

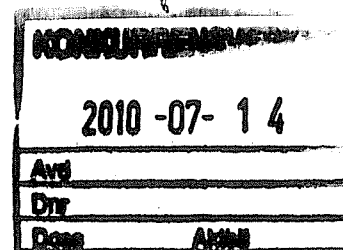


SÖKANDE

Elena Klevjits 100 Språk AB, 556780-9305
Salagatan 18 A
753 30 Uppsala

MOTPARTER

1. Försäkringskassan
2. Pensionsmyndigheten



Företrädare respektive ombud: Magnus Calais
Försäkringskassan
Huvudkontoret
103 51 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.
2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 31 maj 2010 upphör härmed att gälla.

BAKGRUND

Försäkringskassan har, för egen och Pensionsmyndighetens (Myndigheterna) räkning, genomfört en upphandling av översättningstjänster, diarie-nummer 014310-2010. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling och omfattar två delar, Grupp 1 – Finska språket och Grupp 2 – Frekventa språk. Tilldelningsbeslut har fattats och avsänts till anbudsgivarna den 20 maj 2010.

Förvaltningsrätten har genom beslut den 31 maj 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Elena Klevjits 100 Språk AB (100 Språk) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att ny upphandling ska ske. Som grund anges att förfrågningsunderlaget är ofullständigt och felaktigt utformat, vilket har föranlett att 100 Språk blivit diskriminerat och drabbats av ekonomisk förlust. Till utveckling av sin talan har 100 Språk anfört bland annat följande.

I förfrågningsunderlaget anges följande som omsättningskrav för anbudsgivare. Om anbudet omfattar en grupp ska anbudsgivaren under det senaste räkenskapsåret ha uppnått en omsättning om lägst 10 miljoner kronor för den del av verksamheten som avser översättningstjänster och om anbudet avser båda grupperna ska omsättningen uppgått till 20 miljoner kronor.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud kan lämnas av en anbudsgivare eller en grupp anbudsgivare. Vid ett eventuellt avtalstecknande ska dock anbudsgivare utgöra *en* juridisk person. Grupp av anbudsgivare ska planera bolagsbildningen så att denna kan vara avslutad vid tidpunkt för avtalstecknande. För anbud som lämnas av en grupp anbudslämnare får omsättningskraven uppfyllas gemensamt.

100 Språk anser att omsättningskraven i förfrågningsunderlaget är diskriminerande mot nystartade, små och medelstora bolag eftersom dessa, för att kunna delta i upphandlingen, måste ingå i en grupp av anbudsgivare för att kunna uppnå omsättningskraven. Den tid om fem veckor som ges, från publiceringsdatum till sista anbudsdatum, är otillräcklig med tanke på de formella åtgärder som behöver vidtas.

Av förarbetena framgår att krav inte får utformas så att det på ett otillbörligt sätt gynnar viss leverantör. I detta fall är det bara några få stora bolag som får delta i upphandlingen och resterande 93 procent översättningsbyråer (uppgift från SCB) har utestängts från deltagande. Ett företags omsättning kan aldrig vara ett rättvist mått på att leverantören har kapacitet att leverera. En bra och stabil ekonomisk ställning, genom ett bevis i form av företagets balans- och resultaträkning eller intyg från revisor, skulle räcka för kravet på en sund ekonomisk ställning. 100 Språk anser sig diskriminerat och hindrat från att delta i upphandlingen. Det är ett brott mot LOU och orsakar ekonomisk förlust.

En annan viktig aspekt är upphovsrätten, vilken har ändrats av Myndigheternas upphandlare. I avtalsutkastet anges att eventuell upphovsrätt till leverantörens arbetsresultat i anledning av uppdraget tillkommer Myndigheterna utan att särskild ersättning utgår. Det är ett brott mot upphovsrättslagen.

Myndigheterna har vidare i förfrågningsunderlaget felaktigt benämnt auktoriserade translatorer som auktoriserade översättare, vilket är ett grovt fel. Auktoriserad translator är en lagskyddad titel som tilldelas av Kammarkollegiet. Fel benämning i förfrågningsunderlaget ger frihet till de valda företagen att anlita översättare istället för auktoriserade translatorer vilka är mycket billigare. Den felaktiga benämningen leder till prisdumpning från de deltagande företagens sida och en sämre kvalitet utan tillsyn.

Bolagen som tilldelats upphandlingen har angett underpriser i sina anbud och Myndigheterna har inte begärt skriftlig förklaring hur bolagen kommer att klara av balansräkningen utan att försämbra arbetsvillkoren för Sveriges translatorer och översättare. I genomsnitt ligger deras pris på 1:57 kr/ord för finska språket. Enligt Föreningen auktoriserade translatorer ska medelpriset ligga på mellan 2:20 - 2:50 kr/ord för finska språket.

Rättssäkerhetsaspekten är slutligen luddig och otydlig i förfrågningsunderlaget. I avtalsutkastet anges att leverantören förbinder sig att teckna säkerhetsskyddsavtal men att Myndigheterna bestämmer när sådant avtal ska tecknas. Myndigheternas handlingar innehåller många känsliga personuppgifter och i förfrågningsunderlaget betonas inte att översättningar inte får föras utomlands. Mot bakgrund av de låga priserna kan man dock förmoda att översättningarna kommer att ske där.

På grund av det anförda är Myndigheternas förfrågningsunderlag ofullständigt och felaktigt utformat samt har föranlett att 100 Språk har blivit diskriminerat och drabbats av ekonomisk förlust.

Myndigheterna bestrider bifall till ansökan. Som grund för bestridandet anges att genomförd upphandling är korrekt och i enlighet med LOU. Till utveckling av bestridandet och till bemötande av 100 Språks påståenden anför Myndigheterna följande.

Myndigheternas syfte och skäl för omsättningskraven är att teckna kontrakt med leverantörer som har en sådan ekonomisk stabilitet att leverantören kan förväntas kunna fullgöra långsiktiga ramavtal. Beträffande omsättningskravens storlek har bl.a. följande beaktats och bedömts av Myndigheterna. Med utgångspunkt i 55-60 översättningar per dag, 200 arbetsdagar och antagande om att varje översättning i genomsnitt kostar 1 600 kronor blir omsättningen för enbart Myndigheternas uppdrag cirka 19 miljoner

kronor per år. Myndigheterna har vidare bedömt att det är viktigt att leverantörerna inte har enbart Myndigheterna som kunder, utan också har andra kunder som genererar ungefär lika stor omsättning. Detta är viktigt för att leverantörerna inte ska stå eller falla med Myndigheternas uppdrag och för att leverantörerna under avtalsperioden kontinuerligt ska kunna tillhandahålla översättningar säkert och stabilt under avtalstiden. En leverantör kan annars komma att avveckla kapacitet när Myndigheternas uppdragsvolym minskar och sedan komma att sakna kapacitet när uppdragsvolymen ökar. Ett omsättningskrav per grupp om 10 miljoner kronor per år i relation till uppskattat kontraktsvärde har därför bedömts vara tydligt, objektivt, konkurrensneutralt (likabehandling), relevant och proportionerligt samt följaktligen inte för högt satt eller godtyckligt.

Anbudsgivare har dessutom tre möjligheter att klara omsättningskravet. Anbudsgivare kan själv ha den omsättning som krävs. Anbudsgivare får med stöd av 11 kap 12 § LOU åberopa andra företags kapacitet för att klara kapacitetskrav (omsättningskrav). Anbudsgivare kan slutligen gå samman med andra anbudsgivare och bilda en grupp av anbudsgivare och intyga att gruppen fyller omsättningskraven.

Angående tidsfristen anförs följande. De åtgärder som anbudsgivare behövt vidta för att kunna vara med i upphandlingen kan inte anses oproportionerligt betungande. Utfästelser som innebär att annans kapacitet åberopas medför som regel ingen kostnad innan upphandlingskontrakt tecknas och ska fullgöras. Utfästelse av grupp av anbudsgivare om bolagsbildning kan fullgöras genom förvärv av sk. lagerbolag och bolagsändringar kan normalt slutföras inom 1-2 veckor. Alternativen innebär således att en leverantör utan tidsnöd kunde lämna anbud utan att riskera få onödiga utgifter.

De omständigheter och skäl som 100 Språk anger i övrigt är inte sådana att de kan läggas till grund för ingripande enligt LOU. Villkoret avseende upphovsrätt avser inte krav på anbudsgivare. Villkorets ifrågasättande kan inte läggas till grund för prövning av ansökan om överprövning. Anbudsgivarna har lämnat sina anbud i fri konkurrens och upphandlingen har resulterat i priser som ligger i nivå med det statliga ramavtalet för översättartjänster. De upphandlade priserna får anses återspegla aktuella lägsta marknadspriser. Ordvalet mellan translator och översättare har inte påverkat 100 Språks möjlighet att delta i upphandlingen. Myndigheterna förfogar för övrigt över valet av typ av översättare i relation till sina behov.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 11 kap. 12 § följer att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Enligt 12 kap. 3 § får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Förfrågningsunderlaget består av en handling benämnd Förfrågningsunderlag samt däri angivna bilagor 1-13. Upphandlingen avseende översättningstjänster anges under punkt 1.5 i vara uppdelad på två grupper; Grupp 1 – Finska språket och Grupp 2 – Frekventa språk. Anbud anges kunna lämnas på en grupp eller på båda grupperna. Av avsnitt 6 framgår att utvärderingen av anbuden kommer att ske separat för Grupp 1 och Grupp 2. De anbud som prövats och godkänts i kvalificeringsfasen Krav på leverantör och uppfyllt krav enligt kravspecifikation Krav på tjänsten samt accepterat avtalsvillkoren går vidare till anbudsutvärderingen avseende lägsta pris.

Under förfrågningsunderlagets avsnitt 3 "Krav på leverantör/ kvalifikationskrav", punkten 3.5 "Ekonomisk och finansiell ställning" anges följande under rubriken 3.5.2 "Omsättningskrav".

Anbudet omfattar en grupp (Grupp 1 (se 4.2.1) eller Grupp 2 (se 4.2.2)):

Anbudsgivaren skall under det senaste räkenskapsåret ha uppnått en årsomsättning om lägst 10 000 000 SEK för den del av verksamheten som avser översättningstjänster.

Anbudet omfattar båda grupperna (Grupp 1 (se 4.2.1) och Grupp 2 (se 4.2.2)):

Anbudsgivaren skall under det senaste räkenskapsåret ha uppnått en årsomsättning om lägst 20 000 000 SEK för den del av verksamheten som avser översättningstjänster.

Under samma avsnitt, punkten 3.2 "Vem får lämna anbud" anges följande.

Anbud kan lämnas av en anbudsgivare eller en grupp av anbudsgivare.

Vid eventuellt avtalstecknande skall dock anbudsgivare utgöra **en** juridisk person. För att anbud från grupp av anbudsgivare skall kunna leda till avtal skall gruppen därför formalisera samarbetet inom ramen för ett aktiebolag eller motsvarande annan svensk eller utländsk juridisk person (bolaget).

Avtal som sluts till följd av denna upphandling tecknas med bolaget. Grupp av anbudsgivare skall planera bolagsbildningen så att denna kan vara avslutad vid tidpunkt för avtalstecknande. Anbudsgivare som lämnar anbud utifrån denna förutsättning skall i anbudet inkomma med dokumentation som visar att deltagarna har förbundit sig att bilda ett gemensamt bolag med syfte att delta i genomförandet av avtalat åtagande.

För anbud som lämnas av en grupp av anbudsgivare skall nedanstående krav uppfyllas av dessa gemensamt (3.5.2, 3.6, 3.7, 3.8, 3.9 *nedan*) med undantag av krav (3.3 och 3.4, 3.5.1 och 3.10 *nedan*) som skall uppfyllas av samtliga anbudsgivare var och en för sig. Det skall i anbudet redovisas vilket eller vilka av företagen som uppfyller respektive krav.

[...]

Enligt punkten ska vidare, om anbud lämnas av en grupp av anbudsgivare, följande uppgifter lämnas i anbudet

[...] dokumentation som visar att i gruppen delaktiga anbudsgivare lämnat bindande utfästelser att bilda ett gemensamt bolag eller likvärdig juridisk person och att anbudsgivarna ansvarar alla för en, en för alla, till dess bolag bildats och trätt istället för gruppen av anbudsgivare. [...]

Redovisning av vilken eller vilka av anbudsgivarna som uppfyller respektive krav ovan, se anbudsformuläret (bilaga 1).

Förvaltningsrättens bedömning

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna

i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU samt om detta medfört att leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

Inledningsvis finner förvaltningsrätten således att vad 100 Språk anfört om upphovsrätt och rättsäkerhet inte kan prövas inom ramen för denna ansökan om överprövning.

100 språk har anfört att kraven på omsättning är diskriminerande då endast ett fåtal stora översättningsbyråer kan komma i fråga och anbudstiden är för kort för att mindre översättningsbyråer ska hinna vidta nödvändiga åtgärder föra att kunna bilda en grupp av anbudsgivare. Därmed uppkommer frågan om dessa krav är i enlighet med de till grund LOU liggande principerna om proportionalitet, icke-diskriminering och likabehandling.

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat följande. Den upphandlande enheten får inte ställa större krav på leverantören än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska alltså ha ett samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Omvänt kan sägas att ett uttryck för brott mot proportionalitetsprincipen kan vara att upphandlande myndighet ställer orimliga eller oskäligen krav på leverantörer eller det som ska upphandlas.

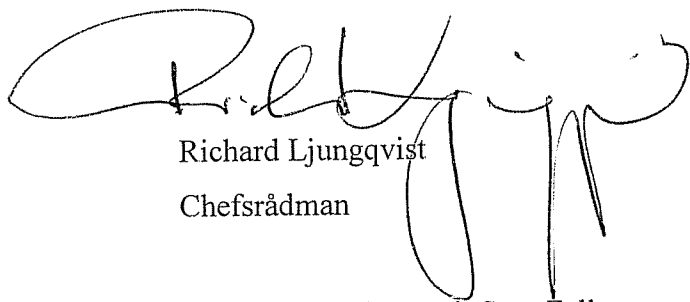
Omsättningskraven som sådana utesluter vissa leverantörer från att delta i upphandlingen. Myndigheterna har anfört att kravet uppställts för att sälla ut leverantörer med sådan ekonomisk stabilitet att de kan förväntas kunna fullgöra långsiktiga ramavtal och tillse att leverantörerna fortlöpande ska kunna tillhandahålla översättningar säkert och stabilt. Vidare har anförts att omsättningsnivån har satts med beaktande av att enbart Myndigheternas uppdrag avseende översättningstjänster kan förväntas omsätta omkring 19 miljoner kronor årligen.

Att en myndighet har behov att upphandla stora volymer och att krav därför ställas på viss leveranskapacitet, men följd att endast vissa leverantörer kommer i fråga, strider i sig inte mot LOU. Däremot kan kraven formuleras på ett sådant sätt att det strider mot LOU. Myndigheterna har lämnat en tillfredsställande redogörelse av sina skäl för uppställda omsättningskrav. Förvaltningsrätten finner vid en sammantagen bedömning att kraven har ett tydligt samband med de behov som ska täckas och att de är proportionerliga. Det kan vidare konstateras att det, även om tiden kan upplevas som knapp, finns möjlighet för anbudsgivare som inte själv uppfyller kraven att uppfylla dem på alternativa vägar. Kraven står därmed inte heller i strid mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

En upphandlande myndighet har enligt enligt 12 kap 3 § LOU visserligen en rätt att i vissa situationer förkasta ett onormalt lågt anbud men det innebär inte en oeftergivlig skyldighet att göra det. Vad 100 Språk i övrigt har anfört innebär inte heller att det är visat att det finns förutsättning för ingripande enligt LOU. Ansökan ska således avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 31 maj 2010 upphör att gälla i och med denna dom.

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



Richard Ljungqvist

Chefsrådman

Föredragande har varit Sara Zell.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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, anledningen förekommer till ändring i det slut vartill 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 nå 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.