

SÖKANDE

Järva Tolk och Översättningsservice Aktiebolag, 556613-1792

Ombud: Advokat Erik Olsson och biträdande jurist Tahmina Sahibi
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun
971 85 Luleå

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Järva Tolk och Översättningsservice Aktiebolags ansökan och beslutar att upphandling av Tolktjänster (KLF 2017/1256) avseende Område 2: On-demand tolkning ska göras om.

BAKGRUND

Luleå kommun (kommunen) har genom öppet förfarande genomfört upphandling av Tolktjänster (KLF 2017/1256). Sex anbud kom in inom Område 2: On-demand tolkning, varav ett från Järva Tolk och Översättningservice Aktiefbolag (Järva Tolk). Enligt tilldelningsbeslut den 8 januari 2018 antog kommunen Digital Interpretations Scandinavia AB:s anbud. Järva Tolks, samt ytterligare två anbudsgivares anbud, gick inte vidare till utvärderingen med motiveringen att deras anbud inte uppfyller krav att tillhandahålla tolkar på tillräckligt många språk.

PARTERNAS INSTÄLLNING

Vad Järva Tolk framför

Järva Tolk ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän den har rättats genom att en ny anbudsutvärdering görs med beaktande av anbudet från bolaget. Bolaget yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan framför Järva Tolk i huvudsak följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § lagen (2016:1 145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingsdokumentet har varit så otydligt formulerat att det inte på förhand varit möjligt för anbudsgivarna att bilda sig en rättvisande bild av hur anbudet ska utformas för att uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Hälften av de anbud som kommit in i upphandlingen har förkastats på grund av bristande uppfyllnad av upphandlingsdokumentets avsnitt 7.1.

Det har varit omöjligt för bolaget att, utifrån avsnitt 7.1 i upphandlingsdokumentet, utläsa att det varit obligatoriskt att förmedla vissa språk enbart

mot bakgrund av allmän information om vilka språk kommunen tidigare haft behov av. Det framgår inte heller att det aktuella avsnittet gäller för samtliga anbudsområden, dvs. Område 1: Bokad tolktjänst och Område 2: On-demand tolkning. Kommunen har i rubriken till samtliga övriga krav tydligt angett vad kravet handlar om eller vilket anbudsområde det avser. Exempelvis har kommunen i avsnitt 7.2.1 angett "Tolkkompetens område 1" och i avsnitt 7.2.3 "Referensuppdrag område 1". Till skillnad från dessa framgår det varken vad det aktuella avsnittet avser eller vilket område det rör sig om. Detta hade enkelt kunnat undvikas genom att i rubriken indikera att det handlar om ett obligatoriskt språkkrav som avser samtliga anbudsområden. Det är viktigt att noggrant ange vilket område som omfattas, särskilt med beaktande av att det rör sig om on-demand tolkning, dvs. att tolkning ska kunna ske inom fem minuter från avrop. Det kan inte förutsättas att lika långtgående krav på antal språk ska ställas på vanlig kontakt- och telefon-tolkning och på tolkning som ska utföras inom fem minuter från beställning.

Det framgår inte av upphandlingsdokumentet att anbudsgivare *ska* tillhandahålla tolkar inom samtliga språk som kommunen angett sig haft störst behov av tidigare. Av upphandlingsdokumentets avsnitt 7.1 framgår att Kammarkollegiets etiska regler "God tolksed" *ska* gälla för samtliga tolkar och att tolkar *ska* känna till och följa lagstiftning kring sekretess och tystnadsplikt. Dessa krav är *ska*-krav då det tydligt framgår av ordalydelsen att vissa förutsättningar *ska* gälla när uppdraget fullgörs. Därefter framgår av samma avsnitt enbart att kommunen haft störst behov av vissa språk som följs av en lista på de språk det rör sig om, samt att uppdraget omfattar tillhandahållande och förmedling av tolkar på alla förekommande språk, dvs. alla världens språk, och att leverantören ska ha beredskap när nya eller udda språk blir aktuella. Även i denna del framgår inte att tolkar *ska* tillhandahållas inom alla språk som anges i listan.

Det är vanligt att upphandlande myndigheter/enheter redogör för hur deras behov har sett ut tidigare år, hur många tolktimmar som avropats m.m. i syfte att ge anbudsgivare en bild av hur uppdraget kan komma att se ut. Det är precis det kommunen har gjort i upphandlingen – angett i allmänna ordalag en beskrivning av uppdragets tidigare omfattning. Även val av tempus, dvs. att kommunen ”har haft” behov av vissa språk visar att det rör sig om en upplysning.

Kommunen har i övrigt varit mycket noggrann med att ange vad som utgör ett ska-krav. Av exempelvis avsnitt 7.2 framgår att aktuella tolkar *ska* behärska både svenska och aktuellt tolkspråk/dialekt i sådan utsträckning att de obehindrat kan tolka i bägge språkriktningarna. Det går inte att mista detta krav för något annat än ett obligatoriskt krav. Motsvarande gäller även kravet att tolkar *ska* känna till lagstiftning om sekretess och tystnadsplikt och *ska* följa ”God tolksed”. Hade det aktuella kravet rört sig om ett ska-krav hade kommunen rimligtvis också formulerat sig på samma sätt som den gjort i övrigt.

Till skillnad från alla andra obligatoriska krav i upphandlingen anges det inte heller i rubriken till avsnitt 7.1 att det rör sig om ett obligatoriskt krav. Kommunen har i hela upphandlingsdokumentet markerat ska-krav genom att i anslutning till respektive rubrik ange ”Obligatoriskt krav”. I rubriken till eller i anslutning till avsnitt 7.1 anges inte ”Obligatoriskt krav”, vilket är ännu ett bevis på att det inte handlar om ett ska-krav.

Inte heller av upphandlingsdokumentets avsnitt 7.4 – förteckning över språk och kompetens område 2 – går att utläsa att det finns vissa obligatoriska språk som förteckningen ska innehålla. Det begärs endast att anbudsgivare ska bifoga en förteckning över de språk som anbudsgivaren kan erbjuda för on-demand tolkning och att det av förteckningen ska framgå vilken kompetens som kan erbjudas inom respektive språk. Det anges inte vilka språk *ska*

vara tillgängliga eller att förteckningen *ska* innehålla vissa språk. Bolaget har möjlighet att tillhandahålla tolkar inom samtliga språk som kommunen har tidigare haft störst behov av, vilket framgår av den förteckning som bolaget har gett in avseende Område 1 B telefontolkning.

Bland de språk som kommunen påstår vara obligatoriska att erbjuda som on-demand tolkning finns språk som burmanska (inom vilket det varken finns auktoriserade eller utbildade tolkar) som ett mycket begränsat antal tolkar i Sverige behärskar. Det är därför högst osannolikt att någon anbudsgivare ska kunna erbjuda burmanska inom fem minuter från att kommunens behov uppstår.

Bolaget ifrågasätter inte att krav avseende vilka språk som måste tillhandahållas ställs i upphandlingar. Järva Tolk är en van anbudsgivare och har bara under det senaste året lämnat anbud i tio olika upphandlingar. Hade kommunen velat ställa krav på vilka språk som måste tillhandahållas skulle kommunen ha uttryckt sig så och tydligt angett i avsnitt 7.4 att förteckningen måste innehålla de språk som kommunen har störst behov av, samt angett att det rör sig om ett obligatoriskt krav i rubriken till avsnittet.

Kommunen har tillämpat ett krav som inte har framgått av upphandlingsdokumentet och felaktigt förkastat bolagets anbud. Vid en korrekt utvärdering av Järva Tolks anbud skulle bolaget ha kvalificerat sig till utvärderingen och kunnat tilldelas kontraktet i upphandlingen. Kommunen har brustit i noggrannhet, tydlighet och transparens i sin utformning av upphandlingsdokumentet. Bristerna är av allvarlig karaktär och har påverkat Järva Tolks möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Upphandlingsdokumentet har varit så otydligt att det inte på förhand varit möjligt för anbudsgivarna att utläsa hur anbuden ska utformas för att uppfylla upphandlingens samtliga obligatoriska krav. Överträdelserna har orsakat, eller i vart fall riskerar att orsaka, att bolaget lider sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Vad kommunen framför

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och framför följande. Det framgår tydligt av upphandlingsdokumentets avsnitt 7.1 att det rör sig om ett obligatoriskt krav. Uppdraget omfattar tillhandahållande och förmedling av tolkar på alla förekommande språk och leverantören ska ha beredskap att ställa tolkar till förfogande vid tillkommande nya folkgrupper eller när udda språk blir aktuella. Ska-kravet avser all text under avsnitt 7.1. Det framgår tydligt av första stycket i avsnitt 7.1 Kravspecifikation allmänt att anbudsgivaren ska uppfylla alla nedan angivna krav. Kravet är formulerat på ett sådant sätt att inga tvivel råder om att anbudsgivaren, förutom att uppfylla kravet på etiska regler och tolkars kännedom om sekretess och tystnadsplikt, även ska kunna visa på en bredd i sitt utbud av språk och dialekter sammanlänkat till kommunens behov av tolkar.

Det framgår inte att anbudsgivarna ska tillhandahålla tolkar inom samtliga 19 uppräknade språken utan enbart kunna visa på en bredd i sitt utbud. Det framgår inte heller att tolkarna ska vara auktoriserade eller utbildade. Kravet avser enbart tillhandahållande och förmedling av on-demand tolkning på så många språk/dialekter som möjligt. Hur sannolikt det är att leverantören ska kunna tillhandahålla en tolk på burmanska inom fem minuter är inget som kommunen vägt in i bedömningen. Om anbudsgivaren har godkänt att de uppfyller kraven så förutsätter kommunen att anbudsgivaren kan leverera tjänsten vid behov.

De anbudsgivare som har kvalificerats till utvärderingen har angett att de har tillgängliga on-demand tolkar på samtliga språk som finns angivna i kravet. Detta har då jämförts med bolaget som angett att de har tillgängliga on-demand tolkar på sammanlagt åtta av kommunens vanligast förekommande språk. Vid en sammantagen bedömning av bolagets anbud har kom-

munen ansett att det saknas en bredd i utbudet gällande språk/dialekter, varför det aktuella kravet inte är uppfyllt.

I egenskap av upphandlande myndighet har kommunen ett stort handlingsutrymme och kan ställa de krav som behövs. Vid utformning av kravspecifikationen har kommunen utgått från myndighetens behov och särskilt beaktat att de grundläggande principerna följs. Upphandlingsdokumentet är tydligt och klart och omfattar samtliga krav. Anbudsgivarna har getts samma förutsättningar för anbudsgivning.

Skulle domstolen komma fram till att upphandlingen ska rättas eller göras om anser kommunen att Järva Tolk inte visat på vilket sätt bolaget har lidit eller kan komma att lida skada enligt 20 kap. 6 § LOU. Kommunen har inte utvärderat de anbud som förkastades men kan konstatera att flera av anbudsgivarna lämnat låga anbud. Det är långt ifrån säkert att just Järva Tolk skulle ha vunnit upphandlingen. Att bolaget påstår sig ha varit förhindrad att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud och därmed lidit eller riskerat lida skada är inte heller något som ska beaktas.

UPPHANDLINGSdokUMENTET

7 KRAVSPECIFIKATION

I detta kapitel beskrivs de krav som gäller för den tjänst som ska upphandlas.

7.1 Kravspecifikation allmänt

Anbudsgivaren ska uppfylla följande krav (ska-krav):

Allmänt

De etiska regler som anges i Kammarkollegiets "God tolksed" vägledning för auktoriserade tolkar ska gälla vid samtliga tolkuppdrag.

Tolkar ska känna till och följa gällande lagstiftning kring sekretess och tystnadsplikt.

Språk

Kommunen har tidigare haft störst behov av tolk på följande språk/dialekter:

Arabiska
Dari
Tigrinja
Somaliska
Persiska=farsi
Thailändska
Albanska
Spanska
Sorani
Burmanska
Finska
Ryska
Uzbekiska
Amhariska-Amarinja
Urdu
Franska
Mandarin
Kurmanji
Gorani

Uppdraget omfattar tillhandahållande och förmedling av tolkar på alla förekommande språk och leverantören ska ha beredskap att ställa tolkar till förfogande vid tillkommande nya folkgrupper eller när udda språk blir aktuellt, till kommunen.

7.3 Kravspecifikation område 2: On-demand tolkning

Obligatoriska krav

För område 2 godtar kommunen tolkning från både svenska och engelska.

Aktuella tolkar ska behärska svenska eller engelska och aktuellt tolkspråk/dialekt i sådan utsträckning att de obehindrat kan tolka i bägge språkriktningarna.

Översättning ska vara från svenska eller engelska samt vara tillgänglig inom cirka 5 minuter från att behov har uppstått.

Kostnad endast vid användning, ingen licenskostnad/månadskostnad godkänns.

7.4 Förteckning över språk och kompetens område 2

Obligatoriskt krav

Område 2: On-demand tolkning

Bifoga förteckning över språk/dialekter som finns tillgängliga för on-demand tolkning. Av förteckningen ska framgå vilken motsvarande kompetens som kan erbjudas inom respektive språk/dialekter och vara gällande och aktuell.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt och i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Vidare framgår av 20 kap. 6 § LOU att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Frågan i målet är om kommunen brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU genom sin utformning av upphandlingsdokumentet samt genom att inte utvärdera anbudet från Järva Tolk, och om bolaget därigenom har lidit eller kunnat komma att lida skada.

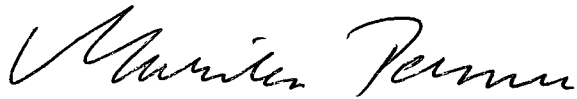
Principerna om likabehandling och öppenhet i 4 kap.1 § LOU innebär bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumentet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, Pizzo, punkt 36).

Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår det inte av upphandlingsdokumentets avsnitt 7.1 att de språk som kommunen tidigare haft störst behov av ska förekomma i förteckningen över de språk/dialekter som anbudsgivare förväntas bifoga anbudet enligt avsnitt 7.4. Med hänsyn till den valda rubriksättningen i upphandlingsdokumentet och den tjänst som upphandlas framstår det, enligt förvaltningsrättens mening, som oklart om det nu aktuella avsnittet överhuvudtaget avser Område 2: On-demand tolkning. Vid sådana förhållanden kan inte upphandlingsdokumentet anses vara så klart, precist och entydigt att anbudsgivarna på förhand kunnat förstå den exakta innebörden av detta och tolka angivna kraven på samma sätt. Att det utöver Järva Tolk funnits ytterligare två anbudsgivare vars anbud förkastats på samma grund talar för att upphandlingsdokumentet i de aktuella delarna är otydligt utformat. Kommunen har således brutit mot principerna om öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU i sin utformning av upphandlingsdokumentet.

Järva Tolk har gjort gällande att ovan nämnda brister i upphandlingsdokumentet har påverkat bolagets möjligheter att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Järva Tolk får därmed anses ha lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på så sätt som avses i 20 kap. 6 § LOU. Med beaktande av att bristerna hänför sig till upphandlingsdokumentets utformning och det konkurrensuppsökande skedet finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång i målet saknas det anledning att pröva om kommunen agerat korrekt genom att inte utvärdera anbudet från Järva Tolk. Bolagets ansökan ska följaktligen bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1C LOU (se bilaga).



Marika Pernu

tf. rådman

Raili Funck har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida