


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
DOM
2019-11-29
Meddelad i Linköping

Mål nr
8599-19, 8600-19,
8601-19, 8603-19,
8604-19, 8605-19,
8606-19, 8607-19

SÖKANDE

Semantix Tolkjouren AB, 556526-2630

Ombud: Jur.kand. Maria Silfverberg
TED Law AB

MOTPARTER

1. Södermanlands läns landsting, 232100-0032
2. Folkvandvården Sörmland, 556820-2625
3. Eskilstuna kommun, 212000-0357
4. Strängnäs kommun, 212000-0365
5. Nyköpings kommun, 212000-2940
6. Oxelösunds kommun, 212000-0324
7. Trosa kommun, 212000-2957
8. Gnesta kommun, 212000-2965

Ombud för 1-8: Kristina Below

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019/1129	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Södermanlands läns landsting genomför för egen räkning och som ombud för Folkvandvården Sörmland, Eskilstuna kommun, Strängnäs kommun, Nyköpings kommun, Oxelösunds kommun, Trosa kommun samt Gnesta kommun upphandlingen *Tolkförmedlingstjänster Språktolkar Sörmland*, dnr DU-UPP18-0303, som öppet förfarande enligt LOU. Samtliga upphandlande myndigheter benämns nedan Beställarna. Beställarna meddelade den 20 februari 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Språkservice Sverige AB

Dok.Id 401490

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

(Språkservice), Hero Tolk AB (Hero) och Tolkresurs Sverige AB (Tolkresurs) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Efter det att Semantix Tolkjouren AB (Semantix) ansökte om överprövning av upphandlingen beslutade Beställarna den 2 oktober 2019 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet anfördes i huvudsak följande. Beställarna har uppmärksammat fel i upphandlingsunderlaget bestående av att ett orimligt obligatoriskt krav har ställts i punkten 5.2.1.3 enligt vilket arvodet samt eventuell ersättning för tidsspillan och resor i dess helhet ska tillfalla tolken. Kravet innebär att anbudsgivarna är tvungna att ange ett högre anbudspris än vad som egentligen har varit möjligt. Enligt Beställarnas mening ska anbudsgivarna enbart behöva förhålla sig till ett krav om att kunna garantera efterlevnad av arbetsrättsliga villkor och att anbudspriset ska kunna säkerställa att bolaget betalar sina skatter och avgifter. Utöver det ska en anbudsgivare inte i enlighet med obligatoriska krav i upphandlingsföreskrifterna tvingas hålla en högre nivå på sitt anbudspris. Därav bedömer Beställarna att kravet är onödigt ingripande genom att uppställa ett krav om att tolktaxan för samtliga anställningsformer ska tillfalla tolken. Enligt Beställarnas mening bedöms kravet såsom oproportionerligt och mer ingripande än vad t.ex. arbetsrätts- och skattelagstiftning uppställer, samt med hänsyn till vad som är kutym i branschen. Med hänsyn till ovanstående bedöms kravet inte heller säkra upp så att upphandlingen mynnar ut i det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kan istället innebära att en anbudsgivare tvingas betala mer lön till tolken än vad som följer av tillämpligt kollektivavtal och arbetsrättslagstiftning.

Semantix ansöker om överprövning av avbrytandebeslutet och yrkar att förvaltningsrätten upphäver det.

Beställarna bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Semantix**

Huvudregeln är att en upphandling ska leda till avtal. Ett beslut att avbryta en upphandling måste därför vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (jfr RÅ 2009 ref. 43). Ett avbrytandebeslut måste också följa de upphandlingsrättsliga principerna och det är den upphandlande myndigheten som ska bevisa att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande.

Kammarrätten i Göteborg har i mål 2078-17 i och för sig ansett att det är förenligt med LOU att avbryta upphandlingen när syftet med att anta anbudsgivaren med ekonomiskt mest fördelaktiga priset inte uppnås. I det fallet hade dock felaktiga jämförelsetal använts. I nu aktuellt mål har emellertid Beställarna som skäl för att avbryta upphandlingen angett att det har ställts ett orimligt obligatoriskt krav att arvodet samt eventuell ersättning för tidsspillan och resor i dess helhet ska tillfalla tolken. Beställarna anser att kravet är oproportionerligt då anbudsgivarna endast ska behöva förhålla sig till ett krav om att kunna garantera efterlevnaden av arbetsrättsliga villkor och att anbudspriset ska kunna säkerställa att bolaget betalar sina skatter och avgifter.

Semantix delar inte Beställarnas uppfattning att kravet är oproportionerligt. Tvärtom är kravet ändamålsenligt och har därför tillämpats av många andra upphandlande myndigheter såsom Ronneby kommun, Region Jämtland Härjedalen och Växjö kommun. Det föreligger inte heller någon kutym i branschen att förmedlingar har rätt att ta arvodet själva och istället avlöna tolken med en lägre ersättning. Syftet med Domstolsverkets tolktaxa är inte att den ska gå till förmedlingarna utan direkt till tolken. Kravet att tolken ska erhålla hela arvodet medför att tolkar med högre kompetens anlitas på uppdra-

gen eftersom de flesta kompetenta tolkarna väljer att frilansa. Förmedlingarna styrs av ett vinstintresse och "tjänar" på att anlita egna anställda tolkar, med lägre kompetens, istället för att anlita den mest kompetenta tolken. En tolk med hög kompetens tjänar avsevärt mycket mer som frilansande tolk än som anställd tolk med månadslön.

Det ankommer på Beställarna att bevisa att avbrytandebeslutet vilar på sakliga och godtagbara skäl. Semantix lider eller riskerar att lida skada eftersom bolaget, vid en prövning av ansökan om överprövning av upphandlingen och beslut om rättelse, skulle haft möjlighet att antas som leverantör. En ny upphandling innebär en större risk för Semantix att förlora avtalet. Semantix förlorar även möjligheten att få prövat huruvida antagna leverantörers priser är onormalt låga.

Beställarna

Beställarna bestrider Semantix påstående att en påbörjad upphandling ska avslutas genom att ett kontrakt tecknas med vinnande leverantör. Av EU-domstolens praxis framgår klart och tydligt att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (se mål C92/00 HI punkterna 40 och 41). Rätten att avbryta en upphandling kräver enligt praxis inte att det föreligger en undantagssituation eller tungt vägande skäl (Se EU-domstolens mål C-27/98 Fracasso och Leitschultz punkterna 23 och 25 samt Kammarrätten i Sundsvalls mål 1702-17).

Ett beslut att avbryta upphandlingen ska vara grundat på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och med iakttagande av de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna inom fördraget (Jfr RÅ 2009/43) vilket Beställarna anser sig ha uppfyllt och motiverat i sitt beslut att avbryta upphandlingen.

Vad det gäller Semantix uppfattning om att det obligatoriska kravet är att anse som ändamålsenligt bestrider Beställarna detta. Beställarna vidhåller vad som anförts i avbrytandebeslutet med följande tillägg och förtydliganden. Beställarnas inställning är att detta aktuella obligatoriska kravet avser samtliga tolkar som efterfrågas för uppdraget oavsett anställningsform. Kravet blir därmed alltför ingående än vad arbetsrättslig- och skattelagstiftning uppställer och kan inte anses vara nödvändigt med hänsyn till att det i upphandlingen har säkerställts att leverantörer efterlever arbetsrättslagstiftning. Kravet är oproportionerligt utformat och i strid med proportionalitetsprincipen enligt 4 kap. 1 § LOU och alltför ingripande än vad som krävs. Mot bakgrund av det ovanstående, och oavsett om domstolen finner att kravet är oproportionerligt eller inte, har kravet hindrat att upphandlingen ska mynna ut i det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (16 kap. 1 § LOU).

Beställarna bestrider att Semantix har visat att bolaget lider eller riskerar att lida skada på grund av avbrytandebeslutet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Det finns ingen skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling utan den har rätt att själv avgöra när en inledd upphandling behöver avbrytas. Även om möjligheten att avbryta en upphandling inte är förbehållen undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl måste ett beslut om avbrytande dock vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt. Ett sådant beslut måste vidare följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet (jfr bl.a. mål C-92/00 HI, RÅ 2008 ref. 35 samt RÅ 2009 ref 43).

Frågan i målet är om Beställarna haft sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Det är Beställarna som har bevisbördan för att så

är fallet (jfr RÅ 2009 ref. 43 samt Kammarrätten i Stockholms dom i mål 4691-12).

En offentlig beställare bör ges betydande utrymme att utforma en anbudsfrågan så att den bäst passar det inköpsbehov som föreligger. Av EU-domstolens praxis (se mål C-244/02 Kauppatalo Hansel) framgår att sakliga skäl att avbryta en upphandling kan bestå i att den upphandlande myndigheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsinfordran, på grund av fel som den begått vid dess förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även i svensk rättspraxis (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 2078-17) har som sakliga skäl att avbryta en upphandling godtagits att den upphandlande myndigheten insett att upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen borde ändras för att kunna utformas på ett sätt som är affärsmässigt motiverat och som gör att utvärderingsmodellen ger de jämförelsetal som den upphandlande myndigheten avsett att utvärdera.

Beställarna har som grund för att avbryta upphandlingen gjort gällande att det obligatoriska krav som ställts i punkten 5.2.1.3 i upphandlingsdokumentet innebär att en anbudsgivare är tvungen att ange ett högre anbudspris än vad som följer vid efterlevnad av t.ex. arbetsrätts- och skattelagstiftning, vilket i sin innebär att kravet är oproportionerligt och att det hindrar Beställarna från att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vad först beträffar kravets proportionalitet anser förvaltningsrätten att ett krav som innebär att den upphandlande myndigheten ställer mer långtgående krav än vad som följer av arbetsrätts- och skatteregler inte per automatik och blott därför kan anses vara för långtgående och därmed oproportionerligt så länge kravet är motiverat utifrån upphandlingens föremål och syfte samt har en objektiv utformning och inte diskriminerar någon leverantör (jfr Högsta förvaltningsdomstolens bedömning i RÅ 2010 ref. 78). Utifrån det

anförda finner förvaltningsrätten att Beställarna i målet inte har förmått påvisa att det ställda kravet i punkten 5.2.1.3 enligt vilket arvodet samt eventuell ersättning för tidsspillan och resor i dess helhet ska tillfalla tolken som sådant är oproportionerligt.

Vad sedan beträffar Beställarnas påstående att det aktuella kravet, utifrån sin tilltänkta innebörd, hindrar Beställarna från att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan följande sägas. Utifrån vad Beställarna har anfört avseende hur det ställda kravet kan tyckas ha påverkat prissättningen och därmed möjligheten att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen där tilldelning sker utifrån grunden pris, samt vid beaktande av det betydande utrymmet för upphandlande myndigheter att välja att utforma upphandlingens förutsättningar på ett sätt som är affärsmässigt motiverat som följer av praxis, framstår det enligt förvaltningsrätten inte som rimligt och i överenskommelse med unionsrätten att kräva att Beställarna ska fullfölja upphandlingen som då inte kan anses säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utses. Förvaltningsrätten anser således att Beställarna haft sakligt godtagbara skäl för avbrytandebeslutet. Semantix ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



Hur man överklagar

FR-05

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

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

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 nyårsafton, 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.

