FÖRVALTNINGSRÄTTEN I LINKÖPING

DOM
2016-01-18
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7733-15

SÖKANDE
Viking Supply Skips A/S, 33 36 97 94
Islands Brygge 57
DK-2300 Köpenhamn
Danmark

MOTPART
Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

Telefax
013-25 11 40

E-post:
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Sjöfartsverket genomför upphandlingen Ramavtal avseende isbrytartjänst del 1, dnr 0307-15-02595. Upphandlingen görs genom öppet förfarande enligt LOU. Sjöfartsverket ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I tilldelningsbeslut den 5 november 2015 anges att Sjöfartsverket avser teckna avtal med Alfons Håkans. Av protokoll framgår att Sjöfartsverket rangordnat Sjöbyggnation i Stenungssund AB (Sjöbyggnation) på andra plats och Viking Supply Skips A/S (VSS) på tredje plats.

VSS yrkar i ansökan om överprövning att förvaltningsrätten i första hand ska förordna om rättelse och i andra hand om att upphandlingen ska göras om. Rättelse ska ske på så sätt att Sjöfartsverket vid en ny utvärdering ska diskvalificera Alfons Håkans och Sjöbyggnations anbud.

Sjöfartsverket motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

VSS

VSS har ett antal isbrytarfartyg som uppfyller kraven i upphandlingen. Dessa fartyg har dock från tid till annan andra åtaganden. VSS hade som utgångspunkt önskemål om att offerera en kapacitet istället för ett specifikt fartyg. Om detta hade varit möjligt skulle VSS kunna nyttja flottan som bolaget har i dag och som uppfyller samtliga krav. Sjöfartsverket har i förfrågningsunderlaget inte ursprungligen angett att ett specifikt fartyg ska offereras och vara dedikerat uppdraget. Sjöfartsverket har dock konsekvent angett ”fartyget” i bestämd form. Av den anledningen ställde VSS en fråga inom

ramen för frågor och svar i upphandlingen. Sjöfartsverkets svar, läst tillsammans med VSS:s fråga, kan inte tolkas på annat sätt än att ett specifikt identifierbart fartyg ska nomineras/anges i anbudet. Även mot bakgrund av kravet att beskriva den övriga flotta som anbudsgivaren förfogar över och som uppfyller ska-kraven, är det orimligt att det inte är ett ska-krav att beskriva den offererade tilläggskapaciteten.

På grund av Sjöfartsverkets svar tvingades VSS beräkna kostnaden för att bygga om ett annat befintligt fartyg som inte har andra åtaganden för att på så sätt uppfylla kravet. Ombyggnadskostnaden, som beräknades till 7–10 miljoner kr, har belastat anbudspriset och påverkat dess konkurrenskraft. VSS har offererat fartyget Magne Viking och angett dess IMO-nummer. IMO-numret är det som över tid identifierar ett specifikt fartyg.

Alfons Håkans och Sjöbyggnation har inte angett ett specifikt identifierbart fartyg i sina anbud. Bolagen har endast angett viss övergripande prestanda: framdrivningseffekt, bredd, djupgående och isklass. Alfons Håkans och Sjöbyggnation har inte ett isbrytarfartyg med motsvarande prestandauppgifter i sina respektive flottor, utan flera sådana fartyg. Bolagens beskrivningar kan därför inte användas för att identifiera ett specifikt fartyg och uppfyller därmed inte kraven i upphandlingen. Sjöfartsverket borde rätteligen ha förkastat Alfons Håkans och Sjöbyggnations anbud. Genom att inte göra det har Sjöfartsverket ändrat ett ska-krav efter anbudstidens utgång.

Anbudsgivare ska enligt punkt 3.1 i förfrågningsunderlaget lämna en utförlig beskrivning av företaget, dess verksamhet, resurser och kapacitet. Alfons Håkans och Sjöbyggnation uppfyller inte kravet. De av bolagen grovhuggna uppgifterna om bredd, djupgående, framdrivningseffekt och isklass kan inte kategoriseras som en utförlig beskrivning av den viktigaste kapaciteten i upphandlingen. Vidare är Alfons Håkans en filial belägen i Finland som tillhör det estländska AS Alfons Håkans. Det finns varken någon utförlig

beskrivning av det estländska eller det finska företaget. Alfons Håkans beskriver vidare inte personal eller erfarenhet annat än att ange att personalen har långvarig erfarenhet. Sjöbyggnation har inte redovisat någon erfarenhet avseende isbrytartjänst, istonnage eller annat som visar att bolaget har kapacitet att fullfölja sina förpliktelser.

Enligt punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget krävs att anbudsgivaren senast i samband med kontraktstecknandet styrker att viss försäkring finns. Försäkringen avser identifierbara fartyg och förutsätter i praktiken att anbudsgivaren förfogar över det som offereras. Alfons Håkans och Sjöbyggnation har inte påvisat att de har tillgång till offererad kapacitet.

Förfrågningsunderlaget är otydligt och brister i transparens i sådan omfattning att VSS inte kunnat veta vad Sjöfartsverket tillmäter betydelse. Det har påverkat bolagets utformning av anbudet negativt. Mot bakgrund av att Sjöfartsverket inte upprätthållit kravet att ange ett specifikt fartyg, utan godkänt anbud där det inte går att identifiera något specifikt fartyg, har förfrågningsunderlaget kommit att innehålla en motstridig otydlighet. Anbudsgivarna har även uppenbarligen tolkat förfrågningsunderlaget olika. VSS har tvingats offerera ett fartyg som kräver relativt omfattande ombyggnad. Hade VSS haft vetskap om att det var i sin ordning att offerera en kapacitet hade bolaget kunnat lämna ett betydligt mer konkurrenskraftigt anbud. Sjöfartsverkets agerande har varit till skada för VSS.

Sjöfartsverket

Upphandlingen avser tilläggskapacitet för isbrytning utöver det som normalt utförs av Sjöfartsverket och statens egna resurser i samverkan med andra länder. Tilläggskapaciteten måste naturligtvis tillhandahållas av ett fartyg med tillräckliga resurser. I anbudsförfrågan 3.2 benämns tilläggskapaciteten ”fartyget som omfattas av detta uppdrag” för att därefter i huvudsak benäm-

nas "fartyget". Utvärderingen kan inte avse en generell tilläggskapacitet utan måste avse en specificerad fartygsresurs med tillräcklig prestanda för uppdraget.

Enligt utvärderingsmodellen avgör lägst pris per kW framdrivningseffekt vem som vinner upphandlingen. Utvärderingsmodellen avser således en prestandamässigt specificerad resurs – ett fartyg. Att utvärdera flera resurser med olika framdrivningseffekter låter sig inte göras. VSS har ställt frågan om det lönar sig att offerera flera fartyg. Sjöfartsverket har i svaret tydligt beskrivit att utvärderingen endast kan avse ett specifikt fartyg från varje anbudsgivare, eftersom framdrivningseffekten ska inkluderas i utvärderingsformeln. Det är uppenbart att det som ska vara specificerat är vissa prestanda och inte ett namngivet fartyg. Anbudsgivare som innehar en stor fartygsflotta ges därmed ingen fördel, eftersom flera fartyg med motsvarande prestanda inte ger ytterligare poäng. Sjöfartsverket har inte krävt att fartygets namn eller IMO-nummer ska anges och VSS:s fråga avser heller inte frågan om identitet.

Av anbudsformuläret framgår att fartygets framdrivningseffekt, bredd, djupgående och isklass ska anges. Dessutom ska anbudsgivare bekräfta att fartyget kommer vara försett med bogseringsvinsch och klyka. Alfons Håkans och Sjöbyggnations anbud innehåller de uppgifter som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Ytterligare prestandauppgifter fyller inte något syfte, eftersom de ändå inte ingår i utvärderingsmodellen. Det är heller inte något krav att den utvärderade fartygskapaciteten finns i anbudsgivarens flotta vid anbudstillfället. Det är fullt möjligt att anskaffa fartygskapaciteten i ett senare skede för att kunna ha den tillgänglig vid avrop. Vidare kan det finnas flera fartyg med exakt samma bredd, djupgående etc. som det offererade fartyget.

En närmare definition av "utförlig" saknas i förfrågningsunderlaget. Kravet kan inte tolkas på annat sätt än att beskrivningen ska vara så utförlig att det kan bedömas om anbudsgivaren har den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten som krävs för att kunna organisera och fullfölja sina kontraktsförpliktelser. Alfons Håkans har bl.a. beskrivit företaget och angett att det arbetat med isbrytning sedan 1945 och har en flotta på över 40 fartyg samt att företaget har kontrakt med finska trafikverket sedan 2012, där Alfons Håkans för tillfället största isbrytare är kontrakterad för farledsisbrytning och hamnisbrytning. Enligt Sjöfartsverkets mening framgår det att Alfons Håkans personal har adekvat kompetens och erfarenhet avseende isbrytning. Alfons Håkans har även beskrivit långvarig erfarenhet inklusive isbrytarledarskap i Östersjöförhållanden. Sammantaget uppfyller Alfons Håkans beskrivning väl ställda krav på utförlighet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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. (16 kap. 6 § första stycket LOU)

Förfrågningsunderlaget

3.1 Yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren skall ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att kunna organisera och fullfölja sina kontraktsförpliktelser. Med anbudet skall bifogas en utförlig beskrivning av företaget, dess verksamhet, resurser och kapacitet.

3.3 P&I försäkring

Anbudsgivaren skall ansvara för eventuella skadeståndsanspråk från tredje man under avtalstiden och skall under hela avtalstiden inneha en för den marina branschen vedertagen P&I försäkring (ansvarsförsäkring) som täcker eventuella skadeståndsanspråk från tredje man. Anbudsgivaren skall senast i samband med kontraktstecknandet med SjöV styrka att P&I försäkring finns.

I frågor och svar anges bl.a. följande.

Publik fråga

Är det krav för isbrytartjänsten att ett visst fartyg nomineras eller accepterar upphandlaren att det offereras en eller flera specificerade fartygstyper ur anbudsgivarens flotta som uppfyller minimispecifikationen. I Anbudsförfrågan, 5.12, ges möjligheten till ersättningsfartyg förutsatt att detta överenskommits i förväg. Ett klargörande önskas således i frågan om anbudet kan innehålla specifikationer på de fartyg som anbudsgivaren kan tillhandahålla beroende på fartygens position och kontraktsförhållande. Vid avropstidpunkten kommer anbudsgivaren att nominera ett av fartygen för uppdraget i enlighet med 5.12 vilket således accepteras av SMA i förväg i o m att anbudsgivaren tilldelats uppdraget.

Publikt svar

Anbudsformuläret enligt bilaga 1 är konstruerat så att endast ett specifikt fartyg ska anges i anbudet. Även utvärderingsformeln i AF-delen punkt 6.3 förutsätter att endast ett specifikt fartyg anges eftersom framdrivningseffekten ska inkluderas i utvärderingsformeln. Om flera fartyg anges så blir det flera alternativa framdrivningseffekter i samma anbud och utvärderingen försvåras. Generellt gäller att ett anbud kan komma att förkastats och betraktas som orent om flera alternativ eller alternativa lösningar ges. Se punkt 2.12 första meningen i AF-delen avseende alternativa anbud. Det är däremot ett krav (se punkt 3.1) att redovisa anbudsgivarens yrkesmässiga kapacitet och redovisning av övriga fartyg i anbuds-

givarens flotta passar in under denna punkt. Om det offererade specifika fartyget i anbudets bilaga 1 av någon orsak skulle vara indisponibelt under hela eller delar av befraktningsperioden finns möjlighet att ersätta detta fartyg med ett likvärdigt fartyg. Detta förutsätter dock att SjöV accepterar fartyget som likvärdigt eller bättre enligt punkt 5.12 i AF-delen och skriftligt bekräftar detta till anbudsgivaren.

Förvaltningsrättens bedömning

VSS har bl.a. gjort gällande att förfrågningsunderlaget, såvitt avser krav att beskriva erbjudet fartyg, brister i transparens.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget med dess utvärderingsmodell och därtill hörande svar under upphandlingsprocessen ger uttryck för att Sjöfartsverket krävt att anbudsgivarna vid anbudstidpunkten ska erbjuda ett fartyg med viss specificerad kapacitet med angivande av dess prestanda. Något uttryckligt krav på att anbudsgivarna, på sätt sökanden påstår, vid nämnd tidpunkt därutöver ska namnge det offererade fartyget med angivande av dess IMO-nummer förekommer inte i förfrågningsunderlaget eller därtill hörande svar under upphandlingsprocessen. Alldeles oavsett på vilket sätt VSS har valt att förbereda och utforma sitt anbud visar således inte vad bolaget åberopat i denna del att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör inte kunnat förstå vad som efterfrågas och omfattas av Sjöfartsverkets bedömningar i aktuell del (t.ex. jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC Construction). Skäl för ingripande i upphandlingen till följd av bristande transparens under upphandlingsförfarandet föreligger således inte.

Vad så gäller VSS invändningar rörande kravuppfyllese i vinnande leverantör Alfons Håkans anbud kan följande sägas.

Som ovan framhållits anser förvaltningsrätten att Sjöfartsverket inte ställt något krav på anbudsgivarna att ange namn eller på annat sätt identifiera den offererade resursen närmare genom angivande av IMO-nummer. Av befint-

ligt underlag framgår vidare inte annat än att Alfons Håkans i övrigt lämnat samtliga i förfrågningsunderlaget efterfrågade prestandauppgifter för erbjudet fartyg.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det utifrån förfrågningsunderlagets krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet inte förekommer någon konkret uppgift som saknas i Alfons Håkans anbud. Sjöfartsverket har utifrån Alfons Håkans beskrivning i anbudet bedömt att detta bolag har tillräcklig kapacitet och erfarenhet att utföra det aktuella uppdraget. Utgångspunkten bör vara att det är den upphandlande myndigheten som har bäst förutsättningar att avgöra om given information i aktuellt hänseende är tillräckligt utförlig för att en kvalificeringsprövning av aktuellt slag ska kunna ske. Skäl att frångå Sjöfartsverkets bedömning i denna del har inte framkommit.

Såvitt gäller påstådd brist rörande krav på försäkring utgör detta krav enligt förvaltningsrätten ett särskilt kontraktsvillkor som ska uppfyllas och kontrolleras under kontraktstiden. Alfons Håkans har också i sitt anbud nämnt var bolagets P&I försäkringar är placerade. Något krav att redan i anbudet ange en P&I försäkring för visst utpekat fartyg förekommer således inte.

Med hänsyn till det ovan sagda finner förvaltningsrätten att vad VSS angett i målet inte ger stöd för att Alfons Håkans anbud innehåller brister avseende sin beskrivning av erbjudet fartyg, angivande av teknisk och yrkesmässig kapacitet eller försäkringslösning. Eftersom det är Alfons Håkans som avgett anbud och tilldelats kontrakt i upphandlingen föranleder inte heller vad VSS anfört avseende Alfons Håkans estländska ägarbolag någon annan bedömning.

Utifrån bedömningen ovan saknas, med hänsyn till skaderekvisitet, anledning att pröva ansökan till den del som avser påstådda brister i Sjöbyggnations anbud.

Vid angivna förhållanden har grund för ingripande enligt LOU inte framkommit. Ansökan ska därför avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande: Carl Hultsberg

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 3109/1 D LOU• Producerat av Domstolsverket • 2015-08