



SÖKANDE

Safran Electronics & Defense SAS

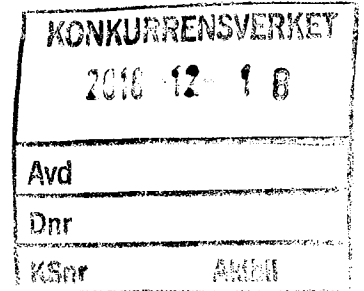
Ombud: Advokat Johan Kennemyr
Eversheds Sutherland Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ”Gyro Compasses for small high speed crafts in the Swedish Navy”, dnr 414871-AI934762, inte får avslutas förrän rättelse sker.

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Försvarets materielverk (FMV) genomför upphandlingen ”Gyro Compasses for small high speed crafts in the Swedish Navy”, dnr 414871-AI934762. Upphandlingen har genomförts som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUFS). 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 har därefter återkallat tilldelningsbeslutet från den 29 maj 2018 och den 24 september 2018 meddelat ett nytt tilldelningsbeslut av vilket framgår att iXblue på nytt har tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Safran Electronics & Defense SAS

Safran yrkar i första hand att upphandlingen inte ska få avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att anbudet från iXblue inte ska utvärderas utan förkastas. I andra hand yrkar Safran att upphandlingen ska göras om. Safran anför bl.a. följande. FMV har genomfört upphandlingen i strid med LUFS genom att i sin utvärdering inkludera och felaktigt komma fram till att anbudet från iXblue är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudet från iXblue har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och borde därför rätteligen ha förkastats innan utvärderingen. Förvaltningsrätten har i sin dom i mål 12959-18 uttryckligen slagit fast att iXblues anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och att förutsättningar att utvärdera anbudet därmed inte har förelegat. Trots detta

har FMV, i strid med domen, på nytt tilldelat iXblue kontraktet. Att utvärdera anbud som inte uppfyller obligatoriska krav strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFS. Till detta kommer att FMV:s agerande att ”tillfråga” iXblue om ett förtydligande i sig självt utgör ytterligare en överträdelse av LUFS. Icke-uppfyllelse av ett obligatoriskt krav utgör ett fel som inte kan läkas – vare sig genom förhandling – eller på annat sätt. Det är mot denna bakgrund förvånande att FMV har agerat på det sätt som nu har skett. FMV har ombesörjt att iXblue får inkomma med ny sakuppgift som ersätter den ursprungliga uppgiften. Detta med det uttryckliga syftet att läka en i lagakraftvunnen dom fastställd brist i uppfyllelse av de obligatoriska kraven.

En åtgärd enligt 10 kap. 8 § LUFS får aldrig medföra att anbudet ändras i sak. När det gäller 10 kap. 8 § LUFS innebär det därför att helt nya sakuppgifter inte får tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande. Att gå ifrån den ursprungliga uppgiften ”FCA Sweden” till den nya uppgiften ”FCA iXblue premises in Sant-Germain-en-Laye, France (Incoterms 2010)” utgör semantiskt och rent faktiskt att en helt ny sakuppgift tillförts anbudet. Det är inte tal om någon precisering eller konkretisering av uppgiften ”FCA Sweden” för riskövergång att förvandla den till att helt plötsligt bli en plats i ett annat land, Frankrike.

Genom att iXblues anbud, trots att det inte uppfyllde samtliga uppställda obligatoriska krav i upphandlingen, har tillåtits delta, och hamnat på första plats i utvärderingen, är det klarlagt att Safran, som hamnade på andra plats, lider eller riskerar att lida skada.

Försvarets materielverk

FMV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. FMV har i sitt yttrande till förvaltningsrätten i mål nr 12959-18 anfört att myndigheten har

uppfattat iXblues svar avseende leveransvillkoret ”FCA Sweden” som en felskrivning eller en missuppfattning. FMV har därför i samband med den förnyade utvärderingen tillåtit iXblue att inkomma med en rättelse avseende leveransvillkoret. FMV grundar detta agerande bl.a. på att förvaltningsrätten, trots Safrans yrkande därom, inte beslutat att anbudet från iXblue skulle förkastat utan tvärtom uttalat att ett en ny förutsättningslös utvärdering av anbudet skulle göras. Safrans påstående om att domen innebär en skyldighet för FMV att förkasta anbudet från iXblue är således felaktigt.

I den e-postkorrespondens som förevarit mellan FMV och iXblue har FMV använt sig av uttrycket ”förtydliga”. Det spelar emellertid mindre roll vilket uttrycksätt som använts. Även om frågan avser en rättelse av en uppenbar felskrivning handlar det om att anbudsgivaren behöver inkomma med någon form av justering av anbudet. Det svar som FMV har erhållit i detta fall har endast utgjort en bekräftelse på att det antagande som FMV gjorde vid den första utvärderingen och som låg till grund för det första tilldelningsbeslutet, nämligen att iXblue avsett att ange leveransvillkor från sin egen fabrik, varit korrekt. iXblue kan således inte sägas ha inkommit med någon ny uppgift.

Möjligheten för iXblue att rätta sitt anbud kan inte anses ha inneburit en positiv särbehandling av iXblue eftersom andra anbudsgivare givits motsvarande möjligheter i samband med den första utvärderingen. 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 tillåtit 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 anbudet från bl.a. Safran måste förkastas. Av detta följer att Safran inte lidit eller kan komma

att lida skada på det sätt som är nödvändigt för att ansökan om överprövning ska kunna bifallas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 11 § LUFSS anges att 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFSS eller någon annan bestämmelse i samma lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska rätten, enligt 16 kap. 6 § LUFSS, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 10 kap. 8 § andra stycket LUFSS får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I mål nr 12959-18 tog förvaltningsrätten ställning till innebörden av p. 28.1 i kontraktutkastet i den aktuella upphandlingen. Enligt den nu nämnda punkten ska leveransvillkoret ”Free Carrier (FCA) as per Incoterms 2010” gälla i upphandlingen. Förvaltningsrätten ansåg i mål nr 12959-18 att det utgjorde ett obligatoriskt krav i upphandlingen att i anbudet ange plats för riskövergång och överlämnande av varor. Eftersom iXblue i sitt anbud endast angett ”FCA Sweden” avseende det aktuella villkoret uppfyllde iXblue inte det obligatoriska kravet och FMV borde inte ha utvärderat anbudet. Enligt förvaltningsrättens bedömning saknas det skäl att i det nu aktuella målet göra någon annan bedömning i detta avseende än vad förvaltningsrätten gjorde i mål nr 12959-18.

Det är således utrett att anbudet från iXblue inte har uppfyllt det obligatoriska krav som följer av p. 28.1 i kontraktutkastet. Av utredningen framgår att FMV, efter att förvaltningsrätten genom domen i mål nr 12959-18 beslutat att upphandlingen skulle rättas, ombett iXblue att förtydliga ("clarify") sina leveransvillkor genom att ange en specifik plats. iXblue har därefter svarat att den plats som avses är bolagets lokaler i Saint Germain-en-Laye i Frankrike. Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheten för upphandlande myndigheter att begära förtydliganden eller kompletteringar i enlighet med 10 kap. 8 § andra stycket LUFSS ska tillämpas restriktivt (se prop. 2010/11:150 s. 393). Vidare konstaterar förvaltningsrätten att den uppgift som iXblue har kompletterat sitt anbud med har varit en förutsättning för att anbudet ska uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen samt att den uppgift som tillförts anbudet inte har varit förenlig med den uppgift som bolaget ursprungligen lämnat avseende det aktuella kravet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att FMV, genom att låta iXblue komplettera sitt anbud på det sätt som har skett, gått utöver vad som är tillåtet enligt 10 kap. 8 § andra stycket LUFSS och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att Safran vid anbudsutvärderingen har kommit på andra plats och därmed får anses ha lidit eller kan komma lida skada. FMV har gjort gällande att Safran och ytterligare en anbudsgivare tillåtits göra mer långtgående rättelser och förtydliganden än den som iXblue har fått göra och anfört att detta medför att samtliga anbud skulle behöva förkastas för det fall iXblues komplettering bedöms vara otillåten och att Safran därmed inte kan anses ha lidit skada. I detta avseende konstaterar förvaltningsrätten att frågan om övriga anbudsgivares rättelser och förtydliganden har varit förenliga med LUFSS inte kan prövas inom ramen för detta mål. Det som FMV har anfört i detta avseende ändrar därför inte förvaltningsrättens bedömning att Safran har lidit skada av att FMV brutit mot likabehandlingsprincipen. /

Ansökan om överprövning ska således bifallas. Eftersom det är frågan om en överträdelse som inte kan anses ha skadat upphandlingens konkurrens-
uppsökande skede, är det tillräckligt att upphandlingen rättas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Ulrika Melander

Rådman

Andreas Thörnroos 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 nyårsafton, 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.

11 22 33