



SÖKANDE

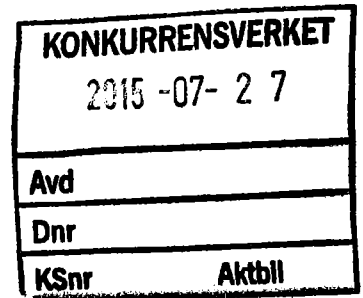
Hyttåsen Fastighet AB, 556660-5159
Box 1211
701 12 Örebro

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 Hyttåsen Fastighet AB:s yrkande om skadestånd.

Förvaltningsrätten avvisar Hyttåsen Fastighet AB:s ansökan om överprövning i de delar där avtal har slutits för Område 4 Mitt mellan Migrationsverket och leverantörer enligt bilaga 1.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en direktupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande Nr 7, område 4 Mitt dnr 3.2.2-2015-1877 (upphandlingen). Av tilldelningsbeslut den 12 maj 2015 framgår att 52 leverantörer har tilldelats plats i rangordning, däribland Hyttåsen Fastighet AB (Bolaget). Den 5 juni 2015 fattade Migrationsverket ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen som angavs ersätta beslutet från den 12 maj 2015. Av beslutet från den 5 juni 2015 framgår att 51 leverantörer har tilldelats plats i rangordning samt att Bolaget inte var en av dessa leverantörer. Enligt upphandlingsprotokoll till tilldelningsbeslutet den 5 juni 2015 uppfyller Bolaget inte kravet enligt punkt 3.6 avseende erforderliga tillstånd då Bolaget inte har samtycke från fastighetsägaren avseende den verksamhet som avses bedrivas.

Bolaget har den 7 juni 2015 ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkar att beslutet ändras och att Bolaget tilldelas de platser Bolaget har lagt anbud på. Om ingen rättelse sker av beslutet yrkar Bolaget skadestånd för uppkommen skada.

Migrationsverket yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning samt yrkandet om skadestånd.

Förvaltningsrätten har den 8 juni 2015 avslagit Bolagets interimistiska yrkande att Bolaget omgående ska återfå tidigare tilldelning.

Migrationsverket har för Område 4 Mitt slutit avtal med 16 leverantörer, se bilaga 1.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Migrationsverket hade redan före den 12 maj 2015 haft kontakt med fastighetsägaren och visste dennes inställning. Eftersom Bolaget erhöll tilldelning den 12 maj 2015 förutsatte Bolaget att verket hade godkänt Bolagets ansökan och att det uppfyllde alla skall-krav.

Bolaget bedriver hotellverksamhet i lokaler där bygglov för hotellverksamhet finns. Lokalerna finns på en fastighet där ett gällande tomträttsavtal finns. Tomträttsavtalet gör gällande att på fastigheten får motorhotellrörelse eller liknande rörelse bedrivas. Kraven på anbudsgivare är att de ska inneha nödvändiga tillstånd. I upphandlingsunderlaget framgår det inte att anbudsgivaren måste inhämta fastighetsägarens godkännande för att upplåta rum enligt denna upphandling. Verket kan inte i efterhand ställa upp nya krav.

Per definition innebär hotellverksamhet att man hyr ut rum för tillfälligt boende. Denna upphandling avser tillfälligt boende för asylsökande. I det gällande tomträttsavtalet framgår att annan verksamhet får ske på fastigheten efter godkännande av fastighetsägaren. Fastighetsägaren gör gällande att hyra ut tillfälligt boende för asylsökande är en helt annan verksamhet än att hyra ut tillfälligt boende för någon annan. Bolaget menar dock att det är samma verksamhet. Det blir därmed en tolkning av avtalet och en eventuell tvist ska avgöras civilrättsligt. Verket har gått på fastighetsägarens tolkning vilket är felaktigt då verket inte har jurisdiktion att avgöra avtalstolkningar. Dessutom hänvisar punkt 3.6 inte till avtalsfrågor utan avser olika typer av myndighetskrav.

Om verket accepterar fastighetsägarens tolkning av tomträttsavtalet måste verket ställa samma krav på alla andra anläggningar. Om det finns bygglov och/eller tomträttsavtal som avser hotellverksamhet måste då i konsekvensens namn godkännande från kommunen och/eller fastighetsägaren inhämtas. Det har dock inte gjorts varför Bolaget har särbehandlats. För 20 år sedan hyrdes anläggningen av verket för tillfälligt boende för asylsökande. Då likställdes tillfälligt boende för asylsökande med vanlig hotellverksamhet.

igrationsverket

Bolaget har inte tillstånd från fastighetsägaren att bedriva asylboende. Det är inte självklart att skrivningen "härmed jämförlig verksamhet" i tomträttsavtalet kan vara ett ABT-boende. Fastighetsägaren anser inte att det är en sådan "härmed jämförlig verksamhet". Frågan har inte avgjorts i domstol. Under punkt 3.6 står att leverantören ska bekräfta att kravet uppfylls samt att erforderliga tillstånd som krävs ska uppvisas på begäran av verket. Bland annat denna ordalydelse samt praktiska hänsyn medför att leverantören inte kan anses ha nämnda tillstånd från fastighetsägaren om dessa är oense om avtalstolkningen och det är mot fastighetsägarens uttryckliga vilja.

SKÄLEN 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. 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 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 16 kap. 21 § LOU framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

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

I punkt 3.6 "Tillstånd" anges bl.a. följande. Verksamheten styrs av lagar, riktlinjer, föreskrifter och policydokument, av vilka de viktigaste är:

- Plan- och bygglagen
- Miljöbalken
- Lag om skydd mot olyckor

- Myndigheten för samhällsskydd och beredskaps allmänna råd om systematiskt brandskyddsarbete (SRVFS 2008:3)
- Livsmedelslag
- Arbetsmiljölagen

Leverantören ska inneha samtliga för verksamheten erforderliga tillstånd och myndighetsbeslut som krävs för att driva verksamhet. Erforderliga tillstånd, tillsynsprotokoll och myndighetsbeslut som krävs ska uppvisas på begäran av Migrationsverket.

Förvaltningsrättens bedömning

Angående skadeståndsyorkandet

Talan om skadestånd väcks enligt 16 kap. 21 § LOU vid allmän domstol. Förvaltningsrätten är därmed inte behörig att pröva frågan om skadestånd varför detta yrkande ska avvisas.

Ramen för förvaltningsrättens prövning

Av befintlig utredning i målet framgår att Migrationsverket har ingått avtal med 16 leverantörer avseende Område 4 Mitt. 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 5 juni maj 2015 tillsammans med tillhörande rangordning får anses vara ett beslut om 51 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 såle-

des ett led i var och en av de direktupphandlingar som Migrationsverket ämnar utföra för att erhålla tillräckligt med boendeplatser för Område 4 Mitt.

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

Nytt tilldelningsbeslut

Vid tilldelningsbeslutet den 12 maj 2015 bedömdes Bolagets anbud kvalificerat och det tilldelades plats i rangordningen. Vid tilldelningsbeslutet den 5 juni 2015 förkastades dock Bolagets anbud. Bolaget har anfört att det utgått från att verket godkänt Bolaget efter det första tilldelningsbeslutet.

En upphandlande myndighet har möjligheter att på eget initiativ, eller efter uppmaning av en anbudsgivare, rätta eller ompröva sitt tidigare ställningstagande och meddela ett nytt tilldelningsbeslut. Detta får ske så länge något kontrakt inte har slutits och under förutsättning att det inte sker i syfte att kringgå bestämmelserna i upphandlingsdirektiven, LOU eller på sådant sätt att de grundläggande unionsrättsliga principerna träds för när (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 23 augusti 2006 i mål nr 621-06, Kammarrätten i Stockholm beslut den 19 juli 2010 i mål nr 3503-10 samt Kammarrätten i Jönköping beslut den 29 mars 2011 i mål nr 153-170-11). Mot bakgrund av vad Bolaget anfört kan förvaltningsrätten inte finna att Migra-

tionsverket, genom att fatta ett nytt beslut, har brutit mot någon bestämmelse eller princip i LOU.

Uteslutningen av Bolagets anbud

Migrationsverkets skäl för uteslutning är att myndigheten bedömer att Bolaget saknar samtliga erforderliga tillstånd. Bakom denna bedömning ligger det förhållandet att Bolaget och fastighetsägaren är oense om huruvida tomträttsavtalet innebär att Bolaget har rätt att bedriva ett asylboende på fastigheten. Bolaget har invänt mot uteslutningen på flera grunder. Bolaget menar att punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget inte innefattar godkännande från fastighetsägaren utan att punkt 3.6 tar sikte på olika myndighetskrav.

I punkt 3.6 anges att leverantören ska inneha samtliga för verksamheten erforderliga tillstånd och myndighetsbeslut som krävs för att driva verksamhet. Vidare anges att erforderliga tillstånd, tillsynsprotokoll och myndighetsbeslut som krävs ska uppvisas på begäran av Migrationsverket. Att kravet på erforderliga tillstånd skulle vara begränsat till att endast gälla myndighetskrav framgår inte enligt förvaltningsrättens bedömning.

Bolaget har även anfört att det är stridigt mellan Bolaget och fastighetsägaren om tomträttsavtalet ger Bolaget rätt att bedriva asylboende på fastigheten utan särskilt godkännande från fastigheten. Det står således klart att Bolaget och fastighetsägaren inte tolkar tomträttsavtalet på samma sätt. Kravet enligt punkt 3.6 i förfrågningsunderlaget är att Bolaget ska inneha erforderliga tillstånd samt att Bolaget ska kunna uppvisa dessa för verket. Eftersom Bolaget och fastighetsägaren har gjort olika tolkningar av avtalet och då frågan inte är avgjord av domstol anser förvaltningsrätten inte att Bolaget förmått visa att det innehar erforderliga tillstånd för att driva verksamheten.

Vidare har Bolaget gjort gällande att Migrationsverket måste kontrollera tillstånd från fastighetsägaren för samtliga anbudsgivare som driver hotellverksamhet, annars särbehandlas Bolaget. Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 39). Utifrån det Bolaget anfört i målet finner förvaltningsrätten att det inte är visat att lika situationer har behandlats olika. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund har därmed inte framkommit.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten konstaterar att det Bolaget åberopat i målet inte visar att Migrationsverket har brutit mot de upphandlingsrättsliga reglerna eller principerna. Ansökan om överprövning ska därför avslås i de delar som inte ska avvisas.

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 4 Mitt**

ACM Real Estate AB

Bergmansgården Förvaltnings AB (Bergmansgården Grängesberg)

Gylleby Herrgård AB

Resurskompaniet i Sverige AB

Hotell Linblomman AB

Fastighets KB Grönlandsvägen 24 i Malung

Hero Sverige AB (Hero Nygård, Hero Gesundaberget)

Carewell Group AB (Hotell Vildmarken, Kung Karlsgården, Kratte Masugn)

Backbergs Fastigheter AB

Fastighetsbolaget Bergviken AB

Rämsbyn AB

Förvaltningsbolaget Åtorps Herrgård AB

Mistol AB

Tofta Snickeri Aktiebolag (Sonya Hotell & Restaurang, Hotell Svedjegården)

TMP i Uppsala AB

FRANK HOUGEN



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

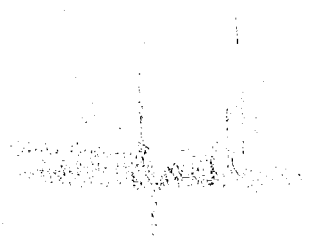
till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar 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.



Faint, illegible text or markings located in the upper left quadrant of the page, appearing as a cluster of small, dark specks.