



SÖKANDE

Språkservice Sverige AB, 556629-1513
Föreningsgatan 15
211 44 Malmö

MOTPART

Aneby kommun
Box 53
578 22 Aneby

KONKURRENSVERKET	
20190510	
Av	
Dnr	
KSnr	arkbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Aneby kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal benämnd Tolks- och översättningstjänster Högländet (KS 2018-285). Upphandlingen är uppdelad på tre anbudsområden, varav anbudsområde 1 rör tolkstjänster och avser tillhandahållande av kontakt- och telefontolkar inom samtliga verksamhetsområden inom vilka upphandlande myndighet bedriver verksamhet. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande i enlighet med LOU. Språkservice Sverige AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

Närmare om upphandlingen

I anbudsinvitan / förfrågningsunderlag avsnitt . 4.5.1 sägs att utvärdering kommer att ske utifrån principen ekonomiskt mest fördelaktiga anbud med grund bästa förhållande mellan pris och kvalitet Den anbudsgivare kommer att antas vilken uppfyller samtliga ställda krav, accepterar de kommersiella villkoren samt lämnar det anbud med lägst anbudssumma.

Anbudspriser räknas samman till en anbudssumma i enlighet med vad som anges i bilaga 5 Anbudsbilaga anbudsområde 1 Tolktjänster, den anbudsgivare som erhåller lägst anbudssumma anses ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Enligt avsnitt 4.6.1 ska anbudsgivare lämna priser för efterfrågade tjänster i ovan nämnda bilaga. Angivna priser ska gälla som avtalspriser. Angivna priser ska inkludera samtliga med uppdraget förenliga kostnader såsom t.ex. traktamente, ersättning, sociala avgifter samt andra kostnader vilka är kopplade till uppdraget. Vidare sägs att pris för tolkar avser de arvoden vilka betalas ut till tolken vid uppdragets utförande.

I den anbudsbilaga som ska fyllas i enligt ovan lämnas bl.a. följande upplysningar. I anbudsbilagan angivna priser kommer att användas som avtalspriser. Priser ska inkludera samtliga med uppdraget förenliga kostnader exklusive mervärdesskatt. Om anbudsgivaren vill erbjuda anställda tolkar så ska det anges särskilt. Den matris som används justeras då så att den utgår från att 30 % av uppdragen tillsätts via egna tolkar. Anbudsgivaren ska ange anbudspris för anställd tolk i matrisen. En omräkningsfaktor om 1,4 används vid utvärdering av pris.

I anbudsinbjudan/förfrågningsunderlag avsnitt 7 (Kommersiella villkor) sägs beträffande pris att till leverantören utgår ersättning enligt avropsvar, ersättningen ska inkludera samtliga kostnader som t.ex. sociala avgifter och förmåner om inte annat uttryckligen anges i avropsförfrågan (7.2.1).

I svar på publik fråga i Frågor och svar har kommunen beträffande omräkningsfaktorn uppgett att den balanserar kostnaden per timme mellan anställd tolk och förmedlad tolk vilken härrör från att förmedlad tolk ej erhåller ersättning under helgdagar, i motsats till månadsavlönad personal (extra kostnad för 2 dagar utslaget över 5 dagar, $2/5 = 40\%$).

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att anbudsområde 1 i Upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Den omräkning av timpriset för anställda tolkar som sker är en särbehandling av anställd personal i förhållande till att offerera frilansande tolkar som det inte finns någon grund för. Anbudsgivare som väljer att ta ett socialt ansvar genom att anställa tolkar missgynnas genom det extra påslag för anställda tolkar som kommunens modell innehåller. I förfrågningsunderlaget sägs att angivna priser ska gälla som avtalspriser och i kostnadsfältet i prislisan sägs att beloppet avser den summa som utbetalas till tolk per timme. Det innebär att det timpris som anbudsgivaren offererar motsvarar både det belopp som leverantören ska erhålla av kommunen och det belopp som leverantören ska betala till tolken. Det finns alltså inget utrymme för leverantören att få ersättning för de sociala avgifter som ska erläggas för anställda tolkar.

Antagandet i modellen att 30 % av uppdragen kommer att tillsättas av anställda tolkar är inte verklighetsförankrad. Den är i princip aldrig över 10 %.

Att det ska anges ett pris för samtliga anställda tolkar får orimliga konsekvenser i och med att lönerna regleras i kollektiv- och anställningsavtal. Det går inte att offerera ett timpris som ska betalas till alla anställda tolkar eftersom lönesättningen sker individuellt; anställda tolkar har inte samma timlön. Leverantörer måste således bryta mot befintliga kollektivav-

tal/anställningsavtal eller mot villkoren i det avtal som upphandlas. Praxis inom branschen är att upphandlande myndigheter fastställer fasta tolkarvoden som ska gå till frilansande tolkar, medan ersättningen till anställda inte regleras. Om ersättningen till en anställd arbetstagare regleras måste villkoret formuleras i enlighet med reglerna i 17 kap. LOU. I förevarande fall får villkoret som konsekvens att kollektivavtalsanslutna leverantörer är förhindrade att lämna anbud. Bolaget, som valt att anställa tolkar, missgynnas otillbörligt av detta krav som inte är direkt hänförligt till tjänstens utförande.

För att uppnå den effekt som kommunen önskat borde det ha varit tillräckligt att ange en minimilön till alla tolkar. Denna minimilön hade kunnat räknas upp med 1,4 % för att få fram den ersättning som ska betalas för anställda tolkar. I stället har kommunen räknat upp timpriset för anställda tolkar endast i utvärderingssyfte. Beloppet efter påslaget motsvarar i och för sig den kostnad som leverantören har för tolken per timme men kommunen har ju inte för avsikt att ersätta leverantören för denna kostnad.

Den beräkning som kommunen gjort i syfte att visa att anbudsgivare med anställda tolkar har en viss fördel har flera grundläggande brister, bl.a. bygger den framräknade timlönen för anställda tolkar på en kalkyl som förutsätter att de arbetar i en högre omfattning än vad som är fallet.

Förfrågningsunderlaget innehåller motsägelsefulla uppgifter om vad det offererade priset ska omfatta. Dels står det att pris för tolkar avser de arvoden vilka betalas ut till tolken vid uppdragets utförande, dels att angivna priser ska inkludera samtliga med uppdraget förenliga kostnader, såsom t.ex. ersättning, sociala avgifter samt andra kostnader kopplade till uppdraget. Om priset som leverantören ska ange ska motsvara det arvode som betalas ut till tolken kan det inte omfatta sociala avgifter. Omvänt gäller att om det pris som anges ska omfatta sociala avgifter kan inte samma belopp betalas ut till tolken. Om beloppen redan inkluderar sociala avgifter blir i så fall

den uppräknning som görs vid utvärderingen helt obegriplig eftersom dessa då räknas med två gånger. Genom utformningen av utvärderingsmodellen och de ingångsvärden till denna som efterfrågas har kommunen gjort det omöjligt för leverantören att förstå hur de offererade beloppen ska kalkyleras.

Resultatet av en utvärdering blir felaktigt och inte förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna vid en utvärdering enligt modellen eftersom rätt ingångsvärden inte har efterfrågats. Underlaget brister i transparens då det inte framgår hur de belopp som ska offereras ska räknas fram. Bolagets avsikt var att lämna anbud i upphandlingen men på grund av brister i underlaget kan det inte göra det. Bristerna har påtalats för kommunen genom Frågor och svar men detta har inte föranlett någon ändring eller något förtydligande. Utvärderingsmodellen är inte förenlig med LOU och dess grundläggande principer. Utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell har grava brister beträffande laglighet och proportionalitet. Förutsättningarna för utvärderingen är inte likabehandlande. Bristerna har inneburit skada för bolaget, som inte getts möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Då bristerna finns i det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om i denna del.

Kommunen

En upphandlande myndighet har långtgående rättigheter att utforma de krav som ställs i en upphandling. De har ställt krav på att anbudsgivare ska ange kostnad för förmedlad tolk, och summan som ska anges är den som avser ersättning till utförande tolk. Vidare ska förmedlingskostnaden avseende förmedlingens egna administrativa kostnader, vinstmarginal m.m. anges. I upphandlingsdokumentet (punkt 3.1.14) har kommunen redogjort för sin syn på lämplig prissättning/ ersättning till tolk, i enlighet med 17 kap. LOU, både gällande anställd personal och gällande förmedlad personal. Skrivningen i denna del har de inte fått frågor eller kommentarer om varför den

får anses godtagen av potentiella anbudsgivare. Kollektivavtal utgör i sig inget hinder för ett platt pris på efterfrågade tjänst. Kommunens krav kan uppfyllas genom t.ex. ett bonussystem eller dylikt. En anbudsgivare kan lösa problemet på lämpligt vis alternativt lämna anbud enbart på frilansande tolkar.

I förstudien framkom att praxis är att taxa går oavkortat till frilansande tolk men att ingen reglering sker för anställd tolk. En sådan lösning ger utrymme för taktisk prissättning. Kommunen riskerar också att betala ett högre pris samt förlorar möjligheten till uppföljning av lägstralöner.

Utvärderingsmodellen syftar till att fastställa priser, motverka taktisk prissättning och säkerställa en hög leveransprecision. Anbudsgivare anger i modellen en garanterad leveransprecision varvid en högre garanterad leveransprecision ger ett mindre påslag på anbudssumman. Kommunen har utgått från förmedlade tolkar (den större delen av tillgängliga tolkar) men ger även möjlighet att offerera anställda tolkar. Om anställda tolkar offereras redovisas kostnad för dessa i separat kostnadsfält. Kostnadsfälten avser den summa som utbetalas till tolk per timme vid utförande av uppdrag. Timpriser som utbetalas till anställda tolkar ska i förlängningen uppgå till minst den ersättning som anges i punkt 3.1.14. För att uppnå en sund konkurrens och fokus på ökad leveransprecision används en uppräkningsfaktor om 1,4 på anställda tolkar. Siffran utgår från att den summa som utbetalas till frilansande tolk per timme är 40 % högre än motsvarande timersättning hos anställd tolk (månadslön fördelas vid beräkning även över helgdagar). Uppräkningsfaktorn är lågt satt då frilansande tolk även har utgifter för försäkringar, pensionsavsättningar och behöver ta höjd i sin yrkesutövning för tillsättningsgrad. Vid utformningen av utvärderingsmodellen har kommunen som utgångspunkt haft den prisbild som gavs i en förstudie till upphandlingen. Utvärderingsmodellen är utformad så att samtliga kostnadsparametrar har ett lämpligt genomslag på anbudssumman. Enligt deras beräkningar ut-

gör kostnadsparametern anställd tolk ca 11,5 % av anbudssumman vilket är fullt rimligt och anbudssumman blir i enlighet med deras beräkning till fördel för förmedling som offererar anställda tolkar, detta utan beaktande av garanterad leveransprecision.

Prismodellen är uppdelad i ersättning till utförare av olika typer av tolktjänster, därutöver tillägg för bl.a. förmedlingsavgift som ska täcka förmedlingens övriga kostnader och vinst. Upplägget är enkelt, genomtänkt och uppfyller upphandlingslagstiftningens krav. Utformningen av utvärderingsmodellen uppfyller kraven på likabehandling och transparens och står ej i strid med LOU. Förutsättningarna att lämna anbud har varit lika för samtliga presumtiva anbudsgivare. Språkservice har inte varit förhindrad att lämna anbud och kan inte anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Utformningen av utvärderingsmodellen uppfyller kraven på transparens och likabehandling och står ej i strid med LOU. Upphandlingens utvärderingsmodell främjar konkurrens och bidrar därmed till ett effektivt förvaltande av skattemedel. Bolagets ansökan ska därför avslås.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § 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 4 kap. 2 § LOU får en upphandling inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och den får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheter har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär omprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad bolaget har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är i huvudsak om utvärderingsmodellen uppfyller kraven i LOU och de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling.

Av EU-domstolens mål C-19/00 SIAC Construction framgår att principen om likabehandling innebär att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör ska ha kunnat förstå vad som efterfrågas och omfattas av myndighetens bedömningar. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen, och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten har en relativt stor frihet att välja vilka krav och villkor som ska tillämpas och vilken vikt som ska tillmätas olika kriterier under förutsättning att LOU och de principer som lagen bygger på inte överträds.

Vad först gäller bolagets påstående att det missgynnas på grund av att anbudspriserna räknas upp med en omräkningsfaktor kan konstateras att denna omräkningsfaktor används för att uppnå en sund konkurrens och för att göra det möjligt att likställa anställda tolkar och förmedlade tolkar kostnadsmässigt. Utifrån de förklaringar som kommunen lämnat till hur den beräknats och varför den är tänkt att användas kan det inte anses visat att bolaget missgynnas av utvärderingsmodellen i detta avseende på ett sådant sätt att det strider mot någon bestämmelse i LOU. De synpunkter bolaget framfört rörande kommunens beräkningar i olika avseenden föranleder inte annat ställningstagande.

Bolaget har vidare gjort gällande att utvärderingsmodellen missgynnar leverantörer med anställda tolkar då det inte finns utrymme för leverantörer att få ersättning för de sociala avgifter som ska betalas för anställda tolkar. Man menar vidare att upphandlingsunderlaget brister i transparens då det inte går att förstå hur de offererade beloppen ska räknas fram. I anbudsinbjudan/förfrågningsunderlaget uttrycks på flera ställen att angivna priser ska inkludera samtliga med uppdraget förenliga kostnader såsom t.ex. traktement, ersättning, sociala avgifter samt andra kostnader vilka är kopplade till uppdraget, och att angivna priser ska användas som avtalspriser. I avsnittet om kommersiella villkor rörande pris sägs att till leverantören utgår ersättning enligt avropssvar och att ersättningen ska inkludera samtliga kostnader som t.ex. sociala avgifter och förmåner om inte annat uttryckligen anges i avropsförfrågan. Det framstår i viss mån som något motsägelsefullt när det på ett ställe sägs att pris för tolkar avser de arvoden vilka betalas ut

till tolken vid uppdragets utförande, eftersom det belopp som betalas ut till en anställd tolk inte kan inkludera sociala avgifter. Utifrån de uppgifter som ändå finns i underlaget om vad som ska ingå i priset bedömer förvaltningsrätten dock att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör bör ha kunnat förstå vad som efterfrågades när det gällde anbudspriser, och att det i dessa skulle ingå sociala avgifter. I och med detta finns också utrymme för leverantören att få ersättning för sociala avgifter. Upphandlingsunderlaget har således inte varit så otydligt i denna del att det inte uppfyller kraven på transparens och likabehandling och inte heller kan modellen sägas missgynna leverantörer med anställda tolkar på det sätt som bolaget gjort gällande.

Bolaget har vidare gjort gällande att utvärderingsmodellen strider mot lag eftersom ett och samma timpris för alla anställda tolkar ska anges. Bolaget menar vidare att detta inte är nödvändigt för att uppnå den effekt som kommunen uppfattas vilja ha. Kommunen har anfört bl.a. att en enhetlig, fastslagen summa är nödvändig för att kommunen ska ha en möjlighet att följa upp prissättningen vid faktureringen samt för att kunna följa upp lägstalöner enligt ställda sociala krav. Förvaltningsrätten kan inte se att det skulle vara oproportionerligt eller i övrigt strida mot lag att kräva ett enhetligt anbudspris för alla anställda tolkar. De problem som bolaget påtalat med anledning av detta krav är i huvudsak inriktade på att bolagets verksamhet påverkas negativt. En upphandlande myndighet behöver inte vid utformningen av en prissättningsmodell ta hänsyn till hur olika företags verksamheter påverkas. Utformningen av modellen i detta avseende kan inte anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller de grundläggande principer som gäller för upphandling (jfr dom av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 8328-12).

Bolaget har också framfört invändningar mot utformningen av utvärderingsmodellen i fråga om hur stor andel av uppdragen som kan antas tillsättas av anställda tolkar. Enbart detta påpekande visar inte på något sätt att

utformningen av utvärderingsmodellen strider mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningen finner förvaltningsrätten att det som bolaget anfört inte visar att upphandlingsunderlaget och dess utvärderingsmodell har utformats på ett sådant sätt att det strider mot någon av de grundläggande bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. Skäl att ingripa mot upphandlingen finns därför inte och ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Annette Spjuth
Rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

