



KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING
Avdelning 1:3

DOM

2017-06-16

Meddelad i Jönköping

Mål nr 661-17

1

KONKURRENSVERKET	
2017-06-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Migrationsverket, 202100-2163

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

MOTPART

Carewell Group AB, 559055-0868
Box 39
101 20 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 15 september 2016 i
mål nr 4266-16, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 206047

Postadress Box 2203 550 02 Jönköping	Besöksadress Slottsgatan 5	Telefon 036-15 68 00 (vx)	Telefax 036-16 19 68	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se www.kammarrattenijonkoping.domstol.se				

BAKGRUND

Förvaltningsrätten i Linköping biföll genom dom den 15 september 2016 (mål nr 4266-16) en ansökan om överprövning av Carewell Group AB (tidigare ABT MGK Sverige AB) av en upphandling av Migrationsverkets avseende tillfälligt boende för asylsökande i Värmland. Förvaltningsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om såvitt avsåg boendeform B. Efter överklagande av Migrationsverket beslutade kammarrätten den 16 november 2016 (mål nr 2869-16) att inte meddela prövningstillstånd. Migrationsverket överklagade beslutet till Högsta förvaltningsdomstolen, som i beslut den 3 mars 2017 meddelade Migrationsverket prövningstillstånd för prövning i kammarrätten av överklagandet av Förvaltningsrätten i Linköpings dom. I beslutet anförde Högsta förvaltningsdomstolen bl.a. följande. I målet uppkommer frågan om det strider mot de allmänna principerna för offentlig upphandling att ställa olika krav på hur utredningen om leverantörs lämplighet ska inhämtas av den upphandlande myndigheten, beroende på om leverantören eller dess underleverantör är inhemsk eller utländsk. Denna fråga diskuterades i förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 275 ff.), men är inte belyst i praxis. Eftersom det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt ska prövningstillstånd i kammarrätten meddelas.

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket

Migrationsverket yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen *Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277, boendeform B* (upphandlingen) inte ska göras om, utan får avslutas i enlighet med Migrationsverkets utvärdering och tilldelningsbeslut. Migrationsverket hänvisar till vad som anförts av verket i förvaltningsrätten med i huvudsak följande förtydligande och tillägg.

Kravet under punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget på utländska leverantörer och underleverantörer innebär inte en olik behandling av lika situationer. Svenska leverantörers förhållanden kontrolleras inte i utlandet och utländska leverantörers förhållanden kontrolleras inte i Sverige. Såsom förfrågningsunderlaget är utformat är det således inte fråga om en olik behandling av lika situationer, utan svenska och utländska leverantörer behandlas lika med hänsyn till de olika förutsättningar som gäller för svenska respektive utländska anbudsgivare.

Även om det skulle anses vara fråga om en olik behandling av lika situationer så finns det sakliga skäl för en olik behandling. Om Migrationsverket inte hade begärt uppgifter kring de utländska leverantörernas åligganden enligt vad som anges under punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget hade verket brutit mot principerna om ickediskriminering och likabehandling i förhållande till svenska leverantörer, vars åligganden Migrationsverket har kontrollerat. Det är inte ens säkert att Migrationsverket som upphandlande myndighet har möjlighet att kontrollera motsvarande uppgifter vid utländska myndigheter, vilket hade inneburit att Migrationsverket hade varit tvunget att helt underlåta att kontrollera hur det förhåller sig med utländska hyresvärdars/fastighetsägares åligganden i dessa avseenden. Detta hade inneburit en olik behandling till nackdel för svenska leverantörer.

Även om det skulle anses vara fråga om olik behandling av lika situationer så har i vart fall de administrativa fördelarna som i det här fallet förelegat utgjort ett godtagbart skäl för särbehandling.

Carewell Group AB

Bolaget motsätter sig bifall till överklagandet och hänvisar till vad som anförts av bolaget i förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen ska därför tillämpas i detta mål eftersom den aktuella upphandlingen påbörjades i april 2016.

Frågan i målet är om kraven på utländska leverantörer under punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget står i strid med principen om likabehandling och därmed LOU.

Av EU-domstolens praxis framgår att likabehandlingsprincipen innebär 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 t.ex. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, punkt 27).

Migrationsverket har i förfrågningsunderlaget ställt upp obligatoriska krav för utländska leverantörer att till sitt anbud bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar dels att registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger dels att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda. Vidare ska utländska leverantörer bifoga intyg från myndighet motsvarande Kronofogdemyndigheten som visar om leverantören har in-drivningsbara skulder. Några motsvarande krav tillika uteslutningsgrunder har inte tillämpats för svenska anbudsgivare. Avseende svenska leverantörer anges i förfrågningsunderlaget att Migrationsverket kommer att kontrollera motsvarande krav genom att inhämta uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten.

Det kan således konstateras att förfrågningsunderlaget innebär en olik behandling av utländska leverantörer och svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer jämfört med svenska leverantörer som inte anlitar utländska underleverantörer.

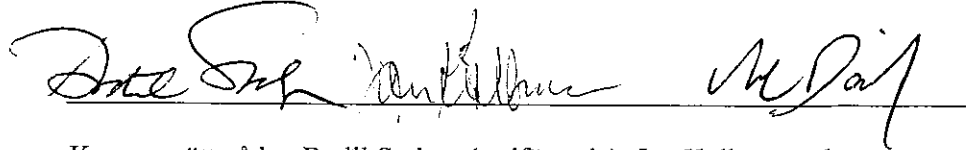
Såvitt gäller frågan om det rör sig om lika situationer anser kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att bolaget befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation som svenska leverantörer som inte anlitar utländska underleverantörer. Det rör sig således om en olik behandling av lika situationer.

Mot bakgrund av bestämmelsen i 15 kap. 13a § LOU får Migrationsverket anses ha haft fog för att i förfrågningsunderlaget föreskriva att utländska leverantörer till anbudet ska bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda.

Migrationsverket har dock krävt att utländska leverantörer från behöriga myndigheter i det egna landet även ska bifoga intyg som visar om registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger och om leverantören har indrivningsbara skulder. Denna olika behandling avseende sist nämnda uppgifter saknar stöd i LOU och kan inte heller i övrigt anses rättfärdigad, även med beaktande av vad Migrationsverket anfört om svårigheten för verket att inhämta handlingar från utlandet samt administrativa fördelar.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser kammarrätten att de sist angivna kraven, såsom de är formulerade, strider mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om i den del som målet gäller. Överklagandet ska därför avslås.

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

Three handwritten signatures in black ink are written over a horizontal line. From left to right, they appear to be Bodil Stelzer, Jan Källman, and Anders Davidson.

Kammarrättsråden Bodil Stelzer (ordförande), Jan Källman och Anders Davidson (referent) har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Jenny Ulfsson/*JEU*

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2016-09-15
Meddelad i
LinköpingMål nr
4266-16**SÖKANDE**ABT MGK Sverige AB, 559055-0868
Box 39
101 20 StockholmOmbud: Daniel Tocca
ABT MGK Sverige AB
Box 39
101 20 Stockholm**MOTPART**Migrationsverket, 202100-2163
Verksamhetsområde Rättslig styrning
Rättsenheten
601 70 NorrköpingOmbud: Advokat Toralf Hällen och biträdande juristen Peter Olsson
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDEFörvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Ramavtal
Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277),
boendeform B, ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i den del den avser övriga boendeformer.

Dok.Id 260745

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277). 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 13 juni 2016 meddelade Migrationsverket tilldelningsbeslut. ABT MGK Sverige AB (bolaget), som har lämnat anbud inom område B för avtalstid sex månader, ett år respektive tre år, har inte kvalificerats för att gå vidare till utvärdering. Som skäl anges att bolaget inte uppfyller krav enligt p. 3.1. i förfrågningsunderlaget på att bifoga intyg från utländsk myndighet.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Bolaget driver asylboendet Hotell Vildmarken. Anläggningen ligger på en fastighet som ägs av en norsk medborgare. Bolaget har till sitt anbud lämnat ett borgensåtagande och en kreditupplysning. Bolagets anbud har förkastats för att intyg från myndighet i Norge inte har bifogats anbudet.

Kraven på utländska leverantörer gäller inte utländska fastighetsägare. Som förfrågningsunderlaget är formulerat är det Migrationsverket som ska kontrollera att kraven på utländska fastighetsägare uppfylls, inte att intyg behöver bifogas anbudet. Migrationsverket har inte haft stöd i förfrågningsunderlaget för att förkasta bolagets anbud.

Som kraven är utformade synes de ta sikte på utländska juridiska personer. Kraven avser t.ex. registrering i bolagsregister och erläggande av sociala avgifter. Detta är inte aktuellt för privatpersoner som inte driver företag.

Om kraven inte ska tolkas på det sätt bolaget gör gällande måste de anses så otydliga att förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Det framgår inte klart att intyg ska lämnas för utländska underleverantörer. Kraven är dessutom diskriminerande mot utländska medborgare och bolag som äger fastigheter, för vilka krav åläggs som inte gäller för svenska fastighetsägare.

Syftet med kraven hade kunnat uppnås på mindre ingripande sätt, t.ex. genom att godta alternativ bevisning, varför kraven – på det sätt Migrationsverket tolkat dem – strider mot proportionalitetsprincipen.

Om bolagets anbud hade kvalificerats för utvärdering hade bolaget sannolikt tilldelats ramavtal. Bolaget har, genom Migrationsverkets felaktiga tolkning av de aktuella kraven eller genom kravens otydliga och oproportionerliga utformning, lidit eller kunnat komma att lida skada.

Migrationsverket

Om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren ska fastighetsägaren, enligt p. 3.5 i förfrågningsunderlaget, alltid betraktas som underleverantör, vilka Migrationsverket kommer att kontrollera enligt p. 3.1.

Kraven enligt p. 3.1 utgör en del av kontrollen av anbudsgivare och underleverantörer och får anses proportionerligt med hänsyn till Migrationsverkets behov av bland annat fungerande e-handelslösningar, säkerställande av varje leverantör och underleverantörs status och ansvar, samt därigenom

kontroll av och driftsäkerhet i de anläggningar till vilka asylsökande hänvisas för tillfälligt boende. Migrationsverket har erfarit komplikationer i detta hänseende vid tidigare upphandlingar. Eftersom upphandlingen är väldigt omfattande har Migrationsverket haft ett särskilt behov av att minimera de problem som kan uppstå med anledning av upphandlingen.

Bolaget har haft tillfälle att inkomma med sådana intyg som krävs enligt p. 3.1 i förfrågningsunderlaget för sin utländska underleverantör. Eftersom bolaget inte har gjort det har det inte uppfyllt ställda obligatoriska krav och har rätteligen uteslutits. Migrationsverket har inte brutit mot någon princip enligt 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU på sådant sätt att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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.

I 15 kap. 13 § LOU anges att en anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 10 kap. 2 och 3 §§. Av 10 kap. 3 och 4 §§ LOU framgår att en upphandlande myndighet har att inhämta vissa uppgifter från

Skatteverket för att kontrollera att leverantören fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige. Myndigheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för uteslutning på vissa andra grunder enligt 10 kap. 3 § LOU.

Av p. 3.1 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att utländska leverantörer till sitt anbud ska bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar att registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger och att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda.

Enligt p. 3.5 i förfrågningsunderlaget ska en fastighetsägare betraktas som underleverantör, om anbudsgivaren inte äger den av sig offererade fastigheten. Migrationsverket kommer i de fallen att kontrollera att p. 3.1 i förfrågningsunderlaget uppfylls av underleverantören, d.v.s. fastighetsägaren.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om innebörden av de obligatoriska kraven i p. 3.1 och p. 3.5 i förfrågningsunderlaget

Bolaget har anfört att aktuella krav i förfrågningsunderlaget inte gäller utländska fastighetsägare och inte privatpersoner som inte driver företag.

Av förfrågningsunderlaget framgår att om fastighetsägaren är annan än anbudsgivaren ska denne ses som en underleverantör. Bolaget äger inte själva den offererade fastigheten, varför fastighetsägaren, enligt förvaltningsrättens bedömning, ska bedömas och uppfylla kraven för leverantörer i enlighet med p. 3.1. Kraven i p. 3.1 stadgar bl.a. att utländska leverantörer ska bifoga vissa intyg till sitt anbud. Kravet kan inte till sin lydelse anses undanta privatpersoner som underleverantörer. De obligatoriska kraven ska i detta hänseende således tolkas så som Migrationsverket gör gällande.

Frågan om förfrågningsunderlaget bryter mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling

För det fall aktuella krav inte ska tolkas på det sätt som bolaget hävdar, menar bolaget att kravet bl.a. är diskriminerande mot utländska leverantörer. Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Den aktuella upphandlingen omfattas inte av EU-direktiven på upphandlingsområdet, varför 15 kap. LOU är tillämpligt. Även upphandlingar som inte omfattas av direktivet ska dock genomföras enligt EUF-fördragets bestämmelser, vilket bl.a. innebär att diskriminering p.g.a. nationalitet är förbjudet.

Principen om icke-diskriminering innebär i upphandlingssammanhang ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering p.g.a. nationalitet eller etablering i en viss medlemsstat. En svensk upphandlande myndighet får inte ställa sådana krav som i praktiken endast svenska leverantörer kan uppfylla. Vidare medför likabehandlingsprincipen ett generellt förbud mot olikbehandling av företag som är i en likvärdig konkurrenssituation.

Annat har inte framkommit än att bolaget befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation som svenska leverantörer som inte anlitar utländska underleverantörer. Genom att ställa särskilda krav på utländska leverantörer och svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer att komma in med vissa handlingar, får Migrationsverket anses ha behandlat lika situationer olika. Det har inte framkommit något som talar för att särbehandlingen har varit motiverad av sakliga skäl. Inte heller de administrativa fördelarna för den upphandlande myndigheten kan anses vara ett godtagbart skäl för en särbehandling i ett fall som det nu förevarande (se Kammarrätten i Stockholms avgörande den 13 maj 2015 i mål nr 6123-14). Det aktuella kravet får

därmed anses strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Skaderekvisitet

Bolagets anbud har uteslutits eftersom det inte uppfyller det aktuella, otill-låtna kravet. Bolaget har angett att det, om det hade kvalificerats, hade till-delats ramavtal.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolagets yrkande i målet till dess utform-ning omfattar hela upphandlingen, d.v.s. kontrakt för alla boendeformer. Som ovan angetts har dock bolaget endast lämnat anbud avseende boende-form B, samtliga avtalstider. Bolaget har inte heller uttryckt att det haft för avsikt att konkurrera om övriga delar av upphandlingen. Med beaktande av angivna förhållanden finner förvaltningsrätten att bolaget, till den del ansö-kan rör kontrakt för vilka anbud inte har offererats, inte har visat att bolaget lider eller kan komma att lida skada till följd av de brister som anförts i må-let (jfr HFD 2013 ref. 53).

Vad gäller upphandlingen för boendeformen B finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit några omständigheter som talar mot att bolaget hade tilldelats ramavtal om det hade kvalificerats. Den felaktiga uteslutning-en får därmed anses medföra att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU före-ligger därmed och ansökan ska bifallas i den del som avser boendeform B. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet kan nå-gon annan åtgärd än att upphandlingen i denna del görs om inte komma ifråga.

Förvaltningsrätten upplyser parterna om att rätten denna dag även har med-delat dom i mål nr 4380-16 avseende Migrationsverkets upphandling Ram-

avtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277), boendeform B.

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.

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.