



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2018-03-29
 Meddelad i Falun

Mål nr
 5184-17, 578-18

SÖKANDE

Järva Tolk & Översättningsservice Aktiebolag, 556613-1792

Ombud: Advokat Erik Olsson och juristen Tahmina Sahibli
 Advokatfirman Kahn Pedersen KB
 Box 16119
 103 23 Stockholm

MOTPARTER

1. Gävleborgs Läns Landsting, 232100-0198
 801 88 Gävle

2. Folk tandvården Gävleborg AB, 556702-1836

Ombud: Gävleborgs Läns Landsting
 801 88 Gävle

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 215319

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45 S-791 21 Falun	Kullen 4	023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	023-383 00 80	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND

Järva Tolk & Översättningsservice Aktiebolag inkom den 23 november 2017 med en ansökan om överprövning av upphandlingen "Förmedling av språktolkar" (dnr RS 2017/1173). Upphandlingen genomförs av Gävleborgs Läns Landsting och Folkvandvården Gävleborg AB (i det följande gemensamt benämnda Landstinget) som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1146) om offentlig upphandling (LOU). Landstinget meddelade tilldelningsbeslut den 23 januari 2018 varvid anbudet från Digital Interpretations Scandinavia AB (Digitaltolk) antogs.

YRKANDE M.M.

Järva Tolk & Översättningsservice Aktiebolag (Järva Tolk) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och framför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande. Landstinget har, genom att i upphandlingsdokumenten kräva att tolkförmedlingar ska samarbeta med flera andra tolkförmedlingar, begränsat leverantörers rätt att delta i upphandlingen och har därigenom åsidosatt de grundläggande principerna om likabehandling och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU samt förbudet mot begränsning av konkurrens i 4 kap. 2 § LOU. Landstinget har dessutom utformat upphandlingsdokumenten i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579). Upphandlingen avser ett ramavtal och Landstinget har, i strid med 7 kap. 2 § LOU, tillämpat en avtalstid för ramavtalet som överstiger fyra år utan att det föreligger särskilda skäl. Till följd av Landstingets överträdelse har Järva Tolk gått miste om möjligheten att delta i upphandlingen och tilldelas ramavtal och bolaget lider eller riskerar i vart fall att lida sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Landstinget motsätter sig ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Järva Tolk anfört är visat att Landstinget brutit mot någon av de grundläggande principerna eller annan bestämmelse i LOU och detta medfört att Järva Tolk lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Järva Tolk har gjort gällande flera olika grunder som skäl för ingripande enligt LOU, vilka samtliga är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen. Förvaltningsrätten tar först ställning till de invändningar bolaget framfört gällande krav på samarbete och krav på tidigare erfarenhet.

Krav på samarbete m.m. i strid med LOU och konkurrenslagen?

Järva Tolk anför bl.a. följande. I upphandlingsdokumenten ställs krav på att leverantören ska samarbeta med flera tolkförmedlingar och att förmedlingen ska ha erfarenhet av att koordinera och samarbeta med andra tolkförmedlingar (punkterna 1.1.5 och 2.3.2). Vidare krävs att leverantörer i anbudet anger vilka tolkförmedlingar de har ett eller avser att ha ett samarbete med (punkten 2.3.3). Leverantören ska även lämna in en beskrivning över hur processen ser ut. Processen ska bl.a. innehålla en beskrivning av hur samarbetet kommer att bedrivas med övriga tolkförmedlingar (punkten 3.15). Leverantörens skyldighet att samarbeta med sina konkurrenter har även förtydligats i frågor och svar. De tolkförmedlingar som inte samarbetar med andra tolkförmedlingar och inte har ingått avtal med sina konkurrenter, såsom Järva Tolk, är till följd av de ställda kraven förhindrade att delta i upphandlingen, trots att man själv har kapacitet att utan samarbete leverera

tolktjänster i den omfattning som krävs. Kraven strider mot principen om likabehandling eftersom Landstinget hindrar leverantörer från att delta i upphandlingen på lika villkor i valfri organisationsform, enbart på grund av att leverantören inte lämnar anbud tillsammans eller i samråd med sina konkurrenter. Kraven på samarbete medför vidare att leverantörer måste ingå avtal med sina konkurrenter och det är därmed oundvikligt att i avtalet fastställa priser och andra affärsvillkor. Den samordnande tolkförmedlingen och underleverantören måste således komma överens om förmedlingsavgifter för att den samordnande tolkförmedlingen ska kunna ange ett förmedlingspris som krävs i punkten 3.17 i upphandlingsdokumenten. Prissättningen är en direkt följd av det avtal som måste ingås mellan den samordnande tolkförmedlingen och de tolkförmedlingar som agerar som underleverantörer och påverkar i stor grad priset vid försäljning till Landstinget. Upphandlingsdokumentens krav på samarbete mellan konkurrenter strider mot konkurrenslagens bestämmelser och tvingar leverantörer att bryta mot svensk rätt. Sådana krav är per definition oproportionerliga, varför upphandlingen ska göras om även på denna grund. Landstingets behov kan tillgodoses på ett mindre ingripande sätt, då Landstinget haft möjlighet att ställa krav på hur en beställning ska gå till. Den övervägande majoriteten av tolkförmedlingar erbjuder dessutom olika typer av beställningsformer och den upphandlande myndigheten är således inte skyldig att beställa tolkar via leverantörens system, utan kan istället göra detta via telefon eller e-post till tolkförmedlingen. Tolkförmedlingsbranschen kan heller inte jämföras med resebyråbranschen då tolkförmedlingar inte har något uppbyggt samarbete med varandra.

Landstinget ställer upp krav på att tolkförmedlingen ska ha erfarenhet av att koordinera och samarbeta med andra tolkförmedlingar för att kunna tillsätta behovet av tolk till beställaren och det krävs vidare att leverantörer ska komma in med en förteckning över minst två referensuppdrag för att visa på sådan erfarenhet (punkt 2.3.2). Då upphandlingen avser en tjänst som inte

finns på marknaden kan rimligtvis ingen av de leverantörer som lämnat anbud heller uppfylla kravet på erfarenhet och referensuppdrag. Kravet på tidigare erfarenhet är således även det oproportionerligt. En upphandling får, enligt 4 kap. 2 § LOU, inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Av direktiv (2014/24/EU) framgår särskilt att ramavtal inte ska användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Eftersom upphandlingsdokumenten är konkurrensvridande enligt konkurrenslagstiftningen, leder detta även upphandlingsrättsligt till en begränsning av konkurrensen, vilket utgör grund för att upphandlingen ska göras om.

Landstinget anför bl.a. följande. Den förmedlingstjänst som upphandlas finns ännu inte etablerad på marknaden, men skulle kunna liknas med den tjänst som utförs av Landstingets resebyrå, vilken förmedlar resor vid behov/beställning till Landstingets anställda samt koordinerar, administrerar och bokar resor med ett flertal av marknads aktörer. Dessa aktörer utgörs i stor utsträckning av andra resebolag och tjänsteleverantörer som i sin tur har ett varierande utbud av tjänster som de sannolikt också levererar till ett flertal andra resebyråer och landsting. Behovet av tolktjänster har inte tidigare kunnat tillgodoses till fullo med stöd av ramavtal, då etablerade tolkförmedlingar var för sig har tillämpat olika beställningsrutiner och Landstingets beställare har tvingats genomföra komplicerade tolkbeställningar enligt förmedlingarnas egna system och principer på bekostnad av den primära verksamheten, vilket inte varit ändamålsenligt. Landstinget är en stor organisation med skiftande verksamhetsområden och med ett primärt uppdrag som omfattas av strikta krav på patientsäkerhet med mer eller mindre akuta moment såsom förlossnings- och akutsjukvård. Till följd av en gedigen avtalsuppföljning och konsekvensanalys av tidigare beställningsbeteenden har Landstinget nu beslutat att tillmötesgå ett övergripande behov av extern samordning och enkelhet vid beställning av tolkuppdrag. Upphandlingen

främjar innovativa lösningar och den fria konkurrensen, där enskilda tolkar och tolkförmedlingar i alla dess former uppmuntras utgöra en del av leveransen utan att det i upphandlingsdokumenten anges eller avgränsas hur eller i vilken verksamhetsform tjänsten ska utföras. Inget krav har ställts på samarbete mellan konkurrenter. Leverantören får själv avgöra hur och med vilka aktörer och/eller underleverantörer ett samarbete kan bedrivas, vilket även framgår av Frågor och svar (nr 10 och nr 36). Landstinget har efterfrågat en tjänst som präglas av gott samarbete mellan olika marknadsaktörer, men Landstinget har inte reglerat hur, gällande vad, eller med vem samarbetet ska bedrivas. Leverantörerna behöver alltså inte samarbeta med sina konkurrenter, men måste för att kunna delta i upphandlingen visa prov på något slags samarbete med någon annan aktör. Syftet med kravet har inte varit att begränsa konkurrensen eller missgynna leverantörer, utan syftet har varit att tillförsäkra leveranssäkerhet, en effektiv hantering av tolkförsörjningen och att främja innovation som ska leda till förbättrad kvalitet på denna ytterst verksamhetskritiska tjänst. Det övergripande syftet är att leverera hälso- och sjukvårdstjänster på ett likabehandlande och patientsäkert vis. Eftersom leverantören och Landstinget inte är aktiva i samma marknadsled ser inte Landstinget något hinder med den eventuellt kommande avtalsrelationen ur konkurrensrättslig aspekt. Alla kvalificerade leverantörer som kan och vill leverera den efterfrågade tjänsten har getts samma förutsättningar att delta i upphandlingen, således även etablerade tolkförmedlingar. Något krav som medför uteslutning på grund av leverantörens verksamhetsform har inte uppställts. Leverantören har också getts möjlighet att åberopa andra leverantörers kapacitet för att nå upp till bland annat kvalificeringskraven (punkt 2.3.1). Även nystartade företag har haft möjlighet att konkurrera på likvärdiga villkor (Frågor och svar nr 3 och nr 19-20). Av Frågor och svar nr 8 framgår tydligt att Landstinget inte kräver att leverantören ska komma överens med konkurrerande tolkförmedlingar om priser och villkor, som en förutsättning för att tilldelas kontrakt. Landstinget har i punkten 2.3.3 ställt krav på att leverantören i sitt anbud ska ange vilka tolk-

förmedlingar de har ett eller avser ha ett samarbete med. Kravet följer av 17 kap. 7 § andra stycket LOU, som innebär att upphandlande myndighet ska ställa krav på att leverantören uppger namn på och kontaktuppgifter för de underleverantörer som anlitas och för underleverantörernas legala ställföreträdare när det gäller upphandling av en tjänst under direkt tillsyn av myndigheten. Att så är fallet kan identifieras genom det kompletterande avtalsvillkoret i punkt 4.5.3, som avser att tillförsäkra efterlevnad av 17 kap. 7 § andra stycket LOU. Eftersom Landstinget inte ställt något krav på samarbetets form var det vid annonseringstillfället oklart huruvida leverantörens samarbetspartners skulle komma att utgöra underleverantörer eller ej. Det tedde sig även oklart huruvida tjänsten skulle anses stå under Landstingets tillsyn. Landstinget har inte ställt krav som avspeglar vissa viktiga egenskaper hos en specifik ekonomisk aktör eller som hänför sig till en viss leverantörs varor eller tjänster. Landstinget har dock ställt krav på beställningsrutiner i upphandlingen (punkt 3.2.2, 3.2.2.1 och 3.5). Landstinget har lämnat det helt upp till anbudsgivarna att avgöra hur, gällande vad och med vem ett samarbete ska äga rum. Under förberedelsearbetet diskuterades att exempelvis en så enkel åtgärd som samarbete kring utbildning av tolkar skulle vara att anse som ett godkänt samarbete. Inget krav i upphandlingen har haft till syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Landstinget har inte ställt krav på att en anbudsgivare ska ha bedrivit identisk verksamhet som den som nu efterfrågas redan innan kontraktet ingås. Det ifrågasatta kravet på tidigare erfarenhet är fullt proportionerligt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En upphandlande myndighet har ett stort utrymme att själv bestämma vad som ska upphandlas och utifrån de behov myndigheten själv identifierat formulera upphandlingsföremålet och utforma upphandlingsdokumenten och de krav och som ska gälla i upphandlingen. En förutsättning är dock att

de krav som ställs är förenliga med LOU och de unionsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Av EU-domstolens praxis gällande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. Först ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska prövas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att åtgärden, i detta fall främst det uppställda kravet på samarbete, är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet.

Landstinget har i förevarande fall valt att upphandla tjänsten förmedling av språktolkar, vilket avser en förmedlingstjänst där leverantören ska samarbeta med flera tolkförmedlingar samt administrera och samordna uppdragen på bästa sätt för att säkerställa leverans av tolk till Landstinget (punkt 1.1.5). Landstinget har pekat på att behovet av tolktjänster tidigare inte har kunnat tillgodoses, att etablerade tolkförmedlingar var för sig tillämpat olika beställningsrutiner vilket medfört komplicerade och icke ändamålsenliga tolkbeställningar enligt förmedlingarnas egna system och principer och att upphandling av ett partnerförhållande i fråga om tolkförsörjning- och samordning är resultatet av en gedigen behovsanalys. Vad beträffar det ifrågasatta kravet på samarbete med andra tolkförmedlingar, har Landstinget framfört att syftet med kravet varit att tillförsäkra en hög leveranssäkerhet och ett enkelt bokningsförfarande för den under tidspress arbetande, men icke-

administrativt välbevandrade beställaren. Landstinget är vidare av uppfattningen att kravet på samarbete syftar till att främja innovation som ska leda till en förbättrad kvalitet på den ytterst verksamhetskritiska tjänsten och pekar på att man i upphandlingsdokumenten inte har reglerat hur, gällande vad eller med vem det efterfrågade samarbetet ska bedrivas. Landstinget har vidare under anbudstiden publicerat ett exempel på hur en organisationsstruktur kan se ut till följd av att flera frågor inkommit gällande den tilltänkta leverantörens organisationsstruktur särskilt med avseende på kravet på samarbete.

Förvaltningsrätten finner inte att upphandlingsdokumenten i berörda delar är utformade på ett sätt som hindrat leverantörer från att delta i upphandlingen på lika villkor i valfri organisationsform enligt vad som föreskrivs i 4 kap. 4 § och 4 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av vad Landstinget har framfört bedömningen att det ifrågasatta kravet på samarbete såsom det uppställs i upphandlingsdokumenten får anses lämpligt och effektivt. Det har i målet inte framkommit att något som talar för att kravet på samarbete syftar till att rikta sig till en eller ett fåtal specifika leverantörer eller att det på annat sätt skulle vara konkurrensbegränsande. Kravet framstår enligt förvaltningsrättens mening inte heller som godtyckligt eller uppenbart oskäligt utan får sammanfattningsvis anses förenligt med proportionalitetsprincipen.

Landstinget har i upphandlingsdokumenten (punkt 2.3.2 Referensuppdrag) bl.a. angett att leverantören ska ha branschfarenhet och erfarenhet från offentlig sektor av liknande uppdrag, d.v.s. erfarenhet av förmedling av språktolkstjänster samt att förmedlingen ska ha erfarenhet av att koordinera och samarbeta med andra tolkförmedlingar för att kunna tillsätta behovet av tolk till beställaren. Förvaltningsrätten gör bedömningen att kravet är förenligt med såväl proportionalitetsprincipen som med bestämmelserna i

14 kap. 1 §, 14 kap. 5 § och 15 kap. 11 § LOU och finner inte att det finns skäl för ingripande på denna grund.

Järva Tolk har vidare gjort gällande att upphandlingsdokumenten är utformade i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen då det enligt bolagets uppfattning leder till en konkurrensbegränsning. Någon prövning direkt gentemot bestämmelserna i konkurrenslagen kan emellertid inte ske i förvaltningsrätten varför ansökan i dessa delar inte kan tas upp till prövning i förevarande mål.

Ramavtal eller tjänstekontrakt?

Järva Tolk framför bl.a. följande. Upphandlingsdokumenten reglerar inte uttömmande den vinnande leverantörens åtaganden och anger heller inga fasta volymer, utan tvärtom framgår att tolkar kommer att beställas vid behov som kan variera över tid (punkterna 1.1.5, 1.1.7 och 3.1). Då någon volym, pris eller övriga villkor såsom leveransdatum inte har fastställts rör det sig inte om ett vanligt tjänstekontrakt utan ett ramavtal. Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl (7 kap. 2 § LOU). Det kan rimligtvis inte föreligga några särskilda skäl vid upphandling av tolkförmedlingstjänst som kan motivera att ramavtalet kan löpa i upp till fem år. Landstingets tidigare misslyckanden med att genomföra en korrekt upphandling av tolkförmedlingstjänster i enlighet med LOU utgör inte ett sådant särskilt skäl. Inte heller de påstådda stora investeringskostnaderna eller omställningskostnaderna utgör särskilda skäl för en längre avtalstid. Tjänsten skiljer sig inte heller i det praktiska utförandet eller på tekniskt sätt från vanliga tolkförmedlingstjänster, varför tjänsten rimligtvis inte ens bör föranleda några investerings- eller omställningskostnader.

Landstinget invänder i denna del bl.a. följande. Landstinget har övervägt möjligheten att liksom tidigare ingå ramavtal med flera olika leverantörer, men kan, baserat på erfarenhet, konstatera att ramavtalsleverantörerna i

samband med avrop och vid tillämpning av rangordning haft svårigheter att säkra tolktjänster i rätt tid och med rätt kvalitet. Såväl beställningsprocessen som leveranssäkerheten har varit otillfredsställande och det faktum att ramavtalsleverantörerna inte förmått tillhandahålla den upphandlade tjänsten har lett till att Landstinget tvingats göra avsteg från det befintliga ramavtalet. Den tilltänkta tjänsten ska därför utövas av enbart en leverantör, vars uppdrag karaktäriseras av konstant tillgänglighet och övertagande av ett samordnat ansvar för Landstingets totala tolkförsörjning. Landstinget upphandlar med andra ord ”en väg in”, men lämnar upp till leverantören att anlita egna tolkar och andra förmedlingar. Landstinget har kommit fram till att det partnerförhållande som efterfrågas ska regleras i ett tjänstekontrakt snarare än i ett ramavtal. Ett ramavtal syftar till att fastställa villkor som avser tillhandahållandet av varor, tjänster eller byggentreprenader (materiella villkor) i kontrakt som ska tilldelas under en given framtida tidsperiod. I direktivet anges att detta gäller särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter (artikel 33 i direktiv 2014/24/EU). Landstinget avser i förevarande fall att fastställa ett fast pris på förhand, genom att begära in och förtydliga det inom ramen för upphandlingen, och har också angivit så exakta kvantiteter som bedömts vara möjligt av tidigare utförda tolkuppdrag för att leverantören ska kunna lägga upp sin prissättningsstrategi för det löpande uppdraget (punkt 1.1.7). Ett annat syfte med ramavtal är att fastställa villkor som avser hur kontrakt ska fördelas vid framtida tilldelningar, dvs. formella villkor (prop. 2015/16:195 sid. 513). Den nu upphandlade tjänsten ska bedrivas löpande och karaktäriseras av konstant tillgänglighet, varför det inte blir fråga om några framtida tilldelningar av kontrakt. Att upphandla tjänsten är en faktisk anskaffning av ett partnerskap som uttömmande, bortsett från de tolkuppdrag som utförs i Landstingets egen regi, ska reglera Landstingets totala tolkförsörjning. Upphandlingsdokumenten och dess kontraktsvillkor innehåller således inte några bestämmelser om framtida tilldelningar eller hur de ska gå till. Ett kontrakt konstituerar inte ett ramavtal enbart av det skälet att avtalsrelationen innehåller moment av delbeställningar,

vilket kan jämföras med en sedvanlig leverans av varor. Anledningen till att den tvååriga avtalstiden vid behov ska kunna förlängas årsvis beror på att det idag ännu är oklart hur lång tid det kommer att ta att bygga upp en ny etablerad struktur för denna tjänst, vilken är mycket verksamhetskritisk. För det fall förvaltningsrätten ändå skulle komma fram till att upphandlingen avser ett ramavtal finns det särskilda skäl för en längre avtalstid än fyra år.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av 1 kap. 20 § LOU framgår att ramavtal är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod. Ett ramavtal fastlägger helt eller delvis villkoren för flera, eventuella framtida anskaffningar under en given tidsperiod (genom kontrakt), medan ett kontrakt avser en faktisk anskaffning (se prop. 2015/16:195 sid. 514 f). Om ett kontrakt utgör ett ramavtal eller inte i LOU:s mening är beroende av de konkreta omständigheterna i det enskilda fallet och bedömningen måste därför utgå från de villkor som ställs upp i det upphandlade kontraktet och den information som anbudsgivarna fått del av genom upphandlingsdokumenten.

I upphandlingsdokumenten föreskrivs bl.a. följande. Förutom Gävleborgs Läns Landstings verksamhet i egen regi tillkommer ett stort antal privata vårdgivare, som är verksamma inom den offentligt finansierade, men privata organiserade hälso- och sjukvården. Dessa privata vårdgivare ska ha möjlighet att beställa tolk från detta avtal enligt Landstingets rutiner (punkten 1.1.4 Andra beställare). Leverantören ska koordinera och tillsätta tolk utifrån beställningar från verksamheten (punkten 1.1.5 Uppdraget). I såväl upphandlingsdokumenten som i avtalsvillkoren anges följande. Beställningar av tolkuppdrag kommer att ske löpande och kontinuerligt, varför stora krav ställs på Leverantörens tillgänglighet. Landstingets behov kan dock variera

över tid, varför Leverantören måste anpassa verksamheten till ett skiftande beställningsmönster. Landstinget reserverar sig för eventuella verksamhetsförändringar och/eller politiska beslut som kan påverka nyttjandet av tjänsten (punkten 1.1.7 respektive 4.1.6). I avtalsvillkoren anges bl.a. att landstingets verksamheter kommer att beställa tolk när det uppstår behov av telefontolk, platstolk, videotolk eller akuttolk (punkten 4.1.7 Beställningar) samt att uppdrag är påbörjat när avrop bekräftats av leverantören eller när leverantören borde ha mottagit uppdraget (punkten 4.1.8 Fullgörande efter avtalets slutdatum). Av upphandlingsdokumenten kan vidare bl.a. utläsas att leverantörens utvärderingspris beräknas genom att leverantörens anbudspris för platstolkar multipliceras med 10 000 uppdrag och leverantörens anbudspris för telefontolkar multipliceras med 45 000 uppdrag och att 55 000 uppdrag (10 000 + 45 000) är ett fiktivt antal uppdrag som används i utvärderingsmodellen, och inte ett garanterat antal uppdrag som Landstinget kommer att beställa från leverantören (punkten 1.3.6 Steg 5 – Utvärdering). Landstinget har i såväl upphandlingsdokumenten (punkten 1.1.7) som i avtalsvillkoren (4.1.6) har redogjort för statistiska data kring antal platstolkuppdrag och telefontolkuppdrag under åren 2014 – 2016.

Mot bakgrund av det ovan redovisade står det enligt förvaltningsrättens mening klart Landstinget inte åtagit sig att anskaffa en viss prestation mot en viss ersättning. Den ersättning som vinnande leverantör erhåller utgår visserligen från det pris denne lämnat per tolkuppdrag, men prestationen som Landstinget efterfrågar styrs av det behov som uppstår under avtalstiden. Även om det framstår som troligt att Landstinget kommer att beställa ett stort antal tjänster från leverantören garanteras inte några volymer. Prestationen är således inte bestämd på förhand och Landstinget är heller inte förpliktigat att i viss utsträckning efterfråga upphandlad tjänst. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det är fråga om upphandling av ett ramavtal enligt LOU och att reglerna om ramavtal i 7 kap. LOU är tillämpliga.

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl (7 kap. 2 § LOU). Av förarbetena framgår att de särskilda skälen ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, att särskilda skäl kan finnas om det är fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas eller t.ex. i situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören som ska betala sig under avtalstiden. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns särskilda skäl för att tillämpa en längre ramavtalstid än fyra år (prop. 2006/07:128 s. 334).

I avtalsvillkoren (punkten 4.1.4 Avtalstid) anges att kontraktet gäller från och med 2018-02-01 till och med 2020-01-31 och att Landstinget förbehåller sig rätt till förlängning i tre (3) omgångar upp till sammanlagt trettiosex (36) månader (punkten 4.1.5 Förlängning av avtal). Även löptid som endast kan komma ifråga efter utnyttjande av en förlängningsklausul ska tas i beaktande, varför den löptid förvaltningsrätten har att förhålla sig till därmed uppgår till fem år.

Landstinget har beträffande avtalets löptid framfört att skälet till att den tvååriga avtalstiden vid behov ska kunna förlängas årsvis är att det i nuläget är oklart hur lång etableringstid som krävs för att bygga upp en struktur för den upphandlade tjänsten. Enligt Landstinget finns det särskilda skäl för en längre avtalstid mot bakgrund av att marknaden för tolktjänster kännetecknas en hård konkurrens med långdragna och återkommande överprövningar och då den nu upphandlade tjänsten inte redan finns på den etablerade marknaden och således kan komma att kräva stora investeringskostnader från leverantören och omställningskostnader för Landstinget. Ett fyra år långt ramavtal skulle enligt Landstinget inte vara försvarbart ur ett ekonomiskt perspektiv.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har Landstinget inte visat, och därmed inte uppfyllt sin bevisbörda, att omständigheterna är sådana att det finns särskilda skäl för att avtalstid överstigande fyra år. Mot bakgrund av att ramavtal med långa löptider anses förhindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen får samtliga potentiella leverantörer, däribland Järva Tolk, anses lida skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under avtalets alltför långa löptid. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför på denna grund. Med hänsyn till att felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede bestämmer förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).

Anders Lidman
rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

