



SÖKANDE

Järva Tolk och Översättningsservice AB, 556613-1792

Ombud: Advokat Erik Olsson, jur.kand. Magnus Ehn och
jurist Albin Svensson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB

MOTPART

Migrationsverket

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 juni 2019 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Migrationsverket genomför upphandling av ramavtal avseende

”Tillhandahållande av distanstolktjänster” (dnr 3.2.1-2019-14843).

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU med tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägsta pris. Avsikten är att teckna ramavtal med tre leverantörer. Upphandlingen omfattar vidare distanstolkning genom a) telefontolkning – tolkning på distans med enbart ljud och b) callcenter – tolkning på distans med enbart ljud i en skyddad arbetsmiljö i leverantörens lokaler. Anbudsgivare som lämnar anbud ska kunna leverera i upphandlingens samtliga delar, det vill säga både a och b. Såvitt kommit fram i målet har något tilldelningsbeslut ännu inte fattats i upphandlingen.

Järva Tolk och Översättningsservice AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Migrationsverket bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖR

Bolaget

Migrationsverket har brutit mot proportionalitetsprincipen genom att ställa ett krav om att anbudsgivarna ska ha bedrivit callcenterverksamhet under minst ett års tid. Till följd av Migrationsverkets överträdelse av bestämmelserna i LOU har bolaget hindrats från att lämna anbud och således berövats möjligheten att ingå kontrakt i upphandlingen. Därmed lider eller i vart fall riskerar bolaget att lida skada. Eftersom överträdelserna rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

I upphandlingen uppställs ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet (se punkt 2.4.2.2 i upphandlingsdokumentet). För att anbudsgivaren ska kvalificeras ska den förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kunna fullgöra kontraktet enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Till styrkande av kravet på kapacitet ska anbudsgivaren lämna in två referensuppdrag. Referensuppdrag 1 ska visa att anbudsgivaren bedrivit callcenterverksamhet under det senaste året och att callcenterverksamheten haft kapacitet att genomföra minst 20 000 uppdrag det senaste året. Anbudsgivaren ska styrka detta genom att inge ett till fyra referensuppdrag som var för sig eller tillsammans uppfyller kravet på antalet uppdrag. Uppdraget eller uppdragen ska dock ha utförts under det senaste året, räknat från den 16 april 2019.

Kravställning i strid mot principen om proportionalitet

Samtliga krav som ställs i en upphandling måste stå i rimlig proportion till målen som upphandlingen eftersträvar, vilket bl.a. innebär att de krav som ställs måste ha en tydlig koppling till kontraktsföremålet. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt görs normalt i tre steg. Mycket kortfattat består de tre stegen av en prövning av kravets lämplighet, dess nödvändighet samt om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Det ska inledningsvis påpekas att Migrationsverket i den tidigare, överprövade och sedermera avbrutna, upphandlingen ställde ett krav om att anbudsgivaren ska ha en callcenterverksamhet. Migrationsverket har numera modifierat villkoren i upphandlingen så att det dessutom krävs att sådan verksamhet ska ha bedrivits under minst ett års tid och att den ska ha varit av viss storlek under hela denna tid. Genom kravet på att verksamheten ska ha bedrivits under ett års tid omöjliggör Migrationsverket för vissa anbudsgivare att delta i upphandlingen på lika villkor, trots att de har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs.

Vid proportionalitetsbedömningen ska det först granskas om kravet i fråga är ändamålsenligt, dvs. om det innebär att syftet uppnås. I upphandlingsdokumentet, punkt 1.1.4, anges att Migrationsverket har ett omfattande tolkbehov och att många utredningar ställs in för att tolken inte finns till bekräftat uppdrag. Upphandlingen syftar till att säkerställa att Migrationsverket har tillgång till tolkar när så krävs. Att de tolkföretag som anlitas av Migrationsverket har inrättade callcenter, där tolktjänster på de mest frekventa språken alltid finns tillgängliga under ordinarie kontorstid, är självfallet ett effektivt sätt för att säkerställa behovet. Det minskar också risken för att utredningar ställs in på grund av att tolk saknas vid det specifika tillfället. Kravet på callcenter får därmed anses vara

ändamålsenligt i så måtto att det är ägnat att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet på att en sådan callcenterverksamhet ska ha bedrivits under det senaste året innebär dock ett otillbörligt utestängande av sådana leverantörer som har fullgod erfarenhet av distanstolkuppdrag, men som inte bedrivit verksamheten i den speciella form som ett callcenter innebär. Det kan på goda grunder ifrågasättas om det är ändamålsenligt att kräva tidigare erfarenhet när det endast är fråga om att utföra tolkningsuppdrag i en specifik driftsform, dvs. på en särskild plats. Redan på denna grund innebär kravet en överträdelse av proportionalitetsprincipen.

Även om kravet skulle anses ändamålsenligt, det vill säga att det medför att syftet uppnås, är det ändå inte tillåtet om detta syfte kan uppnås med mindre ingripande medel. Med andra ord måste det aktuella kravet ha varit nödvändigt att ställa. Det ifrågasätts inte att kravet på att distanstolkning ska kunna ske genom ett callcenter och bolaget har också för avsikt att inrätta en sådan verksamhet. Rent allmänt utgör dock ett callcenter inte i sig en förutsättning för att utföra tolkuppdrag på distans. Detta kan ske genom att tolken utför uppdraget på plats hos tolkförmedlingen, alternativt i en annan lokal som är fullt anpassad för ändamålet vad gäller krav på absolut avskildhet och frånvaro av störande element med mera. Själva tjänsten som sådan, dvs. att utföra tolkning på distans, är dock exakt densamma oavsett om den utförs från ett callcenter eller från någon annan plats.

Att distanstolkning sker på annat sätt än via ett callcenter, utan alltså organiseras på annat vis, är mycket vanligt förekommande. Detta innebär att många leverantörer av tolktjänster som har fullgod teknisk och yrkesmässig kapacitet för att utföra de aktuella tjänsterna saknar den specifika erfarenheten av att utföra den genom ett callcenter. Det ställda kravet innebär därför att konkurrensen i onödan begränsas på så sätt att endast vissa anbudsgivare kan lämna anbud, nämligen de som förutom att förfoga över ett callcenter även bedrivit sådan verksamhet under det senaste året. Ett

mindre ingripande sätt att uppnå syftet är att ge anbudsgivarna möjlighet att på annat vis redovisa att man besitter den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra uppdraget på ändamålsenligt sätt. Detta skulle kunna ske genom att anbudsgivaren skriftligen presenterar sin verksamhet och därigenom redovisar uppgifter om bl.a. antal anställda på dess callcenter, callcentrets kapacitet, de anställdas kvalifikationer, kvalitetsledningssystem och andra relevanta uppgifter. I sammanhanget är det också relevant att lyfta den omständigheten att Migrationsverket så sent som vid förra årets avbrutna upphandling, inte uppställde något krav på att callcenterverksamheten skulle ha bedrivits under viss tid. Detta visar med tydlighet att det är möjligt att ställa det aktuella kravet på ett sätt som inte utestänger anbudsgivare som inte bedrivit callcenterverksamhet under minst ett års tid.

Härvid bör framhåvas att det finns olikheter vad gäller logistik mellan distanstolkning via callcenter och distanstolkning där uppdrag bokas på förhand. Skillnaderna är bl.a. att callcenterverksamheten innebär att tolkarna sitter i en lokal särskilt avsedd och utformad för verksamheten. Därtill innebär den tjänst som är föremål för upphandlingen en så kallad on-demand-modell, istället för på förhand bokade tolkupdrag. Rent administrativt är det dock inte en större börda eller svårighet att bedriva callcenterverksamhet jämfört med vad Migrationsverket benämner som sedvanlig distanstolkning. Det är snarare så att administration och logistik blir enklare när distanstolksuppdrag förmedlas on-demand. Det finns inget omfattande behov av bokningsadministration eller planering och bördan att administrera ett antal tolkar som alla befinner sig på olika platser försvinner i och med en callcenterverksamhet. Den huvudsakliga frågan är istället att planera beläggning, vilket en förmedlare av distanstolktjänster måste göra oavsett organisatorisk modell. I detta sammanhang bör också förtydligas att bolaget i nuläget planerat, förberett och ordnat både internt och med externa leverantörer för att med kort varsel kunna starta en callverksamhet som

efterfrågas. Det har dock inte funnits någon anledning att starta callcenterverksamheten förrän det finns ett avtal som omfattar distanstolkning on-demand.

Uppfattningen är den att Migrationsverket känner oro för att eventuella felaktigheter i uppstartsfasen ska orsaka problem. Det får anses ändamålsenligt att i så fall ställa krav på att callcenterverksamheten ska vara på plats en viss tid innan avtalsstart, vilket det har funnits möjlighet till i aktuellt fall. Detta skulle även ge Migrationsverket en möjlighet att, om så önskas, inspektera lokalerna och rutinerna med stöd av punkt 5.3.3.1 i upphandlingsdokumentet. På så vis hade Migrationsverket kunnat uppnå det angivna syftet samtidigt som färre potentiella anbudsgivare stängs ute från upphandlingen, det vill säga genom en mindre ingripande åtgärd. Migrationsverket avser dessutom att teckna ramavtal med tre leverantörer, vilket innebär att det snarast utgås från att den högst rangordnade leverantören inte kan tillhandahålla distanstolkning on-demand vid varje givet tillfälle. Att teckna avtal med flera anbudsgivare är ett exempel på hur Migrationsverket utformat upphandlingen på ett sätt som både säkerställer ett legitimt syfte och främjar effektiv konkurrens, istället för att såsom med kravet på referensuppdrag 1 begränsa den. Eftersom syftet med kravet således kunnat uppnås på ett mindre ingripande sätt har det inte varit nödvändigt att ställa. Kravet är därmed i strid med principen om proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU.

Även om kravet på tidigare bedriven callcenterverksamhet skulle anses vara såväl ändamålsenligt som nödvändigt innebär det en sådan begränsning av konkurrensen på marknaden för tolktjänster att det inte ska ses som tillåtet. Upphandlingen är den första centraliserade upphandlingen av tolktjänster som genomförs. Den är därför av en omfattning som inte tidigare förekommit för denna typ av tjänster. Migrationsverket torde därtill vara den myndighet i Sverige som har det största behovet av tolktjänster. Genom att

upphandla hela behovet genom ett rikstäckande ramavtal blir konsekvenserna mycket kännbara för de leverantörer som på grund av en snäv kravställning inte ges tillträde till upphandlingen och inte får möjlighet att konkurrera om avtalet. Dessa negativa effekter på marknaden överväger med bred marginal den eventuella (och tveksamma) nytta Migrationsverket kan anses ha med den aktuella kravställningen. Kravställningen strider därigenom mot principen om proportionalitet.

Kravställningen är i strid med principen om likabehandling

Det strider mot likabehandlingsprincipen att ställa krav som i praktiken utesluter eller favoriserar vissa leverantörer utan att det finns en sakligt godtagbar koppling till det som upphandlas. Villkoret att callcenterverksamhet ska ha bedrivits under det senaste året innebär ett effektivt utestängande av de anbudsgivare som har fullgod teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra uppdraget men som tidigare inte bedrivit verksamheten i den specifika driftsform som ett callcenter innebär. Eftersom villkoren i upphandlingen har formulerats på ett sätt som ger vissa anbudsgivare otillbörliga fördelar och andra anbudsgivare otillbörliga nackdelar innebär Migrationsverkets agerande en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Tillvägagångssättet måste därför även anses vara i strid med 4 kap. 2 § LOU, där det anges att en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Möjligheten att åberopa annan kapacitet är inte relevant i sammanhanget. Bedömningen huruvida Migrationsverket brutit mot kraven på proportionalitet och likabehandling måste därmed göras utan beaktande av möjligheten att åberopa annans kapacitet eller liknande samverkansformer.

Migrationsverket

Om kravet på erfarenhet av callcenterverksamhet inte ställts på det sätt som gjorts finns det risk för att leverans av callcenterverksamhet som inte fungerar sker. 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 omfattningen av behovet av tjänsten, dels på grund av att verksamheten kräver fungerande leverans av tolktjänster. Behovet av tolktjänster som upphandlingen rör, det vill säga tolktjänster via telefon och callcenter, uppgick 2018 till 115 000 beställda distanstolkningar varav 30 000 beställningar avsåg cellcenteruppdrag per år (punkten 1.1.8 i upphandlingsdokumentet). I nämnda punkten i upphandlingsdokumentet anges också att enligt prognos beräknas volymen komma att gå ned under kommande år samtidigt som det historiskt förekommit kraftiga avvikelser från prognostiserat utfall såsom exempelvis under hösten 2015 och behovet därför kan komma att variera. Erfarenhetsnivån avseende kravet på antal ärenden i callcenterverksamhet har därför bestämts till 20 000 ärenden.

Det är av mycket stor vikt att leverantören har erfarenhet av callcenter åtminstone det senaste året samt har resurser och kapacitet att hantera de större volymer ärenden liknande de som leverantören kommer att hantera när det gäller callcenterverksamheten. Att det i den förra upphandlingen inte ställdes krav på erfarenhet av callcenterverksamhet under viss tid och av viss omfattning ärenden är inte relevant då detta är en ny upphandling. Genom avbrytandet har kraven i upphandlingsdokumenten förändrats för att dessa så optimalt som möjligt ska garantera och motsvara aktuellt behov, vilket står den upphandlande myndigheten fritt att göra.

Bolaget menar att erfarenhet av callcenterverksamhet och av viss volymhantering i dessa inte krävs samt att bolaget har tänkt inrätta sådan callcenterverksamhet. Det finns dock behov av leverantörer som åtminstone

bedrivit callcenterverksamhet under det senaste året och som kan visa på erfarenhet av att hantera större volymer ärenden i dessa callcenter motsvarande det som anges i kravet och upphandlingsdokumenten. Orsaken till det är att tjänsten måste dagligen fungera optimalt och Migrationsverket kan inte riskera att ha leverantörer som saknar erfarenhet av callcenterverksamhet och saknar erfarenhet av att hantera den angivna volym ärenden i sina callcenters. Det kan också konstateras att callcenterverksamhet har erbjudits avseende distanstolkstjänster i flera år och att bolaget detta till trots inte har valt att starta callcenterverksamhet ens i liten skala. Bolaget har helt enkelt valt att inte tillhandahålla dessa tjänster i sitt utbud till beställare av tolkförmedlingstjänster. Detta är ett fritt val på en fri marknad som bolaget har gjort. Det är en naturlig följd att anbudsgivare som inte erbjuder vissa tjänster inom sin bransch kan få svårigheter att uppfylla kraven på erfarenhet av de tjänster de valt att inte erbjuda. Det innebär inte i sig att kraven som ställs är oproportionerliga eller att de utesluter anbudsgivare.

Bolaget synes också mena att callcenterformen endast är en fråga om att utföra tolkningsuppdrag i en specifik form och på en särskild plats och att callcenter inte är en förutsättning för att utföra tolkuppdrag på distans. Det må så vara att callcenterverksamhet inte generellt sett i alla situationer är en förutsättning för att utföra tolkuppdrag på distans, men det täcker definitivt ett mycket viktigt behov för verksamheten som inte enbart vanlig distanstolkning kan täcka. För tolktjänsten som upphandlas finns behov av att bl.a. säkerställa säkerhet och sekretess i processen för asyl- och migrationsärenden, vilket bl.a. görs genom callcentermiljön samt kraven på erfarenhet av callcenter som ställs i kravet avseende referensuppdrag 1. Det har tidigare förekommit problem med att telefontolkning på distans har skett i offentliga miljöer såsom från bussar, kaféer och andra olämpliga miljöer. Den distanstolkning via callcenter som efterfrågas sker i en skyddad arbetsmiljö i leverantörens lokaler (punkten 5.2.1 i

upphandlingsdokumentet) och möjlighet finns att ringa on-demand samtal till callcentret och direkt få kontakt med tolk. Callcenterverksamheten följer därutöver särskilda regler och riktlinjer och tolkarna sitter i en miljö som skiljer sig mycket från sedvanliga distanstolkens miljö. Som framgår av punkten 5.3.3 i upphandlingsdokumentet ska callcentret vara utrustat med kommunikationsmedel av hög ljudkvalitet, leverantören ska tillhandahålla specifikt nummer för samtliga uppdrag gällande callcenter och callcentret är en särskilt upprättade plats där tolkarna tillhandahåller tolkningen via telefon och i en miljö särskilt anpassad för ändamålet. Av punkten 5.3.3.1 i upphandlingsdokumentet framgår även att lokalerna ska vara utrustade för en professionell callcentermiljö, att tolkarna där ska ha tillgång till löpande handledning, att leverantören ska ha ett växelsystem som stödjer tjänsten, att callcenter lokalerna ska ha en miljö där störande ljud minimerats och hörsselförhållandena optimerats och där sekretess garanteras. Varje arbetsplats i callcentermiljön måste vidare ha erforderlig teknisk utrustning med telefon med headset/mikrofon, dator inkl. programvara för lexikon, kartor, ordlistor i förekommande fall. Callcentret som efterfrågas ska även enligt punkten 5.3.3.1 ha rapporteringsverktyg för statistik och mätning av samtalslängd, svarstider och eventuella bortfallna samtal och ska säkerställa att Migrationsverket får bästa kvalitet avseende säkerhet och samtalskvalitet så som ljud. Callcenterlokalen ska även ha dämpande akustiska åtgärder och avskärmningar såsom ljudabsorbenter i tak och ev. väggar, ljuddämpande skärmar mellan arbetsplatser kompletterad med mjuka material som gardiner, mattor etc. Callcenterlokalen ska vidare enligt upphandlingsdokumentet vara utformad så att inbrott försvåras med inbrottskyddsklass 1, ha inbrottslarm larmklass 1 och ha tillträdesbegränsning för obehöriga via ett elektroniskt passerkontrollsystem med inloggningsfunktion. Eftersom samtal sker on-demand i callcenterverksamheten är tillgängligheten hög och förbokning av tolkar behöver inte göras, vilket är en stor skillnad från sedvanlig distanstolkning. Det är därför inte korrekt att säga att callcenterverksamhet endast är en fråga

om att utföra distanstolkningssupdrag i en specifik form och på en särskild plats när det gäller den callcenterverksamhet som efterfrågas och där det krävs att anbudsgivarna har erfarenhet av och klarar av att hantera vissa volymer.

Med anledning av skillnaden på ett callcenter, med allt vad det innebär enligt upphandlingen, och vanlig distanstolkning tillbakavisas även bolagets påstående om att många leverantörer som utför distanstolkning utan callcenter utesluts trots att de har fullgod teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra de aktuella tjänsterna. Det är inte möjligt att ha fullgod teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra aktuella tjänster med de volymer och krav på callcenter som efterfrågas utan att åtminstone ett års erfarenhet av att bedriva callcenterverksamhet. Kravet på erfarenhet av callcenter i referenssupdrag 1 är ändamålsenligt för att uppnå syftet med upphandlingen och absolut nödvändigt för att säkerställa att leverantörerna har fullgod teknisk och yrkesmässig kapacitet att utföra tjänsterna och bedriva callcenterverksamhet i den omfattning Migrationsverket har behov av. Det finns inte heller något mindre ingripande sätt att ge anbudsgivare möjlighet att visa att man besitter den kapacitet som krävs för uppdraget. Den förra upphandlingen utgör inget bevis för att det går att ställa ett mindre ingripande krav såsom bolaget påstår, utan det är snarare en brist i den förra upphandlingen att kravet på referenser avseende callcenter inte ställdes utifrån det aktuella behovet när det gäller callcenterverksamheten. En brist som i denna upphandling rättats till. Vidare motsvarar bolagets förslag på hur kraven i referenssupdrag 1 bör utformas inte aktuellt behov av en fungerande callcenterverksamhet med säkerställd erfarenhet av sådan verksamhet samt erfarenhet och kapacitet att hantera de ärendemängder som tjänsterna innebär. Bolagets förslag, som innebär att ingen erfarenhet av callcenter eller ärendevolymer i sådant callcenter krävs, torde medföra risk att få oerfarna leverantörer som passerar kraven på callcenter i upphandlingen och som sedan efter tilldelning av kontrakt planerar att starta upp sin

callcenterverksamhet i samband med att avtalet med Migrationsverket startar. Detta skulle innebära oacceptabla risker att tjänsterna inte kan levereras enligt avtal, vilket i sin tur skulle riskera att blockera fullgörandet av den viktiga kärnverksamheten.

Kraven som bolaget invänder mot i referensuppdrag 1 är den lämpligaste lösningen för behovet av tjänsten som upphandlas. Större krav på leverantören eller leveransen av tjänsterna än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen har inte uppställts. Kraven i referensuppdrag 1 har naturligt samband och står i rimlig proportion till det behov som upphandlingen ska täcka. Kraven i referensuppdrag 1 innebär inte heller att konkurrensen på tolktjänstmarknaden otillbörligen hämmas. Behov finns av fungerande distanstolkstjänster för att säkerställa de sökandes rättigheter till bl.a. rättssäkra och korrekta beslut, som kan vara livsavgörande för dessa individer. Migrationsverket torde därför, utöver vad som angetts ovan angående vikten/nödvändigheten av fungerande callcenterverksamhet, ha rätt att utforma kraven i upphandlingen på ett så ändamålsenligt, och för Migrationsverket nödvändigt, sätt som möjligt för att säkerställa Migrationsverkets uppdrag och skyldigheter gentemot dessa individer. Detta överstiger eventuella negativa effekter som möjligen kan uppstå på marknaden för tolktjänster.

Kraven i referensuppdrag står inte heller strid med likabehandlingsprincipen i LOU. Att vissa anbudsgivare inte klarar av att uppfylla kraven i en upphandling vid ett stort kontrakt, till exempel som i detta fall för att leverantören valt att inte erbjuda vissa tjänster såsom callcenter i sin distanstolkverksamhet och därmed inte har sådan erfarenhet som krävs i referenskravet avseende referensuppdrag 1, är inte nödvändigtvis detsamma som att anbudsgivare per automatik är uteslutna från att lämna anbud. Vidare utesluter inte heller avsaknaden av kapacitet att klara ett stort kontrakt, eller som i detta fall avsaknaden av erfarenhet som krävs i kravet

på referenser avseende referensuppdrag 1 för callcenter, möjligheten att lämna anbud. I LOU finns långtgående möjligheter för leverantörer att samverka inom ramen för en mängd olika samarbetsformer för klara att leverera det som den upphandlande myndigheten efterfrågar. Andra bolag kan tas in som underleverantörer, kapacitet inom en koncern ifrån såväl moder-, dotter- och systerbolag kan åberopas/konsortium kan startas för att ta sig an det specifika kontraktet, låt vara att sistnämnda kräver att kontraktet är stort – vilket är fallet i denna upphandling.

Sammantaget har Migrationsverket inte brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som den grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att Migrationsverket brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

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

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att kravet på referensuppdrag 1 beträffande att callcenterverksamhet ska ha bedrivits det senaste året och varit av viss omfattning står i strid mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Därutöver har bolaget framfört att det aktuella kravet också är utformat på ett konkurrensbegränsande sätt genom att vissa leverantörer gynnas och andra missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Under avsnitt 2.4.2.2, *Teknisk och yrkesmässig kapacitet och referenser*, i upphandlingsdokumentet anges, såvitt här är relevant, följande:

Anbudsgivaren ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

På "Referensuppdrag 1" nedan ska anbudsgivaren ange referens/referenser som styrker att anbudsgivaren bedrivit Callcenterverksamhet det senaste året och att Callcenterverksamheten haft kapacitet att genomföra minst 20 000 uppdrag det senaste året. Referenser/referenserna ska också styrka att anbudsgivaren bedrivit Callcenterverksamhet i enlighet med vad som anges om Callcenterverksamhet i upphandlingsdokumenten.

Anbudsgivaren ska styrka Callcenter-kapacitet enligt stycket ovan genom att lämna referens/referenser för minst ett (1) och max fyra (4) uppdrag som var för sig eller tillsammans uppfyller kravet och som utförts under det senaste året räknat från annonseringsdag.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma kraven i upphandlingsdokumenten som den anser behövs för att säkerställa syftet med den aktuella upphandlingen. Kraven som den upphandlande myndigheten uppställer i upphandlingen får emellertid inte stå i strid mot LOU och de däri angivna unionsrättsliga principerna.

Proportionalitetsprincipen syftar till att förhindra att den upphandlande myndigheten ställer större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Enligt rättspraxis sker bedömningen av om ett krav är proportionerligt vanligen i tre steg där det inledningsvis prövas om kravet är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, därefter om kravet är nödvändigt för att det eftersträvade syftet ska uppnås (såtillvida att det inte finns mindre ingripande alternativ) och slutligen om den negativa effekten av kravet är oproportionerligt eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Föremål för den nu aktuella upphandlingen är förmedling av distanstolkjänster i form av i) telefontolkning – tolkning på distans med enbart ljud och ii) callcenter – tolkning på distans med enbart ljud i en skyddad arbetsmiljö i leverantörens lokaler.

Beträffande kravet avseende referensuppdrag 1 utgör det ett kvalificeringskrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet riktat mot leverantören. Syftet med det aktuella kravet är att Migrationsverket ska kunna säkerställa att anbudsgivaren förfogar över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt har sådan erfarenhet som behövs för att avtalet kan fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Härvid konstaterar förvaltningsrätten också att

Migrationsverket under överprövningsprocessen har redogjort ingående för behovet av förmedling av tolktjänster genom ett callcenter (tolkning på distans med enbart ljud i en skyddad arbetsmiljö i leverantörens lokaler) och innebörden av sådan verksamhet. Därutöver har Migrationsverket tydligt framställt betydelsen av att säkerställa att anbudsgivaren har bedrivit callcenterverksamhet och att den varit av viss omfattning. Utifrån vad som kommit fram i målet finner förvaltningsrätten att kravet på referensuppdrag 1, innefattande att anbudsgivaren ska ha bedrivit callcenterverksamhet det senaste året och att callcenterverksamheten ska ha varit av viss omfattning under denna tid, får anses som både lämpligt och effektivt för det eftersträvade syftet som är legitimt.

Det andra steget i proportionalitetsbedömningen tar sikte på huruvida åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Frågan är därmed om det finns andra mindre ingripande alternativ för att uppnå syftet som Migrationsverket eftersträvar. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms mål 3477-09).

Förvaltningsrätten konstaterar att Migrationsverket har utformat kravet avseende referensuppdrag 1 för att förvissa sig om att anbudsgivarna har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att förmedla tolktjänsterna med de volymer av ärenden och erfarenhet av sådan callcenterverksamhet som efterfrågas i upphandlingsdokumentet. Callcenterverksamhet innebär bl.a. att tillgängligheten av tolktjänster är hög och att någon förbokning av tolkar inte alltid behöver göras. Härvid har Migrationsverket också betonat behovet av att säkerställa säkerhet och sekretess i processen för asyl- och migrationsärenden, vilket bl.a. görs genom callcenterverksamhet och erfarenhet av sådan verksamhet. Mot denna bakgrund och även särskilt med hänsyn till den stora betydelsen som tolktjänsterna har för Migrationsverkets verksamhet anser förvaltningsrätten att det har förelegat

skäl att på förhand förvissa sig om att anbudsgivaren har efterfrågad kapacitet och erfarenhet av att hantera efterfrågad volym respektive typ tolktjänst i form av callcenterverksamhet på det sätt som gjorts genom det aktuella kravet. Förvaltningsrätten finner således att det aktuella kravet avseende referensuppdrag 1 framstår som nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och att det inte är för långtgående. Vad bolaget har anfört i detta hänseende föranleder inget annat ställningstagande i detta hänseende.

Det tredje steget av proportionalitetsprövningen omfattar slutligen en bedömning av om de negativa effekterna som åtgärden får är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. De eventuella negativa effekterna av Migrationsverkets krav måste härvid vägas mot Migrationsverkets intresse och behov av att uppnå eftersträvade syftet. Enligt förvaltningsrätten finns det inte anledning att ifrågasätta Migrationsverkets uppgift om att callcenterverksamhet beträffande tolktjänster har erbjudits på marknaden under flera år. Eftersom någon tilldelning ännu inte har meddelats i upphandlingen finns inte heller, med hänsyn till den absoluta sekretessen, någon information att tillgå gällande konkurrenssituationen i upphandlingen. Med beaktande av vad som kommit fram i målet anser förvaltningsrätten att det därmed saknas tillräckligt stöd för att referenskravet ifråga medför en sådan konkurrensbegränsad effekt att den inte kan godtas vid en proportionalitetsbedömning. Kravet avseende referensuppdrag 1 står således inte i strid mot proportionalitetsprincipen. Härvid finner förvaltningsrätten också att det inte kommit fram att kravet avseende referensuppdrag 1 utformats på ett sådant som begränsar konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Kravet står således inte heller i strid mot likabehandlingsprincipen eller medför att Migrationsverket kan anses ha förfarit i strid mot 4 kap. 2 § LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte har kommit fram skäl för ingripande mot upphandlingen utifrån vad bolaget har anfört i målet. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



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.

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.