



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2017-09-07  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
4452-17

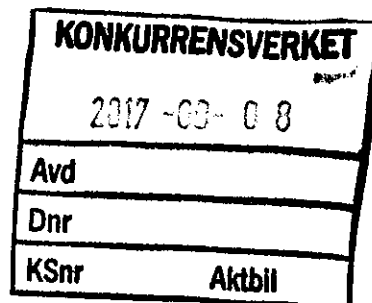
**SÖKANDE**

Chas Visual Management AB, 556726-4758  
Stubbsundsvägen 11  
131 41 Nacka

Ombud: Matilda Nyberg Dahlbäck  
med samma adress som ovan

**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 298982

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00  
**E-post:** [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)  
[www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se](http://www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se)

**Telefax**  
013-25 11 40

**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.

Chas Visual Management 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 använt en kravställning avseende krav på referensuppdrag som är oproportionerlig samt konkurrensbegränsande i förhållande till upphandlingsföremålet.

Av punkt 2.1 i upphandlingsdokumentet framgår det bakomliggande syftet med upphandlingen vilket är att säkerställa Migrationsverkets kapacitet och produktivitet i form av systemutveckling samt att anbudsgivaren ska åta sig att leverera utvecklingsteam som har en viss kapacitet och som besitter kompetens och erfarenhet enligt kraven i upphandlingen för att kunna leverera förväntad leverans.

Enligt punkt 1.3.9 i upphandlingsdokumentet ska referensuppdragen som åberopas av anbudsgivare påvisa att anbudsgivaren kan fullgöra det aktuella

kontraktet mot bakgrund av sitt yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. I punkt 1.3.15 i upphandlingsdokumentet åläggs anbudsgivaren att ange vilken del av uppdraget som denna avser utföra med underleverantör utan någon begränsning i vilken omfattning som underleverantör kan anlitas för utförande av kontraktet. Enligt samma punkt ska leverantören till sitt anbud bifoga bevisning över att denne kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras samt att leverantören svarar för underleverantören såsom för sig själv. Det ter sig mot bakgrund av detta som orimligt att anbudsgivaren i anbudet inte ska få åberopa annat företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet (erfarenhet). Kravet är vidare oproportionerligt i den bemärkelsen att en leverantör kan genomföra uppdraget i dess helhet med hjälp av underleverantörer. I föreliggande fall är det högst rimligt att referenser från åberopade underleverantörer kan godkännas då anbudsgivarens referenser under ovan omständigheter saknar betydelse.

Krav på referensuppdrag är ett krav som syftar till att vidimera leverantörens förmåga att i ett framtida perspektiv utföra kontraktet varom fråga är, dvs. om leverantören har förmåga och kapacitet i samband med anbudsinslämning att utföra det kontrakt som ska upphandlas. Uppställda kvalificeringskrav, även sådana som relaterar till anbudsgivarens referensuppdrag, ska vara uppfyllda i samband med anbudsinslämning.

Om leverantörer kan åberopa underleverantörens referensuppdrag, förfogar över underleverantörens resurser genom åtagandeförklaring samt därtill svarar för underleverantören såsom för sig själv finns ingen anledning att begränsa leverantörens rättighet att åberopa underleverantörens erfarenhet för att vidimera sin kapacitet i samband med kvalificeringen av leverantören.

Denna begränsning i anbudsgivarens möjlighet att åberopa underleverantörens referensuppdrag, utan koppling till föremålet för upphandlingen, begränsar starkt mindre och medelstora leverantörers förmåga att lämna anbud. Migrationsverket kunde kunnat uppnå syftet bakom kravet med mindre ingri-

pande krav och därigenom bättre kunnat tillvarata konkurrensen på marknaden.

Kvalificeringskrav avseende erfarenhet skiljer sig från kommersiella villkor och allmänna avtalsvillkor för upphandlingskontraktet som ska accepteras av den anbudsgivande leverantören och också uppfyllas under hela avtalstiden. Det är det anbudsgivande företaget som sluter upphandlingskontrakt med den upphandlande myndigheten och det är därmed det anbudsgivande företaget som är bundet av kontraktuella villkor samt ska uppfylla dessa under hela avtalstiden gentemot den upphandlande myndigheten. Att anbudsgivande företaget utför uppdraget med hjälp av underleverantörer och åberopar dess referenser för uppfyllande av teknisk och yrkesmässig kapacitet (erfarenhet) i samband med kvalificering av anbudsgivaren medför inte att kontraktsförhållandet mellan den anbudsgivande leverantören och den upphandlande myndigheten skulle medföra ett mindre stabilt avtalsförhållande under kontraktstiden då underleverantörens kontraktsmässiga bindning visavi den anbudsgivande leverantören säkerställs genom underleverantörsåtagande. Ett undertecknat underleverantörsåtagande mellan anbudsgivaren och underleverantören medför ingen påverkan på den anbudsgivande leverantörens kontraktuella bundenhet visavi den upphandlande myndigheten.

Bolaget är i dagsläget leverantör till Migrationsverket inom aktuella områden och har en god leveranskapacitet. Bolaget förfogar över ett stort partnersätverk bestående av ca 170 underleverantörer med varierande kapacitet och kompetens som hade kunnat åberopas om kravet på antalet referensuppdrag hade varit färre alternativt om aktuellt krav inte hade upptagits i upphandlingsdokumentet. Bolaget har lidit skada på grund av ovannämnda brister genom att Bolaget ej kunnat lämna anbud och därtill ha möjlighet att tilldelas kontrakt.

### Migrationsverket

Kravet i punkt 1.3.9 i upphandlingsdokumentet, som det är formulerat, 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. [...]*

Av punkten 1.3.9 *Leverantörens yrkeskunnande och erfarenhet* framgår, i nu aktuell del, 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, i aktuellt hänseende följande.

*Publik fråga 10 (datum 2017-05-22): 1.3.9 Leverantörens yrkeskunnande och erfarenhet*

*Är det godkänt att någon eller flera av referensuppdragen är från någon eller flera tänkta underleverantörer?*

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

*Publik fråga 29 (datum 2017-05-31): Följdfråga angående svar på fråga 10:*

*Då man som anbudsgivare får använda underleverantör för att genomföra uppdraget (1.3.15) och referenserna används för att påvisa leverantörens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet och erfarenhet och tillförlitlighet (1.3.9) så kan förfrågningsunderlaget tolkas som att underleverantörers referensuppdrag kan användas för att vidimera att kravet på referensuppdrag uppfylls, i motsats till ert svar på fråga 10. Har vi uppfattat det korrekt?*

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

### **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 presumption 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 upphand-

lingen 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.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag förordnat om att upphandlingen ska göras om även i mål nr 4605-17.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-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.