

KLAGANDE

Örebro universitet
701 82 Örebro

Ombud: Advokat Anders Stening, advokat Malin Wallin och jur.kand.
Anna Blomgren
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

MOTPART

Teckenförrådet i Sverige AB, 556656-9082
Kungsgatan 6
702 11 Örebro

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 30 november 2011 i mål nr
3839-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver förvaltningsrättens dom.



Meddelad i Göteborg

YRKANDEN M.M.

Örebro universitet (ÖU) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom ska avslå ansökan om överprövning. ÖU anför bl.a. följande. Kravet, på ett års högskolestudier för de tolkar som ska tolka på forskarnivå, har ställts utifrån tidigare erfarenhet av att anlita tolkar till denna typ av uppdrag och utifrån viktiga kvalitetsaspekter på sådan tolkning. ÖU:s erfarenhet är att tolkning på forskarnivå kräver mycket goda kunskaper i engelska och en förmåga att kunna förmedla komplicerade fördjupade begrepp i det aktuella ämnet. Egentligen vill ÖU att alla tolkar som genomför uppdrag åt ÖU ska ha erfarenhet av egna högskolestudier, dvs. ha insikt i vad högskolestudier innebär. ÖU har dock begränsat kravet till vad som är absolut nödvändigt, dvs. till forskarutbildningen. Att ha en tolk på forskarnivå som inte är bekväm med terminologi eller bekant med miljön och de krav som högskolestudier ställer, innebär svårigheter för både tolken och studenten. Det har varit svårt att få tolkar att ta uppdrag att tolka på forskarutbildningen eftersom dessa uppdrag varit alltför krävande. ÖU:s krav har även sin grund i en önskan att kunna säkerställa en framtida jämn kvalitet och nivå på den tolkning som ska tillhandahållas till forskarstudenter. ÖU har en ambition att tillhandahålla en spetskompetens inom detta område och den kompetensutveckling som krävs för att tillhandahålla spetskompetens kan endast erhållas genom studier på högskolenivå, vilket tolkarna behöver vara förberedda för. Detta måste beaktas vid formuleringen av skall-kraven i upphandlingen. Utöver kravet på högskoleutbildning har ÖU även krävt att tolkar som utför uppdrag åt ÖU ska ha minst ett års erfarenhet av utbildningstolkning. ÖU anser att yrkeserfarenhet är en viktig kvalitetsaspekt och detta har beaktats i upphandlingen. Det faktum att Teckenförrådet i Sverige AB (TFS) kunnat uppfylla ett bredare ställt krav, utgör i sig inte grund för att anse skall-kravet på ett års högskolestudier oproportionerligt. Det bör inte vara möjligt för en leverantör att genom överprövning tvinga den upp-

handlande myndigheten att göra om upphandlingen endast för att leverantören inte kunnat offerera sin billigaste lösning. Det måste finnas ett utrymme inom vilket den upphandlande myndigheten vid formuleringen av skall-krav kan förhålla sig till proportionalitetsprincipen. De krav som den upphandlande myndigheten ställer upp måste godtas så länge de inte är uppenbart osakliga eller godtyckliga eller är inriktade helt på en enda leverantör.

TFS har förelagts att yttra sig över ÖU:s överklagande men har inte svarat.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan är om de uppställda kraven i punkterna 3 och 6 i kravspecifikationen, på minst ett års erfarenhet av egna högskolestudier för teckenspråks- och skrivtolkar som ska tolka på forskarnivå, är förenligt med det krav på proportionalitet som anges i 1 kap. 9 § LOU.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som ska upphandlas. Proportionalitetsprincipen förutsätter dock att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (jfr prop. 2009/10:180 s. 91).

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg.

För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvalda syftet. ÖU har uppgett att syftet med kravet är att kunna tillhandahålla en jämn och kvalitetssäker tjänst till de studenter som är i behov av tolkning och i framtiden kunna tillhandahålla en spetskompetens inom området. Kravet har ställts utifrån tidigare erfaren-

het av att anlita tolkar till denna typ av uppdrag. Enligt kammarrättens mening har kravet på minst ett års egna högskolestudier ett naturligt samband med upphandlingen och får anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av ÖU angivna syftet. Kravet kan därför inte anses oproportionerligt på den grunden.


För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. ÖU har i denna del uppgett att en tolk på forskarnivå som inte är bekväm med terminologi eller bekant med miljön och de krav som högskolestudier ställer, innebär svårigheter för både tolken och studenten. Enligt ÖU har man även haft svårt att få tolkar att ta uppdrag att tolka på forskarutbildningen då uppdragen varit alltför krävande. Några skäl att ifrågasätta ÖU:s uppgifter har inte framkommit. Med hänsyn härtill anser kammarrätten att kravet är nödvändigt för att säkerställa kvalitén på tolkningstjänsterna och något mindre ingripande alternativ föreligger inte då ÖU siktar på att tillhandahålla en spetskompetens på forskarnivå.

För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Kravet har enbart avsett tolkar på forskarnivå och såvitt framkommit har leverantörer som inte uppfyllde kravet vid anbudstillfället istället haft möjlighet att visa att man vid avtalsstart skulle förfoga över tolkar som uppfyllde kravet. Mot bakgrund härav anser kammarrätten att det uppställda kravet får begränsade negativa effekter på leverantörers möjlighet att lämna anbud. Kravet kan därför inte anses oproportionerligt jämfört med det eftersträvade syftet.

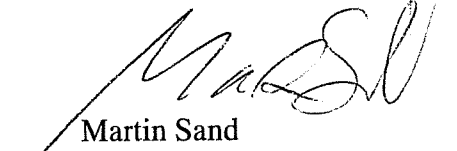
Sammantaget anser kammarrätten att det ifrågavarande kravet, på minst ett års erfarenhet av egna högskolestudier för teckenspråks- och skrivtolkar som ska tolka på forskarnivå, är förenligt med kravet på proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Någon annan grund som utgör skäl för ingripande enligt LOU har inte framkommit i målet. ÖU:s överklagande ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Birgitta Pettersson


Birgitta Henriksson
referent


Johan Magnander


Martin Sand



SÖKANDE

Teckenförrådet Sverige AB, 556656-9082
Kungsgatan 6
702 11 Örebro

MOTPART

Örebro universitet
701 82 Örebro

Ombud:

Advokaten Malin Wallin
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Örebro universitet genomför en offentlig upphandling av teckenspråks-, dövblind- och skrivtolkning till universitetet och universitetet avser att teckna avtal med en leverantör för en period av två år med möjlighet till förlängning med ett år vid två tillfällen. Uppdraget omfattar teckenspråkstolkning för studenter på grundnivå, avancerad nivå och forskarnivå, från svenska och engelska till svenskt teckenspråk och tvärtom samt dövblindtolkning och skrivtolkning som universitetet i mer ringa omfattning kan komma att ha behov av. Upphandlingen genomförs i form av förenklat förfarande och det anbud som har lägst offererat totalpris kommer att antas.

Dok.Id 48201

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

I tilldelningsbeslut den 7 september 2011 har universitetet beslutat anta anbudet från Tolkcentralen Örebro läns landsting. Av beslutet framgår att universitetet bedömt att Teckenförrådet Sverige AB (TFS) inte uppfyller skall-krav 3 och 6, då TFS inte påvisat att tillräckligt många tolkar har den kompetens som krävs, varför TFS inte beaktats i utvärderingen. I beslutet anges att tre tolkar uppfyller skall-krav 3 och en tolk uppfyller skall-krav 6, vilket inte är tillräckligt, då denna speciella kompetens krävs för minst fyra tolkar avseende skall-krav 3 och två tolkar avseende skall-krav 6.

I kravspecifikationen anges i skall-krav 3 beträffande teckenspråkstolkar på forskarnivå att de skall ha dokumenterade kunskaper i engelska på C-nivå från gymnasiet eller motsvarande och minst ett års erfarenhet av egna högskolestudier samt att en redogörelse för hur samtliga skall-krav uppfylls skall bifogas anbudet. Motsvarande gäller enligt skall-krav 6 för skrivtolkar på forskarnivå.

YRKANDEN

TFS yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från TFS beaktats, alternativt att upphandlingen ska göras om.

Universitetet motsätter sig bifall till TFS ansökan.

PARTERNAS TALAN

Parterna utvecklar sin talan enligt följande.

Teckenförrådet Sverige AB

TFS har idag avtal med bland annat Karlstads universitet, Stockholms universitet och även Örebro universitet, som upphandlad underleverantör till Tolkcentralen Örebro läns landsting. Av de tolkar som universitetet inte ansett uppfylla skall-krav 3 och skall-krav 6 arbetar flera tolkar idag på

Örebro universitet med just de uppdrag som universitetet inte anser de vara kvalificerade för. Några av tolkarna har dessutom arbetat heltid i flera år på Örebro universitet som tolkar då de tidigare varit anställda på Tolkcentralens universitetsenhet.

Avseende kravet på erfarenhet av ett års egna universitetsstudier så kommer de teckentolkar som tar sin examen i juni 2011 beredas möjligheten att tenta av 60 högskolepoäng som ingår i tolkutbildningen och som därmed i praktiken motsvarar studier på universitetsnivå.

TFS anser det föredömligt att ställa höga krav språklig kompetens och erfarenhet av universitetsmiljö. Det kan däremot inte anses ändamålsenligt eller proportionerligt att inte likställa flerårig praktisk tolkerfarenhet från universitet med ett års egna studier eller gymnasienivå i engelska. Framförallt då det motverkar upphandlingens syfte, vilket är att försäkra sig om tolkar med språklig spetskompetens och erfarenhet av tolkning på universitetsnivå till universitetets forskare och studenter.

Av TFS anbud framgår att den i upphandlingen kvalificerade leverantören Tolkbyrån i Uppland även fungerar som underleverantör till TFS.

Vid universitetets begäran angående komplettering av uppgifter vid upphandlingen uppger upphandlaren att "Ni ska redogöra för att tolkarna har engelska på C-nivå på gymnasiet eller kompetens som ni bedömer är likvärdig". Då TFS lämnat en utförlig redogörelse av kompetensen hos tolkarna vilken TFS bedömer likvärdig dokumenterade kunskaper i engelska på C-nivå från gymnasiet i enlighet med universitetets begäran av komplettering, borde TFS ansetts uppfylla skall-kraven då tillräckligt många tolkar godkänts enligt kravspecifikationen och gått vidare till utvärdering.

Örebro Universitet

Aktuella skall-krav måste anses vara rimliga och proportionerliga utifrån universitetets behov av kompetens för utförande av den upphandlade tjänsten. Kraven måste också anses transparenta. Universitetet vill betona att inget krav ställts på att samtliga erbjudna tolkar ska uppfylla skall-krav 3 och 6. I samband med begäran om förtydligande har universitetet dessutom, utifrån en uppskattning av tolkbehovet för genomförande av uppdraget, förtydligat att endast fyra teckenspråkstolkar respektive två skrivtolkar behövde uppfylla nämnda skall-krav. Avgörande för vilket antal tolkar som bevis om begärd kompetens begärdes, har varit universitetets uppskattning av tolkbehovet för utförande av tolkuppsdraget.

Det kan konstateras att kraven är av sådan karaktär att dokumentation bör kunna inges utan att detta särskilt tynger anbudsgivaren. Vidare konstateras att det också är upp till anbudsgivaren att visa att skall-kraven uppfylls eller att den kompetens som erbjuds faktiskt motsvarar de av upphandlande myndighet uppställda skall-kraven.

TFS har inte inkommit med någon utförlig redogörelse för tolkarnas kompetens eller för hur dessas kompetens skulle kunna likställas med uppställda skall-krav. TFS förklaringar har endast innehållit svepande redogörelser för tolkarnas kompetens där TFS hävdar att det faktum att tolkarna tidigare tolkat inom området utbildning och forskning samt specifikt att dessa utfört sådana uppdrag hos universitetet, utgör reell kompetens som är att likställas med uppfyllelse av skall-krav 3 och 6. Detta har dock inte godtagits av universitetet som bevis för att skall-kraven 3 och 6 uppfyllts.

För att säkerställa huruvida de tolkar som erbjuds av TFS kan anses ha med uppställda skall-krav likvärdig kompetens har universitetet på nytt gått igenom TFS hela anbud tillsammans med ingivna förtydliganden och har bedömt bevisad kompetens utifrån Verkets för högskoleservice bedömningshandbok med riktlinjer för likvärdighetsbedömningar. Universitetet har även haft kontakt med ordföranden för den bedömargrupp som arbetar med framtagningen av nämnda handbok. Av den sammanställning som universitetet upprättat över genomgången framgår att endast en av de skrivtolkar och tre av de teckenspråkstolkare som TFS erbjuder, uppfyller skall-kraven 3 och 6. TFS kan således inte heller utifrån dessa utgångspunkter anses ha uppfyllt skall-kraven

I sin ansökan om överprövning har TFS vidare hävdar att Tolkbyrån i Uppland, en annan anbudsgivare, är underleverantör till TFS. Detta förhållande har inte framgått av TFS anbud eller annan dokumentation utan är en ny uppgift. Efter genomgång har universitetet kunnat konstatera att det för några av tolkarna i TFS framgått av ingiven CV att de tillhör Tolkbyrån i Uppland. Av detta kan man dock inte sluta sig till att Tolkbyrån i Uppland skulle vara underleverantör till TFS. Universitetet har endast kunnat utgå ifrån att angivna tolkar finns tillgängliga för anlitan av TFS. Universitetet vill också framhålla att anbudet från Tolkbyrån i Uppland har varit föremål för separat bedömning utifrån den specifika information som förekommit i det anbudet. TFS kan således inte anses ha uppfyllt de aktuella skall-kraven enkom genom att nu hänvisa till ett annat anbud.

Beträffande TFS ifrågasättande av ställda skall-krav vill universitetet framhålla att det är och måste vara universitetet som bestämmer vilka skall-krav som ska ställas för att den tjänst som köps säkert ska fylla universitetets behov. Universitetet har härvid beaktat de ramar som uppställs av LOU och de grundläggande principerna för upphandling.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska

rätten enligt 16 kap. 5 § i tillämplig lydelse av LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga (se t.ex. mål nr C-234/03, Contse, REG 2005 s. I-09315, p. 43 och 55).

Utredningen i målet

I anbudet under rubriken personella resurser anger TFS följande.

Teckenförrådet har idag 10 heltidsanställda tolkar. Utöver våra fast anställda tolkar använder vi oss regelbundet av ca 25 stycken timanställda, så kallade frilanstolkar. Teckenförrådet har också genom samarbetsavtal med ca 15 tolkföretag tillgång till ytterligare 45 tolkar.

Vidare har TFS på universitetets begäran om förtydligande angående dokumenterade kunskaper i engelska och krav på ett års egna högskolestudier anfört följande.

Här kommer några fler studieintyg. Jag vill än en gång belysa att samtliga tolkar har en gedigen erfarenhet av att tolka på universitetsnivå, från och till Teckenspråk, svenska och engelska samt är godkända av andra universitet genom upphandlingsförfaranden. Flertalet är auktoriserade av kammarkollegiet. Dessutom har många flera års erfarenhet att tolka forskarutbildningar åt Örebro universitet. Enligt antagningsreglerna till högskolan är praktisk erfarenhet att anse som "reell kompetens" och därmed likställt med viss utbildningsnivå.

I upphandlingsrapporten har universitetet förklarat syftet med kravet på minst ett års egna högskolestudier enligt följande.

Att även ha erfarenhet av egna högskolestudier ökar tolkens insikt och kunnande om vad högskolestudier innebär och är en viktig kvalitetskomponent.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan är först om TFS uppfyller skall-kraven 3 och 6 i kravspecifikationen. Såvitt framgår av universitetets bedömning av TFS redovisning för hur kraven uppfylls är det endast tre teckenspråkstolkare och en skrivtolk som har både dokumenterade kunskaper i engelska på C-nivå från gymnasiet eller motsvarande och minst ett års erfarenhet av egna högskolestudier. Även med beaktande av vad TFS anfört i målet och i förtydligande av anbudet finner förvaltningsrätten att TFS inte visat att fler tolkar uppfyller de angivna kraven. Antalet tolkar som enligt TFS redovisning uppfyller skall-kraven 3 och 6 är otillräckligt då det krävs att fyra teckenspråkstolkare och två skrivtolkar uppfyller kraven. TFS uppfyller således inte universitetets krav på dokumenterade kunskaper i engelska och egna högskolestudier för tolkarna. Yrkandet om rättelse så att TFS anbud ska beaktas kan därmed inte bifallas.

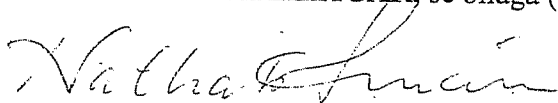
Nästa fråga blir då om aktuella skall-krav på de grunder som TFS anfört strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Utgångspunkten är därvid att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad den vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas, under förutsättning att myndigheten behandlar leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt iakttar principen om proportionalitet m.m. (jfr Kammarrättens i Göteborgs dom i mål nr 5481-10).

Beträffande skall-kravet på dokumenterade kunskaper i engelska på C-nivå från gymnasiet eller motsvarande finns det enligt förvaltningsrättens me-

ning inte skäl att ifrågasätta uppställt krav och det utesluter inte heller dokumenterade kunskaper som förvärvats på annat sätt. Förvaltningsrätten finner därmed att kravet är förenligt med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Vad gäller skall-kravet på minst ett års egna högskolestudier har det inte framkommit annat än att kravet är likvärdigt och icke-diskriminerande då alla anbudsgivare behandlas lika. Frågan är emellertid om kravet är förenligt med principen om proportionalitet. Som anförts gäller kravet för tolkning på forskarnivå trots att erfarenheten som efterfrågas avser studier på grund-nivå. Enligt förvaltningsrättens mening är det i utbildningssammanhang en betydande skillnad mellan studier på grundnivå och forskarnivå och det finns därför skäl att ifrågasätta om begränsningen till erfarenheter av ett års egna högskolestudier på grundnivå är ändamålsenlig (proportional) för att tillgodose syftet med kravet, vilket är att tolkar på forskarnivå ska ha insikt i och kunnande om vad högskolestudier innebär. Förvaltningsrätten anser att exempelvis flera års tolkerfarenhet från universitet och högskolor, framförallt på forskarnivå, i jämförelse med det ställda kravet om högskolestudier, bör ge minst lika god insikt i och goda kunskaper om den forskarmiljö inom vilken tolkarna ska verka. Med hänvisning till vad som anförts finner förvaltningsrätten att kravet på ett års egna högskolestudier är alltför snävt och därmed oförenligt med principen om proportionalitet. TFS som inte uppfyllt det uppställda skall-kravet men som torde uppfylla ett bredare krav har därigenom riskerat att lida skada. Då bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska ingripande ske på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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



Nathalie Lemaire

Målet har föredragits av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 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.