



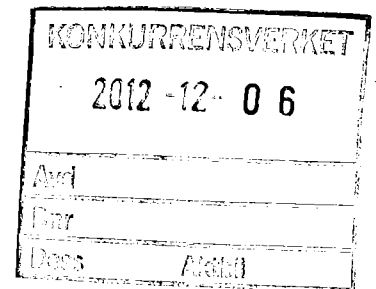
KLAGANDE

Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen, 232100-0065
Box 1223
351 12 Växjö

MOTPART

Språkservice Sverige AB, 556629-1513
Box 17007
200 10 Malmö

Ombud: Advokat Mikael Karlsson
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 29 maj 2012 i mål nr 4070-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

YRKANDEN M.M.

Landstinget Kronoberg (landstinget) yrkar att kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Språkservice Sverige AB:s (Språkservice) ansökan om överprövning.

Språkservice motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Landstinget

Tolkning förekommer inom landstinget som kontakttolkning, dvs. på plats, och som telefontolkning. Det övervägande behovet av kontakttolkning förekommer på sjukhusens mottagningar, vårdcentraler och inom psykiatrin, men kontakttolkning kan också vara förlagd till patientens bostad. Utförande av tolktjänster inom sjukvården ställer höga krav på tolkföretaget. Två av kraven är att tolken ska inställa sig på avtalad tid och att tolken har tillräcklig kompetens. En tolk som överhuvudtaget inte infinner sig eller som kommer för sent kan i vissa situationer äventyra patientens hälsa och i undantagsfall även patientens liv. Uppdragets karaktär är således sådant att en normalt insatt och omsorgsfull avtalspart med hänsyn till patientsäkerheten inte kan undgå att förstå vikten av att en avropad tolk infinner sig på avtalad tid. Med hänsyn härtill kan det förväntas att leverantören håller hög tillgänglighet och beredskap samt har rutiner för att lösa problem som uppkommer i sena skeden. Sammanfattningsvis kan utevaron av en bokad tolk eller avbokning av en tolk i ett sent skede utgöra ett hot mot patientsäkerheten, påverka vårdprocessen negativt samt leda till produktionsbortfall med stora kostnader för landstinget och olägenheter för patienten.

Språkservice har inte skött tidigare uppdrag på avtalat sätt. Landstinget har löpande reklamerat Språkservices brister genom upprättande av avvikelser. Under perioden den 1 februari 2008–31 december 2010 har 383 rapporterade avvikelser noterats, vilket utgör omkring åtta procent av kontakttolkuppdragen. Utifrån patientsäkerhetsperspektiv har andelen uteblivna alternativt i sent skede avbokade tolkar varit oacceptabla. Avvikelserna har skickats till Språkservice för kommentar. En rapporterad avvikelse utgör en anmodan om rättelse, vilket har påpekats till Språkservice muntligen vid möten och telefonledes. I flertalet fall har Språkservice inte besvarat avvikelserna och inte heller redovisat vilka åtgärder som man ämnat vidta för att komma tillrätta med problemen. Inom landstinget används ett rapporteringssystem där begreppet avvikelse likställs med reklamation. Landstinget hade ett möte med Språkservice i september 2009 där Språkservice informerades om att avtalet eventuellt inte skulle förlängas på grund av att landstingets enheter var missbelåtna med Språkservice. Det är uppenbart att Språkservice varit medvetet om de brister inom avtalet som förekommit och landstingets syn på hur avtalet följts. Språkservice har varit ansvarigt för dessa avvikelser.

Förvaltningsrätten har inte vägt in uppdragets karaktär och de konsekvenser sena avbokningar och uteblivna tolkar kunnat få för patienten och de konsekvenser utevaron fick för landstinget. Genom redovisade avvikelser och riskerna med avtalsbrotten för patienterna samt övriga konsekvenser för patienter och landstinget i förening med att Språkservice inte vidtagit rättelse i sina rutiner har landstinget visat på allvarligt fel i yrkesutövningen. Uppdragets omfattning och karaktär har krävt framförhållning, planering, en hög tillgänglighet och rutiner, vilket Språkservice brustit i. Landstinget saknar förtroende för Språkservice. Skäl för att utesluta Språkservice i den nu aktuella upphandlingen har funnits.

Språkservice

Språkservice har inte gjort sig skyldigt till något fel i sin yrkesutövning, än mindre till något allvarligt fel. Språkservice har inte heller brutit mot något tidigare avtal med landstinget. De avvikelser som landstinget gör gällande innebär inte per automatik att brister i Språkservices leveranser föreligger. En avvikelse är ett avsteg från normala rutiner som kan ha sin orsak i mängder av olika faktorer, av vilka flertalet är hänförliga till beställaren eller patienten. Leverantören har inte möjlighet att hindra att det någon gång inträffar att en tolk som åtagit sig ett uppdrag senare uteblir utan att lämna någon förklaring och att tolken inte går att få tag på. Det har inte funnits något krav på att tolk måste kunna tillsättas avseende 100 procent av beställningarna. Att landstinget inte har reklamerat Språkservices tjänster eller framställt någon begäran om rättelse visar att Språkservice inte har gjort sig skyldigt till något fel i sin yrkesutövning. Språkservice känner inte igen minnesanteckningarna från ett möte i september 2009 och kan således inte vitsorda dess riktighet. Minnesanteckningarna utgör emellertid inte någon avtalsrättslig reklamation och de visar i övrigt inte att Språkservice skulle ha gjort sig skyldigt till allvarligt fel i sin yrkesutövning. Några avtalsrättsliga sanktioner har inte heller gjorts gällande av landstinget. Under avtalsperioderna har Språkservice aldrig erhållit någon skriftlig anmodan om rättelse, reklamation eller någon typ av varning om att avtalet ska hävas.

Om Språkservice tidigare inte hade utfört sina tjänster på den kvalitetsnivå som landstinget hade önskat borde strängare krav ha ställts i den förevarande upphandlingen än vad som tidigare varit aktuellt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad som är utrett

Språkservice har enligt tidigare avtal med landstinget haft i uppdrag att förmedla tolktjänster till landstinget. Detta har bland annat inneburit att Språkservice har ansvarat för att rekrytera tolkar till s.k. kontakttolkningsuppdrag, dvs. tolkning med personlig närvaro, inom sjukvården. Landstinget har till Språkservice avseende perioden den 1 februari 2008–31 december 2010 rapporterat 383 avvikelser avseende detta uppdrag. Avvikelserna har gällt att Språkservice inte har kunnat tillsätta uppdrag, att Språkservice har avbokat bekräftade uppdrag med kort varsel, att tolk har uteblivit från uppdrag, att tolk har kommit för sent samt att tolk har brustit i yrkeskompetens. Rapporterna har ingetts i målet.

I målet framgår inte klart vad landstingets tidigare avtal med Språkservice har krävt i alla avseenden. Det är exempelvis oklart om Språkservice har haft åtagande att tillsätta samtliga beställningar som landstinget gjort eller om Språkservice haft frihet att tacka nej till uppdrag i någon omfattning. Inte heller är det klart i vad mån tidigare avtal medgett Språkservice att avboka beställningar.

Vissa av rapporterna avser händelser som inte kan läggas Språkservice till last, exempelvis försening p.g.a. att landstinget gett felaktig adressuppgift vid beställningen.

När bokade tolkar har uteblivit, kommit för sent eller brustit i yrkeskompetens får detta dock som regel antas ha varit i strid med gällande avtal och får också anses ha utgjort fel i yrkesutövningen. Det kan alltså slås fast att ett icke obetydligt antal fel i yrkesutövningen har förekommit inom ramen för Språkservices tidigare avtal med landstinget.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Frågan är då om landstinget har visat att de fel Språkservice har gjort sig skyldigt till i yrkesutövningen sammantagna utgör ett allvarligt fel i den mening som avses i 10 kap. 2 § 4 LOU. Avsikten är att den bestämmelsen eller bestämmelsen i tredje punkten samma lagrum ska kunna tillämpas exempelvis då leverantören inte har följt miljölagstiftning, konkurrenslagstiftning eller bestämmelser om likabehandling i arbetslivet (prop. 2006/2007:128 s. 390, beaktandesats 43 till direktiv 2004/18/EG). Bestämmelsen i tredje punkten omfattar brott avseende yrkesutövningen och har prövats av Högsta förvaltningsdomstolen i rättsfallet RÅ 2010 ref. 79. Beträffande den nu aktuella bestämmelsens innebörd (fjärde punkten) har kammarrätten inte funnit ytterligare vägledning.

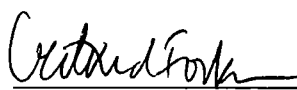
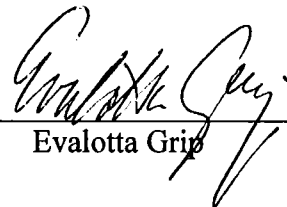
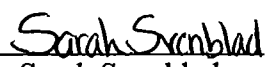
Frågan om ett fel i yrkesutövningen ska anses som allvarligt eller inte måste enligt kammarrättens mening bedömas med beaktande av verksamhetens karaktär och omfattning. Graden av allvar bör också påverkas av vad som förekommit efter att felet begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås.

Här är det fråga om tolkverksamhet i sjukvården, inte sällan i akuta situationer. Om en tolk uteblir kan det i sådana situationer ibland få allvarliga konsekvenser på så sätt att patienter utsätts för fara. Detta talar för att felet ska anses som allvarligt. Landstingets åtgärd att löpande rapportera avvikelserna till Språkservice tyder också på att felet har haft väsentlig betydelse för landstinget. Samtidigt måste felet sättas i relation till verksamhetens omfattning. Sammanlagt har 7 000 beställningar förekommit under den tid som avvikelserapporterna avser. Antalet konstaterade fel understiger antalet avvikelserapporter. Fel har således inte förekommit i större utsträckning än i några få procent av uppdragen. Efter att fel påpekats har landstinget valt att inte hävda avtalsbrott. I stället har landstinget först förlängt avtalet och sedan även efter den

förlängda avtalstiden valt att ge tolkförmedlingsuppdrag till Språkservice. Landstinget har också fört diskussioner med Språkservice om möjligheten att ytterligare förlänga avtalet. Språkservice har vidare vidtagit vissa åtgärder för att minska risken för fel vid framtida uppdrag.

Enligt kammarrättens mening har landstinget inte visat att Språkservice har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § 4 LOU. Landstinget har således inte haft fog för att på den grunden utesluta Språkservice från upphandlingen. Förvaltningsrättens avgörande är följaktligen riktigt och landstingets överklagande ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

		
Gertrud Forkman	Evalotta Grip	Sarah Svenblad referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden: Lina Bergkvist

DOM
2012-05-29
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4070-11

ab14

SÖKANDE

Språkservice Sverige AB, 556629-1513
Box 17007
200 10 Malmö

Ombud: Advokat Mikael Karlsson
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

Ombud: Advokat Katerina Strömsholm
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

MOTPART

Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen, 232100-0065
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen ska rättas och Språkservice ska tillåtas delta i upphandlingen utan hinder av 10 kap. 2 § 4 LOU.

YRKANDEN M.M.

Landstinget Kronoberg (landstinget) har genomfört en upphandling avseende tolkförmedlingstjänster för landstinget samt ett antal privata vårdgivare. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna om öppet förfarande i LOU.

Enligt tilldelningsbeslut den 24 november 2011 har landstinget beslutat att anta Semantix Tolkjouren AB samt Kronotolk AB. Landstinget uteslöt Språkservice Sverige AB:s (Språkservice) anbud med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU.

Språkservice ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Språkservice får delta i upphandlingen. I andra hand yrkar Språkservice att upphandlingen ska göras om.

Språkservice har till stöd för sin ansökan anfört bl.a. följande. Språkservice har på grundval av en offentlig upphandling ingått avtal med landstinget för avtalsperioden den 1 februari 2008 till den 31 december 2009. Avtalet har sedan genom överenskommelse förlängts till den 31 augusti 2010. Landstinget har emellertid även efter avtalets upphörande fortsatt att anlita Språkservice genom löpande beställningar.

Landstinget har inte haft fog för att utesluta Språkservice och Språkservice har inte gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen. Av utvärderingsrapporten framgår överhuvudtaget inte varför landstinget uteslöt Språkservice som därför begärt motivering av landstingets beslut. I ett e-postmeddelande daterat den 25 november 2011 har landstinget svarat med påståendet att det under perioden den 1 februari 2008 till den 31 december 2010 förelåg 383 rapporterade avvikelser från landstingets beställare avse-

ende Språkservice leveranser. Språkservice kan för närvarande inte vitsorda det påstådda antalet rapporterade avvikelser. Antalet rapporterade avvikelser kan inte under några omständigheter användas som ett mått på en leverantörs förmåga att utöva sitt yrke. Oavsett detta så måste dock under alla omständigheter eventuella rapporterade, påstådda, avvikelser relateras till landstingets under den aktuella perioden cirka 7 000 gjorda beställningar från Språkservice. I förhållande till det totala antalet beställningar kan det påstådda antalet rapporter om avvikelser inte ens betraktas som en indikation på någon form av fel i yrkesutövningen överhuvudtaget.

De rapporter som relaterar till tolkningen kan vara av en mängd olika slag som många gånger inte beror på något fel från leverantörens sida. Om det rör sig om ett fel kan det bestå i att tolken uteblivit eller varit försenad. Det kan i sin tur bero på en felaktig instruktion från beställaren, ett fel från tolkförmedlingen, slarv från den individuella tolken eller på att den aktuella tolken har laga förfall för utevaro eller försening t.ex. p.g.a. sjukdom eller brister i allmänna kommunikationer. Oavsett vilket, leder den uppkomna situationen till en avvikelserapport. En rapport om avvikelse är således inte med automatik att betrakta som fel och det påstådda antalet avvikelser är således inte i sig relevant för att bedöma huruvida ett fel i yrkesutövningen begåtts. Om felaktigheter förelegat under avtalsrelationen borde detta ha utgjort avtalsbrott från Språkservice sida. Något påstående om avtalsbrott har under avtalstiden har inte framförts från landstinget sida. Någon begäran om rättelse enligt avtalets bestämmelser om påföljder vid avtalsbrott har inte framställts.

Landstinget har under 2010 och 2011, när avtalet upphört, fortsatt att löpande och i beaktansvärd omfattning anlita Språkservice. Det kan inte vara rimligt att samtidigt hävda att det förelegat allvarliga fel i Språkservice yrkesutövning. Till saken hör vidare att inte ens upprepade avtalsbrott skulle kunna anses innebära allvarligt fel i den bemärkelse som det aktuella

stadgandet avser. Det skulle i vart fall krävas upprepade och dokumenterade grova avtalsbrott från en leverantörs sida för att det överhuvudtaget skulle kunna vara relevant att ta detta i beaktande vid bedömningen av om en leverantör gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning.

I förevarande fall har landstinget inte visat att Språkservice gjort sig skyldig till något fel i yrkesutövningen. Det framstår som mycket egendomligt att landstinget löpande och i stor omfattning skulle köpa tjänster av Språkservice om Språkservice skulle begå så allvarliga fel i sin yrkesutövning gentemot landstinget. Språkservice bestrider att några reklamationer skulle ha gjorts gällande det tidigare avtalet med landstinget. Minnesanteckningarna från ett möte i september i 2009 känner Språkservice inte till. Anteckningarna har inte tidigare tillställts Språkservice och Språkservice kan inte vitsorda deras riktighet. Det bör särskilt noteras att det inte anges vilka personer som har deltagit i mötet från vare sig landstingets eller Språkservice sida. Oavsett oklarheter utgör minnesanteckningar inte någon avtalsrättslig reklamation eller visar i övrigt att Språkservice har gjort sig skyldig till allvarligt fel i sin yrkesutövning. Landstinget synes antyda att föremålet för förhandlingarna om en eventuell avtalsförlängning var Språkservice kravuppfyllelse, vilket inte stämmer. Parterna har i huvudsak diskuterat andra villkor, främst prissättning.

Landstinget hänvisar i sitt yttrande bl.a. ett utdrag ur systemet Synergi och hävdar att avvikelserna däri ska betraktas som reklamationer. Av utdraget framgår dock överhuvudtaget inte vad de olika avvikelserna avser. I systemet Synergi rapporteras samtliga avvikelser oavsett om dessa ska tillskrivas landstinget eller leverantören. En avvikelse är inte samma sak som ett fel eller en brist i leveransen. Då det i utdraget inte anges vad avvikelserna består i kan utdraget inte utgöra ett underlag för bedömning av eventuella fel eller brister i leveransen, än mindre kan det utgöra en reklamation. Det förekommer bl.a. händelser där tolken kommit försent p.g.a. be-

ställaren uppgivit fel adress, där beställaren p.g.a. att denne inte fyllt på papper i sin fax inte fått information från Språkservice, där tolken blivit sjuk och sjukanmält sig med kort varsel m.m. Detta s.k. urval av avvikelser visar att en avvikelse inte med automatik utgör ett fel i leveransen och att en avvikelserapport inte kan jämföras med en reklamation. Av bifogad bilaga framgår att antal ej tillsatta uppdrag uppgick till 484 st. Detta utgör cirka 20 procent av det totala antalet beställningar. Mot bakgrund av att antalet tolkar i Kronobergs län har varit begränsat är detta inte en orimligt hög proportion. Språkservice är mycket mån om kvalitén i sin verksamhet och noggrann uppföljning sker löpande. I de fall där en tolk visar sig brista i sin kompetens eller inte uppträder professionellt blir tolken avstängd av Språkservice. Detta har skett i några fall under 2009. För det fall att det förekommit problem med vissa tolkars kompetens har Språkservice åtgärdat problemen.

Landstinget åberopar ett protokoll från ett möte i januari 2008 och hävdar att det av protokollet framgår att Språkservice är medvetet om att avvikelser utgör reklamationer. Det enda som framgår är att Språkservice har påtalat att det är viktigt att snabbt få information om reklamationer – gärna samma dag. Det är inte samma sak som att automatiskt jämföra avvikelserapportering med reklamationer. Något krav att kunna leverera i hundra procent av förfrågningsfallen finns inte i något avtal avseende tolkförmedlingstjänster. Språkservice bestrider vidare landstingets påstående om att Språkservice tar på sig de avvikelser där invändning inte har gjorts. Språkservice lämnar en marknadsmässig ersättning till sina tolkar och några svårigheter att knyta tolkar till sig finns inte.

Landstinget har yttrat sig och anfört bl.a. följande. Landstinget upphandlade tolkförmedlingstjänster 2007 och tecknade avtal med Språkservice som därefter förlängdes genom utnyttjande av optioner. Vid möte i september 2009 upplyste landstinget Språkservice om att avtalet eventuellt

inte skulle komma att förlängas p.g.a. missbelåtenhet från beställarens sida avseende Språkservice förmåga att genomföra uppdraget. Missbelåtenheten berodde på att Språkservice ofta inte kunde tillsätta uppdraget med tolk samt att Språkservice i stor omfattning ringde och avbokade tolken med mycket kort varsel. Landstinget förlängde dock avtalet till och med den 31 augusti 2010 för att ha tid att genomföra en förnyad upphandling, vilken fick avbrytas eftersom ingen av anbudsgivarna kvalificerades. Landstinget önskade även förlänga avtalet med Språkservice under förutsättning att parterna kunde träffa en överenskommelse angående avtalsvillkor för förlängning. Landstinget ville försäkra sig om att Språkservice levde upp till avtalet i högre utsträckning och att de problem och brister som förelåg åtgärdades. Parterna träffades vid ett par tillfällen för att diskutera villkor för avtalsförlängning. Mötena resulterade i att parterna inte kunde träffa en överenskommelse och landstinget upplevde att Språkservice var ovilliga och ointresserade av förlängning. Språkservice diskvalificerades med anledning av att det föreligger ett stort antal avvikelser gällande Språkservice leverans av tolkförmedlingstjänster samt att Språkservice i hög utsträckning inte kunnat tillsätta tolkar till beställarens bokningar och uppdrag.

Landstinget anser, i motsats till Språkservice, att antal avvikelser på leverantörens genomförande av tjänsten kan användas som ett mått på leverantörens förmåga att utöva sitt yrke. Landstinget anser att varje avvikelse således ska betraktas som en reklamation på utförd tjänst. Landstinget har därmed löpande under avtalsperioden reklamerat tjänsten. Landstinget bestrider vidare Språkservice påstående att avvikelserna inte skulle relatera till Språkservice, utan istället till brister från beställarens sida eller andra orsaker som inte kan lastas Språkservice. Samtliga fel som Språkservice anger i sitt yttrande måste lastas Språkservice som leverantör av tolkförmedlingstjänsterna. I enstaka fall rör det sig om felaktig instruktion från beställaren eller annan avvikelse som kan relateras till beställaren. De avvikelser som förekommer är bl.a. att Språkservice inte kunnat tillsätta upp-

draget med tolk, Språkservice har avbokat bekräftat uppdrag med väldigt kort varsel, tolk har uteblivit från uppdraget, tolk har kommit försent samt att tolken brister i yrkeskompetens. Avvikelserna är således relaterade till Språkservice förmåga att utföra uppdraget och varje avvikelse ska ses som en reklamation på utförd tjänst. I avsevärd omfattning har Språkservice inte kunnat tillsätta uppdrag utan nekat leverans.

I de fall Språkservice har nekat leverans eller tolk uteblivit har landstinget tvingats vända sig till annan leverantör på marknaden som utan problem har kunnat tillsätta uppdraget med tolk. Tolkarna arbetar som frilansande gentemot förmedlingarna och förmedlingarna har således tillgång till samma tolkkår. Av denna anledning finner landstinget det anmärkningsvärt att Språkservice inte kan tillsätta uppdraget eftersom nekande till leverans inte beror på tolkbrist. Tolk har bevisligen funnits att tillgå eftersom annan förmedling har kunnat besätta uppdraget. Bristande förmåga att tillsätta uppdrag måste således lastas Språkservice som tolkförmedlare. Eftersom landstinget inte har haft ytterligare leverantörer kontrakterade för kontakt-tolkning har det inneburit merarbete för beställarna att behöva vända sig utanför avtal och direktupphandla i de fall Språkservice inte har kunnat leverera. Ibland har avbokningarna skett med så kort varsel att annan tolk inte har kunnat ordnas och patientbesöket har fått ställas in p.g.a. avsaknad av tolk, alternativt genomförs utan tolk. I de fall besöket har fått ställas in har patienten fått en ny läkartid vilket innebär en fördröjning av vård som riskerar patientsäkerheten. Vissa mottagningar har få tillgängliga tider vilket kan föra med sig att patienten får vänta länge på ny läkartid. Att tolk inte infinner sig påverkar således vårdprocessen negativt, riskerar patientsäkerheten samt innebär ett stort produktionsbortfall för landstinget om besöket måste ställas in och bokas om till annat tillfälle då tolk finns tillgänglig. I de fall tolk inte infunnit sig har det ibland lett till att läkarbesöket utförs utan tolk eller att medföljande anhörig tolkat med följderna att kommunikationen mellan läkare och patient blir bristfällig. Att tolk avbokas

sent eller att tolk uteblir måste således vara en avvikelse som avser Språk-service förmåga att utföra tolkförmedlingsuppdraget.

Under avtalsperioden har avvikelser, dvs. reklamationer gällande Språk-service leveranser skickats för kommentar och avhjälpande. I flertalet fall har Språk-service inte besvarat avvikelserna och avhjälpande av brister har inte gjorts. Delar av utförandet har inte heller genomförts kontraktsevenligt bl.a. har sena avbokningar gjorts i hög omfattning som inte är meddelande inom de tider som anges i avtalet. Eftersom Språk-service inte har besvarat avvikelserna eller gjort tillräckliga åtgärder för att avhjälpa fel har Språk-service inte vidtagit erforderliga åtgärder för att fullgöra kontraktet. De anmärkningar som föreligger på Språk-service är dessutom av stor betydelse för förevarande upphandling och därför finns fog för att utesluta Språk-service (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom meddelad den 15 april 2011 i mål nr 2090-11).

Landstinget delar inte uppfattningen att parterna enbart har diskuterat pris-sättning i samband med diskussioner om avtalsförlängning. Landstinget har önskat förändra villkoren för avbokning samt att vite ska utgå i de fall sen avbokning sker eller när tolk uteblir samt en målsättning för tillsättning av uppdrag på ett visst procenttal för att komma tillrätta med den stora mängden ej tillsatta uppdrag. Parterna kom aldrig så långt i diskussionen som pris. Således har landstinget avsikt med diskussionerna varit att finna medel för att de brister som förelåg i leveranser av tolkar inte skulle fortsätta. Under avtalsperioden har landstinget skickat kopior på rapporterade avvikelser till Språk-service för kommentar. Det måste således ha varit känt för Språk-service att avvikelserna ska ses som reklamationer som ska åtgärdas. Det framgår även av punkt åtta i det protokoll som upprättades i samband med anbudsgenomgången att Språk-service är medvetna om att avvikelser utgör reklamationer. Detta protokoll är undertecknat av parterna. En

annan sak är att Språkservice kan invända mot dessa reklamationer, vilket skett i ett fåtal fall.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

LOU ändrades den 1 november 2011 men äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 10 kap. 2 § 4 LOU framgår att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning enligt 5 § hos allmän förvaltningsdomstol.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens

(öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

När det gäller punkterna 3 och 4 i 10 kap. 2 § LOU framgår av beaktandesats 43 att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftningen eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I konkurrenslagen finns i 6 § ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag motsvarande vad som gäller även enligt artikel 81 i EG-fördraget när förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsländerna. En överträdelse av någon av dessa bestämmelser kan bl.a. avse otillåtet samarbete i samband med upphandling (prop. 2006/07:128 s.390).

I Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 april 2011, mål nr 2090-11 fann både förvaltningsrätten och kammarrätten att avtalsbrottet i entreprenaden utgjorde grund för att förkasta anbudet enligt 10 kap. 2 § 4 LOU. Kammarrätten instämde i förvaltningsrättens bedömning att med hänsyn till antalet anmärkningar, den tid som förflutit sedan entreprenaden skulle ha varit slutförd samt att kommunen hävt del av avtalet samt behövt upphandla en annan leverantör att det fick anses klarlagt att bolaget inte hade vidtagit erforderliga åtgärder för att fullgöra sin del av kontraktet.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan i målet är om landstinget har visat att Språkservice har gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i yrkesutövningen att det har funnits grund för uteslutning från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU.

Av praxis framgår att med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av bestämmelsen medför bör den tillämpas restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen (jfr Kammarrätten i Göteborg dom den 3 februari 2010, mål nr 4442-09).

Språkservice tidigare avtal med landstinget

Av de minnesanteckningar som gjordes vid ett uppföljningsmöte med Språkservice den 30 september 2009 framgår att en del avvikelser skett och att Landstinget informerat Språkservice om att avtalet eventuellt inte kan komma att förlängas på grund av missnöje med Språkservice. Med hänsyn till den strikta tillämpningen av 10 kap. 2 § 4 LOU i praxis, innebär denna omständighet enligt förvaltningsrättens mening emellertid inte att det skulle röra sig om allvarliga fel i yrkesutövningen.

Diskvalificeringen av Språkservice

I syfte att påvisa att Språkservice har inte har fullgjort sina åligganden gentemot landstinget har landstinget bl.a. anfört att Språkservice diskvalificerades med anledning av att det föreligger ett stort antal avvikelser gällande Språkservice leverans av tolkförmedlingstjänster och att Språkservice i hög utsträckning inte kunnat tillsätta tolkar till beställarens bokningar och uppdrag. Vidare anser landstinget att varje avvikelse ska betraktas

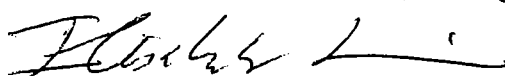
som en reklamation på utförd tjänst och landstinget har därför löpande under avtalsperioden reklamerat tjänsterna.

Av handlingarna i målet framgår att 383 ärenden har initierats avseende avvikelser mellan perioden den 1 februari 2008 till den 31 december 2010. Avvikelsena har rört bl.a. att Språkservice inte kunnat tillsätta uppdraget med tolk, Språkservice har avbokat bekräftat uppdrag med väldigt kort varsel, tolk har uteblivit från uppdraget, tolk har kommit försent samt att tolken brister i yrkeskompetens. Statistisk över perioden den 1 januari 2009 till den 30 november 2009 visar att antalet ej tillsatta uppdrag under den nämnda perioden uppgick till 484 stycken. Språkservice har anfört att det påstådda antalet rapporter om avvikelser ska relaterats till landstingets cirka 7 000 gjorda beställningar. Med hänsyn till avvikelsernas art, dvs. att alla avvikelser har rapporterats samt antalet avvikelser, anser förvaltningsrätten inte att det är klart visat att Språkservice gjort sig skyldigt till så allvarliga fel i sin yrkesutövning att bolaget därmed ska uteslutas från upphandlingen.

Inte heller vid en sammanvägd bedömning av de ovan stadgade omständigheterna kan det enligt förvaltningsrättens mening anses vara klart visat att Språkservice har begått sådana allvarliga fel i yrkesutövningen att det är grund för diskvalificering enligt 10 kap. 2 § 4. Genom att uteslutas från upphandlingen har Språkservice således lidit skada. Språkservice ansökan ska därför bifallas på så sätt att bolaget tillåts delta i upphandlingen.

Vad Språkservice har anfört i övrigt föranleder inte förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning.

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


Elisabeth Lewin

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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.