



Rättelse/komplettering

Dom, 2018-10-16

Rättelse, 2018-10-16

Beslut av: rådmannen Susanna Pohl Söderman

Förvaltningsrätten beslutar med stöd av 32 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) om rättelse av skrivfel i förvaltningsrättens dom meddelad den 16 oktober 2018. Adressen till advokaterna Stefan Gustafsson och Ulf Hökeberg ska rätteligen vara Advokatfirman Titov & Partners KB, Humlegårdsgatan 20, 114 46 Stockholm.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM

2018-10-16

Meddelad i Uppsala

Mål nr

7071-17 E

SÖKANDE

Textron Aviation Inc.

Registrerat i State of Kansas, U.S.A.

Reg. nr 7761240

Ombud:

Advokaterna Stefan Gustafsson och Ulf Hökeberg

Advokatfirman Fylgia KB

Box 55555

102 04 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet Svenskt Ambulansflyg, 222000-3152

Ombud:

Regionjurist Kristine Nilsson Wieslander

Region Uppsala

Box 602

751 25 Uppsala

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet att rätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

Dok.Id 241759

Postadress

Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress

Kungsgatan 49

Telefon

018-431 63 00

Telefax

018-10 00 34

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunalförbundet Svenskt Ambulansflyg (kommunalförbundet) har genomfört en upphandling av ambulansflygplan, benämnd ”Aircraft for Air Ambulance Transport”, dnr KSA 45-2016. Upphandlingen har ursprungligen annonserats som öppet förfarande men har senare, efter att endast ett anbud kommit in som bedömts som olämpligt, övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 12 och 13 §§ LOU. Kommunalförbundet har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Pilatus Aircraft Ltd. (Pilatus). Textron Aviation Inc. (Textron) har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Textron ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Vidare yrkar Textron, för det fall att förvaltningsrätten skulle godta kommunalförbundets tolkning av regelverket, att rätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende upphandlingens förenlighet med gemenskapsrätten mot bakgrund av utformningen av artikel 32 punkt 2 a) i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling (upphandlingsdirektivet) och med beaktande av skäl 50 till nämnda direktiv. Textron yrkar även att Textron ska beredas tillfälle att förete muntlig bevisning för det fall att förvaltningsrätten inte skulle anse att skriftlig vittnesattest uppfyller beviskrav rörande Textrons intresse att få ingå avtal i upphandlingen.

Till stöd för sin talan anför Textron i huvudsak följande.

Kommunalförbundet har brutit mot bestämmelserna i LOU och det underliggande direktivet, särskilt mot principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i 4 kap. 1 § LOU.

Upphandlingen annonserades som ett öppet förfarande. Kommunalförbundet har under upphandlingen övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering, utan att möjlighet förelegat vare sig utifrån anbudsförutsättningarna eller enligt lag. Kommunalförbundet har därefter antagit anbud från en leverantör som lämnat anbud som inte uppfyllt obligatoriska krav i upphandlingen. I samband med förhandlingen har de villkor som angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten ändrats väsentligt. Med hänsyn till anbudsförutsättningarna i det öppna förfarandet avstod bolaget från att lämna anbud. Vid ett korrekt förfarande skulle bolaget haft goda möjligheter att tilldelas kontrakt och riskerar således att lida skada.

I annonsen har Region Uppsala och inte kommunalförbundet angetts som upphandlande myndighet. Utifrån uppfattningen att kommunalförbundet är upphandlande myndighet är upphandlingen inte korrekt annonserad.

Textron har under anbudstiden tagit del av förfrågningsunderlaget och har gjort bedömningen att de kommersiella villkor som angetts som obligatoriska för upphandlingen inte är rimliga. Textron har därför beslutat sig för att inte lämna anbud i upphandlingen.

Textron har talerätt och är leverantör i LOU:s mening. Bolaget har intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Det finns inte något krav på att en leverantör som ansöker om överprövning har att bevisa en avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Det räcker att bolaget har intresse av att tilldelas kontrakt. Textron har pga. detta intresse under anbudstiden, via en affärskontakt, tagit del av upphandlingsdokumenten i upphandlingen och har därefter gjort bedömningen att anbudsförutsättningarna inte var acceptabla och att bolaget inte kunde möta samtliga obligatoriska krav, vare sig avseende de kommersiella villkoren eller avseende krav på upphandlingsföremålet. Bolaget avsåg därför inte att lämna anbud och har därvid utgått från att det varit meningslöst att inkomma med anbud som inte uppfyller samtliga

obligatoriska krav. Det har helt saknats skäl för bolaget att sedan ställa frågor till upphandlaren. Om bolaget fått indikationer på att det var möjligt att förhandla obligatoriska krav i upphandlingen hade bolaget lämnat anbud. Leverantörer som har intresse att tilldelas kontrakt har ingen skyldighet att registrera sig hos den upphandlande myndigheten och inte heller att redovisa hur de skaffar sig information om enskilda upphandlingar.

I upphandlingen har endast ett anbud inkommit. Av den kravuppfyllnadsredovisning som ingår i anbudsgivarens anbud framgår uttryckligen att anbudet inte uppfyller en rad ställda obligatoriska krav. Anbudsgivaren har svarat "No" på om obligatoriska krav som angetts i "Chapter 1 Administrative Regulations" är uppfyllda. Anbudsgivaren har även svarat "No" på det obligatoriska kravet att acceptera avtalsvillkoren som angetts i "Template for Contracts". I dokumentet "Annex 2 in Section 2 – Purchase Agreement Compliance Statement" har anbudsgivaren på detaljerad nivå gjort uttryckliga förbehåll avseende tolv obligatoriska krav avseende avtalsvillkoren, lämnat kommentarer av förbehållande karaktär avseende sex andra obligatoriska krav, angett att det obligatoriska kravet endast delvis uppfylls i tre fall och i fem fall angett att det obligatoriska kravet inte uppfylls alls. Även i fråga om specifikationen av upphandlingsföremålet har anbudsgivaren gjort reservationer av obligatoriska krav i sex fall.

Vid kontroll av anbudet mot ställda krav visar det sig att det även finns andra allvarliga brister i anbudet som inte redovisats som brister. Det finns t.ex. brister när det gäller åberopade referenser. Anbudsgivaren uppfyller därmed inte krav på obligatorisk bevisning avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt punkt 2.5.2. Obligatoriska krav avseende upphandlingsföremålet uppfylls inte heller.

Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att förutsättningarna föreligger för att gå över till ett förhandlat förfarande utan föregående an-

nonsering. Anbudsgivarens anbud är inte olämpligt i den mening som avses i 6 kap. 12 § LOU, eftersom anbudet inte uppfyller de formella kraven i det öppna förfarandet. 6 kap. 13 § första stycket LOU är inte tillämpligt eftersom det endast gäller anbudsansökningar, inte anbud. Det saknas sådana mycket exceptionella omständigheter som bör föreligga för att gå över till förhandlat förfarande. Anbud som inte uppfyller uppställda obligatoriska krav anses vara ogiltiga, inte olämpliga. Frågan om anbudets irrelevans faller utanför prövningsramen i målet då Pilatus anbud inte angetts vara irrelevant och någon sådan omständighet inte lagts till grund för upphandlarens beslut att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Det har vid det förhandlade förfarandet gjorts ändringar dels i form av avvikelser från obligatoriska krav avseende upphandlingsföremålet, dels i form av avvikelser från enskilda krav i kontraktsmallen. De villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten har ändrats väsentligt. Förhandlingar får inte avse obligatoriska krav. Genom avvikelser från enskilda krav i kontraktsmallen blir den ekonomiska balansen i den avsedda avtalsrelationen kraftigt förskjuten till leverantörens fördel.

Avvikelser från obligatoriska krav avser kraven 2.3.7 (payload 3 avseende flygning Malmö-Kiruna), 2.3.12 (landning vid 43 flygplatser), 2.4.13 (bullernivå i kabinen), 2.7.8 (positionsdata), 2.9.12 (placering av bår), 2.9.17 (måttbegränsningar) och 2.9.31 samt även 2.9.35 (system för medicinskt syre). Om det varit känt för marknaden att angivna krav kunde frångås, hade andra lösningar kunnat erbjudas.

Avvikelser från enskilda krav i kontraktsmallen avser leveransdatum (sec. 12), betalningsplan (sec. 14), ställande av säkerhet i förskott (sec. 16), inspektion under tillverkningsprocessen (sec. 17) och vite vid fel (sec. 19). Ändringarna medför en anmärkningsvärd förskjutning till leverantörens fördel i balansen mellan parterna.

Kommunalförbundet bestrider bifall till ansökan samt yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att den ska avslås. Till stöd för sin talan anför kommunalförbundet i huvudsak följande.

Textron saknar talerätt i enlighet med de förutsättningar som måste vara uppfyllda enligt 20 kap. 4 § LOU. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2017 ref. 62 uttalat att talerätten inte bör tolkas så extensivt att bolag som inte önskar eller önskat delta i en viss upphandling ska kunna få den överprövad. Bestämmelsen har tolkats i ljuset av artikel 1.3 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 (rättsmedelsdirektivet). Textron har varken lämnat eller haft för avsikt att avge anbud i aktuell upphandling. Bolaget har inte begärt ut upphandlingsunderlaget ur upphandlingsverktyget och inte heller haft ett användarkonto registrerat under anbudstiden. Bolaget har inte heller besvarat den ”Request for Information” (RFI) som genomfördes inför aktuell upphandling i syfte att få så många anbudsgivare som möjligt intresserade av upphandlingen samt för att i samråd med flygbranschen och dess expertkunskap kunna utforma så transparenta och proportionerliga krav som möjligt. Textron har inte heller ställt några frågor i upphandlingen. Enligt kommunalförbundets mening kan kommunalförbundet således visa att bolaget inte haft något intresse över huvud taget av att delta i aktuell upphandling.

Textron har inte heller i enlighet med 20 kap. 6 § LOU lidit någon skada i upphandlingen. Det följer av skaderekvisitet i LOU att det finns ett orsakssamband mellan den upphandlande myndighetens överträdelse och den skada som den sökande leverantören har lidit. Det är sökanden som har bevisbördan för detta förhållande (jfr HFD 2013 ref. 53). Textron har inte kunnat visa sig ha något intresse i aktuell upphandling, vilket således medför att bolaget inte har lidit någon skada i upphandlingen. Eftersom bolaget under anbudstiden inte har tagit del av upphandlingsunderlaget har bolaget inte heller kunnat bilda sig en uppfattning om upphandlingsunderlaget och

dess förutsättningar att avge anbud. Textron kan således inte visa att upphandlingsunderlagets utformning har varit hindrande för bolaget att avge anbud. Bolaget kan därmed inte visa sig ha lidit någon skada.

Det har inte saknats skäl att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det har endast kommit in ett anbud. Vid anbudsprövningen har det framkommit att anbudsgivaren, Pilatus, inte har accepterat samtliga avtalsvillkor i upphandlingen. Avseende kravet på att acceptera samtliga avtalsvillkor har anbudsgivaren fyllt i ett kryss i nej-rutan vilket innebär att inte samtliga avtalsvillkor är uppfyllda. Anbudet har därmed inte uppfyllt samtliga kvalificeringskrav inom ramen för det öppna förfarandet varför anbudet bedömts olämpligt i enlighet med 6 kap. 13 § LOU. Det har därmed funnits skäl att enligt 6 kap. 12 § LOU fatta beslut om att övergå från ett öppet till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det finns inte något uttryckt i bestämmelserna om att det inte skulle vara möjligt att förhandla om obligatoriska villkor.

Pilatus anbud ska även bedömas som olämpligt med hänsyn till de krav på referenser som uppställts i punkten 2.5.2 ”Original Administrative Regulations”. De uppgifter om referenser som har uppställts som kvalificeringskrav i upphandlingsoriginalet och som skulle ha lämnats in har i det ursprungliga anbudet inte varit fullständiga. Enligt kommunalförbundets bedömning har referenskraven tillika kvalificeringskraven i punkten 2.5.2 inte varit uppfyllda.

Regionen har inte, i strid med 6 kap. 12 § LOU, gjort sig skyldig till väsentliga ändringar av de villkor som uppställts i upphandlingsunderlaget i de förhandlingar som har genomförts med anbudsgivaren. Pilatus har uppfyllt obligatoriska krav avseende upphandlingsförmålet i upphandlingen. Det har emellertid gjorts en reservation om att samtliga avtalsvillkor inte uppfylls. Anbudet uppfyller inte heller kravet 2.3.7 (payload 3 avseende flygning

Malmö-Kiruna). Regionen har endast accepterat mindre ändringar av avtalsvillkor. Enligt regionens uppfattning bör, vid bedömning av vad som kan anses utgöra en väsentlig ändring, ledning hämtas från bestämmelsen i 17 kap. 14 § LOU om väsentliga ändringar av kontrakt. Omförhandling kan göras även av obligatoriska krav. Det bestrids att de ändringar som gjorts i kontraktsvillkoren skulle ha medfört att den ekonomiska jämvikten förskjutits till leverantörens fördel.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska först pröva om Textron har talerätt och därefter, för det fall att Textron befinns ha talerätt, pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot kommunalförbundets upphandling med anledning av de grunder Textron anfört.

Rättslig reglering m.m.

Av 20 kap 4 § LOU följer att leverantör, som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, är taleberättigad i mål rörande överprövning av offentlig upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har i HFD 2017 ref. 62 funnit att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling. Domstolen har i målet vidare anfört att talerätten inte bör tolkas så extensivt att bolag som inte önskar eller önskat delta i en viss upphandling ska kunna få den överprövad.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

I 6 kap 12 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. En rapport om detta ska lämnas till Europeiska kommissionen om den begär det.

I 6 kap. 13 § LOU anges följande. En anbudsansökan ska anses vara olämplig om den berörda leverantören ska eller kan uteslutas enligt 13 kap. eller inte uppfyller de kvalificeringskrav som den upphandlande myndigheten har fastställt. Ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten.

Har Textron talerätt?

Kommunalförbundet har gjort gällande att Textron inte har talerätt i målet. Kommunalförbundet har anfört att bolaget varken har lämnat eller haft för avsikt att lämna anbud i aktuell upphandling och har bl.a. hänvisat till att bolaget inte begärt ut underlaget för upphandlingen. Textron har mot detta anfört bl.a. följande. Bolaget har intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen och har tagit del av underlaget för upphandlingen genom en affärskontakt. Efter att bolaget konstaterat att anbudsförutsättningarna inte var acceptabla och att bolaget inte kunde möta samtliga obligatoriska krav, vare sig avseende de kommersiella villkoren eller avseende krav på upphandlingsföremålet, avsåg Textron dock inte att lämna anbud och har därvid utgått från att det varit meningslöst att inkomma med anbud som inte uppfyl-

ler samtliga obligatoriska krav. Bolaget har dock intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Bolaget har även hänvisat till intyg från en anställd regional försäljningschef.

Frågan är då om Textron ska anses ha rätt att ansöka om överprövning av den här aktuella upphandlingen. Det kan inledningsvis konstateras att det inte är nödvändigt för en leverantör att ha lagt ett anbud i en upphandling för att ha talerätt, eftersom leverantören t.ex. kan klaga på att det i upphandlingen uppställts villkor som i strid med LOU hindrat leverantören från att lägga anbud. Leverantören har i sådant fall normalt intresse av att, med ändrade krav, kunna tilldelas kontrakt i upphandlingen. I föreliggande fall har bolaget inte lagt anbud med hänvisning till att upphandlingen inte bedömdes vara kommersiellt intressant. Textron har dock anfört att det har intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen och skulle ha haft intresse av att få delta i det förhandlade förfarandet.

En central frågeställning vid bedömningen är i förhållande till vilken upphandling som Textron måste anse sig lida skada för att förvaltningsrätten ska kunna ta upp bolagets ansökan till prövning. Det står klart att Textron inte hade intresse av att tilldelas kontrakt på de villkor som stipulerades i den ursprungliga upphandlingen. Bolaget har härvid uppgett att upphandlingen inte var kommersiellt intressant. Å andra sidan synes inte heller Pilatus, som efter det förhandlade förfarandet tilldelades kontrakt, haft ett intresse att ingå avtal enligt den ursprungliga upphandlingens villkor. Enligt förvaltningsrättens uppfattning bör det vara avgörande om Textron anser sig lida skada genom att Textron skulle ha haft ett intresse av att kunna tilldelas kontrakt mot bakgrund av att det ursprungliga kontraktet underkastats ett förhandlat förfarande.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning bör beviskraven för att en leverantör anser sig lida skada i enlighet med 20 kap. 4 § LOU inte ställas alltför högt.

Textron har tydligt uppgett att bolaget anser sig lida skada då Textron haft intresse av att tilldelas kontrakt genom en förhandling. Visserligen har kommunalförbundet invänt att Textron inte visat intresse för upphandlingen, men det har inte framkommit att Textron skulle ansöka om överprövning på grund av annat kommersiellt intresse än vad som skyddas i LOU (jfr anförda omständigheter i t.ex. Svea Hovrätts dom den 11 februari 1999, mål nr T 1009-98 [RH 1999:122], Kammarrätten i Sundsvalls dom den 2 mars 2005, mål nr 328-05, Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 2015, mål nr 2200-15, och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 27 juli 2015, mål nr 1562-15).

Förvaltningsrätten gör sammantaget bedömningen att kravet i 20 kap. 4 § LOU, mot bakgrund av vad som framkommit, får anses uppfyllt och att Textrons talan ska tas upp till prövning. Det saknas därmed skäl att ta upp muntlig bevisning i målet till stöd för att Textron har intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Oklarhet ifråga om vilken myndighet som är upphandlande myndighet

Det föreligger i målet skilda meningar vilken myndighet som är upphandlande myndighet. Textron anser att Region Uppsala är upphandlande myndighet medan kommunalförbundet anser att kommunalförbundet är upphandlande myndighet och att Region Uppsala endast agerat som ombud för kommunalförbundet i upphandlingen. Förvaltningsrätten har i beslut den 20 december 2017 i mål nr 7009-17 funnit att, oaktat Region Uppsalas ställning i upphandlingen, i vart fall kommunalförbundet varit en upphandlande myndighet. Förvaltningsrätten tog i nämnda beslut inte slutlig ställning till huruvida även Region Uppsala var upphandlande myndighet. Förvaltningsrätten har i dom denna dag, i mål nr 6133-17, funnit att Region Uppsala inte är upphandlande myndighet i upphandlingen. Rätten har därmed beslutat att skriva av nämnda mål.

Att Region Uppsala felaktigt angetts som upphandlande myndighet i annonsen har ingen påverkan på konkurrensuppsökningen, särskilt som upphandlingens angivna omfattning inte ändrats från annonsen till upphandlingsunderlaget. Oklarheten ifråga påkallar således inte något ingripande från domstolens sida.

Bristande uppfyllelse av obligatoriska krav och betydelsen av detta

Det är i målet ostridigt att Pilatus inte uppfyllt kraven i 2.5.2, "Original Administrative Regulations", avseende att inkomma med referenser i det ursprungliga anbudet. Kommunalförbundet har även vitsordat att anbudet inte uppfyller kravet i punkten 2.3.7, bilaga 6, om flygningar med payload 3-lastningar. Det kan även konstateras att Pilatus inte har uppfyllt det obligatoriska kravet på att acceptera alla avtalsvillkor.

Förvaltningsrätten anser inte att det faktum att det enda anbud som inkommit inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i sig förtar upphandlande myndighet rätten att övergå till förhandlat förfarande med stöd av 6 kap. 12 och 13 §§ LOU, förutsatt att det inkomna anbudet är olämpligt. Förutsättningarna enligt nämnda bestämmelser torde vara uppfyllda redan i det fall att inga anbud alls kommit in (se t.ex. Kammarkollegiets vägledning *Direktupphandling*, 2011:6 s. 15). Att ett olämpligt anbud kommer in, som dessutom inte uppfyller obligatoriska krav, bör i sig inte hindra upphandlande myndighet att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering (jfr EU-domstolens avgörande mål C-250/07, Kommissionen mot Grekland). Eftersom det vid ett förhandlat förfarande med stöd av 6 kap. 12 och 13 §§ LOU står upphandlande myndighet fritt att förhandla med vilken leverantör som helst, föreligger inget hinder att myndigheten förhandlar med den leverantör som lagt anbud. Endast det faktum att Pilatus lagt ett anbud som inte uppfyller upphandlingens obligatoriska krav innebär således

inte att kommunalförbundet skulle ha förfarit felaktigt genom att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering och välja att förhandla med Pilatus.

Förutsättningar för att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering

Förvaltningsrätten ska därefter ta ställning till om det i den ursprungliga upphandlingen förelåg förutsättningar enligt 6 kap. 12 och 13 §§ LOU för att kunna övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Av nämnda bestämmelser följer att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbud, och att ett anbud ska anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten. Eftersom det i kommunalförbundets ursprungliga upphandling endast hade kommit in ett anbud, dvs. anbudet från Pilatus, är därmed frågan om Pilatus anbud ska anses vara olämpligt i LOU:s mening.

Kommunalförbundet har anfört att det funnits skäl att gå över till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänsyn bl.a. till att Pilatus i sitt anbud inte accepterat samtliga avtalsvillkor och också då ofullständiga referenser lämnats in i det ursprungliga anbudet. Textron menar att Pilatus anbud inte är olämpligt utan istället ogiltigt och att det därmed saknades förutsättningar för att övergå till det förhandlade förfarandet.

Att ett anbud är ogiltigt utesluter inte enligt förvaltningsrättens uppfattning att det också på grund av samma brist kan vara olämpligt. Om ett anbud är utformat så att det är irrelevant för kontraktet är således förutsättningarna för att gå över till förhandlat förfarande med stöd av 6 kap. 12 och 13 §§

LOU uppfyllda. Om obligatoriska krav inte är uppfyllda avseende egenskaper som är av betydelse för kontraktet, kan detta innebära att anbudet som sådant är irrelevant och därmed olämpligt i lagens och direktivets mening (se EU-domstolens avgörande mål C-250/07, Kommissionen mot Grekland). Enbart det faktum att ett anbud inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav bör dock å andra sidan inte anses som tillräckligt för att det ska vara olämpligt i LOUs mening.

Förvaltningsrätten kan konstatera att Pilatus uttryckligen uppgett att avtalsvillkoren inte är uppfyllda. Förvaltningsrätten gör mot bakgrund av Pilatus reservationer bedömningen att anbudet är irrelevant och i LOU:s mening olämpligt, varför kommunalförbundet var berättigat att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Däremot anser inte förvaltningsrätten att anbudets brister såvitt gäller referenskrav i punkt 2.5.2 innebär att avtalet är olämpligt, utan det innebär endast att anbudet inte kan antas på grund av att Pilatus inte i rätt tid inkommit med efterfrågade referenser, vilket inte utvisar något om anbudets relevans eller irrelevans för kontraktet.

Fråga om väsentliga förändringar gjorts i förhandlingen

Textron har gjort gällande att det i den förhandling som Pilatus har deltagit i har gjorts väsentliga förändringar, vilket inte är tillåtet enligt 6 kap. 12 § LOU. Kommunalförbundet har bestridit att så är fallet. En utgångspunkt är att bedömningen ska göras med stöd av 17 kap. 14 § andra stycket LOU.

I 17 kap. 14 § andra stycket LOU anges bl.a. följande. En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den 1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen, 2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån

för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet eller 3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.

Det är i målet ostridigt att Pilatus i sitt anbud inte uppfyllt kravet i punkt 2.3.7, bilaga 6, avseende flygningar med payload 3-lastningar, vilket ska kunna göras sträckan Malmö-Kiruna. Kravet har omförhandlats.

Kommunalförbundet anser till skillnad från Textron att ingen väsentlig ändring har gjorts och anför bl.a. följande. Pilatus får vare sig högre eller lägre ersättning till följd av frånfallande av kraven. Den ekonomiska jämvikten har därmed inte ändrats. Ett frånfallande av kraven innebär inte att payload 3-flygningarna inte kan utföras. Emellertid är själva utförandet en kontraktsfråga med en annan operatör, dvs. inte Pilatus. En sådan eventuell och hypotetisk kostnadsökning kommer inte att utgå till annan än operatören av den utförda flygningen, dvs. inte till Pilatus. Härtill kommer att den eventuella och hypotetiska kostnadsökningen under inga omständigheter närmar sig 10 procent av kontraktsvärdet mellan Kommunalförbundet och Pilatus eftersom payload 3-flygningar högt uppskattat kommer att utgöra enbart cirka tre procent av de flygningar som följer av det senare kontraktet.

Förvaltningsrätten finner att kommunalförbundet, genom att efterge kravet på payload 3-flygningar sträckan Malmö-Kiruna, har ändrat kontraktet på ett sådant sätt att en betydligt vidare krets av leverantörer skulle kunna komma i fråga än vad som tidigare var fallet. Som den ursprungliga upphandlingens krav var utformat synes Pilatus i realiteten ha varit utestängd som leverantör och det är först genom att kravet eftergetts i förhandlingen som Pilatus kunnat tilldelas kontraktet. Kommunalförbundet har genom ändringen förändrat sin beställning så att även andra flygplan med lägre kapacitet kan anses tillgodose kommunalförbundets efterfrågan. Om kravet hade eftergetts från början i upphandlingen hade fler leverantörer kunnat lämna anbud. Genom förhandlingen har det därmed genomförts en väsentlig förändring av kon-

traktet (se 17 kap. 14 § andra stycket 1 LOU samt även EU-domstolens avgöranden mål C-250/07, Kommissionen mot Grekland, punkt 52, och C-549/14 Finn Frogne, punkt 28).

Eftersom det föreligger en väsentlig förändring av kontraktet var det ett fel i upphandlingen att tilldela Pilatus kontraktet. Det saknas därmed skäl att pröva Textrons övriga invändningar.

Sammanfattning och slutsatser

Förvaltningsrätten finner att förutsättningarna var uppfyllda för att kommunalförbundet skulle vara berättigat att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 6 kap. 12 § LOU.

Om kommunalförbundet inte hade tilldelat Pilatus kontraktet hade kommunalförbundet varit tvunget att genomföra en ny upphandling på annat sätt, där Textron sannolikt hade kunnat konkurrera om och haft möjlighet att tilldelas kontrakt. Textron har därmed riskerat att lida skada.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att förutsättningarna för att ingripa mot kommunalförbundets upphandling är uppfyllda. Ansökan ska därmed bifallas och det ska förordnas att upphandlingen ska göras om.

Vid denna utgång saknas skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Susanna Pohl Söderman
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en 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.

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

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 rätts-tillämpningen.
- 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.