

KLAGANDE

1. Gävleborgs läns landsting, 232100-0198
2. Folkvandvården i Gävleborg AB, 556702-1836

Ombud: Mona Dalmats
Gävleborgs läns landsting

MOTPART

Tolkresurs Sverige AB, 556835-6462

Ombud: Advokat Christoffer Stavenow samt biträdande juristerna
Erik Sollenberg och Max Thimmig
Stavenow & Partners Advokatbyrå AB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 29 mars 2018 i mål nr 486-18 och
523-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om avvisning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Gävleborgs läns landsting och Folk tandvården i Gävleborg AB överklagar förvaltningsrättens dom. I överklagandet anges att ingen ändring av förvaltningsrättens dom yrkas.

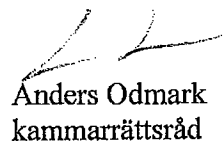
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det finns inte några särskilda bestämmelser om överklagande i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Regeln i 33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) blir därför tillämplig, där det framgår att ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot. Förvaltningsrätten i Falun har genom den överklagade domen avslagit Tolkresurs Sverige AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen. Domen har därmed inte gått Gävleborgs läns landsting och Folk tandvården i Gävleborg AB emot. Överklagandet ska därför avvisas.

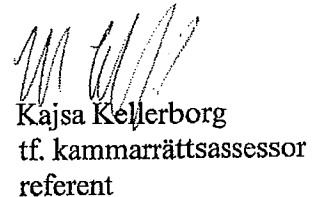
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Jessica Lovén
kammarrättsråd
ordförande



Anders Odmark
kammarrättsråd



Kajsa Kjellerborg
tf. kammarrättsassessor
referent

Sara Zell
föredragande jurist



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Ann-Louise Jonsson

DOM
2018-03-29
Meddelad i Falun

Ab13
Mål nr
486-18, 523-18

Sida 1 (8)

Bilaga A

SÖKANDE

Tolkresurs Sverige AB, 556835-6462

Ombud: Advokaten Christoffer Stavenow och biträdande juristerna Erik Sollenberg och Max Thimmig
c/o Stavenow & Partners Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPARTER

1. Gävleborgs Läns Landsting, 232100-0198 (mål nr 486-18)
2. Folkvandvården Gävleborg AB, 556702-1836 (mål nr 523-18)

Ombud: Gävleborgs Läns Landsting
801 88 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 215520

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

BAKGRUND OCH YRKANDE

Gävleborgs Läns Landsting och Folktandvården Gävleborg AB (i det följande gemensamt benämnda Landstinget) genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling avseende "Förmedling av språktolkar" (dnr RS 2017/1173). Landstinget meddelade tilldelningsbeslut den 23 januari 2018 varvid anbudet från Digital Interpretations Scandinavia AB (Digitaltolk) antogs.

Tolkresurs Sverige AB (Tolkresurs) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från Digitaltolk ska förkastas och i andra hand att upphandlingen görs om. Tolkresurs anför till grund för sin ansökan i huvudsak följande. Digitaltolk uppfyller inte det obligatoriska kravet i punkten 2.3.1 på lägsta omsättning. Landstinget har, genom att ändå anta anbudet från Digitaltolk, agerat i strid med särskilt likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU. Tolkresurs tilldelades andra plats i anbudsutvärderingen och har därmed lidit skada på det sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU. Om kravet ska tolkas på det sätt Landstinget gjort, innebär det att kravet i sig är utformat i strid med de grundläggande principerna och att det inte kan säkerställas att myndigheten behandlar alla anbudsgivare lika.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Tolkresurs anfört är visat att Landstinget brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att Tolkresurs lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska

behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principer om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokumenten ska vara så klart och tydligt utformade att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av dessa kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. Det följer av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50). I en upphandling utgör upphandlingsdokumenten en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud (se HFD 2016 ref. 37 I och II).

Vad parterna anför

Tolkresurs anför bl.a. följande. Landstinget har ställt ett krav på miniminivå för leverantörernas ekonomiska kapacitet (avsnitt 2.3.1 i upphandlingsdokumenten). Enligt kravet ska leverantören under de senaste två åren ha haft en årlig omsättning på minst fem miljoner kronor för det verksamhetsområde som upphandlingen avser. Digitaltolk har lämnat en årsredovisning för 2015-2016 av vilken det framgår att bolaget under år 2016 hade en nettoomsättning på 914 234 kr och en total omsättning på 1 004 236 kr. Digitaltolk uppfyller således inte omsättningskravet i avsnitt 2.3.1. Landstinget har ställt ett obligatoriskt krav på att leverantören ska inge bevis på att denne uppfyller omsättningskravet genom att leverantören ska insända uppgift om företagets samlade omsättning och omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen avser för de senaste två åren eller den kor-

tare tid under vilken verksamheten bedrivits. Digitaltolk har inte lämnat tillräckliga bevis för att det uppfyller omsättningskravet. Landstinget har i frågor och svar angett att nystartade företag måste visa att de har en ekonomisk kapacitet som motsvarar en omsättning om fem miljoner kr per år för att uppfylla beviskravet. Den omständigheten att beviskravet är uppfyllt innebär inte i sig att omsättningskravet är uppfyllt. Även om en leverantör är nystartad måste denne uppfylla kravet på att ha en årlig omsättning på fem miljoner kronor de senaste två åren. Av den ratingrapport som Landstinget inhämtat framgår att Digitaltolk registrerades som bolag den 29 oktober 2015, varför bolaget får betecknas som nystartat. I den förklaring avseende finansiell och ekonomisk ställning som Digitaltolk har gett in framgår inte något till stöd för att Digitaltolk har en ekonomisk kapacitet som motsvarar en omsättning på fem miljoner kronor per år under de senaste två åren. Förklaringen kan därmed inte godtas som bevis på att bolaget uppfyller omsättningskravet. Digitaltolk har inte heller åberopat något annat företags kapacitet för att uppfylla omsättningskravet. Digitaltolk anger inte i sitt anbud att man åberopat något annat företags kapacitet för att uppfylla omsättningskravet och Digitaltolk har inte heller ingett något åtagande från de företag vars kapacitet bolaget påstås ha åberopat. Det finns inte heller något annat stöd i anbudet för att bolaget kommer att förfoga över den påstått åberopade kapaciteten vid utförandet av kontraktet. Även om Digitaltolk skulle anses ha åberopat annat företags kapacitet så har bolaget inte visat att man faktiskt kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna vid utförandet av kontraktet.

Landstinget framför bl.a. följande. Av upphandlingsdokumenten (avsnitt 2.3.1) framgår att leverantören ska ha en ekonomisk kapacitet för att kunna fullgöra det avtal som är föremål för upphandlingen. Den kapacitet som bedömts vara proportionell att kräva ifråga om det aktuella kontraktsförhållandet har varit en årsomsättning om minst fem (5) miljoner kronor under de senaste två verksamhetsåren för etablerade verksamheter, samt att anbuds-

givarna ska nå upp till en viss ratingnivå (40 på Creditsafes skala eller motsvarande). Bevis på önskad ratingnivå har inhämtats av Landstinget självt. Bevis på omsättningskravet har utgjorts av uppgift om företagets samlade omsättning och omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen avser för de två senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits. Som alternativ till ovan nämnda bevismöjligheter har anbudsgivare haft möjlighet att bevisa sin ekonomiska kapacitet på tre andra alternativa sätt enligt vad som anges i avsnitt 2.3.1 punkterna a) – c). Punkten a) har avsett att möjliggöra för exempelvis små och medelstora företag med lägre omsättning än den uttalade att konkurrera på samma villkor. Punkten c) har varit ämnad att möjliggöra även för nystartade företag att delta i upphandlingen. Det räcker att anbudsgivaren uppfyller en av de alternativa bevisvägarna i punkterna a) – c) för att kvalificeras i upphandlingen. Av upphandlingsdokumenten framgår att det, för att uppfylla alternativ a) och c) har räckt med att lämna in en förklaring. Till följd av en fråga som ställdes under anbudstiden, uppmärksammades Landstinget på att styckesindelningen i avsnitt 2.3.1, och framförallt den språkliga formuleringen av den alternativa bevisvägen i punkten b), kunde medföra tolkningsmöjligheten att omsättningskravet inte omfattades av möjligheten att lämna förklaring eller garanti enligt punkterna a) – c). I syfte att undanröja sådana eventuella feltolkningar publicerade Landstinget den 7 november 2017 därför ett förtydligande inom ramen för frågor och svar. Digitaltolk har med sitt anbud som bevis på finansiell och ekonomisk ställning lämnat in en förklaring som Landstinget har bedömt varit klarläggande i fråga om att företaget har tillräcklig ekonomisk och finansiell stabilitet och styrka att fullgöra uppdraget under kontraktstiden. Digitaltolk har vidare lämnat in ett intyg som undertecknats av behörig företrädare för garanten, redovisning av egen omsättning det senaste verksamhetsåret i kombination med garantens omsättning föregående verksamhetsår samt ratingrapporter från garantibolagen. Digitaltolk har vidare lämnat in uppgift om företagets egen samlade omsättning och omsättningen för det verksamhetsområde som upphandling-

en avser för den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits. Även dessa bevis har på ett betryggande sätt klarlagt för Landstinget att Digitaltolk uppfyller kravet på att ha en ekonomisk kapacitet för att kunna fullgöra avtalet. Landstinget har därutöver inte krävt att anbudsgivare som avser åberopa andra företags kapacitet i enlighet med upphandlingsdokumenten måste ange detta explicit.

Förvaltningsrättens bedömning

I upphandlingsdokumenten anges följande under huvudrubriken 2.3 Kvalificering av Leverantör:

2.3.1 Finansiell och ekonomisk ställning

Leverantören ska ha en ekonomisk kapacitet för att kunna fullgöra det avtal som är föremål för upphandlingen.

Leverantören ska under de senaste två (2) åren ha haft en årlig omsättning för det verksamhetsområde upphandlingen avser på minst fem (5) miljoner kronor.

Bevis om finansiell och ekonomisk ställning inhämtas genom att Landstinget tar ut rättsrapport från Creditsafe vid handläggningen av Leverantörens anbud. Rapporten ska påvisa en rating om lägst 40 på Creditsafes skala eller motsvarande rating.

I de fall lägre riskklassificering redovisas alternativt att Leverantörens verksamhet är av sådan art att riskklassificering ej kan erhållas kommer Leverantören ändå anses uppfylla dessa krav om någondera av nedan redovisade punkter uppfylls:

a) Leverantören lämnar en sådan förklaring att det kan anses klart att Leverantören innehar motsvarande ekonomisk stabilitet.

b) Garanti lämnas gällande Leverantörens ekonomiska stabilitet av moderbolag eller annan garanti. Sådant intyg bifogas anbudet, undertecknat av behörig företagsledare för garantin. Efterfrågad riskklassificering samt kraven på finansiell och ekonomisk ställning ska i dessa fall på motsvarande vis redovisas och uppfyllas av garantin.

c) Nybildat företag lämnat en sådan förklaring att det kan anses klart att de har tillräcklig ekonomisk och finansiell stabilitet och styrka att fullgöra uppdraget under kontraktstiden.

Som bevis på omsättningskravet ska Leverantören insända uppgift om företagets samlade omsättning och omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen avser för de två senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits.

a. Uppfylls kravet?

Ja/Nej/ Ej svar

b. I förekommande fall ska förklaring göras enligt a), b), eller c) alternativen ovan.

Placet

c. Kontroll av upphandlande myndighet.

Ja/Nej/ Ej svar

Landstinget har under anbudstiden upplyst om följande:

19. Publik fråga Datum: 2017-11-07 18:11
Till: Alla

Omfattas omsättningskravet i avsnitt 2.3.1 av möjligheten att lämna förklaring i enlighet med punkterna a-c.

Publik svar Datum: 2017-11-07 18:11
Från: Gävleborgs läns landsting Till: Alla

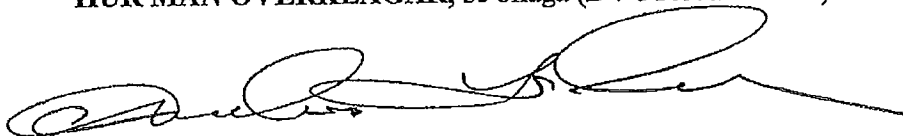
18. Landstinget kommer att göra en individuell bedömning av den lämnade garantin och/eller förklaringen och vilken behov eventuella kompletterande uppgifter efter såla arbetstid.

Förvaltningsrätten anser att strukturen och vissa av de formuleringar som används i avsnitt 2.3.1 skulle kunna uppfattas på så sätt att omsättningskravet ("Leverantören ska under de senaste två [2] åren ha haft en årlig omsättning för det verksamhetsområde upphandlingen avser på minst fem [5] miljoner kronor) är ovillkorligt i den meningen att kravet inte omfattas av de alternativa punkterna a) – c). Förvaltningsrätten anser dock att skrivningen i det fjärde stycket i avsnitt 2.3.1 om att "[...] kommer Leverantören ändå anses uppfylla dessa krav [...]" snarast får antas syfta till såväl kravet på omsättning som kravet på ratingnivå. Även det sista stycket i avsnitt 2.3.1 talar enligt förvaltningsrättens mening för en sådan tolkning. Det kan vidare konstateras att Landstinget under anbudstiden har bekräftat att omsättningskravet omfattas av möjligheten att lämna förklaring och/eller garanti i enlighet med punkterna a) – c). Enligt förvaltningsrättens mening framgår det därmed tillräckligt tydligt av upphandlingsdokumenten hur kvalificeringen avseende finansiell och ekonomisk ställning kommer att gå till och hur Landstinget avsett att tillämpa ställda kvalificeringskrav såvitt gäller nybildade företag.

Förvaltningsrätten finner, utifrån vad som anges i Digitaltolks anbudsbilaga "Finansiell och ekonomisk ställning" samt i anbudsbilagan benämnd "Omsättningskrav", inte skäl att ifrågasätta Landstingets bedömning att Digitaltolk har lämnat en sådan förklaring att det får anses klarlagt att Digitaltolk har tillräcklig ekonomisk och finansiell stabilitet och styrka att fullgöra uppdraget under kontraktstiden. Förvaltningsrätten anser inte heller att Tolks-

resurs på något annat sätt visat att Digitaltolk inte uppfyller kvalificeringskraven avseende finansiell och ekonomisk ställning. Frågan om att åberopa andra företags kapacitet blir därmed inte aktuell. Förvaltningsrätten anser vid dessa förhållanden att det inte funnits skäl för Landstinget att diskvalificera anbudet från Digitaltolk på de av Tolksesurs åberopade grunderna. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Anders Lidman

rådman

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.