



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-09-27
Meddelad i Linköping

Mål nr
5395-16

SÖKANDE

Frivilliga Flygkåren, 802013-7306
Hasslögatan 20
721 31 Västerås

MOTPART

Länsstyrelsen i Östergötlands län
Rättsenheten
581 86 Linköping

SAKEN

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

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2016 -09- 2 8 → | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 262405

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

ANSÖKAN M.M.

Länsstyrelsen i Östergötlands län (länsstyrelsen) genomför en upphandling av skogsbrandsbevakning med flyg i Östergötlands län (dnr 450-7275-16). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Frivilliga Flygkåren (FFK) och Kungsair Training AB (Kungsair) har lämnat anbud i upphandlingen. Enligt tilldelningsbeslut den 27 juli 2016 har länsstyrelsen antagit Kungsair som leverantör.

FFK ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att en ny upphandling ska ske. FFK anför att upphandlingen har specialanpassats för en särskild operatör och att länsstyrelsen medvetet har satt krav som utesluter andra leverantörer.

Länsstyrelsen avstyrker FFK:s ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

FFK

Länsstyrelsen har utformat upphandlingen av skogsbrandsbevakning på ett sätt som gynnar en viss leverantör. Kraven som uppställdes i den tidigare upphandlingen har förändrats i den nya upphandlingen på ett sätt som innebär att Kungsair gynnas och andra leverantörer, däribland FFK, utesluts.

Krav på momsregistrering

I de handlingar som Myndigheten för samhällsskydd och beredskap har satt upp för brandflyg finns inte något krav på momsregistrering. Länsstyrelsen har motiverat kravet på momsregistrering med att man vill säkerställa att anbudsgivarna gör avdrag för skatter och betalar avgifter, såsom men inte begränsat till, skatteavdrag och arbetsgivaravgift. Kravet är emellertid helt

onödigt eftersom man kan få ett intyg från Skatteverket om att respektive organisation betalar sina skatter och avgifter. Momsregistrering i sig innebär inte heller en garanti för att man sköter sina skattskyldigheter. Ingen annan länsstyrelse har satt ett krav på momsregistrering för liknande upphandlingar, däremot ett krav på intyg från Skatteverket. I den tidigare upphandlingen som länsstyrelsen genomförde angående skogsbrandsbevakning fanns inte detta krav på momsregistrering med. Brandflygning för ideella föreningar har genom tiderna inte ansetts vara en momspliktig verksamhet. I Östergötlands län finns inga andra leverantörer än flygklubbar och Kungsair. Länsstyrelsen är medveten om att flygklubbarna inte har momsregistrering och kravet är således utformat för att utesluta ideella föreningar som FFK.

Prissättning

Länsstyrelsen vill inte visa att Kungsair har haft lägsta pris utan hänvisar till att priset är sekretessbelagt vilket gör att FFK inte kan bemöta att Kungsair har haft lägsta pris eller hur länsstyrelsen har räknat ut detta. Kungsair offererar en tvåmotorig kolvmotormaskin. Det är inte möjligt att flyga denna billigare än ett enmotorigt flygplan. FFK är en ideell förening och våra piloter utför sina flygningar på ideell basis och erhåller ingen lön. Kungsair är ett företag med vinstintresse och borde därmed ge sina piloter lön. FFK utgår från Linköping respektive Norrköping vilket gör att anflygningstiden blir kortare för FFK än för Kungsair. Om FFK och Kungsair har samma pris, borde det alltså ändå vara billigare att använda FFK. Om Kungsair inte ger sina anställda löner eller har sänkt priserna för att tilldelas anbudet, bör deras seriositet ifrågasättas och anbudet förkastas.

Stallfart på max 80 knop

Länsstyrelsen har medvetet satt ett krav på en stallfart på max 80 knop för att säkerställa att Kungsair ska kunna offerera alla plan. Upphandlingen har anpassats för att det inte ska gå att kritisera valet att offerera en två-motor

maskin som inte är lämplig för denna typ av uppdrag. I den tidigare upphandlingen som genomfördes var kravet att planet skulle kunna flyga 3,5 timmar i 80 knop. I denna upphandling är kravet utformat som att stallfarten ska vara max 80 knop. Kungsair offererar ett tvåmotorigt flygplan som inte är lämpligt att flyga i 80 knop. För att säkert flyga i 80 knop och samtidigt kunna utföra ett arbete är det vanligt att man lägger på 20 knop. Kungsairs tvåmotoriga flygplan har en stallfart på 73 knop utan klaff och motor, vilket i sig är under det uppställda kravet, men det går inte att operera flygplanet i dessa farter och samtidigt utföra ett arbete. Det är visserligen möjligt att hantera flygplanet men det är inte möjligt att genomföra några andra uppgifter, såsom ett spaningsuppdrag, samtidigt. En lämplig fart för dessa typer av flygplan är runt 95-100 knop.

Brandflygspanare och piloter

Kungsair saknar de resurser som krävs för uppdraget och utför spaningen med hjälp av flygelever och minderåriga. Verksamhetsansvarig på Kungsair har uttalat att de engagerar flygskolan så att elever får vara med och leta bränder. Att länsstyrelsen kan acceptera flygelever som spanare eller piloter förefaller märkligt. En flygelev bör inte fokusera på att spana efter bränder. En elev behöver istället fokusera på att navigera och sköta flygradio, och läraren ska stötta eleven i flygningen och inte samtidigt spana efter bränder. Detta kan innebära att själva spaningen bli lidande och att flygningen utförs med icke-utbildad personal. Enligt vittnen har Kungsair använt sig av minderåriga spanare vid flera tillfällen.

Länsstyrelsen

Länsstyrelsen har inte specialanpassat upphandlingen för att gynna en viss leverantör. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt med rimliga krav. Anbudet som har lämnats har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Krav på momsregistrering

Kravet på momsregistrering är ett sätt att säkerställa att leverantörerna fullgör sina åligganden för sina skatter och avgifter. Ett krav på momsregistrering utesluter inte ideella föreningar eftersom även en sådan organisationsform kan vara registrerad för moms.

Prissättning

Utvärderingen sker enligt värderingsprincipen lägsta pris där anbudsgivarens utvärderingspris beräknas på den totala timkostnaden för de offererade flygplanen delat med antal offererade flygplan. Länsstyrelsen har bedömt att det förekommer prisuppgifter som omfattas av sekretess. FFK har inte begärt att få ett överklagbart beslut om avslag på sin begäran. FFK:s anbud förkastades redan i steg 1 av utvärderingen, kvalificering av anbudsgivare, eftersom kravet på momsregistrering inte var uppfyllt.

Stallfart på max 80 knop

Länsstyrelsens bedömning är en stallfart på högst 80 knop möjliggör skogsbrandsbevakning med flyg. Samtliga flygplan som Kungsair har offererat uppfyller detta krav.

Brandflygspanare och piloter

Av förfrågningsunderlaget framgår att entreprenören ska ha tillgång till minst åtta besättningar som består av en pilot och en spanare. Ingen person får ingå i mer än en offererad besättning från samma anbudsgivare. Entreprenören ska även ha tillgång till minst två besättningar per offererat flygplan, vars flygförare har certifikat att utföra de efterfrågade flygningarna. Kungsair har i sitt anbud angett elva besättningar och uppfyller således kravet. Uppgifter om vilka personer som ingår i besättningen är belagda med sekretess.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit skada 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).

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.

En upphandlande myndighet har stor frihet att närmare bestämma föremålet för en upphandling och därvid ställa rimliga krav som är proportionerliga (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Förfrågningsunderlaget

I kravspecifikationen anges bl.a. följande.

2.1 Krav på anbudsgivare

2.1.1 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Entreprenören ska

- ha tillgång till minst åtta besättningar som består av en pilot och en spannare. Ingen person får ingå i mer än en offererad besättning från samma anbudsgivare.
- ha tillgång till minst två besättningar per offererat flygplan, vars flygförare har certifikat att utföra de efterfrågade flygningarna.
- bifoga en teknisk dokumentation där de offererade flygplanens stallfart (Vs) framgår. Stallfarten (Vs) får inte överstiga 80 knop.

2.3 Juridisk ställning

2.3.1 Registreringsbevis

Anbudsgivare ska vara godkänd för F-skatt samt vara momsregistrerad hos skatteverket. För utländska anbudsgivare bifogas liknande godkännande samt registerutdrag från motsvarande myndighet i anbudsgivarens hemland.

Förvaltningsrättens bedömning

Krav på momsregistrering

Den upphandlande myndigheten har en hög grad av frihet att själv välja vad som ska upphandlas och att ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen. Vilken kravnivå som är tillåten i en enskild upphandling får avgöras främst med tillämpningen av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. En upphandlande myndighet får därmed inte ställa högre krav på anbudsgivarna än vad som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet på momsregistrering i 2.3.1 i förfrågningsunderlaget har utformats som ett obligatoriskt krav. Det är ostridigt att FFK saknar momsregistrering och FFK har gjort gällande att kravet är onödigt. Enligt 1 kap. 2 § mervärdesskattelagen (1994:200) är den som omsätter en vara eller tjänst skattskyldig för mervärdesskatt. Det föreligger inte något generellt undantag som undantar lufttransporter eller motsvarande tjänster från skattskyldighet. Enligt förvaltningsrättens mening har kravet på momsregistrering en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och kan inte i sig anses oproportionerligt. Länsstyrelsen kan inte genom att uppställa detta krav i förfrågningsunderlaget anses ha brutit mot bestämmelserna i LOU eller gällande rätt i övrigt.

Prissättning

FFK har gjort gällande att den utför flygningar på ideell basis och rimligen borde ha ett lägre pris än Kungsair. FFK har gjort gällande att Kungsair an-

bud kan innehålla underprissättning och av denna anledning borde ha förkastats som ett oseriöst anbud. Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet med stöd av 15 kap. 17 § LOU under vissa förutsättningar får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Någon skyldighet att förkasta ett sådant anbud föreligger dock inte (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 2 juli 2009 i mål nr 1247-09). Det som framkommit i denna del visar inte att länsstyrelsen borde ha agerat med anledning av prisuppgifterna eller att länsstyrelsen på annat sätt agerat i strid med de upphandlingsrättsliga reglerna.

Stallfart på max 80 knop

FFK har gjort gällande att kravet på maximal stallfart om 80 knop är utformat för att det inte ska gå att kritisera valet av Kungsair att offerera ett tvåmotorigt flygplan som inte lämpar sig för denna typ av uppdrag. Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten har stor frihet att själv utforma de närmare kraven för upphandlingen. Kravet på en maximal stallfart om 80 knop kan inte anses som ett orimligt eller på annat sätt olämpligt för den upphandlade tjänsten. Inte heller det FFK anfört i övrigt i denna del visar att detta krav är oförenligt med LOU eller gemenskapsrätten. Av handlingarna i målet framgår att det tvåmotoriga flygplan som Kungsair offererat har en stallfart på 73 knop och uppfyller således kravet i förfrågningsunderlaget. Det saknas därmed anledning att på denna grund ingripa mot upphandlingen.

Brandflygspanare och piloter

Av handlingarna i målet framgår att Kungair har offererat elva besättningar vilket överstiger kravet som har angetts i förfrågningsunderlaget och där samtliga flygförare har certifikat att utföra flygningarna. Det föreligger inte några ytterligare krav på angivna spanare i förfrågningsunderlaget eller vil-

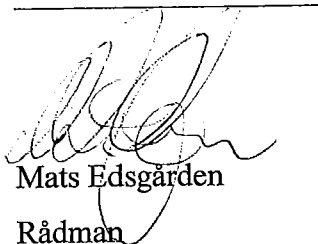
ken kompetens eller befattning dessa bör ha. Inte heller i denna del finns det skäl att ifrågasätta kravet i sig eller utvärderingen.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte att länsstyrelsen har brutit mot gällande rätt. Det finns därmed inte grund för ingripande mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).



Mats Edsgården
Rådman

Föredragande har varit Isabelle Bengtsson.



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.