



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2010-08-24
Meddelad i Linköping

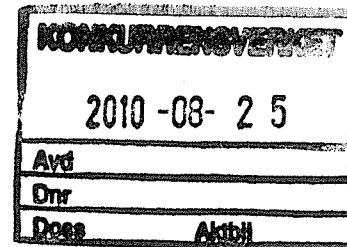
Mål nr
3182-10
Rotel 6

SÖKANDE

Elena Klevjits 100 Språk AB, 556780-9305
Salagatan 18
753 30 Uppsala

MOTPART

Migrationsverket
601 70 Norrköping



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Migrationsverkets upphandling avseende förmedling av kontakttolkar (dnr 22-2009-34362) ska göras om.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 26 mars 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 15650

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en upphandling (dnr 22-200934362) av ramavtal avseende förmedling av kontakttolkar. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt 15 kap LOU. Tillämpat utvärderingskriterium är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Enligt tilldelningsbeslut den 19 mars 2010 har Migrationsverket funnit att annan leverantör än Elena Klevjits 100 språk AB (bolaget) lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att en ny prövning av inkomna anbud görs alternativt att upphandlingen görs om. Som grund anförs bl.a. följande. Migrationsverket har på ett subjektivt och diskriminerande sätt, beslutat att av bolaget angivna referenser inte är fullständiga, trots att alla referenskunder har fortsatt och löpande uppdrag hos bolaget. Att subjektivt bedöma vikt av referenser utgör ett brott mot LOU. På grund av detta har bolaget diskriminerats som nystartat företag. Enligt ett avgörande från EG-domstolen kan inte anbudsgivarens lämplighet utvärderas enbart på inlämnade referenser. Migrationsverket har missbrukat kravet på referenser i syfte att sälja bort och diskriminera anbudsgivare. Det finns dessutom brister i Migrationsverket utvärdering av bolagets tekniska resurser, redogörelse över tidigare utförda tolkuppdrag, redovisad språkförteckning och beskrivna kvalitetssäkringsrutiner. Migrationsverket har vidare under upphandlingen brutit mot kravet på transparens genom att anta en anbudsgivare som valt att sekretessbelägga sina priser. Enligt LOU ska 70 procent av prisbilden vara offentlig under upphandlingen, för att undvika prisdumpning och snedvriden konkurrens, som leder till en felaktig utvärdering med risk för att en eller flera leverantörer gynnas eller missgynnas.

Migrationsverket bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Migrationsverket har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen på sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det saknas därmed förutsättningar för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. – Bolaget uppfyllde inte samtliga de kvalifikationskrav som ställts i förfrågningsunderlaget, varför bolaget uteslöts från utvärderingen avseende de tre geografiska områden bolaget lämnat anbud för; Uppsala län, Gävleborgs län och Stockholms län. De skalkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget är rimliga, relevanta och tydliga. Beträffande de referenser som bolaget lämnat i sitt anbud kan sägas följande. Ålands tingsrätt har sin verksamhet utanför de geografiska områden som bolagets anbud avser och kan därför inte godtas som referens. Bolagets uppdrag för Adman International AB avser tolkning av annat slag än den tolkning som upphandlingen avser, varför inte heller denna referens kan godtas. Bolaget har således endast lämnat en relevant referens för Gävleborgs län och en för Stockholms län. Bolaget uppfyller därmed inte skalkravet avseende referenser för dessa båda områden. Det kan i sammanhanget nämnas att någon kontroll av angivna referenser inte sker förrän det står klart att anbudsgivaren uppfyller övriga skalkrav i förfrågningsunderlaget. – Bolaget har i sitt anbud redovisat antalet förmedlade uppdrag m.m. gemensamt för de tre områden anbuden avser samt tillgången på tolkar genom att inge identiska språkförteckningar för respektive område. Detta står inte i överensstämmelse med vad Migrationsverket efterfrågat i förfrågningsunderlaget, särskilt inte med beaktande av att förmedling av tolkar ska ske enligt närhetsprincipen. Bolaget uppfyller därmed inte de ovan angivna skalkraven i bilaga 3, punkterna 4.1.6.2 och 4.1.6.3. – Vad gäller kravet på kvalitetssäkring saknas en tillfredsställande beskrivning av bolagets avvikelshantering i anbudet, vilket efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Bolaget uppfyller därför inte heller angivna skalkrav i denna del. – Sammanfattningsvis har bolaget på grund av redovisade brister i anbuden

inte förmått kvalificera sig för utvärderingen avseende något av de geografiska områden anbud lämnats för.

Bolaget har i genmäle anfört bl.a. följande. Bolaget bildades 2007 och har sedan dess expanderat snabbt. Det framgår tydligt av UC:s kreditupplysning att bolaget bl.a. har en ständigt växande årsomsättning. Den redovisade omsättningen för 2007 var 1 000 000 kr – 1 499 000 kr och för 2008 3 000 000 kr – 4 999 000 kr. Under 2009 ombildades bolaget till aktiebolag och omsättningen uppgick då till 6 000 000 kr. Under 2010 kommer omsättningen överstiga 7 500 000 kr. Som nystartat bolag inom tolkbranschen består kundstocken nästan uteslutande av kunder som inte har några ramavtal. Som bevis på bolagets kvalitet och kunskaper återopas den ständigt ökande tillströmningen av nya kunder samt en ökad omsättning, trots hård konkurrens på språkmarknaden. Bolaget har skapat ett mycket starkt varumärke inom tolkbranschen. – Bolagets kunder finns huvudsakligen i Uppsala län och Gävleborgs län. Bolaget är en av de tre tolkförmedlingar verksamma i Uppsala som har störst antal verksamma auktoriserade och godkända tolkar i sin tolkdatas. Tolkarna är bosatta och verksamma i Uppsala kommun och Uppsala län. Bolaget har även verksamma och utbildade tolkar i Gävleborgs län och Stockholms län. Uppgifterna om antalet tolkar är sanningsförsäkrade i anbudet. – Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna två relevanta referenser från de senaste två åren. Av referensbilaga 6 framgår inte om Migrationsverket avser att ställa frågor om förmedlingens/tolkarnas kunskap inom asyltolkning eller rätts-tolkning. Det anges enbart att frågorna syftar till att bekräfta bl.a. god service, väntetider, hantering av reklamationer, fakturering, förmedling av tolkar med rätt kompetens, förmedlingens flexibilitet och samarbetsförmåga. Vid utformningen av förfrågningsunderlaget skulle Migrationsverket istället beaktat att verket under de senaste sex åren har ingått i Rikspolisstyrelsens upphandling av ramavtal avseende tolkförmedlingstjänster. Rikspolisstyrelsens upphandling är rikstäckande och har omfattat alla statliga myndigheter såsom bl.a. Polismyndigheten, Åklagarmyndigheten,

Sveriges Domstolar, Försäkringskassan och Frivården. Ramavtalen har i regel tilldelats ett fåtal tolkförmedlingar och därför har bolaget i egenskap av nyetablerat företag inte haft möjlighet att ange referenser från relevanta uppdrag i här aktuell upphandling. Det är därför diskriminerande mot nyetablerade aktörer och strider mot likabehandlingsprincipen att kräva referenser från tidigare liknande uppdrag inom området. Då det tidigare monopolliknande upphandlingsförfarandet ledde till försämrad kvalitet och ökade totalkostnader fick Migrationsverket tillstånd att avbryta löpande ramavtal i förtid och upphandla tjänsten på egen hand. – Av Konkurrensverkets riktlinjer framgår att det är möjligt att använda sig av referenser i en upphandlings utvärderingsfas, under förutsättning att referenserna informerar om hur väl en anbudsgivare tidigare utfört och hanterat ett uppdrag. Referensupptagningen får emellertid inte syfta till att utröna anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. – Om de av bolaget angivna referenserna skulle tillfrågas om bolagets tjänster skulle Migrationsverket underrättats om att t.ex. Ålands tingsrätt anlitar auktoriserade tolkar och rättstolkar verksamma i Stockholms län och Upplands län samt att tolkningar ibland sker i Sverige i bl.a. Uppsala tingsrätts förhandlingssal. Bolagets referens inom Gränspolisens i Stockholm skulle förklara att det tvååriga samarbetet med bolaget bl.a. inneburit tolkningar vid flera olika platser i Stockholms län samt i Uppsala, Gävle och Visby. Båda referenserna kan var för sig tillstyrka kvaliteten i bolagets tjänster och antalet tolkar i åtminstone Uppsala län och Stockholms län. Referensen IBFI (Introduktionsbyrån för flyktingar och invandrare) i Uppsala kommun tar hand om nyanlända invandrare och personer med nytt permanenttillstånd inom länet. Bolagets tjänster för byrån ska räknas som relevanta uppdrag. – Frågorna som skulle ställas till referenspersonerna har avsett anbudsgivarens administrativa hantering av tjänsten. Kriterier som avser en anbudsgivares erfarenheter, kvalifikationer och resurser utgör inte grund för tilldelning (jfr. EG-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis). Referenstagningen har i förevarande upphandling syftat till att bedöma leverantörernas förmåga

att utföra uppdraget och är därmed att hänföra till anbudsgivarnas kvalifikationer. – Migrationsverket har förkastat bolagets förteckning över antalet tolkar i Uppsala, Gävleborgs och Stockholms län samt den generella språkförteckningen över bolagets tolkars samtliga arbetsspråk. Migrationsverket har inte förklarat på vilken grund förteckningarna förkastats. – Beträffande krav om redogörelse för rutiner för kvalitetssäkring av uppdrag och tolkar har bolaget bifogat beskrivning av dagliga inarbetade rutiner för kvalitetssäkring samt avvikelshantering samt sanningsförsäkrat dessa i anbudet. Dessutom har intygats att samtliga tolkar arbetar i enlighet med god tolksed och att närhetsprincipen alltid beaktas vid tolkbokning. Migrationsverket skulle i förfrågningsunderlaget ha konkretiserat kraven beträffande kvalitetssäkring. Sådan kan intygas med hjälp av tidigare uppdrag, ett intyg eller en beskrivning, såsom bolaget gjort i sitt anbud. Av LOU:s krav på transparens följer bl.a. att förfrågningsunderlaget måste klargöra för leverantörerna hur fullgörandet av uppställda krav kommer att utvärderas. Av förfrågningsunderlaget i förevarande upphandling framgår inte hur punkten 4.1.7 kommer att utvärderas. Bolaget har inarbetade kvalitetssäkringsrutiner som är dokumenterade skriftligen och som finns tillgängliga för tolkarna i pärmar på förmedlingen. Migrationsverket skulle därför ha ställt upp krav i förfrågningsunderlaget om att allt sådant material skulle bifogas anbuden och inte endast en beskrivning av kvalitetssäkringsrutinerna. – Migrationsverket har sekretessbelagt vinnande anbudsgivares prislistor. Det är därför inte möjligt att utreda huruvida prisdumpning förekommit i upphandlingen. Det skulle kunna röra sig om medvetna kalkylerade förluster eller om att vinnande anbudsgivare kan ta del av vinster som genererats i andra delar av verksamheten, s.k. korssubventionering i syfte att slå ut konkurrenter på marknaden. Vinnande anbudsgivare har tidigare, i Rikspolisstyrelsens upphandling 2007, fått sina anbud förkastade på grund av orealistiska kalkyler. – Mot bakgrund av vad som anförts har bolagets referenser förkastats på ett sätt som strider mot LOU. Bolaget har visat sådana

brister i förfrågningsunderlaget och i upphandlingens kvalificeringsfas att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada.

Förvaltningsrätten har den 26 mars 2010 beslutat att Migrationsverket inte får avsluta upphandlingen innan rätten beslutar något annat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagtext m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. – En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kammarrätten i Göteborg fann i dom i mål nr 1227-08 att ett uppställt krav om att anbudsgivare skulle ha bedrivit verksamhet inom det område anbudet avsåg under minst två år var konkurrensbegränsande och medförde att nyetablerade företag uteslöts från upphandlingsförfarandet på ett otillbörligt sätt. Förfarandet stred mot LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna. Det uppställda kravet utgjorde en brist som ansågs kunna ha

påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och kammarrätten fann därför att upphandlingen skulle göras om.

Förfrågningsunderlaget

I bilaga 3 punkten 4.1.5 anges i huvudsak följande. Anbudsgivare ska lämna uppgift om två relevanta referenser från de två senaste åren. Anbudsgivaren ska beskriva uppdragen utförligt och ange tidsperiod samt lämna namn på kontaktperson och kontaktuppgifter. Referenser ska avges för varje område som anbud lämnas på. Kontroll av uppgifter kan komma att ske enligt blankett, bilaga 6.

I bilaga 3 punkten 4.1.6.2 anges i huvudsak följande. Anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet och erfarenhet för uppdraget. Anbudsgivare ska styrka kravet genom att på blankett redogöra för antal förmedlade uppdrag under perioden 2009-01-01 – 2009-06-30. Uppgiften ska redovisas per område.

I bilaga 3 punkten 4.1.6.3 anges i huvudsak följande. Anbudsgivare ska ha erforderlig kapacitet vad gäller tillgång på tolkar för uppdraget. Kravet ska styrkas genom att i ”språkförteckning” ange i vilka språk och i vilka kompetenskategorier anbudsgivaren kan förmedla tolkar. Uppgiften ska redovisas per område.

Förvaltningsrättens bedömning.

Upphandlingsförfarandet ska bl.a. kännetecknas av icke-diskriminering, proportionalitet och likabehandling.

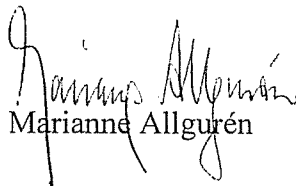
Migrationsverket har i förfrågningsunderlaget ställt krav om att anbudsgivare som lämnar anbud ska avge två relevanta referenser för tidigare utförda uppdrag under de två senaste åren. Referenserna ska avges för varje område som anbud lämnas för. Vidare har uppställts krav om att varje anbudsgivare ska styrka att den besitter erforderlig kapacitet och erfarenhet för uppdraget genom att redogöra för antal förmedlade uppdrag under perioden januari – juni 2009. Uppgiften ska även här redovisas per område.

Upphandlingen avser tolkförmedlingstjänster och utförandet av upphandlingsföremålet är därmed inte direkt avhängigt den geografiska lokalise-

ringen av utförarna. Anbudsgivarens kvalifikationer styrs istället av erfarenhet och kompetens hos de anställda tolkarna, oavsett lokalisering inom landet. Migrationsverket har anfört att kravet om geografisk lokalisering är kopplat till den i upphandlingen angivna närhetsprincipen. Förvaltningsrätten finner emellertid att närhetsprincipen utgör exempel på ett kriterium som i första hand torde vara kopplat till utvärderingsfasen och som därför inte kan anses vara ett kvalificeringskrav. Ett nyetablerat företag, som bolaget, har små möjligheter att lämna relevanta referenser från liknande uppdrag i en bransch som tidigare omfattats av ramavtal. De av Migrationsverket uppställda kvalificeringskraven om geografisk lokalisering beträffande referenser och tidigare uppdrag riskerar därför att diskriminera nyetablerade leverantörer. Kraven kan inte heller anses förenliga med proportionalitetsprincipen, eftersom de inte på ett nödvändigt, lämpligt och effektivt sätt uppfyller det eftersträvade syftet med upphandlingen. De uppställda kraven utgör brister som kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Bolaget får anses ha visat att konstaterade brister är sådana att de medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten har enligt detta lagrum att, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Med hänsyn till konstaterade brister bör upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1d)


Marianne Allguren

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarie Henrik Lindblom.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.