

**SÖKANDE**

Värmlands Flygklubb, 873200-2616

Ombud: Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad**MOTPARTER**1. Länsstyrelsen Värmland
651 86 Karlstad2. Aeronom AB, 556662-2329
Åbyvägen 3
702 27 Örebro**SAKEN**

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Länsstyrelsen Värmland genomför en upphandling av skogsbrandsbevakning med flyg och har beslutat att anta Aeronom AB (bolaget) som leverantör.

Värmlands flygklubb (flygklubben) ansöker om överprövning av upphandlingen yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse varvid upphandlingen inte får avslutas förrän en ny utvärdering har skett av det vinnande anbudet med beaktande av de brister som finns i anbudet.

Som skäl för sitt yrkande anför flygklubben att det vinnande anbudet inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen enligt följande.

Av punkten 3.4.1 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska visa att den har dokumenterad teknisk förmåga, kompetens och kapacitet att utföra uppdraget genom en kort beskrivning av det anbudsgivande företaget. Bolaget har uppgett att det har bedrivit skogsbrandsbevakning som underleverantör till flygklubben. Det är inte korrekt då bolaget endast hyrt ut flygplan som flygklubben sedan nyttjat för skogsbrandsbevakning. Samtliga av dessa uppdrag har utförts av flygklubbens medlemmar. Bolaget har således inte visat att det har tidigare erfarenhet av skogsbrandsbevakning som underleverantör. Av bolagets årsredovisningar framgår att bolaget under perioden september 2013 till december 2016 haft noll eller en anställd samt inga eller mycket låga lönekostnader. Det kan mot denna bakgrund ifrågasättas om bolaget har kompetens och kapacitet att uppfylla de aktuella uppdragen.

Av bolagets årsredovisningar framgår inte heller att bolaget har betalat skatt och sociala avgifter för de piloter som anlitats. Då bolaget inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter och socialförsäkringsavgifter borde bolagets anbud ha förkastats. Det åligger även den upphandlande myndigheten att begära en förklaring av en anbudsgivare om ett anbudspris förefaller vara onormalt lågt. Det bör vara fallet när en kommersiell aktör

som bolaget har ett väsentligt lägre anbud än flygklubben, som är en ideell förening som under många år bedrivit den aktuella verksamheten.

Av punkten 3.4.4 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare under de senaste sex åren ska ha genomfört minst ett uppdrag av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten. Bolaget har i sitt anbud lämnat fem referenser, varav tre avser flygning med reklamsläp och två filminspelning med flygfoto. Dessa uppdrag är inte av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten. Skogsbrandsbevakning kräver erfarenhet av vägledning vid insatser där samverkan med myndigheter ska ske för att släcka och förhindra spridning av bränder. De angivna referensuppdragen saknar sådan interaktion mellan pilot och myndighet. I punkten 5.1.4 i förfrågningsunderlaget anges även att anbudsgivaren ska ansvara för att flygförare och spanare har erforderlig kompetens, särskilt i hantering av särskild radioutrustning, orientering på karta, lägesanvisning i koordinatsystemet "Rikets nät" och fordonsledning från luften, samt för uppdraget nödvändiga kunskaper om kommunal räddningstjänst. Det torde således vara av betydelse huruvida referensuppdragen innehållit inslag av övervakningsuppdrag, vilket de av Aeronom AB angivna referensuppdragen saknar.

Vid en korrekt utvärdering skulle bolagets anbud således ha förkastats, vilket skulle ha inneburit att flygklubben tilldelats kontraktet.

Länsstyrelsen anser att flygklubbens ansökan ska avslås och anför följande.

Bolaget har i sitt anbud angett att det lånat ut både piloter och flygplan till brandflyget. Även om bolaget endast lånat ut flygplan uppfyller bolagets anbud kravet enligt punkten 3.4.1 i förfrågningsunderlaget, då bolaget har lämnat en sådan beskrivning som efterfrågas och angett att det förfogar över erforderligt antal flygplan och utbildad personal. Det krävs inte att piloterna ska vara anställda och avlönade av anbudsgivaren vid anbudsgivandet. Det ställs inte heller krav på tidigare erfarenhet av skogsbrandsbevakning då det hade varit diskriminerande mot anbudsgivare som bedöms klara uppdraget

men saknar sådan erfarenhet. Det har således inte framkommit skäl för länsstyrelsen att ifrågasätta bolagets yrkesmässiga kapacitet. Länsstyrelsen har inte heller haft anledning att begära utredning av bolagets ekonomiska ställning, och har inte uppfattat bolagets anbud som onormalt lågt.

Länsstyrelsen anser att de referensuppdrag som bolaget har redovisat är av motsvarande karaktär som skogsbrandsbevakning. Syftet med upphandlingen är att tillgodose behovet av att så tidigt som möjligt upptäcka och positionsbestämma skogsbränder för att kunna hindra brandens spridning m.m. Några särskilda krav på interaktion mellan pilot och myndighet finns inte. Av förfrågningsunderlaget framgår även att anbudsgivaren ska utbilda all personal som deltar i skogsbrandsbevakningen, varför flygförare som ska användas kan förvärva viss kompetens innan uppdraget börjar. Det vore oproportionerligt och diskriminerande att varje anbudsgivare redan vid anbudslämnandet måste ha tillräcklig kapacitet för uppdraget.

Bolaget anser att flygklubbens ansökan ska avslås och anför följande.

Bolaget har personal som har utfört skogsbrandsbevakning åt flygklubben med bolagets plan, och har flera anställda piloter med stor erfarenhet av skogsbrandsbevakning. Bolaget är en seriös flygoperatör och har den kompetens och tekniska kapacitet som krävs för att utföra det aktuella uppdraget.

Bolaget drivs mer som en ideell förening än ett vinstdrivande företag, och piloterna får istället för höga löner ersättning i form av bl.a. erfarenhet, flygtimmar, utbildningar, traktamente och milersättning. Bolaget betalar dock de skatter och sociala avgifter som krävs. Det pris bolaget har angett i anbudet är inte onormalt lågt.

I punkten 3.4.4 i förfrågningsunderlaget anges att länsstyrelsen förbehåller sig rätten att använda egna referenser samt att bedöma vad som anses vara motsvarande uppdrag. Under de senaste sex åren har bolaget genomfört flera hundra komplicerade flyguppdrag. De referenser som bolaget har an-

gett är av motsvarande karaktär som beskrivs i förfrågningsunderlaget då de bl.a. krävt hög precision i flygningen och kontinuerlig kontakt med kollegor och kunder på marken.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU, ska upphandlande myndigheter 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.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet ska enligt 13 kap. 2 § första stycket LOU utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten genom kontroll får kännedom om att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft.

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten enligt 16 kap. 7 § LOU begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har till sitt anbud bifogat en beskrivning av sin tekniska förmåga, kompetens och kapacitet att utföra det aktuella uppdraget. Förvaltningsrätten finner inte att det framkommit annat än att den lämnade beskrivningen uppfyller de krav som ställs på en sådan beskrivning som ska lämnas enligt punkten 3.4.1 i förfrågningsunderlaget. Det har inte funnits skäl för länsstyrelsen att med anledning av denna beskrivning anta att bolaget skulle sakna teknisk förmåga, kompetens eller kapacitet som krävs för att utföra det aktuella uppdraget.

Det har vidare inte framkommit att bolaget enligt något lagakraftvunnet domsolsavgörande eller myndighetsbeslut inte har fullgjort sina förpliktelser att betala skatter och socialförsäkringsavgifter. Länsstyrelsen har därmed haft fog för att inte diskvalificera bolagets anbud på denna grund. Av utredningen i målet framgår inte heller någon omständighet som ger anledning att uppfatta bolagets anbudspris som onormalt lågt. Länsstyrelsen har således inte haft någon skyldighet att begära någon förklaring av priset från bolaget.

Frågan är därmed om bolagets referensuppdrag uppfyller de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Länsstyrelsen har i punkten 3.4.4 i förfrågningsunderlaget ställt kravet att anbudsgivare under de senast sex åren ska ha genomfört minst ett uppdrag av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten, vilket ska framgå av det eller de referensuppdrag som lämnas. Länsstyrelsen har även angett att den förbehåller sig rätten att bedöma vad som anses vara motsvarande uppdrag.

En upphandlande myndighet har ett stort utrymme när det gäller att bedöma om en leverantör uppfyller ett sådant krav på erfarenhet som nu är aktuellt. Detta utrymme begränsas dock av bl.a. av kravet att behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. En helt fri bedömning av vad som utgör ett motsvarande uppdrag i detta fall kan därför inte godtas, även fast länsstyrelsen förbehållit sig rätten att göra denna bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det finns vissa betydelsefulla skillnader mellan de referensuppdrag som bolaget lämnat och den skogsbrandsbevakning som ska utföras enligt underlaget i upphandlingen. De åberopade referensuppdragen innefattar exempelvis inte sådan någon sådan bevakning eller kontakt med myndigheter som är förenad med skogsbrandsbevakning.

Referensuppdragen verkar å andra sidan bestå av flygning av en motsvarande svårighetsgrad som vid skogsbrandsbevakning samt visst samarbete med personer på marken. Vid bedömningen av referensuppdragen bör även beaktas att länsstyrelsen i förfrågningsunderlaget i övrigt inte ställt krav på erfarenhet av skogsbrandsbevakning, eller någon annan form av flygbevakning, utan medvetet öppnat för att även en anbudsgivare utan sådan erfarenhet ska kunna bli antagen som leverantör. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att länsstyrelsens bedömning att de aktuella referensuppdragen är av motsvarande karaktär som beskrivs i upphandlingsdokumenten kan godtas.

Punkt 5.1.4 i förfrågningsunderlaget förtecknar en rad olika skyldigheter för anbudsgivaren av sådan natur att de kan uppfyllas endast löpande under kontraktstiden, inte redan vid ingivandet av anbudet. Det framgår inte att den av flygklubben angivna skyldigheten i denna punkt skulle vara av sådant slag att den ska vara uppfylld (och styrkas genom referensuppdrag) redan vid ingivandet av anbudet.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det inte framkomit att länsstyrelsen har brutit mot någon grundläggande princip i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Flygklubbens ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).

Joar Berglund
Rådman

Föredragande har varit Erik Ludvigsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.