



KLAGANDE

Uppsalatolkarna AB, 556485-9824

Ombud:

Advokat Carsten Angsmark
Grünberger Advokatbyrå KB
Box 7297
103 90 Stockholm

MOTPART

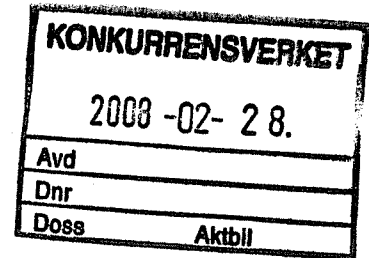
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Uppsala läns beslut den 26 juni 2007 i mål nr 416-07,
se bilaga

SAKEN

Avvisning av talan i mål om överprövning enligt lagen (1992:1528) om
offentlig upphandling – LOU



Uppsalatolkarna AB (bolaget) yrkar att bolagets begäran om överprövning tas upp till prövning och att bolagets i länsrätten framställda yrkande om att upphandlingen skall göras om bifalls. I andra hand yrkar bolaget att målet återförvisas till länsrätten för fortsatt handläggning på grund av vissa påstådda rättegångsfel.

Uppsala kommun bestrider bifall till överklagandet. Kommunen vidhåller sin inställning såsom den har redovisats i länsrätten samt anser att kammarrätten i första hand skall avvisa bolagets talan och i andra hand lämna ansökningsen om överprövning utan bifall.

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Länsrätten har funnit att upphandlingen ostridigt är en tillåten direktupphandling. Emellertid har

länsrätten förfarit felaktigt i två avseenden. Dels har den lagt omständigheter till grund för sitt beslut som kommunen varken åberopat eller styrkt, dels har den tillagt bolaget en processhandling – att bolaget skulle ha vitsordat att det är ostridigt att det rör sig om en tillåten direktupphandling – som bolaget inte vidtagit. Länsrätten ”läser in” omständigheter i ett av part åberopat lagrum för att sedan lägga åberopsbördan på den andra parten. Det rör sig inte heller om en upphandling med lågt värde. Regeringsrätten har i RÅ 2005 ref. 10 funnit att när en upphandlande enhet vid sidan av ett offentligt upphandlingsförfarande tagit ställning till att anlita leverantör utgör den omständigheten att avtal redan föreligger inte hinder för överprövning enligt LOU.

Kommunen anför bl.a följande. Länsrätten har inte gått utöver processmaterialet på det sätt som bolaget hävdar. I kommunens inlägga den 14 juni 2007 gjordes en andrahandsinvändning om att tidsfristen för domstol att överpröva ansökningen i vart fall löpt ut. Det är emellertid oegentligt att, som länsrätten gjort, påstå att kommunen därvid har gjort gällande att avtalet är en direktupphandling. Det finns inte någon paragraf i överlåtelseavtalet som ger uttryck för ett åtagande från kommunens sida att köpa tjänster från Semantix AB. Länsrätten uppehåller sig vid den numera upphävda 5 § i avtalet och gör gällande att paragrafens ordalydelse innefattar en förpliktelse för Semantix AB att tillhandahålla tolk- och översättningstjänster till ett visst pris. Att av detta dra slutsatsen att kommunen därvid skulle ha åtagit sig att köpa tjänster framstår som obegripligt. Den aktuella paragrafen har spelat en underordnad roll vid överlåtelsen. I RÅ 1998 not. 44 ansågs en överlåtelse av en tvätterirörelse med garanti att det försäljande landstinget skulle köpa tvätttjänster av bolaget i tre år utgöra upphandling. Länsrätten har förbisett att kommunen i förevarande fall inte har förpliktat sig att handla och än mindre har handlat tjänster av Semantix AB, vare sig i samband med avtalets ingående eller därefter.

SKÄL

Enligt 1 kap. 5 § LOU (i dess då gällande lydelse) förstås med upphandling köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster. En upphandling avser således anskaffning av något, dvs. att den offentliga sektorn tillförs en tillgång eller en tjänst och betalar för detta. I det fall en kommun eller annat offentligt organ avhänder sig en verksamhet utgör detta inte en upphandling.

I förevarande fall har Uppsala kommun haft för avsikt att låta sin tolk- och översättningsservice övergå i enskild regi. Genom ett överlåtelseavtal mellan kommunen och Semantix AB har tre av fyra kommunanställda tolkar i stället fått anställning hos detta företag. Avtalstexten ger inte stöd för att kommunen har åtagit sig att köpa tjänster från Semantix AB. Någon upphandling i LOU:s mening föreligger därför inte. Det saknas således grund för att pröva bolagets framställning om åtgärder enligt denna lag.

BESLUT

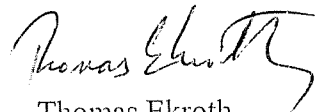
Kammarrätten avslår överklagandet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1), se bilaga



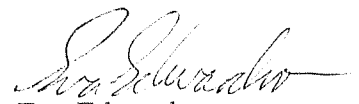
Helena Jäderblom

lagman



Thomas Ekroth

kammarrättsråd



Eva Edwardsson

adjungerad ledamot

referent



SÖKANDE

Uppsalatolkarna AB, 556485-9824
Väderkvarnsgatan 14
753 29 Uppsala

Ombud: Advokat Carsten Angsmark
Angsmark Advokatbyrå AB
Hitechbuilding 91
101 52 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

ÖVERKLAGAT BESLUT

Uppsala kommuns beslut om övergång av kommunens Tolk- och översättningservice

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU; nu fråga om avvisning av talan

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avvisar Uppsalatolkarna AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uppsala kommun (kommunen) tecknade den 22 december 2006 avtal med Semantix AB med rubriken överlåtelseavtal. Avtalet avser Uppsala kommuns Tolk- och översättningsservice. I avtalet anges bland annat följande.

4 § Semantix AB betalar sjuhundrafemtio tusen (750 000) kr för överlåtelsen.

5 § Tolkarvoden och priser tolktjänster
Såväl arvode till tolkar som priser till kund, exklusive normal årlig indexuppräkning fr.o.m. 1 januari 2007, kommer en övergångsperiod av minst sex månader att ligga fast. Därefter kommer en successiv koordinering att ske med Semantix AB befintliga prislistor och arvodestariffrer. Verksamhetsövergången skall inte innebära en fördyring av tolktjänsterna för Uppsala kommun.

6 § Övrigt
Verksamheten och personalen skall under en övergångsperiod sitta kvar i befintliga lokaler. Beställningsnumret (växelnumret) inklusive faxnumret till Uppsala kommuns Tolk- och översättningsservice vidarekopplas till Semantix AB:s växelnummer till och med den dag verksamheten flyttar från kommunens lokaler. Semantix AB övertar genom köpet befintliga leverantörs- och kundregister i tolksystemet.

Uppsalatolkarna AB (bolaget) begär den 22 februari 2007 överprövning av kommunens beslut om övergång av kommunens Tolk- och översättningsservice. Bolaget yrkar att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om och anför inledningsvis som grund härför följande. Kommunen har genom överlåtelseavtalet avtalat med Semantix AB bland annat om övertagande av viss kommunens personal. Under 5 § i avtalet har avtalats om prissättning externt och i förhållande till kommunen. Även i övrigt förekommer moment som synes utgöra en upphandling. Kommunen har därför i praktiken direkt från Semantix AB, utan föregående upphandling i konkurrens, upphandlat tjänster. Kommunen skulle därför ha tillämpat bestämmelserna i LOU. Kommunen har inte gjort det och upphandlingen skall därför göras om. Av rättspraxis synes det följa att de frister för begäran om överprövning som stipuleras i LOU inte gäller under de omständigheter som nu är för handen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning. Kommunen yrkar i första hand att bolagets ansökan skall avvisas och i andra hand att ansökan skall lämnas utan bifall. Grunden för kommunens förstahandsinställning är att kommunens avtal inte inneburit att ett upphandlingsförfarande inletts varför avtalet inte kan angripas med stöd av LOU genom överprövning av allmän förvaltningsdomstol. Kommunens avtal med Semantix AB innebar endast att den tolkförmedling som bedrevs i kommunens regi överfördes till ett bolag, vars uppgift redan var att bedriva tolkförmedling. Avtalet innehåller inte någon förpliktelse för kommunen att köpa tjänster från Semantix AB. Något beslut om köp av tjänster har heller inte fattats. Kommunens avtal utgör därför inte upphandling och LOU är således inte tillämplig. Kommunens behov av tolktjänster är föremål för en öppen upphandling som beräknas vara slutförd inom ett par månader.

Bolaget utvecklar omständigheterna för sin talan och yttrar sig över kommunens yttrande. Bolaget anför i huvudsak följande. Upphandling av tolkförmedlings- och översättningstjänster omfattas av LOU. Kommunen skulle således vid upphandling av de tjänster som omfattas i målet ha tillämpat LOU. Med kommunens yttrande, vari endast görs invändning med innebörd att köp av vara eller tjänst inte gjorts av kommunen, synes dessa omständigheter var ostridiga. Enligt kommunens egna uppgifter togs år 2006 cirka 25 % av tolk- och översättningstjänstens resurser i anspråk och övriga 75 % av resurserna användes för försäljning till kunder utanför kommunen. Bolaget tror för egen del att kommunens interna förbrukning av tjänsterna är närmare 50 %.

Av ordalydelsen i 5 § och den reella innebörden i avtalet följer att ett påstående om att avtalet endast innebär överföring av personal är felaktigt. Kommunen har anført att avtalet inte innehåller någon förpliktelse att köpa tjänster från Semantix AB och att något beslut om köp inte har fattats. LOU innehåller inte krav på att en upphandling som sådan, eller ett som följd av upp-

handlingen träffat avtal, skall innehålla en förpliktelse för upphandlande enhet att köpa varor eller tjänster. Avtalet är ett ramavtal med villkor för avrop. Avropsavtal innebär att en upphandlande enhet har rätt att köpa varor eller tjänster på vissa villkor, dock föreligger inte en skyldighet att göra det. Enligt ordalydelsen i sista meningen 5 § i avtalet mellan kommunen och Semantix AB skall verksamhetsövergången inte innebära en fördyring av tolktjänsterna för kommunen. Den enda rimliga innebörden härav är att Semantix AB åtagit sig en förpliktelse att tillhandahålla tolk- och översättningstjänster till kommunen till ett visst pris. Denna slutsats stöds av den omständigheten att kommunen har behov av dessa tjänster. Av de två första meningarna i 5 § kan utläsas att kommunen förbehållit sig rätten att styra verksamheten genom att ha inflytande över prissättningen såväl i förhållande till tolkförmedlingens leverantörer som mot kund. Enligt 6 § skall verksamheten och personalen sitta kvar i befintliga lokaler. Beställningsnumret och faxnumret skall vidarekopplas till Semantix AB. Effekten blir att kommunens interna användare av tolk- och översättningstjänsten beställer uppdrag i enlighet med samma rutiner som tidigare, dock nu från Semantix AB. Inte bara interna användare beställer uppdrag från Semantix AB utan även externa kunder gör det. Att personalen sitter kvar i samma lokaler leder också till att det kan antas att interna beställare använder den interna postgången för beställningar. Det har också kommit till bolagets kännedom att de interna direktiven till kommunens tjänstemän vid beställning av tjänster är desamma som tidigare. Kommunens egna köp av tolk- och översättningstjänster görs således hos en privat aktör med uteslutande av övriga aktörer på markanden.

Avtalet och dess tillämpning innebär att kommunen upphandlat tolk- och översättningstjänster. Avtalet innebär även att Semantix AB åtagit sig att tillhandahålla tjänster för kommunens räkning också i förhållande till externa kunder, dvs. kommunen har anskaffat en tjänst.

Köpeskillingen om 750 000 kr för den övertagna verksamheten synes enligt bolagets erfarenhet vara väl lågt för en verksamhet av det slag som kommunen bedriver och nu har överlåtit. En låg köpeskillning ger indirekt kompensation till Semantix AB för dess åtagande att tillhandhålla tjänster till kommunen utan att tillhandahållandet skall innebära en fördyring för kommunen och omständigheten i sig stöder att fråga är om en upphandling. Det förstärker intrycket att kommunen medvetet underlåtit att iaktta principerna om likabehandling av leverantörer och har därmed brutit mot den allmänna principen som gäller inom gemenskapsrätten. Kommunen och Semantix AB har genom sitt agerande inte endast förorsakat skada för konkurrenterna till Semantix AB utan Semantix AB har genom avtalet dessutom försatts i ett bättre läge än konkurrenterna inför den förutskickade upphandlingen.

Kommunen vidhåller sin inställning såsom tidigare redovisats nämligen att det rör sig om en försäljning av en verksamhet och inte en upphandling. Bolagets påstående att kommunens interna förbrukning av tjänsterna är närmare 50 % är fullständigt gripet ur luften. Det verkliga förhållandet är att tolkförmedlingen till 75 % fakturerade kunder utanför den egna verksamheten. Detta är också anledningen till varför verksamheten avvecklades då den inte var förenlig med den kommunala kompetensen.

Kommunen delar inte bolagets uppfattning att avtalet är ett ramavtal. Kommunen vidhåller att det inte finns någon förpliktelse för kommunen att köpa tjänster från Semantix AB. För övrigt är avtalets 5 § överspelad dels genom att paragrafen enligt dess ordalydelse gäller till och med den 1 juni 2007, dels att kommunen inlett ett upphandlingsförfarande som gör hela 5 § obsolet. Vidare skall anmärkas att 5 § i avtalet spelar en underordnad roll då avtalets enda syfte är att säkerställa en verksamhetsövergång för tre kommunala tolkförmedlare och därmed undvika att kommunen bryter mot den kommunala kompetensen genom att behålla verksamheten. För att understryka att 5 § inte har någon betydelse för kommunen har kommunen och Semantix

AB den 7 maj 2007 träffat ett tilläggsavtal där 5 § i det ursprungliga avtalet upphör att gälla.

Vid verksamhetsövergången hade Semantix AB inga lokaler som kunde hysa de tre anställda varför man som övergångslösning lät personalen sitta kvar i kommunens lokaler fram till och med den 19 mars 2007. Arrangemanget var enbart av praktisk natur och från kommunens sida var man angelägen om att de tre före detta medarbetarna skulle ha en god arbetsmiljö. De tre medarbetarna har sedan den 1 januari 2007 enbart arbetat för Semantix AB:s räkning. Bolagets resonemang om att köpeskillingen förstärker intrycket av att kommunen brutit mot principerna om likabehandling av leverantörer och affärsmissighet saknar stöd i doktrin och bygger på rena spekulationer. Kommunen vill tillägga att även om länsrätten skulle finna att LOU är tillämpligt på avtalet har den i 7 kap. 1 § andra stycket LOU angivna tidsfristen för domstol att pröva ansökningen i vart fall löpt ut.

Bolaget yttrar sig och anför i huvudsak följande. Avgörande för bedömningen om upphandling har skett eller inte är om kommunen träffat avtal med externa leverantörer om köp av tjänster och leverantörens tillhandhållande av tjänster. Det förhållandet att parterna senare avtalar om att visst felaktigt förfarande skulle upphöra reparerar eller läker inte den ursprungliga felaktigheten. Kommunen har, oavsett vad kommunen påstår om förpliktelser att köpa tjänster, genom avtalet säkerställt ett kontinuerligt tillhandahållande av tjänsterna. Detta sker nu från en extern aktör och är således en upphandling.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 2 § LOU anges att denna lag gäller vid upphandling som görs av staten, kommuner, landsting och sådana andra upphandlande enheter som avses i 5 och 6 §§.

För upphandling som avses i 6 kap. gäller endast bestämmelserna i nämnda kapitel och de bestämmelser i 1 och 5 kap., till vilka hänvisas i 6 kap. samt 7 kap. 1-10 §§.

I 1 kap. 4 § LOU anges att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 5 § första stycket LOU används termen upphandling för köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggentreprenader eller tjänster.

Upphandling under tröskelvärdena skall enligt 6 kap. 2 § LOU göras genom förenklad upphandling eller urvalsupphandling. Direktupphandling får dock användas om upphandlingens värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl. Enheten skall vid behov fastställa riktlinjer för användning av direktupphandling.

I 7 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts.

I 7 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrättens bedömning

Länsrätten konstaterar att upphandling av tolk- och översättningstjänster omfattas av 1 kap. 5 § LOU. Länsrätten har att ta ställning till om ett avtal om upphandling enligt LOU har tecknats mellan kommunen och Semantix AB.

Kommunen har i huvudsak anfört att avtalet dem emellan enbart avser överlåtelse av kommunens Tolk- och översättningsverksamhet. Kommunen har vidare påstått att avtalet inte innehåller någon förpliktelse för kommunen att köpa tjänster från Semantix AB och att något beslut om tjänst inte har fattats. Bolaget har i huvudsak anfört att kommunen utan föregående upphandling i konkurrens upphandlat tjänster, att avtalet är ett ramavtal och att det saknar betydelse huruvida avrop har beslutats eller inte. Till grund för påståendet finns avtalet dagtecknat den 22 december 2006. Av avtalets 5 § framgår att arvode och priser kommer att ligga fast under en övergångsperiod av minst sex månader. Därefter kommer en successiv koordinering att ske med Semantix AB:s befintliga prislistor och arvodestariffrer. Verksamhetsövergången skall inte innebära en fördyring av tolktjänsterna för kommunen.

Länsrätten gör följande bedömning avseende frågan om kommunens åtgärder utgör en upphandling eller inte. Ostridigt är att ett avtal om överlåtelse av verksamhet har tecknats mellan kommunen och Semantix AB. Vid en tolkning av ordalydelsen av 5 § i avtalet framstår det som att Semantix AB åtagit sig en förpliktelse att tillhandahålla tolk- och översättningstjänster åt kommunen till ett visst pris. Av EG-domstolens dom C-26/03 framgår att artikel 1.1 direktiv 89/665 EEG skall tolkas så, att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsamt rättslig prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran, särskilt det beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 eller till den personkrets som direktivet är tillämplig på. Denna möjlighet att ansöka

om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som riskerar att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt nått ett bestämt stadium.

Länsrätten finner mot denna bakgrund att samtidigt som avtal om överlåtelse tecknades åtog kommunen sig att köpa tjänster från Semantix AB. Avtalet utgör således ett tjänstekontrakt och förfarandet är en upphandling enligt LOU, vid vilken möjlighet till överprövning skall finnas i enlighet med EG-domstolens tolkning ovan.

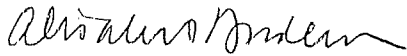
Beträffande rätten till överprövning enligt LOU gör länsrätten följande bedömning. Det är ostridigt i målet att kommunen inte har gjort en annonserad upphandling. Länsrätten har därför att ta ställning till om kommunen haft rätt att göra en direktupphandling eller en förhandlad upphandling utan föregående annonsering. Kommunen har gjort gällande att länsrätten inte kan pröva frågan om LOU är tillämplig på avtalet eftersom den i 7 kap. 1 § andra stycket angivna tidsfristen löpt ut. Genom kommunens hänvisning till 7 kap. 1 § andra stycket LOU har kommunen gjort gällande att avtalet är en direktupphandling. Bolaget har anfört att avtalet kan prövas och åberopat RÅ 2005 ref. 10. Av rättsfallet framgår att den ifrågavarande upphandlingen avsåg tjänster som uppenbart hade ett värde som översteg tillämpligt tröskelvärde. Kommunen hade i det fallet därför inte möjlighet att använda direktupphandling. Kommunens direktupphandling var således otillåten och därför kunde avtalet överprövas enligt LOU.

Bolaget har i nu förevarande fall inte ens gjort gällande att kommunen inte haft möjlighet att använda direktupphandling. Inte heller har det i övrigt framkommit någonting som tyder på att värdet på upphandlingen är så stort

att det medför att en direktupphandling inte skulle vara tillåten. Länsrätten finner det därför ostridigt att upphandlingen är en tillåten direktupphandling.

I 7 kap. 1 § andra stycket LOU stadgas att vid en direktupphandling får en ansökan om överprövning inte prövas av domstol efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts. Länsrätten skall därför avvisa bolagets ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1a)



Elisabet Andersson

rådman

MP

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.