

KLAGANDE
Sky Movies AB, 556570-4177

Ombud:
Advokaten Ulf Hökeberg och jur.kand. Jonas Edward
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART
Länsstyrelsen i Södermanlands län
611 86 Nyköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrätten i Södermanlands läns dom den 30 juni 2009 i mål nr 985-09,
se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att Länsstyrelsen i Södermanlands läns upphandling avseende Skogsbrandbevakning med flyg inte får avslutas innan rättelse vidtagits på så sätt att utvärdering av anbud sker utan beaktande av Frivilliga Flygkårens anbud.

2. Kammarrätten upphäver sitt interimistiska förordnande den 10 juli 2009.

YRKANDEN M.M.

Sky Movies AB (Sky Movies) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, i första hand skall besluta att upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av anbudet från Frivilliga Flygkåren (FFK) och i andra hand att upphandlingen görs om. Sky Movies anför till stöd för sin talan i kammarrätten sammanfattningsvis följande.

FFK:s förfogande över flygplan och länsstyrelsens kontrollskyldighet

Länsstyrelsen har inte bemödat sig att kontrollera om FFK:s uppgifter om förfogande över aktuella flygplan är korrekta. Länsstyrelsen har därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen. Speciellt för upphandlingen är det detaljerade regelverk som omgärdar flygverksamhet. Det finns anledning anta att länsstyrelsen inte haft kännedom om att det krävs tillstånd för att hyra ut flygplan och att detta gäller även för flygklubbar. Eftersom det torde vara utrett att ingen flygklubb har tillstånd för uthyrning av flygplan till FFK och då inget av undantagen i Luftfartsstyrelsens föreskrifter är tillämpligt är det näst intill obegripligt hur länsrätten har kommit fram till att FFK förfogar över de offererade flygplanen. Länsrätten har på ett felaktigt sätt utgått från länsstyrelsens påstående om att FFK sedan länge har använt flygplan som hyrs från flygklubbar i sin verksamhet. Eftersom FFK inte förfogar över uppgivna flygplan under kontraktstiden uppfyller FFK inte i förfrågningsunderlaget uppställt skall-krav om tillgång till minst två flygplan.

Omfattning av tjänsten, prissättning och FFK:s tillstånd

Vid en jämförelse mellan den tjänst länsstyrelsen efterfrågar i förfrågningsunderlaget och vad FFK:s tillstånd anger om tillåtna uppdragstyper

måste slutsatsen bli att de tjänster som länsstyrelsen efterfrågar har en betydligt vidare omfattning än vad FFK:s tillstånd medger. Enligt rubriken till FFK:s tillstånd får dess verksamhet inte bedrivas i förvärvssyfte. I tillståndet anges vidare att ersättning får uppbäras enligt "självkostnadsprincipen" samt att förare inte får motta ersättning för sitt uppdrag. Av FFK:s anbud till länsstyrelsen framgår att det av FFK offererade priset för en Cessna uppgår till 1 843 kr/tim. En Cessna kan hyras för ca 900 kr/tim inklusive bränsle, försäkring m.m. FFK:s påslag jämfört med självkostnaden är således drygt 100 procent. Det lämnade anbudet strider därför mot FFK:s tillstånd, dels då de efterfrågade tjänsterna inte ryms inom tillståndet, dels då de offererade priserna vida överstiger FFK:s självkostnad. FFK:s anbud uppfyller därmed inte skall-kravet i förfrågningsunderlaget att entreprenören skall ha giltigt tillstånd för denna typ av uppdrag enligt Transportstyrelsens bestämmelser.

Länsstyrelsen bestrider bifall till överklagandet och vidhåller vad som anförts i länsrätten. Inget nytt har tillförts målet som föranleder ändring av länsrättens dom.

Kammarrätten har den 10 juli 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser i LOU framgår av länsrättens dom.

Enligt Luftfartsstyrelsens föreskrifter om upplåtelse av luftfartyg (LFS 2007:22) krävs enligt 1 § andra stycket 1. upplåtelsestillstånd vid uthyrning av motordrivna luftfartyg. Undantag från tillståndskravet gäller enligt 1 § tredje stycket vid 1. enstaka uthyrning, dvs. högst 12 gånger under en tolv månadersperiod samt vid 5. uthyrning till flygklubbar.

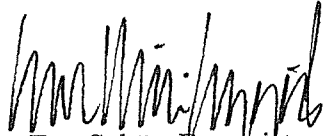
I en skrivelse den 4 september 2009 från Transportstyrelsen till Länsstyrelsen i Södermanland åberopas LFS 2007:22 och anges att det undantag som är aktuellt för en flygklubb som hyr ut till FFK återfinns under 1 § punkt 1 ”enstaka uthyrning”, vilket innebär att om ägaren/flygklubben inte har ett upplåtelsestillstånd så begränsas utrymmet till enstaka uthyrning, dvs. högst 12 gånger under en tolv månadersperiod.


I målet är ostridigt att FFK vid fullgörande av uppdrag för länsstyrelsen avser att använda flygplan som kommer att hyras från ett antal närliggande flygklubbar. Av befintlig utredning framgår inte annat än att var och en de berörda flygklubbarna saknar för uthyrning nödvändigt myndighetstillstånd. Länsstyrelsen har vidare under skriftväxlingen i länsrätten anfört att ”om flygklubbarna vid uthyrning till FFK är begränsade till maximalt 12 tillfällen per år så innebär det en sådan begränsning i FFK:s tillgång till planen att de ur upphandlingssynpunkt skall anses som icke tillgängliga”.

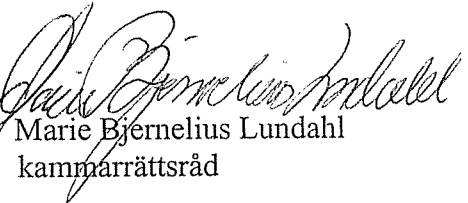
Mot bakgrund av vad som framkommit i målet måste det anses utrett att FFK:s anbud inte uppfyllde skall-kravet i anbudsunderlaget att entreprenör skall ha tillgång till minst två flygplan med viss angiven kapacitet. Genom att anta FFK:s anbud trots att FFK inte uppfyllt skall-kravet har länsstyrelsen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Sky Movies har härigenom riskerat att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Sky Movies talan skall således bifallas och upphandlingen rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av FFK:s anbud.

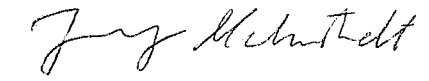
Vid denna utgång saknas skäl att ta ställning till den ytterligare grund Sky Movies åberopat till stöd för sin talan i kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Eva Schön-Engqvist
kammarrättsråd
ordförande


Ingrid Ullman
kammarrättsråd
referent


Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd


Jenny Malmstedt
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN

DOM
2009-06-30
Meddelad i
Nyköping

Mål nr
985-09
Enhet 4

SÖKANDE

Sky Movies AB, 556570-4177
Ökna Gällersta
705 94 Örebro

Aktbilaga

41

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg
Advokatfirman Fylgia KB
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Länsstyrelsen i Södermanlands län
611 86 Nyköping

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Länsrätten avslår ansökan om överprövning.
2. Länsrättens interimistiska beslut den 8 april 2009 gäller därmed inte längre.

Dok Id 67121

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 194	Folkungavägen 4	0155-20 04 50	0155-20 04 90	måndag – fredag
611 25 Nyköping		E-post: lansrattenisodermanland@dom.se		09:00 - 12:00 13:00 - 15:00

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Södermanlands län (Länsstyrelsen) beslutade genom tilldelningsbeslut den 30 mars 2009 att anta Frivilliga Flygkårens (FFK) anbud i upphandling avseende Skogsbrandsbevakning med flyg (dnr 450-2707-2009). Sky Movies AB (Sky Movies) har ansökt om överprövning av upphandlingen. Länsrätten har den 8 april 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Sky Movies har yrkat att länsrätten ska upphäva tilldelningsbeslutet och besluta om i första hand rättelse av upphandlingen på det sättet att anbudsutvärderingen ska göras om utan beaktande av anbudet från FFK och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Länsstyrelsen har, som det får förstås, bestritt Sky Movies talan.

Sky Movies har till stöd för överklagandet anfört bl.a. följande.

Länsstyrelsen bryter i den pågående upphandlingen mot bestämmelserna i LOU och direktiv 2008/18/EG om offentlig upphandling, särskilt mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och icke-diskriminering, som dessa kommit till uttryck i 1 kap 9 § LOU. Om felaktigheterna inte förekommit i upphandlingen skulle Sky Movies tilldelats kontraktet eller i vart fall haft goda möjligheter att tilldelas kontraktet. Bolaget riskerar därför att lida skada.

FFK:s förfogande över flygplan och Länsstyrelsens kontrollskyldighet.

FFK har inte i anbudet visat att FFK förfogar över de flygplan som offereras under kontraktstiden, varför FFK rätteligen skulle ha uteslutits från deltagande i upphandlingen, alternativt skulle anbudet ha förkastats som orent. Av FFK:s anbud framgår att de flygplan som offereras ägs av vissa angivna flygklubbar, dvs. andra juridiska personer. Av praxis från EG-domstolen (bl.a. dom den 14 april 1994 i mål C-389/92 Ballast Nedam Groep I och dom den 2 december 1999 i mål C-176/98 Holst Italia) följer att anbudsgivare som, i syfte att tillåtas delta i ett anbudsförfarande, hänvisar till ett annat bolag som det är knutet till på ett eller annat sätt måste, för att påvisa sin finansiella, ekonomiska och tekniska kapacitet, visa att det faktiskt förfogar över resurser hos detta bolag. FFK måste kunna styrka att de har faktisk möjlighet att utnyttja den kapacitet som de åberopar under den period som omfattas av kontraktet. Den hänvisning till hyresavtal som FFK gör i sitt anbud är inte tillräcklig.

FFK har i efterhand skickat in avtal med flygklubbarna i telefax till Länsstyrelsen. I FFK:s anbud angavs att flygplan skulle hyras in från Östra Sörmlands FK, Katrineholms FK, Nyköpings FK samt Eskilstuna Motorflygklubb. Det finns emellertid inte något avtal med Östra Sörmlands FK, däremot ett med Trosa Flygklubb. Avtalet med Eskilstuna Motorflygklubb gällde endast för den 2 maj 2004. Kompletteringen har gjorts efter anbudstidens utgång och efter tilldelningsbeslutet och är således för sen. Kompletteringen är dessutom otillåten eftersom kompletteringen innebär en uppenbar särbehandling av FFK till nackdel för Sky Movies, som annars skulle ha tilldelats kontraktet. Ett tillåtande av kompletteringen strider mot lika-behandlingsprincipen.

Länsstyrelsen har kontrollskyldighet avseende de uppgifter som anbudsgivarna lämnar i sina anbud. En absolut grundförutsättning för att kunna ut-

föra den av Länsstyrelsen efterfrågade tjänsten är att anbudsgivaren disponerar flygplan. Denna grundförutsättning hade kunnat kontrolleras av Länsstyrelsen. En upphandlande myndighet som underlåter att kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt, åsidosätter likabehandlingsprincipen (se EG-domstolens dom den 4 december 2003 i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, REG 2003, p.49-50 och 72).

Det krävs vidare ett särskilt tillstånd för flygklubbar att upplåta flygplan. Vid Sky Movies kontakter med Transportstyrelsen har framkommit att de av FFK angivna flygklubbarna inte har något upplåtelsestillstånd. De undantag som finns från kravet på tillstånd ska tolkas restriktivt och ska vid tvekan eller gränsfall inte anses tillämpliga. Undantaget avseende upplåtelse som innebär enstaka uthyrning innebär en sådan begränsning av FFK:s kapacitet att FFK inte kan anses förfoga över offererade plan under kontraktstiden. Undantaget avseende sådan upplåtelse som innebär uthyrning till flygklubbar är inte aktuellt; FFK är inte en flygklubb utan en frivillig försvarsorganisation.

Detta innebär i sin tur att FFK inte har rätt att disponera några av de offererade flygplanen. Även av nu redovisade skäl skulle FFK:s anbud rätteligen ha förkastats, alternativt skulle FFK ha uteslutits från deltagande i upphandlingen.

Flygfotografering och FFK:s tillstånd.

FFK:s tillstånd omfattar inte kommersiell flygfotografering. FFK:s tillstånd omfattar inte flygfotografering alls, eftersom detta inte anges uttryckligen i tillståndet. Om FFK skulle anses ha rätt att använda fotoutrustning gör bolaget gällande att tillståndet inte omfattar de tjänster som Länsstyrelsen efterfrågar.

FFK deltar som anbudsgivare i en offentlig upphandling där FFK avser att mot ersättning utföra uppdrag. Sky Movies menar att FFK därmed lämnar anbud på att bedriva kommersiell verksamhet. I denna verksamhet ingår flygfotografering, för vilket FFK saknar tillstånd.

Om FFK ska anses ha ett tillstånd till flygfotografering, inskränker det sig till flygfotografering av skador på infrastruktur – således inte en allmän rätt att fotografera – *efter* stormar och dylikt. FFK har inte rätt att flygfotografera *vid* större krissituationer. FFK har alltså inte rätt att flygfotografera när en krissituation, t.ex. storm, översvämning, extremt snöfall eller skogsbrand, pågår. Transportstyrelsen gör klart att FFK inte har tillstånd att använda fotoutrustning i samband med skogsbrandbevakning. FFK:s anbud uppfyller därmed inte anbudsförutsättningarna, utan strider mot avtalsvillkoren i förfrågningsunderlaget, vilka utgör skall-krav. Deras anbud är därför orent och skulle rätteligen ha förkastats. I Sky Movies tillstånd anges uttryckligen att bolaget får utföra bl.a. ”fotoflygning”, vilket krävs för att detta ska få utföras.

Flygbilder och liknande registreringar från luftfartyg får inte spridas utan tillstånd av regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer, vilket är Försvarmakten (jfr 6 § lagen (1993:1742) om skydd för landskapsinformation). Om man inte har ett tillstånd till självgranskningsrätt av Försvarmakten måste alla flygfotografier och liknande registreringar från luftfartyg granskas av Försvarmakten innan de får spridas. När en flygbild överlämnats till Länsstyrelsen blir bilden en allmän handling, som kan begäras ut av vem som helst. Därmed finns en potentiell risk för spridning, inte minst till journalister. Utan tillstånd tar det 3 – 4 veckor innan Länsstyrelsen kan ta del av bilderna. Hela syftet med Länsstyrelsens krav på flygfotografering i anbudsunderlaget skulle gå förlorat om inte FFK har ett tillstånd till självgranskning. Sky Movies har, via en anställd, ett sådant tillstånd.

FFK:s priser och tillstånd samt uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Genom FFK:s prissättning kommer FFK att bedriva luftfart i förvärvssyfte, vilket strider mot både FFK:s tillstånd från Luftfartsstyrelsen och mot anbudsförutsättningarna. Även av det skälet skulle FFK:s anbud rätteligen ha förkastats. FFK har tillstånd till luftfartsverksamhet av särskild art, utan förvärvssyfte, varmed avses att FFK får uppbära ersättning endast enligt självkostnadsprincipen och att förare inte får motta ersättning för sitt uppdrag. Flygningarna får inte betalas utöver de kostnader som gäller för hyran av flygplanet. Stockholms flygklubb hyr ut sin Cessna 172 för 915 kr/tim inkl. bränsle, försäkring m.m., men exkl. bensinskatt. Detta ska jämföras med FFK:s i anbudet angivna pris om 1 843 kr/tim. (FFK är befriat från bensinskatt) för en Cessna C172, vilket således vida överstiger en ersättning enligt självkostnadsprincipen. En Piper-maskin kan hyras för belopp i samma nivå som en Cessna. FFK bedriver därigenom, vid utförande av uppdrag för Länsstyrelsen, luftfartsverksamhet i förvärvssyfte utan tillstånd. Förfarandet torde vara straffbart (jfr NJA 1985 s. 668). Det kan också ifrågasättas om FFK:s försäkring gäller för det fall FFK anses bedriva olaga luftfart. FFK har vid utförande av andra uppdrag fakturerat ersättning överstigande självkostnadsprincipen. FFK har utfört uppdrag för Länsstyrelsen i augusti 2007, då FFK fakturerade 1 674 kr/tim för en Cessna. Vid utförande av uppdrag för Sveriges Lantbruksuniversitet i Uppsala (SLU) har FFK under åren 2008 – 2009 fakturerat 2 150 kr/tim för en Cessna. Enligt uppgift hyr FFK den flygmaskin som använts vid uppdragen för SLU från Karlskoga Motorflygklubb. Enligt deras webbplats hyrs den flygmaskinen ut för 1 100 kr/tim inkl. bränsleskatt, dvs. ett självkostnadspris på ca 850 kr/tim. FFK:s påslag utifrån en självkostnad uppgår därför till ca 1 300 kr/tim. Av FFK:s årsredovisning för år 2008 framgår att FFK under det året hade intäkter från uppdragsflyg uppgående till drygt 8 miljoner kronor. FFK deltar i ett flertal offentliga upphandlingar med priser

ungefär som de i aktuell upphandling och FFK anses ofta ha lämnat det prismässigt lägsta anbudet. Mot denna bakgrund menar Sky Movies att det är uppenbart att den ersättning FFK begär och fakturerar är långt utöver vad självkostnadsprincipen tillåter. FFK gör sig därmed skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen, kanske till och med av systematiskt slag. För tillämpning av 10 kap. 2 § 4 LOU krävs inte lagakraftvunnen dom och den utredning som Sky Movies har presenterat i målet är fullt tillräcklig för att Länsstyrelsen ska kunna visa att FFK gjort och gör sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det framstår som uteslutet att Länsstyrelsen skulle kunna teckna kontrakt med FFK. Sky Movies åberopar professorn i offentlig rätt vid Lunds Universitet, Lars-Göran Malmbergs avhandling Rätt till luftfart (Juristförlaget 1990) s. 185 – 188 och Konsekvensutredning avseende verksamhetsuppdelningen FFK – KSAK-ansluten flygklubb (1998-09-22).

FFK:s statsstöd.

Det statliga organisationsstödet till FFK för åren 2007 och 2008 uppgick till ca 16 respektive ca 17,7 Mkr. Frågan om statens organisationsstöd till FFK har uppmärksammats av den privata juristgruppen Konkurrenskommissionen som i en PM behandlat frågan om snedvridning av konkurrensen genom otillåtet statsstöd och gjort bedömningen bl.a. att det statliga organisationsstödet, i förening med att FFK bedriver ekonomisk verksamhet och därvid konkurrerar med privata företag, är ägnat att väsentligt snedvrیدا konkurrensen på marknaden för flygbevakningstjänster och att statsstödet strider mot EG:s statsstödsbestämmelser och EG-fördraget. FFK anger på sin hemsida att FFK inte konkurrerar med kommersiella bolag, utan endast är ett komplement när dessa resurser inte räcker till.

Länsstyrelsen har anfört bl.a. följande.

FFK:s förfogande över flygplan och Länsstyrelsens kontrollskyldighet.

Länsstyrelsen efterfrågade inte i anbudsunderlaget att avtal eller annat intyg om att anbudslämnaren förfogade över de offererade flygplanen skulle bifogas. Avsaknaden av handlingar som inte efterfrågats utgjorde inte grund för att utesluta FFK. FFK har senare inkommit med gällande avtal rörande de offererade flygplanen.

Vad gäller kontrollskyldigheten sägs i EG domstolens dom i mål C-448/01 EVN och Wienstrom i huvudsak att en upphandlande myndighet inte får använda upphandlingskriterier som är omöjliga att kontrollera. Att Länsstyrelsen efter anbudsutvärderingen kontrollerat att FFK verkligen förfogade över de offererade planen visar att Länsstyrelsen haft en sådan möjlighet, oavsett om och när en sådan kontroll ägt rum.

Frågan om flygklubbarna har rätt att upplåta flygplan till FFK är direkt avgörande för om FFK:s anbud ska förkastas eller inte. Om flygklubbarna inte hade rätt att hyra ut flygplanen till FFK, förfogade FFK aldrig över några flygplan och uppfyllde inte minimikravet i anbudsunderlaget om tillgång till minst två flygplan. FFK har bedrivit sin verksamhet sedan 1961 med från flygklubbar inhyrda flygplan.

Det finns två undantag i Luftfartsstyrelsens föreskrifter om upplåtelse av luftfartyg (LFS 2007:22, Serie OPS) från kravet på tillstånd för upplåtelse som skulle kunna vara relevanta:

1. sådan upplåtelse som innebär enstaka uthyrning, dvs. högst 12 gånger under en tolv månaders period. Länsstyrelsen anser emellertid att detta skulle innebära en sådan begränsning av FFK:s tillgång

till planen att de ur upphandlingssynpunkt ska anses som icke tillgängliga.

2. sådan upplåtelse som innebär uthyrning till flygklubbar. FFK är en ideell förening som sysslar med flygning och det skulle kunna hävdas att FFK är en flygklubb. Om FFK ska anses vara en flygklubb skulle andra flygklubbars uthyrning av flygplan till FFK vara undantagna från kravet på tillstånd.

Flygfotografering och FFK:s tillstånd.

FFK:s tillstånd ger FFK rätt att bedriva skogsbrandbevakning, katastrofinsatser och olika former av spaning och rekognosering från luften. Tillståndet medger inte kommersiell flygfotografering. Fotografering och videofilmning nämns i förfrågningsunderlaget endast under punkten Krisflygbevakning vid större krissituation. Eventuell fotografering och videofilmning skulle alltså endast ske inom uppdrag som väl faller inom FFK:s tillstånd. Användning av fotoutrustning ingår enligt Transportstyrelsen i den dokumentation som är tillåten vid genomförande av ”spaning och dokumentation av skador på infrastruktur efter stormar och dylikt”. FFK har således rätt att utföra den fotografering/filmning från luften som efterfrågas i anbudsunderlaget.

Länsstyrelsen anser att FFK har rätt att utan spridningsgodkännande från Försvarmakten överlämna flygbilder till Länsstyrelsen. Att en flygbild överlämnats till Länsstyrelsen innebär att den gjorts tillgänglig endast för ett fåtal och att ingen spridning har ägt rum. Till Länsstyrelsen inkommen handling (såsom flygfoto) får inte lämnas ut om den omfattas av sekretess enligt sekretesslagen. För flygfoton som inte omfattas av sekretess, kan dessa lämnas ut till den som begär det. Den som begärt ut sådant flygfoto omfattas emellertid av spridningsförbudet enligt lag 1993:1742 om skydd för landskapsinformation. Länsstyrelsen anser inte att FFK kan uteslutas

som leverantör med hänvisning till att tredje man eventuellt kan komma att bryta mot spridningsförbudet.

FFK:s priser och tillstånd samt uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Länsstyrelsen kan inte se att Sky Movies missgynnats av att FFK lämnat ett anbud med för höga priser. Om FFK:s priser varit för högt satta har detta i så fall lett till att Sky Movies fått något högre poäng vid anbudsutvärderingen.

Länsstyrelsen kan inte bedöma om de priser FFK lämnat är i enlighet med självkostnadsprincipen eller inte. Länsstyrelsen kommer att kontrollera med Transportstyrelsen vilka priser FFK få ta innan avtal träffas. Lämnade priser är maxpriser och inget hindrar att FFK kommer överens med Länsstyrelsen om en prissänkning. FFK har inte brutit mot tillståndet redan genom att lämna anbud med högre priser än tillståndet medger. Det är först om FFK faktiskt tar otillåtet mycket betalt som brott mot tillståndet sker.

Omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer finns i 10 kap. 1 § LOU. Länsstyrelsen känner inte till att FFK skulle vara dömd för något av de brott som anges där eller för de brott Sky Movies anklagar FFK för.

FFK:s statsstöd.

Av EG-domstolens dom den 7 december 2000 i mål C-94/99, ARGE (REG 1999 I-11037), p 42 och 43 framgår att även mottagare av statsstöd kan delta i offentliga upphandlingar.

DOMSKÄL

Av 1 kap 9 § LOU framgår följande. 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.

Av 16 kap 2 § LOU följer att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Av utredningen framgår bl.a. följande. Upphandlingen har skett genom ett förenklat förfarande. I yttrande från Transportstyrelsen den 27 april 2009 anförs bl.a. följande. FFK har inom ramen för sitt tillstånd rätt att utföra ”spaning och dokumentering av skador på infrastruktur efter stormar och dylikt”. I detta ingår också användning av fotoutrustning enligt Transportstyrelsens bedömning. Det framgår däremot inte av skrivningen i tillståndet att rätten till dokumentering är direkt sammankopplad med skogsbrandsbevakningen. Vidare är det viktigt att påpeka att de inte äger rätt att bedriva kommersiell flygfotografering. Luftfartsverksamheten får m.a.o. inte vara i förvärvssyfte.

Länsrätten gör följande bedömning.

FFK:s förfogande över flygplan och Länsstyrelsens kontrollskyldighet.

I en dom från EG-domstolen (den 2 december 1999 i mål C-176/98 Holst Italia) slog domstolen fast att ett företag hade rätt att vid en upphandling som omfattades av det äldre tjänstedirektivet åberopa ett annat företags ekonomiska, finansiella och tekniska kapacitet om företaget kunde visa att det förfogade över det andra företags kapacitet. Bestämmelser om detta har införts i de nya direktiven avseende ekonomisk kapacitet samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. I LOU finns en motsvarande bestämmelse i 11 kap. 12 § för de upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektivet.

I anbudet har FFK uppgett att de hyr in fem för brandflyg godkända flygplan. FFK har alltså angett att de disponerar flygplanen själva med hyresrätt. Det kan ifrågasättas om detta kan anses vara ett åberopande av andra företags resurser.

Oavsett detta omfattas den aktuella upphandlingen inte av upphandlingsdirektivet. Den regleras av bestämmelserna i 15 kap. LOU och bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU är inte tillämplig. Avgörande blir därför vilka krav som ställts i anbudsunderlaget och om förfarandet är förenligt med 1 kap. 9 § LOU.

I anbudsunderlaget är angivet ett krav på att entreprenören ska ha tillgång till ett visst antal flygplan och att anbudet ska innehålla en ifylld blankett där bl.a. offererade flygplan och besättningar är angivna. En sådan blankett har ingivits av FFK. Något annat bevis om flygplanskapaciteten har inte begärts. Länsrätten finner inte att det fanns skäl att utesluta FFK från deltagande i upphandlingen eller förkasta anbudet som orent därför att FFK inte därutöver bevisat att de förfogar över planen.

Det finns inte något som säger att en upphandlande enhet har en allmän skyldighet att kontrollera att uppgifter som lämnas i anbud är riktiga, om inte omständigheterna ger anledning att ifrågasätta uppgifterna. Enbart den omständigheten att FFK uppgav att de hyrde planen av flygklubbar, kan enligt länsrättens mening inte vara en sådan omständighet som medför en skyldighet att kontrollera uppgifternas sanningshalt.

I det av Sky Movies åberopade avgörandet C-448, EVN och Wienstrom, framgår bl.a. att principen om likabehandling av anbudsgivare innebär att en objektiv och öppen bedömning av anbuderna ska göras, vilket i sin tur förutsätter att den upphandlande myndigheten har en verklig möjlighet att på grundval av den information och de bevis som inges av anbudsgivarna, kontrollera om anbuderna uppfyller upphandlingskriterierna. Ett upphandlingskriterium som inte förenas med krav som möjliggör en verklig kontroll av att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt strider mot principerna i gemenskapsrätten om offentlig upphandling.

I 11 kap. 11 § LOU (som dock inte gäller för upphandlingar som regleras av 15 kap. LOU) finns en uppräknad av bevis som kan begäras på leverantörers tekniska kapacitet. Där anges bl. a. att en leverantör får styrka sin tekniska kapacitet genom en uppgift om vilka verktyg, maskiner och teknisk utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för att fullgöra kontraktet.

Länsrätten finner att det krav som ställts i anbudsunderlaget på att anbudsgivarna ska lämna uppgift om vilka flygplan som anbudsgivarna förfogar över är tillfyllest för att förfarandet ska anses förenligt med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Sky Movies har vidare ifrågasatt att flygklubbarna har rätt att hyra ut planen till FFK. Av utredningen framgår att FFK har slutit avtal med fyra flygklubbar om hyra av flygplan motsvarande den kapacitet som offererats. Avtalet med Eskilstuna Motorflygklubb avseende två Cessna 172 avsåg emellertid inte hela den aktuella avtalstiden och det framgår inte om något nytt avtal träffats. Även om flygklubbarna skulle ha hyrt ut sina flygplan utan erforderliga tillstånd återstår frågan vilka konsekvenser det skulle få för FFK:s möjlighet att förfoga över flygplanen. FFK har sedan länge använt flygplan som hyrs från flygklubbar i sin verksamhet. Länsrätten konstaterar mot denna bakgrund att utredningen i målet inte ger underlag för slutsatsen att FFK inte förfogar över de offererade planen. Det är således inte visat att det finns grund för att utesluta FFK från upphandlingen därför att FFK inte förfogar över de flygplan som offererats under kontraktstiden.

Flygfotografering och FFK:s tillstånd.

Av Transportstyrelsens yttrande framgår att FFK har tillstånd att använda fotoutrustning vid genomförande av spaning och dokumentation av skador på infrastruktur efter stormar och dylikt. Enligt det avtal som är bifogat anbudsupplägget kan Länsstyrelsen komma att begära krisflygbevakning, vilket kan bestå i bl.a. fotografering/filmning från luften, i händelse av större krissituation. Formuleringen innebär att Länsstyrelsen förfogar över i vilken omfattning fotografering/filmning kan bli aktuell. Länsstyrelsen måste därför enligt länsrättens mening ges tolkningsföreträde när det gäller frågan om FFK:s tillstånd omfattar de tjänster Länsstyrelsen efterfrågar. Eftersom Länsstyrelsen anser att FFK:s tillstånd omfattar flygfotografering i en utsträckning som motsvarar den tjänst som efterfrågas, utgör bristande tillstånd till luftfartsverksamhet inte skäl att utesluta FFK från deltagande i upphandlingen eller förkasta anbudet som orent. Det är ostridigt i målet att FFK inte har tillstånd att bedriva kommersiell flygfotografering och läns-

rätten återkommer till frågan huruvida FFK genom sitt anbud kan anses bedriva kommersiell verksamhet, dvs. i förvärvssyfte.

I Lag (1993:1742) om skydd för landskapsinformation finns bestämmelser om bl.a. krav på tillstånd för spridning av flygbilder och liknande registreringar från luftfartyg. Sådant tillstånd erhålls från försvarsmakten (9 § Förordning (1993:1745) om skydd för landskapsinformation). I anbudsunderlaget ställs inte krav på att entreprenören ska ha andra tillstånd än de som krävs för denna typ av uppdrag enligt Transportstyrelsens bestämmelser. Avsaknad av tillstånd från försvarsmakten till spridning av flygbilder diskvalificerar därför inte anbudsgivare från att delta i upphandlingen. Fråga är då om avsaknaden av tillstånd rent faktiskt hindrar FFK från att utföra den efterfrågade tjänsten.

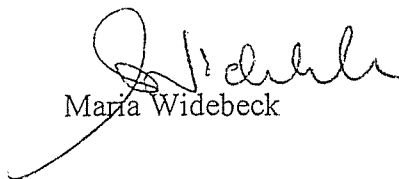
I förarbetena till den aktuella lagen (prop. 1993/94: 32 s.26) anges bl.a. följande. Med spridning avses en distribution av informationen till en vidare krets, antingen genom saluhållning, försändning eller annan spridning. Även de fall då informationen ställs ut eller förevisas på annat sätt omfattas av spridningsbegreppet. Att informationen förmedlas till allmänheten är dock inte nödvändigt för att spridning skall anses föreligga. Om informationen inte förmedlats till allmänheten, fordras dock, för att den skall anses som spridd, något mer än att den gjorts tillgänglig endast för ett fåtal.

Länsrätten finner inte att ett överlämnande av flygbilder till Länsstyrelsen, som ett led i uppdraget, innebär sådan spridning av flygbilder som omfattas av skyddet för landskapsinformation. Om Länsstyrelsen sedan förfar med bilderna på ett sådant sätt att det innebär att bilderna sprids, kan Länsstyrelsen emellertid behöva ett tillstånd. Bestämmelserna om skydd för landskapsinformation kan enligt länsrättens mening inte utgöra ett sådant hinder för FFK att utföra den tjänst som upphandlats att FFK:s anbud ska uteslutas från upphandlingen.

Sammanfattningsvis finner länsrätten inte utrett att upphandlingsförfarandet har inneburit något brott mot bestämmelserna i LOU eller gemenskapsrätten. Sky Movies ansökan om överprövning ska avslås och det interimistiska beslutet ska upphävas.

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

Av 16 kap 1 § LOU följer att en ansökan om överprövning inte får prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt avseende upphandlingen, men att den ändå får prövas till dess att tio dagar gått från det att rätten upphävt ett fattat interimistiskt beslut.



Handwritten signature of Maria Widebeck, consisting of a stylized cursive script.

María Widebeck

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.