



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2013-05-10
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 142-13E
 D2

SÖKANDE

Arctic Air Aktiefbolag, 556284-3887
 Vuoggatjålme 952
 930 90 Arjeplog

MOTPART

Laponiatjuottjudus
 Box 14
 962 21 Jokkmokk

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 1 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Ombud: Advokaten Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Erik Olsson
 Advokatfirman Delphi KB
 Box 1432
 111 84 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att
 Laponiatjuottjudus upphandling av helikoptertjänster ska göras om.

Dok.Id 39030

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Residensgatan 17

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
 0920-22 04 59

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Föreningen Laponiatjuottjudus har genomfört upphandling (öppet förfarande) av helikoptertjänster. Tre anbud kom in. Enligt tilldelningsbeslut den 7 januari 2013 tilldelades AB Flygfisk kontraktet. AB Flygfisk:s anbud fick tio poäng medan övriga anbud fick nio poäng. Arctic Air AB (bolaget) var en av de övriga anbudsgivarna.

PARTERNAS TALAN

Bolaget har ansökt om överprövning och yrkat att upphandlingen ska göras om.

Laponiatjuottjudus har, för det fall förvaltningsrätten skulle finna att föreningen inte är en upphandlande myndighet, yrkat att bolagets ansökan ska avvisas. Om ansökan inte avvisas har Laponiatjuottjudus ansett att den ska avslås.

Den 19 februari 2013 har förvaltningsrätten beslutat att avslå Laponiatjuottjudus yrkande om att bolagets ansökan ska avvisas.

Vad bolaget anfört

Enligt förfrågningsunderlaget ska avrop i första hand ske från den leverantör som vunnit upphandlingen. Om denna av något skäl inte kan leverera ska avrop ske från nummer två i avropsordningen och därefter nummer tre.

Enligt tilldelningsbeslutet tilldelas AB Flygfisk kontraktet. Någon rangordning av övriga två anbudsgivare har inte skett, vilket inte stämmer med förfrågningsunderlaget.

Enligt förfrågningsunderlaget ska skicklighet viktas med 25 procent, pris med 45 procent och framflygningsavgift med 15 procent. Som ytterligare upplysning anges att stor vikt kommer att fästas vid hur väl anbudsgivaren styrkt och beskrivit efterfrågad kompetens.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Laponiatjuottjudus har tagit hänsyn till hur stor erfarenhet anbudsgivarna har av flygningar inom området Laponia, ett kriterium som inte finns med i förfrågningsunderlaget. Att lägga till ett kriterium på detta sätt i utvärderingsfasen är inte tillåtet eftersom det strider mot principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Man kan i detta sammanhang även ifrågasätta vad Laponiatjuottjudus menar med att man kommer att fästa "särskild vikt" vid hur leverantörerna styrkt sin erfarenhet och kompeten. Denna mening står i strid med principen om transparens.

Laponiatjuottjudus har också viktat ska-kraven vid utvärderingen, vilket inte är tillåtet. LOU gör en klar åtskillnad mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. De får inte sammanblandas.

Laponiatjuottjudus har också på eget bevåg räknat ut en snittkostnad för AB Flygfisks framflygningsavgift trots att man i förfrågningsunderlaget angett att maxpris kommer att ligga till grund för utvärderingen. Det är inte tillåtet att lägga till eller förändra tilldelningskriterierna vid utvärderingen.

Slutligen har Laponiatjuottjudus helt godtyckligt lagt till vissa flygdestinationer (Stora Sjöfallet, Porjus samt Ritsem) då man beräknat den totala kostnaden. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att man skulle komma att bedöma flygning till just dessa orter. Att man underlåter att värdera flygplatsen i Kvikkjokk där både AB Flygfisk och bolaget är baserade är anmärkningsvärt. Detta synnerhet som flera medlemmar av Laponi-

atjuottjudus helt nyligen till länsstyrelsen i ett annat ärende betonat hur viktigt Kvikkjokk är som utgångspunkt för flygverksamhet till stora delar av Lapponia. Valet av orter har i högsta grad påverkat det totala priset i anbudet. Även detta måste stå i strid med principen om transparens.

Vad Lapponiatjuottjudus anför

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen kommer att resultera i ett eller flera ramavtal. Utifrån förfrågningsunderlaget har det således varit fullt möjligt att göra som Lapponiatjuottjudus gjort, dvs. endast teckna ramavtal med en leverantör. Det saknas då anledning att rangordna övriga leverantörer. Även om rangordning hade varit påkallad hade det inte gått att rangordna bolaget och den tredje anbudsgivaren eftersom de hade likvärdiga poäng.

I förfrågningsunderlaget anges uttryckligen att både omständigheter gällande flygtid för föreslagen pilot samt styrkt skicklighet och erfarenhet kommer att beaktas. Med erfarenhet avses för upphandlingen relevant erfarenhet såsom att vara bekant med det område som upphandlingen avser. I detta hänseende har skillnaden mellan anbudet varit ytterst liten. Lapponiatjuottjudus har således endast tillmätt erfarenhet av det relevanta området betydelse som en liten del av en helhetsbedömning av leverantörernas erfarenhet. Lapponiatjuottjudus har således inte lagt till något kriterium i utvärderingsfasen. Lapponiatjuottjudus utvärdering ryms gott och väl inom ramen för de utvärderingskriterier som framgår av förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår att Lapponiatjuottjudus ska genomföra en utvärdering av en sammanslagning av ska-kraven. Att så också har skett kan knappast strida mot transparensprincipen.

Laponiatjuottjudus delar vidare inte bolagets bedömning att det inte är tillåtet att utvärdera vad som angetts i anbudet till uppfyllande av respektive ska-krav. Som framgår av Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 5512-08 kan utvärdering av ska-krav vara tillåtet då detta sker för att en upphandlande myndighet ska kunna identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Så är fallet med nu aktuell upphandling där kompetensen hos vardera leverantören är mycket intimt förknippad med kvaliteten i tjänsten. Laponiatjuottjudus menar att det i förevarande fall varit tillåtet att göra utvärderingen såsom skett.

Det kan vidare konstateras att bolaget fått full poäng vad gäller detta utvärderingskriterium. Bolaget har således gynnats av utvärderingskriteriet och kan inte anses ha lidit skada av den påstådda bristen.

Laponiatjuottjudus agerande vad gäller framräkning av snittkostnad i AB Flygfisks anbud beror på att samtliga anbudsgivare i olika avseenden kommit in med differentierade priser. Detta har inneburit att anbudet inte varit jämförbara med varandra. Snarare än att förkasta samtliga anbud, vilket skulle ha inneburit skada för anbudsgivarna, har Laponiatjuottjudus valt att ta fram en priskorg som gör anbudet jämförbara. De valda sträckningarna är representativa för Laponiatjuottjudus verksamhet. Det kan inte anses missvisande att grunda utvärderingen på de sträckor som är vanligast förekommande. Kvikkjokk förekommer inte som flygdestination i samma utsträckning som de sträckor som tagits upp till utvärdering.

Då alla anbudsgivare kommit in med differentierade priser har Laponiatjuottjudus genom sitt handlande upprätthållit likabehandlingsprincipen. Alternativet hade varit att förkasta samtliga anbud. Bolaget kan inte anses ha lidit skada av att Laponiatjuottjudus, istället för att förkasta dess anbud, tagit upp det till utvärdering.

Att Kvikkjokk inte uttryckligen nämndes i priskorgen innebär inte att bolaget inte fick sitt anbudspris utvärderat. För det fall bolaget hade tilldelats kontrakt hade det fått flyga just sådana sträckor som tagits upp till utvärdering.

Laponiatjuottjudus har inte brutit mot LOU. De omständigheter som bolaget har anfört utgör inte tillräcklig grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Viktade ska-krav

Av punkt 5 i förfrågningsunderlaget framgår att endast anbudsgivare som uppfyller ska-kraven går vidare till utvärdering. Vidare framgår att det mest fördelaktiga anbudet utifrån de olika ska-kraven och utvärderingskriterier kommer att antas. Slutligen framgår att "sammanslagning av ska-kraven" utgör ett tilldelningskriterium med viktning 15 procent.

Förvaltningsrätten konstaterar att ska-krav är krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska få antas. Ska-krav kan inte också vara ett utvärderingskriterium, i vart inte på det sätt som är aktuellt i detta fall. Att utvärdera ska-krav enligt Laponiatjuottjudus förfrågningsunderlag är således inte förenligt med 1 kap. 9 § LOU.

Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma har dock inte Laponiatjuottjudus tillämpat tilldelningskriteriet "sammanslagning av ska-kraven" i utvärderingen. Det nämns i vart fall inte i tilldelningsbeslutet, i vilket viktningen också skiljer sig från förfrågningsunderlagets. Eftersom detta inte har förts fram av bolaget kan dock förvaltningsrätten inte göra annat än att konstatera att bolaget inte har visat att Laponiatjuottjudus brutit mot LOU genom att

vikta ska-krav vid utvärderingen. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därför inte av denna anledning.

Utvärdering av skicklighet

Av förfrågningsunderlaget punkt 5.3.1 framgår att ett av utvärderingskriterierna utgörs av skicklighet (25 procent). Vidare framgår att flygtid för föreslagen pilot och styrkt skicklighet och erfarenhet enligt punkt 2.9 kommer att beaktas vid bedömningen av skicklighet. I punkt 2.9 anges bl.a. att det ska framgå av anbudet vilken kännedom och vilka kunskaper helikopterföretaget och dess piloter har om lokala förhållanden, lokal geografi/landskap i det geografiska området som utgör världsarvet Laponia.

I 5.3.4 anges som ytterligare förklaring till utvärderingen att ”stor vikt kommer att fästas vid hur väl anbudsgivaren styrkt och beskrivit efterfrågad kompetens och erfarenhet”.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår det med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget att Laponiatjuottjudus kommer att ta hänsyn till hur stor erfarenhet anbudsgivarna har av flygningar inom området Laponia. Det är således inte fråga om ett nytt tilldelningskriterium som bolaget har gjort gällande.

Inte heller bedömer förvaltningsrätten att ordalydelsen i 5.3.4, om än något märklig med hänsyn till att viktningen av kriteriet skicklighet tydligt angetts, innebär att förfrågningsunderlaget blivit så otydligt att anbudsgivarna inte vetat vad de haft att utgå från.

Bolaget har därför inte gjort sannolikt att Laponiatjuottjudus brutit mot LOU i nu aktuella hänseenden. Skäl för ingripande föreligger därför inte.

Rangordning

I punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen syftar till att träffa ramavtal med ett antal operatörer för leverans av helikoptertjänster. I punkt 2.2 anges vidare att uppdragsformen är ramavtal med separat avrop för varje uppdrag samt att för varje uppdrag sker ett avrop enligt de överenskomna tillvägagångssätten enligt punkt 4.5.

I punkt 4.5 anges följande. Avropsordningen grundar sig på utfallet av utvärderingen per uppdragstyp. Samtliga uppdragstyper kommer att ha sin egen avropsordning. Detta innebär att avrop i första hand tilldelas den leverantör som är nummer ett i avropsordningen. Där leverantör meddelar att man ej har möjlighet att åta sig uppdrag eller uppdragsgivaren efter samråd med leverantören finner att det inte är lämpligt att leverantören åtar sig uppdraget, kan avrop ske från nästkommande leverantör enligt avropsordningen.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan man inte tolka förfrågningsunderlaget, särskilt punkt 2.2 och 4.5, på annat sätt än att Laponiatjuottjudus tänkt ingå ramavtal med minst tre leverantörer enligt 5 kap. 5 och 6 §§ LOU med metoden rangordning. Laponiatjuottjudus har dock, trots att flera anbud synes ha varit godtagbara, endast tilldelat en anbudsgivare kontrakt.

Förvaltningsrätten anser inte att det förhållandet att det finns två likvärdiga anbud utesluter rangordning. Det finns vedertagna metoder som används för att lösa sådana situationer.

Att inte genomföra tilldelning på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Eftersom bolaget kom på delad andra plats i utvärderingen får bolaget anses ha lidit skada på grund av felet. Skäl

för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därför (jämför Kammar-
rätten i Jönköpings dom den 11 december 2009 i mål nr 1102—1104-09).

Utvärdering av pris

I förfrågningsunderlaget punkt 5.3.2 och 5.3.3 anges att totalpris för exem-
pelflygning med helikopter som passar ändamålet kommer att viktas med
45 procent samt att framflygningsavgift kommer att viktas med 15 procent.
Vad gäller framflygningsavgift framgår att priset utgörs av det debiterade
maxpriset.

Enligt punkt 5.3.5 sker utvärdering av pris genom att lämnade à-priser ap-
pliceras på fiktiva mängder och ett fiktivt antal timmar i en viktning som
speglar förväntad fördelning i uppdraget. Vidare anges att följande mäng-
der/minuter för respektive uppdrag kommer att appliceras vid utvärdering-
en: framflygning 20 min, utförande av uppdragstyp 45 min, stopp med ku-
pering 60 minuter samt återflygning 30 min.

Principen om transparens och förutsebarhet i 1 kap. 9 § LOU innebär bl.a.
att ett förfrågningsunderlag måste vara klart och tydligt och innehålla samt-
liga krav på det som ska upphandlas. Den innebär vidare att den upphand-
lande myndigheten måste lämna information om upphandlingen och det
praktiska tillvägagångssättet vid denna så att leverantörerna i förväg kän-
ner till vad som gäller. Utvärderingen ska också gå till på det sätt som an-
getts i förfrågningsunderlaget.

Av utredningen i målet framgår att Laponiatjuottjudus har lagt en priskorg
bestående av vissa flygdestinationer till grund för utvärderingen av priset.
Att utvärderingen av priset skulle gå till på det viset framgår inte av för-
frågningsunderlaget. Ett sådant tillvägagångssätt står enligt förvaltningsrät-

tens mening i strid med 1 kap. 9 § LOU. Bolaget får anses ha lidit skada på grund av felet.

Vidare framgår att Laponiatjuottjudus har räknat fram ett snittpris för AB Flygfisks framflygningsavgift som sedan lagts till grund för utvärderingen. Detta stämmer inte överens med vad som anges om beräkningen av pris i förfrågningsunderlaget. Förfarandet står i strid med principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU och kan inte, som Laponiatjuottjudus gjort gällande, ursäktas med att det varit nödvändigt för att göra anbuden jämförbara. Bolaget får anses ha lidit skada på grund av felet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således.

Val av åtgärd

De fel som bolaget påpekat och som förvaltningsrätten bedömt utgör skäl för ingripande är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. I normalfallet skulle därför rättelse vara en tillräcklig åtgärd. Att rätta utvärderingen på ett sätt som är förenligt med LOU är dock inte möjligt i aktuellt fall, bl.a. med hänsyn till att Laponiatjuottjudus felaktigt viktat skräven i förfrågningsunderlaget (se ovan). Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Hur man överklagar framgår av bilaga 1 (DV 3109/1C LOU)


Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1C LOU