



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

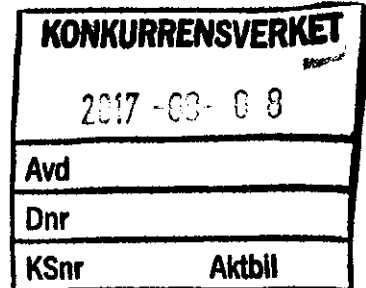
DOM
2017-09-07
Meddelad i Linköping

Mål nr
4605-17

SÖKANDE

Consid AB, 556599-4307
Barnarpsgatan 13
553 16 Jönköping

Ombud: Advokaten Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm



MOTPART

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

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 299136

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Migrationsverket genomför en upphandling av ramavtal avseende Externa utvecklingsteam som ska arbeta med systemutveckling samt specialuppdrag såsom förstudier, analyser och utredning, dnr 3.2.1-2017-6150. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och sista dagen att lämna anbud var den 13 juni 2017.

Consid AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att den ska göras om.

Migrationsverket begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Bolaget**

Migrationsverket har i upphandlingen formulerat ett krav kopplat till yrkeskunnande och erfarenhet som står i strid med proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Vidare har Migrationsverket i strid med LOU begränsat leverantörernas rätt att åberopa andra företags kapacitet.

Migrationsverket har i punkt 1.3.9 i förfrågningsunderlaget formulerat ett krav som tar sikte på de bevis leverantörerna ska presentera, för att visa att de har sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras. Genom att ange att det är ett obligatoriskt krav i upphandlingen att varje referensuppdrag ”i huvudsak (ska) vara baserat på Java EE”, har Migrationsverket brutit mot LOU. Kravet på att referensuppdraget avsett just (eller i huvudsak) Java EE står i strid med proportionalitetsprincipen. Det saknas till att börja med en koppling mellan uppdrag som avsett just Java EE och förmågan att utföra det uppdrag som upphandlingen avser - Externa utveckl-

ingsteam. Det är inte fråga om en sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras. Det är inte heller nödvändigt att referensuppdrag avsett huvudsakligen Java EE för att leverantören ska ha sådan erfarenhet som behövs för att fullgöra kontraktet avseende Externa utvecklingsteam. En leverantör som kan uppvisa referensuppdrag som uppfyller samtliga krav i 1.3.9, t.ex. avse ett agilt helhetsåtagande men som huvudsakligen avsett annan teknisk applikation än Java EE, har motsvarande förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Förmågan att sätta samman och samordna externa utvecklingsteam är inte avhängigt viss teknik. Förmågan är densamma oavsett om tekniken är x, y eller z. Migrationsverket har uppställt andra krav i upphandlingen som innebär att anbudsgivare ska visa att de har leveranskapacitet inom Java, dvs. att Java-kompetens finns hos anbudsgivaren och står till förfogande vid det framtida utförandet av uppdraget. Beträffande dessa krav föreligger inte några invändningar.

Det uppställda kravet innebär vidare att leverantörer med referensuppdrag som inte i huvudsak avsett Java EE, som uppfyller kraven i övrigt och därmed har den erfarenhet som behövs, utestängs från förfarandet. Det står inte i rimlig proportion till eventuell nytta för Migrationsverket. Vidare medför kravet ett gynnande av vissa leverantörer (referensuppdrag med Java EE) och ett missgynnande av övriga leverantörer (referensuppdrag som avsett annan teknik än Java EE). Kravet står således också i strid med likabehandlingsprincipen.

Kravet blir än mer oproportionerligt mot bakgrund av att Migrationsverket genom Fråga/Svar-verktyget har inskränkt leverantörers rätt att åberopa andra företags kapacitet. I praktiken tillåter Migrationsverket att underleverantörer rent faktiskt utför uppdrag men inte att referenser hänförliga till dem som de facto ska utföra uppdraget åberopas. Begränsningen har skett utan att det finns ett krav i upphandlingen att viss del av uppdraget ska utfö-

ras av leverantören själv. Vidare har Migrationsverket i upphandlingen angivit att underleverantörer i och för sig är tillåtna. Migrationsverket har i upphandlingsdokumenten angivit vilka krav som ställs för att underleverantörer ska godkännas. Trots det nu anförda har Migrationsverket dock inskränkt möjligheten att åberopa andra företags (underleverantörers) kapacitet när det gäller att uppfylla kvalificeringskrav avseende tekniska kapacitet.

Av LOU följer att en leverantör för ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kravet i 1.3.9 avser bevis för teknisk och yrkesmässig kapacitet inklusive utredning om yrkeskunskande och erfarenhet. Rätten att åberopa andra företags kapacitet framgår även av fast rättspraxis. Migrationsverket inskränkning av möjligheten att i upphandlingen åberopa andra företags kapacitet strider således mot LOU.

Migrationsverkets brott mot LOU har orsakat Bolaget skada i LOU:s bemärkelse. Bolaget har utestängts från upphandlingen. På grund av ställda krav och på grund av att Migrationsverket inskränkt möjligheten att åberopa andra företags kapacitet, har Bolaget inte kunnat lämna anbud i upphandlingen och i konkurrens "tävla" om kontrakt och därmed sammanhängande intäkter.

Migrationsverket

Bakgrunden till kravet om att referensuppdragen i huvudsak ska ha varit baserade på Java EE är att Migrationsverket har uteslutande Java EE som utvecklingsmiljö. Kravet handlar om leverantörens yrkeskunskande och erfarenhet. Om leverantören har dokumenterat erfarenhet av att arbeta i Java EE visar det dennes förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet och därmed finns kopplingen till upphandlingsföremålet. Kravet är nödvändigt för att

säkerställa förmågan att arbeta i den utvecklingsmiljö som kommer att användas under uppdraget. Tryggheten i detta för Migrationsverket står i rimlig proportion till skadan för de presumtiva anbudsgivare som inte har denna erfarenhet från Java EE, vilket inte är en ovanlig utvecklingsmiljö.

Kravet om att anbudsgivaren ska ha utfört referensuppdragen syftar till att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet har den erfarenhet av liknande uppdrag som krävs för att säkerställa att leverantören kan fullgöra kontraktet effektivt och tillförlitligt. Kravet är förenligt med LOU. Det är ett krav som tidsmässigt är bakåtsyftande. Migrationsverket sluter inga avtal med den kontrakterade leverantörens underleverantörer. Det är alltså viktigt att de referenser som åberopas i anbudet är anbudsgivarens egna eftersom det inte finns några absoluta garantier för att avtalsförhållandet mellan huvudleverantör och underleverantör kommer att kvarstå under hela den tid det upphandlade kontraktet kommer att löpa. Eftersom det är fråga om ett obligatoriskt krav, måste det vara uppfyllt under hela avtalstiden. Det innebär att om huvudleverantörer tillåts åberopa underleverantörs referensuppdrag som sitt eget, och underleverantören väljer att avsluta sitt uppdrag hos huvudleverantören, uppfyller denne inte längre kravet och det upphandlade kontraktet måste då sägas upp.

Det är en skillnad mellan att åberopa annans kapacitet vid leveransen, vilket i första hand syftar framåt i tiden, och kravet på referenser som syftar bakåt. I det första fallet handlar det om att leverera exempelvis efterfrågad kompetens och volym i det upphandlade kontraktet, i det andra anbudsgivarens förmåga att hantera affären i sig dvs. såväl rätt "tjänsteinnehåll" som ekonomi, administration, reklamationer osv. Om huvudleverantören inte har egen erfarenhet av att hantera kontrakt motsvarande det som efterfrågas i upphandlingen, kan det knappast läkas av eventuella underleverantörers erfarenhet, eftersom anbudsgivaren endast kan åberopa underleverantörens kapacitet avseende de delar denne kommer att utföra. För att kunna åberopa

en underleverantörs referenser torde då krävas att underleverantören i fråga kommer att utföra hela det upphandlade uppdraget och att de referenser denne åberopar uppfyller hela kravställningen i punkten 1.3.9.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingsdokument

Av punkten 1.3.7 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet* framgår, såvitt här är relevant, följande.

Leverantören ska dokumentera sin kapacitet och förmåga att leverera tjänster framför allt inom områdena systemutveckling och systemförvaltning, men även applikationsdrift, förstudier, analyser och utredningar.

Varje referensuppdrag ska uppfylla samtliga av nedanstående punkter:

[...]

- *i huvudsak vara baserat på Java EE*

[...]

Av punkten 1.3.9 *Leverantörens yrkeskunnande och erfarenhet* framgår, såvitt här är relevant, följande.

Leverantören ska kunna visa att leverantören har utfört totalt tre (3) uppdrag för minst två (2) olika beställare som uppfyller nedan angivna förutsättningar. Referenserna avser att påvisa leverantörens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. [...]

Av punkt 1.3.15 *Underleverantör* framgår, såvitt här är relevant, följande.

I det fall att leverantören avser använda underleverantör för att genomföra uppdraget ska detta anges i anbudet tillsammans med vilken del av uppdraget som underleverantören ska utföra. Leverantören ska ange namn och organisationsnummer på underleverantören.

Migrationsverket kommer kontrollera att inte obligatoriska eller frivilliga uteslutningsgrunder enligt ovan, föreligger för underleverantören, samt att underleverantören uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda och för

leveransen relevanta kraven. Migrationsverket kommer även att kontrollera att underleverantör uppfyller de krav som ställs avseende uteslutningsgrunderna i LOU 13 kap. 1-3 §§.

Leverantören ska till anbudet bifoga bevisning som styrker att leverantören kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna hos angivna underleverantörer när kontraktet ska fullgöras.

[...]

Leverantören svarar för underleverantören som för sig själv.

[...]

Leverantören får anlita underleverantör som inte redovisats i anbudet endast efter skriftligt medgivande av Migrationsverket. Tillägg eller byte av underleverantör kan endast ske efter skriftligt godkännande av Migrationsverket. [...]

Av *Frågor och svar* för upphandlingen framgår, såvitt här är relevant följande.

Publik fråga 5 (datum 2017-05-22): Kan underleverantörs uppdrag användas för att uppfylla krav på referens enligt 1.3.9 Leverantörens yrkeskunskande och erfarenhet?

Publikt svar: Nej, det är bolaget som Migrationsverket avser att teckna ramavtal med som avses.

Publik fråga 30 (datum 2017-05-31): Om ert svar på fråga 5 innebär att Migrationsverket menar att anbudsgivare skulle vara förhindrad att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla kravet i 1.3.9, står svaret i strid med 14 kap. 6 § LOU. Vi ber er därför att förtydliga svaret och i förekommande fall ompröva svaret.

Publikt svar: Migrationsverkets uppfattning är att det inte strider mot 14 kap. 6 § i LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LOU och däri angivna unionsrättsliga principer.

Av 14 kap. 1 § andra stycket LOU framgår att de krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och står i proportion till detta.

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras (se även EU-domstolens avgörande C-176/98 *Holst Italia Spa*). Inom ramen för kontroll av om sådant förfogande är för handen är det inte tillåtet att presumera att en anbudsgivare förfogar eller inte förfogar över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra kontraktet (se EU-domstolens avgörande C-234/14 *Ostas celtnieks*).

Av 14 kap. 8 § LOU följer att för vissa typer av tjänster kan den upphandlande myndigheten kräva att det företag vars kapacitet leverantören åberopar åtar sig ett solidariskt ansvar för leverantörens fullgörande av kontraktet, om den kapacitet som åberopas avser ekonomisk och finansiell ställning. Myndigheten får även kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv, om kontraktet avser en tjänst, en byggtreprenad eller ett monterings- eller installationsarbete inom ramen för en upphandling av en vara.

Såsom förvaltningsrätten uppfattar upphandlingsdokumenten och de svar som Migrationsverket givit under upphandlingsprocessen så har myndigheten inte ansett det vara nödvändigt att begränsa vald leverantörs möjlighet att nyttja underleverantörer för att utföra hela eller delar av ifrågavarande tjänstekontrakt. Migrationsverket kräver dock att anbudsgivare själv ska inneha uppsatta erfarenhetskrav i punkten 1.3.9 i upphandlingsdokumentet. Frågan

är om en sådan begränsning att åberopa annans kapacitet kan ske enligt LOU.

Enligt förvaltningsrättens mening syftar de krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet som må uppställas i en upphandling att den upphandlande myndigheten ska kunna säkerställa att deltagande anbudsgivare har en erfarenhet av liknande uppdrag och därmed en teknisk och yrkesmässig kapacitet som är tillräcklig för att fullgöra det aktuella upphandlingsuppdraget. Detta innebär att erfarenhetskravet inte är frikopplat från utförandet av uppdraget utan utgör en integrerad del därav. En följd av detta bör vidare vara att för det fall en upphandlande myndighet finner skäl att kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv bör denne också kunna kräva att leverantören själv innehar den nödvändiga erfarenheten för att utföra sådan utpekad uppgift (jfr 14 kap. 8 § LOU).

Som ovan konstaterats har inte Migrationsverket funnit anledning att kräva att vald leverantör i upphandlingen utför någon del av anskaffningen själv. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte är förenligt med LOU och dess grundläggande principer om proportionalitet och likabehandling att på sätt Migrationsverket gjort förvägra anbudsgivare att nyttja annans kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav rörande teknisk och yrkesmässig kapacitet (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 1237-06).

Migrationsverkets invändning att utformningen av kravet motiveras av att det inte finns några absoluta garantier för att avtalsförhållandet mellan huvudleverantör och underleverantören, som referensen avser, ska bestå under hela avtalstiden, föranleder inte annan bedömning eftersom en sådan presumtion inte kan motivera en inskränkning i rätten att åberopa annans kapacitet så länge som anbudsgivaren har presterat ett godtagbart åtagande från den underleverantör som åberopas (jfr C-234/14 Ostas celtnieks).

Genom att uppställa aktuellt krav har Migrationsverket förfarit i strid med LOU, vilket har medfört att Bolaget inte har kunnat lämna anbud i upphandlingen och därmed lidit skada. Det finns mot bakgrund av det anförda skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Då överträdelsen gäller utformningen av upphandlingsdokumentet och har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen ska ingripandet bestå i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten finner med anledning av ovanstående bedömning att anledning saknas att pröva Bolagets övriga invändning mot utformningen av det ställda kravet.

Då överträdelsen gäller utformningen av upphandlingsdokumentet och har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen ska ingripandet bestå i ett förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag förordnat om att upphandlingen ska göras om även i mål nr 4452-17.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Tomas Kjellgren
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.