



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

**DOM**

2018-09-04

Meddelad i Stockholm

Mål nr

7540-18

**SÖKANDE**

Semantix Tolkjouren AB, 556526-2630

Ombud: Maria Krantz

TED Law AB

Norrtullsgatan 6

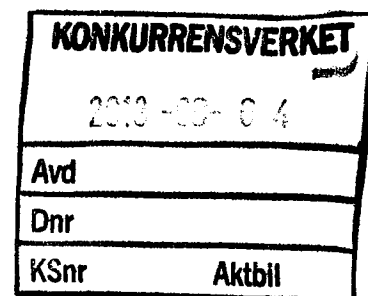
113 29 Stockholm

**MOTPART**

Haninge kommun, 212000-0084

Upphandling Södertörn

136 81 Haninge



Genomför en samordnad upphandling för:

Botkyrka kommun

Haninge kommun

Nynäshamns kommun

Ombud: Upphandlings- och inköpschef Mikael Blomberg

Södertörns upphandlingsnämnd

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1004805

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se		08:00–16:30
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Upphandling Södertörn i Haninge kommun (Kommunen) genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), ramavtalsupphandlingen Tolkförmedlingstjänster plats- och distans-tolk, SUN 2018-018. Pris ska lämnas på förmedlingsavgift, d.v.s. den ersättning som leverantören får för varje förmedlat tolkuppdrag. Förmedlingsavgiften ska täcka leverantörens samtliga kostnader kopplade till uppdraget. Ramavtal ska tecknas med en leverantör. I tilldelningsbeslut meddelat den 22 mars 2018 antog kommunen Hero Tolk AB (Hero) som leverantör.

Semantix Tolkjouren AB (Semantix) som var en av åtta kvalificerade anbudsgivare, ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anför att kommunen agerat i strid med LOU och likabehandlings- och öppenhetprincipen genom att ha antagit ett så lågt anbudspris att bolaget inte kommer att kunna uppfylla kravet på ekonomisk och teknisk kapacitet samt under upphandlingen ha vidtagit väsentliga förändringar under annonseringstiden. Förändringar har skett i ett sent skede i upphandlingen, vissa så sent som endast tio dagar före sista anbudsdag, och Semantix möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud i enlighet med de nya förutsättningarna har försvårats betydligt. Det har medfört att bolaget lider, eller riskerar att lida, skada.

Kommunen bestrider ansökan och anser att upphandlingen genomförts på ett korrekt och lagenligt sätt. Prövning och utvärdering av inkomna anbud har genomförts i enlighet med annonserad modell, som har utformats i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna samt LOU. Bolaget lider inte, eller riskerar inte att lida, skada i den mening som avses i LOU.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET****Tillämplig lag och utgångspunkter**

Förvaltningsrätten biföll den 17 november 2017 i mål 9109-17 m.fl. Semantix ansökan om att Botkyrka kommun, Haninge kommun och Nynäshamn kommuns upphandling Tolkförmedlingstjänster (SUN 2016/23) ska göras om. Upphandlingen hade genomförts enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, upphävd genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Domen överklagades inte och har därmed vunnit laga kraft.

Semantix hävdar att det är ÄLOU som ska tillämpas i målet medan Kommunen uppger att den nya upphandlingen annonserades den 16 januari 2018 och att det är LOU som är tillämplig lag. Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandling avslutas antingen genom att avtal ingås, genom en lagakraftvunnen dom om att upphandlingen ska göras om eller genom ett lagakraftvunnet beslut om att avbryta upphandlingen. Som framgår ovan har Semantix tidigare ansökan om överprövning resulterat i en lagakraftvunnen dom om att upphandlingen ska göras om. Den upphandling som Sematix nu ansökt om överprövning av påbörjades efter att LOU trädde i kraft den 1 januari 2017 och följaktligen är det LOU som är tillämplig i målet.

Förvaltningsrätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts under förutsättning att det vid prövningen av ansökan kan bedömas att 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 lida skada. Förvaltningsrättens prövning tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit for-

mellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se t.ex. HFD 2013 ref. 5).

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlande myndigheter eller enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

### **Parternas argumentation**

#### *Semantix*

Kommunen har antagit Heros anbud med anbudspris per förmedlingsuppdrag om fyra kronor att jämföra med Semantix pris, relativt lågt men väl avvägt, om femtionio kronor. Semantix har tagit del av Heros lämnade förklaring till kommunen och där anger Hero bl.a. att man har automatiserat processen och att ingen handpåläggning krävs i många fall. Semantix är det företag inom tolkförmedlingsbranschen som går i bräschen för den tekniska utvecklingen, framförallt gällande automatisering. Det är omöjligt att hantera avtalets krav på teknisk utveckling, möten samt service med det låga pris som Hero offererat. Även om Semantix inte direkt lider skada så medför Kommunens val skada för hela tolkbranschen.

Upphandlingen har annonserats utan att vara färdig och bristfälligt upphandlingsdokument får normalt inte förändras under upphandlingens gång. Under annonseringstiden har Kommunen vidtagit alltför väsentliga förändringar genom att vid ett flertal tillfällen frångå eller ändra de obligatoriska kraven. Om domstolen skulle komma fram till att LOU ska tillämpas så har Kommunen brutit mot 11 kap. 8 § p. 2 LOU genom att inte förlänga anbuds-

tiden efter de genomförda ändringarna. Följande ändringar och otydligheter under annonseringstiden har skett:

- kravet avseende arbetsgivar- och driftsansvar ändras för att sedan helt utgå (jfr upphandlingsdokumentet 2.10 samt fråga 23 och 36),
- arvode justeras upp för övrig tolk (jfr fråga 31),
- avbokningsreglerna har ändrats och varit otydliga (jfr upphandlingsdokumentet 3.11.3 samt fråga 14 och 29),
- nytt tillsättningskrav om 90 procent förs in (jfr fråga 3 och 34),
- nya krav avseende frilansande tolkar förs in och visst krav gällande underleverantörer utgår (jfr fråga 22).

Genom att vidta så omfattande ändringar har Kommunen handlat i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna, alternativt vid en tillämpning av LOU borde anbudstiden ha förlängts för att ge potentiella anbudsgivare möjlighet att anpassa sitt anbud efter de omfattande och sena förändringarna av upphandlingsdokumentet.

#### *Kommunen*

Upphandlingen har genomförts enligt den nya lagen som tillåter upphandlande myndigheter att göra ändringar i upphandlingsdokumenten som inte är av väsentlig karaktär. De förändringarna som gjorts under anbudstiden är justeringar och förtydliganden, inte väsentliga ändringar av den art som skulle kunna motivera att upphandlingen borde göras om. Kravet på drift- och arbetsgivaransvar har tagits bort eftersom synpunkter från anbudsgivare under anbudstiden medfört omprövning eftersom det inte var ändamålsenligt att ställa den typen av krav för den här typen av upphandling. Det kan omöjligt ha medfört att Semantix inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller på något sätt ha lidit skada. Begreppet grundutbildad tolk har ersatts med begreppet övrig tolk och ersättning utgår med 293 kr per timme, i enlighet med Domstolsverkets föreskrifter om tolktaxa. Kravet avseende

avbokningsregler har endast förtydligats med att 24 timmarsavbokning gäller på helgfria dagar och inte alla dagar i veckan.

Hero har vid begäran om förtydligande inkommit med en förklaring till sitt anbudspris som Kommunen bedömt vara tillfredsställande och rimligt. Kommunikation gällande de förtydliganden som skett med de potentiella leverantörerna har gjorts via frågor/svar-funktionen i Tendsign. Sematix har under tiden för frågor/svar inte anmärkt på tillvägagångssättet utan accepterat detta och lämnat sina anbud utifrån de nya förutsättningarna och anmärker på förtydligandet först efter att bolaget inte tilldelats något kontrakt. Semantix förmedlingsavgift är anmärkningsvärt hög i jämförelse med övriga anbud.

#### **Förvaltningsrätten gör följande bedömning**

LOU är en procedurlagstiftning och överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av om den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna för all upphandling liksom övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att Semantix, när det gäller påståendet att Heros anbudspris är alltför lågt för att Hero ska kunna leverera enligt avtal och offererat pris, uppger att det låga priset inte medför någon egentlig skada för bolaget. Antagandet av Heros anbud är snarast till skada för hela tolkbranschen. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att Semantix inte har påstått, och än mindre visat, att bolaget har lidit eller riskerar att lida, skada på det sätt som förutsätts enligt LOU för att förvaltningsrätten ska besluta om ett ingripande.

När det gäller Semantix påstående att de förändringar och förtydliganden som Kommunen har gjort i upphandlingsdokumentet har påverkat bolagets möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud kan följande noteras. Kommunen har under rubriken 1.16 Frågor och svar i upphandlingsdokumentet informerat om att svar på inkomna frågor lämnas snarast möjligt, dock senast sex dagar innan sista anbudsdag. Det har därmed varit känt för samtliga anbudsgivare att svar kan komma att lämnas i betydligt närmare anslutning till sista anbudsdag än de tio dagar som bolaget menar utgjort en brist. Med hänsyn till detta kan den omständigheten att ändringar av upphandlingsmaterialet gjorts så sent som tio dagar innan sista anbudsdag inte tillmätas någon avgörande betydelse i frågan om grund för ingripande föreligger.

Semantix gör gällande att kommunen tillfört upphandlingen ett nytt tillsättningskrav om 90 procent och ett krav avseende frilansande tolkar.

Av upphandlingsmaterialet framgår att frilansande tolkar är att anse som underleverantörer och att leverantörer därför måste inkomma med viss dokumentation avseende dessa. Kommunen har efter fråga frånfallit vissa delar av detta dokumentationskrav. Vidare framgår att ett krav på leveranssäkerhet har ändrats från 100 procent till 90 procent. Förvaltningsrätten anser inte att detta är att betrakta som tillförandet av nya krav. Det har istället rört sig om justeringar av befintliga krav. Det har inte heller rört sig om några för upphandlingen väsentliga förändringar.

Semantix gör gällande att det förelegat otydligheter beträffande avbokningsregler.

Av upphandlingsmaterialet framgår att upphandlande myndighet specificerat hur avbokningsfristen ska beräknas med avseende på helgdagar. Detta

får betraktas som ett tillåtet förtydligande och utgör ingen väsentlig förändring av upphandlingen.

Semantix gör gällande att arvodet för övriga tolkar ändrats och att detta försvårat för Semantix att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Av upphandlingsmaterialet framgår bl.a. att prisnivån för övriga tolkar höjts med nästan 60 procent. Detta får betraktas som en tillåten justering och utgör ingen väsentlig förändring av upphandlingen. Semantix har enligt förvaltningsrätten inte heller förmått förklara på vilket sätt denna förändring medfört ett hinder för bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt bud.

Semantix gör gällande att kravet avseende arbetsgivar- och driftsansvar ändras för att sedan helt utgå. Detta utgör en ändring av ett obligatoriskt krav och därför en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget. Bolaget hänvisar bl.a. till Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9833-14.

Av det åberopade rättsfallet – som rör tillämpning av ÄLOU – framgår visserligen att den omständigheten att ett slopat krav varit obligatoriskt talar för att en väsentlig ändring av upphandlingen föreligger. Omständigheterna i målet var emellertid sådana att det fanns skäl att anta att den ifrågasatt förändringen skulle komma att påverka anbudsgivningen och prissättningsstrategin för hela upphandlingen. Det rörde sig således inte om en förändring som endast rör en begränsad del av upphandlingen. Enligt förvaltningsrätten rör den nu aktuella förändringen endast en begränsad del av upphandlingen. Därutöver avses arbetsrättsliga frågor vilka i väsentlig utsträckning regleras i annan ordning. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten inte att det rör sig om någon väsentlig ändring.

Förvaltningsrätten finner att de kompletteringar som Kommunen gjort i upphandlingsdokumentet inte är att anse som väsentliga ändringar och det



saknas därmed grund för Kommunen att tillämpa 11 kap. 8 § 2. och förlänga tidsfristen för anbudslämnande. De omständigheter som Semantix åberopat visar inte heller att Kommunen under någon del av upphandlingsförfarandet har agerat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen eller LOU i övrigt. Med anledning härav saknas skäl att bifalla Semantix talan i målet. Semantix ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Alexander Dettner  
Förvaltningsrättsfiskal

Kerstin Sandin har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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-post-adress, 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*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

