



SÖKANDE

Hero Tolk AB, 556400-4546
c/o Björn Touqan
Torsgatan 79
113 37 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-02-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) genomför upphandling ramavtal Tolkförmedling med tillhörande tjänster, dnr SN-2017-3005. I tilldelningsbeslut den 31 juli 2018 har andra anbudsgivare än Hero Tolk AB (bolaget) antagits till ramavtalet.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Ansvarig upphandlare har låtit sig påverkas av en annan anbudsgivare, Digital Interpretations Scandinavia AB (Digital Interpretations), att utforma upphandlingen efter deras affärskoncept. I upphandlingsunderlaget fanns ursprungligen krav på ett webbokningssystem som kunde integrera med andra leverantörer (punkt 4.9) samt ett monetärt avdrag på utvärderingssumman om det fanns ett bokningssystem som möjliggör samarbete med andra webbokningssystem (punkt 5.6). Detta upplägg är ett koncept som är taget rakt av från *tolkavrop.se* vilket är en tjänst som Digital Interpretations tagit fram och försökt sälja in till olika kommuner. Att upphandlande myndighet valde att ha med detta som ett ska-krav i upphandlingen och som grund för mervärdesavdrag trots att det endast är en leverantör som jobbar efter det konceptet i Sverige är ett uppenbart brott mot likabehandlingsprincipen. Kommunen tog i efterhand bort kravet på system som möjliggör samarbete med andra förmedlingar, men att det ens fanns med från början gör att det inte går att lita på att kommunen gjort en objektiv bedömning av Digital Interpretations anbud då företaget fått vara med och utforma upphandlingen efter deras tjänst på andra punkter också. Digital Interpretations har på så sätt tillskansat sig fördelar gentemot andra anbudsgivare. Detta har också visat sig då Digital Interpretations erhöll full pott på samtliga betygs-kriterier. Digital Interpretations har tidigare ertappats med samma otill-

låtna påverkan på Norrbottens Landstings upphandling av tolktjänster och upphandlingen avbröts på grund av detta.

I upphandlingsunderlaget följer vidare flera ska-krav på olika beskrivningar som ska lämnas in för att få mervärdesavdrag på anbudsutvärderingssumman. I punkterna som rör dessa beskrivningar har ställts flera otydliga krav vilket också märks på de frågor som inkommit runt dessa beskrivningar. Bolaget väntade bland annat svar på en fråga kring upphandlingsunderlagets punkt 5.3 (som var mervärdesbaserat). Även om det inte var bolaget som ställde frågan om kravet på rapport hade bolaget tänkt ställa samma fråga men avvaktade i stället svaret på den frågan som redan ställts. Upphandlaren svarade först den 26:e juni vilket var efter sista dagen för frågor. I stället för att förtydliga sin vaga frågeställning kopierade upphandlaren bara in ursprungskrivelsen trots att frågan baserades på att det inte var tillräckligt tydligt vad som efterfrågades. Bolaget var då tvungen att lämna in ett exempel på vad bolaget trodde att upphandlaren efterfrågade och gick därmed miste om att få full poäng på punkten på grund av otydligheterna i förfrågningsunderlaget. Bolaget bad på grund av ett annat otydligt krav i förfrågningsunderlaget om förlängd tid för frågor men detta nekades av kommunen. Att bolaget erhöll högsta poäng i den modifierade punkten 5.3 är irrelevant i sammanhanget då punkten först var utformad att premiera system som fungerade likadant som *tolkavrop.se*. Enligt kommunen togs det bort först efter påtryckningar från en annan myndighet eftersom det inte fungerade juridiskt. Punkten utformades därefter enbart till att man skulle ha de mest basala beställningssystemen vilket gjorde att det inte var särskilt svårt att erhålla toppoäng. Att punkten från början var utformad så att Digital Interpretations arbetsätt skulle ge högsta betyg bevisar att ansvarig upphandlare lät sig påverkas av Digital Interpretations på ett otillbörligt sätt. Kommunens tillvägagångsätt är precis som tidigare upphandlingar där Digital Interpretations ertappats med att ha påverkat upphandlingen och därmed har också att upphandlingen rätteligen avbrutits. Att kommunen tog bort vissa av kraven i efterhand ändrar inte det faktumet.

Bolaget delar inte kommunens uppfattning om att nuvarande ramavtal inte skulle fungera tillfredställande och tillbakavisar kommunens påstående om att de måste hitta andra lösningar för att boka tolk. Uppsala Kommun skiljer sig inte på något sätt från andra kommuner i sitt beställningsbeteende eller typ av uppdrag. Att kommunen på något sätt skulle skilja sig och behöva mer avancerande lösningar än andra kommuner är högst tveksamt, då bolaget utan problem kunnat hantera kommunens bokningar med hög tillsättningsgrad.

Bolaget har begärt ut handlingar och underlag om hur kommunen gjort bedömningen av poängsättningar i mervärdesdelarna. Kommunen lämnade aldrig ut detta. Först i förvaltningsrätten informerar kommunen att handlingarna omgärdas av en påstådd sekretess och vidare påstås att bolaget fått ett överklagningsbart beslut om det. Detta stämmer inte då bolaget aldrig har blivit informerad om detta och det har heller aldrig i någon form kommunicerats till bolaget. Bolaget saknar än idag ett svar på sin begäran och om kommunen påstår att det finns ett beslut angående detta, så begär bolaget att kommunen styrker detta med korrekta dokument.

Bolaget har lidit skada på grund av att bolaget inte kunnat konkurrera på lika villkor då Digital Interpretations har fått fördelar eftersom upphandlingen anpassats för dem. Kommunen har inte heller kunnat styrka att poängsättningen inte påverkats av otydligheter i förfrågningsunderlaget. Därför vidhåller även bolaget att bolaget på grund av brister i förfrågningsunderlaget inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och har således lidit skada på grund av detta.

Kommunen bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om och anför bland annat följande. Det ramavtal som kommunen tidigare haft avseende tolktjänster har varit otillfredsställande och bland annat har kommunen varit utlämnad till de olika leverantörernas egna system vid tolkbe-

ställningarna vilket inte upplevts ändamålsenligt. Eftersom kommunen har ett stort behov av tolktjänster, där de olika förvaltningar har olika behov, var avsikten att få till stånd en ordning där mottagaren av kommunens avrop skulle sörja för att kommunen fick just den tolktjänst som efterfrågades vid avropet. Det utkristalliserade sig efter tid att kommunen behövde en tolkförmedlingstjänst.

I sitt sökande för att hitta den bästa formen för tolktjänster har kommunen haft kontakt med sina existerande ramavtalsleverantörer. Det innefattar bland annat bolaget men också Digital Interpretations och Semantix Tolkjouren AB. Bolagets planerade möte ställdes dock in av bolaget.

Sedan anbudstiden börjat löpa stod det klart att kravet (punkterna 4.9 och 5.6) om ett gemensamt webbokningssystem inte skulle fungera. Kravet togs därför bort genom ett portalmeddelande i annonsverktyget Kommers. Detta framgår av upphandlingens *Frågor och svar*, frågorna 3–5. Där tydliggörs det dessutom hur högsta mervärdespoäng ska uppnås efter borttagandet av bör-kravet i punkten 5.6. De aktuella punkterna togs bort en månad innan sista anbudsdag. Härvid finns det anledning att framhålla att bolaget fått maxpoäng i denna del dvs. tre poäng.

Förfrågningsunderlaget har inte varit otydligt. Den fråga som ställdes om punkt 5.3 ställdes inte av bolaget utan av annan anbudsgivare. Svaret som gavs var tydligt och någon justering av nämnda punkt behövde inte ske. Frågan besvarades dagen efter att den ställts. Att frågan ställdes den sista dagen för frågor är inget som kommunen kan lastas för. Det bestrids att bolaget gått miste om full poäng på grund av otydligheter i punkt 5.3. Bolaget fick 2 poäng dvs. "Mycket bra nivå". Inte heller i övrigt har det förelegat omständigheter som medfört att bolaget fått svårigheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud på ett sådant sätt att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada.

När det gäller erhållande av handlingar har bolaget informerats om den sekretess som rått för vissa uppgifter och bolaget har dessutom fått ett överklagbart beslut, dvs. helt i enlighet med lagens krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att bolaget har anfört att kommunen inte har lämnat ut vissa begärda handlingar. Målet i förvaltningsrätten rör frågan om kommunen har genomfört aktuell upphandling i strid med LOU. Förvaltningsrätten utövar inte tillsyn över kommunen och vad bolaget anfört om dess begäran om att få ta del av handlingar föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref 69).

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 20 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

LOU är en förfarandelagstiftning för hur en upphandlande myndighet ska gå tillväga vid en upphandling. Den reglerar inte vilka tjänster som ska köpas in utan det är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv avgöra vad som ska upphandlas, så länge den inte bryter mot någon av de grundläggande principerna för upphandling. Det är således inte förvaltningsrättens uppgift att vär-

dera om den upphandlande myndigheten har lyckats upphandla den bästa och den mest funktionella lösningen. Bolagets uppfattning om kommunens behov av tolkförmedlingstjänster samt att befintligt ramavtal skulle fungera tillfredsställande saknar därvid relevans för domstolens prövning av upphandlingen.

Bolaget gör i första hand gällande att anbudsgivaren Digital Interpretations otillbörligt har försökt påverka upphandlingen genom att förespråka ett eget tolkförmedlingssystem.

Enligt förvaltningsrättens mening finns inte något hinder för en upphandlande enhet att ta råd och hjälp av presumtiva leverantörer under förutsättning att konkurrensen inte snedvrids och att anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor (jfr bland annat EU-domstolens dom i målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom SA). I en situation när en person har haft dubbla funktioner - t.ex. medverkat vid utformningen av en upphandling och därefter företrätt ett bolag som har lämnat anbud i upphandlingen - finns dock en stark presumtion för att de dubbla funktionerna har medfört en snedvridning av konkurrensen. I en sådan situation ankommer det på den upphandlande enheten att visa att principen om likabehandling inte har åsidosatts (jfr bland annat Kammarrätten i Stockholms dom den 11 februari 2010 i mål nr 6986-09).

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget. En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får dock uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att

deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen (4 kap. 8 § LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att situationen som regleras i ovan nämnda paragraf är när en leverantör - förutom att ha lämnat anbud i upphandlingen - bistått den upphandlande myndigheten med rådgivning eller på annat sätt deltagit i förberedelserna av upphandlingsförfarandet. I målet framgår visserligen att Digital Interpretations för kommunen föreslagit tjänsten *tolkavrop.se* vilken sedan utgjorde en del av det ursprungliga upphandlingsunderlagets uppsatta ska-krav och mervärde. Kommunen lyfte dock i ett tidigt skede ut de krav som var hänförliga till *tolkavrop.se* och kraven utgör ostridigt inte längre en del av upphandlingen. Bolaget gör trots detta gällande att det inte kan uteslutas att Digital Interpretations har kunnat påverka upphandlingens utformning. Bolaget har inte närmare preciserat på vilket sätt detta skulle ha skett. Det har heller inte framkommit att Digital Interpretations har medverkat till att rent faktiskt ta fram eller utforma upphandlingsdokumenten i aktuell upphandling. Detta ska inte sammanblandas med att Digital Interpretations kan ha medverkat i upphandlande myndighets förberedande marknadsundersökning då en sådan medverkan i sig är tillåten (jfr prop. 2015/16:195 s. 439–442). Kommunen har härvid anfört att kommunen vid framtagande av upphandlingsunderlaget också varit i kontakt med andra leverantörer av tolktjänster, däribland bolaget. Kommunen får därmed anses ha gjort tillräckligt för att neutralisera de eventuella konkurrens fördelar som Digital Interpretations haft. Den utredning som bolaget lagt fram i målet visar inte att Digital Interpretations har haft en otillbörlig konkurrens fördel varken när det gäller att formulera sitt anbud eller i övrigt kunna påverka villkoren för upphandlingen på ett för företaget gynnsamt sätt. Inte heller kan bolaget anses ha fråntagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Skäl för ingripande med stöd av LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Bolaget har även gjort gällande att det funnits otydligheter i upphandlingsunderlaget samt att det inte funnits möjlighet för bolaget att ställa klargörande frågor under anbudstiden.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte närmare förklarat vad det är för otydligheter bolaget anser föreligga annat än att de huvudsakligen varit kopplade till de sedermera borttagna kraven hänförliga till tjänsten *tolkavrop.se*. Bolaget har inte klarlagt på vilket sätt dessa otydligheter riskerat att skada bolaget eller hur de i övrigt kan ha påverkat bolagets möjlighet att lägga ett anbud. Det kan noteras att bolaget inte på egen hand ställt relevanta frågor under frågetiden och att det inte framkommit att frågetiden varit oskäligt kort. Bolaget har därför inte heller på denna grund visat att upphandlingen brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att bolaget inte har framfört omständigheter som visar att kommunen har förfarit i strid med upphandlingsunderlaget, någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av föredragande juristen Nicklas Rydgren



Hur man överklagar

FR-05

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

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

