



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Lena Hellsson

DOM

2012-12-20
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4245-12

SÖKANDE

Boomeranger Boats Oy

Ombud: Advokat Carl Norén
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPARTER

Kustbevakningen
Box 536
371 23 Karlskrona

Madera Ribs B.V.
Viaardingweg 87
3044 CJ Rotterdam
Nederländerna

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2012-12-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Boomeranger Boats Oys ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att Kustbevakningen gör en ny utvärdering av anbudet, varvid anbudet från Madera Ribs BV inte ska beaktas.

Dok.Id 60685

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Kustbevakningen i Karlskrona (KBV) har genomfört en upphandling av Rigid (Hull) Inflatable Boats. Avsikten med upphandlingen är att KBV ska köpa tre RIB-båtar. Enligt tilldelningsbeslutet utsågs Madera Ribs B.V. (Madera) som leverantör. Övriga anbud utom Boomeranger Boats Oys (Boomeranger Boats) anbud förkastades.

YRKANDEN M.M.

Boomeranger Boats ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att Maderas anbud utesluts.

KBV bestrider bifall till yrkandet.

Madera bestrider bifall till yrkandet.

Bommeranger Boats åberopar följande till stöd för sin talan. Maderas anbud har inte uppfyllt de obligatoriska kraven i upphandlingen när det gäller giltighetstid, ISO-certifikat, erfarenhet och toppfart. Genom att inte förkasta Maderas anbud har KBV agerat i strid med LOU och likabehandlingsprincipen.

Giltighetstid

Enligt förfrågningsunderlaget, punkt 1.2.6. gäller att *"The tenderer shall be valid at least until Januari 31, 2013. If the award decision is appealed, shall the valid time for tender be extended with six months."* Kravet är

formulerat som ett obligatoriskt krav. Madera har i sitt anbud uttryckligen begränsat giltighetstiden till tre månader och uppfyller därmed inte kravet. Detta är ett kommersiellt åtagande som påverkar anbudsgivarens möjligheter att upprätta ett konkurrenskraftigt anbud. Genom att låta en anbudsgivare avvika från kravet missgynnas de anbudsgivare som accepterat den föreskrivna anbudstiden. Av ett e-postmeddelande framgår att den ursprungliga giltighetstiden i anbudet inte har motsvarat den som föreskrivits av KBV. KBV:s inställning får anses innebära att det är fråga om en tillåten rättelse eller i vart fall komplettering. Detta bestrids. Åtgärder enligt 9 kap. 8 § LOU kan inte vidtas efter det att ett tilldelningsbeslut har fattats. Redan av detta skäl har KBV agerat i strid mot bestämmelserna i LOU. Även om svaret skulle ha getts innan tilldelningsbeslutet hade det ändå inte kunnat utgöra en tillåten rättelse. Det kan inte anses ha förelegat en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Genom att acceptera kompletteringen har KBV gett Madera en möjlighet att uppfylla ett obligatoriskt krav som inte var uppfyllt i det ursprungliga anbudet.

ISO-certifiering

Maderas anbud uppfyller inte skall kravet på ISO-certifikat eller motsvarande. Madera har bifogat ett certifikat för vilket giltighetstiden gick ut den 26 juli 2010. KBV anser att Madera uppfyller kravet eftersom KBV har tidigare erfarenhet av Maderas kvalitetssystem. Detta är inte tillräckligt för att anbudsgivaren ska anses ha bevisat att han uppfyller kraven enligt kvalitetssäkringssystemet ISO 9001 eller motsvarande.

Erfarenhet

Maderas anbud uppfyller inte kravet på erfarenhet. Madera har i sitt anbud beskrivit ett stort antal referensleveranser men vid närmare kontroll finner man att endast ett fåtal och inte tillräckligt många motsvarar ställda krav. Eftersom det får anses ostridigt att Madera inte har angett åtta referensleveranser har Madera inte uppfyllt det obligatoriska kravet.

Toppfart

Det får anses ostridigt att offererad RIB ska ha en lägsta maxfart på 52 knop under de förhållanden som anges. Maderas anbud uppfyller inte detta skall krav. En diskrepans mellan uppgifterna i *Technical Specifications* (50 knots) och *Förfrågningsunderlaget* (52 knots), föranledde en fråga till KBV som svarade 52 knots. Av e-postmeddelandet till KBV den 13 november 2012 framgår att Madera reserverar sig mot kravet om lägsta maxfart på 52 knop. Dock anger Madera att ”om 52 knop är nödvändigt vill vi erbjuda Volvo Penta D6 400HP motorer till samma pris.” Madera vill alltså för att uppfylla kravet genom att byta ut offererade motorer. En sådan komplettering kan inte ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. KBV borde inte låtit Maderas anbud vara med i utvärderingen. KBV har genom sitt agerande brutit mot LOU. På grund av denna överträdelse har Boomeranger Boats lidit eller riskerar att lida skada.

KBV bestrider bifall till ansökan om överprövning. KBV anför bl.a. följande.

Giltighetstid

Vid konkret fråga svarade Madera att det datum som angetts i anbudet gäller utan reservationer. Madera hade valt att skicka med ”*Commercial Offer*”, en bilaga som inte har efterfrågats och som inte heller har bifogats av övriga anbudsgivare. Att bilagan innehåller en giltighetstid på tre månader har förklarats med att dokumentet är skapat utifrån Maderas standardmall vilket inte har uppmärksamats. Anbudets giltighetstid måste vara den som har angivits i förfrågningsunderlaget som ett svar på direkt fråga. Madera skriver i ett e-postmeddelande ”*We agree with the validity time as requested by the Swedish Coastguard and as confirmed by us on the Visma*

Tendsign website. Herewith we declare that the validity of our commercial proposal is extended by 6 months". Den förlängning av anbudet som Madera åsyftar i sitt e-postmeddelande, är den som ska ske om tilldelningsbeslutet överprövas.

ISO-sertifiering

Maderas kvalitetssystem är välkänt för KBV och följer i väsentliga avseenden ISO 9001. Madera har dessutom under de senaste två åren levererat fyra RIB-båtar till KBV vilket föranlett granskning av deras kvalitetssystem. Sista leveransen skedde sommaren 2012. KBV anser att Madera uppfyller kravet på kvalitetssystem genom att Madera i sitt anbud har uppgett att Maderas kvalitetssystem ska godkännas av KBV innan ett kontrakt undertecknas och genom att Madera kommer att ha ett eget "*test and survey arrangement enduring that purchased products, manufacturing and installation work, at its own premises or at any of its associated subcontractors, are in conformity with the Rules and the requirements in this Specification.*"

Erfarenhet

Aktuella krav på kunskap och erfarenhet är ställt för att säkerställa att anbudsgivaren har gedigen erfarenhet av professionella, stora RIB. Kravet på minst åtta båtar under de senaste fyra åren är för att säkerställa att anbudsgivaren har aktuell erfarenhet. Det råder ingen tvekan om att Madera har denna erfarenhet. Kraven avseende "*corresponding size*" och "*Speed capabilities of 50 knots*" är skriven för att betona att det inte är nöjesbåtar och mindre RIB-båtar som avses. Med "*corresponding size*" avses utan tvekan båtar som både är några meter under och några meter över 9 respektive 10,5 meter då byggtekniken och kunskapen om båtbyggandet är densamma. Referenslistan upptar mer än 50 båtar varav minst åtta uppfyller ställda krav på storlek och fart.

Toppfart

Eftersom Maderas anbud angav fart 50+ begärdes ett förtydligande av uppgiften före tilldelningsbeslutet. Den fartberäkning som då presenterades av Madera visar en teoretisk maxfart på drygt 54 knop. Skulle detta inte uppfyllas blir det aktuellt med innehållande av betalning enligt avtalsvillkoren. Inget tyder dock på att fartkravet inte kan uppfyllas.

Madera anför bl.a. följande. Madera instämmer i KBV:s yttrande. Madera har fullt förtroende för att KBV efter utvärdering av lämnade anbud kan göra ett korrekt val mellan anbudsgivarna. Madera har helt klart uppfyllt alla erforderliga tekniska och administrativa krav som har efterfrågats. KBV har fyra Madera RIBS i drift och är mycket nöjda med dessa. De är medvetna om att KBV är skyldiga sin personal att förse dem med de bästa RIBS båtarna för att personalen ska kunna utföra svåra och ibland farliga uppdrag till sjöss. Vår medtävlare har inte gett några verkliga argument utan försöker enbart vränga ord. Vår medtävlare erbjuder en mindre RIB till ett löjligt högt pris.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Bestämmelserna om förvaltningsdomstols hantering av mål om offentlig upphandling återfinns i 16 kap. LOU i vilket det bl.a. anges att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta inneburit att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Högsta förvaltningsdomstolen har i flera avgöranden beskrivit de övergripande krav som ställs på en upphandling som omfattas av LOU. I två domar den 14 september 2012, mål nr 4933-11 och 6737-11, uttrycker Högsta förvaltningsdomstolen det på följande sätt. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU.

Vidare gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

Anbud som inte uppfyller samtliga skall krav i en anbudsinbjudan ska i princip uteslutas från anbudsutvärderingen. För åtgärd enligt 16 kap. LOU bör emellertid krävas att det är fråga om klara avvikelser från skall kraven.

Boomeranger Boats har som grund för sin talan i huvudsak anfört att utvärderingen inte skett på lika villkor i enlighet med LOU eftersom Madera inte uppfyller samtliga ställda krav samt att när det gäller anbudets giltighet är fråga om en tillåten rättelse eller komplettering.

Giltighetstid

Boomeranger Boats gör gällande att Madera inte har uppfyllt skall kravet att anbudet ska gälla till den 31 januari 2013 samt i det fall KBV:s beslut överprövas, ytterligare sex månader.

Av punkten 2.6. "*Validity of the Proposal*" framgår att Madera anger att anbudet gäller i tre månader. Madera har på en fråga från KBV uppgett att

bolaget ”*declare that the validity of our commercial proposal is extended by 6 months*”. KBV gör gällande att Madera valt att skicka sin standardmall som innehållit en giltighetstid på tre månader och menar att den förlängning som Madera åsyftar avser om tilldelningsbeslutet ska överprövas.

En komplettering får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Den får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras och att något utbyte av uppgifter inte sker. Enligt förvaltningsrättens mening är det här inte fråga om att tidigare uppgifter enbart har konkretiserats. Dessutom har uppgifterna kommit in först efter det att KBV fattat sitt tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten finner att Madera inte har uppfyllt aktuellt skall krav och att KBV genom att låta Madera komplettera/konkretisera sitt anbud på det sätt som skett gått utöver vad som är tillåtet.

ISO-certifiering

Boomeranger Boats gör gällande att Maderas anbud inte uppfyller skall kravet på ISO-certifiering eller motsvarande. Anbudsgivaren kan bevisa detta antingen genom skriftligt certifikat och/eller demonstration. Madera har bifogat ett ISO 9001 certifikat vars giltighetstid gick ut den 26 juli 2010.

KBV hävdar att Madera trots detta har uppfyllt skall kravet genom att i sitt anbud hänvisa till att kravet ska uppfyllas genom att Maderas ”*quality assurance system*” godkänns av KBV innan ett kontrakt undertecknas. Vidare anför KBV att man har god erfarenhet sedan tidigare köp av Maderas båtar.

Det är ostridigt att Maderas anbud vid anbudstidens utgång inte har innehållit giltigt bevis för att bolaget uppfyller kraven i ISO 9001 eller något

liknande kvalitetssäkringssystem men enligt förfrågningsunderlaget kan kravet även uppfyllas genom demonstration. Förvaltningsrätten finner därför att det som Boomeranger Boats gjort gällande i målet inte visar att det ifrågasatta kravet inte har uppfyllts.

Erfarenhet och toppfart

Av punkten 2.2.6. ”*Experience (Shall-requirement)*” framgår att anbudsgivaren bl.a. ska verifiera att man har levererat åtminstone åtta båtar mellan åren 2008 och 2012 som uppfyller vissa krav bl.a. med avseende på längd. När det gäller längd anges ”*in corresponding size*”. Boomeranger Boats hävdar att Madera i sitt anbud har angivet ett stort antal referensleveranser men att det enbart är ett fåtal (färre än åtta) som motsvarar ställda krav. KBV menar att det inte är någon tvekan om huruvida Madera har efterfrågad erfarenhet. KBV anser att kravet avser ”*båtar som både är några meter under och några meter över 9 respektive 10,5 meter.*”

När det gäller frågan om toppfart anges i ”*Technical Specifications*” att ”*The RIB shall, fully equipped with full bunker, full supplies (150 kg) and with two persons (2 x 100 kg) onboard, have a top speed of 50 knots in calm water.*” I ”*Förfrågningsunderlaget*” punkten 3.1.21. sägs att KBV ska ha rätt till viss ersättning ”*if the specified minimum top speed, 52 knots, is not achieved*”. Skillnaden mellan uppgifterna föranledde en fråga till KBV som svarade 52 knop. Det får anses ostridigt att RIB-båtarna ska ha en lägsta maxfart på 52 knop.

Madera har i sitt anbud angett 50+. KBV har av denna anledning begärt ett förtydligande och anför att Madera har visat på en teoretisk maxfart på 54 knop.

Förvaltningsrätten anser att det av utredningen inte framgår annat än att Madera när det gäller erfarenhet och toppfart uppfyller de obligatoriska krav som KBV ställt i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis har KBV förfarit felaktigt då KBV utvärderat och antagit Maderas anbud trots att flera obligatoriska krav inte varit uppfyllda. Eftersom KBV har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och detta medfört att Boomerang Boats lidit eller kan komma att lida skada finns grund för åtgärd enligt LOU. Förvaltningsrätten finner att rättelse ska ske på så sätt att Madera utesluts från att delta i utvärderingsfasen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (Dv 3109/1D-LOU)

Svante Stroh



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vartill 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 3109/1D LOU