



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-09-13
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3448-12
Enhet 1

SÖKANDE

SAAB Aktiebolag, 556036-0793

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Swedavia AB, 556797-0818

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur. kand Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Swedavias upphandling av markradiosystem till Arlanda Bromma flygplats, dnr SDA 2011-000396

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012-09-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Swedavia genomför en upphandling av markradiosystem till Arlanda och Bromma flygplats (upphandlingen) genom förhandlat förfarande enligt LUF. Enligt tilldelningsbeslutet från den 19 juni 2012 har Celab Communications AB vunnit upphandlingen. SAAB AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen.

YRKANDEN M.M

Vad Bolaget anför

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför i huvudsak följande. Skall-kraven i förfrågningsunderlaget avseende rättighetsöverlåtelse och ansvarsbegränsningar strider mot 1 kap. 24 § LUF och den grundläggande principen om proportionalitet och anför att kraven om rättighetsöverlåtelse inte är nödvändiga och förespråkar i stället en upplåtelse av nyttjanderättigheter i form av licensavtal i kombination med källkodsdeponering och underhållsavtal. Markradiosystem bygger på standardiserad radioteknologi, enligt s.k. TETRA-standard, och innehåller därmed alltid mjukvara från tredje part. Vid en självständig konfiguration, såsom Swedavia anser vara nödvändigt, måste Swedavia förvärva samtliga patent som inryms i systemet enligt s.k. TETRA-standard. Med hänsyn till de kostnader som uppstår anser bolaget det vara helt orealistiskt att förvärva samtliga patent från tredje man. Det är därför högst tvivelaktigt om detta i praktiken är genomförbart. Bolaget anför att det i stället vore mer rimligt med en upplåtelse av rättigheter. En upplåtelse av rättigheter är en mindre ingripande åtgärd och mindre kostsam, men garanterar på samma sätt som en överlåtelse, syftet med upphandlingen om flygsäkerhet och effektivitet. - Skall-kraven om obegränsat skadeståndsansvar, undantaget utebliven vinst och andra indirekta förluster, är varken lämpliga eller nödvändiga med hänsyn till syftet. Detta gäller också skall-kravet om

en ansvarsförsäkring begränsad till 10 MSEK. En så pass omfattande ansvarsförsäkring är varken lämplig eller nödvändig med hänsyn till att det finns mindre ingripande åtgärder såsom t.ex. en annorlunda utformad skadeståndsklausul. På så sätt hade t.ex. kunnat säkerställas att Swedavias ekonomiska risk eliminerades, samtidigt som fler leverantörer med stor ekonomisk kapacitet hade kunnat delta i upphandlingen. Swedavia har brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom kraven drabbar stora leverantörer hårdare än mindre. Uppställda skall-krav i upphandlingen har hindrat bolaget från att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Detta har medfört att bolaget har lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Vad Swedavia anför

Swedavia bestrider bifall till bolagets yrkande.

Swedavia anför följande. Det är ostridigt att bolaget inte har uppfyllt skallkraven om rättighetsöverlåtelse och ansvarsbegränsning. Dessa krav är nödvändiga för att uppfylla nationella och internationella krav om flygsäkerhet. Det har inte varit möjligt att uppställa mindre ingripande krav som i tillräcklig utsträckning motsvarar de behov Swedavia har angående säkerhet, ansvar och äganderättigheter (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom mål nr 3768-10). Syftet med en fullständig rättighetsöverlåtelse är, med hänsyn till den miljö inom vilket systemen ska operera, att garantera fortsatt drift av markradiosystemet samt skapa långsiktig kompatibilitet med övrig infrastruktur. Detta oberoende av leverantörers marknadsutträden, konkurser eller motsvarande. Enkom nyttjanderättigheter till mjukvara motsvarar således inte Swedavias behov. Syftet med skadeståndskraven är med hänsyn tagen till miljön inom vilken systemen ska verka och därmed skapa starka incitament för leverantören att inte agera försumligt, samt att låta risken för försumligt agerande vila på leverantören och inte på skattebetalarna. Kravet på ansvarsförsäkring är ett standardkrav som ställts för att

leverantören ska ha garanterad täckning av ett visst minimibelopp. Eftersom markradiosystemet avser två av Sveriges mest trafikerade flygplatser, står det utan allt tvivel att en skada orsakad av en leverantör kan uppgå till betydligt högre belopp och medföra förödande konsekvenser. För att inte begränsa konkurrensen har Swedavia valt en modest försäkringsbegränsning och dessutom med undantag för indirekta skador. Swedavia har erhållit flera konkurrenskraftiga anbud vilket visar att kraven inte är omöjligt att uppfylla och därmed på intet sätt är konkurrensbegränsande.

UTREDNINGEN I MÅLET

Skall-krav i förfrågningsunderlaget

Skall-krav om rättighetsöverlåtelse

I bilaga 11 punkten 17 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Om inte annat uttryckligen anges i avtalet ska Swedavia förvärva äganderätten till samtliga inom ramen för avtalet förekommande leveransobjekt/resultat. Leverantören garanterar att äganderättsövergången ska vara fullständig, definitiv och utan inskränkningar och att Swedavia därvid erhåller oinskränkt och exklusiv rätt att ändra, mångfaldiga och överlåta, upplåta, pantsätta och i övrigt förfoga över sådana leveransobjekt/resultat.

Skall-krav om ansvar

I bilaga 2 punkten 15 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Leverantören skall hålla sin verksamhet ansvarsförsäkrad med ett betryggande försäkringsbelopp. Såsom betryggande anses ett försäkringsskydd där försäkringslimiten uppgår till minst 10 miljoner kr vid varje enskilt skadetillfälle.

Leverantören skall på Swedavias begäran genom uppvisande av en försäkringsbekräftelse kunna styrka att Leverantörens försäkring även omfattar Leverantörens verksamhet på airside och inkluderar skada p.g.a. krig, terror, sabotage m.m. Vid inträffad skada är Leverantören skyldig att kontakta sitt försäkringsbolag eller reglera skadan på annat sätt.

I bilaga 11 punkten 10 i förfrågningsunderlaget anges följande:

Leverantören ansvarar för samtliga förluster som Leverantören eller dess personal eller underleverantör uppsåtligen eller genom oaktsamhet vållar Swedavia. Part ska aldrig ansvara för utebliven vinst och andra indirekta förluster.

Svarar Leverantören med strikt ansvar enligt lag eller annan författning ska dock detta gälla.

Leverantören ska hålla Swedavia skadelöst ifråga om samtliga förluster, som Swedavia till följd av leverantörens verksamhet kan nödgas utge till tredje man.

Oaktat vad som anges ovan ska ingen ansvarsbegränsning gälla (i) för Leverantörens ansvar enligt punkt 17 nedan (ii) vid brott mot sekretess och andra skyldigheter enligt punkt 16 nedan; (iii) vid grov vårdslöshet eller uppsåt; eller (iv) vid dödsfall eller personskada som förorsakas av part eller någon som parten svarar till följd av vårdslöshet eller uppsåt.

Ersättning som Leverantören är skyldig att utge enligt denna punkt 10 ska erläggas fullt ut, utan avdrag för avtalsvite som Leverantören i förekommande fall svarar för enligt punkt 7 ovan eller i övrigt enligt Avtalet.

Leverantören ska för sina åtaganden inom ramen för Avtalet inneha erforderlig ansvarsförsäkring uppgående till betryggande belopp. Såsom betryggande anses, om inte annat framgår av Avtalet, ett försäkringsskydd där försäkringslimiten uppgår till minst tio (10) miljoner kr vid varje enskilt skadetillfälle. I försäkringen ska ingå skydd för sådan egendom som Leverantören har hand om eller försvarar och i vilken Swedavia har intresse.

Leverantören ska på egen begäran till Swedavia tillhandahålla kopia av tillämpligt försäkringsbrev samt bevis på att försäkringspremie erlagts. Om Swedavia åsamkas förlust, för vilken Leverantören kan erhålla försäkringsersättning, ska Leverantören efter bästa förmåga söka utfå sådan ersättning och omedelbart utbetala den till Swedavia.

Vid inträffad skada är Leverantören skyldig att kontakta sitt försäkringsbolag eller reglera skadan på annat sätt.

Var och en av parterna har att vid uppkommen skada vidta de åtgärder som rimligen kan krävas för att begränsa skadan.

DOMSKÄL

Bolaget anför att skall-kraven i förfrågningsunderlaget om rättighetsöverlåtelse och ansvar strider mot proportionalitetsprincipen. När det gäller skall-kravet om ansvar gör bolaget också gällande att det strider mot lika-behandlingsprincipen.

I praxis har prövats hur proportionalitetsprincipen ska tillämpas och hur bedömningen ska göras av huruvida ett skall-krav ska anses som oproportionerligt. Högsta förvaltningsdomstolen (se RÅ 2010 ref. 78) har fastställt att en bedömning av ett skall-krav enligt proportionalitetsprincipen ska inledas med att konstatera om kravet med hänsyn till dess utformning kan anses som godtyckligt eller uppenbart osakligt. I målet hade domstolen att pröva huruvida landstinget brutit mot proportionalitetsprincipen genom att uppställa ett miljökrav med innebörden att den produkt som upphandlades skulle vara fri från triclosan. Efter att ha konstaterat att kravet varken var godtyckligt eller uppenbart osakligt fann Högsta förvaltningsdomstolen att det därför saknades anledning att pröva om det med hänsyn till syftet med upphandlingen medförde någon egentlig vinst för miljön att undvika suturer behandlade med triclosan.

Fråga om det finns grund för ingripande

Det som förvaltningsrätten har att ta ställning till i målet är bland annat huruvida de uppställda rättighets- och ansvarsklausulerna som anges i upphandlingsunderlaget är godtagbara med hänsyn till proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndighet har långtgående möjligheter att fritt utforma ett förfrågningsunderlag och att rättens prövning inskränker sig till att endast avse en kontroll av om det inte har förekommit några allvarliga eller uppenbara fel i upphandlingen (jfr T-139/99 punkten 39). Det innebär bland annat att kraven måste vara

kopplade till föremålet för upphandlingen, d.v.s. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Skall-krav om rättighetsöverlåtelse

Den första frågan i målet är om skall-kraven om rättighetsöverlåtelse är förenliga med proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att uppställda skall-krav om rättighetsöverlåtelse från leverantör till upphandlande myndighet av samtliga rättigheter som inryms inom ramen för ett markradiosystem påverkar föremålet för upphandlingen, d.v.s. markradio-systemet som helhet. Kravet är vidare objektivt utformat och diskriminerar inte någon leverantör. Nästa steg i bedömning är om kraven kan uppfattas som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Ett krav om rättighetsöverlåtelse medför mer långtgående möjligheter för Swedavia när det t.ex. gäller möjligheten att konfigurera systemen. Swedavia får då fri förfoganderätt och kan inte under några omständigheter hindras av tredje man. Enligt förvaltningsrättens bedömning medför kravet utökade rättigheter för Swedavia och kan inte anses som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Förvaltningsrätten finner därför att det på denna grund saknas anledning att pröva om kravet på en rättighetsöverlåtelse innebär någon fördel för flygsäkerheten jämfört med en lösning med licenser och källkodsdeponering.

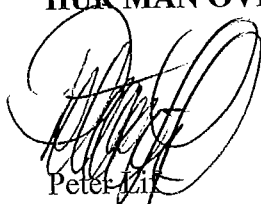
Skall-krav om ansvar och skadestånd

Den andra frågan i målet är om skall-kraven om ansvarsbegränsningar är förenliga med proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att dessa skall-krav påverkar föremålet för upphandlingen. Med hänsyn till syftet med upphandlingen och den komplexa miljö inom vilken Swedavia verkar, finner förvaltningsrätten att det finns anledning att uppställa krav om ansvarsbegränsningar och försäkringar. Kraven är objektivt utformade och diskriminerar inte någon leverantör. Med hänsyn till de höga krav som ställs på flygsäkerhet kan skall-

krav om ansvarsbegränsningar och försäkringar inte på något sätt uppfattas som godtyckliga eller uppenbart osakliga. Kraven har upprätthållits för samtliga anbudsgivare. Något brott mot likabehandlingsprincipen har därför inte visats föreligga.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att uppställda skall-krav strider mot proportionalitetsprincipen. Inte heller föreligger något brott mot likabehandlingsprincipen. Förvaltningsrätten finner att det således saknas grund för ingripanden enligt LUF. Ansökan om ingripande ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A-LOU)



Peter Zil
rådman

Målet har föredragits av Kristine Nilsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens dom/beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Tala om varför Ni anser att domen/beslutet ska ändras och vilken ändring Ni vill ha. Sänd även med sådant som Ni anser ha betydelse och som Ni inte tidigare gett in.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. För offentlig part räknas dock treveckorstiden från den dag dom/domen/beslutet meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Tala om vilken dom eller vilket beslut Ni överklagar genom att anteckna förvaltningsrättens namn och målnummer.

Underteckna skrivelsen, gör namnförtydligande samt uppge personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Adress och telefonnummer till Er arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där Ni kan nås för delgivning. Har Ni redan tidigare lämnat dessa uppgifter i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver Ni inte uppge dem igen.

Om Ni anlitar ombud kan ombudet i stället underteckna skrivelsen. Ombudet ska 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.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av förvaltningsrättens dom/beslut.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.