



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2011-03-22
Meddelad i
Växjö

Mål nr
514-11

SÖKANDE

Saab Underwater Systems Aktiebolag, 556439-6884
Box 910
591 29 Motala

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Kustbevakningen, 202100-3997
Box 536
371 23 Karlskrona

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2011-03-24 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om och att Kustbevakningen därvid bortser från Ocean Modules Sweden AB:s anbud.

YRKANDEN M.M.

Kustbevakningen har genomfört en upphandling av obemannade undervattensfarkoster, som i upphandlingen benämns ROV. Upphandlingen har skett i form av ett öppet förfarande där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbeslutet inkom tre anbud och Ocean Modules Sweden AB (nedan kallat Ocean) tilldelades kontraktet. Anbudet från Saab Underwater Systems Aktiebolag (nedan kallat Saab) hade det näst bästa anbudet. Ocean och Saab var enligt tilldelningsbeslutet de enda som hade lämnat kvalificerade anbud.

Saab yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandling ska rättas eller alternativt göras om. Vad gäller yrkandet om rättelse begär Saab att förvaltningsrätten vid sin slutliga prövning bestämmer att upphandlingen får avslutas först efter det att Oceans anbud förkastas.

Kustbevakningen anser att förvaltningsrätten ska avslå Saabs yrkanden.

Saab anför i huvudsak följande. Kustbevakningen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap 9 § LOU. Som en följd av att Kustbevakningen brutit i sina förpliktelser enligt LOU och EU-rätten har Saab lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap 5 § LOU. Oceans anbud uppfyller ej uppställt skall-krav. Kustbevakningen har i förfrågningsunderlaget uppställt följande tvingande funktionskrav avseende hastighet. "Farkosten ska utrustas med offererad utrustning (minus responder till HIPAP350) klara en fart på 2 knop i ytläge i enlighet med NORSOK U102. Denna fart ska verifieras med praktiska prov i samband med offertutvärderingen." Aktuellt krav har förtydligats under upphandlingen i "Frågor och svar" enligt följande. "Publikt svar: Förtydligan-

de till fartkrav. Behovet är att klara 2 knop ström på 150 m djup och det ska finnas en beräkning med offerten som anger att detta är rimligt att klara. I beräkningen ska förutsättningen vara vattenström 2 knop i hela vattenvolymen, kabellängd 450 m och kabeldiameter enligt offert. Beräkningen ska visa beräknat farkostmotstånd, kabeldrag och dragkraft på farkosten." - Skall-kravet innebär således att offererad ROV ska klara en hastighet på minst 2 knop (i) på 150 meters djup, (ii) med en kabellängd på 450 meter och (iii) med en kabeldiameter enligt offert, dvs. 13 mm. Vidare ska det finnas en beräkning med anbudet som anger att detta är rimligt att klara. Kustbevakningens genomförda hastighetsprover i ytläge utgör inte något bevis för att det i upphandlingen uppställda hastighetskravet skulle vara uppfyllt. Kustbevakningen har förtydligat kravet i "frågor och svar" på så sätt att behovet är att klara 2 knop i ström på 150 m djup. Det är mycket lätt att förstå att det är betydligt mer krävande att uppnå en hastighet på 2 knop på 150 m djup än vad det är att uppnå samma hastighet (eller 2,8 knop) i ytläge. Angiven slutsats kan enkelt jämföras med att det är mer ansträngande att springa i vatten upp till midjan än att springa på stranden. Med andra ord utesluter det förhållandet att farkosten endast klarar 2,8 knop i ytläge direkt att den skulle kunna klara så mycket som 2 knop på 150 m djup. Ocean har i sitt anbud angivit att bolagets anbud uppfyller aktuellt skall-krav och ingivit en beräkning utförd av företaget Prodelox AB till styrkande av att krävd hastighet uppnås. Prodelox-beräkningen innehåller emellertid konkreta uppgifter av innebörd att Oceans offererade ROV inte uppfyller det av Kustbevakningen uppställda skall-kravet på hastigheten. I Prodelox-beräkningen anges följande antagande för beräkningen av hastigheten: "Motståndskoefficient för ett cirkulärt tvärsnitt är 0,3 (turbulent strömning) eller 1,2 (laminär strömning). Under antagande att Reynolds tal är tillräckligt högt kan den turbulenta motståndskoefficienten användas." - Antagandet att den turbulenta motståndskoefficienten 0,3 kan användas är felaktigt, eftersom en undervattenskabel, i den relevanta storleken och i den relevanta farten (13 mm och 2 knop), har en motståndsko-

efficient på minst 1,2. Det är alltså motståndskoefficienten 1,2 som rätteligen ska användas vid beräkningen av den obemannade undervattensfarkostens hastighet. Av teknisk facklitteratur framgår att det inte går att anta att Reynolds tal är tillräckligt högt för att motståndskoefficienten ska vara 0,3. För att Reynolds tal ska vara så högt så måste farkosten köras i runt 20 knop. Det korrekta antagandet är således att koefficienten är ca 1,2. Om korrekta värden anges i Prodelox-beräkningen framgår det att Oceans offererade ROV inte är i närheten av att klara kravet på 2 knop. Det rör sig således inte om en rimlig beräkning utan, tvärtom, om en uppenbart oriktig beräkning. Bifogat utlåtande från SSPA Sweden AB visar att Ocean inte klarar hastighetskravet. Likabehandlings- och transparensprinciperna hindrar Kustbevakningen från att bortse från detta faktum, även om det framkommit i ett sent skede av upphandlingen. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas utan ska förkastas. Kustbevakningen har således förfarit i strid med LOU.

Kustbevakningen anför i huvudsak följande. Kustbevakningen anser ej att upphandlingen strider mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens, ej heller att förfarandet strider mot 1 kap 9 § LOU. Saab har därmed ej lidit skada eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap 5 § LOU. Ocean har lämnat in en prestandaberäkning som Kustbevakningen finner rimlig då Kustbevakningen har gjort ett antal hastighetsprover (verifierat av tre personer från Kustbevakningen) i ytläge och där den uppmätta hastigheten varit 2,8 knop. Därmed, tillsammans med av Ocean bifogade beräkning, anser Kustbevakningen att Oceans farkost klarar hastighetskravet enligt krav. Kustbevakningen finner ej att Saabs bifogade beräkning styrker Kustbevakningens krav på hastighetsberäkning. Kustbevakningen har ställt upp ett skall-krav i förfrågningsunderlaget, det vill säga att farkosten, utrustad med angiven offererad utrustning, ska klara en fart på 2 knop i ytläge. Kustbevakningen har även angivit att fartkravet ska verifieras med praktiska prov i samband med offertut-

värderingen. Härutöver har Kustbevakningen gjort ett förtydligande i "frågor och svar" angående verifiering av fartkrav och här angivit att det med offerten ska finnas en beräkning som anger att det är rimligt att farkosten klarar två knop ström på 150 meters djup under vissa angivna förutsättningar. Förtydligandet i "frågor och svar" innebär således inte, i motsats till skall-kravet i förfrågningsunderlaget om en fart på två knop i ytläge, någon verifiering av att farkosten verkligen klarar en fart på två knop på 150 meters djup. Kustbevakningen gjorde vid anbudsvärderingen, och gör fortfarande, bedömningen att Oceans beräkning av farkostens hastighet på 150 meters djup anger att det är rimligt att farkosten klarar två knop ström på 150 meters djup under de angivna förutsättningarna. Oceans anbud uppfyller därmed av Kustbevakningen ställda skall-krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap 9 § LOU 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.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol, ansöka om åtgärd enligt 5 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Kustbevakningen har angett att farkosten skall, utrustad med offererad utrustning (minus responder till HIPAP350), klara en fart på 2 knop i ytläge i enlighet med NORSOK U102. Denna fart skall verifieras med praktiska prov i samband med offertutvärderingen. Det är i målet ostridigt att Ocean uppfyller detta krav.

Kustbevakningen har vidare angett som förtydligande angående hastighetskravet i "frågor och svar" att behovet är att klara 2 knop ström på 150 meters djup under vissa angivna förutsättningar och att det skall finnas en beräkning med offerten som anger att detta är rimligt att klara.

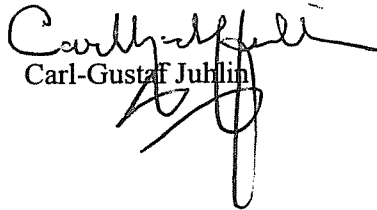
Ocean har låtit konsultfirman Prodelox utföra en beräkning för att visa att det är rimligt att deras farkost kan klara 2 knop ström på 150 meters djup. Prodelox har i sin beräkning bland annat angett motståndskoefficienten till 0,3 och på så sätt fått fram att det är rimligt att farkosten uppnår de krav som uppställts.

Saab har å sin sida hävdatt att Oceans beräkning inte visar att det är rimligt att farkosten klarar kravet på 2 knop ström på 150 meters djup. Även Saab har låtit inhämta en beräkning från en konsultfirma, SSPA. Av rapporten från SSPA framgår att en slät cylinder med en diameter på 13 mm kommer att ha en motståndskoefficient som är 1,17 vid en hastighet av 2 knop. Koefficienten kommer inte att minska förrän Reynoldstalet ökar med en faktor på 15. Detta skulle motsvara en hastighet för farkosten på över 30 knop eller en kabel diameter på 2 dm. Enligt Saabs beräkning är det således orimligt att Oceans farkost kan uppfylla det krav som uppställts.

Förvaltningsrätten konstaterar att de förtydligande Kustbevakningen gjort i "frågor och svar" är skall-krav som ska uppfyllas av anbudsgivarna. Genom den av Saab återopade beräkningen måste det anses klarlagt att Oceans anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet ifråga om undervattens-

kapacitet. Kustbevakningen kan inte heller anses ha ifrågasatt den av Saab åberopade beräkningen. Den utredning som förelåg vid utvärderingstillfället byggde på ett sådant antagande ifråga om tillämplig motståndskoefficient att Oceans uppgifter i denna del inte borde ha bedömts som rimliga. Omständigheterna är alltså sådana att det vid utvärderingen fanns grundad anledning att ifrågasätta uppgifterna gällande farkostens undervattenskapacitet. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Kustbevakningen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU när man utvärderade Oceans anbud trots att det inte uppfyller alla obligatoriska skalkrav. Ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att ny utvärdering ska göras där anbudet från Ocean diskvalificeras och inte ingår i utvärderingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)


Carl-Gustaf Juhlin



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 nå 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