelade Migrationsverket tilldelningsbeslut. Västervik Resort AB (Västervik Resort), som har lämnat anbud inom område A, B och C för avtalstid sex månader, 1 år respektive 3 år, har inte kvalificerats för att gå vidare till utvärdering. Som skäl angavs att Västervik Resort inte uppfyllde krav enligt p. 3.5 att bifoga lagfart till anbudet. Migrationsverket meddelade ett nytt tilldelningsbeslut den 13 juni 2016, av vilket framgår att Västervik Resort uteslutits från utvärdering på samma grunder som enligt tidigare tilldelningsbeslut.

Västervik Resort ansöker om överprövning av upphandlingen.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökningarna.

Förvaltningsrättens mål nr 3877-16 avser tilldelningsbeslutet den 1 juni 2016. Förvaltningsrättens mål nr 4214-16 avser tilldelningsbeslutet den 13 juni 2016. Målen avser samma upphandling och grunderna är desamma.

Förvaltningsrätten förordnade genom interimistiskt beslut den 20 juni 2016 i mål nr 4214-16 att Migrationsverket inte fick ingå avtal i aktuell upphandling till dess förvaltningsrätten bestämmer något annat.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Västervik Resort

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att lagfart ska bifogas när man disponerar fastigheten genom tomträtt. Tomträtt är inte ett hyresavtal enligt jordabalkens definition.

Västervik Resort har till sitt anbud bifogat tomträttsavtal som visar att Västervik Resort disponerar den offererade fastigheten. Västervik Resort uppfyller därmed ska-kravet i p. 3.5 i förfrågningsunderlaget. Migrationsverket har inte förstått verkningarna av ett tomträttsavtal. En tomträtt innebär en nyttjanderätt till en fastighet under obegränsad tid. Att 18 av 78 anbudsgivare har diskvalificerats med hänvisning till p. 3.5 i förfrågningsunderlaget kan vara tecken på att bestämmelsen är otydlig. Migrationsverket har vidare inte skickat sitt rättade tilldelningsbeslut till Västervik Resort, vilket utgör ett formellt fel i upphandlingen.

Migrationsverket

Av p. 3.5 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska ha tillgång till den fastighet i vilken anläggningsboendet ska bedrivas. Av samma punkt framgår att tillgången till fastigheten ska styrkas med lagfart, fullständiga köpehandlingar eller hyreskontrakt. Den som styrker sin tillgång till fastigheten genom hyreskontrakt ska även bifoga lagfart eller fullständiga köpehandlingar för den aktuella anläggningen. Lagfart eller fullständiga köpehandlingar ska alltså bifogas varje anbud.

Västervik Resort har bifogat ett tomträttsavtal varigenom framgår att Västerviks kommun upplåter fastigheten Västervik 4:72 i Västerviks kommun till Västervik Resort.

Migrationsverket har accepterat att fastigheten disponeras genom andra nyttjanderättsavtalsformer än hyresavtal, t.ex. arrendeavtal och tomträttsavtal. Sådana är bara giltiga om de ingås med rätt fastighetsägare. Samtliga anbud där anbudsgivaren inte har tillgång till fastigheten genom eget ägande har likabehandlats. Om anbudsgivaren inte är fastighetsägare betraktas fastighetsägaren som underleverantör. Denna underleverantör kommer att kontrolleras av Migrationsverket, varför det är nödvändigt att anbudsgivaren styrker vem som är fastighetsägare.

Västervik Resort har inte kommit in med bevis om lagfart för Västerviks kommun. Västervik Resort har därmed inte styrkt att Västerviks kommun äger den fastighet i vilken verksamheten ska bedrivas, varför anbudet rätteligen har förkastats.

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 p. 3.5 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Leverantören ska äga eller hyra den fastighet som ska användas för att bedriva den verksamhet som efterfrågas i upphandlingen. Detta ska styrkas genom att lagfart, fullständiga köpehandlingar eller hyreskontrakt för anläggningen, som visar att leverantören disponerar över fastigheten, ska lämnas in. Vid hyreskontrakt/villkorat hyreskontrakt ska även lagfart eller fullständiga köpehandlingar för aktuell anläggning bifogas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar att Västervik Resorts yrkande i målet till dess utformning omfattar hela upphandlingen, dvs. kontrakt för alla boendeformer. Som ovan angetts har dock Västervik Resort endast lämnat anbud avseende boendeform A, B och C, samtliga avtalstider. Västervik Resort har inte heller uttryckt att de haft för avsikt att konkurrera om övriga delar av upphandlingen. Med beaktande av angivna förhållanden finner förvaltningsrätten att Västervik Resort, till den del ansökan rör kontrakt för vilka anbud inte har offererats, inte har visat att de lider eller kan komma att lida skada till följd av de brister som anförts i målet (jfr HFD 2013 ref. 53). Vad gäller upphandlingen för boendeformerna A, B och C kan följande sägas.

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 framgår att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. En leverantör ska på grundval av förfrågningsunderlaget kunna avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse.

Syftet med kravet i p. 3.5 i förfrågningsunderlaget är att Migrationsverket ska kunna förlita sig på att anbudsgivaren har faktisk tillgång till den offerrade fastigheten. Av punkten framgår det tydligt att det är leverantören som har att styrka att den disponerar fastigheten. Det framgår förvisso inte vilka

handlingar som en leverantör med tomträtt till offererad fastighet ska lämna in för att styrka detta. Att Migrationsverket i punkten inte har konkretiserat kraven för alla tänkbara avtalsförhållanden och nyttjanderätter medför dock inte att kravet i denna del kan anses så otydligt att det är utformat i strid med de grundläggande principerna i LOU. Den omständigheten att flera anbudsgivare har bedömts inte uppfylla kraven i p. 3.5 innebär inte i sig att förfrågningsunderlaget i nu aktuell del strider mot transparensprincipen.

Av förfrågningsunderlaget framgår således inte uttryckligen att tomträttsinnehavare behöver bifoga bevis om lagfart för fastighetsägaren till sitt anbud. Migrationsverket har häremot gjort gällande att tomträtt i princip ska jämföras med hyresavtal enligt kravet i p. 3.5 i förfrågningsunderlaget, varför bevis om lagfart ska bifogas anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar dock att skillnaderna mellan de olika nyttjanderätterna tomträtt och hyra är väsentliga i flera avseenden, varför det kan finnas anledning att godta olika sorters handlingar som bevis för att anbudsgivaren förfogar över fastigheten.

Av 21 kap. 2 § jordabalken framgår att en ansökan om inskrivning av tomträtt ska avslås om upplåtaren inte har sökt lagfart. Inskrivning av tomträtt kan alltså inte beviljas om inte tomträttsupplåtaren innehar lagfart. Förfarandet vid inskrivning av tomträtt är i väsentliga delar snarlikt förfarandet vid inskrivning av förvärv av fastighet (lagfart). Mot bakgrund av dessa regler samt syftet med kravet i p. 3.5, kan kravet, såvitt avser tomträtt, rimligen inte tolkas på annat sätt än att inskrivning av tomträtt ska anses likvärdigt med lagfart.

Förvaltningsrätten gör således bedömningen att om en anbudsgivare kommer in med handlingar som styrker att anbudsgivaren har tomträtt i den offererade fastigheten, är detta tillräckligt för att kravet i p. 3.5 ska vara uppfyllt. Motsvarande bevis som gäller för att styrka lagfart bör vara tillräckligt

för att styrka att leverantören har tomträtt, t.ex. ett utdrag eller annat bevis från fastighetsregistret samt tomträttsavtal med fastighetsägaren.

Av till anbudet bifogat tomträttsavtal med Västerviks kommun framgår att avtalsperioden löper till och med år 2028. Västervik Resort har även bifogat bevis om inskrivning av sin tomträtt till den aktuella fastigheten. Genom bevis om inskrivning av tomträtt och de övriga handlingar som Västervik Resort har bifogat till sitt anbud får Västervik Resort anses ha styrkt att de har ingått tomträttsavtal med Västerviks kommun, att kommunen är rätt fastighetsägare och att Västervik Resort disponerar den aktuella fastigheten på det sätt som avses i p. 3.5 i förfrågningsunderlaget. Västervik Resorts anbud ska därmed anses uppfylla det aktuella kravet, varför det rätteligen borde ha tagits upp till utvärdering. Genom att ha uteslutit Västervik Resorts anbud på den angivna grunden har Migrationsverket brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Annat har inte framkommit än att Västervik Resort hade tilldelats ramavtal om de inte hade uteslutits från utvärdering på de ovan angivna grunderna. Västervik Resorts har därmed lidit eller kunnat komma att lida skada på grund av bristerna i Migrationsverkets bedömning. Ansökan ska därför bifallas och upphandlingen ska, i den del Västervik Resort har lämnat anbud, rättas genom att en ny utvärdering görs där Västervik Resorts anbud beaktas. Vid denna utgång finns inte skäl att pröva Västervik Resorts invändningar mot Migrationsverkets handläggning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 20 juni 2016 i mål nr 4214-16 upphör härmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Lina Wiker
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Jonas Nilsson.



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.