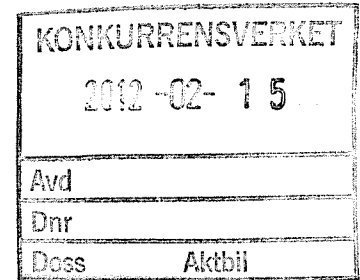




**KLAGANDE**

Hewal Fastigheter AB, 556625-1129  
Box 55  
820 60 Delsbo

Ombud: Sverre Jansson  
Rådgivarna för företag i Norden AB  
Johannesberg 51  
820 60 Delsbo



**MOTPART**

Migrationsverket  
601 70 Norrköping

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 15 augusti 2011 i  
mål nr 2133-11, se bilaga A

**SAKEN**

Ogiltighetstalan enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling  
(LOU)

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet

*Konkurrensverket*

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning



**YRKANDEN M.M.**

*Parternas yrkanden*

Hewal Fastigheter AB (Hewal) yrkar att ingångna avtal mellan Migrationsverket och Karlskronan AB avseende perioden 2010-10-14 – 2010-12-11, med anledning av omhändertagande av asylsökande romer från Balkan, ska förklaras vara ogiltiga, eller i vart fall, att avtalet rörande tillhandahållande av måltider ska förklaras vara ogiltigt.

Migrationsverket motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras. För det fall kammarrätten anser att hyresundantaget inte är tillämpligt hävdar verket att förhållandena varit sådana att verket haft rätt att direktupphandla även boendet.

*Vad Hewal anfört*

Hewal åberopar vad som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger i huvudsak följande. Migrationsverket har under perioden november 2010 till augusti 2011 upphandlat tjänster för såväl boende som måltider enligt ett och samma avtal. Syftet med överenskommelsen med Karlskronan var att ordna en helhetslösning som inkluderade såväl kost som logi. Avtalen bör därför ses som köp av en hotelltjänst. I vart fall har inte Migrationsverket, som har bevisbördan för att hyresundantaget är tillämpligt, förmått visa varför överenskommelsen med Karlskronan avseende Njutångergården hellre ska ses som fristående och separata avtal. Syftet med hyresundantaget är att fast egendom inte är flyttbar och att detta begränsar konkurrensen. Migrationsverkets upphandlingar av asylboende kan emellertid ske i hela landet, varför detta syfte med hyresundantaget inte gör sig gällande.

Migrationsverket måste ha en reservplan för den situation att prognoserna över antalet asylsökande slår fel och denna reservplan måste vara förenlig med upphandlingsregelverket i LOU och inte, som nu, bestå av akut-



uttryckningar och direktupphandlingar. Genom ett upphandlat ramavtal skulle Migrationsverket erhålla en flexibel lösning som inte strider mot LOU. Redan i maj 2010 var Migrationsverket medvetet om den ökande tillströmningen av asylsökande romer från Balkan, varför verket haft god tid på sig att anskaffa asylboenden m.m.

*Vad Migrationsverket anfört*

Migrationsverket åberopar vad verket anfört i förvaltningsrätten samt tillägger i huvudsak följande. För att kunna bereda sökande boende i enlighet med Migrationsverkets uppdrag förhär verket ett stort antal bostadslägenheter över i princip hela Sverige. Dessa hyresavtal löper i de flesta fall tills vidare och täcker i allt väsentligt verkets behov av boendeplatser. De asylsökande som bor i dessa bostadslägenheter erhåller normalt dagernsättning och såväl inhandlar som tillagar sin mat själva. Det pågår löpande in- och utflyttningar i verkets lägenhetsbestånd och under normala förhållanden finns det ett antal tomma bostadslägenheter som kan tas i anspråk för nyanlända asylsökande som är i behov av ett boende. Det finns emellertid ekonomiska begränsningar för hur stort detta utrymme kan tillåtas vara. Därtill kommer att det endast finns ett begränsat utbud av bostadslägenheter på marknaden.

Även om det kan ställas höga krav på Migrationsverkets planering och organisation inträffar det omständigheter i omvärlden som varken verket eller någon annan kan förutse. Att antalet asylsökande och därmed även behovet av boendeplatser varierar över tid är självfallet inget nytt för Migrationsverket. Dessa variationer kan i normalfallet också pareras inom ramen för det ovan nämnda ordinarie boendet som kontinuerligt utökas respektive minskas. I likhet med antalet asylsökande varierar emellertid även tillgången på bostadslägenheter över tiden. Redan i början av 2010 skedde en stor ökning av antalet asylsökande, vilket föranledde Migrationsverket att höja prognosen. I samband med detta startade även arbetet med att utöka antalet boendeplatser i bostadslägenheter. Antalet



asylsökande minskade sedan under sommarmånaderna och i slutet av sommaren rådde i princip en balans mellan antalet asylsökande och antalet tillgängliga boendeplatser. Därefter ökade emellertid antalet asylsökande ånyo och då i en sådan omfattning som inte varit fallet sedan kriget på Balkan på 1990-talet. Ökningen varade i två månader och innehar att verket var tvunget att anskaffa ca 300 nya boendeplatser per vecka. Detta lät sig inte göras genom förhyrning av sedvanliga bostadslägenheter. Till följd härav var det absolut nödvändigt att omedelbart ordna med nytt boende och måltider till det stora antalet nyanlända asylsökande, något som det enligt lag åligger verket att ombesörja. Verket var då tvingat att lösa den akuta situationen genom att korttidshyra tillfälliga boendeplatser såsom den nu aktuella anläggningen. Med hänsyn till den oförutsedda situationen med en oväntat stor asylinströmning under den aktuella tiden och den synnerliga brådskan att kunna erbjuda boende och måltider, har Migrationsverket av tidsskäl inte haft någon möjlighet att genomföra en upphandling genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Det finns även ett tydligt orsakssamband mellan den oförutsedda situationen och den synnerliga brådska som uppstod.

Det kan i sammanhanget nämnas att Migrationsverket har påbörjat en ramavtalsupphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande. Syftet med denna upphandling är att verket genom avrop från avtalen snabbt och enkelt ska kunna tillhandahålla boendeplatser till asylsökande i situationer då de ordinarie boendeplatserna av olika anledningar inte räcker till.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom. LOU har emellertid ändrats genom SFS 2011:1030. Enligt övergångsbestämmelserna ska dock äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före





ikraftträdandet den 1 november 2011. Kammarrätten tillämpar därför de äldre bestämmelserna i detta mål.

*Hysesundantaget i 1 kap. 6 § första stycket, första punkten LOU*

Kammarrätten anser, till skillnad från förvaltningsrätten, att det s.k. hyresundantaget i LOU inte är tillämpligt på Migrationsverkets avtal att hyra bostäder. Skälen till detta är främst att det är fråga om en mycket begränsad avtalsperiod avseende icke ordinarie bostäder och att verket i princip varit oförhindrat att hyra dessa logiplatser på andra orter än Njutånger. Hewal har anfört att den aktuella anläggningen i Njutånger är en hotell- och konferensanläggning och att syftet med Migrationsverkets upphandling varit att ordna en helhetslösning för de asylsökande, omfattande både boende och måltider. Migrationsverket har inte motsagt dessa uppgifter. Enbart det förhållandet att fråga är om två separata avtal ger inte anledning till någon annan bedömning än att hyresundantaget inte är tillämpligt.

*Synnerliga skäl för direktupphandling*

Frågan i målet är härefter om det finns skäl att med stöd av 16 kap. 15 § 1 LOU ogiltigförklara avtalen mellan Migrationsverket och Karlskronan angående såväl logi som måltider på den grunden att de har slutits utan föregående annonsering.

Av 15 kap. 3 § andra stycket andra meningen LOU framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5 – 9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Av detta följer bl.a. att en upphandlande myndighet får använda direktupphandling om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlade myndigheten, gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid förenklat förfarande eller urvalsförfarande.



I målet är ostridigt att Migrationsverket direktupphandlat såväl boendet som måltiderna. Det som kammarrätten har att bedöma är därför om det funnits synnerliga skäl för Migrationsverket att göra dessa direktupphandlingar. Om så är fallet saknas det skäl att ogiltigförklara avtalen.

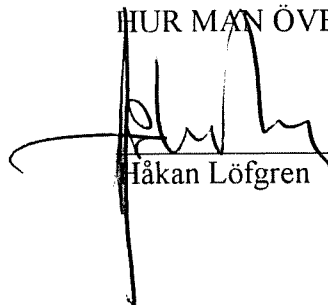
Kammarrätten konstaterar att fråga är om en verksamhet, mottagande av asylsökande, som snabbt kan växa eller minska i omfattning och som styrs av faktorer som Migrationsverket inte kan råda över. Även om Migrationsverket gör regelbundna prognoser och även om prognoserna, som i detta mål, kan stämma bra med det faktiska utfallet, måste ändå verksamheten som sådan betraktas som svårplanerad. Kammarrätten finner inte anledning att vid prövningen av detta mål ifrågasätta Migrationsverkets sätt att hantera mottagandet av flyktingar, bl.a. när det gäller antalet ordinarie bostäder.

Den situation som uppkom under hösten år 2010 var, enligt kammarrättens bedömning, sådan att det förelåg synnerliga skäl för Migrationsverket att göra en direktupphandling av de aktuella tjänsterna. Det kan visserligen ifrågasättas om inte Migrationsverket genom att upphandla ett ramavtal hade kunnat undvika direktupphandlingar av nu aktuellt slag. Det kan också hävdas att avsaknaden av ett ramavtal är ett utslag av en bristande planering hos verket och att brådskan i så fall beror på verket självt, vilket inte kan vara skäl för direktupphandling. Enligt kammarrättens mening bör dock bedömningen om Migrationsverket haft synnerliga skäl att göra en direktupphandling i första hand göras med hänsyn till hur förhållandena var i det aktuella ärendet i början av hösten 2010. Av utredningen i målet har inte annat framkommit än att förhållandena var sådana som Migrationsverket beskrivit, nämligen att antalet asylsökande ökade kraftigt under en kort tid. Kammarrätten anser därför att det då fanns synnerliga skäl att göra en direktupphandling. Det saknas därmed skäl att ogiltigförklara de ingångna avtalen mellan Migrationsverket och Karlskronan. Hewals överklagande ska därmed avslås.

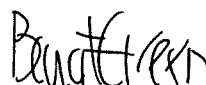


---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Håkan Löfgren



Bengt Green  
referent



Patrik Ernby





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-08-15  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
2133-11  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Hewal Fastigheter AB, 556625-1129  
Box 55  
820 60 Delsbo

Ombud: Jur.kand. Sverre Jansson  
Rådgivarna för företag i Norden AB  
Johannesberg 51  
820 60 Delsbo

**MOTPART**

Migrationsverket  
601 70 Norrköping

**SAKEN**

Ogiltighetstalan enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Hewal Fastigheter AB:s ogiltighetstalan.

---

Dok.Id 50093

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00





## YRKANDEN

Hewal Fastigheter AB (bolaget) yrkar att de ingångna avtalen mellan Migrationsverket och Karlskronan AB, 556757-8546, (Karlskronan) för tiden den 14 oktober – 11 december 2010 ska förklaras ogiltiga.

Migrationsverket yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska avvisa bolagets ogiltighetstalan och i andra hand att rätten ska avslå densamma.

Bolaget bestrider Migrationsverkets yrkanden.

## PARTERNAS GRUNDER SAMT UTVECKLING AV TALAN

### **Bolaget**

#### *Bakgrund*

Under hösten 2010 lät Migrationsverket upphandla ett antal boenden för omhändertagande av nyanlända asylsökande. Ett av dessa boenden var Njutångersgården i Hudiksvalls kommun. Njutångersgården drivs av Karlskronan. Migrationsverket träffade i oktober 2010 ett hyreskontrakt med Karlskronan om att hyra fastigheten Njutångersgården till boenden för asylsökande. Hyran uppgick till 250 000 kr per månad.

Migrationsverkets beslut att tilldela Karlskronan avtalet föregicks av underhandskontakter där även bolaget, i egenskap av ägare till Svanbacken Strandhotell, deltog. När bolaget fick kännedom om Migrationsverkets behov av att ordna boenden för nyanlända asylsökande tog bolaget kontakt med Migrationsverket i syfte att erbjuda sådana boenden på Svanbacken Strandhotell. Bolaget uppmanades då att lämna in en skriftlig offert, vilket också skedde vid två tillfällen, den 7 resp. 26 oktober 2010. Bolaget meddelade Migrationsverket att det hade intresse av att sälja såväl boenden som måltider. Migrationsverket gick emellertid vidare och lät göra en otillåten direktupphandling med Karlskronan.



Hyreskontraktet mellan Migrationsverket och Karlskronan utgör den enda skriftliga dokumentationen av deras överenskommelse. Hyreskontraktet avspeglar emellertid endast en del av överenskommelsen. Det har i efterhand framkommit att Migrationsverket och Karlskronan också träffat avtal om tillhandahållande av måltider. Denna sidoförpliktelse, som uppenbarligen ingåtts muntligt, avser ett åtagande om tillhandahållande av frukost, lunch och middag åt de boende på Njutångersgården under tiden den 14 oktober – 11 december 2010. Det rör sig om sammanlagt 7 221 helpensionspaket á 212,50 kr per styck och det sammanlagda värdet uppgår till över 1,5 miljoner kr inklusive mervärdesskatt.

*Migrationsverkets yrkande om avvisning av bolagets ogiltighetstalan*

I LOU saknas, förutom bestämmelsen i 16 kap. 18 § LOU, den s.k. sexmånadersregeln, några bestämmelser som skulle kunna förhindra att en överprövning görs i efterhand. Tvärtom, talar förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180, s. 361) för en sådan möjlighet.

*Hyresundantaget*

Enligt 1 kap. 2 § LOU ska 15 kap. gälla för upphandling av tjänster vars värde understiger tröskelvärdena enligt lagen, s.k. B-tjänster. De nu aktuella tjänsterna torde närmast vara att hänföra till hotell- och restaurangtjänster enligt uppräknigen av B-tjänster i bilaga 3. Det medför att 15 kap. LOU är tillämpligt för de här aktuella tjänsterna. Migrationsverket och Karlskronan har rubricerat överenskommelsen som ett hyreskontrakt samt underlåtit att dokumentera de övriga åtagandena och kringarrangemangen, som exempelvis tillhandahållandet av måltider. Överenskommelsen har därmed fått en formell karaktär ägnad att falla inom ramen för hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU.

Enligt EU-domstolens praxis ska undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling tolkas restriktivt. Den som åberopar en undantagsbestämmelse har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana omständigheter som motiverar att undantagsbestämmelsen kan tillämpas.



Konkurrensverket och Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i sin tillsyns- verksamhet vid ett flertal tillfällen prövat huruvida hyresundantaget varit tillämpligt. Konkurrensverket har uttalat att avgörande för denna bedömning är avtalets faktiska innehåll och att det är avtalets utformning och syfte som får visa vad som är dess huvudsakliga innebörd. Enligt NOU måste en upphandlande myndighet tillämpa LOU för hela upphandlingen, även vid avtal som innehåller flera delar, och att det gäller oavsett att endast en mindre del av avtalsinnehållet ska upphandlas enligt LOU. – Bolaget åberopar Konkurrensverkets beslut den 15 juli 2009 (dnr 148/2009) och NOU:s beslut den 23 augusti 2007 (dnr 2005/0256-21).

Verksamheten som bedrivs på Njutångersgården marknadsförs på internet som ett hotell och vandrarhem med ett stort antal kringarrangemang förutom lokaler och måltider. Det får anses uppenbart att Migrationsverket avsett att få till stånd en helhetslösning för omhändertagande av de asylsökande. Denna helhetslösning har innefattat såväl kost som logi för den aktuella perioden. Tjänsterna är också sådana till sin karaktär att de måste upphandlas samtidigt för att vara meningsfulla. Det går inte att tillhandahålla boende utan att samtidigt också tillhandahålla måltider och ge möjlighet till tvätt, disk, hygien etc. På så sätt blir tjänsterna i praktiken odelbara. Migrationsverket har i detta fall snarare köpt ett paket hotell- och restaurangtjänster än förhyrt lokalytor. Det är uppenbart att det huvudsakliga syftet med uppgörelsen mellan Migrationsverket och Karlskronan har varit att ta hand om de asylsökande och tillgodose deras grundläggande fysiska behov och inte att hyra lokaler. Kringtjänsterna har varit både betydande och omfattande. Detta får även stöd av att Karlskronan under den aktuella perioden haft fem anställda på Njutångersgården för att ge service åt de boende. Migrationsverket har i stället för att behandla tjänsterna som en helhet delat upp dem samt rubricerat en del av tjänsterna som ren lokalhyra jämlikt jordabalkens regler. Migrationsverket har samtidigt helt undandragit överenskommelsen om måltiderna från offentlighetens ljus.

Av hyreskontraktet framgår att mervärdesskatt ingår i hyresbeloppet, vilket inte är normalt för ett hyresavtal. Att avtalad hyresersättning inkluderar mervärdesskatt är en indikation på att hyresavtalet innefattar andra tjänster än ren hyra. De kringliggande arrangemangen utöver det rena hyresförhållandet är uppenbarligen flera, varav



måltidsarrangemanget är det betydelsefullaste i ekonomiskt hänseende. Ersättningen för måltidsuppgörelsen uppgår till drygt 1,5 miljoner kr, vilken ska jämföras med den totala ersättningen enligt hyreskontraktet som uppgår till sammanlagt 750 000 kr. Hyresdelen understiger således en tredje del av den totala uppgörelsen. Den enda rimliga slutsatsen är därmed att uppgörelsen i sin helhet ska upphandlas enligt LOU.

För det fall förvaltningsrätten finner att hyresdelen av överenskommelsen mellan Migrationsverket och Karlskronan ska avskiljas och undantas jämlikt bestämmelsen i 1 kap. 6 § LOU kvarstår likväl uppgörelsen om tillhandahållandet av måltider. Enligt 1 kap. 2 § LOU är 15 kap. i vart fall tillämpligt på denna tjänst.

#### *Synnerliga skäl för direktupphandling*

De förevarande tjänsterna borde i sin helhet ha upphandlats jämlikt reglerna i 15 kap. LOU. Migrationsverket har brutit mot dessa regler. Avtalsslutandet har skett utan någon föregående annonsering. Migrationsverkets förfarande är att bedöma som en otillåten direktupphandling. De undantag som anges i 15 kap. 3 § LOU gällande synnerligen brådskande fall är inte tillämpliga i detta fall. Med synnerlig brådskande förstås enligt förarbetena brådskande orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och som inte heller berott på den upphandlande enheten. Det är myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsform.

I detta fall är det uppenbart att det var absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen. Likaså framstår det som rimligt att det under rådande förhållanden var svårt för Migrationsverket att hålla de tidsgränser som följer av ett upphandlingsförfarande med föregående annonsering enligt LOU. Bolaget frånfäller från sitt påstående om att det skulle ha varit möjligt för Migrationsverket att under de förhållanden som rådde i september 2010 genomföra ett öppet och offentligt anbuds-förfarande enligt LOU.

Av Konkurrensverkets beslut den 25 augusti 2010 (dnr 346/2010) framgår att en omständighet närmast ska ha karaktären av force majeure för att det ska kunna anses att denna inte ha kunnat förutses av den upphandlande enheten. Däri anförs vidare att





enligt EU-domstolens praxis ställs det höga krav på en upphandlande myndighets planering och organisation.

I Migrationsverkets ansvar ingår bl.a. införande av rutiner som möjliggör upphandling av asyl- och flyktingboenden utan att reglerna om konkurrens och likabehandling bland leverantörer sätts åt sidan. Det ligger i sakens natur att det är svårt för Migrationsverket att göra exakta prognoser över inkommande flyktingströmmar. Inte desto mindre ankommer det på Migrationsverket att planera sin verksamhet så att myndigheten kan leva upp till sitt uppdrag.

När det gäller Migrationsverkets flyktingmottagning kan utläsas bl.a. följande på myndighetens hemsida. Genomsnittet för 2000-talets första tio år har varit knappt 27 000 asylsökande per år med toppnoteringen 36 207 sökande år 2007. Antalet asylsökande minskade under åren 2008 och 2009 till drygt 24 000 sökande per år för att under år 2010 åter öka till 31 819 sökande. Migrationsverket räknade i sin verksamhetsprognos från oktober 2009 med cirka 25 000 asylsökande för år 2010. Verket förutspådde i prognosen även en ökning för åren 2011 och 2012. Denna ökning beräknades utifrån en omvärldsanalys som främst fokuserade på våldsyttningar och oroligheter i Somalia.

Det är uppenbart att Migrationsverket drog fel slutsatser i sin omvärldsanalys och grovt underskattade antalet asylsökande för år 2010 med nästan 7 000 sökande jämfört med prognosen från år 2009. Den allmänna uppfattningen i media var att ökningen under år 2010 berodde på omständigheten att visumkravet avskaffades i december 2009 för länder inom Schengenområdet. Av Migrationsverkets hemsida framgår att det även är verkets uppfattning. En ökning av antalet asylsökande kunde emellertid skönjas redan i mars 2010. Migrationsverket konstaterade den 24 september 2010 att antalet asylsökande minskade mellan april och juni 2010 för att sedan öka igen. I samband härmed lät Migrationsverket upphandla vissa boenden i förebyggande syfte. Ett sådant exempel var Nordsjögården i Järvsö. – Bolaget åberopar en tidningsartikel från Nordsjö/Ljusdalsposten från den 3 november 2010.



Den brist på boenden som uppstod i samband med inströmningen av asylsökande hösten 2010 berodde således inte på oförutsedda omständigheter som Migrationsverket inte kunnat råda över. Bristen berodde på verkets otillräckliga rutiner samt brist på planering och framförhållning. Ökningen av inströmningen av flyktingar under år 2010 är inte en omständighet av karaktären force majeure. Migrationsverket borde kunna planera sin verksamhet så att det finns rutiner att tillgripa när långtidsprognoserna slår fel och verkligheten avviker från planerna. Sådana rutiner måste vara utformade så att de möjliggör iakttagandet av reglerna i LOU. Att Migrationsverkets verksamhet är svårplanerad utgör inte skäl för undantag från dessa regler. Migrationsverket har brutit i sin planeringsskyldighet när verket i sin prognos för år 2010 helt missbedömt och förbisett konsekvenserna av avskaffandet av visumtvånget för länderna inom Schengenområdet.

### **Migrationsverket**

#### *Avvisning av bolagets ogiltighetstalan*

Migrationsverkets avtal med Karlskronan omfattade hyra (tillfälliga boendeplatser för asylsökande) respektive tjänster (måltidsservering till de asylsökande) och upphörde att gälla den 13 december 2010. Det finns således inte längre något gällande avtal att ogiltigförklara. Syftet med bestämmelserna kan inte vara att ge en möjlighet att ogiltigförklara avtal avseende tjänster som inte längre är gällande, utan att kunna ogiltigförklara ett pågående avtalsförhållande. Även om en ogiltighetsförklaring ska medföra ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter, låter sig detta inte göras i ett fall som det förevarande då tjänsten i sin helhet är konsumerad och det inte längre finns något avtalsförhållande. För att det ska finnas ett legalt intresse av att pröva giltigheten av ett sådant avtal torde det åtminstone kunna krävas att avtalet är gällande vid den tidpunkt ansökan om överprövning av dess giltighet kommer in till förvaltningsrätten. I en sådan situation har förvaltningsrätten också möjlighet att interimistiskt förordna att avtalet inte får fullgöras. Därtill kommer att bolaget i detta skede inte rimligen kan ha något att vinna på att avtalen mellan Migrationsverket och Karlskronan ogiltigförklaras.



*Bestridande av bolagets ogiltighetstalan i sak*

Migrationsverket har beträffande boendet tecknat ett hyresavtal med Karlskronan och vid sidan av detta direktupphandlat måltider till de boende. Det är således fråga om två separata avtal som tydligt går att åtskilja. Särskilda fakturor avseende hyran respektive måltiderna har erhållits. Av dessa framgår att mervärdesskatt inte har betalats avseende hyran, utan endast för måltiderna. Hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU är således tillämpligt avseende boendet.

Anledningen till att Migrationsverket valt att använda sig av direktupphandlingsförfarandet är följande. Av 15 kap. 3 § andra stycket LOU framgår att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ LOU är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Av detta följer att en upphandlande myndighet får använda direktupphandling om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid förenklat förfarande. Under hösten 2010 blev asyltillströmningen till Sverige avsevärt större än Migrationsverket kunnat förutse. Det fick till följd att Migrationsverkets ordinarie anläggningsboendena inte räckte till för att täcka behovet av boendeplatser till de asylsökande. Dessa omständigheter har inte ifrågasatts av bolaget. Det var till följd härav absolut nödvändigt att omedelbart ordna med boenden och måltider till det stora antalet nyanlända asylsökande, vilket också enligt lag åligger Migrationsverket att ombesörja. För att lösa den uppkomna situationen fördes förhandlingar med ett antal potentiella avtalspartner – däribland Hewal – i syfte att träffa avtal med de leverantörer som bäst kunde tillgodose det akuta behovet av boendeplatser.

För att kunna bereda asylsökande boenden i enlighet med Migrationsverkets uppdrag förhyrs ett stort antal bostadslägenheter över hela Sverige. Dessa hyresavtal löper i de flesta fall tills vidare och täcker i allt väsentligt Migrationsverkets behov av boendeplatser. De asylsökande som bor i dessa bostadslägenheter får normalt dagensättning och såväl inhandlar som tillagar sin mat själva. Upphandlingsregelverket är således inte tillämpligt i denna situation. Det pågår löpande in- och utflyttningar i



Migrationsverkets lägenhetsbestånd och under normala förhållanden finns det ett antal tomma lägenheter som kan tas i anspråk för nyanlända asylsökande som är i behov av ett boende. Det finns emellertid ekonomiska begränsningar för hur stort detta utrymme kan tillåtas vara. Därtill kommer att det endast finns ett begränsat utbud av bostadslägenheter på marknaden.

Även om det kan ställas höga krav på Migrationsverkets planering och organisation inträffar det omständigheter i omvärlden som varken verket eller någon annan kan förutse. Att antalet asylsökande – och därmed även behovet av boendeplatser – varierar över tid är självfallet inte något nytt för Migrationsverket. Dessa variationer kan i normalfallet pareras inom ramen för ordinarie boende, som kontinuerligt utökas respektive minskas. Detta var dock inte möjligt under den aktuella perioden hösten 2010, då asyltillströmningen plötsligt blev avsevärt mycket större än vad Migrationsverket kunnat förutse. Migrationsverket tvingades lösa den akuta situationen genom att korttidshyra tillfälliga boendeplatser, såsom den nu aktuella anläggningen.

Den synnerliga brådska som sålunda uppstod var orsakad av omständigheter som inte rimligen kunde förutses. Dessa omständigheter kan rimligen inte heller anses ha orsakats av Migrationsverket. Med beaktande av ovanstående har Migrationsverket haft rätt att direktupphandla måltiderna och för det fall förvaltningsrätten inte anser att hyresundantaget är tillämpligt avseende boendet, även boendet.

### **SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Avvisning av bolagets ogiltighetstalan*

Förvaltningsrätten har i första hand att ta ställning till Migrationsverkets yrkande om att bolagets ogiltighetstalan ska avvisas.

Migrationsverket har gjort gällande att i målet aktuella avtal har upphört att gälla innan bolaget framställt sin talan hos förvaltningsrätten, att tjänsterna föremål för avtalen dessförinnan var konsumerade och att det vid dessa förhållanden inte finns något avtalsförhållande som kan ogiltigförklaras.





I förarbetena till LOU (prop. 2009/10:180, s. 361) anförs bl.a. följande. Om avtalet förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Har förpliktelserna i avtalet helt eller delvis uppfyllts är huvudregeln att prestationerna ska återgå. Om en återgång av prestationerna inte är möjlig är utgångspunkten att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas. Om exempelvis varor som levererat redan förbrukats eller tjänster redan utförts kan parterna få utge ersättning för den nytta de haft av varandras prestationer.

Förvaltningsrätten finner med beaktande härav att de omständigheterna att avtalen inte längre är gällande och att tjänsterna redan är konsumerade inte utgör hinder mot en prövning i sak av bolagets ogiltighetstalan.

#### *Hysesundantaget*

I och med att bolagets ansökan ska tas upp till prövning har förvaltningsrätten att ta ställning till huruvida det ingångna hyreskontraktet omfattas av hyresundantaget i 1 kap. 6 § LOU. Rätten har därtill att ta ställning till huruvida uppgörelsen avseende måltiderna ska anses ingå i det aktuella avtalet eller, om så inte skulle vara fallet, om Migrationsverket haft rätt att direktupphandla dessa.

I 1 kap. 2 § första stycket LOU sägs, såvitt aktuellt i målet, att LOU gäller för offentlig upphandling av tjänster. Enligt 6 § samma kapitel gäller LOU inte för kontrakt som avser bl.a. hyresrätt eller någon annan rättighet till fastighet.

Med kontrakt avses enligt 2 kap. 10 § LOU ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som sluts mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, avser utförande av byggtreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster, och undertecknas av parterna eller signeras av dem med en elektronisk signatur.

Av Konkurrensverkets beslut den 15 juli 2009 (dnr 148/2009) framgår bl.a. följande. Avgörande för bedömningen huruvida hyresundantaget i LOU är tillämpligt är avtalets faktiska innehåll. Detta framgår av EG-domstolens dom i ”Scala-målet”, mål



C-399/98, som får tolkas så att det inte spelar någon roll hur ett kontrakt kallas i den nationella rätten, utan vad det verkligen reglerar. Det är således avtalets utformning och syfte som får visa vad som är dess huvudsakliga innebörd. Rena hyresavtal, arrenden och liknande avtal om förvärv av eller nyttjanderätt till fast egendom eller byggnad är enligt 1 kap. 6 § LOU undantagna från lagens tillämpning. Bestämmelsen får dock inte tolkas så att ett avtal som tryggar utförande av tjänst enligt LOU kan undantas från lagens tillämpning med hänvisning till att avtalet innehåller vissa inslag av anskaffning av eller nyttjanderätt till fastighet eller byggnad.

Av i målet framlagt avtal mellan Migrationsverket och Karlskronan framgår bl.a. följande. Avtalet betecknas som ett hyreskontrakt med Njutångersgården som hyresobjektet. Det anges att Migrationsverket hyr hela fastigheten till boende för asylsökande, att hyran per månad uppgår till 250 000 kr och att hyrestiden är fr.o.m. den 14 oktober 2010 t.o.m. den 13 november 2010. I hyran ingår uppvärmning och varmvatten, städning, sophämtning, all elektricitet, snöröjning och sandning samt försäkring. Det föreskrivs att avtalet förlängs med en månad för varje gång, om inte skriftlig uppsägning skett inom en viss tid, och att avtalet upphör att gälla den 13 december 2010.

I målet finns framlagda tre separata fakturor avseende hyra av fastigheten Njutångers Kyrkby 6:59, varav framgår att Karlskronan fakturerat Migrationsverket för hyra avseende oktober, november och december 2010 med 250 000 kr per månad utan någon angivelse avseende mervärdesskatt. Därutöver finns i utredningen även två fakturor, varav framgår att Karlskronan fakturerat Migrationsverket för tillhandahållande av frukost, lunch och middag till hyresgäster på hotellanläggningen för perioderna den 14 oktober – 11 november resp. den 12 november – 11 december 2010. I ersättningen avseende dessa tjänster uppges att mervärdesskatt ingår.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som framkommit om avtalsförhållandenas faktiska innehåll, dess utformning och syfte att förhyrningen av Njutångersgården med de tilläggstjänster som uppges i hyreskontraktet, å ena sidan, och tillhandahållandet av måltider till de boende på gården, å den andra sidan, utgjort två skilda avtal som ska bedömas var för sig. Hyreskontraktet anses inte ha kommit till stånd i



syfte att trygga utförandet av tjänsterna tillhandahållande av måltider eller vise versa. Skäl att anse hyreskontraktet som ett avtal om tillhandahållande av andra tjänster än fastighetsförhyrning har inte visats föreligga. Bestämmelserna i LOU är således inte tillämpliga på detta avtal. Migrationsverket har därmed förfarit riktigt i denna del.

#### *Direktupphandling*

I 1 kap. 2 § andra stycket LOU anges bl.a. att 15 kap. LOU endast tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser s.k. B-tjänster. De upphandlingsförfaranden som regleras i 15 kap. LOU är förenklat förfarande och urvalsförfarande.

Av 15 kap. 3 § första stycket LOU framgår att en offentlig upphandling enligt detta kapitel ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. I 15 kap. 3 § andra stycket LOU anges, såvitt aktuellt i målet att direktupphandling får användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5–9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl. Med direktupphandling avses enligt 2 kap. 23 § LOU en upphandling utan krav på anbud i viss form.

Av 15 kap. 4 § LOU följer att den upphandlande myndigheten vid tillämpning av ett förenklat förfarande eller ett urvalsförfarande måste iaktta en rad förfarandekrav avseende annonsering.

I 16 kap. 15 § 1 LOU sägs, såvitt aktuellt i målet, att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 15 kap. 4 §.

I förarbetena till bestämmelserna i 15 kap. 3 § andra stycket LOU (prop. 2009/10:180 s. 344 f.) anförs bl.a. följande. Uttrycket synnerliga skäl överlappar naturligtvis vad som anges om synnerlig brådska i de ovan relaterade bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket synnerliga skäl ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Detta klargjordes i samband med att motsvarande bestämmelse i 6 kap. 2 § andra stycket ÄLOU ändrades på så sätt att uttrycket ”synnerliga



skäl, såsom synnerlig brådska orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses och inte heller beror på den upphandlande enheten” ersattes av enbart ”synnerliga skäl”. I propositionen (prop. 2001/02:142, s. 99) angavs följande beträffande den ändrade bestämmelsen. ”Regeln är som tidigare avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. --- Det är den upphandlande enheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger direktupphandling.”

I målet är ostridigt att tjänsten tillhandahållande av måltider till de boende på Njutångersgården omfattas av 15 kap. LOU, att någon annonsering inte hade skett innan avtalet avseende denna tjänst slöts, att Migrationsverket till följd av den uppkomna situationen hösten 2010 inte kunnat iaktta de gällande förfarandefristerna samt att upphandlingen av tjänsten skett genom direktupphandling. Frågan är således om det förelegat sådana synnerliga skäl som avses i 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Bolaget har i denna del i huvudsak anfört att det rimligen måste krävas att Migrationsverket har en planering för det fall de gjorda prognoserna slår fel p.g.a. tilltagande flyktingströmmar och att Migrationsverket har brustit i sin planeringsskyldighet när verket i sin prognos för år 2010 missbedömt och förbisett konsekvenserna av avskaffandet av visumtvånget för länderna inom Schengenområdet. Det ökade flyktingströmmarna var enligt bolaget inte sådana omständigheter som Migrationsverket inte kunnat förutse. Den tidsnöd som uppstod hösten 2010 beror på verkets bristande planering.

Migrationsverket har i denna del i huvudsak anfört att asylsökande normalt bereds boende inom verkets ordinarie boendebestand, som består av ett stort antal förhyrda lägenheter över hela Sverige. Dessa hyresavtal löper i de flesta fall tills vidare och täcker i allt väsentligt verkets behov av boendeplatser. De asylsökande som bor i dessa bostadslägenheter erhåller normalt dagernättning och inhandlar samt tillagar mat själva. Något behov av tillhandahållande av måltider föreligger därmed inte. Variationerna i antalet asylsökande kan i normalfallet pareras inom ramen för verkets ordinarie boenden. Under hösten 2010 blev asyltillströmningen till Sverige avsevärt





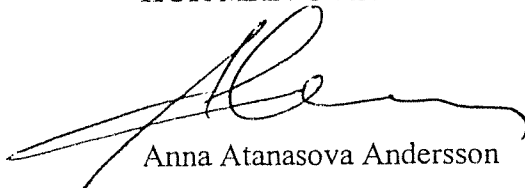
större än vad Migrationsverket kunnat förutse. De ordinarie anläggningsboendena räckte inte till för att täcka behovet av boendeplatser till asylsökande. Till följd härav var det absolut nödvändigt att omedelbart ordna med boenden och måltider till det stora antalet nyanlända asylsökande.

Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning av vad som framkommit i målet att de skäl Migrationsverket anfört som grund för den genomförda direktupphandlingen av tjänsten tillhandahållande av måltider är tillräckliga för att anses utgöra synnerliga skäl i LOU:s mening. Migrationsverket har därmed inte heller i denna del förfarit felaktigt.

Sammanfattningsvis följer av det ovan anförda att bolaget inte har visat att det föreligger skäl för ett ingripande med stöd av 16 kap. 15 § LOU. Bolagets ogiltighetstalan bör därmed avslås.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Anna Atanasova Andersson

Handläggare har varit Karin Carlsson.



## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

**Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;**

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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.

