



SÖKANDE

StudentConsulting Sweden AB (publ), 556674-7449
Box 5832
102 48 Stockholm

Ombud: Advokaten Mikael Engström och juristen Peter Riiga
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket, 202100-2163
Rättsenheten
601 70 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Migrationsverket genomför en upphandling avseende Rekryteringstjänster – Assistenten, handläggare, teamledare och beslutsfattare, dnr 3.2.1-2017-21677. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud utifrån pris.

Migrationsverket meddelade den 29 augusti 2017 ett tilldelningsbeslut enligt vilket andra leverantörer än StudentConsulting Sweden AB (Bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen. Av upphandlingsprotokollet till beslutet framgår att Bolagets anbud förkastades med motiveringen att det inte uppfyller ett obligatoriskt krav enligt punkten 1.7.7 i upphandlingsdokumentet *Förfrågningsunderlag* (förfrågningsunderlaget) då ett av angivna referensuppdrag, nr 6 i uppdragsförteckningen, inte var pågående eller avslutat under den senaste treårsperioden, räknat från sista anbudsdag.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Bolagets anbud ska anses uppfylla samtliga obligatoriska krav och därmed utvärderas, och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Migrationsverket begär att ansökan om överprövning avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT**Bolaget**

Genom att förkasta Bolagets anbud har Migrationsverket förfarit i strid med likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Om Bolagets anbud hade tagits upp i utvärderingen skulle Bolaget ha tilldelats ramavtal på andra plats i

ramavtalets rangordning. Överträdelsen har därmed medfört skada eller risk för skada för Bolaget i den mening som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Enligt punkt 1.7.7 i förfrågningsunderlaget var sista dag att lämna anbud i upphandlingen den 13 augusti 2017. Den 9 augusti 2017 meddelade Migrationsverket att anbudstiden på grund av obesvarade frågor i TendSign förlängdes till den 21 augusti 2017.

Migrationsverkets beslut att förkasta Bolagets anbud beror på att Migrationsverket har gjort sin prövning av kravet på uppdragsförteckning enligt punkten 1.7.7, och därmed av tidpunkten för referensuppdragets avslutande, i förhållande till den sista anbudsdag, som uppstod till följd av förlängningen, istället för i förhållande till den sista anbudsdag som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Bolaget anser att detta är felaktigt och att kravet i punkten 1.7.7 avseende relevant tidsperiod för uppdragsförteckning inte kan förstås på det sättet som Migrationsverket har tillämpat det.

Den enda rimliga tolkningen på aktuellt krav är att den ursprungliga sista anbudsdagen alltjämt ska gälla som referenspunkt vid en förlängning av anbudstiden. Syftet med att i kravet ange en treårsperiod från sista anbudsdag är att upplysa anbudgivarna om vilken tidsperiod som gäller för referensuppdragen och som anbudsgivarna därvid ska ägna sin anbudstid att söka och kontakta referenser för. Det kan knappast ha varit tanken att denna tidsperiod ska vara ”rörlig” endast för att Migrationsverket önskat mer tid för att besvara inkomna frågor och därför förlängt avtalstiden, vilket för övrigt kan ske när som helst och flera gånger under en upphandling.

Den tolkning som Migrationsverket lagt till grund för tillämpningen av kravet skulle innebära att anbudgivarna inte kan vara säkra på vilken tidsperiod som är relevant för uppdragsförteckningen förrän anbudstiden löpt ut. Dessutom kan en anbudsgivare inte med åtta dagars varsel, mitt under pågående

sommarsemestrar, förväntas hinna med att ombesörja den typen av kontakt m.m. som skulle krävas för att finna nya referensuppdrag. Att tidsperiod för godkända referensuppdrag ansett vara fast styrks även av Migrationsverkets egen kommunikation kring förlängningen då verket angav att anbudstiden förlängdes för att hinna besvara inkomna frågor. En normalt omsorgsfull anbudsgivare uppfattar detta meddelande endast som att Migrationsverket kommer att publicera svar på icke besvarade frågor, inte som att verket materiellt ändrat innebörden av ett obligatoriskt krav.

För det fall Migrationsverkets tillämpning av kravet på uppdragsförteckning ska anses riktig anser Bolaget att kravet, genom förlängningen av anbudstiden, måste anses ha genomgått en sådan väsentlig och därmed otillåten ändring att upphandlingen måste göras om.

Av 11 kap. 8 § 2 LOU följer att om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten ska anbudstiden förlängas så att alla leverantörer kan få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud. En ändring av ett obligatoriskt krav är otvivelaktigt sådan information som behövs för att utarbeta ett anbud. Vidare anses ändringar av obligatoriska krav regelmässigt som väsentliga.

En förlängning av anbudstiden utgör förvisso typiskt sett inte en väsentlig ändring i sig. Så som Migrationsverket har tillämpat det obligatoriska kravet på uppdragsförteckning har emellertid kravets materiella innebörd kopplats till förlängningen av anbudstiden, såtillvida att uppdrag som intill förlängningen varit godkända plötsligt blev underkända. Således har förlängningen av anbudstiden medfört en väsentlig ändring i sak av det obligatoriska kravet på uppdragsförteckning (i vart fall så som Migrationsverkets tolkning av kravet får förstås).

Enligt Bolaget har det för det första varit oklart hur kravet på uppdragsförteckning ska förstås mot bakgrund av förlängningen av anbudstiden. För det andra har återstoden av anbudstiden efter ändringen varit klart otillräcklig för Bolaget att hinna ombesörja den relativt omfattande kontakt med potentiella referenter mitt under sommarsemestrarna som krävts för att ta fram nya referensuppdrag som motsvarar det ändrade kravet.

Om Migrationsverket hade kommunicerat ändringen av kravet på uppdragsförteckning på ett tydligt sätt, samt medgett tillräcklig tid för att ombesörja utbyte av referensuppdrag, hade Bolaget kunnat byta ut sådana referensuppdrag som inte längre låg inom relevant tidsperiod. Migrationsverket har därmed förfarit i strid med principerna om transparens och likabehandling, tillika 11 kap. 8 § 2 LOU.

Migrationsverket

Uppdrag nr 6 i Bolagets uppdragsförteckning uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkten 1.7.7 i förfrågningsunderlaget att vara pågående eller avslutat under den senaste treårsperioden, räknat från sista anbudsdag den 21 augusti 2017. Bolagets anbud har därför rätteligen förkastats. Migrationsverket har således inte begått något fel eller brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i nämnda lag på sådant sätt att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Migrationsverket har tillämpat kravet enligt punkten 1.7.7 på det rätta och enda rimliga sättet. Detta då förskjutningen av anbudstiden måste tillämpas på samtliga krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Det är anbudsgivarens skyldighet att vara uppmärksam på upphandlingsdokumentens skrivelser. Det framgår klart och tydligt av punkterna 1.7.7 och 1.7.8 att referensuppdrag ska vara pågående eller avslutade under den senaste treårsperioden, räknat från sista anbudsdag. Skrivningen avseende detta kan inte

tolkas på annat sätt än att om sista anbudsdag förskjuts, förskjuts även datum för referensuppdragen. Att inte tillämpa det som står skrivet i upphandlingsdokumenten skulle direkt bryta mot principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU.

Att bifoga en förteckning med referensuppdrag är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. En normalt uppmärksam anbudsgivare hade insett vikten av att kontrollera anbudet när anbudstiden förskjutits, särskilt eftersom det aktuella referensuppdraget i tid låg så nära den gräns som gällde redan från början.

Om Bolaget har haft problem med tolkningen av det kravet i punkten 1.7.7 i förhållande till att sista anbudsdag framflyttats har Bolaget haft möjlighet att ställa en fråga om den i TendSign, vilket Bolaget inte har gjort. Migrationsverket har inte ändrat eller avvikit från obligatoriska kravet i punkten 1.7.7 och har därför inte haft anledning att kommunicera till leverantörerna om en avvikelse från detta krav. Tvärtom har Migrationsverket upprätthållit kravet såsom det angetts i förfrågningsunderlaget. I informationsmeddelandet om förlängd tid för sista anbudsdag som meddelades anbudsgivarna den 9 augusti 2017 framgår att orsaken till förlängningen var obesvarade frågor i TendSign. Orsaken till förlängningen är således inte att väsentlig ändring skett av kravet eller upphandlingsdokumenten. Förlängningen av anbudstiden har varit proportionerlig utifrån informationens vikt och har med beaktande av semestertider gett anbudsgivarna tillräcklig tid för att utarbeta sina anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iaktas. De obligatoriska krav

som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. HFD 2016 ref. 37).

Migrationsverket har förkastat Bolagets anbud med motiveringen att det inte uppfyller ett obligatoriskt krav enligt punkten 1.7.7 i förfrågningsunderlaget då ett av angivna referensuppdrag, nr 6 i Bolagets uppdragsförteckning, inte var pågående eller avslutat under den senaste treårsperioden, räknat från sista anbudsdag.

Av punkten 1.2.4 *Sista anbudsdag* i förfrågningsunderlaget framgår att anbud i upphandlingen skulle lämnas senast den 13 augusti 2017.

Den 9 augusti 2017 publicerade Migrationsverket ett offentligt informationsmeddelande enligt följande.

Sista anbudsdag förlängs till den 21 augusti 2017. Sista dag för att ställa frågor alternativt begäran om komplettering förlängs till den 11 augusti 2017. Orsak till detta är på grund av att det finns obesvarade frågor i Tendern.

Av punkt 1.7.7 *Uppdragsförteckning* i förfrågningsunderlaget framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

För att styrka sin erfarenhet inom avtalsområdet ska leverantören bifoga en förteckning av 10 relevanta uppdrag inom avtalsområdet.

[...]

Uppdraget ska vara pågående eller avslutat under den senaste 3-årsperioden, räknat från sista anbudsdag.

Bolaget gör gällande i första hand att kravet enligt punkten 1.7.7 ska tolkas på så vis att den ursprungliga sista anbudsdagen alltså ska gälla som utgångspunkt vid prövningen av kravets uppfyllelse och i andra hand att Migrationsverket genom att förlänga anbudstiden utan att delge anbudsgivarna

tillräcklig information om ändringen, och i vart fall utan att medge anbudsgivarna tillräcklig tid att anpassa sina anbud under återstoden av anbudstiden, har företagit en väsentlig ändring av ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Migrationsverket gör i sin tur gällande att sista anbudsdag vid prövning av om ställda krav i upphandlingen, inklusive kravet enligt punkten 1.7.7, är uppfyllda, är det datum som gäller efter anbudstidens förlängning, att det har ålegat Bolaget som anbudsgivare att vara uppmärksam på upphandlingsdokumentets skrivningar och att kontrollera sitt anbud när anbudstiden försköts samt att förlängningen av anbudstiden varken till sin innebörd eller med hänsyn till den tid anbudsgivarna fick för att utarbeta sina anbud kan ses som en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad först gäller tolkningen av kravet enligt punkten 1.7.7 beträffande tidsramen för referensuppdragen konstaterar förvaltningsrätten att i aktuell punkt anges att ett referensuppdrag ska vara *"pågående eller avslutat under den senaste 3-årsperioden, räknat från sista anbudsdag"*. Då sista anbudsdag vid tiden för anbudsprövningen var den 21 augusti 2017 var den tidsram som Migrationsverket enligt ordalydelsen av det aktuella kravet hade att förhålla sig till den senaste treårsperioden, räknat från den 21 augusti 2017. Eftersom ett av Bolagets referensuppdrag var avslutat innan den 21 augusti 2014 uppfyller således Bolagets anbud inte det ställda obligatoriska kravet enligt punkten 1.7.7 och Migrationsverket hade således fog för beslutet att förkasta det.

Nästa fråga som förvaltningsrätten har att pröva är om det aktuella kravet enligt punkten 1.7.7, genom förlängningen av anbudstiden, har genomgått

en sådan väsentlig och därmed otillåten ändring att upphandlingen måste göras om.

I LOU saknas detaljerade bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering i upphandlingsdokumenten. En åtgärd som innebär att upphandlingsdokument ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som upphandlingslagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. En förändring som innebär väsentliga förändringar i förhållande till de ursprungliga upphandlingsdokumenten kan inte anses vara tillåten. Vid prövningen av om en ändring är att betrakta som väsentlig får en samlad bedömning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen, varvid bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen kan vara till ledning för bedömningen av om förfarandet är förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och LOU.

Vad gäller tidsfrister att komma in med anbudsansökningar och anbud i en upphandling framgår det av 11 kap. 1 § LOU att när dessa bestäms ska den upphandlande myndigheten ta särskild hänsyn till hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid leverantörerna kan antas behöva för att utarbeta anbudsansökningarna eller anbuden. Vidare anges i 11 kap. 8 § 2 LOU att tidsfristen för att komma in med anbud ska förlängas så att alla leverantörer ska kunna få kännedom om all den information som behövs för att utarbeta ett anbud om väsentliga ändringar görs i upphandlingsdokumenten.

Det är i målet klarlagt att förlängningen av anbudstiden publicerades i TendSigns verktyg Frågor och Svar som är en del av upphandlingsdokumenten den 9 augusti 2017, dvs. fyra dagar före den ursprungliga anbudstidens utgång, och att den innebär att anbudstiden förlängdes med åtta dagar.

Vad gäller förlängningen av anbudstiden som sådan, oberoende av anledningen till den, medför den enligt förvaltningsrätten i sig inte att en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten genomförts. Migrationsverket har emellertid valt att knyta tidsramen för uppfyllelsen av det obligatoriska kravet enligt punkten 1.7.7 till sista anbudsdagen och förlängningen av anbudstiden innebär därmed att anbudsgivarna hade en ny tidsram att förhålla sig till vad gäller vilka referensuppdrag de kunde åberopa för att uppfylla det ställda kravet. Förlängningen av anbudstiden medförde därmed enligt förvaltningsrättens bedömning en ändring av de förutsättningar som tidigare gällt för det aktuella kravet i upphandlingen. Det har i rättspraxis (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms mål nr 928-10 och Kammarrätten i Jönköpings mål nr 2278-14) bedömts att även en mindre ändring av upphandlingsdokumenten kan betraktas som väsentlig om den görs kort tid innan anbudstidens utgång utan att anbudsgivarna får skälig tid att anpassa sina anbud till de nya förutsättningarna.

I ifrågavarande upphandling har Migrationsverket infört den aktuella ändringen fyra dagar innan den ursprungliga anbudstidens utgång och gett anbudsgivarna sammanlagt 12 dagar efter förlängningen att utarbeta sina anbud och anpassa dem till de nya förutsättningarna. Med beaktande av vad ändringen av anbudstiden medförde för innebörden av kravet enligt punkten 1.7.7 och detta kravs karaktär, finner förvaltningsrätten att anbudsgivarna, och därmed Bolaget, inte kan anses ha getts en skälig tid att utarbeta sitt anbud utifrån de väsentliga ändringar som gjorts i upphandlingsdokumenten. Migrationsverket har därmed agerat på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- och öppenhetsprincipen som mot bestämmelsen i 11 kap. 8 § 2 LOU. Annat har inte framkommit än att Bolaget, vars anbud uppfyllde det aktuella kravet utifrån dess innebörd innan anbudstidens förlängning men inte efter den, har lidit eller riskerar att lida skada på grund av Migrationsverkets felaktiga förfarande. Skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Migrationsverkets överträdelse är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet och lämplig ingripandeåtgärd är därför att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Magnus Wickström
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.

