



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2013-02-01
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 756-13
 2062-13

SÖKANDE

1. Tolkcentralen Göteborgs Stad, 212000-1355
 Box 11305
 404 27 Göteborg

2. Karlstads Tolkcentral, 212000-1850
 Karlstads kommun
 651 84 Karlstad

MOTPART

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet
 Box 2218
 103 15 Stockholm

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-02-01	
Avd	
Dir	
Doss	Akobil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tolkcentralen Göteborgs stads och Karlstads
 Tolkcentrals ansökningar om överprövning.

Dok.Id 316869

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet (Statens inköpscentral) har genomfört en upphandling gällande ramavtal för tolkförmedlingstjänster, nr 96-7-2012. Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling i enlighet med LOU. Upphandlingen omfattade tillhandahållande och förmedling av tolkar för utförande av uppdrag avseende kontakttolkning och telefontolkning till de avropsberättigade myndigheterna. Upphandlingen var indelad i 21 anbudsområden vilka följer Sveriges länsindelning. Sista dag för att lämna anbud i upphandlingen var den 31 januari 2013. I förfrågningsunderlaget angavs att anbud kan lämnas för ett eller flera anbudsområden. Ett anbudsområde innefattar de avröpande myndigheter som har sina verksamheter inom länets gränser (p. 2.1.13).

Ansökningarna om överprövning

Tolkcentralen Göteborgs Stad och Karlstads Tolkcentral (gemensamt Tolkcentralerna) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför de bl.a. följande.

Upphandlingen strider genom sin utformning mot LOU och de grundläggande principerna. Kommunala tolkförmedlingar diskrimineras genom kravet på att avge anbud länsvis. Kommunala tolkförmedlingar är kommunalrättsligt förhindrade att avge anbud för hela län och är därmed förhindrade från att delta i upphandlingen. Potentiella leverantörer behandlas inte likvärdigt och de kommunala tolkförmedlingarna diskrimineras gentemot privata aktörer. De konsortium- eller underleverantörlösningar som Statens inköpscentral erbjuder utgör inte ett

alternativ i praktiken eftersom det vore omöjligt för kommunala tolkförmedlingar att hinna genomdriva sådana organisationsförändringar under upphandlingstiden.

Kravet på att anbud ska avges för ett helt län strider dessutom inte bara mot proportionalitetsprincipen i 1 kap. 1 § LOU utan också mot artikel 32.2 femte stycket i Europaparlamentets och Rådets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Kravet är alltför långtgående och går utöver vad som krävs för att uppnå syftet med upphandlingen. Uppdelningen i län innebär att konkurrensen på marknaden inte kan tillvaratas och innebär att ramavtalet används otillbörligt på ett sätt som snedvrider konkurrensen eftersom enbart privata tolkförmedlingar i praktiken tillåts delta. Artikel 32.2 femte stycket i EU-direktivet kan ges direkt effekt eftersom den inte har genomförts i LOU. Tolkcentralerna hänvisar till ett yttrande från Konkurrensverket.

Upphandlingen strider dessutom mot transparensprincipen eftersom det föreligger väsentliga brister avseende anbudsutvärderingen vilket omöjliggör för anbudsgivare att avge ett konkurrenskraftigt anbud. Utvärderingsgrunderna "Kvalitetssäkring av tjänst" och "Uppföljning av tolkuppdrag" ges sammantaget en mycket stor betydelse vid utvärderingen. Dessa kriterier ges ett oskäligt stort utrymme framförallt eftersom Statens inköpscentral inte får någon möjlighet att kontrollera lämnade uppgifter. Den utvärderingsmodell som används i upphandlingen medför en överhängande risk för godtycke vid anbudsutvärderingen. Det förekommer inga formella krav på tolkarna i upphandlingen varför det överläts till Statens inköpscentral att godtyckligt avgöra om de tolkförmedlingar som lämnar anbud uppfyller kvalitetskraven eller inte.

Tolkcentralerna riskerar att lida skada. Tolkcentralerna förhindras genom upphandlingens utformning från att avge ett anbud.

Statens inköpscentralers inställning

Statens inköpscentral bestrider Tolkcentralernas yrkande och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Statens inköpscentral har genomfört upphandlingen enligt bestämmelserna i LOU samt i övrigt agerat korrekt i enlighet med de unionsrättsliga grundläggande principerna. Grund för ingripande enligt LOU saknas således och förvaltningsrätten ska därför avslå ansökan om överprövning.

Upphandlingens förfrågningsunderlag är helt förenligt med kraven i LOU och de grundläggande unionsrättsliga principerna.

Statens inköpscentralers indelning av anbudsområden länsvis är icke-diskriminerande, likabehandlande och proportionerliga. Tolkcentralernas påstående att upphandlingens indelning skulle vara oproportionerlig och diskriminerande mot kommunala tolkförmedlingar bestrids. Statens inköpscentral har gjort indelningen med hänsyn till upphandlingsföremålet och de avropande myndigheternas behov. Det kommande ramavtalet är till för statliga myndigheter och inte för kommuner. Om en anpassning skulle göras till kommunala tolkförmedlingar skulle detta innebära att en upphandling skulle behöva indelas i 290 olika anbudsområden mot för närvarande 21.

Artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv saknar betydelse då Statens inköpscentral inte har uteslutit en stor del av de potentiella anbudsgivarna. Det åberopade yttrandet från Konkurrensverket rör ett mål där rättsfrågan inte berör indelningen av anbudsområden varför yttrandet inte är relevant i detta mål.

Möjligheten att lämna anbud kan uppfyllas av kommunala tolkförmedlingar genom underleverantörer eller konsortium. Påståendet att kommunala tolkförmedlingar inte kan lämna anbud på grund av den kommunala beslutsordningens långsamma handläggning är inte skäl för att upphandlingen ska göras om i enlighet med LOU. Samtliga potentiella leverantörer ges i upphandlingen samma förutsättningar att delta i upphandlingen och lämna anbud. Det sker i upphandlingen ingen positiv eller negativ särbehandling för vare sig kommunala eller privata aktörer. Det är den upphandlande myndigheten som inom ramen för LOU bestämmer föremålet för upphandlingen och vilka krav som ska ställas på föremålet för upphandlingen.

En bedömning av utvärderingen och dess resultat kan prövas först efter att tilldelningsbeslut fattats. Uppkommer frågor rörande utvärderingsmodell under anbudstiden finns möjlighet att ställa frågor inom den tid som anges i förfrågningsunderlaget.

Tolkcentralerna ges möjlighet att lämna anbud i upphandlingen och riskerar inte att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU saknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågorna i målet är om Statens inköpscentralers upphandling innebär att kommunala tolkförmedlingar diskrimineras samt om upphandlingen strider mot proportionalitets- eller transparensprincipen eller mot artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv.

Diskriminering av kommunala tolkförmedlingar

Tolkcentralerna har anfört att Statens inköpscentral har diskriminerat de kommunala tolkförmedlingarna genom kravet på att avge anbud länsvis. Statens inköpscentral har anfört att upphandlingen uppfyller principerna om likabehandling och icke-diskriminering fullt ut. Det finns inte rättslig möjlighet att positivt särbehandla kommunala tolkförmedlingar.

Principen om icke-diskriminering förutsätter att anbudssökande och anbudsgivare från andra orter behandlas på samma sätt som t.ex. företag med verksamhet på en viss ort eller i den egna kommunen (prop. 2009/10:180, s. 90). Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt (prop. 2006/07:128 s. 132).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att anbud kan lämnas för ett eller flera anbudsområden och att anbudsområdena följer Sveriges länsindelning. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivaren har möjlighet att anlita underleverantörer eller bilda konsortium (p. 3.5.1 och 3.6.1). Enligt förvaltningsrättens mening är det inte visat att förfrågningsunderlaget har utformats på ett sådant sätt att endast privata tolkförmedlingar kan lämna anbud. Ingen anbudsgivare missgynnas eller gynnas. Att vissa anbudsgivare inte klarar av att möta berättigade krav från den upphandlande myndigheten utgör ingen överträdelse mot vare sig icke-diskriminerings- eller likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten anser alltså att upphandlingen inte strider mot någon av de nämnda principerna.

Proportionalitetsprincipen

En upphandlande myndighet har frihet att själv specificera krav på det som ska upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller viss produkt. Kvalifikationskriterier är de kriterier som visar att en leverantör är en lämplig anbudsgivare. Kriterierna ska hänföra sig till leverantörens tekniska förmåga och kapacitet eller finansiella och ekonomiska ställning (prop. 2001/02:142 s. 21 f.). Av den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på en leverantör än som erfordras för den enskilda upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132).

Som ovan nämnts har Tolkkcentralerna anfört att kravet på att ett anbud ska avges för ett helt län är alltför långtgående och att det inte är nödvändigt för att uppfylla syftet med kontraktstilldelningen. Statens inköpscentral har motiverat kravet på anbud för ett helt län med bl.a. att upphandlingen riktar sig till statliga myndigheter och inte till kommuner.

Förvaltningsrätten bedömer att kravet att ange bud länsvis har varit kopplat till föremålet för upphandlingen samt att det har varit tydligt och lika för alla anbudsgivare. De krav som Statens inköpscentral ställt upp har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt utan indelningen har gjorts med hänsyn till upphandlingsföremålet och de avropande myndigheternas behov. Kravet kan därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen i LOU.

Transparensprincipen

Med transparens avses främst skyldigheten för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska

tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer att göras och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Som ovan nämnts har Tolkcentralerna anfört att den utvärderingsmodell som används i upphandlingen medför en överhängande risk för godtycke vid anbudsutvärderingen. Den upphandlande myndigheten har inte möjlighet att kontrollera anbudsgivarnas egna beskrivningar av kvalitet och uppföljning. Statens inköpscentral har anfört att en bedömning av utvärderingen och dess resultat kan prövas först efter att tilldelningsbeslut fattats.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte finns några hinder mot att pröva förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell trots att något tilldelningsbeslut ännu inte har fattats i upphandlingen.

I förfrågningsunderlaget har Statens inköpscentral angett vilken utvärderingsmodell och vilka utvärderingskriterier som ska användas. Vidare anges under respektive utvärderingskriterium vad som tillmäts betydelse och varför. Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen är tillräckligt klar och tydligt formulerad. Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller

subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Enligt förvaltningsrättens mening har det i målet inte framkommit att Statens inköpscentralers utvärderingsmodell brister i transparens.

Brott mot artikel 32.2 femte stycket i direktivet

Enligt artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv får en upphandlande myndighet inte använda ramavtal på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.

Som ovan nämnts har Tolkcentralerna anfört att uppdelningen i län innebär att konkurrensen på marknaden inte kan tillvaratas och att ramavtalet används otillbörligt på ett sätt som snedvrider konkurrensen eftersom enbart privata tolkförmedlingar i praktiken tillåts delta. Statens inköpscentral har anfört att den i målet aktuella artikeln saknar betydelse eftersom inköpscentralen inte har uteslutit en stor del av de potentiella anbudsgivarna, underlaget möjliggör att lämna anbud.

I förarbetena till LOU anges att kraven i artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv torde följa redan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta har även Lagrådet påtalat (prop. 2006/07:128 s. 333).

Konkurrensverket har i yttrande den 30 maj 2012 dnr 285/2012 (förvaltningsrättens mål nr 1857-12) bl.a. anfört att verket inte delar den uppfattningen. Enligt Konkurrensverkets mening torde generalklausulen istället få tolkas så att det – utöver vad som redan följer av de grundläggande principerna om offentlig upphandling – också ställs andra och mer långtgående krav på den upphandlande myndighetens agerande vid upphandlingar av ramavtal.

Förvaltningsrätten delar den bedömning som kommit till uttryck i prop. 2006/07:128 s. 333, dvs. att kraven i artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv redan följer av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Förvaltningsrätten anser därför, och mot bakgrund av vad som anförts tidigare i denna dom, att upphandlingen inte står i strid mot artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv.

Sammanfattning

Mot bakgrund av vad som har anförts ovan anser förvaltningsrätten att Statens inköpscentralers upphandling inte strider mot principen om icke-diskriminering, proportionalitetsprincipen eller transparensprincipen. Brott mot artikel 32.2 femte stycket i ovan nämnda direktiv har inte heller påvisats. Det som Tolkcentralerna har anført utgör inte omständigheter som visar att Statens inköpscentral har utfört upphandlingen i strid mot LOU eller någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Det finns alltså inte förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Tolkcentralernas ansökningar om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Per Eskilsson
Rådman

Sofie Larson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 offentligpart 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU