



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2013-02-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22404-12
Enhet 17

SÖKANDE
Muskövarvet AB, 556675-3496
Box 55
148 21 Ösmo

MOTPART
Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN
Ansökan om överprövning av upphandling på försvars- och säkerhetsom-
rådet

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013 02 26 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Muskövarvet AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 307748

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Försvarets Materielverk (FMV) har genomfört en upphandling, med beteckning 367181-AI838458, som gäller modifiering av 60 gruppåtar. Upphandlingen har genomförts genom ett förhandlat förfarande enligt lagen (2011:1029) om upphandlingar på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS.

Muskövarvet AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där anbuden från Ö-varvet AB och Swedeship Marine AB ska förkastas på grund av att de inte uppfyller ställda ska-krav samt att bolagets anbud ska antas. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Ö-varvet AB uppfyller inte ska-krav

Av punkten 5.4 i förfrågningsunderlaget framgår att "Anbudsgivaren ska i sitt anbud ange tidsperiod för avrop uttryckt i antalet arbetsdagar för begärd leverans". Ö-varvet AB har i sitt anbud endast kommenterat denna punkt med "Acceptoras och förstås" och inte angett några tidsperioder.

Av punkten 7 Leveranstid anges att "Leverans ska ske enligt nedanstående tidplan". Leveranstider är sedan listade positionsvis. Ö-varvet AB anger i följebrevet till sitt anbud under rubriken Förtydligande att "Om mängdpri- serna i enhetsbytet innebär att en position/option ger mycket plåtbyte så har vi möjligt svårt att hålla vår produktionslinjal på 11 kalenderveckor innan vi går in i egenkontroll och leverans sista två veckorna". I samma stycke anges att det inte är ett förbehåll utan en fråga. Detta utgör dock ett tydligt förbehåll som innebär att angivet ska-krav inte uppfyllts.

Av punkten 8.1 Pris framgår bl.a. att "Pris ska anges individuellt för samtliga offererade positioner jämte eventuell option i SEK exklusive mervär-

desskatt". I Ö-varvet AB:s anbud har priser inte lämnats i enlighet med ska-kravet, vilket framgår tydligt av FMV:s begäran daterad 2012-09-06 (efter anbudstidens utgång). Ö-varvet AB har efter det tillåtits att komma in med bl.a. uppgifter om priser som enligt förfrågningsunderlaget skulle anges i anbudet.

I punkten 13.1 Språk anges att "All dokumentation i detta upphandlingsärende inklusive all korrespondens ska vara på svenska". Ö-varvet AB har till sitt anbud bifogat all dokumentation avseende offererat motoralternativ på engelska (13 sidor).

Ö-varvet AB har, i strid med krav 300:12 Teknisk specifikation, i sitt följebrev angett att man offererar motoralternativet Volvo Penta D4 eftersom man gör bedömningen att det ger bäst slutprodukt. Redan i inledningen anges att man med det valda motoralternativet kommer att öka båtens lättvikt med 16 kg mot befintlig konfiguration. Avslutningsvis ger man upphandlaren ett alternativ att välja annat motoralternativ (ett alternativt anbud) om ökad lättvikt inte skulle accepteras. Det är inte heller i enlighet med förfrågningsunderlaget eftersom det inte ges något utrymme i upphandlingen för alternativa anbud/motorval. Alternativa anbud är endast tillåtna om detta uttryckligen anges i annonsen och förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget (punkten 11 s. 16) framgår att det anbud som innehåller "det lägsta priset" kommer att antas.

Swede Ship Marine AB uppfyller inte ska-krav

Prisuppgift har inte lämnats under punkten 075:3 i ILS specifikation Mod G-båt, tre stycken kompletta huvudmotorer som Utbytesenheter till Växjö. De tre motorerna som ska levereras torde inte levereras utan ersättning.

I punkten 13.1 Språk anges att "All dokumentation i detta upphandlingsärende inklusive all korrespondens ska vara på svenska". Swede Ship Ma-

rine AB har till sitt anbud bifogat efterfrågad Preliminär Systemsäkerhetsprogramplan och till den har man bilagt matriser och protokollsmallar på engelska utan översättning.

I krav 211:6 Teknisk specifikation Mod G-båt anges att "Gummifendrar ska kontrolleras avseende fastsättning och skador. Åtgärda vid behov. Vid målning av båten skall gummifendrarna vara demonterade". Swede Ship Marine AB har i sitt anbud, i bilagan till kommentaren till Teknisk specifikation under den aktuella punkten, angett att "I de fall fendrar behöver nyanskaffas, ingår detta ej i vårt anbud". Det utgör således ett förbehåll i strid med nämnda krav.

Sammanfattningsvis uppfyller varken anbudet från Ö-varvet AB eller Swede Ship Marine AB uppställda ska-krav enligt förfrågningsunderlaget och FMV har handlat i strid med grundläggande upphandlingsrättsliga principer genom att tillåta Ö-varvet AB att efter anbudstidens utgång komplettera sitt anbud med bl.a. uppgifter om priser, som enligt förfrågningsunderlaget skulle anges i anbudet. Detta innebär att FMV som upphandlande enhet inte behandlat anbudsgivarna/leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. En upphandlande enhet får inte tillåta anbudsgivare att komma in med priser efter anbudstidens utgång. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs och inte orsaka att en anbudsgivare särbehandlas. FMV har tillåtit Ö-varvet AB att komma in med helt nya prisuppgifter och genom detta gett det varvet en fördel som anbudsgivare vilket strider mot principen om likabehandling och försvårat möjligheterna till insyn. FMV borde ha förkastat Ö-varvet AB:s och Swede Ship Marine AB:s anbud och i stället antagit bolagets. Bolaget har därför lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

FMV:s inställning

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Punkten 5.4 i förfrågningsunderlaget

Den materiel som FMV ska tillhandahålla utan särskild ersättning fritt leverantörens lager/fabrik i upphandlingen är följande:

- H-MIKROTEN 8791, M2795-879110
- H-MIKROTEN 8792, M2795-879210
- HÖRSELSKYDD COMTAC XP, M7343-224010

Materielen är inte av sådan art som kräver montage i eller vid aktuella fartyg och har därför inte någon påverkan eller betydelse för leverantörens möjlighet att genomföra modifiering alternativt byte av motorer vilket är vad aktuell upphandling avser. Att leverantören ska ange antal dagar för leverans av sådan materiel som FMV ska tillhandahålla är endast en ordningsfråga för det fall det skulle ha betydelse för leverantörens möjlighet att hålla avtalade leveranstider.

Punkten 7

FMV vitsordar att Ö-varvet AB i ett följebrev till sitt anbud skrivit följande: *"Om mängdpriserna i enhetsbytet innebär att en position/option ger mycket plåtbyte så har vi möjligt svårt att hålla vår produktionslinjal på 11 kalenderveckor innan vi går in i egenkontroll och leverans sista två veckorna"*. Ö-varvet AB har därefter tydligt skrivit att detta inte ska uppfattas som ett förbehåll utan som en fråga ställd till FMV. Frågan avser hur FMV förhåller sig till genomförandet av plåtbyte i större omfattning. FMV uppfattade inte skrivelsen som ett förbehåll och har därför inte lagt någon vikt vid den under utvärderingsfasen.

Punkten 8.1

Enligt den utvärderingsmodell FMV använt sig av i upphandlingen ska ett totalpris avseende pos. 6-10 ligga till grund för beräkningen av ett utvärde-

ringspris. Utvärderingspriset utgörs av en sammanräkning av priserna för pos. 6-10 sammanslagen i enlighet med angiven viktning utifrån en schablon om 50 arbetstimmar. Ö-varvet AB har i sitt anbud genomfört uträkning på det sätt FMV beskrivit i punkten 11.1. i förfrågningsunderlaget. Det Ö-varvet AB tillåtits komplettera med är fördelningen avseende timpriser vilka inte ligger till grund för anbudsutvärderingen och således inte påverkar anbudsutvärderingen på något sätt. Kompletteringen kan därför inte anses strida mot 10 kap. 8 § 2 st. LUFSS.

Vad avser kravet i punkten 075:3 angående leverans av tre kompletta huvudmotorer till FMV i Växjö efterfrågas inga prisuppgifter i förfrågningsunderlaget, vilket innebär att Swede Ship Marine AB inte brustit i sitt anbud. Upphandlingen avser inte anskaffning av fendrar och Swede Ship Marine AB:s konstaterande i denna del kan inte anses vara ett otillåtet förbehåll.

Punkten 13

FMV vitsordar att både Ö-varvet AB:s och Swede Ship Marine AB:s anbud innehåller information på engelska, dock måste det göras gällande att samtliga inkomna anbud innehållit mer eller mindre information såväl på engelska som finska. Med utgångspunkt i likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen enligt LUFSS har FMV gjort bedömningen att det är förenligt med upphandlingslagstiftningen och bakomliggande direktiv att i denna situation godkänna samtliga anbud på denna punkt.

Skada

I den aktuella upphandlingen har fem anbud kommit in. Av dessa har fyra anbud kvalificerats. Ö-varvet AB kom på första plats och Swede Ship Marine AB på andra plats och bolaget på tredje. Enligt 16 kap. 6 § LUFSS krävs för att rättelse ska ske dels att FMV brutit mot någon bestämmelse i LUFSS, dels att det medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Eftersom bolaget hamnat på tredje plats och FMV i vart fall inte brutit mot någon bestämmelse när det gäller utvärderingen av Swede Ship Marine AB:s anbud har bolaget inte lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 11 § LUFSS ska upphandlande myndigheter och enheter 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.

I 16 kap. 6 § LUFSS anges följande. Om den upphandlande myndigheten eller enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav vad gäller det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Prövningen i förvaltningsrätten, som grundas på vad sökanden har framfört i målet, utgör en kontroll av om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna och om det därför finns grund för åtgärder enligt 16 kap. 6 § LUFSS. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Fråga i målet är dels om Ö-varvet AB och Swede Ship Marine AB uppfyllt de ska-krav som FMV ställt upp enligt förfrågningsunderlaget och dels om FMV i egenskap av upphandlande myndighet i upphandlingen brutit mot

några av de grundläggande principerna enligt LUFSS. Nästa fråga är om bolaget i så fall lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta.

Ö-varvet AB:s anbud

Bolaget har anfört att anbudet inte uppfyller vissa ska-krav som FMV ställt upp i förfrågningsunderlaget, att anbudet innehåller otillåtet förbehåll samt att Ö-varvet AB tillåtit att efter anbudstidens utgång komma in med kompletterande uppgifter som inte är av marginell betydelse och även gett alternativt anbud gällande ett tekniskt ska-krav.

Det framgår av det av FMV uppställda ska-kravet i punkten 5.4. i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren i anbudet ska ange tidsperiod för avrop uttryckt i antalet arbetsdagar för begärd leverans. Ö-varvet AB har endast angett "Accepteras och förstås" angående denna punkt. Förvaltningsrätten bedömer därför att ska-kravet inte är uppfyllt i den delen. FMV:s invändning att angivandet av antalet dagar för sådan leverans endast är en ordningsfråga lämnas utan avseende mot bakgrund av att leveranstiden anges som ett ska-krav i förfrågningsunderlaget.

Av punkten 8.1 i förfrågningsunderlaget anges att individuella priser ska anges för de offererade positionerna. Ö-varvet AB har inte lämnat prisuppgift angående enhetspris för plåtbyte, vilket ska anges särskilt enligt förfrågningsunderlaget. Det framgår av FMV:s förfrågan daterad 2012-09-06 att man efterfrågar den prisuppgiften och Ö-varvet AB har fått möjlighet att komma in med uppgiften i efterhand, vilket utgör en otillåten komplettering i upphandlingssammanhang.

Förvaltningsrätten bedömer sammantaget att Ö-varvet AB:s anbud inte uppfyller alla ska-krav som FMV ställt upp i förfrågningsunderlaget och den upphandlande myndigheten har därför vid antagandet av Ö-varvet

AB:s anbud handlat i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LUFSS och gemenskapsrätten.

Swede Ship Marine AB:s anbud

Vad gäller Swede Ship Marine AB:s anbud har bolaget anmärkt på bl.a. att vissa delar av anbudet är på engelska vilket står i strid med kraven i förfrågningsunderlaget. Det stämmer visserligen men det framgår att samtliga av de anbudsgivare som nu är ifråga har angett vissa delar av sina anbud på engelska och den avvikelser får därför godtas eftersom alla anbudsgivare i denna del har behandlats lika av den upphandlande myndigheten. Då det inte framgår att någon prisuppgift efterfrågas beträffande de tre motorer som ska levereras till Växjö eller att upphandlingen också skulle omfatta anskaffning av fendrar bedömer förvaltningsrätten sammantaget att bolaget inte visat att Swede Ship Marine AB:s anbud står i strid med ska-kraven i förfrågningsunderlaget eller att FMV vad gäller detta anbud handlat i strid med LUFSS eller de gemenskapsrättsliga reglerna för offentlig upphandling.

Har bolaget lidit eller kan komma att lida skada

För att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas krävs, utöver att den upphandlande myndigheten handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, att det ansökande bolaget har lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta. Frågan är därför om bolaget till följd av FMV:s agerande i upphandlingen har lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten har konstaterat att det vinnande bolaget Ö-varvet AB:s anbud inte uppfyllde de ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget och att det därför var fel av FMV att anta Ö-varvet AB:s anbud som det vinnande. Vad gäller den leverantör som kom på andra plats i upphandlingen, Swede Ship Marine AB, har bolaget inte visat att anbudet inte uppfyller ska-kraven och därför borde ha förkastats.

Enligt bestämmelsen i 16 kap. 6 § LUFSS krävs att det finns ett orsakssamband mellan den upphandlande myndighetens överträdelse av de upphandlingsrättsliga principerna och den skada som den ansökande leverantören har lidit eller kan komma att lida (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål 641-07 och 622-04).

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten bedömt att bolaget i sin ansökan om överprövning inte visat att den leverantör som kom på andra plats i upphandlingen inte uppfyller de ska-krav som ställts upp av FMV i förfrågningsunderlaget, kan bolaget inte anses ha lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget ändå inte skulle ha kunnat komma ifråga för att teckna kontrakt i upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU)

Kaisa Söderberg
Rådman

Johanna Segerheim har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

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, anledning förekommer till ändring i det slut var till 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 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU