



**SÖKANDE**

Järva Tolk och Översättningsservice AB, 556613-1792

Ombud: Advokat Erik Olsson och Juristen Olle Lindberg  
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

**MOTPART**

Migrationsverket, 202100-2163

**SAKEN**

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2019-02-19	
A/d	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Järva Tolk och Översättningsservice AB:s anbud ska upptas till en förnyad anbudsprövning vid vilken Järva Tolk och Översättningsservice AB ska anses uppfylla i upphandlingen ställt krav på krävda referensuppdrags omfattning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Migrationsverket genomför upphandlingen *Förmedling av distanstolktjänster 3.2.1-2018-15063* (Upphandlingen). Upphandlingen utgör ett ramavtal med upp till fem leverantörer och genomförs genom öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägst pris. Migrationsverket har den 15 juni 2018 beslutat att tilldelat kontrakt till Språkservice Sverige AB (rangordning 1), Stockholms Tolkförmedling AB (rangordning 2) och Semantix Tolkjouren AB (rangordning 3).

Järva Tolk och Översättningsservice AB (Bolaget) ansöker nu om överprövning och yrkar i första hand att Upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny

utvärdering genomförs där Bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att anbuden från Språkservice Sverige AB (Språkservice), Stockholms Tolkförmedling AB (Stockholms tolkförmedling) och Semantix Tolkjouren AB (Semantix) ska förkastas och att Upphandlingen ska göras om. I tredje hand yrkas att Upphandlingen ska göras om till följd av att upphandlingsdokumentet brister i transparens och proportionalitet.

Migrationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

#### **VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT**

##### **Bolaget**

I Upphandlingen inkom sju anbud och av dessa bedömdes fyra, däribland Bolaget, inte vara kvalificerade då de inte ansågs uppfylla samtliga krav avseende referensuppdrag.

Bolaget, som är ett av de största på tolk- och översättningsmarknaden är mycket förvånat över att Bolagets referensuppdrag inte ansetts omfattande nog för att möta Migrationsverkets kravbild. Desto mer förvånat är Bolaget av att tre andra anbudsgivare kunnat få fram mer omfattande referensuppdrag än Bolaget och därmed tilldelas kontrakt i Upphandlingen.

I avsnitt 1.4.3 av upphandlingsdokumentet anges följande referenskrav.

*”Bevis: Referenser från minst två liknande uppdrag (med liknande uppdrag avses mot myndigheter med ett större antal ärenden varje månad) som utförts under de senaste tre åren ska anges. Migrationsverket kommer att beakta interna/egna referenser om sådana finns. För att Migrationsverket ska*

*kunna bedöma om lämnade referensuppdrag är likvärdiga med upphandlingsföremålet ska följande uppgifter anges:*

*a/ beskrivning av uppdraget, (uppdraget ska påminna om uppdraget för Migrationsverket)*

*b/kontraktets värde per år,*

*c/antalet förmedlade uppdrag per månad,*

*d/geografisk spridning*

*e/avtalstiden för kontraktet samt*

*f/kundens namn, och*

*g/kontaktuppgifter”*

I *Frågor och svar* till Upphandlingen samt till den parallella upphandlingen avseende *distanstolktjänster* har bland annat svar publicerats avseende referensuppdrag. I dessa svar har bl.a. följande angetts.

*Med viss geografisk spridning avses att vi har behov av leverans i hela landet. Referensuppdraget ska visa att leverantören kan hantera avrop med viss geografisk spridning. En region motsvarar inte den geografiska spridning som avses. På samma sätt avser referensuppdraget ett uppdrag hos en kund.”*

*Eftersom upphandlingen beräknas omfatta motsvarande den volym som Beställaren tidigare haft (6 000 - 9 000 ärenden per månad) borde antalet ligga på motsvarande eller liknande. Syftet med referensen är att Leverantörens skall erbjudas möjligheten att för Migrationsverket påvisa kapacitetshantering liknande den som förväntas av Leverantören under avtalsperioden.*

*Förutsättningarna för referenser återges i underlaget. Vi kan i detta läge inte avgöra enskilda frågor kring referenter genom Frågor och svar. Vi förstår att det inte finns så många myndigheter som har 6 000 - 9 000 ärenden. Den nivån är inte ett krav för att kunna lämna referenser. Referenstagningen är tänkt att visa för den upphandlande myndigheten att man som leverantör har möjlighet att hantera en större mängd uppdrag löpande med viss geografisk spridning. Antalet ärenden skall vara, som är beskrivet i underlaget, ett "större antal" och vad som är det lägsta antalet kan i nuläget inte återges. Syftet är som tidigare redovisat att Leverantören skall ha möjlighet att för den upphandlande myndigheten kunna visa att man har påvisad kapacitetshantering. Har leverantören större antal volymer utslagna på flera upphandlande myndigheter kan man lämpligen redovisa detta genom sin beskrivning under punkt 1.4.6 Administrativ kapacitet.*

Migrationsverket har genom Upphandlingen valt att köpa hela sitt nationella behov av tolktjänster utan att möjliggöra någon form av uppdelning av kontraktet i regionala kontrakt såsom skett i Migrationsverkets tidigare upphandlingar. Såsom indikerats av en leverantör i *Frågor och svar* medför detta att det inte finns någon tidigare upphandling i Sverige som är av samma storlek som Upphandlingen. Detta medför att kravet på två referensuppdrag av motsvarande storlek, om detta tolkas som samma antal uppdrag, är fullständigt oproportionerligt eftersom ingen leverantör som är verksam på den svenska marknaden sanningsenligt kan påstå att de har sådana referensuppdrag.

Bolaget, som är en av de absolut största tolkförmedlingarna i Sverige, har för att möta kraven på referensuppdrag angett två mycket omfattande uppdrag, nämligen befintligt uppdrag för Migrationsverket samt ett pågående uppdrag för Stockholms stad. Dessa uppgår till 2 200 respektive 1 200 förmedlade uppdrag per månad.

Därutöver har Bolaget i enlighet med Migrationsverkets svar på *fråga 44* i beskrivningen av sin administrativa kapacitet i avsnitt 1.4.6 angett att Bolaget förmedlar ca 70 000 uppdrag per år. Bolaget har dessutom utförligt redogjort för den administrativa kapacitet som Bolaget har och som är tillräcklig för att hantera de uppdrag som Upphandlingen avser.

Att myndigheter ges visst utrymme för subjektiva bedömningar vad avser exempelvis kvalitetsutvärderingskriterier är förvisso rimligt eftersom det där handlar om att bedöma vilken av flera olika lösningar som ska anses bäst lämpad utifrån myndighetens behov. Det finns dock inget som helst stöd för att myndigheter skulle ha rätt att avstå från att uppställa tydliga krav vad avser teknisk kapacitet och sedan i ett senare skede förkasta anbud med grund i att de inte uppfyller desamma.

Bolaget hade, om Migrationsverket i upphandlingsdokumentet varit tydligt med exakt vilken gräns som gäller för att ett referensuppdrag ska godkännas (och denna gräns varit större än Bolagets befintliga uppdrag) inkommit med anbud med åberopande av underleverantörs kapacitet eller deltagit med anbud genom ett konsortium. Det bör i sammanhanget framhållas att konkurrenslagens bestämmelser innebär hinder för en leverantör att ingå den typen av samarbeten med mindre än att det är helt säkert att leverantören inte med egen kapacitet kan utföra ett uppdrag. Genom att Migrationsverket vägrat vara helt tydlig med sin kravbild under upphandlingsförfarandet har Migrationsverket också tagit ifrån Bolaget möjligheten att uppfylla ett högre ställt krav genom ingående av konsortium eller genom åberopande av underleverantör.

Emellertid har nu Migrationsverket under överprövningsprocessen avslöjat att referenskravet på liknande uppdrag avser uppdrag med minst 2700 ärenden per månad. Migrationsverket anger vidare att *”referenstagningen är tänkt att visa att man som leverantör kan hantera en större mängd uppdrag*

*löpande.*” Migrationsverket framhåller vidare att båda uppdragen måste nå upp till kravet på 2700 ärenden vart och ett för sig.

Som Bolaget framhållit ovan samt i sitt anbud hanterar Bolaget totalt över 70 000 ärenden om året. Detta antal ärenden överstiger det antal som Migrationsverket nu säger är tillräckligt för att visa att *”man som leverantör kan hantera en större mängd uppdrag löpande”* ( $2\,700 \times 12 \times 2 = 64\,800$ ). Migrationsverket har i *Frågor och svar fråga 44* angett att *”Har leverantören större antal volymer utslagna på flera upphandlande myndigheter kan man lämpligen redovisa detta genom sin beskrivning under punkt 1.4.6 Administrativ kapacitet.”* Så har Bolaget gjort och därvid beskrivit att Bolaget totalt hanterar 70 000 ärenden per år. Bolaget uppfyller därmed det aktuella kapacitetskravet och har visat att man kan hantera en större mängd uppdrag löpande.

Migrationsverket anför nu att de 3 400 ärenden som Bolaget inkommit med i form av referensuppdrag inte är tillräckligt eftersom antalet ärenden, i efterhand bestämt till 2 700, måste avse vart och ett av uppdragen. Bolaget har svårt att förstå hur det kan vara proportionerligt att kräva att ett visst antal ärenden ska avse ett och samma uppdrag, när Bolaget i uppdragen sammanlagt uppnår kravet. Syftet med kravet är ju, enligt vad Migrationsverket självt framhåller, att leverantören ska visa att man som leverantör kan hantera en större mängd ärenden. Hur dessa är fördelade mellan uppdrag spelar svårligen någon roll vid bedömningen av leverantörens kapacitet. Snarare är det betydligt svårare att hantera ett stort antal ärenden fördelat på ett stort antal kunder än vad det är att hantera ett stort antal ärenden fördelat på ett fåtal kunder. Med den tolkning som Migrationsverket nu torgför är kravet oproportionerligt i förhållande till sitt syfte och Upphandlingen måste göras om även på denna grund. Bolaget, som bevisligen har en tillräckligt stortalkapacitet för att leva upp till Migrationsverkets krav, har lidit skada av att Bolaget inte tillåtit visa detta genom att redovisa ett större antal uppdrag än

två, samt genom att Migrationsverket dessutom kräver att dessa två uppdrag var och en för sig ska uppnå kapacitetskravet.

Som framkommit är Upphandlingen sannolikt den största upphandlingen av tolktjänster som någonsin genomförts i Sverige. Att då ställa krav på att anbudsgivarna ska ha tidigare erfarenhet av referensuppdrag av motsvarande storlek strider mot proportionalitetsprincipen.

För det fall förvaltningsrätten finner att det var korrekt av Migrationsverket att diskvalificera Bolaget så yrkar Bolaget på att även de vinnande anbudsgivarna (Semantix, Språkservice och Stockholms Tolkförmedling) ska diskvalificeras. Anledningen är helt enkelt att ingen av dessa anbudsgivare (eller någon annan aktör på marknaden) sanningsenligt kan ha rapporterat två referensuppdrag av en sådan storlek.

Det ska understrykas att vad som efterfrågats är antal förmedlade uppdrag, och inte antal registrerade ärenden. Möjligen har de aktuella leverantörerna fått upp sina antal genom att ta hänsyn till fel ingångsvärden och därmed även räknat uppdrag som inte har förmedlats utan endast inkommit som en förfrågan till leverantören. Bolaget kan inte hitta någon annan förklaringsmodell till de höga siffror som dessa företag angivit.

Bolaget anför således, för det fall Bolagets förstahandsyrkande inte bifalls, att ingen av de tilldelade leverantörerna har utfört referensuppdrag som är tillräckligt stora och att samtliga anbud därför borde ha förkastats vilket medför att Upphandlingen måste göras om.

För det fall förvaltningsrätten varken finner skäl att bifalla Bolagets första eller andrahandsyrkande ska konstateras att det inte under upphandlingsförfarandet stått klart vad som faktiskt krävts i termer av antal uppdrag per månad i referensuppdragen.

Såsom upphandlingsdokumentet var formulerat var det otydligt vad som var den minsta gränsen för referensuppdragen. Genom att avstå från att ange en tydlig lägsta gräns har Migrationsverket tvingat anbudsgivarna att chansa på att beskriva sin kapacitet så gott som möjligt och hoppas att det räcker. Ett kvalificeringskrav som är förenat med en sådan osäkerhet uppfyller inte de mest grundläggande krav på transparens.

Det är först under överprövningsprocessen som en minimigräns har angivits. Om Bolaget hade känt till vad som var den absoluta minimigränsen för antalet uppdrag per månad i referensuppdragen och känt till att denna absoluta minimigräns måste nås för att Bolaget ska tas upp till prövning hade Bolaget kunnat gå ihop med någon större utländsk större leverantör för att kunna uppfylla detta krav. Denna typ av större samarbetsprojekt ingår emellertid inte ett kommersiellt bolag annat än om det står helt klart att det är en nödvändig förutsättning för att tilldelas kontrakt, vilket det inte var i Upphandlingen.

Bolaget har, på grund av den bristande tydligheten, fråntagits möjligheten att åberopa annans kapacitet eller vidta andra åtgärder som Bolaget hade kunnat vidta om Bolaget hade haft ett tydligt krav att förhålla sig till.

Vidare kan konstateras att kravet avseende referensuppdrag utvecklats och förändrats genom *Frågor och svar* där det först successivt getts en allt striktare tillämpning för att sedan, endast sju dagar före anbudstidens utgång, getts en vidare och potentiellt mindre hård innebörd.

Det ska noteras att de många ändringarna av referenskraven dessutom har skapat en stor osäkerhet kring vad som faktiskt gäller, vilket påverkat Bolagets, och övriga anbudsgivares, möjligheter att vidta de åtgärder, för åberopande av annans kapacitet etc., som krävts för att kunna inkomma med ett



godkänt anbud. Bolaget har vidare fråntagits möjligheten att under hela anbudsstiden arbeta med att svara upp mot de krav som ställts i Upphandlingen, eftersom dessa krav utkristalliserats och förändrats under anbudsstiden. Migrationsverkets överträdelser har således lett till att anbudsgivarna fått kortare anbudstid än den som ursprungligen föreskrevs. Detta har medfört att Bolaget inte fått tillräcklig tid för att utforma sitt anbud, vilket lett till skada för Bolaget.

Slutligen mot bakgrund av att det nu framkommit att minimikravet på referensuppdragen har ansetts vara mer än 2 700 ärenden per månad så menar Bolaget att det är uppenbart oförenligt med de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet att, i efterhand, specificera ett kvalificeringskrav i en upphandling genom att jämföra innehållen i inkomna anbud. Kvalificeringskraven måste – definitionsvis – framgå redan av upphandlingsdokumentet. Redan av denna anledning kan det således konstateras att Migrationsverket har agerat i strid med LOU vid utformningen av referenskravet.

Kravet på referensuppdrag är en del av kravställningen i Upphandlingen på grund av, enligt Migrationsverkets egna utsagor, att Migrationsverket önskat teckna ramavtal med leverantörer som klarar uppdraget, dvs. uppfyller Migrationsverkets på förhand definierade behov. Mot den bakgrunden är det förvånande att kravets reella innebörd inte kan utläsas ur kraven i upphandlingen, utan istället att innebörden skulle framgå av anbudet. Om samtliga anbudsgivare endast hade inkommit med referensuppdrag med exempelvis 1000 ärenden per månad, så hade, enligt Migrationsverkets synsätt, Migrationsverkets behov helt plötsligt varit betydligt lägre. I själva verket är dock verkets behov en objektiv omständighet, med hänsyn till den mängd tolkuppdrag som Migrationsverket på goda grunder antar kommer avropas under avtalstiden. Denna objektiva omständighet kan knappas förändras till följd av innehållet i de anbud som inkommer.

Migrationsverkets metod för att i efterhand bestämma vilken nivå som ska vara kravnivån för att bli kvalificerad innebär också att Migrationsverket gett sig själv fullständig frihet att godtyckligt, efter det att anbudet kommit in, avgöra huruvida en anbudsgivare ska anses kvalificerad eller inte. Efter det att Migrationsverket tagit del av Bolagets anbud bestämde Migrationsverket att nivån var 2 700 vilket medförde att Bolagets anbud förkastades. Om Migrationsverket istället bestämt sig för en lägre nivå hade Bolagets anbud antagits. Att en upphandlande myndighet på detta sätt godtyckligt kan avgöra vem som ska förkastas och vem som ska antas är uppenbart oförenligt med transparens- och likabehandlingsprinciperna.

### **Migrationsverket**

Av punkten *1.4.3 Referenser* framgår bl.a. att anbudsgivaren ska lämna referenser från minst två liknande uppdrag som utförts under de tre senaste åren. Det framgår även att det med liknande uppdrag avses ett större antal ärenden varje månad mot myndigheter. Vidare framgår att anbudsgivaren ska beskriva uppdraget och där uppdraget ska påminna om uppdraget för Migrationsverket, kontraktets värde, antalet förmedlade uppdrag per månad, geografisk spridning, avtalstiden för kontraktet, kundens namn och kontaktuppgifter. Detta för att Migrationsverket ska kunna bedöma om angivna referensuppdrag är likvärdiga med upphandlingsföremålet.

Migrationsverket har inte definierat volymen i punkten *1.4.3 Referenser* men det framgår av punkten *1.1.9 Beräknat värde* i upphandlingsdokumentet att den uppskattade volymen av samtliga distanstolktjänster (dvs telefon- tolktjänster och tolktjänster för callcenter) är cirka 80 000 – 120 000 per år och 6 000 - 9 000 ärenden per månad (eller 400 000 - 500 000 på en fyra-årsperiod, vilket bl.a. klargörs i svar till *fråga 28*). Migrationsverket har också i svaren på bl.a. *frågorna 17, 18, 31 och 44* tydliggjort vad som avses med kravet referenser.

I svaret till *fråga 17*, om hur många antal uppdrag som avses, anges att eftersom Upphandlingen beräknas omfatta motsvarande den volym som Migrationsverket tidigare haft, 6 000 - 9 000 ärenden per månad, borde antalet för referensuppdragen ligga på motsvarande eller liknande och att syftet med referensen är att leverantören ska få möjlighet att påvisa för Migrationsverket en liknande kapacitetshantering som den som förväntas av leverantören under avtalsperioden.

Vidare har Migrationsverket till *fråga 18* gett samma svar om möjlighet att påvisa motsvarande kapacitetshantering samt även att eftersom verket efterfrågar viss sorts tjänst som sträcker sig över ett stort geografiskt område är det lämpligt att leverantören visar att man kan hantera detta.

Avseende *fråga 31*, om ett företag kommer att diskvalificeras om det inte kan visa att företaget arbetat i enlighet med referenskravet, har Migrationsverket svarat ja med hänvisning till att referensuppdraget syftar till att verifiera att leverantören är etablerad på marknaden och har kapacitet att hantera den volym som Migrationsverket har behov av redan från avtalsstart.

I svaret på *fråga 44* förtydligas att 6 000 - 9 000 ärenden per månad inte är ett krav för att lämna referenser men att referenstagningen är tänkt att visa att man som leverantör har möjlighet att hantera en större mängd uppdrag löpande med viss geografisk spridning samt att antalet ärenden måste vara ett större antal men att gräns för lägsta antal inte kan återges.

Att Upphandlingen rör ett stort kontrakt innebär inte i sig, som Bolaget synes mena, att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på tidigare erfarenhet liknande det som efterfrågas i Upphandlingen. Vid stora kontrakt är det än mer relevant för Migrationsverket som upphandlande myndighet att kunna säkerställa att anbudsgivaren kan visa att denne har tillräcklig kapacitet för att klara uppdraget som Upphandlingen rör så att

Migrationsverket säkerställt att leverans kommer att ske i enlighet med kontraktet och att Upphandlingen är effektiv i detta hänseende.

Det är av mycket stor vikt för Migrationsverket att leverantören har resurser och kapacitet att hantera stora volymer och liknande uppdrag som de som leverantören kommer att hantera för Migrationsverket. Detta har sin bakgrund i att verket genom sitt uppdrag inom asyl- och migrationsområdet har ett unikt behov av tolktjänster som inte går att jämföra med de flesta andra myndigheters dels på grund av den omfattning som Migrationsverket har behov av tjänsten, dels då Migrationsverkets verksamhet kräver fungerande leverans av tolktjänster utifrån verkets behov för att Migrationsverkets verksamhet överhuvudtaget ska fungera. Tolktjänsterna, som är av omfattande volym sett till andra myndigheter, är lika viktiga för Migrationsverket som den personal som handlägger asyl- och migrationsärendena (liksom naturligtvis för de sökande, där rätten till tolk följer av lagstiftning). Migrationsverket kan därför inte ha leverantörer som inte har erfarenhet av ett större antal ärenden på flera platser i landet, likvärdiga med Migrationsverkets uppdrag. Även om Migrationsverket inte i upphandlingsdokumentet uttryckt någon exakt nedre gräns för antal ärenden per månad så framgår det tydligt att det krävs referenser som visar en kapacitetshantering som motsvarar liknande Migrationsverkets uppdrag och att detta innebär 6 000 - 9000 ärenden per månad.

Med Bolagets vetskap om att Migrationsverkets uppdrag rör 6 000 - 9 000 ärenden per månad så måste Bolaget ha vetat att det inte ensamt kunnat visa referenser i närheten av ett sådant större antal uppdrag liknande Migrationsverkets uppdrag och det har således stått Bolaget fritt redan vid tiden för anbudet att försäkra sig om att det kunde uppfylla kravet på referenser, t.ex. genom att åberopa referenser från en underleverantör eller ett konsortium.

I Upphandlingen har anbudsgivarna i sina anbud angett referensuppdrag där antalet ärenden legat i ett spann mellan som lägst 500 och som högst 10 000 ärenden per månad per referensuppdrag. Då Migrationsverket i egenskap av upphandlande myndighet har visst utrymme att bedöma vad som ska anses som liknande uppdrag, och därmed vad som är ett större antal ärenden, har Migrationsverket i utvärderingen bedömt att de anbudsgivare som i anbudan angett något referensuppdrag i spannet 500 upp till 2 700 ärenden per månad inte kan anses vara sådant liknande uppdrag som det som efterfrågas i Upphandlingen vad gäller större antal ärenden varje månad.

Att Migrationsverket i överprövningsprocessen anger vad man vid utvärderingen bedömt inte vara ett liknande uppdrag med avseende på större antal – dvs. anbud med referensuppdrag mellan 500 - 2 700 ärenden per månad – och som därmed inte uppfyllt kravet på referenser, innebär inte att slutsatsen kan dras att 2 700 ärenden varit en gräns för vad Migrationsverket ansett vara en större mängd ärenden i Upphandlingen. Det är klart uttryckt att Migrationsverket har ett antal ärenden om 6 000 – 9 000 ärenden per månad och även att Migrationsverket tänkt acceptera ett lägre antal ärenden per månad än detta så länge referensuppdragen varit liknande Migrationsverkets uppdrag vad gäller större mängd.

Det har emellertid inte funnits några inkomna anbud med två referensuppdrag över de 2 700 ärenden per månad, som verket således bedömt inte vara ett tillräckligt antal, utöver de tre vinnande anbudsgivarna som har angett två referensuppdrag i spannet mellan 6 700 - 14 600 ärenden per månad. Så även om Migrationsverket i Upphandlingen haft för avsikt att acceptera referensuppdrag med lägre antal ärenden per månad än Migrationsverkets antal ärenden per månad - så länge som referensuppdragen motsvarat Migrationsverkets behov, dvs. varit liknande Migrationsverkets uppdrag avseende större antal - så har det inte funnits någon anbudsgivare som angett två referensuppdrag med ett antal ärenden per månad däremellan, dvs.

mellan 2 700 och 6 700 ärenden per månad. Migrationsverkets synsätt på sitt behov och därmed på vad som är ett liknande uppdrag som Migrationsverkets, med avseende på större mängd ärenden per månad, har således inte ändrats beroende på vilka anbud som har inkommit. Innebörden av kravet på referensuppdrag kan utläsas av upphandlingsdokumentet och kravet har upprätthållits under hela förfarandet. Kravet hade givetvis varit ännu tydligare med en angiven nedre gräns för antalet ärenden per månad men Migrationsverket menar att kravet är tillräckligt tydligt trots att en nedre gräns för antal ärenden inte angetts.

Att minst två liknande referensuppdrag ska anges enligt kravet *1.4.3 Referenser* i upphandlingsdokumentet - i betydelsen riktat mot myndighet och större antal ärenden per månad där orden större antal ärenden per månad avser att indikera ett lägre antal än Migrationsverkets antal ärenden per månad - beror på att Migrationsverket tänkt sig att anbudsgivare ska ha möjlighet att visa sin kapacitet att hantera liknande uppdrag som Migrationsverkets genom de två liknande referensuppdragen med vardera ett större antal ärenden per månad.

Bolaget, som redovisat referensuppdrag om 2 200 uppdrag per månad för referensuppdrag 1 och 1 200 uppdrag per månad avseende referensuppdrag 2, har således inte bedömts uppfylla kravet på referenser då inget av referensuppdragen varit ett liknande uppdrag med avseende på ett större antal ärenden varje månad. Att de två referensuppdragen som Bolaget angett i anbudet tillsammans uppgår till 3 400 uppdrag per månad är inte relevant då det i kravet *1.4.3 Referenser* i upphandlingsdokumentet anges att minst två liknande referensuppdrag ska anges. Migrationsverket har således rätteligen bedömt att Bolagets referensuppdrag 1 och 2 inte motsvarar liknande uppdrag avseende större antal ärenden varje månad.

Migrationsverket tillbakavisar även Bolagets påstående om att Migrationsverket har utvecklat och förändrat kravet avseende referensuppdrag genom sina svar i Upphandlingens *Frågor och svar*. Migrationsverket har svarat på inkomna frågor under anbudstiden och svaren har inte ändrat förutsättningarna för kravet eller möjligheten att lämna anbud såsom Bolaget synes mena med hänvisning till EU-domstolens mål *C-368/10* eller Kammarrättens mål *437-446-12*. Anbudstiden har också förlängts såsom sig bör med minst sex dagar före sista dag för anbud och denna information har lämnats skriftligen till alla leverantörer som deltagit i upphandlingsförfarandet. Kravet på referensuppdrag har också varit klart definierat redan från början av upphandlingsförfarandet i Upphandlingen.

Bolaget har i andra hand yrkat att Upphandlingen ska göras om så att de tre vinnande anbuden förkastas då dessa anbudsgivare, enligt Bolaget, inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i Upphandlingen. Detta då ingen aktör på marknaden enligt Bolaget kan redovisa referensuppdrag av sådan omfattning.

Migrationsverket tillbakavisar att de tre vinnande anbuden inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav och att det inte finns någon tolkförmedlingsleverantör som kan uppfylla kraven. De tre vinnande anbuden har i sina referensuppdrag redovisat volymer som ligger inom ramen för Migrationsverkets volymer och högre per månad.

Bolaget har i tredje hand yrkat att upphandlingen ska göras om då förutsättningarna i Upphandlingen enligt Bolaget varit så otydliga vad avser kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet att anbudsgivarna inte kunnat utläsa vad som krävts.

Uppställt krav på att referenser ska avse två liknande uppdrag mot myndigheter med ett större antal ärenden varje månad som är likvärdigt med den

upphandlade tjänsten är relevant för bedömningen av om anbudsgivaren kan anses visa att de har tillräcklig kapacitet varför kravet inte kan anses vara oproportionerligt. Migrationsverket måste i egenskap av upphandlande myndighet ha visst utrymme att bedöma vad som är liknande uppdrag i förhållande till Migrationsverkets uppdrag. Att Migrationsverket inte i upphandlingsdokumentet närmare preciserat en nedre gräns för vad som avses med liknande uppdrag kan inte innebära att upphandlingsdokumentet brister i transparens då det i upphandlingsdokumentet jämte *Frågor och svar* lämnas tillräcklig information om det uppdrag som upphandlas för att anbudsgivare ska kunna bilda sig en uppfattning om vad som efterfrågas.

Sammanfattningsvis har Migrationsverket inte förfarit på ett sätt som kan anses strida mot principerna om proportionalitet, likabehandling och öppenhet, någon annan grundläggande princip i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag eller unionsrätten på sådant sätt att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).



### Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har i första hand riktat invändningar mot att Bolaget inte har bedömts uppfylla kravet på referensuppdrag i Upphandlingen, i andra hand anfört att de tre vinnande anbuderna ska förkastas då de inte uppfyller nämnt krav och i tredje hand invänt mot att det uppställda kravet på referensuppdrag strider mot transparens- och proportionalitetsprinciperna.

När en anbudsgivare har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand göras av de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se bl.a. Kammarrättens i Sundsvall dom den 29 augusti 2012 i mål 1225-12). Förvaltningsrätten prövar därför först om utformningen av upphandlingsdokumentet, vad beträffar kravet på referensuppdrag, strider mot kraven på öppenhet och transparens.

Förvaltningsrätten konstaterar att det kvalificeringskrav som är ifråga rör leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Grundkravet härvidlag framgår av punkt 1.4.2. i upphandlingsdokumentet vari anges att leverantören ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra efterfrågad tjänst med den omfattning och kvalitet som efterfrågas (se 14 kap. 5 § LOU). Till detta kvalificeringskrav är sedan kopplat ett krav i punkt 1.4.3. i upphandlingsdokumentet att anbudsgivaren ska inkomma med viss preciserad utredning som visar att kvalificeringskravet i punkt 1.4.2. är uppfyllt (se 15 kap. 11 § punkt 2 LOU). I beviskravet preciseras bl.a. att två liknande uppdrag ska ha utförts mot myndigheter med ett större antal ärenden varje månad.

Därefter har Migrationsverket genom *Frågor och svar* först angett att "ett större antal ärenden" bör innefatta 6 000 – 9 000 ärenden per månad och att syftet med referensen är att leverantörens skall erbjudas möjligheten att för Migrationsverket påvisa kapacitetshantering liknande den som förväntas av

denne under avtalsperioden. I ett senare svar har dock nyssnämnt svar korri-gerats varvid angetts att en ärendevolym om 6 000 – 9 000 förmedlingsuppdrag inte är ett krav för att kunna lämna referenser och att det lägsta antalet ärenden som accepteras inte kan preciseras annat än att det ska vara ett ”större antal”. Vidare tillades att om leverantören har ett större antal volymer utslagna på flera upphandlande myndigheter kan man lämpligen redovisa detta genom sin beskrivning under punkt 1.4.6 Administrativ kapacitet. Av det ovan följer sammanfattningsvis att anbudsgivare för att uppfylla kvalificeringskravet i aktuellt hänseende ska kunna uppvisa erfarenhet av att ha utfört ett större antal uppdrag mot myndighet med preciseringen att med uttrycket ”större” inte menas den totala kontraktsvolym som ramavtalet rimligen bedöms omfatta. Frågan är därmed om ett sådant kvalificeringskrav kan anses vara tillräckligt transparent för att kunna accepteras.

Vad gäller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet följer redan av 14 kap. 5 § LOU att ett sådant krav inte behöver vara helt klart definierat ifråga om t.ex. erfarenhet av uppdrag med en viss preciserad volym eller värde. I förevarande fall kan konstateras att Migrationsverket genom de svar som givits har tydliggjort att det inte krävs erfarenhet av uppdrag med motsvarande beställningsvolym som kan förväntas i upphandlingen (se punkt 1.1.9 i upphandlingsdokumentet) utan att leverantören ska påvisa att denne klarar en kapacitetshantering liknande den som förväntas av denne under avtalsperioden och härtill ska kunna åberopa två liknande uppdrag åt myndigheter med ett större antal ärenden varje månad. Ledning vilken erfarenhet som därvid kan förväntas krävas ges enligt förvaltningsrätten bl.a. av det förhållandet att Migrationsverket i upphandlingsdokumentet tydliggjort att myndighetens avsikt var att teckna ramavtal med fem leverantörer i fast rangordning och att regleringen av sådana avrop inte kräver att varje leverantör ska inneha kapacitet att vid varje enskilt avrop kunna möta Migrationsverkets hela löpande efterfrågan under ramavtalstiden (se bl.a. punkt 1.5.7.1 i upphandlingsdokumentet). Utifrån angivna förhållanden kan förvaltningsrätten

inte finna annat än att ifrågavarande kvalificeringskrav med därtill hörande krav på bevisning, även om det inte helt klarläggande, är tillräckligt tydligt för att uppfylla LOU:s krav på öppenhet och transparens. – Kravet får även utifrån sin utformning och sammanhang anses vara motiverat med hänsyn till Upphandlingens syfte och innehåll och står således inte heller i strid med LOU:s krav på proportionalitet.

Nästa fråga blir därmed om Migrationsverket haft fog för att förkasta Bolagets anbud med hänvisning till bristande teknisk och yrkesmässig kapacitet, dvs. om åberopade referenser omfattande 2 200 respektive 1 200 förmedlade uppdrag per månad tillsammans med övrig påvisad kapacitetshantering innebär att Bolaget når upp till krävd bevisning för aktuellt kvalificeringskrav.

Migrationsverkets klarläggande under upphandlingsprocessen att det inte är nödvändigt för en leverantör att inneha erfarenhet att ensamt eller med åberopande av annans kapacitet hantera den totala uppdragsvolym om 6 000 – 9 000 uppdrag som Upphandlingen förväntas omfatta ligger väl i linje med hur Upphandlingen utformats med flera tänkta ramavtalsleverantörer som utifrån sin kapacitetstillgång vid varje enskilt avrop ska säkra upp att Migrationsverket har tillgång till upphandlad tjänst under ramavtalstiden. Någon exakt nivå vilket antal uppdrag som varje månad ska utföras för en kund för att det ska betraktas som ”större antal” har dock, som ovan konstaterats, inte givits under upphandlingsprocessen. Bedömningen av vad som bör accepteras i detta sammanhang blir således en mer generell uppskattning utifrån en objektiv tolkning av kvalificeringskravets och därtill hörande beviskravs ordalydelse samt med beaktande av övrigt underlag i Upphandlingen. Härvid bör även poängteras att om en upphandlande myndighet, liksom skett i Upphandlingen, väljer att utforma ett allmänt hållet kvalificeringskrav med därtill kopplad bevisning minskar också naturligen i någon utsträckning dess handlingsutrymme att vid kvalificeringsprövningen senare

underkänna deltagande leverantörers kapacitet. Vid en sammantagen bedömning utifrån det nu sagda finner förvaltningsrätten att de referensuppdrag som Bolaget åberopat får anses uppfylla det krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet ifråga om krav på antal uppdrag som uppställts i upphandlingsdokumentet.

Av det ovan följer att Bolaget genom sitt anbud visat att Bolaget uppfyller kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet i de delar som legat till grund för Migrationsverkets beslut att ej kvalificera Bolaget för deltagande i upphandlingen. Migrationsverket har således förfarit i strid med LOU vilket medfört skada för Bolaget. Upphandlingen ska därmed rättas på så sätt att Bolagets anbud ska upptas till en förnyad anbudsprövning vid vilken Bolaget ska anses uppfylla ställt krav på krävda referensuppdrags omfattning.

Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Bolaget framställt i sin ansökan om överprövning.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Tomas Kjellgren  
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.