



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2016-09-28  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
4225-16

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-09-28	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**SÖKANDE**

Olle Lind Vårdshus AB, 556932-1630  
c/o Recreation AB  
Rotebergsvägen 9  
192 78 Sollentuna

Ombud: Advokat Mikael Engström och jurist Peter Riiga  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

**MOTPART**

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

Ombud: Advokat Toralf Hällen och jur. kand. Gustav Nittby  
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 Södermanlands län (dnr 3.2.1-2016-41267), boendeform B, avropsavtalstid sex månader, ett år och tre år, ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i den del den avser övriga boendeformer.

Dok.Id 263211

<b>Postadress</b> Box 406 581 04 Linköping	<b>Besöksadress</b> Brigadgatan 3	<b>Telefon</b> 013-25 11 00 <b>E-post:</b> forvaltningsratten@linkoping.dom.se www.forvaltningsratten@linkoping.dom.se	<b>Telefax</b> 013-25 11 40	<b>Expeditionstid</b> måndag-fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Migrationsverket genomför upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Södermanlands län (dnr 3.2.1-2016-41267). 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. Anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera av dessa delområden. Den 10 juni 2016 meddelade Migrationsverket tilldelningsbeslut. Olle Lind Vårdshus AB (bolaget), som har lämnat anbud för boendeform B och för avropsavtalstid sex månader, ett år och tre år, har inte kvalificerats för att gå vidare till utvärdering. Som skäl anges att bolaget inte uppfyller krav enligt p. 3.1 och 3.5 att bifoga vissa intyg avseende utländsk fastighetsägare.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att bolagets anbud ska kvalificeras för utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

### **VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**

#### **Bolaget**

Bolaget disponerar den offererade anläggningen genom hyresavtal. Bolaget har i sitt anbud angett hyresvärden JS Hotel Management AB och de tre kinesiska medborgare som är delägare i den offererade fastigheten. Migrationsverket har betraktat delägarna som underleverantörer.

Migrationsverkets definition av underleverantör i förfrågningsunderlaget skiljer sig från den gängse definitionen enligt en direktivkonform tolkning

av begreppet. De utländska fastighetsägare som äger den av bolaget offererade fastigheten skulle vid en sådan tolkning inte betraktas som underleverantörer och skulle inte heller omfattas av kraven i 3.1 i förfrågningsunderlaget. I den del Migrationsverkets definition av underleverantör alls kan anses omfatta en fastighetsägare bör endast JS Hotel Management AB omfattas.

Vidare är de utländska fastighetsägarna fysiska personer som inte bedriver näringsverksamhet, är inte registrerade i någon motsvarighet till handelsregister i Kina och har inga anställda, varför intyg om registrering och sociala avgifter inte kan lämnas. I Kina finns inte heller något officiellt register över indrivningsbara skulder och kinesiska myndigheter lämnar inte ut uppgifter om privatpersoner. Kraven i p. 3.1 har alltså varit omöjliga för bolaget att efterkomma såvitt avser de tre utländska personerna, varför Migrationsverket i enlighet med 10 kap. 3 § andra stycket LOU borde ha godtagit bolagets försäkran på heder och samvete och tagit upp bolagets anbud till utvärdering. Det är inte rimligt att kräva att bolaget ska bevisa att intyg inte har varit möjliga att ordna.

De nu aktuella kraven på att inkomma med intyg riktar sig endast mot utländska leverantörer och underleverantörer. Konkurrenssituationen mellan leverantörer av asylboenden skiljer sig inte åt på grund av vilken nationalitet ägaren av respektive leverantörs offererade fastighet har. Migrationsverkets krav medför därför att lika situationer behandlas olika. Bestämmelserna i 10 kap. 4 § LOU medger en viss olikbehandling, men endast med grund i var anbudsgivaren har sina åligganden. Olikbehandlingen i nu aktuellt fall grundar sig däremot enbart på fastighetsägarens nationalitet. Detta utgör inte ett sakligt skäl för olikbehandling. Kraven strider således mot likabehandlingsprincipen.

Kravet går under alla omständigheter utöver vad som är rimligt för att uppnå det eftersträvade syftet och har bl.a. inte koppling till upphandlingsföremålet. Det strider därför mot proportionalitetsprincipen.

På grund av ovan nämnda brister har bolaget fått sitt anbud förkastat och gått miste om chansen att tilldelas ramavtal. Bolaget har därför lidit eller kunnat komma att lida skada.

### **Migrationsverket**

Enligt p. 3.1, femte stycket, i förfrågningsunderlaget ställs samma krav på utländska leverantörer som på svenska leverantörer. För utländska leverantörer ska därför bifogas intyg från behöriga myndigheter i respektive land som visar att registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger, att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda, och huruvida leverantören har indrivningsbara skulder. Enligt p. 3.5 är fastighetsägaren att betrakta som underleverantör om det är annan än anbudsgivaren.

Bolaget har haft möjlighet att inkomma med intyg avseende de utländska fastighetsägarna motsvarande de som har begärts av Migrationsverket, åtminstone såvitt avser skatter och indrivningsbara skulder, men har inte gjort det. Det ankommer på bolaget att visa att det inte är möjligt att inkomma med de intyg som efterfrågas i förfrågningsunderlaget, vilket det inte har gjort. Uppgiften från en kinesisk advokatbyrå, som bolaget har åberopat, avser endast eventuella indrivningsbara skulder i Kina, och inte t.ex. skattekulder. Anbudet uppfyller inte alla obligatoriska krav.

Svenska och utländska leverantörer behandlas lika i det avseendet att de uppgifter som fordras avser förhållanden där leverantören har sin hemvist. För svenska leverantörer inhämtar Migrationsverket självmant sådana uppgifter, vilket myndigheten, såvitt avser skatter och avgifter i Sverige, har en

skyldighet att göra enligt 10 kap. 4 § LOU. Någon sådan skyldighet för uppgifter registrerade vid utländsk myndighet finns dock inte. Om uppgifterna inte hade begärts hade de svenska leverantörerna diskriminerats.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

I 15 kap. 13 § LOU anges att en anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 10 kap. 2 och 3 §§. Av 15 kap. 13 a § 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**

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 avropsavtalstid sex månader, ett år och tre år. 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). Avseende boendeform B, avropsavtalstid sex månader, ett år och tre år, kan följande sägas.

Bolaget har anfört dels att dess anbud bör godtas vid en prövning mot ifrågavarande krav i förfrågningsunderlaget dels att kravens utformning som sådana strider mot LOU. Förvaltningsrätten finner skäl att i första hand pröva de invändningar som angetts rörande kravens utformning (jfr Kamrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1225-12).

Bolaget har bl.a. anfört att begreppet underleverantör i förfrågningsunderlaget strider mot gängse definition och att kraven i p. 3.5 och p. 3.1 är utformade i strid med likabehandlingsprincipen.

Med underleverantör menas normalt varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller delar av upp-

draget. Tolkningen av innebörden av begreppet underleverantör bör därvid ske utifrån den enskilda upphandlingens utformning och förutsättningar (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3150-14). Eftersom det i förfrågningsunderlaget anges, med tillräcklig klarhet och tydlighet, att fastighetsägare som äger offererade anläggningar ska betraktas som underleverantörer och upphandlingen härtill avser boenden, finner förvaltningsrätten inte att det finns grund för att tillämpa begreppet underleverantör i förfrågningsunderlaget på det sätt som bolaget har gjort gällande. Fastighetsägarna – som genom uthyrningen i Sverige får anses bedriva verksamhet i landet – ska därför betraktas som underleverantörer i den mening som avses i p. 3.5 i förfrågningsunderlaget

Frågan blir därefter om kraven i övrigt är utformade på ett sätt som i sig strider mot LOU.

Den aktuella upphandlingen omfattas inte av EU-direktiven på upphandlingsområdet. Även upphandlingar som inte omfattas av direktiven ska dock genomföras i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Detta innefattar principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

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 just utländska leverantörer och

svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer att komma in med vissa handlingar om de utländska leverantörernas fullgörelse av skatteförpliktelser samt förekomst av indrivningsbara skulder i utlandet, 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 (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6123-14). Det aktuella kravet får därmed anses strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Eftersom kravet medfört att bolagets anbud förkastats får bolaget anses ha 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, avropsavtalstid sex månader, ett år och tre år. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad bolaget har anfört i övrigt.

Förvaltningsrätten upplyser parterna om att rätten denna dag även har meddelat dom i mål nr 4212-16 avseende Migrationsverkets upphandling Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Södermanlands län (dnr 3.2.1–2016-41267), boendeform B, avropsavtalstid tre år.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande: 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.

