



KLAGANDE

Marell Boats Sweden AB, 559190-7968

MOTPART

Kustbevakningen

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 14 maj 2024
i mål nr 921-24, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Marell Boats Sweden AB (bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att bolaget inte ska uteslutas.

Kustbevakningen motsätter sig att förvaltningsrättens dom ändras.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Vad som framförts i tidigare skrivelser kvarstår. Kustbevakningen har först funnit att bolaget uppfyllt samtliga kvalificeringskrav och även bjudit in bolaget att lämna anbud. Kustbevakningen har först därefter, när kvalificeringsfasen löpt ut, ändrat sig och godtyckligt uteslutit bolaget på grund av att samtliga kvalificeringskrav inte har varit uppfyllda. Detta agerande strider mot principerna om öppenhet, likabehandling och proportionalitet och har varit diskriminerande.

Det finns inga skillnader mellan båtar som har inom- respektive utombordsmotor och särskilt inte i detta fall eftersom bolagets referensbåt har vridbart undre växelhjul och motroterande propellrar. Det finns inte några skillnader såvitt avser köregenskaper. Kustbevakningen har i andra upphandlingar godtagit båtar med utombordsmotor. Bolaget har vidare förevisat en referensbåt av typen Coastal Patrol Boat, CPB, som täcker båda båttyperna i upphandlingen utifrån vad som framgår av specifikationen, det vill säga att ”There shall be serial similarity between the two boat types (interceptor and CPB) in the KBV 100s project. Using the same technical solutions, system components and the same look and feel, where reasonably possible”. Den skillnad som finns mellan båttyperna består enbart i

överbyggnaden ovanför slaget. Bolaget uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Bolaget tillverkar båtar i olika storlekar och med olika motorinstallationer och överbyggnader. Bolagets yrkesmässiga och tekniska kapacitet kan därför inte ifrågasättas och kraven enligt 14 kap. 1 och 5 §§ LOU är uppfyllda. Beslutet är oproportionerligt i förhållande till vad som krävs för att visa en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Eftersom bolaget har uteslutits har det lidit eller riskerat att lida skada.

Kustbevakningen

Kravställningen avseende referensbåtar finns i punkten 3.7 i upphandlingsdokumentet och i dokumentet "General outline and basic specification". Texten som bolaget nu hänvisar till har publicerats först i upphandlingens andra steg, anbudsfasen, och saknar betydelse för kvalificeringsfasen. Mellan båttyperna interceptor och CPB finns ofta stora skillnader som kan avse storlek, vikt, tyngdpunkt och prestanda oavsett om de skulle ha samma skrov. Det har därför varit centralt att få veta hur respektive båt presterar i vatten. Båttyperna kan inte anses vara likvärdiga och därför anges som krav i punkten 3.7 i upphandlingsdokumentet att det ska finnas en referensbåt för respektive båttyp. Bolaget hade inte en båt av typen interceptor och har vid möte i december 2023 och vid provtur i januari 2024 bekräftat att deras referensbåt inte kan anses vara likvärdig en interceptor. Bolaget uppfyller inte samtliga kvalificeringskrav.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kustbevakningen har uppställt urvalskriterier i upphandlingen som innebär att anbudssökande ska beskriva referensbåtar av efterfrågad typ och även vid förfrågan göra dessa tillgängliga för inspektion och testning (se punkt 3.7 i inbjudan att ansöka om att lämna anbud). Bolaget har bland annat

ifrågasatt om upphandlingen i denna del uppfyller LOU:s krav på proportionalitet.

Kammarrätten konstaterar att det av 14 kap. 5 § LOU följer att krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet innebär att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig standard.

Regleringen av vilka bevis som den upphandlande myndigheten kan kräva in i kvalificeringsfasen skiljer sig åt beroende på om det är fråga om teknisk eller yrkesmässig kapacitet. Den uttömmande bevislista som anges i 15 kap. 11 § LOU omfattar enligt kammarrättens mening endast leverantörs tekniska kapacitet (se artikel 60 punkt 4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU samt bilaga XII Del II Teknisk kapacitet till nämnda direktiv, nedan direktivet).

Den tekniska kapaciteten får anses innefatta till exempel förmåga och tillgång i förhållande till ledningsstandarder, teknisk utrustning eller formella utbildnings- och yrkeskvalifikationer (se bland annat skäl 88 till direktivet och 15 kap. 11 § punkterna 4 och 7 LOU). Yrkesmässigheten är i stället inriktad på bland annat leverantörens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet eller om denne har något motstridigt intresse som kan ha en negativ inverkan på fullgörandet av kontraktet (jfr artikel 58 punkt 4 i direktivet). Då ifrågavarande krav rör beskrivning och testning av framtagna referensbåtar bedömer kammarrätten att det är fråga om att kontrollera om leverantören har nödvändigt yrkeskunnande och erfarenhet för att fullgöra kontraktet, det vill säga om leverantören har tillräcklig yrkesmässig kapacitet.

Av fast praxis från EU-domstolen följer att obligatoriska krav, kvalificeringskrav eller andra absoluta krav, måste kunna kontrolleras (jfr

t.ex. EU-domstolens dom i mål C-448/01 (Wienstrom), punkterna 44-45 och 51). Även om bevislistan i 15 kap. 11 § LOU inte bedöms vara tillämplig på kvalificeringskravet ifråga måste det alltså ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta (se 14 kap. 1 § andra stycket LOU). Relevansen och den faktiska innebörden av kravet på proportionalitet kan därvid naturligen variera med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål (se bland annat rättsfallet HFD 2018 ref. 60).

I målet står klart att berört krav har ett samband med kontraktsföremålet. Enligt kammarrätten har inte heller bolaget, med hänsyn till upphandlingens karaktär och föremål, visat att kravet är alltför långtgående. Kravet på yrkesmässig kapacitet är således, utifrån en prövning av vad bolaget fört fram i målet, förenligt med LOU. Vad då gäller frågan om Kustbevakningen förfarit korrekt genom att utesluta bolaget från upphandlingen med hänvisning till detta kvalificeringskrav kan följande sägas.

Det strider mot LOU och de unionsrättsliga principerna att en leverantör som inte uppfyller kvalificeringskrav får fortsätta att delta i en upphandling (jfr rättsfallet HFD 2016 ref. 37). Det som bolaget har anfört om att Kustbevakningen först i ett senare skede meddelat att bolaget inte uppfyllt samtliga kvalificeringskrav innebär därför inte att Kustbevakningen agerat i strid med LOU eller de unionsrättsliga principerna.

Av underlaget framgår att Bolaget inte påstår att deras referensbåt har varit framdriven av inombordsmotor. Bolaget har därmed inte visat att kravet i dokumentet "General outline and basic specifiation" om att referensbåtar ska vara framdrivna med dubbla inombordsmotorer varit uppfyllt. Redan mot bakgrund av detta bedöms att bolaget inte uppvisat i upphandlingen krävd yrkesmässig kapacitet varför överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (KR-09).

Tomas Kjellgren
kammarrättsråd
ordförande

Erik Hannus
kammarrättsråd

David Filhm
adjungerat råd
referent



Hur man överklagar

KR-09

Vill du att beslutet ska ändras i någon del kan du överklaga det till Högsta förvaltningsdomstolen. Överklagandet ska skickas till kammarrätten. Här får du veta hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som du fick del av det skriftliga beslutet.

I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För en part som företräder det allmänna (till exempel myndigheter) räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen senast den dag tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om du exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen är en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får Högsta förvaltningsdomstolen inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen

Det krävs prövningstillstånd för att Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett överklagande. Högsta förvaltningsdomstolen får meddela prövningstillstånd endast om

1. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, eller
2. det finns synnerliga skäl till sådan prövning, så som att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om du *inte* får prövningstillstånd gäller kammarrättens beslut. Det är därför viktigt att du i överklagandet tar med allt som du vill föra fram.

Så här gör du

1. Skriv kammarrättens namn, målnummer och beslutsdatum.
2. Förklara vilken ändring du vill ha och varför du tycker att beslutet ska ändras.
3. Förklara varför du anser att Högsta förvaltningsdomstolen ska ta upp ditt överklagande (läs mer om prövningstillstånd ovan).
4. Tala om vilka bevis du vill hänvisa till. Förklara vad du vill visa med varje bevis. Bifoga de skriftliga bevis du hänvisar till om de inte redan finns i målet.
5. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer. Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om hur domstolen kan nå dig: e-postadresser, postadresser,

och telefonnummer. Om du har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.

6. Skicka eller lämna in överklagandet till kammarrätten. Du hittar adressen i beslutet.

Vad händer sedan?

Kammarrätten kontrollerar att överklagandet har kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet, och då står kammarrättens beslut fast.

Om överklagandet har kommit in i rätt tid, skickar kammarrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till Högsta förvaltningsdomstolen.

Har du tidigare fått handlingar med förenklad delgivning kan även Högsta förvaltningsdomstolen skicka handlingar på detta sätt.

Vill du veta mer?

Ta kontakt med kammarrätten om du har frågor. Adress och telefonnummer hittar du på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.