



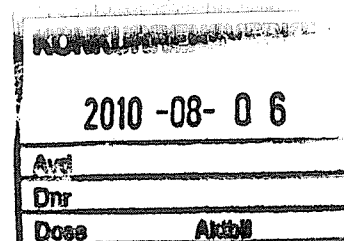
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Persson

DOM
2010 -07- 3 0
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 8852-10 E, 8853-10 E
 8854-10 E, 8855-10 E

SÖKANDE

Ystads Resebyrå/ Team Bornholm AB, 556219-7425
 Box 163
 271 24 Ystad



Ombud: Advokat Henrik Asklund och jur.kand. Markus Mårline
 Advokatbyrån Sigeman & Co AB
 Anna Lindhs plats 4
 211 19 Malmö

MOTPARTER

- | | |
|--|------------------|
| 1. Simrishamns kommun
272 80 Simrishamn | mål nr 8852-10 E |
| 2. Tomelilla kommun
Gustafs Torg 16
273 80 Tomelilla | mål nr 8853-10 E |
| 3. Sjöbo kommun
275 80 Sjöbo | mål nr 8854-10 E |
| 4. Simrishamns Bostäder AB
Box 123
272 23 Simrishamn | mål nr 8855-10 E |

Ombud för 1-4:
 Mattias Johansson
 Simrishamns kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Ystads Resebyrå/Team Bornholm AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Simrishamns kommun, Tomelilla kommun, Sjöbo kommun och Simrishamns Bostäder AB (kommunerna) genomför gemensamt en upphandling av resebyråtjänster 2010, dnr 2010/67. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt LOU. Vid utvärderingen placerades Resecity i Västervik AB (Resecity) på en första plats och tilldelades kontraktet. Sydresor AB (Sydresor) placerades på en andra plats och Ystads Resebyrå/Team Bornholm AB (Ystads Resebyrå) placerades på en tredje plats.

Ystads Resebyrå begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om utan att Resecitys och Sydresors anbud beaktas och i andra hand att upphandlingen görs om. Som grund för sin talan anför Ystads Resebyrå i huvudsak följande.

Uppfyllande av skall-krav

Enligt förfrågningsunderlaget ska tjänsten kunna hantera statliga och kommunala ramavtal knutna till resetjänster. För att kunna hantera ramavtal hos flygbolagen kräver flygbolagen att resebyrån har en IATA-licens. Resecity har i sitt anbud namngett två personer som kontaktpersoner för personlig service. Dessa två medarbetare arbetar vid Resecitys kontor i Västervik och inte vid Resecitys kontor i Oskarshamn. Den IATA-licens som Resecity har gäller endast för kontoret i Oskarshamn och kan inte användas av medarbetarna i Västervik. Kontaktpersonerna och övrig personal på kontoret i Västervik har således inte tillgång till de tjänster som kräver IATA-licens, vilket bland annat innebär att de inte kan hantera ramavtal hos flygbolagen. Eftersom Resecity saknar denna licens uppfyller de inte det ställda skall-kravet.

Enligt förfrågningsunderlaget ska tjänsten kunna bokas via Internet. Sydresor har i sitt anbud angett att endast vissa delar kan bokas via Internet men

att det finns möjlighet att skapa onlinekonto mot en månadskostnad om 500 kr per konto. I prisuppgiften har Sydresor dessutom, för i princip alla olika tjänster, angett att endast personlig service kan tillhandahållas. Sydresors anbud uppfyller således inte det ställda skall-kravet.

Referenser

Det är oförenligt med LOU att använda referenser i utvärderingsfasen om referenserna inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga får hänsyn endast tas till kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom t.ex. pris, leverans- eller genomförandetid, kvalitet, service och tekniskt stöd dvs. kriterier som utvärderar den tjänst eller vara som ska upphandlas. Kriterier som syftar till att säkerställa anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga eller kompetens i övrigt får endast användas i kvalificeringsfasen. Samtliga de frågor som ställts till referenterna har att göra med leverantörens kompetens och/eller förmåga i någon mån. Utvärderingskriteriet är således inte ägnat att leda till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Frågorna har besvarats och poängsatts direkt av referenterna. Referenterna har satt poängen 1-5 där 1 poäng motsvarar oacceptabelt lågt/dåligt och 5 poäng motsvarar mycket högt/bra. Någon ledning för vad referenterna ska väga in vid bedömningen finns inte beskriven. Kommunerna har inte gjort någon egen bedömning av vad referenterna svarat utan endast beräknat en totalpoäng utifrån de angivna poängen. Avsaknaden av ledning för hur poängsättningen ska göras och/eller vilka faktorer som ska vägas in innebär att modellen lämnar ett så stort utrymme för godtycklighet hos referenterna att modellen måste anses brista i transparens. Redan den omständigheten att referenterna på egen hand sätter en poäng utan att upphandlande myndighet gör någon som helst bedömning innebär att modellen inte är förutsägbar. Det finns även en uppenbar risk att leverantörerna kommer att

behandlas olika då det inte går att säkerställa att referenterna sinsemellan gör samma bedömning av vad som krävs för en viss poäng.

Beskrivet bokningssystem

I förfrågningsunderlaget har endast angetts några exempel på vad som kommer att bedömas vid utvärderingen av bokningssystemet. Det saknas helt och hållet en närmare beskrivning av hur poängsättningen kommer att ske vilket lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och innebär i det närmaste fri prövningsrätt för kommunerna. Tre av fyra anbudsgivare har fått 14 poäng på detta delkriterium och Sydresor har fått 12 poäng trots att bolagets beskrivning av bokningssystemet i princip innehållit en kortfattad beskrivning av öppettider, utrustning och saknat en beskrivning av hur bolagets bokningssystem online fungerar. Att ge Sydresor en så hög poäng trots de uppenbara bristerna i beskrivningen av bokningssystemet visar på att kriteriet i sig inte är tillräckligt förutsägbart. Modellen måste anses brista i förutsägbarhet och strider mot de grundläggande principerna.

Utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Funktionalitet och kvalitet skulle enligt förfrågningsunderlaget ges stor betydelse vid utvärderingen och viktas med 40 procent. Med beaktande av de kriterier som angivits i förfrågningsunderlaget har modellen inte lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Eftersom samtliga anbud i princip fått full poäng på referenser och då samtliga leverantörer även getts mycket höga poäng för beskrivningen av bokningssystemet har modellen i realiteten inneburit att utvärderingskriteriet varit lägsta pris.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Uppfyllande av skall-krav

Resecity i Västervik och Resecity i Oskarshamn är registrerade under samma organisationsnummer och IATA-licens. Resecity har en IATA-

licens och är en fullservice resebyrå som kan använda samtliga tjänster som är kopplade mot licensen. Resecity uppfyller det ställda skall-kravet.

Sydresors onlinekonto används via Internet och uppfyller således det ställda skall-kravet.

Referenser

Utvärderingskriterierna är i högsta grad kopplade till föremålet för kontraktet. Referenserna i utvärderingsfasen är medtagna för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Referensfrågorna berör anbudsgivarens utförande av tjänsterna i tidigare sammanhang dvs. hur anbudsgivaren har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder har varit. I EG-domstolens mål C-448/01 framgår att den upphandlande myndigheten inte endast är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt utan även att bestämma viktningen. Detta under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 7332-08 konstaterat att det inte finns något hinder att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Rätten har den 4 juni 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem funnits med i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Referenser

EG-domstolens har i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterat att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser en anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Det finns dock inte något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen. Svensk praxis har under senare tid godtagit utvärdering av referenser under förutsättning att referensupptagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt förvaltningsrätten har referensupptagningen i aktuell upphandling syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet genom att utvärdera hur anbudsgivaren tidigare utfört sina tjänster och hur nöjda tidigare kunder har varit med tjänsten i fråga. Det finns således ett direkt samband mellan referensupptagningen och den tjänst som erbjuds. Det bedöms därmed som tillåtet att utvärdera referenser i aktuell upphandling.

I förevarande upphandling har referenterna att svara på fem frågor som bedöms enligt poängskalan 1-5 där 1 poäng representerar oacceptabelt lågt/dåligt och 5 poäng representerar mycket högt/bra. I och för sig framgår det inte av förfrågningsunderlaget vad som specifikt tillmäts betydelse vid poängsättningen av respektive poängnivå. Frågorna är emellertid utformade på så sätt att referenterna ska bedöma anbudsgivarnas tidigare utförande av uppdrag och hur nöjda referenterna har varit med tjänsten i fråga. Vidare är ett visst mått av subjektivitet nödvändigt och ofrånkomligt vid poängsättning av referenser. Med hänsyn till hur frågorna är utformade och att poängskalan enbart utgörs av fem nivåer anser förvaltningsrätten att anbudsgivarna har kunnat bilda sig en viss uppfattning av hur poängsättning-

en skulle komma att ske. Det faktum att referenterna på egen hand sätter poäng är således syftet med hela referensupptagningen. Inte heller har referensupptagningen tillmätts en avgörande betydelse i upphandlingen.

Beskrivet bokningssystem

Det är den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris kan det i många fall vara i stort sett ofrånkomligt att upphandlarens bedömningar kan förutses eller redovisas till fullo. I förevarande upphandling anges i förfrågningsunderlaget att bokningssystemet kommer att utvärderas utifrån systemets funktioner och möjligheter. Vidare anges ett flertal exempel på vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Med anledning härav anser förvaltningsrätten att anbudsgivarna kunnat bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen skulle komma att ske. Även om Ystads Resebyrå anser att Sydresor fått alldeles för hög poäng finner förvaltningsrätten att Ystads Resebyrå inte förmått göra det sannolikt att kommunerna tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av anbudet.

Utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

När det gäller utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som utifrån angivna utvärderingskriterier bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Upphandlande myndighet tilldelar anbudsgivarna poäng efter hur väl de uppfyller utvärderingskriterierna. Ju bättre ett anbud uppfyller ett kriterium, desto bättre poäng tilldelas kriteriet. I aktuell upphandling framgår det klart och tydligt i förfrågningsunderlaget att det som kommer att utvärderas är pris samt funktionalitet och kvalitet. Det kan konstateras att flera anbud har lämnats där alla anbud i princip fått full poäng avseende referenser och erhållit höga poäng avseende beskrivningen av bokningssystemet. Att flera konkurrenskraftiga anbud lämnats går inte

att förutse och det faktum att priset blivit avgörande innebär enligt förvaltningsrätten inte att anbudet har utvärderats efter utvärderingsgrunden lägst pris.

Uppfyllande av skall-krav

Det uppställda kravet avseende att tjänsten ska kunna bokas via Internet utgör ett s.k. skall-krav. Ystads Resebyrå har anfört att Sydresor i sitt anbud har angett att endast vissa delar kan bokas via Internet men att det finns möjlighet att skapa onlinekonto. Förvaltningsrätten anser således att Sydresor uppfyller det ställda skall-kravet. Ystad Resebyrå har inte heller förmått visa att Resecitys anbud avviker från ställda skall-krav.

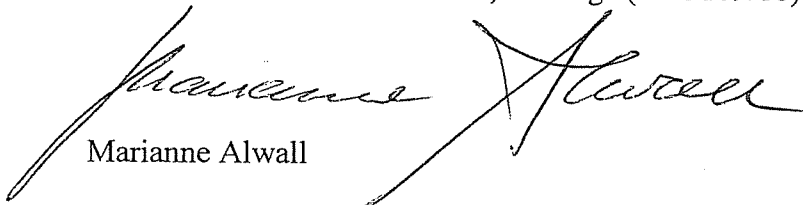
Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Ystads Resebyrå inte förmått göra det sannolikt att kommunerna brutit mot bestämmelserna i LOU på sådant sätt att det finns skäl för ingripande enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Ystads Resebyrås ansökan härom ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

Rättens interimistiska beslut från den 4 juni 2010 upphör med denna dom att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Marianne Alwall