



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-04-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
21973-10
Enhet 12

SÖKANDE

ÅF-Infrastruktur AB, 556185-2103

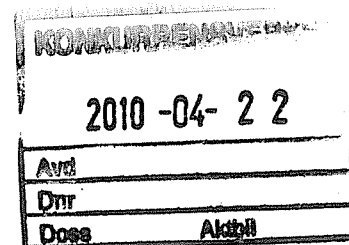
Ombud: Marcus Miettinen
Luftfartsverket
601 79 Norrköping

MOTPART

Försvarets Materielverk, 202100-0340
115 88 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Länsrättens beslut den 5 februari 2010 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats upphör därmed att gälla.

Dok.Id 9705

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Försvarets Materielverk (FMV) har genomfört en upphandling med förenklat förfarande benämnd ”Tekniskt stöd vid anskaffning av navigeringsradar PAR08”, ref. FMV 351593. Av tilldelningsbeslut, meddelat den 27 januari 2010, framgår att FMV, vad avser anbudsområde D, har beslutat att anta anbud från annan anbudsgivare än ÅF-Infrastruktur AB.

ÅF-Infrastruktur AB har ansökt om överprövning av upphandlingen enligt LOU. Länsrätten i Stockholms län, numera Förvaltningsrätten i Stockholm, har den 5 februari 2010 beslutat att upphandlingen avseende anbudsområde D inte får avslutas innan något annat har förordnats.

YRKANDEN M.M.

ÅF-Infrastruktur AB (ÅF) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att Saabs anbud diskvalificeras såsom varande ofullständigt och i andra hand att upphandlingen i område D görs om. Till stöd för sin talan anför ÅF i huvudsak följande. FMV har upphandlat tjänsten provflygning av navradar PAR 08. Anläggningen består av två olika delar, en navigationsradar benämnd PSR och en radar för radarledd inflygning benämnd PAR. ÅF anser att vinnande anbud från Saab Security systems (Saab) är ofullständigt och att det därmed inte uppfyller FMV:s kravspecifikation. En direkt följd av detta är att Saabs pris är för lågt då det inte innehåller alla begärda tjänster. I sin anbudsinfordran hade FMV bifogat systemspecifikationer för PAR 08 (”Technical specification PAR 08, A Ground Controlled Approach Radar”) och ”Statement of work PAR 08, A Ground Controlled Approach Radar”. Det refererades inte formellt till dessa dokument i själva infordransdokumenten. Däremot refererades till dessa i FMV 351593-AI795416, ”Frågor och svar”. I själva anbudsinfordran fanns ett visst utrymme för att tolka uppdraget som att enbart provflygning

av PAR skulle offereras. I dokumentet "Frågor och svar" klargjordes emellertid tydligt att upphandlingen avsåg såväl PSR- som PAR-funktion. Även av dokumenten "Technical specification PAR 08" och "Statement of work PAR 08" framgick det tydligt att PAR-leverantörens leverans består av PAR-funktion och PSR-funktion. I dokumentet "Frågor och svar" står att läsa:

- "Provflygningar i samband med SAT syftar till att verifiera systemets tekniska funktioner och dess tekniska begränsningar, så som täckning och räckvidd på PSR-respektive PAR-funktionen."
- "I varje systemleverans ingår PAR- och PSR-funktion. För ytterligare information se Teknisk spec."

I anbudsinfordran specificerades inga ytterligare tekniska krav, t.ex. ICAO Doc 8071 eller Annex 10. De tekniska krav som fanns att tillgå var "Technical Specification PAR 08". Denna inkluderar täckningsvolym (skall och bär) och andra krav för såväl PAR som PSR, vilket alltså blir styrande för flygprovets utformning. I "Technical Specification PAR 08" ställs vissa krav på PAR 08 som inte täcks in av normala procedurer för kontroll av PAR i enlighet med ICAO Doc 8071. ICAO Doc 8071 specificerar t.ex. enbart täckningskravet ut till 9 nm, medan PAR 08 har 11 nm specificerat som skall-krav. Av Saabs anbud framgår under avsnittet Förutsättningar att:

- "Flygprov innefattar kontroll av PAR funktion i huvudbanans båda riktningar vilket innebär att täckning och noggrannhet verifieras med flygprov i båda banriktningarna."
- "Verifiering vid flygprov innefattar kontroll enligt ICAO krav doc 8071 (se bilaga 7). Om justering fordras t.ex. för uppriktning av markstationen debiteras detta som extra flygmätning."

Saabs förtydligande av sitt anbud den 22 januari 2010 innebar att kapitlet Förutsättningar togs bort ur deras anbud. Av Saabs anbud bilaga 7 framgår tydligt att Saab enbart offererar flygprov avseende PAR-funktion och inte

PSR-funktion. Priset justerades inte i samband med strykandet av avsnittet Förutsättningar. Omfattningen av PSR-prov är större än omfattningen av PAR-prov. Att Saab kunde utöka sitt anbud till att omfatta bägge delarna utan prisjustering är inte trovärdigt.

Om Saabs anbud täckte in kontrollflygning av såväl PSR som PAR borde en redovisning av hur de avser uppfylla kontrollpunkterna för PSR i enlighet med "Technical Specification PAR 08" ingå i anbudet, allra helst då de har bifogat ett sådant dokument för PAR-delen (bilaga 7 i Saabs anbud). Sådant redovisning saknades i Saabs anbud. Det utdrag ur den del av Doc 8071 som rör PAR som Saab har bifogat i sitt anbud (bilaga 7) specificerar en mindre täckningsvolym för PAR än den i "Technical Specification PAR 08" fastställda, varför Saab inte heller för provflygning av PAR formellt kan anses ha redovisat att bolaget uppfyllt upphandlingens skall-krav.

Saabs anbudspris bedöms, med kunskap om kostnaden för att operera den typen av flygplan samt omfattningen av erforderliga flygprov som orimligt lågt för ett komplett flygprov av såväl PAR som PSR. Däremot är priset högt för kontroll av enbart PAR-funktionaliteten. Saab har inte specificerat att de har kompetensresurser i enlighet med bilaga 2 kapitel 4 i anbudsinfordran för att kontrollflyga PSR i enlighet med specifikation. Detta ska, i enlighet med anbudsinfordran punkt 8.4.1, intygas skriftligen.

Saab har inkommit med ett Air Operator Certificate inklusive Operations Specifications Part One, som rör befordran av passagerare och frakt.

Däremot saknas dokumentet Operations Specifications Part Two, som rör det avkrävda bruksflygtillståndet. Enligt anbudsinfordran punkt 8.4.1. ska kraven i bilaga 2 kapitel 4, som inkluderar kravet på bruksflygtillstånd, styrkas skriftligen. Även om bruksflygtillstånd refereras till i AOC så går det utan Part Two inte att utläsa att det är ett bruksflygtillstånd för aktuell verksamhet.

ÅF har i rubricerat ärende avgivit anbud den 7 december 2009. ÅF:s anbud är det billigaste av de anbud som är fullständiga och därmed giltiga. Saabs anbud är däremot ofullständigt och uppfyller därmed inte anbudskraven. Saab har endast offererat flygprov avseende PAR-funktion och inte avseende PSR-funktion. Saab har inte presenterat ett giltigt bruksflygtillstånd. Båda dessa punkter står i strid med anbudsinfordran. Saabs anbud uppfyller därmed inte ställda krav i anbudsinfordran kombinerad med dokumentet ”frågor och svar”. Upphandlingen bör därför utvärderas på nytt med hänsyn tagen till att Saabs anbud är ofullständigt.

Försvarets Materielverk (FMV) bestrider bifall till samtliga framställda yrkanden och yrkar att ansökan avslås samt att det interimistiska förordnandet omedelbart upphävs. FMV anför i huvudsak följande. De omständigheter som ÅF anført ger inte stöd för att upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de grundläggande EG-rättsliga principer som LOU vilar på. Det saknas således skäl för att diskvalificera anbudet från Saab och för att göra om upphandlingen. ÅF:s ansökan om överprövning ska därför lämnas utan bifall.

FMV finner det i sammanhanget anmärkningsvärt att svenska staten genom Luftfartsverket uppträder som ombud för ett privaträttsligt subjekt (ÅF) i en överprövning mot staten. FMV utgår ifrån att detta förfarande inte står i strid med givna instruktioner för Luftfartsverket eller verkets uppdrag i övrigt. Det finns således anledning att ifrågasätta Luftfartsverkets behörighet att på detta sätt föra talan mot staten här företrädd av FMV.

Enligt FMV innehåller ansökan från ÅF oklarheter ifråga om sökandens rättsliga grund. Det är även oklart i sak i vad mån anbudet från Saab skulle brista och på vilken rättslig grund upphandlingen i detta avseende inte skulle stå i överensstämmelse med reglerna i LOU. Nämnade oklarheter gör

det enligt FMV inte möjligt att säkert bemöta i ansökan framförda invändningar mot upphandlingen. ÅF anför till stöd för sin talan att det vinnande anbudet från Saab är ofullständigt. Enligt FMV är det således centralt huruvida Saab uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget.

I sin ansökan gör ÅF gällande att Saab tagit in vissa förutsättningar i anbudet. Till förebyggande av missförstånd och för att komma till rätta med oklarheter i anbudet från både Saab och ÅF begärde FMV in förtydliganden av anbudet. Båda anbudsgivarna inkom därefter med förtydliganden som innebar att anbudet inte längre var villkorat av några förutsättningar. Både Saab och ÅF har således fått tillfälle att förtydliga sina anbud och inte något av anbudet är således villkorat.

ÅF gör också gällande att Saab inte inkommit med redovisningar avseende provning av PSR och att Saab därför inte uppfyllt upphandlingens skallkrav. I detta sammanhang hänvisar ÅF även till bilaga 7 i anbudet från Saab. Enligt FMV innehåller förfrågningsunderlaget inga krav på redovisningar avseende PSR. Vad som efterfrågades enligt förfrågningsunderlaget, dvs. föremålet för upphandlingen, avser tjänsten provflygning PAR 08. Beträffande den åberopade bilagan 7 i Saabs anbud, konstaterar FMV att bilagan genom Saabs förtydligande, enligt vad som anförts ovan, inte utgör del av anbudet.

ÅF gör även gällande att Saab enligt bilaga 7 till anbudet specificerat en mindre täckningsvolym för PAR än den som skulle vara fastställd och att Saab därmed inte uppfyllt skallkrav. FMV konstaterar att den nämnda bilagan genom Saabs förtydligande, enligt vad som anförts ovan, inte utgör del av anbudet.

I ansökan tar ÅF upp frågan om anbudspriset från Saab, vilket enligt ÅF är antingen för högt eller för lågt beroende på omfattningen av PSR- och

PAR-prov. FMV konstaterar att förfrågningsunderlaget inte innehåller några specifika krav i dessa hänseenden. Vad som efterfrågas enligt förfrågningsunderlaget avser tjänsten provflygning PAR 08. FMV har inte funnit anledning att ifrågasätta det av Saab lämnade anbudspriset på den efterfrågade tjänsten.

Vidare gör ÅF gällande att Saab inte påvisat teknisk förmåga "att kontrollflyga PSR" genom att förete skriftligt intyg. FMV konstaterar att förfrågningsunderlaget inte innehåller något sådant specifikt krav.

ÅF gör slutligen gällande att Saab inte påvisat yrkesmässig kapacitet avseende kravet på bruksflygtillstånd, eftersom det av Saab åberopade intyget "Air Operator Certificate" saknar dokumentet "Operations Specifications Part Two". Av anbudsinfordran 8.4.1. avseende bevis om anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet framgår att anbudsgivaren ska visa att han uppfyller krav enligt bilaga 2 till anbudsinfordran "genom beskrivning av anbudsgivarens kompetens och erfarenheter samt med CV och referenser". Av nämnda bilaga avseende tekniskt stöd vid provflygning med PAR 08, framgår av 4.1 punkt 4 att leverantören "skall inneha bruksflygtillstånd". Saab har i särskild uppfyllelselista enligt bilaga 6 och med referens till bilaga 13 i anbudet förklarat sig uppfylla detta krav. Av i bilaga 13 i anbudet åberopat intyg framgår att Saab genom företaget AB Nord-Flyg innehar bruksflygtillstånd. Eftersom kravet på bruksflygtillstånd inte specificerats närmare i förfrågningsunderlaget, utan är generellt utformat, har Saab därmed uppfyllt nämnda krav. Det finns således inte något krav på att intyget ska innehålla uppgifter enligt dokumentet "Operations Specifications Part Two" för att visa att anbudsgivare innehar bruksflygtillstånd. Mot bakgrund härav ska ÅF:s ansökan om överprövning lämnas utan bifall.

ÅF vidhåller sin ansökan och tillägger bl.a. följande. LOU syftar bl.a. till att främja en sund konkurrens. ÅF är en anbudsgivare som har Luftfartsverket (LFV) som en kommersiell underleverantör. Det ligger därför i ÅF:s och även i LFV:s intresse att anbudet från den konkurrerande leverantören Saab bedöms på ett korrekt sätt. ÅF hävdar att anbud enligt FMV:s anbudsinfordran ska omfatta flygprov för både PAR- och PSR-funktionalitet. Omfattningen av enbart PAR-prov är flygtidsmässigt och därmed kostnadmässigt i storleksordningen 25 procent av omfattningen av provflygning av både PAR- och PSR. Det är därför orimligt att anta att Saab avser att utöka sitt specificerade åtagande att provflyga enbart PAR till att även inrymma provflygning av PSR utan prisjustering då detta de facto innebär en ökning av mätflygtiden med cirka 300 procent. PSR nämns över huvudtaget inte i Saabs anbud, vare sig före eller efter förtydligande. Saab har alltså inte gjort något som helst åtagande att utföra hela det efterfrågade arbetet. ÅF befarar därför att provflygning av PSR kommer att bli en tillägsbeställning om Saabs anbud inte diskvalificeras, och då sannolikt till ett avsevärt högre totalpris än ÅF:s anbud. – ÅF har härefter inkommit med uppgift om att Saabs underleverantör AB Nordflyg har försatts i konkurs.

FMV anför härefter bl.a. följande. ÅF gör nu gällande att Saabs anbud, med hänvisning till innehållet i Saabs anbudsbilaga 7, inte omfattar annat än ”flygprov för PAR-funktionaliteten och inte för PSR-funktionaliteten”. Som FMV konstaterat i tidigare yttrande utgör den nämnda anbudsintilläggen genom Saabs förtydligande inte del av anbudet från Saab. Enligt FMV måste Saabs förtydligande anses omfatta även hänvisningen till nämnda bilaga i bilageförteckningen.

Vidare återkommer ÅF till frågan om omfattningen av den efterfrågade tjänsten för provflygning med avseende på, som det uttrycks, ”PAR- och PSR-funktionalitet”. I denna fråga får FMV påminna om innehållet i an-

budsinfordran avsnitt 4 Tekniska specifikationer m.m., av vilket det med hänvisning till bilaga 1, punkt 4, avseende tjänsten ”Provflygning PAR 08”, framgår att aktuella provflygningar genomförs, omfattande bl.a. ”Tillhandahållande av mätflygplan, pilot och operatör för genomförande av flygmätning PAR 08 på 5 st militära flygplatser under perioden 2010-07 – 2012-02”. Den efterfrågade tjänsten avser således provflygning med ett av FMV från en annan leverantör särskilt införskaffat och för de avsedda provflygningarna tillhandahållet tekniskt system avseende navigeringsradar med benämningen PAR 08. Även om navigeringsradar PAR 08 som sådant innehåller funktioner för både PAR (Precision Approach Radar) och PSR (Primary Surveillance Radar), vilket i och för sig också redovisats av FMV i dokumentet ”Frågor och svar 1”, har det vid utformningen av anbudsinfordran inte funnits anledning att gå närmare in på funktionaliteten för navigeringsradar PAR 08.

Upplysningen om att företaget Nordflyg har gått i konkurs utgör en efter tilldelningsbeslutet i upphandlingen senare tillkommen omständighet som enligt FMV inte ska tillmätas rättslig betydelse i målet.

ÅF genmäler bl.a. följande. Man kan konstatera att det som FMV nu förtydligat om sin avsikt att upphandla under område D, inte är detsamma som angavs i anbudsunderlaget och som ÅF därmed offererade. Skillnaden är signifikant, mycket kostnadsdrivande och påverkar direkt och mycket tydligt resultatet av upphandlingen. Detta är ett förhållande som leder till att upphandlingens område D bör utvärderas till ÅF:s förmån eller i andra hand göras om.

Genom att vid olika tillfällen uppge olika information om vad upphandlingen omfattar står det nu klart att FMV har brutit mot den grundläggande likabehandlingsprincipen. Det överklagade tilldelningsbeslutet var till för-

mån för en leverantör som inte uppfyller de mera omfattande krav på kontroll av PSR som det ursprungligen angavs att upphandlingen omfattade.

Det är i sammanhanget värt att notera att ÅF:s anbud tydligt specificerade omfattningen av vad som offererades utan att detta föranledde en kommentar från FMV, även om förtydliganden avkrävdes på andra områden.

Nordflyg har genom konkursen inte längre det operativa tillstånd, s.k. AOC, som krävdes och som bifogades med anbudet via komplettering. De dras in vid konkurser. Eftersom upphandlingen inte är avslutad är det en självklar brist i Saabs offert att deras underleverantör har försatts i konkurs och därmed förlorat det krävda tillståndet. Detta innebär att underleverantören är utan tillstånd att utföra kommersiella flygupdrag, inklusive den flygning upphandlingen avser. – ÅF har till sitt yttrande fogat en underrättelse från Eskilstuna tingsrätt om att AB Nordflyg den 31 mars 2010 har försatts i konkurs.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 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 15 kap. 17 § LOU får den upphandlande myndigheten förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Av den fullmakt som ingetts i målet framgår att ÅF företräds av Luftfartsverkets jurist Marcus Miettinen. Förvaltningsrätten finner inte att det framkommit något som ger anledning att ifrågasätta ombudets behörighet. Vad FMV har anfört i denna del föranleder därför ingen åtgärd från förvaltningsrätten.

ÅF har i sin ansökan gjort gällande att Saabs anbud, som antagits av FMV, inte uppfyllt upphandlingens kravspecifikation och därmed inte borde ha gått vidare till utvärdering. Enligt ÅF har anbudet varit ofullständigt bl.a. på grund av att det endast omfattar PAR-funktion och inte PSR-funktion samt då det endast omfattar en mindre täckningsvolym av PAR än vad som efterfrågats. ÅF har härvid hänvisat till vad som angetts i Saabs ursprungliga anbud under avsnittet Förutsättningar samt i anbudets bilaga 7. Av handlingarna i målet framgår dock att Saab den 22 januari 2010 förtydligat sitt anbud och därmed förklarat att ”hela listan med förutsättningar tas bort ur anbudet”. I listan med förutsättningar hänvisas till bilaga 7. Förfrågningsunderlaget innehåller inte heller några krav på redovisning avseende PSR utan det som efterfrågas är tjänsten provflygning PAR 08. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten inte visat annat än att Saabs anbud, sedan det förtydligats, omfattar i upphandlingen efterfrågade funktioner och volymer. Inte heller i övrigt finner förvaltningsrätten att det har visats att Saabs anbud inte uppfyllt de skall-krav som uppställts i anbudsinfordran, t.ex. vad gäller presentation av giltigt bruksflygtillstånd. Enligt förvaltningsrättens mening får det anses tillräckligt att anbudet uppfyllde skall-kraven vid tidpunkten för utvärderingen av anbudet. Det förhållande att Saabs underleverantör AB Nordflyg har försatts i konkurs den 31 mars 2010 påverkar därför inte bedömningen av om Saab kan anses ha uppfyllt i upphandlingen ställt skall-krav angående bruksflygtillstånd.

Förvaltningsrätten anser inte heller att FMV i efterhand ändrat sin kravspecifikation vad gäller omfattningen av den efterfrågade tjänsten och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

ÅF har även anfört att Saabs pris varit orimligt lågt. Av 15 kap. 17 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten under vissa förutsättningar får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet att förkasta ett sådant anbud föreligger emellertid inte. Vad ÅF anfört i denna del kan därför inte föranleda något ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte visat att FMV agerat felaktigt genom att låta Saabs anbud gå vidare till utvärderingsfasen. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Annika Sandström
chefsrådman

Föredragande har varit Carina Westin.



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

