



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-04-18
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
7917-10 E

SÖKANDE

Solstadens Sjöfart AB, 556802-6560
Odalv 36
653 50 Karlstad

Ombud: jur kand David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad

MOTPART

Karlstads kommun
651 84 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-04-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 30953

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

PARTERNAS INSTÄLLNING

Karlstads kommun (kommunen) har inlett en offentlig upphandling avseende "Kollektivtrafik med båt", dnr 9540-10. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling och omfattar två områden, A (älvtrafik) och B (skärgårdstrafik). I meddelande om tilldelningsbeslut den 10 december 2010 anger kommunen att Tärnaline AB (Tärnaline) utsetts till leverantör för område A och B. Anbud för område B har getts in av bl.a. Solstadens Sjöfart AB (Solstadens Sjöfart).

Solstadens Sjöfart ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser område B. Solstadens Sjöfart åberopar diverse skrivelser samt information angående fartyget M/S Omega. Solstadens Sjöfart yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Som skäl för sin begäran anför Solstadens Sjöfart huvudsakligen följande.

Vinnande anbud från Tärnaline borde rätteligen ha uteslutits. Att anbudet inte uteslutits innebär ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Vid en korrekt genomförd upphandling skulle Solstadens Sjöfart ha varit den enda anbudsgivaren som uppfyllt samtliga skall-krav och skulle således ha tilldelats kontraktet.

Kompetens

Av punkten 3.3 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbudsgivaren ska redogöra för full formell och övrig kompetens enligt Transportstyrelsens föreskrifter. En grundläggande förutsättning för att uppställa ett skall-krav är att anbudsgivaren ska kunna redovisa hur man kommer att uppfylla kravet i samband med fullgörelse av kontraktet. Att inte pröva huruvida sådan kompetens som krävs för att utföra uppdraget verkligen innehas eller huruvida uppgift om sådan har lämnats i anbudet är inte förenligt med vare sig ordalydelsen i förfrågningsunderlaget eller lagstiftningen på området.

Dokument som styrker besättningens kompetens och behörigheter saknas. Endast ett läkarintyg är bifogat Tärnalines anbud. Alla befälhavare ska ha maskinistexamen, brandkurs samt första-hjälpenkurs. Endast ett intyg gällande maskinistexamen för en befälhavare har bifogats. I Tärnalines anbud framgår att det är Uno Fredriksson som ska vara ordinarie befälhavare. Det framgår inte om han uppfyller behörighetskraven för fartygsklass VIII eller om någon av de övriga extrabefälhavarna uppfyller de formella behörighetskraven eller att

den offererade personalen kan komma att erhålla erforderlig behörighet fram till avtalsstart. Tärnaline har inte visat på en formell eller reell förmåga att kunna utföra uppdraget under kontraktstiden och anbudet borde ha förkastats.

I anbudet framställs det som att säljaren (Uno Fredriksson, *förvaltningsrättens anm.*) av det större fartyget M/S Omega kommer att vara befälhavare ombord. Vid kontakt uppger han dock att han möjligtvis ska vara med på uppstarten för att visa hur fartyget fungerar, men att han inte kommer att köra fartyget under hela avtalstiden.

Kommunen uppger att det inte ställts något krav på att styrka vem som ska vara befälhavare. I punkten 3.2. i förfrågningsunderlaget finns ett krav på att presentera sina personalresurser. För att ha möjlighet att framföra det aktuella fartyget måste det finnas behörig personal och det är ett krav enligt gällande lagstiftning att fartyg i passagerartrafik ska ha en befälhavare. Uppgift om vem som ska vara befälhavare är mycket relevant för uppdraget.

Tärnalines anbud borde med hänsyn till ovan anförda inte ha gått vidare till utvärderingsfasen. Alternativt borde Tärnalines anbud inte ha tilldelats maximala 5 poäng under utvärderingskriteriet erfarenhet och kompetens, då Tärnaline saknat faktisk kompetens vid tidpunkten för anbudet och inte redogjort för hur sådan skulle säkerställas.

Beskrivning av båtar

I punkt 3.4 i de administrativa föreskrifterna anges att anbudsgivaren i anbudet mycket noggrant ska beskriva de båtar som ska användas i uppdraget. I punkten 2.6 anges att ett utvärderingskriterium är Komfort, utvändigt/invändigt skick och tekniskt skick inklusive fartresurser. Det anges inte i anbudet fartygets invändiga skick, tekniskt skick eller fartresurser. Avsaknaden av denna information bör innebära att anbudet inte uppfyller uppställda skall-krav då den mycket noggranna beskrivning som anges i punkten 3.4 i vart fall bör innehålla sådan information att kommunen kan utvärdera anbudet enligt de kriterier som anges i punkten 2.6. Vidare kan det starkt ifrågasättas om inte en mycket noggrann beskrivning av den aktuella båten i vart fall följer den gängse standarden inom fartygsbeskrivningar. Tärnalines beskrivning av fartyg saknar historik, signalbokstäver, fartkapacitet, radioutrustning, byggnadsvarv, teknisk utrustning och ägarförhållanden vilka är grundläggande fakta för fartyg.

Inga uppgifter angående invändigt skick eller interiörfotografier finns avseende M/S Omega. Inte heller finns uppgifter angående tekniskt skick inklusive fartresurser. Tärnaline har trots avsaknad av uppgifter erhållit fyra respektive tre poäng. Solstadens Sjöfart har bifogat sex stycken interiörbilder samt har redogjort för dess fartygs skick och

fartresurser. Solstadens Sjöfart har också erhållit fyra respektive tre poäng. Att tilldela Tärnaline samma poäng trots att man inte har någon aning om fartygets invändiga skick respektive tekniskt skick inklusive fartresurser strider mot likabehandlingsprincipen. Om anbudet inte utsluts borde Tärnaline åtminstone ha tilldelats lägre poäng för bedömningsgrunden utvändigt/invändigt skick samt inte ha erhållit några poäng för bedömningsgrunden tekniskt skick inklusive fartresurser.

Tillgång till fartyg

Vid tidpunkten för avlämnandet av anbudet ägde inte Tärnaline fartyget M/S Omega och på vilken grund Tärnaline då offererat fartyget är oklart. Om en anbudsgivare vill åberopa andra företags kapacitet måste anbudsgivaren, genom tillhandahållande av ett åtagande från företaget eller på annat sätt, visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Är förhållandet sådant att en anbudsgivare inte äger ett aktuellt fartyg hänvisar anbudsgivaren per definition till annat företags resurser. I Tärnalines anbud framgår inte att Tärnaline på något sätt kommer att förfoga över det aktuella fartyget när kontraktet ska fullgöras.

Erfarenhet

Tärnalines lämnade referenser kan inte anses vara direkt relevanta för uppdraget. Solstadens Sjöfart har angett ett antal för uppdraget mycket relevanta referenser. Att de båda anbudsgivarna då erhållit maximala fem poäng i utvärderingsfasen strider mot likabehandlingsprincipen. Det var närmare 20 år sedan Tärnalines referens Åke E Gunnarsson var verksam i Dalslands Kanalaktiebolag och hade någon verksamhetsanknuten vetskap om den personal som offererats av Tärnaline. Det var mer än fyra år sedan referensen Lena Lundberg Upperud hade någon verksamhetsanknuten kontakt med personal offererad av Tärnaline.

Utvärdering

Det stämmer inte att en förändrad poängsättning inte skulle påverka resultatet av upphandlingen. Om Tärnalines poäng förändras på så sätt att Tärnaline erhåller tre poäng för Utvändigt/invändigt skick, två poäng för tekniskt skick inkl fartresurser samt tre poäng för erfarenhet och kompetens skulle Tärnalines totala poäng bli 3,8 och Solstadens Sjöfart skulle, trots högre pris, ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med en poäng om 3,86. Eftersom kommunen inte har en aning om det invändiga skicket på det av Tärnaline offererade fartyget är tre poäng en ytterst positiv värdering. För tekniskt skick inkl. fartresurser borde Tärnaline inte erhålla några resurser, men om man ändå anser att uppgifter om tekniskt skick har lämnats genom uppgift om längd och bredd bör en ytterst positiv värdering

resultera i två poäng. Om anbudet ska utvärderas bör det inte värderas till mer än tre poäng för kriterierna erfarenhet och kompetens. Ingen personal som uppvisar formell behörighet att framföra fartyget har offererats och referenser som är 20 år gamla kan inte bedömas likvärdiga med aktuella referenser.

Karlstads kommun anser att begäran om överprövning ska avslås, åberopar yttrande från förste fartygsinspektören Håkan Ågård vid Transportstyrelsen samt anför bl.a. följande.

Det vinnande anbudet uppfyller ställda skall-krav och upphandlingen är genomförd i enlighet med bestämmelserna i LOU samt de grundläggande principerna.

Kompetens

I förfrågningsunderlaget uppställdes som krav att anbudsgivaren skulle redogöra för full formell och övrig kompetens enligt Transportstyrelsens föreskrifter. Detta har vinnande anbudsgivare gjort. Det har inte i förfrågningsunderlaget angetts att kraven beträffande Transportstyrelsens behörighetskrav och dylikt måste vara uppfyllda före avtalsstart. Ett sådant krav hade inte varit förenligt med LOU. Att kraven ska vara uppfyllda under avtalsperioden framgår av de kommersiella villkoren, punkt 1.2 och 1.3.

Solstadens Sjöfarts påståenden om Omegas förre ägares engagemang i Tärnalines trafik är inte riktiga. Kommunen ska endast beakta de uppgifter som lämnades vid anbudstillfället. Någon anledning att ifrågasätta uppgiften om att Uno Fredriksson skulle arbeta under hela säsongen förelåg inte då. För övrigt har kommunen inte uppställt något krav på att ange vilka personer som ska fungera som befälhavare på båtarna. Ett sådant krav vore orimligt då det måste stå en leverantör fritt att byta ut sin personal under avtalstiden. Enligt de kommersiella villkoren är dock en leverantör skyldig att under avtalstiden använda sig av behöriga befälhavare.

Påståendet om att Tärnaline borde ha tilldelats en lägre poängsumma är grundlöst.

Beskrivning av båtar

I anbudet beskrivs mycket noggrant de båtar som uppdraget gäller. Uppgifterna är fullt tillräckliga för att kommunen ska kunna få en god bild av båtarna. Något krav på historik, signalbokstäver, maskinstyrka osv. har inte uppställts. Inte heller ritningar har efterfrågats. Vad som enligt Solstadens Sjöfart utgör gängse beskrivning av fartyg är irrelevant då det är den upphandlande myndigheten som avgör vilka krav som ska ställas.

Det finns ingen grund för påståendet om att Tärnaline borde ha tilldelat en lägre poängsumma. Det bör vidare noteras att förändrad poängsättning i enlighet med vad Solstadens Sjöfart anför inte skulle påverka resultatet av upphandlingen eftersom Tärnaline offererade ett mycket lägre pris.

Tillgång till fartyg

Det är uppgifterna som fanns vid anbudstillfället som kommunen haft möjlighet att utvärdera. Det fann inte någon anledning att inte sätta tilltro till uppgiften att fartyget M/S Omega under namnet Tärnan 4 skulle användas vid utförandet av uppdraget. Något krav på bevisning har inte ställts. Något avtal som styrker dispositionsrätt har inte krävts och det är irrelevant att fartyget påstås ligga ute till försäljning. Tärnaline har inte åberopat annat företags kapacitet varför bestämmelsen i 15 kap. 15 a § LOU inte är relevant. Om Tärnaline mot förmodan inte skulle kunna använda M/S Omega vid utförandet av uppdraget är detta en civilrättslig fråga mellan kommunen och Tärnaline.

Erfarenhet

Det är inte lagligen möjligt för en upphandlande myndighet att endast bedöma erfarenheter avseende det tidigare utförandet av aktuellt uppdrag. Referenserna har varit likvärdiga. Såväl Tärnaline som Solstadens Sjöfart har uppvisat erfarenhet och kompetens värd att erhålla fem poäng vid utvärderingen.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § 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.

Solstadens Sjöfart har anfört att Tärnalines anbud inte uppfyller skall-krav avseende bl.a. kompetens och beskrivning av båtar samt anser att för höga poäng har tilldelats Tärnalines anbud vid utvärderingen om anbudet likväl ska anses ha kvalificerat sig för att delta i utvärderingen.

Kompetens

I anbudsförfrågans administrativa föreskrifter, punkt 3.3, ställs ett krav på kompetens enligt följande. Anbudsgivaren skall i anbud redogöra för full formell och övrig kompetens enligt transportstyrelsens föreskrifter.

Formuleringen är enligt förvaltningsrättens mening svårtolkad. Kommunen hävdar att kraven på kompetens inte behöver vara uppfyllda före avtalsstart utan först under avtalsperioden. Skallkravet avser dock vad anbudsgivaren ska redogöra för i sitt anbud, och det förefaller med kommunens utgångspunkt något oklart vad den redogörelsen ska innehålla. Möjligen innebär skallkravets utformning att anbudsgivaren vid tiden för anbudet inte behöver ha personal med erforderlig kompetens, utan endast ha förutsättningar för att anskaffa sådan personal om anbudet antas av kommunen, och att anbudet i så fall ska innehålla en redogörelse som visar på att sådana förutsättningar föreligger. En sådan tolkning kan vara rimlig med hänsyn till lagstiftningens syfte att främja konkurrens och inte utestänga nya aktörer på marknaden, som inte har en helt ”färdig” organisation. Förvaltningsrätten godtar därför, om än med viss tvekan, kommunens inställning i denna tolkningsfråga.

Tärnalines anbud avser fyra fartyg, Tärnan 1-4. Enligt anbudet har befälhavarna på Tärnan 1-3 minst den behörighet som krävs (klass 8). Solsta-

dens Sjöfart s invändningar gäller Tärnan 4 (f d Omega). Anbudet formulering beträffande detta fartyg är något dunkel, men i en särskild redogörelse för aktuell befälhavares (Uno Fredriksson) erfarenhet anges dock att denne har behörigheten klass 8. Vad som i övrigt framkommit i anbudshandlingarna om personalens bakgrund och erfarenhet har knappast gett kommunen befogad anledning anta att Tärnaline skulle komma att sakna behörig personal. Som kommunen anfört har inte i anbudet framförts skallkrav avseende bevisning om behörighet (läkarintyg eller dylikt). Det finns inte heller skäl att fästa avgörande vikt vid vad Solstadens Sjöfart anfört om Uno Fredrikssons begränsade anställningstid, eftersom man hur som helst måste beakta möjligheten av personalbyten, nyrekryteringar och omplaceringar inom anbudsgivarens organisation.

Beskrivning av båtar

Det här aktuella skall-kravet ”mycket noggrant beskriva” är allmänt hållet. Tärnalines anbud innehåller en beskrivning av dess båtar. Huruvida denna beskrivning är ”mycket noggrann” är en bedömningsfråga. Uteslutning på grund av brott mot skall-krav bör endast komma ifråga vid klara brott mot skall-krav. Förvaltningsrätten finner i detta fall inte skäl ifrågasätta kommunens bedömning att anbudet var godtagbart i detta avseende.

Tillgång till fartyg

Förvaltningsrätten ansluter sig till vad kommunen anfört.

Sammantaget om skallkrav

I likhet med vad kommunen anfört finner förvaltningsrätten att det i förfrågningsunderlaget inte finns något krav på bevisning förknippat med skall-kravet på att beskriva båtar samt kompetens. Inte heller finns det någon tidpunkt angiven för när tillgång till respektive båt ska finnas eller när full kompetens ska vara uppnådd. Förvaltningsrätten gör samma bedöm-

ning som kommunen och finner att Tärnaline får anses ha uppfyllt kraven på beskrivning av de båtar som ska användas för uppdraget samt att Tärnaline även får anses ha redogjort för kompetens enligt ställt skall-krav. Inte heller av vad Solstadens Sjöfart i övrigt har anfört har det enligt förvaltningsrättens mening framkommit att Tärnalines anbud inte uppfyllt ställda skall-krav.

Utvärdering/poängsättning

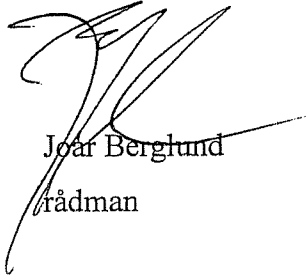
Solstadens Sjöfart har i andra hand gjort gällande att Tärnaline borde fått lägre poäng vid utvärderingen på grund av påtalade brister rörande kompetens och beskrivning av båtar, om dessa brister inte leder till att anbudet utesluts från utvärdering. Solstadens Sjöfart har också invänt mot den poäng som Tärnaline fått för erfarenhet.

När det gäller utvärderingen framgår det av de administrativa föreskrifterna bl.a. att erfarenhet och kompetens ska värderas mellan 1 och 5 poäng, varvid fem poäng erhålls för mer än fem års erfarenhet av turbåtstrafik. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att Tärnalines offererade personal har en erfarenhet som överstiger denna tid och kommunen har således haft fog för att i utvärderingen tilldela Tärnaline fem poäng. När utvärderingen i denna del är korrekt saknar förvaltningsrätten anledning att närmare gå in på utvärderingen i övrigt, då de eventuella förändringar som en sådan bedömning skulle kunna leda till inte skulle innebära att Solstadens Sjöfarts anbud skulle visa sig vara ekonomiskt mer fördelaktigt än Tärnalines anbud. Då det således inte framkommit att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU till skada för Solstadens Sjöfart ska ansökan om överprövning avslås.

Övrigt

I och med denna dom upphör förlängd avtalsspärr att gälla. Dock gäller enligt 16 kap. 10 § LOU fortsatt förbud för kommunen att ingå avtal under tio dagar från domen.

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



Joar Berglund
rådman

Handläggare: förvaltningsrättsjuristen Josefin Andersson.