



SÖKANDE

Digital Interpretations Scandinavia AB, 559032-5394

Ombud: Shafqat Khatana
Advantage Juristbyrå

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 avslår ansökan om överprövning.

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 Semantix Tolkjouren AB, Språkservice Sverige AB och Stockholms Tolkförmedling AB.

Digital Interpretations Scandinavia AB (Bolaget) ansöker nu om överprövning och yrkar att Upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Upphandlingen omfattar tolktjänster via telefon och callcenters som har delats upp i två områden,

- *A Telefontolkning* - tolkning på distans med enbart ljud
- *B Callcenter* - tolkning på distans med enbart ljud i en skyddad arbetsmiljö i leverantörernas lokaler

I Upphandlingen krävs att leverantörer som lämnar anbud ska kunna leverera på både område *A* och *B*, samt att anbud ska lämnas på hela underlaget. På grund av att Bolaget vid sista anbudsdag endast skulle kunna ha möjlighet att leverera på område *A* var Bolaget förhindrat att lämna anbud i Upphandlingen.

Migrationsverket har ställt krav på den upphandlade tjänsten som innebär att tjänsten ska utföras i callcenters. Det har även ställts krav på hur callcentret ska vara utformat. Genom att en implementeringstid efter tilldelat avtal inte medges omöjliggör nämnda krav för små- och medelstora företag, som idag inte har en sådan anläggning men som skulle kunna uppfylla kravet, att delta i Upphandlingen. Således utesluts eller diskvalificeras cirka 90-95 procent av Sveriges tolkförmedlingar från att delta i Upphandlingen. Kraven som ställs är oproportionerliga i förhållande till det behov som Upphandlingen syftar till att fylla. Konsekvensen är att det i praktiken varit möjligt för endast tre leverantörer att de facto lämna anbud.

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkt 1.

- Kravet på att anbudsgivare måste lämna anbud på underlaget i sin helhet samt kravet på att delar av tjänsterna måste levereras från ett callcenter.

Detta krav ställs trots att en väsentlig andel av tjänsten (område *A telefon-tolkning*) inte på något sätt kräver ett callcenter. Om en leverantör kan leverera på område *A* men inte på område *B* hindras leverantören från att lämna anbud på grund av att Migrationsverket valt att slå ihop anbudet utan att medge någon implementeringstid.

Sedan tilldelningsbeslut meddelats den 15 juni 2018 har Migrationsverket i enlighet med 4 kap. 13 § LOU givit en förklaring till varför man valt att inte tilldela kontraktet i separata delar. Bolaget medger att detta beslut i och för sig är inom ramarna för en upphandlande myndighets handlingsutrymme då lagstiftaren valt att implementera den miniminivå som unionsrätten påbjuder i fråga om att tillgängliggöra upphandlingar för små- och medelstora företag. Bolaget anser däremot att detta inte innebär att dessa företag lättvindigt kan uteslutas. Motiveringen till varför Migrationsverket har valt att inte dela upp anbudet tyder därutöver på att Migrationsverket vill utesluta små- och medelstora företag eftersom Migrationsverket anger att en uppdelning inte skulle medföra god kontinuitet i den levererade tjänsten, att det behöver en leverantör som har stor erfarenhet av unika tolksituationer och som kan påvisa kapacitet att hantera stora mängder enskilda tolkuppdrag, vilket enligt Migrationsverket är en prioritet mot bakgrund av Migrationsverkets erfarenheter från tidigare avtal för distanstolkning. Detta synsätt kan ifrågasättas. Migrationsverket synes mena att myndigheten tidigare har avtalat med mindre företag och i anledning därav nu istället valt att indirekt rikta sig till större leverantörer genom att ställa upp oproportionerliga villkor. Bolaget skulle, om man kunnat lämna anbud, i allra högsta grad kunna uppfylla de villkor som Migrationsverket ställer. Om Migrationsverket inte klarar av hanteringen av separata avtal för distanstolkning är det en omständighet som åligger Migrationsverket att lösa, men inte genom att åsidosätta proportionalitetsprincipen samt hämma konkurrensen och möjligheterna för små- och medelstora företag att kunna delta i Upphandlingen. Agerandet strider mot de grundläggande principerna i LOU. Upphandlingen hade

kunnat utformas på ett sätt som hade givit små- och medelstora företag möjlighet att lämna anbud och därefter anpassa sin verksamhet efter de tekniska och logistiska krav som Migrationsverket ställer.

Bolaget kan säkerställa att alla tolkningar bokade via Bolaget sker i säkra miljöer utan möjlighet för utomstående att få insyn i samtalen. Kravet om att tolkning ska ske i call-centers är dock inte ändamålsenligt eller proportionerligt. Ett callcenter innebär att flera individer tolkar i samma rum och således finns en större risk för att andra, än i samtalet berörda parter, får ta del av sekretessbelagda uppgifter avseende individer och deras personuppgifter. Detta påvisar att riskerna är högre i callcentermiljö än tolkningar i enskilda rum. Vidare finns, enligt Migrationsverket, ett behov av tolktjänster som kan täcka mellan 6 000 - 9 000 uppdrag per månad alternativt cirka 72 000 - 108 000 uppdrag per år. Som en jämförelse kan nämnas att Sveriges läns landstings (SLL) upphandling avseende tolktjänster behandlar cirka 360 000 uppdrag per år, varav cirka 72 000 uppdrag (20 procent) avser telefontolkning och cirka 17 000 uppdrag avser expresstolkning/kontaktcentermiljö. Uppdragen kan således anses vara ekvivalenta. SLL har, trots liknande behov avseende säkerhet och sekretess vid behandling av patientuppgifter, till skillnad från Migrationsverket valt att dela upp kontraktet på distanstolkning och call-centers. Detta visar att det är fullt möjligt med en uppdelning av kontraktet. Genom uppdelningen har konkurrensen gynnats och fler aktörer har kunnat lämna kvalificerade anbud på de olika delarna. Vidare har SLL i sin upp-handling avseende tolktjänster givit anbudslämnare en tid om tre månader, jämfört med av Migrationsverket medgivna tid om en månad, på sig att förbereda sig inför uppdraget. De krav som Migrationsverket ställer på callcenters utformning kan rimligtvis inte åtgärdas på en månad, särskilt inte hos de aktörer som inte har den infrastruktur som Migrationsverket krävt.

Det är korrekt som Migrationsverket anför att SLL:s upphandling har avbrutits, men avbrytandet skedde med hänvisning bland annat till att potentiella avropare inte varit tydligt definierade i upphandlingsdokumentet och att SLL därmed anser att ramavtalet inte är affärsmässigt då det inte uppfyller hela SLL:s behov. Oaktat detta visar tilldelningen som skedde innan upphandlingen avbröts att det finns leverantörer, däribland Bolaget, som kan leverera den kapacitet som även Migrationsverket har behov av. Migrationsverket har, förutom att hävda att dess unika behov gör att de uppställda kraven är motiverade, ej kunnat påvisa att denna förutsättning de facto råder och ej heller kunnat motivera hur myndighetens egna behov skiljer sig från andra upphandlande myndigheter som omfattas av samma lagkrav och sekretesskrav.

Migrationsverket påpekar därtill att det faktum att ett företag inte klarar av att leverera allt det som den upphandlande myndigheten kräver inte nödvändigtvis är detsamma som att en anbudsgivare per automatik är utesluten från att lämna anbud och hänvisar till möjligheten att åberopa annans kapacitet. Detta är förvisso korrekt i teorin, men när enbart tre leverantörer av Sveriges cirka 30 befintliga tolkförmedlingar har möjlighet att lämna anbud så finns hos dessa aktörer varken incitament eller vilja att samarbeta med andra. Migrationsverket anför vidare att LOU lämnar möjligheter till att kapacitet inom en koncern ifrån såväl moder-, dotter- och systerbolag kan åberopas och ett helt nytt bolag/konsortium kan startas för att ta sig an det specifika kontraktet. Migrationsverkets lösning är varken rimlig eller logisk i förevarande fall eftersom det handlar om att små- och medelstora företag utesluts genom ett tillvägagångssätt som dels är oproportionerligt, dels inte stämmer överens med verkligheten. Bolaget är ett litet till medelstort företag som inte har något moder-, dotter- eller systerbolag vars kapacitet kan åberopas i frågan om callcenters. Att starta ett helt nytt bolag/konsortium löser inte heller callcenter-frågan då det inte är kostnadsmässigt motiverat att starta ett sådant endast för att infria kravet om callcenters. Detta i synnerhet när det inte

finns några garantier för att bli tilldelad kontrakt i Upphandlingen och få dessa kostnader ersatta.

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkt 2.

- Krav ställs i upphandlingsdokumentet avsnitt 1.5.3.1 *Lokaler och teknik för callcenter* på att passerkontrollsystemet ska ägas och förvaltas av leverantören.

Krav om att passerkontrollsystemet ska ägas och förvaltas av leverantören är krav som Migrationsverket själva inte följer. Passerkontrollsystemet som Migrationsverket använder sig av har levererats av Bravida, som även levererar system till Skatteverket, Försäkringskassan, flera svenska förvar och till det svenska försvaret. Även mjukvaran till systemet ägs av Bravida. Av nyare information framgår att det i dagsläget är Stanley Security som tillhandahåller Migrationsverkets säkerhetslösningar. Det är svårt att förstå hur Migrationsverket kan motivera att högre krav ställs på en tolkförmedlings egna passerkontrollsystem än vad myndigheter har där hotbilden torde bedömas vara betydligt mer substantiell.

Det är korrekt som Migrationsverket anför att de anbudslämnare som erbjuder att skriva avtal med Migrationsverket avseende tolktjänster kommer att få ersättning för införande av särskilda passerkontrollsystem och dylikt genom sina anbudspriser. Det som är oproportionerligt i Upphandlingen är dock att Migrationsverket förväntar sig att lösningarna ska finnas på plats innan avtalsskrivning. De mindre anbudsgivare som investerat i passerkontroll och liknande teknologi som Migrationsverket kräver, och som ändå av olika skäl inte blir antagna i Upphandlingen, kommer då att stå med en omfattande kostnad vilken inte kommer att ersättas.

När det gäller den ovan nämnda frågan om att åberopa annans kapacitet så är detta inte möjligt för kravet på passerkontrollsystem. I realiteten skulle

åberopande av annans kapacitet avseende passerkontrollsystemet innebära att uppdragstagaren i förevarande fall skulle behöva anlita någon med ett callcenter som har ett sådant passerkontrollsystem som presenteras i upphandlingsdokumentet. Eftersom det inte finns andra tolkförmedlingar med den sortens kapacitet än de tre som de facto accepterades som anbudsgivare kan vad Migrationsverket anför inte genomföras i verkligheten.

Det kan i sammanhanget tilläggas att Bolaget har ett innovativt sätt att leverera tolktjänster on-demand utan att behöva ha tolkar i callcenter samtidigt som sekretessen kan upprätthållas. Det är möjligt att leverera den tjänsten Migrationsverket upphandlar utan att Migrationsverket ställer oproportionerliga krav som i förevarande upphandling.

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkt 3.

- Omfattande krav ställs på hur det erfordrade callcentret ska vara utformat samt att dessa krav ska vara uppfyllda redan på sista anbudsdag.

Även om kraven kan bedömas som höga kan kraven tillräckligt skyndsamt implementeras av en vinnande anbudsgivare, trots att inte oväsentliga investeringar för att anpassa en callcenter-lokal behöver göras för att möta kraven. Dyliga investeringar är däremot endast motiverade att genomföra för den leverantör som tilldelas kontrakt efter avslutad upphandling. Dock ställer Migrationsverket krav på att dessa krav ska vara uppfyllda vid sista anbudsdag då leverantörer informeras om att Migrationsverket avser göra besök vid vinnande anbudsgivarens lokaler efter tilldelning, innan avtal skrivs. I det fall Migrationsverket inte godkänner lokalerna av olika anledningar, bland annat att man inte anser att lokalerna uppfyller befintliga krav på god callcenter-miljö kan leverantören diskvalificeras trots vinnande anbud. En åtgärdsperiod på en månad kommer troligtvis att medges. Ett rimligare krav hade varit att ge leverantören en period om exempelvis sex månader, för att implementera de krav som Migrationsverket ställer på det

efterfrågade callcentret. Detta är likt hur SLL ställt krav på att vinnande anbud inom sex månader måste integrera sig till deras tolkportal. På detta sätt kan Upphandlingen genomföras utan att utesluta små- och medelstora företag som har goda förutsättningar att leverera den aktuella, men för vilka det inte skulle vara affärsmässigt motiverat att investera i callcenter-lokaler i annat fall än att man tilldelats kontrakt.

Avvikelse från 9 kap. 4 § LOU

Av upphandlingsdokumentet framgår på att leverantörernas lokaler ska vara utformade så att inbrott försvåras och det totala mekaniska inbrottskyddet ska uppfylla skyddsklass 1 enligt svenska stöldskyddsföreningens regler för mekaniskt inbrottskydd *SSF200*. Enligt 9 kap. 4 § 2 st. LOU ska varje hänvisning som avses i första stycket åtföljas av orden "*eller likvärdig*". Migrationsverket har i upphandlingsdokumentet, efter beskrivning i p. *1.5.3.1 Lokaler och teknik för callcenter* inte angivit "*eller likvärdig*". Hänvisningen ska säkerställa att företag som använder motsvarande europeiska eller internationella standarder inte missgynnas. Oaktat att Migrationsverket accepterar likvärdig standard för utformande av lokal som uppfyller motsvarande skyddsklass 1 *SSF200* så måste detta tydligt framgå för att även andra EU-verksamma företag ska ha möjlighet att lämna anbud. Står det inte angivet "*eller likvärdigt*" finns utrymme för företag i andra EU-länder att uppfatta att de inte kvalificerar sig för att lämna anbud vilket i sig begränsar konkurrensen ytterligare.

Upphandlingen är utformad i syfte att begränsa konkurrensen

Det är Bolagets uppfattning att Upphandlingen är utformad på ett sätt som hämmar konkurrensen då det idag av Sveriges ca 30 tolkförmedlingar, enbart är tre tolkförmedlingar som uppfyller kravet om callcenter. Så som kraven är utformade är det uppenbart att Upphandlingen är utformad för att matcha en viss leverantör eller begränsa konkurrensen till en mycket liten

andel av de befintliga leverantörerna, vilket inte är tillåtet enligt 4 kap. 2 § LOU, detta trots att tjänsterna på ett fullgott sätt kan levereras genom andra metoder. Alternativet är att övriga möjliga leverantörer ges möjlighet att delta i Upphandlingen genom att leverantörerna ges utrymme att ordna med de lokaler och den utrustning som Migrationsverket kräver. Genom tilldelningsbeslutet av den 15 juni 2018 framgår det även tydligt att samtliga anbudslämnare har diskvalificerats i utvärderingen utom de tre största aktörerna på marknaden.

Bolaget anser att Migrationsverket i stället bör ställa relevanta krav på att anbudsgivare levererar relevanta tolktjänster till en viss tillsättningsgrad och i de fall leverantören brister i att leverera dessa bör viten eller uteslutning ske. I förevarande upphandling har Migrationsverket ställt höga krav på callcenters och utformningen av dessa, men haft väldigt få förväntningar på leverantörens tillsättning innan vite utgår. Detta är inte vad som är bäst för individuella klienter som i många fall inte kommer att få en tolk, samtidigt som vissa tolkförmedlingar gynnas i Upphandlingen.

Det finns vidare ett lagstadgat krav på auktoriserade tolkar som innebär tystnadsplikt, vilket inte gäller för grundutbildade tolkar eller övriga tolkar. Rimligtvis torde det ha förelegat ett krav på att just auktoriserade tolkar bemannar callcenters, vilket inte framgår i upphandlingsdokumentet.

Talerätt och skada

Bolaget är verksamt på aktuell marknad och skulle ha lämnat anbud om tillvägagångssättet för Upphandlingen varit ett annat. Bolaget har därför talerätt. Bolaget anser sig ha lidit en skada eftersom Bolaget, på grund av det regelstridiga sätt på vilket Migrationsverket utformat Upphandlingen, inte haft möjlighet att lämna anbud. Vid en korrekt genomförd upphandling skulle Bolaget ha en reell chans att tilldelas avtal.

Migrationsverket

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkten 1 i Bolagets ansökan

Bolagets har anfört att det föreligger avvikelse från proportionalitetskravet då uppdelning av kontraktet i Upphandlingen borde ha skett avseende telefontolk och callcenter.

Migrationsverket har noggrant övervägt konsekvenserna av att dela upp kontraktet i Upphandlingen i delar och har i upphandlingsprotokollet lämnat en utförlig motivering till de överväganden som ligger bakom att Migrationsverket bestämt att inte dela upp kontraktet i separata delar.

Migrationsverket har genom sitt uppdrag inom asyl- och migrationsområdet ett unikt behov av tolktjänster som inte går att jämföra med de flesta andra myndigheters dels på grund av den omfattning 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). Detta är anledningen till att Migrationsverket valt att inte använda sig av Kammarkollegiets ramavtal utan i stället göra egna upphandlingar av tolktjänster utifrån sitt unika behov av och utifrån tidigare erfarenhet av tolktjänster.

På basis av de stora volymerna i den upphandlade tjänsten och mängden personal som hanterar tjänsten har Migrationsverket också kunnat konstatera vid tidigare avtal att verksamheten inte klarar av hanteringen av separata avtal för distanstolkning såsom telefontolkning och callcentertolkning. Sammanblandning har skett mellan avtalen där beställning skett från flera leverantörer med fördyring och risker i

genomförande av kontraktet för verket som följd. Detta har bedömts kunna ytterligare öka med löpande förändring av verkets behov av vad gäller tolktjänster, organisation och regionala indelning.

Att få all distanstolkning i en och samma upphandling utan uppdelning av kontrakten i delar utifrån telefontolkning och callcenter med få kontaktytor och leverantörer som har erfarenhet och kapacitet att klara att ta emot så många uppdrag det är fråga om innebär därför det lämpligaste upplägget utifrån verkets behov. Detta eftersom det underlättar för verksamheten såväl som för leverantörerna och säkerställer att kontraktens genomförande inte undermineras eller fördyras.

Upphandlande myndigheter har därutöver enligt LOU endast en skyldighet att överväga uppdelning av kontrakt i en upphandling men har inte skyldighet att faktiskt dela upp kontraktet i delar. Migrationsverket har på ett seriöst sätt övervägt konsekvenserna av en uppdelning och funnit samt motiverat att det i förhållande till föremålet för Upphandlingen inte är lämpligt att dela upp kontraktet i delar utifrån Migrationsverkets behov och tidigare erfarenhet av tjänsten, att kontraktets genomförande vid en uppdelning riskerar att bli orimligt svårt och dyrt samt allvarligt riskerar att underminera genomförandet av kontraktet.

Att upphandlande myndigheter enligt LOU endast har skyldighet att överväga uppdelning men inte skyldighet att faktiskt dela upp kontraktet i delar hänger samman med den upphandlande myndighetens betydande handlingsutrymme när den bestämmer vad som ska anskaffas och där bestämmelserna om uppdelning av kontrakt varken utökar eller minskar det utrymmet. Bolaget har också medgett att Migrationsverkets beslut att inte dela upp Upphandlingen i och med motiveringen faller inom ramen för Migrationsverkets handlingsutrymme. Migrationsverket anser att valt upplägg för tjänsten är proportionerligt.

Bolaget menar emellertid att det sätt Migrationsverket utformat Upphandlingen på begränsar små- och medelstora företags möjligheter att konkurrera och Bolagets möjlighet att lämna anbud. Att en leverantör inte på egen hand till fullo klarar av att leverera allt det som den upphandlande myndigheten kräver är inte nödvändigtvis detsamma som att en anbudsgivare per automatik är *utesluten* från att lämna anbud. Detta då avsaknaden av kapacitet för ett stort kontrakt inte utesluter möjligheten att lämna anbud. I LOU finns långtgående möjligheter för leverantörer att samverka inom ramen för en mängd olika samarbetsformer för att kunna leverera det som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Andra företag kan tas in som underleverantörer, kapacitet inom en koncern ifrån såväl moder-, dotter- och systerbolag kan åberopas och ett helt nytt bolag/konsortium kan startas för att ta sig an det specifika kontraktet, låt vara att sistnämnda kräver att kontraktet är stort.

Bolaget menar dock att detta inte skulle vara möjligt i den aktuella upphandlingen utifrån att Bolaget anser att enbart tre av Sveriges trettio tolkförmedlingar har haft möjlighet att lämna anbud i Upphandlingen och Bolagets slutsats att dessa tre tolkförmedlingar därför inte har incitament eller vilja att samarbeta med mindre aktörer. Migrationsverket delar inte denna uppfattning och ser inte varför möjligheten att åberopa annans kapacitet i förevarande upphandling enbart skulle vara möjlig i förhållande till tre av Sveriges tolkförmedlingar eller varför övriga samarbetsformer som LOU ger möjlighet till är uteslutna i just denna upphandling. Möjligheterna till olika samarbetsformer i LOU är just utformade för att underlätta för små- och medelstora företag att lämna anbud på stora kontrakt. Utformandet av den aktuella upphandlingen påverkar således inte en leverantörs möjligheter att samverka inom ramen för LOU för att kunna leverera det som Migrationsverket efterfrågar. Att de tre anbudsgivarna inte skulle ha incitament eller vilja att samarbeta synes för övrigt vara spekulation och i vart fall har Bolaget inte visat att det skulle ha varit förhindrat att lämna anbud av denna orsak eller att

Bolaget i förevarande upphandling skulle ha varit förhindrat att nyttja LOU:s möjligheter att åberopa annans kapacitet.

Det också felaktigt att kravet på passerkontrollsystem inte kan uppfyllas genom åberopande av annans kapacitet, såsom Bolaget påstår. Vad som gäller avseende anlitage av underleverantörer framgår av upphandlingsdokumentet punkterna *1.4.9*, *1.9.9* och *1.10.9*. För det fall leverantören åberopat underleverantör i enlighet med punkten *1.4.9 Underleverantör* i upphandlingsdokumentet för att genomföra uppdraget gäller de krav som ställs i Upphandlingen på leverantören även underleverantören i de delar underleverantören anlitas avseende uppdraget. Detta är tydligt angett i punkten *1.10.9 Personal och underleverantörer* i upphandlingsdokumentet att uppdragstagaren har rätt att anlita underleverantör, att uppdragstagaren ansvarar för underleverantörens arbete såsom för eget och *för att underleverantören uppfyller de krav som Migrationsverket ställer på uppdragstagaren*. Har således leverantören angett anlitage av underleverantör för passerkontrollsystem gäller de krav som gäller leverantören även underleverantören.

Migrationsverket tillbakavisar således åter Bolagets påståenden om att Migrationsverkets krav i Upphandlingen är oproportionerliga och att valet att inte dela upp Upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen liksom att Migrationsverket därmed skulle begränsa små- och medelstora företags möjlighet att konkurrera. Migrationsverket har således inte otillbörligt hämmat konkurrensen.

Bolaget har också påtalat att Migrationsverkets motivering för att avstå från att dela upp kontraktet i delar inte har kommit anbudslämnarna till kännedom innan tilldelningsbeslutet eller under tiden det varit möjligt att lämna anbud. Migrationsverket vill här framhålla att Migrationsverket lämnat motiveringen på ett upphandlingsrättsligt korrekt sätt, i upphandlingsproto-

kollet som följt med tilldelningsbeslutet, vilket är helt i enlighet med 4 kap. 14 § LOU där det framgår att motiveringen ska lämnas i ”i något av upphandlingsdokumenten”.

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkten 2 i Bolagets ansökan

Vad gäller Bolagets invändning om avvikelse från proportionalitetskravet på grund av kravet om att passerkontrollsystem ska ägas och förvaltas av leverantören menar Migrationsverket att detta är ett proportionerligt krav ställt utifrån Migrationsverkets behov i tjänsten.

Hur Migrationsverket eget passerkontrollsystem är uppbyggt och på vilket sätt det används är inte relevant för målet. Det är absolut lämpligt att leverantörerna av distanstolkstjänster tar ansvar för passerkontrollsystem inom sina callcenter på det sätt som föreskrivs i upphandlingsdokumentet. Ersättning för detta får leverantörerna genom sina anbudspriser. Bolaget har även påtalat att det föreligger en avvikelse från proportionalitetskravet då det finns andra lösningar på marknaden än callcenter. Enligt Migrationsverket är det inte relevant om det finns andra lösningar på marknaden eftersom det ligger inom ramen för Migrationsverkets handlingsutrymme att besluta vilken typ av tjänst som ska anskaffas genom Upphandlingen och vilket upplägg Migrationsverket har behov av för den anskaffade tjänsten. Migrationsverket har för den upphandlade tjänsten bl.a. behov av att säkerställa säkerhet och sekretess i processen för asyl- och migrationsärenden. Migrationsverket har tidigare haft problem med att telefontolkning på distans har skett i offentliga miljöer såsom från bussar, kaféer och andra olämpliga miljöer. Det är Migrationsverkets bedömning att callcenter, dvs en sammanhållen administrativ lokal hos leverantören med skyddad arbetsmiljö, är den lämpligaste lösningen för Migrationsverkets behov av tjänsten. Migrationsverket anser inte att det valda upplägget för tjänsten är oproportionerligt.

Avvikelse från proportionalitetskravet, punkten 3 i Bolagets ansökan

Bolaget har gjort gällande att Migrationsverkets krav på hur callcentret ska vara utformat och en åtgärdstid på en månad utgör en avvikelse från proportionalitetskravet.

Migrationsverket tillbakavisar detta med hänvisning till vad som ovan anförts om Migrationsverkets unika behov av tolktjänster i stora volymer och hur avgörande det är för Migrationsverket att leveransen av dessa fungerar. Hade Migrationsverket inte ställt krav på utformande av callcenters på det sätt som gjorts hade Migrationsverket riskerat att få en olämplig miljö för callcentersamtalen som kunde liknat den Migrationsverket tidigare har erfarenhet av med telefontolkning på kaféer och bussar.

Migrationsverket har lika stort behov av fungerande tolktjänster dagligen i callcenter oavsett om Migrationsverket går in i nya avtal och Migrationsverket kan utifrån sina behov av att dessa tjänster dagligen fungerar, inte invänta en lång åtgärdstid för iordningsställande av callcenter. Migrationsverket har i förfrågningsunderlaget under punkten 1.5.3.2 angett att Migrationsverket kommer medge en åtgärdandetid om en månad från det att Migrationsverket har ställt begäran om det och anser att det är rimligt och upphandlingsrättsligt proportionerligt utifrån Migrationsverkets behov av fungerande callcenters för distanstolkningstjänst.

Avvikelse från 9 kap. 4 § LOU enligt Bolagets ansökan

Migrationsverket har i punkten 1.5.3.1 angett att leverantörens lokal för callcenter ska vara utformad så att inbrott försvåras och att det totala mekaniska inbrottskyddet ska uppfylla skyddsstatus 1 enligt Svenska stöldskyddsföreningens regler för mekaniskt inbrottskydd SSF200. Formuleringen "eller likvärdig" saknas. Migrationsverket, som utför

besiktning av lokalerna först före avtalstecknande, accepterar likvärdig standard för utformande av lokalen som uppfyller motsvarande statusklass I som Svenska stöldskyddsföreningens regler för mekaniskt inbrottskydd *SSF200*. Det har således inte varit aktuellt att förkasta något anbud av denna anledning.

Bolaget har inte i något av sina yttranden anfört att avsaknaden av formuleringen ”*eller likvärdigt*” påverkat utformandet av Bolagets anbud eller att det lidit eller riskerat lida skada. Det är inte heller så att Bolaget påstår att Bolaget skulle utformat ett mer konkurrenskraftigt anbud för det fall formuleringen ”*eller likvärdigt*” angetts. Bolaget kan således inte ha anses ha övertygat domstolen om att det lidit eller riskerat lida skada i denna del.

Upphandlingen är enligt Bolagets ansökan utformad i syfte att begränsa konkurrensen

Migrationsverket har inte utformat Upphandlingen på ett sätt som otillbörligt hämmar konkurrensen. Migrationsverket har utgått från sitt behov av den upphandlade tjänsten som Migrationsverket tydligt har redogjort för i upphandlingsunderlaget och ovan i denna inlaga. Migrationsverket hänvisar även till det handlingsutrymme som Migrationsverket har vad gäller behovet vid anskaffande av tjänster. Migrationsverket har klart uttalat vilka krav som ställs på den levererade tjänsten utifrån verkets behov och är tydlig med att Migrationsverket har behov av leverantörer som har erfarenhet och kapacitet att ta emot den stora omfattning uppdrag som den upphandlade tjänsten innebär och på ett sätt - bl.a. genom callcenters - som Migrationsverket har identifierat är den lämpligaste lösningen utifrån Migrationsverkets behov.

Alternativa lösningar än de Migrationsverket identifierat för sitt behov är inte aktuellt för myndigheten då tolkverksamheten har alltför stor påverkan

för myndighetens verksamhet med många inblandade, både i stort och i det enskilda fallet.

Vite finns med i verkets sanktioner för leverantörerna i Upphandlingen, utformat på ett sätt som Migrationsverket identifierat bäst stöttar i verkets behov av tjänsten. Att arbeta med vite för tjänsten på det sätt Bolaget anser lämpligast är inte det mest ändamålsenliga för Migrationsverkets behov av tjänsten. Vite innebär att agera vid brist i leverans, dvs när skada redan inträffat, emedan verket har behov av att kravställa i Upphandlingen för att säkerställa att leverantörerna som ska leverera tjänsten har erfarenhet, kapacitet och resurser i den stora omfattning verket behöver från första avtalsdag och därefter löpande dagligen.

Migrationsverket delar således inte Bolagets uppfattning att kraven är rigorösa på ett oproportionerligt sätt, otillbörliga upphandlingsrättsligt eller att upphandlingen är utformad på ett sätt som otillbörligt hämmar konkurrensen.

Angående Bolagets talerätt och skada

Bolaget har, som tidigare nämnts, inte lämnat anbud i upphandlingen. Bolaget har haft möjlighet att under hela anbudstiden begära överprövning av upphandlingsdokumentet, men har inte valt att göra detta. Det kan därför ifrågasättas om Bolaget därmed ens haft för avsikt att lämna anbud i Upphandlingen. Skäl finns därför att ifrågasätta om Bolaget har talerätt och ens riskerat lida skada, än mindre lidit skada. Begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft för avsikt att lämna anbud i en upphandling. Migrationsverket menar därför att Bolaget får anses sakna talerätt och att Bolagets ansökan om överprövning bör avvisas och att Bolaget i vart fall inte visat att det riskerat lida/har lidit skada. Det Bolaget anför om att det visat skada genom att man tilldelats kontrakt i SLL:s upp-

handling av tolkförmedlingstjänster är inte relevant i detta mål. SLL har andra behov och därför har valt ett annat upplägg än det Migrationsverket har valt. Därtill kan det noteras att SLL avbrutit den upphandling som Bolaget hänvisar till med motiveringen att det finns skäl att se över upphandlingsdokument och utvärderingsmodell som inte gett ett rimligt och rättvist resultat.

Sammanfattningsvis kan Migrationsverket inte anses ha brutit mot vare sig principerna om någon av de grundläggande principerna 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).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

Om de tekniska specifikationerna inte anges som prestanda- eller funktionskrav, ska de hänvisa till standarder och bedömningar, och i fallande prioritetsordning till

1. svensk standard som stämmer överens med europeisk standard,
2. europeisk teknisk bedömning,
3. gemensam teknisk specifikation,
4. internationell standard,
5. annat tekniskt referenssystem som utarbetats av europeiska standardiseringsorgan, eller
6. annan svensk standard, svenskt tekniskt godkännande eller, i fråga om en byggtreprenad eller användning av en vara, svensk teknisk specifikation för projektering, beräkning och utförande.

Varje hänvisning som avses i första stycket ska följas av orden ”*eller likvärdig*” (9 kap. 4 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Migrationsverket har i målet anfört att Bolaget de facto inte har lämnat anbud i Upphandlingen och att det kan ifrågasättas om Bolaget överhuvudtaget ens har haft avsikt att göra så, varför Bolaget inte ska anses ha talerätt. Förvaltningsrätten finner emellertid att talerätt föreligger då Bolaget utifrån de omständigheter som framkommit kan anses ha haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i Upphandlingen även om vissa uppställda krav har medfört att Bolaget till sist ansett sig förhindrat att lämna anbud (se HFD 2017 ref. 62).

Därefter tar förvaltningsrätten ställning till Bolagets invändning om att Migrationsverket ställt krav i Upphandlingen som är oproportionerliga i förhållande till det behov som Upphandlingen syftar till att uppfylla, nämligen krav på att anbudsgivarna måste lämna anbud på både område *A* och *B* samt

att upphandlade tjänster måste levereras från ett callcenter, krav på att passerkontrollsystemet ska ägas och förvaltas av leverantören samt att krav har ställts på callcentrets utformning vilka ska vara uppfyllda redan på sista anbudsdag.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU iakttas. Principen om proportionalitet innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Därtill följer av svensk rättspraxis att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den upphandlande myndigheten (se t.ex. RÅ 2010 ref 78).

Den upphandlade tjänsten kräver en hög grad av säkerhet och sekretess då det är fråga om hantering av mycket känsliga uppgifter. Förvaltningsrätten konstaterar att det måste anses vara ändamålsenligt att ställa krav på att tolktjänsten ska utföras i en kontrollerad miljö såsom t.ex. ett callcenter för att säkerställa att leverantörerna kommer att förmedla tjänster där nödvändig sekretess upprätthålls. Att man vidare ställer krav på hur detta callcenter ska vara utformat får också anses skäligt då detta är oundgängligt för att Migrationsverket ska kunna avgöra om leverantören erbjuder en tjänst som innebär att känslig information rörande migrations- och asylprocessen kommer att hanteras på ett lämpligt och säkert sätt.

De krav som ställs rörande besiktning och säkerställande av callcenters utformning och funktion och därtill medgiven åtgärdstid bedöms vidare, bl.a. med beaktande av Migrationsverkets uppgivna stora behov av en smidig

övergång till det nya ramavtalet och att kravet ifråga endast omfattar uppenbara brister, vara förenliga med proportionalitetsprincipen. Endast det förhållandet aktörer på marknaden kan finna att den investering som ett förberedande av ett callcenter upp till ställd kravnivå utgör är en alltför stor affärsrisk innan tilldelning skett förändrar inte denna bedömning.

Det framstår även som lämpligt att, i syfte att upprätthålla hög sekretess för de uppgifter som hanteras i callcentret, ställa krav på att passerkontrollsystemet som ska reglera tillträdesbegränsningen till lokalerna ska ägas och förvaltas av anbudsgivaren eller den underleverantör som anbudsgivaren har anlitat. Ersättning för detta får leverantörerna genom sina anbudspriser. Det ska framhållas att det förhållandet att endast en eller ett fåtal leverantörer har möjlighet att lämna anbud i en upphandling inte behöver innebära att kravställningen är otillåten (jfr EU-domstolens dom i C-513/99 Concordia p. 85).

Vad gäller beslutet att inte dela upp kontraktet avseende telefontolk och callcenter i separata delar så har detta motiverats av Migrationsverket. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta det Migrationsverket har anfört om att verksamhetens behov underlättas avsevärt av ett sammanhållet kontrakt samt att det är mer kostnadseffektivt. Utredningen i målet ger inte stöd för att Migrationsverket skulle ha tagit ovidkommande hänsyn då beslut fattats om att inte dela upp kontraktet.

Sammantaget konstaterar förvaltningsrätten att de ovan nämnda krav som ställts på anbudsgivarna har ett naturligt samband med syftet med Upphandlingen, nämligen att få fram den anbudsgivare som kan erbjuda tolktjänster som uppfyller de höga krav på säkerhet och sekretess som måste ställas i Migrations- och asylprocessen till lägsta möjliga pris. Förvaltningsrätten

finner att de aktuella kraven, även om de kan medföra viss konkurrensbegränsning är befogade och står i rimlig proportion till det mål som de är avsedda att uppfylla i Upphandlingen.

Bolaget har vidare anfört att upphandlingsdokumentets utformning vad avser punkten *1.5.3.1 Lokaler och teknik för callcenter*, som innefattar beskrivning av hur leverantörernas lokaler ska vara utformade, brister i förhållande till 9 kap. 4 § 2 st. LOU då hänvisning till skyddsklass 1 enligt svenska stöldskyddsföreningens regler för mekaniskt inbrottsskydd *SSF200* inte åtföljs av orden ”*eller likvärdig*”.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är korrekt såsom Bolaget anfört att det i upphandlingsdokumentet ska anges att Migrationsverket accepterar likvärdig standard för utformande av lokalen som uppfyller motsvarande statusklass 1 som svenska stöld-skyddsföreningens regler för mekaniskt inbrottsskydd *SSF200*. Detta innebär således att upphandlingsdokumentets utformning vad gäller punkten *1.5.3.1 Lokaler och teknik för callcenter* står i strid med 9 kap. 4 § 2 st. LOU. För att grund för ingripande ska föreligga är det emellertid inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (Jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har inte i målet anfört att den aktuella bristen har påverkat Bolagets förmåga att utforma ett konkurrenskraftigt anbud eller varit skäl för att Bolaget i till slut avstått från att lämna anbud i Upphandlingen. Förvaltningsrätten finner således att Bolaget inte visat att det lidit eller riskerat att lida skada på grund av ovan konstaterad brist varför skäl för ingripande mot Upphandlingen inte föreligger på anförd grund.

Vidare menar Bolaget att Upphandlingen är utformad på ett sätt som hämmar konkurrensen då det idag av Sveriges ca 30 tolkförmedlingar, enbart är tre tolkförmedlingar som uppfyller kravet om callcenter. Så som kraven är utformade anser Bolaget det uppenbart att Upphandlingen är utformad för att matcha en viss leverantör eller begränsa konkurrensen till en mycket liten andel av de befintliga leverantörerna.

Inledningsvis kan konstateras att förvaltningsrätten ovan funnit att det uppställda kravet på callcenters är proportionerligt i förhållande till Upphandlingens syfte. Därtill har Migrationsverket i Upphandlingen inte begränsat de möjligheter som finns för framförallt små- och medelstora företag i LOU att samverka för att kunna leverera det som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Det har i Upphandlingen uppställts ett antal krav som innebär en viss konkurrensbegränsning då inte alla anbudsgivare kan uppfylla dem. De aktuella kraven är dock proportionerliga utifrån den upphandlade tjänstens specifika karaktär som innefattar att den leverantör som tilldelas kontrakt kommer att få ta del av känsliga sekretessbelagda uppgifter i stor omfattning. Det ligger då i sakens natur att höga krav måste ställas på de anbudsgivare som deltar i Upphandlingen. Vad Bolaget anfört kan inte anses visa att utformandet av Upphandlingen är konkurrensbegränsande på ett sätt som strider mot LOU.

Inte heller vad Bolaget i övrigt anfört ger skäl till någon åtgärd med stöd av LOU.

Sammantaget finner således förvaltningsrätten att vad Bolaget anfört i målet inte utgör skäl för ingripande mot Upphandlingen. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren

Rådman

Föredragande jurist har varit 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 nyårs-afton, 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 rätts-tillämpningen.
- 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.

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.