



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-15
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4266-16

SÖKANDE

ABT MGK Sverige AB, 559055-0868
Box 39
101 20 Stockholm

Ombud: Daniel Tocca
ABT MGK Sverige AB
Box 39
101 20 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2016-12-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

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

Ombud: 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 AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten 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.

SKÄLEN 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, otillåtna kravet. Bolaget har angett att det, om det hade kvalificerats, hade tilldelats ramavtal.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolagets yrkande i målet till dess utformning omfattar hela upphandlingen, d.v.s. kontrakt för alla boendeformer. Som ovan angetts har dock bolaget endast lämnat anbud avseende boendeform 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 ansökan 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 målet (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 uteslutningen får därmed anses medföra att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed och ansökan ska bifallas i den del som avser boendeform B. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet kan någon annan åtgärd än att upphandlingen i denna del görs om inte komma ifråga.

Förvaltningsrätten upplyser parterna om att rätten denna dag även har meddelat 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.



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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller 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.

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.