



SÖKANDE

Tecken & Tolk Sverige AB, 556656-9082
Sveavägen 138
113 50 Stockholm

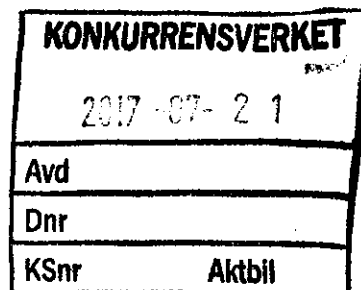
Ombud: Sten Lövrup
Jansson & Norin AB
Kungsportsavenyn 18
411 36 Göteborg

MOTPART

Region Örebro län, Upphandlingsavdelningen
Box 1613
701 16 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling; överprövning av avtals giltighet



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Tecken & Tolk Sverige AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Region Örebro län har genomfört en upphandling av teckenspråkstolktjänster (dnr 16/63) och genom tilldelningsbeslut den 21 december 2016 antagit NerikeTolkarna AB (NT) som leverantör. Tecken & Tolk Sverige AB (Tecken & Tolk) ansökte om överprövning av upphandlingen. Regionen slöt avtal med vinnande anbudsgivare den 5 januari 2017. Tecken & Tolk har därefter ändrat sin talan till att avse ogiltighetsförklaring av det ingångna avtalet.

PARTERNAS TALAN

Tecken & Tolk, som även yrkar inhibition, anför följande.

Referenstagningen har inte skett på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget och detta har lett till att Tecken & Tolks anbud felaktigt förkastats. Underlaget innehåller villkor som på ett tydligt sätt gynnar vissa leverantörer och strider därför mot likabehandlingsprincipen. Den personal som deltagit i såväl utformandet av underlaget som i referenstagningen är tydligt jävig och upphandlingen kan därför inte anses ha utförts ett objektivt och likabehandlande sätt. Vidare gäller att avtalsspärr gäller i målet, dvs. ett avtal skulle vid korrekt hantering inte ha ingåtts och därmed inte heller kunna verkställas. En upphandling måste iaktta samtliga av EU-rättens grundprinciper. Underlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare ska kunna utläsa samtliga de krav som ställts på det som ska upphandlas, samt vilka bevis som ska lämnas. Tecken & Tolks anbud har förkastats på grund av att en av dess referenser inte har varit kontaktbar samt att medelbetyget från en referens understigit kravställda 3,8 poäng. Den tidpunkt som nämnts för referenstagning var enligt underlaget vecka 49. Referenstagningen skedde först vecka 50. Det kan inte uteslutas att en veckas förskjutning precis innan jul inverkat på möjligheten att nå referenserna. Detta, i kombination med den mycket bristfälliga dokumentationen ifrån Tolkcentralen avseende vem som ringt, vid vilka klockslag m.m. visar tydligt att referenstagning inte skett på det sätt som angivits i underlaget och att detta inneburit en allvarlig brist i transparens.

Under punkten 2.5 i förfrågningsunderlaget stipuleras att anbudsgivaren ska ange fyra referenser från tidigare liknande uppdrag. Vidare anges att syftet med frågorna inte är att styrka den tekniska kapaciteten samt att de är urvalskriterier och inte tilldelningskriterier. Referenserna ska poängsätta en

mängd påståenden som referenten ska samtycka eller inte samtycka till enligt en värdeskala, Referenterna ska lämna betyg på en femgradig skala. Understiger genomsnittsbetyget 3,8 poäng från någon av referenserna går inte anbudet vidare till utvärdering. Anbudet förkastas således om utvärderingspoängen understiger 3,8. Poängsättningen sker med ett värde mellan 0 och 5 poäng där 3 poäng representerar "Stämmer, godkänt". En leverantör som levererat "Godkänt och enligt förväntan" avseende samtliga delar i ett uppdrag har därmed ingen möjlighet att komma upp i det kravställda snittet på 3,8 poäng. En leverantör som får 4 poäng överlag, dvs. "Stämmer bra, är nöjd" kan inte få mer än en trea, dvs. "Stämmer, godkänt" för att anses kvalificerad. En referent som ger leverantören 3 som svar på påståendena "...genom yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet genomför uppdraget till Er fulla belåtenhet" samt "Skulle ni vilja anlita företaget igen och även kunna rekommendera det till andra" utestänger därmed leverantören från ett kontrakt omfattande fem miljoner kronor per år under en potentiell period om fyra år.

Kvalificering och utvärdering är två skilda delar i en offentlig upphandling och ska hållas åtskilda. Kvalificeringsfasen syftar till att avgöra om en leverantör har tillräcklig kapacitet och förmåga att utföra projektet medan utvärderingsfasen syftar till att bedöma hur väl projektet kan verkställas. Det är inte tillåtet att använda sig av utvärderingskriterier i kvalificeringsfasen och vice versa. I rubricerad upphandling har dock Tolkcentralen sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen på ett otillåtet sätt. Konsekvensen av detta är att Tolkcentralen har diskvalificerat anbud som lämnat in de referensuppdrag som krävs och av sina referenser ansetts utfört sitt uppdrag "Godkänt och enligt förväntan". Även tydligheten i frågeställningen kan starkt ifrågasättas. Det framgår inte för referenterna hur betygssättningen fungerar samt vad betygen som ges innebär. När referenstagningen får så långtgående konsekvenser är det rimligt att kräva att transparensen även utsträcker sig till att referenterna förstår följden av de svar som lämnas. Då poängsättningen till mycket hög del är subjektiv kan en referents trea motsvaras av en annan referents femma.

Offentliga upphandlingar ska genomföras på ett objektivt och transparent sätt. Det ska överhuvudtaget inte finnas utrymme för godtyckliga bedömningar och fria val i en sådan process. Ett system där upphandlande myndighet fritt kan välja att utesluta leverantörer ifrån möjligheten att delta utan att ange vidare skäl än en siffra i en referenstagning kan inte anses vara i enlighet med dessa principer.

Trovärdigheten för upphandlande myndigheters opartiskhet är oerhört viktigt. Det får inte förekomma ovidkommande hänsyn eller otillbörliga fördelar för vissa leverantörer. I denna upphandling har Tolkcentralen brutit i sitt kontrollansvar och därför tillåtit människor som varit uppenbart jäviga att få både insyn i och påverka upphandlingen på ett otillbörligt sätt.

Tecken & Tolk och Jtolkforall blev anvisade [REDACTED] som intern referens för att lämna anbud. NT fick möjlighet att använda sig av/blev anvisad annan intern referens [REDACTED].

[REDACTED] 41 tolkar blev av med sina jobb på Tolkcentralen vid Regionen när denna förlorade sin tjänst Bildtelefoni.net. Av dessa fick minst 27 personer nytt jobb hos NT. En majoritet av [REDACTED] tidigare personal från Tolkcentralen arbetar således hos NT. I den interna referensgruppen för framtagande av underlag för upphandlingen ingick såväl [REDACTED] som [REDACTED]. Dessa faktorer tillsammans innebär att [REDACTED] är jävrig. Sammantaget måste såväl [REDACTED] som [REDACTED] anses jävriga (se bl.a. mål C-.538/13).

Vinnande anbud uppfyller inte kraven i upphandlingen och borde rätteligen ha förkastats. Som framgår av förfrågningsunderlaget punkten 2.7 ska anbudsgivaren redogöra för sitt kvalitetsledningssystem och systemet ska minst innehålla Kvalitetspolicy, Kvalitetsplanering, Rutiner för avvikelshantering med dokumentation, åtgärder och spårbarhet samt Ansvarig person. NT har redogjort för sitt kvalitetsledningssystem. Av NT:s kvalitetsledningssystem framgår att bolaget har en kvalitetspolicy, denna är dock inte bilagd till anbudet. Det framgår även att för dokumentet finns en övergripande ansvarig, nämligen ledning/verksamhetsansvarig. Någon ansvarig person namnges dock inte eller pekas ut på annat identifierande sätt. I förfrågningsunderlaget ställs uttryckliga krav på att systemet som bifogas ska innehålla en kvalitetspolicy samt en ansvarig person. Eftersom båda dessa fattas i NT:s inlämnade kvalitetsledningssystem uppfyller inte anbudet kraven i upphandlingen och borde således rätteligen ha förkastats. Om NT:s anbud hade förkastats hade upphandlingen varit tvungen att göras om. I denna nya upphandling hade Tecken & Tolk haft möjlighet att lämna anbud och även haft möjlighet att bli tilldelad avtal. Även på denna enskilda grund, är således Tecken & Tolk skadelidande, även för det fall domstolen skulle konstatera att Tecken & Tolk rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Avtal har ingåtts på grund av en annan myndighets misstag. Tecken & Tolks anbud förkastades för att en av referenserna inte varit kontaktbar, trots att Regionen ringde dagligen, lämnade röstmeddelanden och skickade flera e-postmeddelanden under perioden den 13 till 16 december 2016. Inget autosvar var aktiverat och Regionen har därmed inte haft några som helst indikationer på att den aktuella personen inte varit tillgänglig under den vecka som referenstagningen genomfördes. Referenspersonen har fortfarande inte

återkommit. Eftersom referenspersonen inte kunde kontaktas har det inte varit möjligt att utvärdera Tecken & Tolks anbud. Det angavs i förfrågningsunderlaget att referenstagningen avsågs ske vecka 49, men denna inleddes vecka 50. Regionen angav en uppskattad tid då referenstagning avsågs inledas. Detta var inte en definitiv utfästelse om att referenstagningen skulle ske då. Det vanligaste är att inte ange någon tid alls för referenstagning. Även om förvaltningsrätten skulle anse att Regionen genom att inleda referenstagningen två dagar senare än avsett har brutit i sin hantering är denna eventuella avvikelse endast ett mindre fel som kan försvaras i enlighet med resonemanget i RÅ 2002 ref. 50. Upphandlingen har genomförts på ett transparent och likabehandlande sätt och skäl för ogiltighet föreligger därmed inte. I och med att Tecken & Tolks anbud rätteligen förkastades redan på denna grund kan bolaget inte anses lida skada av övriga påstådda fel i upphandlingen. Det ska för tydlighets skull anföras att referenstagningen skett på ett likabehandlande och transparent sätt och att samtliga samordnare vid Tolkcentralen fått ge individuella betyg avseende samtliga anbuds-lämnare och att detta därefter sammanställts. Vem på Regionen som angetts som referensperson har därmed saknat betydelse, eftersom den personen endast redovisat den samlade bedömningen på Tolkcentralen och inte sin personliga uppfattning. Frågorna som ställts i upphandlingen är framåtblickande kvalificeringskriterier helt i enlighet med LOU. I upphandlingen har det varit ett krav för att redogöra för systemet. Regionen har inte begärt att kvalitetsledningssystemet i sin helhet skickas in, eftersom dessa typiskt sett är omfattande och i onödan belastar upphandlingsprocessen. NT har på ett klart och tydligt sätt beskrivit sitt kvalitetsledningssystem och hur de innehåller ovan angivna punkter. Upphandlingen har därmed trots att avtal ingåtts i strid med förlängd avtalsspärr inte brutit mot de grundläggande principerna.

Regionen har utnyttjat sin möjlighet att ta egna referenser. Anledningen är att Regionen under det avtal som gäller till och med den 28 februari 2017 har haft stora svårigheter att få god kvalitet från två av sina tre leverantörer. Kvalitetsbristerna har främst bestått i att leverantörerna nekat eller inte återkopplat i samband med avrop. Regionen genomförde en utvärdering av andel nekade avrop mellan den 10 november 2015 och 11 maj 2016. Under den tiden nekade Tecken & Tolk att utföra 69 procent av avropen och Jtolk för all AB 77 procent medan NT endast nekade 25 procent. Regionen har från Tecken & Tolk fått beskedet att det inte "är någon ide" att ringa på onsdagar". Därutöver har Tecken & Tolk inte uppfyllt kraven på tillgänglighet i upphandlingen genom att inte svara i telefon eller återkoppla till Regionen i enlighet med upphandlingens krav. Tecken & Tolk har inte heller hållit sin tolklista uppdaterad och i vissa fall använt sig av tolkar som inte varit godkända för uppdraget. Tecken & Tolk har inte heller uppfyllt sin skyldighet att tillhandahålla årlig statistik. Dessa brister har poängterats och diskuterats vid flertalet tillfällen.

I samband med referenstagningen har de fem samordnare som arbetat med tolkförmedling individuellt fått ge poäng avseende de tre anbudsgivarna. Det framgår där klart och tydligt att de referenspoäng som meddelats är representativa för samtliga som avropat den upphandlade tjänsten. Vem som förmedlat poängen i de enskilda fallen saknar därmed betydelse. Den aktuella referenstagningsmodellen används i huvuddelen av Regionens upphandlingar och har inte bedömts icke-transparent eller oproportionell av förvaltningsrätten tidigare. Den centrala frågan vad gäller referenser är huruvida Tecken & Tolk rätteligen förkastats till följd av att en av referenspersonerna inte varit tillgänglig. I förfrågningsunderlaget anges följande: "Om eftersök av referent med slutligt krav på återringning eller återkoppling genom e-mail skett tre gånger under olika dagar utan att kontakt etablerats, kommer anbudsgivaren att diskvalificeras i upphandlingen". Den 15 december 2016 skickade Regionen följande e-postmeddelande: "Vi har sökt dig från upphandlingsavdelningen och jag skulle uppskatta om du återkopplade till mig så snart som möjligt för referenstagning. Om vi inte får tag på dig denna vecka kommer anbudet tyvärr att förkastas till följd av bristande referenser". Det angavs i förfrågningsunderlaget att referenstagningen avsågs ske vecka 49, men referenstagning inleddes vecka 50. Regionen har angivit en uppskattad tid då referenstagning avsågs inledas. Detta har inte varit en definitiv utfästelse om att referenstagningen ska ske då. Upphandlingen har genomförts på ett transparent och likabehandlande sätt och skäl för ogiltighet föreligger därmed inte. I och med att Tecken & Tolk rätteligen förkastats redan på denna grund kan bolaget inte lida skada av övriga påstådda fel.

Regionen finner det anmärkningsvärt att en så stor del av Tecken & Tolks ansökan ägnas åt en helt grundlös fråga om jäv. [REDACTED] har varit delaktig i framtagandet av förfrågningsunderlaget, samma förfrågningsunderlag som annonserats, återkallats och justerats i mycket begränsad omfattning. [REDACTED] har inte varit involverad i utvärderingen av och hans inblandning i framtagandet av förfrågningsunderlaget har inte gett NT någon konkurrensfördel. Upphandlingen har därmed genomförts på ett likabehandlande och transparent sätt och inga ovidkommande hänsyn har tagits. Påståendet att även [REDACTED] skulle vara jävig är helt grundlöst. [REDACTED] påstås ha en emotionell anknytning till NT till följd av att flera tidigare anställda numera är anställda av NT. Oavsett om [REDACTED] haft ett sådant emotionellt band är det inte något som utgör jäv, eftersom det inte påverkat varken framtagandet av förfrågningsunderlaget eller bedömningen av anbudet. Noteras bör att upphandlingen genomförts utan utvärderingskriterier och det har därmed inte funnits några skeden där ovidkommande hänsyn har kunnat tas. Centralt i denna del är att Regionen endast ställt proportionella och transparenta krav på anbudsgivarna. Krav som Tecken & Tolk utan svårighet uppfyller. Däremot har Tecken & Tolk inte utfört sitt uppdrag för Regionen på ett acceptabelt sätt har inte heller styrkt att det har gjort så för andra anbudsgivare. Detta har inget med frågan om jäv att göra.

Parterna har i ytterligare yttranden utvecklat sin respektive talan.

Förvaltningsrätten har den 10 februari 2017 avslagit yrkandet om inhibition.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är upphävd och har ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Av 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits bland annat i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. För ogiltighet i sådant fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten dock enligt 16 kap. 14 § LOU besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 16 kap. 13 § är uppfyllda. Bestämmelsen är avsedd att tolkas restriktivt och endast i särskilda situationer ska ett avtal som uppfyller kraven för ogiltigförklaring kunna bestå (se prop. 2009/10:180 s 137 f). Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Det aktuella avtalet har slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. För ogiltighet krävs emellertid dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Tecken & Tolk har uteslutits från utvärderingen med hänvisning till att Regionen inte lyckats komma i kontakt med en av de referenser Tecken & Tolk lämnat i anbudet. I förfrågningsunderlaget angavs av referenstagningen avsågs ske under vecka 49. Referenstagningen gjordes först i början av vecka 50. Avsikten var således att ta upp referenser v 49. Detta kan emellertid inte tolkas som att referenstagningen tvunget skulle ske denna vecka. Att referensupptagningen skedde först i början av vecka 50 strider därmed inte mot uppgifterna i förfrågningsunderlaget. Regionen har såvitt framgår av handlingarna i målet gjort ett flertal försök att komma i kontakt med den uppgivna referensen, dock utan att lyckas. Då referenser varit ett skall-krav och då det i förfrågningsunderlaget tydligt angivits att anbudsgivare kommer att diskvalificeras om kontakt med referent inte kan etableras efter ett visst antal försök har Regionen haft fog för att utesluta Tecken & Tolk från utvärderingen. Tecken & Tolk har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada. Vad Tecken & Tolk i övrigt anfört, bland annat gällande jäv, visar inte att Tecken & Tolk ändå ska anses skadelidande. Förvaltningsrätten finner således att ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar,
se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.