



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Persson

DOM
2012 -11- 0 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 9847-12 E

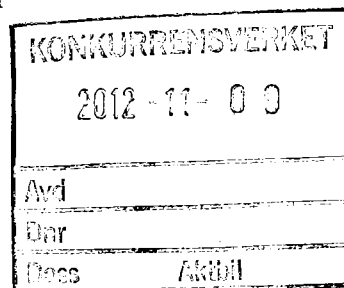
SÖKANDE

Språkservice Sverige AB, 556629-1513

Ombud: Advokat Mikael Karlsson och jur. kand. Martin Hector
 Moll Wendén Advokatbyrå
 Stortorget 8
 211 34 Malmö

MOTPART

Malmö stad
 205 80 Malmö



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Språkservice Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av tolkförmedling. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU.

Språkservice Sverige AB (Språkservice) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför Språkservice sammanfattningsvis följande.

Tolkarvoden

I punkt 6.1 anges att angivna arvoden är oavkortat tolkens och innefattar inte förmedlingens avgifter. I punkt 6.4 anges att tolkförmedlingen ska ange ett pris för administration av uppdrag. Att upphandlingen benämns upphandling av tolkförmedling är missvisande. Staden upphandlar i praktiken tolktjänster. Anbudsgivarna levererar tolktjänster och ingår avtal med tolkarna. Staden har inget avtalsförhållande med tolkarna och betalar aldrig ersättning/arvode direkt till tolkarna. Om det hade varit fråga om förmedling hade staden självt avtalat med tolken om vilket arvode som ska utgå och betalat detsamma direkt till tolken. Att bestämma att ett fastställt tolkarvode oavkortat ska utgå till tolken och samtidigt kräva att leverantören uppfyller en viss leveranssäkerhet är inte lämpligt och dessutom oproportionerligt. Vidare medför det en oproportionerlig inskränkning och negativ påverkan på den verksamhet som bedrivs av tolkförmedlingar. Kravet inskränker möjligheten att erbjuda en tolk en fast månadslön då bestämmelsen måste tolkas som att i vart fall en del av lönen ska vara rörlig och baseras på hur mycket arvode som tolken ska erhålla från uppdrag utförda åt staden. Detta är till nackdel för den anställde eftersom vederbörande ofta har svårt att bestämma vem som ska tilldelas ett uppdrag vilket i sin tur påverkar lönen. Bestämmelsen medför således att de tolkar som Språkservice eventuellt kommer att erbjuda en fast månadslön inte kommer kunna utföra uppdrag åt staden. Det är vidare oklart hur det påverkar sociala av-

gifter, pensionspremier etc. Bestämmelsen medför troligtvis att flera anbudsgivare tvingas att omförhandla anställningsvillkoren med sina anställda för att de ska kunna utföra uppdrag åt staden. Den prismodell som tillämpas fungerar över huvud taget inte för leverantörer med helt eller delvis anställda tolkar i sin verksamhet. Att genom nämnda krav inskränka möjligheten för anbudsgivare och tolkar att träffa ett anställningsavtal är orimligt och inte förenligt mot LOU. Språkservice förmedlar tolktjänster både med hjälp av underleverantörer och anställda. För att säkerställa att Språkservice kan förmedla tolktjänster till sina kunder har man avtalsförhållande med ett stort antal underleverantörer. Att staden bestämmer att arvodet oavkortat ska utgå till tolken medför att Språkservice blir tvungna att försöka omförhandla de överenskommelser som berörs härav.

Proportionalitetsprincipen

Att arvode ska utgå enligt en fastställd taxa samt att arvodet oavkortat ska tillfalla tolken strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till de mål som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska myndigheten välja den som leder till minsta möjliga störningar för den ekonomiska verksamheten. Bedömningen består av tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I det här fallet vet vi inte om det över huvud taget finns något syfte med den aktuella bestämmelsen. Oavsett vilket syfte som eftersträvas så kan det aldrig vara en lämplig och effektiv åtgärd att kräva att ett arvode oavkortat ska utgå till tolken som kan vara anställd av tolkförmedlingen eller vara egenföretagare. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Språkservice uppfattning är att det aldrig kan vara nödvändigt att uppställa ett krav på att ett arvode oavkortat ska utgå till tolken. För det tredje ska en bedömning göras av om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärder inskränker är överdriven

jämfört med det eftersträvade syftet. Oavsett vad det eftersträvade syftet är måste den negativa effekten som kravet får på anbudsgivarnas intressen anses vara orimlig och överdriven i förhållande till det eftersträvade syftet. Det är uppenbart att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Transparensprincipen

Förfrågningsunderlaget måste anses vara både otydligt och bristfälligt eftersom det i praktiken är omöjligt att uppfatta hur kravet ska förstås och tillämpas i verksamheten vilket försvårar för anbudsgivarna att lämna ett väl övervägt anbud. Det är t.ex. oklart om arvudet kan vara en del av en fast månadslön eller hur ett avtal med en underleverantör påverkas.

Likabehandlingsprincipen

Bestämmelsen missgynnar på ett otillbörligt sätt Språkservice och andra anbudsgivare som enbart förmedlar tolktjänster eller till viss del med hjälp av egna anställda då prismodellen över huvud taget inte fungerar för leverantörer med helt eller delvis anställda tolkar i sin verksamhet.

Meddelarfrihet

Reglerna om meddelarfrihet samt förbudet mot efterforskning av upphovsman gäller endast gentemot allmän verksamhet. Reglerna gäller således inte för privatanställda och deras arbetsgivare och gäller då inte för en privat tolkförmedling. Inte heller gäller reglerna när tolken utför uppgifter åt det allmänna. I ett privat anställningsförhållande får det anses föreligga en underförstådd avtalad lojalitetsplikt som innebär att en anställd inte får säga något som är ägnat att skada arbetsgivaren. Parterna kan vidare avtala om tystnadsplikt. Staden synes vilja utsträcka meddelarfriheten till att gälla även för förhållanden inom tolkförmedlingens verksamhet och således för förhållanden som inte har med tolkens uppdrag inom det allmänna att göra. Ett så långtgående krav på meddelarfrihet kan inte anses vara proportionerligt. Målet med bestämmelsen torde vara att reglerna för meddelarfrihet

ska gälla för tolken såsom om tolken varit anställd av staden inte att utvidga kravet till att gälla även för interna förhållanden mellan förmedlingen och den anställde tolken. Vidare strider bestämmelsen även mot transparensprincipen då det är otydligt vad som gäller i detta avseende. Otydligheten medför att Språkservice riskerar att lida skada genom att begå ett kontraktsbrott och därmed få betala skadestånd.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Tolkarvoden

Arvodet ska oavkortat gå till tolken. Detta medför att samtliga tolkar, som tilldelade tolkförmedlingar anlitar för tolktjänster åt staden är fullständigt informerade om vilket arvode samt reseersättning de erhåller då de utför tolktjänster. På så sätt får tolkförmedlingen, den anlitate tolken och staden en ökad grad av transparens och förutsebarhet avseende kostnader och prissättning. Den fasta prissättningen garanterar att anlita tolk, för utförd tjänst, erhåller betalning motsvarande en lägsta nivå avseende arvode och reseersättning. Det är de övriga till tjänsten relaterade kostnaderna som konkurrensutsätts. Oavsett vilken benämning objektet för upphandlingen har utmynnar parternas prestationer i samma resultat. Staden betalar kostnaden för förmedling av tolkar och samtliga övriga kostnader som kan relateras till tjänstens genomförande. Vald prissättningsstruktur och utvärderingsmodell ska leda till ökad tillgång till tolkar med efterfrågad och nödvändig kompetens.

Proportionalitetsprincipen

Utvärderingsmodellen är både effektiv och nödvändigt samt möjliggör förändring och utveckling. Vid en intresseavvägning gynnas samtliga tre parter långsiktigt av att det är priset avseende förmedlingstjänsten som blir konkurrensutsatt. Inom näringslivet är det ofta förekommande att det sker förändringar av olika slag som kräver att företag anpassar sig till den för

tillfället rådande marknadssituationen. Marknaden för förmedling av tolktjänster omfattar ett flertal marknadsaktörer som har valt att organisera sig på olika sätt. Det är nödvändigt att leverantörer på den aktuella marknaden anpassar sin organisation och de tjänster som erbjuds utifrån konkurrensförhållanden och de specifika behov som avtalskunder har. När det gäller tolkförmedlingstjänster är marknadssituationen att efterfrågan på tolkar är större än tillgången på tolkar. Den situationen har varit rådande sedan flera år och har medfört att stadens behov av kvalificerade tolktjänster inte till fullo har tillgodosetts. En anledning till att denna situation har uppkommit kan vara för låga ersättningar till tolkar som utför kvalificerade tolkuppdrag. Strategin för den aktuella upphandlingen syftar till att ge staden i större omfattning än tidigare tillgång till tolkar som har nödvändig kompetens för att utföra efterfrågade tolktjänster.

Transparensprincipen

Utvärderingsmodellen och prissättningsstrukturen har tydligt redovisats i förfrågningsunderlaget och uppfyller därmed de krav på transparens och förutsebarhet som följer av 1 kap. 9 § LOU. Staden varken bör eller ska föreskriva hur en potentiell anbudsgivare ska utforma avtal med sina leverantörer. Att fatta beslut som avser företags affärsmässiga strategier och följaktligen omfattar ett externt företags interna kompetensområde är inte möjligt.

Likabehandlingsprincipen

Det förhållandet att potentiella anbudsgivare har organiserat sig på olika sätt samt har olika strategier för att konkurrera på är en given förutsättning då affärsverksamhet bedrivs. Samtliga anbudsgivare har haft samma förutsättningar att tillämpa utvärderingsmodellen och prissättningsstrukturen. Staden har tillämpat likabehandlingsprincipen i enlighet med LOU.

Meddelarfrihet

Kravet på meddelarfrihet är ett särskilt villkor som ska gälla under avtals-tiden. Det är angeläget att det privata företag som träder i affärsförbindelse med staden är beredd att verka för ett så grundläggande demokratiskt värde som yttrandefriheten utgör. Alla typer av myndighetstolkning som finns inom stadens verksamheter kommer att innefattas. Tolkuppdrag kommer således att utföras inom verksamhet där det finns särskilda skyddsintressen gentemot enskilda medborgare. Det är viktigt att säkerställa att missförhållanden får meddelas. Om leverantörens anställda inte skulle ha en sådan meddelarfrihet skulle det kunna innebära att kvalitén på tolktjänsterna äventyras. Kravet är rimligt, har ett samband med det som upphandlas och är inte ställt högre än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet. Kravet är inte heller onödigt långtgående och är dessutom proportionellt i förhållande till kontraktet i övrigt. Det avser endast den del av leverantörens verksamhet som är kopplad till utförandet av kontraktet. Kravet på meddelarfrihet är beskrivet och tydliggjort på ett sådant sätt att det inte råder någon tveksamhet om dess innebörd. Principen om transparens är därmed uppfylld. Risk för kontraktsbrott och skadestånd finns således inte.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten har den 1 oktober 2012 beslutat att Malmö stad inte får ingå avtal intill dess annat beslutas.

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt 7.1 att tilldelningsgrund är lägsta pris. I punkt 7.2 anges att beställaren har angivit ett arvode som oavkortat ska gå till tolk. De priser som leverantör anger för administration i angivna rutor adderas varefter de tre (3) leverantörer med lägst kostnad kommer att antas och tilldelas avtal efter rangordning.

I punkt 6.1 anges att angivna arvoden är oavkortat tolkens och innefattar inte förmedlingens avgifter. I punkt 6.4 anges att kostnaden för administration av uppdrag ska anges i SEK. Priset ska anges exklusive mervärdesskatt och ska vara fast för hela avtalsperioden. Leverantören ska inkludera samtliga kostnader och avgifter som har samband med administration kring uppdrag inklusive jourbemanning och akuttolkning. Inga extra avgifter får tas ut.

I punkt 8.3.3. *Meddelarfrihet* anges att det är av väsentlig betydelse för beställaren att leverantörens anställda i ett leverantörsförhållande med beställaren omfattas av meddelarfrihet liknande den som gäller beställarens anställda inom motsvarande verksamhetsområde. Leverantören förbinder sig att, med undantag för vad som nedan anges, inte ingripa mot eller efterforska den som lämnat meddelande till författare, utgivare eller motsvarande för offentliggörande i tryckt skrift eller radioprogram eller sådana upptagningar. Förbudet gäller inte sådana meddelande som avser företags-hemligheter eller omfattas av tystnadsplikt för leverantörens anställda utanför det verksamhetsområde som leverantörsförhållandet omfattar och inte

heller i vidare mån än vad som omfattas av meddelarfrihet för offentligt anställda enligt offentlighets- och sekretesslagen.

Förvaltningsrättens bedömning

Tolkarvoden

Enligt den i målet valda utvärderingsmodellen är det leverantörernas kostnad för administration som konkurrensutsätts och utvärderas. Tolkarvodet går oavkortat till den tolk som utfört uppdraget och innefattar inte förmedlingens avgifter. Av förfrågningsunderlaget framgår det klart och tydligt hur utvärderings- och prissättningsmodellen ska tillämpas. Staden har valt förevarande prismodell för att den ska leda till ökad tillgång till tolkar med efterfrågad och för det specifika uppdraget nödvändig kompetens. Vid utformningen av prissättningsmodellen kan staden rimligtvis inte ta hänsyn till hur olika företags verksamheter påverkas. Den omständigheten att Språkservice verksamhet i detta fall påverkas negativt på olika sätt av den valda modellen innebär varken att det föreligger en defekt i denna modell eller att vald prissättningsmodell är oförenlig med LOU. Förvaltningsrätten anser inte heller att det strider mot proportionalitetsprincipen att kräva att leverantören ska uppfylla en viss leveranssäkerhet.

Proportionalitetsprincipen

Det står en upphandlande myndighet fritt att i en upphandling bestämma vilken utvärderings- respektive prissättningsmodell man vill använda sig av så länge modellerna är förenliga med LOU och de grundläggande principerna. Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlade myndighet inte får ställa större krav än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet i den aktuella upphandlingen. Syftet med upphandlingen är att få en tolkförmedling som kan förmedla tolkar med nödvändig kompetens. Enligt staden är syftet med det aktuella kravet avseende att arvodet oavkortat ska utgå till tolken att man i större omfattning än tidigare ska få tillgång

till tolkar som har nödvändig kompetens för att utföra efterfrågade tjänster. För att uppnå syftet med upphandlingen kan det följaktligen vara nödvändigt att uppställa förevarande krav avseende tolkarvode. Enligt förvaltningsrätten strider bestämmelsen inte mot proportionalitetsprincipen.

Transparensprincipen

Av praxis följer att ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt utformat så att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt av förfrågningsunderlaget vilken utvärderingsmodell och prissättningsstruktur som ska tillämpas i förevarande upphandling. Förfrågningsunderlaget brister således inte i transparens. Det åligger således inte staden att i förfrågningsunderlaget ange hur en bestämmelse ska tillämpas internt i ett företags verksamhet eller hur avtal ska utformas med underleverantörer.

Likabehandlingsprincipen

Den omständigheten att en leverantör på den aktuella marknaden är organiserad och bedriver verksamhet på ett visst sätt innebär inte att bestämmelsen om tolkarvode strider mot likabehandlingsprincipen. Det framkommer inte annat än att samtliga leverantörer har getts lika förutsättningar i aktuell upphandling. Förvaltningsrätten anser således att bestämmelsen inte strider mot likabehandlingsprincipen.

Meddelarfrihet

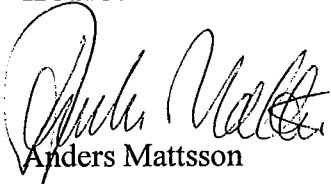
I punkt 8.3.3. anges att leverantörernas anställda omfattas av meddelarfrihet vid ett leverantörsförhållande med beställaren. Tolkuppdrag kommer enligt staden att utföras i verksamhet där det finns särskilda skyddsintressen gentemot enskilda och därmed är det viktigt att säkerställa att missförhållanden får meddelas. Kravet på meddelarfrihet gäller följaktligen för tolkförmedlingen i samband med uppdrag inom stadens verksamhet och

inte vid interna förhållanden. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att kravet inte är oproportionerligt. Inte heller anser förvaltningsrätten att kravet på meddelarfrihet strider mot transparensprincipen.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Språkservice inte förmått visa att Malmö stad har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Språkservice ansökan härom ska därför avslås.

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


Anders Mattsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU