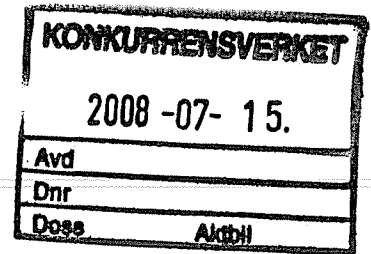




KLAGANDE

Oscarshamns Resebyrå AB, 556414-2213
Box 15
572 21 Oskarshamn



MOTPART

Oskarshamns kommun
Box 706
572 28 Oskarshamn

SAKEN

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

BAKGRUND

Oskarshamns kommun har genomfört en offentlig upphandling avseende resetjänster till kommunen. I ett tilldelningsbeslut den 6 maj 2008 beslutade kommunen att anta Sydresor AB:s anbud.

Länsrätten i Kalmar län avslog den 30 maj 2008 (mål nr 724-08 E) Oscarshamns Resebyrå AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Oscarshamns Resebyrå AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och anför följande. Bolaget yrkar i första hand att länsrätten fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas förrän länsrätten har tagit ställning till yrkandena. Bolaget yrkar i andra hand att länsrätten fattar beslut om att upphandlingen ska göras om eftersom bolaget anser att man lidit och kommer att lida skada.

Kommunen yrkar att länsrätten avvisar alternativt avslår bolagets ansökan om överprövning samt att det interimistiska beslutet från den 9 juni 2008

snarast upphävs. Som skäl anger kommunen att upphandling av resetjänster redan prövats och avgjorts av Länsrätten i Kalmar län den 30 maj 2008, mål nr 724-08 E.

Bolaget uppger att den nya överprovningen inte avser de yrkanden och grunder som anfördes i mål nr 724-08 E. I ansökan om överprovning daterad den 9 juni 2008 har angivits helt nya yrkanden och grunder, vilka inte prövades i mål nr 724-08 E. I nu aktuellt mål anför bolaget yrkanden och grunder som klart påvisar att kommunen bryter mot de grundläggande EG-rättsliga principer som styr den offentliga upphandlingen.

Länsrätten har i beslut den 9 juni 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten har avgjort målet slutligt eller något annat har beslutats (inhibition).

DOMSKÄL

Oscarshamns Resebyrå AB uppger bl.a. följande som grund för sin talan.

Bolaget har deltagit i upphandlingen av tjänsteresor för kommunen. Vid en analys av förfrågningsunderlaget daterat den 7 mars 2008 har bolaget funnit att delar av förfrågningsunderlaget strider mot de gemenskapsrättsliga principer som ska ligga till grund för en korrekt genomförd upphandling. Vid utformandet av utvärderingskriterierna har kommunen grovt åsidosatt principerna om transparens, objektivitet och proportionalitet. Utvärderingskriteriet "Service och kompetens" har getts en maxpoäng om 20 utifrån följande motivering. "Service och kompetens" bedöms utifrån lämnade företagsuppgifter från 20 poäng och nedåt i en fallande skala. Flera anbudsgivare kan erhålla samma poäng. Att subjektivt bedöma det i utvärderingen viktiga kriteriet "Service och kompetens" utifrån angivna förutsättningar, strider mot objektivitets- och transparensprincipen. Förfarandet hade varit förståligt och accepterat om kommunen hade begagnat sig av någon form

av referensgrupp som gjort utvärderingen, men så är inte fallet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget, i någon del, hur kommunen ämnar göra bedömningen av de efterfrågade företagsuppgifterna. Det framgår inte heller hur mycket (eller hur lite) uppgifter som kommunen efterfrågar. Att kunna ge bra service samt att inneha en relevant kompetens är ett krav som kommunen ställer på anbudsgivarna. I och med detta krav, ska kommunen redogöra för anbudsgivarna hur de ska visa att de uppfyller kraven, enligt de gemenskapsrättsliga principerna. Förfrågningsunderlaget brister på denna punkt. I RÅ 2002 ref. 50 konstaterade Regeringsrätten att ”Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling inte träds förnär”. Mot bakgrund av ovan sagda anser bolaget att förfrågningsunderlaget inte kan godtas. Utvärderingskriteriet ”referenser och egen erfarenhet” premieras med 10 poäng om två bra referenser kan lämnas. Egen bra erfarenhet av anbudsgivaren jämförs med två bra referenser. Bolaget anser att detta strider mot objektivitets-, transparens-, lika-behandlings- samt proportionalitetsprinciperna. Den första frågan bolaget ställer sig är den hur en bra referens ser ut? För varje krav som ställs ska den upphandlande myndigheten redogöra för anbudsgivarna, hur de ska visa att de uppfyller kraven. Hur är frågan/frågorna ställd/ställda till referenterna av anbudsgivaren? Vad ska man uppfylla för kriterier för att anses ha lämnat en bra referens? Inget av detta framgår av förfrågningsunderlaget samtidigt som kommunen godtyckligt kan bedöma om en referens är att anse som bra eller inte. Bolaget anser att detta strider mot objektivitets- och transparensprincipen. I förfrågningsunderlaget önskar kommunen att anbudet ska innehålla ”- Referenser från liknande uppdrag eller åberopande av att beställaren har bra, egen erfarenhet av anbudsgivaren”. Det räcker således att anbudsgivaren lämnar in referenser från liknande uppdrag, inte att dessa är kopplade till något krav om att dessa referenser är goda. Det åligger även anbudsgivaren själv, att åberopa att beställaren har bra egna erfarenheter från anbudsgivaren. Ska inte beställaren avgöra det? Kommunens sätt att hantera referenstagningen gör att det inte går att jämföra och utvär-

dera en anbudsgivares egenhändigt lämnade referens av liknande uppdrag, mot en annan anbudsgivares eget åberopande av att beställaren har egen erfarenhet av anbudsgivaren. Bolaget anser att det inte går att vare sig likställa eller jämföra dessa då kommunen inte har redovisat någon modell för hur man ämnar utvärdera referenser eller krav på hur man uppfyller kriteriet för en bra egen erfarenhet. Bolagen menar även att det åligger kommunen att göra denna bedömning och inte anbudsgivaren. Till varje krav kopplas alltså ett bevis och ett bevis går inte att utvärdera i sig, om det inte kopplas till ett krav. I förfrågningsunderlaget hävdar kommunen att egen erfarenhet är att jämföra med två bra referenser. Bolaget anser att detta strider mot proportionalitets- samt likabehandlingsprincipen. På det vis som kommunen redovisar sättet att beräkna proportionerna mellan referenserna, ligger det närmast till hands att anta att en dålig egen erfarenhet kan kompenseras med två bra referenser. Detta krav anser bolaget inte stå i rimlig proportion till vad som upphandlas.

Kommunen yrkar att länsrätten avvisar alternativt avslår bolagets ansökan om överprövning samt att det interimistiska beslutet från den 9 juni 2008 snarast upphävs.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 15 kap. 16 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten, enligt 12 kap. 1 § andra stycket, ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller

genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

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

I förarbetena till LOU prop. 2006/07:128 sid. 132 anges vissa grundläggande EG-rättsliga principer enligt följande.

”Principen om *likabehandling* innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. Med *transparens* avses främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandling och det praktiska tillvägagångssättet vid denna samt rätten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vad som gäller vid upphandlingen. *Proportionalitetsprincipen* innebär att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven skall således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas”.

Länsrätten gör följande bedömning.

Länsrätten i Kalmar län avslog den 30 maj 2008 (mål nr 724-08 E) Oscarshamns Resebyrå AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen. I målet prövades bolagets invändningar avseende undervikter inom utvärderingskriteriet pris, hur kommunen i sin upphandling har definierat bokningsarvode och om den antagna anbudsgivaren uppfyller skall-kravet beträffande biljettleveranser.

I nu aktuellt mål har bolaget sammanfattningsvis haft invändningar mot utvärderingskriterierna ”service och kompetens” och ”referenser och egen erfarenhet”. De av bolaget i detta mål åberopade yrkanden och grunder har inte tidigare prövats av länsrätten.

Förfrågningsunderlag måste i sig ha en konstruktion som gör det möjligt för den upphandlande enheten att jämföra inkomna anbud. Det innebär långtgående krav på tydlighet i förfrågningsunderlagen. Regeringsrätten har dock i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår att prövning av anbuden kommer att ske enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn tagen till följande bedömningsgrunder.

- Priser, arvoden, max 60 poäng
- Service och kompetens, max 20 poäng
- Referenser och egen erfarenhet, max 10 poäng
- Miljö, max 10 poäng

Det framgår vidare att ”Service och kompetens” bedöms utifrån lämnade företagsuppgifter från 20 poäng och nedåt i en fallande skala. Flera anbudsgivare kan erhålla samma poäng. ”Referenser och egen erfarenhet” premieras med 10 poäng om två bra referenser kan lämnas. Egen bra erfarenhet av anbudsgivaren jämförs med två bra referenser. En bra referens ger 5 poäng”.

Länsrätten konstaterar att anbudsvärderingen från den 15 april 2008 visar att samtliga anbudsgivare erhållit maximala 20 poäng för ”service och kompetens” och maximala 10 poäng för ”referenser och egen erfarenhet”.

Länsrätten konstaterar att en specificering av poängsättningen av de i förfrågningsunderlaget angivna bedömningsgrunderna ”service och kompetens” och ”referenser och egen erfarenhet” kunde ha varit av värde. Den totalpoäng som angivits visar dock den vikt som Oskarshamns kommun avsett att tillmäta de olika tjänsterna. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

De brister som förfrågningsunderlaget kan anses ha i ovan nämnda avseenden kan dock inte anses vara av sådan art eller omfattning att kravet på af-färsmässighet åsidosatts. Bolaget har därmed inte lidit någon skada och det saknas därför skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Inte heller i övrigt har det visats att förfarandet strider mot de krav som uppställs i lagen om offentlig upphandling. Bolagets ansökan om överprövning bör därför avslås.

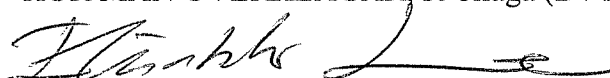
Genom att länsrätten nu har avgjort målet slutligt upphör länsrättens tidigare inhibitionsbeslut att gälla. Detta medför i sin tur att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2 LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett överklagande av denna dom.

DOMSLUT

Länsrätten avslår Oscarshamns Resebyrå AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut från den 9 juni 2008 upphör härmed att gälla, vilket medför att en ny tiodagarsfrist börjar löpa.

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



Elisabeth Lewin

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.