



SÖKANDE

Eurocopter Deutschland GmbH (HRB16508)
Industriestraße 4
866 09 Donauwörth
Tyskland

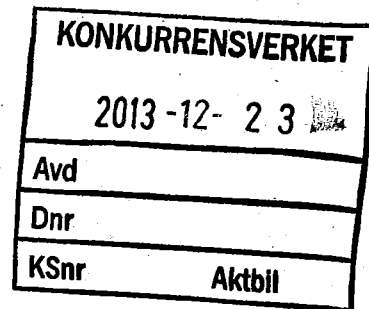
Ombud: Advokaterna Per-Owe Arfwedson och Helena Höök
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Rikspolisstyrelsen
Box 12256
102 26 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 429641

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Rikspolisstyrelsen (RPS) genomför en upphandling av polishelikoptrar (dnr PVS-931-6560/12). Vid upphandlingen har RPS använt sig av ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Eurocopter Deutschland GmbH (bolaget) ansökte den 8 april 2013 om överprövning av upphandlingen (Förvaltningsrättens i Stockholm mål nr 8174-13) och anförde då till stöd för sin talan i huvudsak följande. RPS har uppställt krav i upphandlingen som strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU, då bara en leverantör kan uppfylla dem och komma ifråga som leverantör. Bolaget utestängs helt från att lämna anbud vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Kraven är inte nödvändiga med hänsyn till ändamålet med upphandlingen och är därmed inte proportionerliga. Vidare är vissa krav otydliga, vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens. Bolaget lider till följd av bristerna skada, då det förhindras att lämna anbud i upphandlingen. RPS har ställt krav på att de levererade helikoptrarna ska ha en 4-axlig autopilot, vilket inte är nödvändigt när polisen utför sina uppdrag. Kravet är inte sakligt motiverat utifrån behoven operativ förmåga och flygsäkerhet och är därmed oproportionerligt. Att uppdatera ett 3-axligt system till ett 4-axligt är tekniskt avancerat och innebär flera års arbete. Den första helikoptern ska levereras i oktober 2014, vilket är en orimligt kort leveranstid. Normalt uppställs inom branschen en leveranstid om 18-24 månader efter det att avtal tecknats. Om leveranstiden varit så lång hade bolaget haft möjlighet att uppfylla kravet och lämna anbud i upphandlingen. Att inte ge alla potentiella leverantörer en rimlig möjlighet att uppfylla kravet är i sig oproportionerligt. Bell är den enda leverantören på marknaden som kan erbjuda en helikopter utrustad med en 4-axlig autopilot inom den tid som föreskrivs för den första helikoptern. Leveranstiden får anses helt anpassad till Bells kapacitet, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Vidare är i upphandlingen uppställt krav på hovring på 7 000 fot vid en temperatur om 11 grader och med maximal vikt

oproportionerligt i förhållande till RPS verkliga behov. Bell är den enda leverantör som kan uppfylla ställt krav om hovring och kravspecifikationen har utformats för att identifiera helikoptertypen Bell 429:s teoretiska kapacitet, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Vidare är kraven i A.1.2, A.9.5, A.1.4, A.2.3.2, A.3.3.2, A.5.1.1, A.5.3.1 och A.5.7.1 i förfrågningsunderlaget otydligt utformade. Upphandlingen är även av den anledningen bristfällig och strider mot principerna om transparens och likabehandling.

RPS bestred bifall till bolagets ansökan i mål nr 8174-13 och anförde till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Kravet på en 4-axlig autopilot är i högsta grad sakligt motiverat med hänsyn till polisens behov och helikoptrarnas användningsområde och är proportionerligt. En 4-axlig autopilot ökar den operativa förmågan och flygsäkerheten avsevärt jämfört med en 3-axlig autopilot. Kravet på leverans den 1 oktober 2014 är nödvändigt med hänsyn till ändamålet med upphandlingen och är därmed proportionerligt. Polisens helikopterflotta är mer än tolv år gammal och delar av den tekniska utrustningen är föråldrad. Polisens behov av nya helikoptrar är således akut. Leveranstiden är inte heller orimlig. Kravet avseende helikoptrarnas hovringskapacitet är väsentligt för polisens fjällräddningsförmåga och bygger på polisens egen erfarenhet av räddningsuppdrag. Den helikopter som polisen efterfrågar kommer att höja säkerheten avsevärt för såväl personal som nödställda, varför kravet är nödvändigt med hänsyn till ändamålet. Upphandlingen är inte riktad till Bell. Behovet kan inte tillgodoses genom att mindre ingripande krav ställs. Det finns fler leverantörer som kan uppfylla de krav som har ställts. Förfrågningsunderlaget är klart och tydligt formulerat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka det på samma sätt och avgöra vad RPS tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 11 september 2013 i mål nr 8174-13 avslagit bolagets ansökan. Sedan bolaget överklagat förvaltningsrättens dom har Kammarrätten i Stockholm den 7 november 2013 i mål nr 5868-13 beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

I tilldelningsbeslut som sändes ut till samtliga leverantörer den 20 september 2013 meddelades att Bell Helicopter Textron Inc (Bell) tilldelats kontraktet i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Vidare förbehåller sig bolaget rätten att, efter det att RPS utlämnat vinnande anbudsgivare Bells anbud, framställa ett yrkande om att upphandlingen ska rättas.

Bolaget hänvisar till vad som tidigare anförts i Förvaltningsrättens i Stockholm mål nr 8174-13 och anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Rikspolisstyrelsen har uppställt obligatoriska krav på ett sådant sätt att bara en leverantör kan komma ifråga. Bolaget och andra leverantörer utestängs därmed helt från att lämna anbud, vilket strider mot likabehandlingsprincipen och mot 1 kap. 9 § LOU. De obligatoriska kraven är inte nödvändiga med hänsyn till ändamålet med upphandlingen och är därmed inte proportionerliga. Till följd av bristerna lider bolaget skada. Att endast en leverantör kunnat lämna anbud har bekräftats genom RPS tilldelningsbeslut av den 19 september 2013. En upphandlande myndighet har en högre förklaringsbörda att visa att en kravställning är proportionerlig när den endast kan uppfyllas av en viss leverantör. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför.

RPS har vidare vid anbudsutvärderingen inte tagit med köptionen för två stycken ytterligare helikoptrar. Så som fastslagits av Kammarrätten i

Stockholm i mål nr 2344-11 utgör det en överträdelse av 12 kap. 1 § LOU samt upphandlingsrättens grundläggande principer att inte utvärdera priset även på optioner. Genom ett sådant förfarande kan en leverantör tilldelas kontrakt genom att lämna ett lågt pris på det som utvärderas och ett högt pris på optionerna. Eftersom optionspriset inte ingår i anbudsutvärderingen behöver inte utvärderingsmodellen få genomslag i upphandlingen. Det innebär att RPS inte upphandlar hela kontraktsvärdet i konkurrens och inte ges möjlighet att acceptera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Värdet på optionerna uppgår till en beaktansvärd del av kontraktets totala värde. Förfarandet strider mot principerna om transparens, förutsägbarhet och likabehandling. Det är oklart om den anbudsgivare som lämnat det mest fördelaktiga anbudet (inklusive kostnaden för köptionerna) är den som kommer att tilldelas kontraktet. Bolaget har därigenom lidit eller riskerar att lida skada. Upphandlingen ska därför göras om.

RPS bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Syftet bakom upphandlingen är att bidra till en effektiv polisverksamhet genom att successivt ersätta dagens polishelikoptrar med nya. Upphandlingen har genomförts i enlighet med principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten har redan i mål nr 8174-13 prövat bolagets sakliga invändningar mot kraven och avslagit bolagets ansökan. RPS anser att kraven på de nya helikoptrarna är rimliga och väl motiverade utifrån det användningsområde helikoptrarna är tänkta för och åberopar i övrigt vad som anförts i mål nr 8174-13. Bolaget har vidare ifrågasatt att utvärderingen inte innefattat optionen på inköp av ytterligare två helikoptrar och hänvisat till Kammarrättens i Stockholm avgörande i mål nr 2344-11. Av detta avgörande kan inte dras sådana principiella slutsatser som bolaget vill göra gällande. I avgörandet konstaterar kammarrätten att utvärderingsmodellen som valts i den upphandlingen i den speciella situationen inte gav som resultat det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Den utvärderingsmo-

dell som valts i helikopterupphandlingen har dock varit transparent och förutsägbar samt tjänat sitt syfte att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och är därför väl lämpad för denna upphandling.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare framgår att vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bland annat följande. 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 har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att i EU-direktivet

2007/66/EG (rättsmedelsdirektivet) ges en rättighet att kunna erhålla en domstolsprövning av varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling enligt upphandlingsdirektiven och som kan ha rättslig verkan. Varje sådan åtgärd ska anses utgöra ett

beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning i den mening som avses i artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet (jfr Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 5851-11). RPS har den 19 september 2013 fattat ett tilldelningsbeslut i förevarande upphandling. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att den omständigheten att bolagets tidigare ansökt om överprövning av upphandlingen samt att förvaltningsrätten i mål nr 8174-13 har prövat ansökan inte utgör hinder för förvaltningsrätten att i detta mål ta upp bolagets nya ansökan i sin helhet till prövning.

Krav avseende 4-axlig autopilot, hovring m.m.

Förvaltningsrätten har i mål nr 8174-13 prövat vad bolaget anfört ifråga om att krav i förfrågningsunderlaget beträffande 4-axlig autopilot och hovring varit oproportionella, att kraven varit uppställda på ett sådant sätt att bara en leverantör kunnat uppfylla dem samt att ett antal övriga krav i förfrågningsunderlaget varit otydliga. Förvaltningsrätten har därvid i dom den 11 september 2013 inte ansett de aktuella kraven oproportionerliga eller otydliga och inte heller att det var visat att kraven på ett otillbörligt sätt varit anpassade efter Bell. Förvaltningsrätten finner i förevarande mål inte skäl att göra någon annan bedömning än den rätten har gjort i mål nr 8174-13. Vad bolaget anfört i nu aktuella mål gällande ovan angivna omständigheter föranleder ingen annan bedömning. Skäl för ingripande på dessa grunder har därmed inte framkommit.

Optioner

Bolaget har vidare gjort gällande att det förhållandet att RPS vid sin anbudsutvärdering inte beaktat optionen på köp av två ytterligare helikoptrar strider mot principerna om transparens, förutsägbarhet och likabehandling. RPS har invänt att den utvärderingsmodell som valts i helikopterupphandlingen har varit transparent och förutsägbar och tjänat sitt syfte att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande.

Av anbudsfrågan punkt 2.2 (Omfattning) framgår bland annat att leverantören ska ha kapacitet att leverera sju (7) stycken fabriksnya helikoptrar till polisen i enlighet med bilaga A "Kravspecifikation" samt att polisen även ska ha möjlighet men ingen skyldighet att utlösa eventuella optioner på ytterligare två (2) stycken helikoptrar.

I anbudsfrågan under punkt 5.1 (Pris) anges bland annat följande. Priserna ska omfatta ersättning för samtliga kostnader och utgifter för fullgörandet av de åtaganden som anges i bilagt avtalsunderlag. För att en rättvisande utvärdering av lämnade priser ska kunna genomföras ska de prisuppgifter som begärts lämnas utan reservationer, ändringar eller tillägg.

Under punkt 6.1 (Grund för tilldelning av kontrakt) anges att RPS kommer att utvärdera samtliga anbud som inkommit i rätt tid och därvid tillämpa värderingsgrunden "ekonomiskt mest fördelaktiga" som grund för tilldelning av kontrakt.

Under punkt 6.3 (Kvalificering steg 2) anges följande. I denna fas kontrolleras inledningsvis att anbudsgivaren uppfyller kraven på helikoptrarna för upphandlingen och de kommersiella kraven. Därefter sker en prövning av vilken anbudsgivare som har lämnat det "ekonomiskt mest fördelaktiga" anbudet. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs genom tillämpning av nedan angiven utvärderingsmetod:

- Totalpris för 7 helikoptrar och 3 vinschar kommer att beräknas. Detta benämns P1.

- Pris för utbildning enligt Bilaga G anbud kommer att beräknas. Detta benämns P2.

- Poäng för bör-krav kommer att beräknas i enlighet med den beskrivna utvärderingsmodellen beskriven i bilaga A.0.2. Dessa poäng kommer att omvandlas till ett avdrag. Detta avdrag benämns P3.

- Poäng för leveranstid enligt A.0.6 Leveranspoäng i utvärderingsförfarandet beräknas och omvandlas till ett avdrag, benämnt P4.

Totalsumma för utvärdering beräknas enligt formeln $P1+P2-P3-P4=TS$ (Total summa för utvärdering).

Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att tilldelas kontraktet. Utvärderingen står utförligt beskriven i bilaga H ("Utvärderingsmodell med exempel", där även exempel på fiktiva anbudsgivare är angivet.


Enligt EU-domstolens praxis får den upphandlande myndigheten vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som den ämnar tillämpa, under förutsättning att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs och att de inte medför att

den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Vid tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom iakttas såväl förfaranderegler som de grundläggande principer som följer av unionsrätten (C-448/01 p 37-38).

Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att RPS vid sin prövning av anbuderna ska utvärdera priset för den option på två stycken helikoptrar som anbudsgivaren ska erbjuda. Förvaltningsrätten finner att RPS genom att ha utformat förfrågningsunderlaget så att priset på optionen inte ska utvärderas har valt kriterier för utvärderingen som inte varit ägnade att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utformningen av anbudsvärderingen i förfrågningsunderlaget strider därmed mot bestämmelserna i 12 kap. 1 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Detta har medfört att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Mot denna bakgrund föreligger grund för ingripande med stöd av LOU. Eftersom bristerna i upphandlingen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed till upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).


Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. 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 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.