



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-12-14
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
5048-11 E
Enhet 1

SÖKANDE

Adman 100 Språk AB, 556400-4546
Birkagatan 31
113 39 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Uppsala län
Box 602
751 25 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2011-12-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstinget i Uppsala läns upphandling av tolkförmedlingstjänster,
dnr. UPPH2011-0071

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 46768

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-16:30

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (landstinget) har genomfört en upphandling av tolkförmedlingstjänster, UPPH 2010-0022, och beslutade den 23 juni 2010 att anta en leverantör. Flera anbudsgivare som inte tilldelades avtal begärde överprövning hos förvaltningsrätten som den 13 september 2010 beslutade att upphandlingen skulle göras om (mål nr 4958-10). Kammarrätten i Stockholm beslutade den 16 november 2010 att inte meddela prövningstillstånd (mål nr 5564-10) varför förvaltningsrättens dom stod fast. Landstinget genomför nu en ny upphandling (förenklat förfarande), dnr. UPPH2011-0071. I tilldelningsbeslut, meddelat den 23 augusti 2011, antogs Adman 100 Språk AB (Adman) som leverantör. Semantix Tolkjouren AB (Semantix) begärde överprövning hos förvaltningsrätten (mål nr 4601-11) men återkallade sin talan efter att landstinget den 20 september 2011 meddelat att ett nytt tilldelningsbeslut fattats vari anbudet från Adman förkastades utifrån att inte ha uppfyllt obligatoriskt krav avseende referenser. Anbud antogs istället från Semantix.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

Adman ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet som meddelats den 20 september 2011 och yrkar i första hand att rättelse ska ske genom en ny utvärdering och att tidigare tilldelningsbeslut från den 23 augusti 2011 ska gälla, alternativt att nytt tilldelningsbeslut fattas med samma innehåll. Som grund för yrkandet anger Adman att landstinget fattat ett nytt felaktigt tilldelningsbeslut efter att ha erhållit uppgift från konkurrenter utan att Adman fått bemöta dessa och inte heller fått ut uppgifter och därmed är förhindrad att få frågan prövad i domstol. I andra hand yrkar Adman rättelse i form av en ny utvärdering på så sätt att Adman ska anses uppfylla samtliga skall-krav. Som grund anger Adman att Admans anbud förkastats på felaktiga grunder och landstinget haft felaktiga uppgifter till grund för sin rättelse. I tredje hand yrkar Adman att upphandlingen ska göras om på den grunden att den är behäftad med brister.

Landstinget bestrider bifall till överklagandet på den grunden att tilldelningsbeslutet klart anger varför Adman inte uppfyller aktuellt skall-krav och att det därför inte är fattat på oklara grunder.

Adman anför bl.a. följande. När Adman den 23 augusti 2011 tilldelades kontrakt tog Semantix kontakt med landstingets upphandlingsenhet och ifrågasatte sanningshalten i ett antal olika punkter i Admans anbud. Upphandlingsenheten hade kontakt med Adman för att få kommentarer och förtydliganden kring dessa ifrågasättanden. Adman inkom omgående med detta och i det skedet handlade det om webbkningskapacitet. De svar som lämnades fick landstinget att stå kvar vid sitt tilldelningsbeslut. Semantix ansökte dock om överprövning och ifrågasatte Admans anbud på ett antal punkter, bl.a. avseende referenser. Därefter tog landstinget ingen kontaktat med Adman som dock själv efterfrågade om landstingets behövde assistans med fakta eller förtydliganden och fick då besked om att frågan behandlas av landstingsjuristen som inte begärde mer information. Adman sände två e-postmeddelanden till upphandlingsenheten med ett antal klarlägganden gällande referenser och uppgav att uppgifterna ska till landstingsjuristen. Adman fick ingen återkoppling om meddelandena nådde landstingsjuristen. När Adman under pågående överprövningsprocess fick besked att landstinget rättat tilldelningsbeslutet och förkastat Admans anbud framgick att landstingsjuristen redan den 13 september 2011 i yttrande till förvaltningsrätten medgivit Semantix krav på rättelse. Resultatet blev att Admans anbud ska förkastas för att inte ha uppfyllt ett skall-krav gällande referenser och att nytt tilldelningsbeslut ska fattas snarast. Landstinget har lagt felaktiga uppgifter från en konkurrent till grund för sitt beslut om rättelse utan att Adman beretts tillfälle att kommentera detta samt att landstinget vägrar lämna ut uppgifter om sitt förfarande. Detta är anmärkningsvärt och inte förenligt med LOU och bakomliggande gemensamhetsrätt. Landstinget har inte visat eller ens försökt visa att Admans anbud inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten har den 19 september 2011 ringt upp landstingets jurist för att efterhöra hur det blir med

det aviserade nya tilldelningsbeslutet eller om ansökan om överprövning ska sakprövas. Dagen därpå kommunicerades det nya tilldelningsbeslutet och Semantix återkallade målet som avskrevs. Landstingets jurist har inte tagit kontakt med Adman under något skede.

Upphandlingen är behäftad med brister och på grund härav har Adman lidit eller riskerar att lida skada. Det föreligger således skäl till ingripande enligt LOU. Det är uppenbart att upphandlingen genomförts i strid med 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principer som bl.a. kommer till uttryck i bakomliggande gemensamhetsrätt. Adman har på oriktiga grunder diskvalificerats i samband med att det nya tilldelningsbeslutet fattades den 20 september 2011. Landstinget påstår i motiveringen att Adman inte uppfyllt skall-kravet i p. 1.2.8, dvs. att referenserna inte avser kontakt- och telefon-tolkning. Detta saknar helt grund då Adman uppfyller samtliga krav. Landstinget har inte förmått förklara eller visa på vilket sätt Adman inte skulle uppfylla angivet skall-krav. Rättelsen den 20 september 2011 står därmed i strid med LOU och bakomliggande principer. Om förfarandet skulle godtas skulle annan anbudsgivare kunna föra fram felaktiga uppgifter till upphandlande myndigheter avseende vinnande anbudsgivare och därefter förkastas vinnande anbud utan att höra den vinnande anbudsgivaren. Adman kan inte spekulera i på vilka grunder landstinget fattat sitt rättelsebeslut eftersom landstinget vägrar att lämna ut uppgifter. Adman ifrågasätter landstingsjuristens agerande i samband med yttrandet den 13 september 2011 och rättelsen den 20 september 2011 utan att Adman kontaktades. Detta agerande har allvarlig skadat Admans goodwill.

Landstinget anför bl.a. följande. Landstinget har i bilaga till tilldelningsbeskedet den 20 september 2011 tydligt angivit orsaken till att Adman inte uppfyller nu aktuellt skall-krav. Det är riktigt att uppgifterna som låg till grund för beslutet att utesluta Adman delvis erhöles från konkurrenten Semantix. Dessa uppgifter framkom i Semantix ansökan om överprövning (mål nr 4601-11). I anbudsinvjudan p. 1.2.4.5 anges som skall-krav att an-

budsgivaren ska lämna referenser från två tidigare utförda uppdrag av liknande art för uppdragsgivare inom offentlig sektor, eller annan uppdragsgivare som bedöms som likvärdig. Uppdraget ska avse tolkförmedlingstjänster avseende kontakt- och telefontolkning och vara utfört de senaste tre åren. Som referenser har Adman angivit dels Migrationsverket och dels en barnspecialistmottagning. Vid landstingets kontakt med Migrationsverket framkom att Admans uppdrag endast omfattar kontakttolkning, dvs. inte kontakt- och telefontolkning som efterfrågats. Vid granskning av avtalet med Migrationsverket framgår att Adman inte är avtalspart. Dock uppger Migrationsverket muntligen att partsbyte medgivits på leverantörssidan, innebärande att Adman utfört kontakttolkning åt Migrationsverket sedan den 17 september 2011. Upphandlingens sista anbudsdag var den 21 juni 2011. Det är således anmärkningsvärt att Adman angivit Migrationsverket som referens. Även om ägarförhållandena i de olika leverantörsbolagen är oklara för landstinget synes något koncernförhållande eller dylikt inte föreligga mellan dem, i vart fall inte enligt registerutdrag från Bolagsverket. Även om något annat förhållande än koncernförhållande skulle föreligga mellan de aktuella bolagen har uppdraget från Migrationsverket endast pågått sedan maj 2011. Adman kan därmed som längst ha utfört uppdrag åt Migrationsverket fr.o.m. 1 maj 2011 t.o.m. 21 juni 2011 (sista anbudsdag), dvs. knappt två månader.

Adman anför härefter bl.a. följande. Redan på formella grunder har Adman uppfyllt det som krävs för att kvalificera sig enligt p. 1.2.8 i svarsbilagan. Även på affärsmässiga grunder har Adman rätt i att uppgivna referenser representerar såväl kontakt- som telefontolkning och detta på två fristående sätt:

1) Rent semantiskt; även om båda referenterna inte skulle ha representerat utförda uppdrag av både kontakt- och telefontolkning anges det inte explicit i skall-kravet att båda uppdragen ska avse *både* kontakt- och telefontolkning utan en tolkning är möjlig att kravet är sammantaget.

2) Rent faktiskt; Admans båda referenser representerar uppdrag som utförs och har utförts såväl med tolk på plats (kontakttolk) som per telefon, utförda under de senaste tre åren.

a) Avseende Barnmottagningen i Enköping utför Adman sedan länge huvudsakligen kontakt- men även telefontolkning

b) Avseende Migrationsverket utför Adman kontinuerligt uppdrag sedan lång tid tillbaka, huvudsakligen kontakttolkning men även telefontolkning. Bilagor ges in för att visa detta.

Det står därmed klart att Adman uppfyller ställda skall-krav. Landstinget har inte beaktat att uppdrag inte behöver innebära ett formellt upphandlat avtal och att myndigheter som Migrationsverket kan handla tjänster för upp till 287 000 kr utan upphandling. Det innebär ganska många telefontolkningar. Andra intressanta bakgrundsfaktorer avseende denna typ av referenser är

1) Det huvudsakliga skälet till skall-kravet är beställarsidans branschproblem med leverantörer som i princip endast kan leverera telefontolkningar och inte lokalt och regionalt har tillgång till tolkar på plats (kontakttolkar). Adman är en etablerad lokal och regional aktör.

2) Problemet förstärks av att flertalet tolkningar i storstadsregionerna (dit Uppsala tolkmässigt räknas) just är kontakttolkning. Telefontolkningar är ett komplement – vilket avspeglar sig i Admans statistik. Detta har hela branschen kännedom om.

3) Övriga godkända anbudsgivares referenser speglar väl detta. En del avser formella avtal och en del inte, en del avser nästan uteslutande kontakttolkning andra nästan uteslutande telefontolkning. Det är en bra spegling av branschen.

Avseende landstingets kontakt med Migrationsverket har Adman begärt att få ta del av de dokumenterade kontakterna men har inte fått detta och inte heller avseende övriga kontroller och efterforskningar. Så som skall-kravet är utformat ska anbudsgivare lämna referenser för tidigare utförda uppdrag. Adman har de facto utfört de tolktjänster Migrationsverket och Enköpings

barnspecialistmottagning avropat under hela 2011. Avropen har gjorts till Admans telefon- och faxnummer och bokningssystem. Detta framgår av statistikunderlag. Tolkbokningssystemet har förts över till Adman från januari 2011. Tolkuppdragen har utförts av Admans registrerade tolkar och handlagts av Admans administrativa personal. Att Adman inte varit avtalspart saknar relevans då något sådant krav inte ställs i upphandlingen. Det finns ett personligt och ekonomiskt samband mellan Adman och 100 Språk Elenas HB. Mellan bolagen har 2010 träffats en överenskommelse om att samtliga avtal och tillgångar ska överlåtas till Adman och det finns en lägesrapport om sammanslagningen. Att Adman anges som avtalspart till Migrationsverket från den 17 september 2011 är hänförligt till bokföringstekniska frågor. Frågan är av formaliakarakter men frågan om formellt byte av avtalspart har ändå tagits upp med Migrationsverket redan innan landstingets tilldelningsbeslut. Lanstingets påstående om att uppdrag till Migrationsverket endast pågått sedan maj 2011 är felaktigt, vilket framgår av utdrag från Admans bokningssystem där uppdrag bokats från den 1 januari 2011. Landstinget har således felaktigt uteslutit Adman från upphandlingen. Om denna skett i enlighet med LOU hade Adman tilldelats kontrakt och Adman har således lidit eller kan komma att lida skada.

Landstinget anför härefter bl.a. följande. I dom från Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1472—1474-11, konstateras att det vare sig av LOU, förarbeten eller rättspraxis framgår att en upphandlande myndighet måste kontrollera att lämnade uppgifter beträffande skall-krav verkligen stämmer. Kammarrätten klarlägger att kontrollskyldigheten i vart fall inte sträcker sig längre än till en jämförelse mellan de uppgifter som lämnats i anbudet och de skall-krav som ställts upp förfrågningsunderlaget. Med anledning av Semantix begäran om överprövning fick landstinget anledning att gå längre än den kontrollskyldighet en upphandlande myndighet normalt har. Vid denna kontroll har funnits att Admans referenser inte stämmer överens med de krav som uppställts. Landstinget har således sträckt sig längre i sin

kontrollskyldighet än vad som normalt krävs. Det vore orimligt att ålägga upphandlande myndigheter en sådan vid och omfattande kontrollskyldighet som det skulle innebära att få fram de uppgifter bolaget nu framför. Dessutom är sådana kompletteringar till anbudet, som i så fall skulle komma ifråga, sannolikt otillåtna.

Adman anför härefter bl.a. följande. Lämnade uppgifter utgör ingen otillåten komplettering under pågående upphandlingsprocess utan bevisuppgift som styrker att Adman uppfyllt samtliga skall-krav och att Admans anbud felaktigt har förkastats.

Landstinget anför bl.a. följande. Tvisten gäller inte huruvida de uppgifter bolaget redovisar är att betrakta som en otillåten komplettering eller inte, utan huruvida de åtgärder landstinget vidtagit i samband med kontroll av bolagets referenser står i överensstämmelse med LOU jämte bakomliggande principer och därmed är att betrakta som tillräckliga. Frågan om de i målet företedda handlingarna skulle utgöra en otillåten komplettering eller inte är av akademisk karaktär tills rätten prövat om landstinget fullgjort sin kontrollskyldighet eller inte. Förutsatt att rätten finner att landstinget fullgjort sin kontrollskyldighet enligt LOU, bakomvarande principer och rättstillämpningen, kan Admans ansökan inte annat än avslås. Avser rätten att pröva om handlingarna är att betrakta som en otillåten komplettering eller inte erinras om att landstinget inte tagit del av handlingarna vid tidpunkten för utvärderingen.

Adman anför bl.a. följande. Frågan i målet är om landstinget haft rätt att utesluta Adman pga. att Adman inte uppfyllt samtliga skall-krav. Landstinget uppger att vid kontroll var kravet inte uppfyllt. Adman anser att kravet är uppfyllt och att landstingets kontroll är baserad på felaktigt underlag. För att påvisa detta har Adman givit in handlingar som visar att landstinget gjort en felaktig bedömning.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlingen påbörjades efter den 15 juli 2010 och därmed ska nu gällande lydelse av LOU tillämpas i målet.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Handlingarna i målet

Upphandlingen avser ett ramavtal för tolkförmedlingstjänster avseende kontakt- och telefontolkning.

I Anbudsinbjudan p. 1.2.4.5 ”Referenser” anges följande. Anbudsgivaren skall lämna referenser från två (2) tidigare utförda uppdrag av liknande art för uppdragsgivare inom offentlig sektor, eller annan uppdragsgivare som bedöms som likvärdig. Uppdraget skall avse tolkförmedlingstjänster avseende kontakt- och telefontolkning och vara utfört under de senaste tre (3) åren. Ange uppgifter i bilaga 1A. Referenserna skall vara vidtalade och möjliga att nå per telefon.

I Svarsbilaga 1A Anbudsinbjudan p. 1.2.8 anges förutom ovanstående, att referenserna skall fyllas i. Adman har i sitt anbud uppgivit Laila Linner, Migrationsverket och Ann Britt Forsberg, Barnspecialistmottagningen Enköpings vårdcentral.

Av en överenskommelse, daterad den 26 november 2010, framgår att Elena Klevjits 100 Språk AB, 100 Språk Elenas HB, Adman International AB och Hej Kompis AB ska gå samman och drivas i bolaget Hej Kompis AB som ska namnändras till Adman 100 Språk AB samt att sammanslagningen ska vara genomförd under 2011.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget. Det innebär att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget, s.k. skall-krav, inte får beaktas i utvärderingen.

Förvaltningsrätten finner inledningsvis anledning att påpeka att det beslut som överprövas är landstingets rättade tilldelningsbeslut, daterat den 20 september 2011. Vad som förevarit i tidigare återkallat mål i förvaltningsrätten kan således inte prövas.

Frågan i målet gäller således enbart om Adman uppfyllt obligatoriskt krav gällande referenser, angivet i anbudsinbjudan p. 1.2.4.5. I målet har referensen Ann Britt Forsberg, Barnspecialistmottagningen Enköpings vårdcentral inte ifrågasatts. Frågeställningen gäller därför enbart om referensen Laila Linner, Migrationsverket, ska anses uppfylla det aktuella kravet.

Av avtal framgår att Migrationsverket har avtalsparten 100 Språk Elenas HB, att avtalet gäller från tidigast den 1 maj 2011 t.o.m. den 30 april 2012 samt att det omfattar förmedling av kontakttolk. Adman hävdar att bolaget utför tolkförmedlingstjänster åt Migrationsverket sedan lång tid tillbaka avseende både kontakttolkning och telefontolkning. Adman åberopar bl.a.

utdrag ur sitt bokningssystem sedan januari 2011. Vidare uppger Adman att det föreligger intressen mellan Adman och 100 Språk Elenas HB samt att bolagen ska gå samman. Enligt landstinget har Adman inget avtal med Migrationsverket men Migrationsverket har medgivit byte av avtalspart på leverantörssidan, dock först från och med den 17 september 2011. Denna uppgift har inte bestridits av Adman. Förvaltningsrätten konstaterar att när landstinget kontrollerat referensen Migrationsverket har framkommit att Adman inte är leverantör och att avtalet endast avser kontakttolk. Enligt förvaltningsrättens mening måste ett grundläggande krav för att godkänna en referens gällande tidigare uppdrag vara att det inte råder tveksamhet om att det är anbudsgivaren som dels haft avtal med den myndighet eller annan organisation som åberopas som referens och dels att anbudsgivaren utfört uppdraget. Detta gäller oavsett om det anges uttryckligen i förfrågningsunderlaget eller inte. Det är 100 Språk Elenas HB som har ett skriftligt avtal med Migrationsverket och byte av avtalspart har skett först den 17 september 2011, dvs. efter anbudets lämnande. Även om bokning har skett i Admans bokningssystem sedan januari 2011 och bolagen ska gå samman under 2011 kan Adman inte anses ha visat att Adman faktiskt varit part i avtalet. Inte heller har Adman visat att det skulle föreligga något muntligt avtal med Migrationsverket. Vidare har Adman inte heller visat att det är Adman som utfört tjänsterna för tid innan anbudsgivningen.

Adman anför också att det i förfrågningsunderlaget inte anges explicit i skall-kravet att båda uppdragen skall avse både kontakt- och telefontolkning och att det är möjligt att tolka kravet sammantaget. Förvaltningsrätten konstaterar att i anbudsinbjudan anges att referenser skall lämnas för två tidigare uppdrag och att uppdraget skall avse kontakt- och telefontolkning. Förvaltningsrätten finner att härigenom framgår att båda uppdragen ska avse kontakt- och telefontolkning. Gällande telefontolkning har Adman åberopat uppgifter i sitt bokningssystem som anger att telefontolkning skett men inte heller i den delen har Adman kunnat visa att det förelegat något

muntligt eller skriftligt avtal med Migrationsverket och att det är Adman som utfört de aktuella tjänsterna.

Med hänsyn till vad förvaltningsrätten anført ovan har landstinget haft fog för att inte godkänna Migrationsverket som referens och förkasta Admans anbud. Admans yrkanden i första och andra hand om rättelse kan således inte bifallas. I tredje hand har Adman yrkat att upphandlingen ska göras om och anført att den är behäftad med brister. Adman har dock inte angivit några andra brister än att landstinget rättat tidigare tilldelningsbeslut och förkastat anbudet. Detta har förvaltningsrätten prövat ovan. Därmed finns inte något skäl att bifalla Admans tredjehandsyrkande. Admans ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Kristina Jaros Åberg
rådman

Målet har föredragits av Åsa Ternström.