



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2019-03-08
Meddelad i Stockholm

Mål nr
1614-19

KLAGANDE

Safran Electronics & Defense SAS, 480 107 911 R.C.S. NANTERRE

Ombud: Advokat Johan Kennemyr
Eversheds Sutherland Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk, 202100-0340
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

KONKURRENSVERKET	
2019-03-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 1070772

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Försvarets materielverk (FMV) beslutade den 11 januari 2019 att avbryta upphandling av Gyrocompass for high speed crafts, 414871 – AI 934762, på grund av att ingen anbudsgivare uppfyller samtliga obligatoriska krav.

Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. Av tilldelningsbeslut daterat den 29 maj 2018 framgick att iXblue SAS (iXblue) tilldelats kontrakt i upphandlingen. Efter att Safran Electronics & Defense SAS (Safran) ansökt om överprövning av upphandlingen, beslutade Förvaltningsrätten i Stockholm genom dom den 3 september 2018 i mål nr 12959-18 att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett. FMV återkallade tilldelningsbeslutet och meddelade den 24 september 2018 ett nytt tilldelningsbeslut där iXblue återigen tilldelades kontrakt i upphandlingen. Safran begärde överprövning även av det tilldelningsbeslutet och förvaltningsrätten meddelade i dom den 18 december 2018 i mål nr 22326-18, liksom i tidigare dom, att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett. FMV har därefter valt att avbryta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Safran yrkar att förvaltningsrätten genom rättelse ska upphäva avbrytandebeslutet och förordna att FMV ska genomföra en förnyad utvärdering av återstående giltiga anbud. Som skäl anförs bl.a. följande. Avbrytandebeslutet är godtyckligt och i strid med likabehandlingsprincipen. Bolagets anbud, som rätteligen utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skulle vid en korrekt tillämpning av LUFSS ha tilldelats kontraktet. Bolaget lider skada om beslutet står fast. – Avbrytandebeslutet är grundat dels på felaktiga uppgifter och påståenden om anbudet från Safran och Civitanavi

Systems Srl (Civitanavi), dels på en fortsatt positiv särbehandling av iXblue. Att avbrytandebeslutet inte är förenligt med LUFS framgår direkt av hur FMV motiverat sitt beslut. Det är uppenbart att FMV inte baserat sitt beslut på bedömningar av Safrans och Civitanavis anbud, utan att det grundas på det faktum att iXblues anbud två gånger om har bedömts brista i uppfyllelse av de obligatoriska kraven och därför inte kan tilldelas kontrakt i upphandlingen. I avbrytandebeslutet har FMV helt bortsett från det faktum att det, när det kommer till Safran och Civitanavi, rör sig om helt andra sorters kompletteringar och förtydliganden som begärdes av, och inkom till, FMV innan den första utvärderingen och den initiala kontraktstilldelningen i maj 2018. Det rör sig med andra ord om något som är väsenskiilt och av en helt annan karaktär än det otillåtna agerande som iXblues inkommande av helt nya sakuppgifter inneburit. FMV har inte ens i sitt avbrytandebeslut angett på vilket sätt Safrans och Civitanavis anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven. Efter förvaltningsrättens två domar återstod bara två anbud att utvärdera; iXblues anbud är inte, och *får* inte längre, vara en del av upphandlingen och utvärderingen. Förtydliganden och kompletteringar när det gäller Safran och Civitanavi är inte av samma karaktär som den helt nya sakuppgift i iXblues anbud som först lades till av FMV själva och efter att anbudet i dom konstaterats vara bristfälligt därefter tilläts inges efter uppmaning av FMV. Safran bestrider att bolagets eget anbud inte skulle uppfylla de obligatoriska kraven eller att det skulle skett någon överträdelse av LUFS när bolaget förtydligade sitt anbud. Att FMV, trots att åtminstone Safrans och även Civitanavis anbud uppfyller de obligatoriska kraven från ett rent objektivi legalt perspektiv, avbryter upphandlingen står i uppenbar strid med LUFS och principerna om likabehandling och transparens. I avbrytandebeslutet medger FMV de facto att de inte gör en egen enskild bedömning av anbuderna från Safran och Civitanavi, utan låter allt vara avhängigt den bedömning som förvaltningsrätten gjort av iXblues anbud.

FMV bestrider ansökan och anför bl.a. följande. FMV har genomfört en ny utvärdering av de tre anbud som ursprungligen bedömdes uppfylla de obligatoriska kraven, nämligen anbudena från Civitanavi, Safran och iXblue. Vid utvärdering har, som också framgår av avbrytandebeslutet, FMV beaktat att myndigheten i samband med det första utvärderingstillfället i maj 2018 begärt förtydliganden och tillåtit kompletteringar av anbudena från Civitanavi och Safran i vissa avseenden. FMV har kommit fram till att dessa förtydliganden och kompletteringar varit av samma karaktär som det förtydligande som inhämtats från iXblue i samband med det andra utvärderingstillfället i september 2018 och som av förvaltningsrätten i domen i mål nr 22326-18 befunnits otillåtet. De förtydliganden och kompletteringar som inhämtas av Safran och Civitanavi måste därför också anses otillåtna. Eftersom inget av anbudena uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen har den inte kunnat slutföras. Att FMV kommit fram till att inget av anbudena uppfyller kraven är en naturlig konsekvens av att behandla alla anbudsgivare lika. Sakliga skäl har därför förelegat för att avbryta upphandlingen. – FMV bestrider att myndigheten inte har gjort en individuell bedömning av anbudena från Safran och Civitanavi utan enbart grundat sitt beslut på att anbudet från iXblue inte bedömts uppfylla de obligatoriska kraven. Något krav på att i avbrytandebeslutet redovisa förtydliganden och kompletteringar närmare finns inte och FMV har uppfyllt det krav som finns i 10 kap. 9 § LUFSS på att underrätta anbudsgivarna om beslutet att avbryta upphandlingen och att redovisa skälen därför. FMV bestrider vidare att de förtydliganden och kompletteringar som Safran och Civitanavi tillåtits komma in med skulle vara av en annan karaktär än det förtydligande som iXblue tillåtits inkomma med. I såväl Safrans som Civitanavis fall handlar det om att bolagen tillåtits komma in med nya uppgifter som ändrar anbudena i sak och som är nödvändiga för att anbudena ska uppfylla samtliga obligatoriska krav. FMV bestrider också att det skulle ha någon betydelse när under utvärderingsprocessen en anbudsgivare kommer in med ett förtydligande eller en komplettering. Från den tidpunkt som utgör sista dag för att lämna in anbud ska för-

tydliganden och kompletteringar som inkommer behandlas på ett likartat sätt. Den enda anledningen till att iXblues anbud hamnat före övriga anbud vid de två tidigare utvärderingarna är att iXblues anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det bestrids att avbrytandebeslutet skulle innebära något slags indirekt favorisering av iXblue.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 11 § LUFSS ska upphandlande myndigheter eller enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

EU-domstolen har uttalat att gemenskapsreglerna inte innebär en skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 HI Krankenhaustechnik). Vidare har EU-domstolen uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz). En upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger, men avbrytandet måste vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande reglerna i fördraget (se RÅ 2009 ref. 43, jfr även Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2010 i mål nr 1706-10). Bland skäl som har ansetts vara sakligt godtagbara återfinns omständigheten att endast ett anbud återstår, dvs. bristande konkurrens (se mål C-27/98, punkterna 31-34 och RÅ 2008 ref. 35).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att frågan om de förtydliganden och kompletteringar som FMV låtit Safran och Civitanavi göra under upphandlingsprocessen är förenliga med LUFSS och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte har varit föremål för överprövning i någon av förvaltningsrättens två lagakraftvunna domar som föregått avbrytandebeslutet. Det finns inte heller förutsättningar att inom ramen för detta mål pröva den frågan materiellt.

FMV har i avbrytandebeslutet redogjort för i vilka avseenden myndigheten har begärt kompletteringar och förtydliganden av de tre anbudsgivarna och det framgår att det rör olika angivna punkter i förfrågningsunderlaget. FMV motiverar avbrytandebeslutet i huvudsak enligt följande.

De kompletteringar och förtydliganden som FMV begärt in från Civitanavi och Safran i samband med den första utvärderingen i maj 2018 bedöms, efter förvaltningsrättens uttalanden i ovan refererad dom otillåtna på samma sätt som det förtydligande FMV begärt in från iXblue i samband med utvärderingen i september 2018. FMV beaktar också särskilt att förvaltningsrätten i domen tydligt uttalat att rätten inte kunnat ta ställning till vad FMV anfört om de brister som förelegat i anbudet från Civitanavi och Safran och om de förtydliganden FMV tidigare inhämtat från dessa bolag.

FMV anser att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att godta kompletteringar och förtydliganden från vissa anbudsgivare när domstolen beträffande en annan anbudsgivare tydligt uttalat att det strider mot likabehandlingsprincipen att godta kompletteringar som utgör en förutsättning för att anbudet ska uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen samt då den uppgift som tillförts anbudet inte har varit förenlig med den uppgift som ursprungligen lämnats avseende det aktuella kravet. Efter förnyad utvärdering finner FMV således att inget av de anbud som inkommit i upphandlingen uppfyller samtliga obligatoriska krav. Då inget anbud klarat samtliga krav i upphandlingen ska upphandlingen avbrytas.

Förvaltningsrätten finner att FMV därigenom har motiverat sitt beslut på ett klart sätt.

En upphandlande myndighet har möjlighet att själv rätta eller ompröva en upphandling fram till dess ett avtal har ingåtts och om förvaltningsrätten har förordnat att en upphandlingen ska rättas avslutas upphandlingen när avtal kan ingås efter en sådan rättelse eller genom att domstolen i ett senare skede förordnar att upphandlingen ska göras om. Det finns ingen skyldighet för myndigheter att fullfölja en påbörjad upphandling. En upphandling anses avslutad genom att avtal ingås, genom ett lagakraftvunnet domstolsförordnande om att upphandlingen ska göras om eller genom ett lagakraftvunnet beslut att avbryta upphandlingen.

FMV har i överprövningen av den andra tilldelningen av kontraktet till iXblue i förvaltningsrättens dom den 18 december 2018 i mål nr 22326-18 bl.a. uttalat följande

”De förtydliganden som FMV har varit tvungen att begära in från Safran och en annan anbudsgivare är av mer väsentlig art och kan ifrågasättas i högre grad än den rättelse som iXblue har tillåtits att inkomma med. De rättelser och förtydliganden som har inhämtats i samband med utvärderingarna har varit förenliga med bestämmelsen i 10 kap. 8 § LUFSS. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att anbudet från iXblue rätteligen ska förkastas, innebär det, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, att även anbuden från bl.a. Safran måste förkastas.”

Partena har i målet argumenterat ingående för sina respektive ståndpunkter rörande betydelsen och effekten av de förtydliganden och kompletteringar som de tre anbudsgivarna fått göra i upphandlingen. Att FMV, efter en jämförelse mellan hur de tre anbuden hanterats och slutligen nått fram till uppfyllnad av de obligatoriska kraven, avbryter upphandlingen för att undvika särbehandling och därmed brott mot likabehandlingsprincipen framstår enligt förvaltningsrätten inte som ett beslut präglad av godtycke. Särskilt inte med hänsyn till att FMV redan i tidigare överprövning klart har uttryckt sin uppfattning avseende konsekvensen av att följa förvaltningsrättens andra dom.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att FMV har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten trätts för när. Safrans ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Bäckström
Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

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

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

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

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

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