

KLAGANDE

Two Speed Aviation AB, 556596-0977
Kanalvägen 10 C
194 61 Upplands Väsby

MOTPART

Kriminalvården
601 80 Norrköping

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 16 augusti 2011 i mål nr 3261-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och återförvisar målet till förvaltningsrätten för ny prövning.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Two Speed Aviation AB (bolaget) yrkar att kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och beslutar att bolagets anbud ska antas eller att hela upphandlingsprocessen ska göras om på nytt. Bolaget anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har avslagit överklagandet på felaktig grund. I domskälen anges huvudsakligen att bolaget inte visat att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. Detta eftersom det i kontraktet mellan underleverantören Turku Air Oy (Turku) anges att Turku äger rätt att neka bolaget tillgänglighet vid kapacitetsbrist. Slutsatsen är felaktig och tyder på okunskap om hur flygbranschen fungerar. Inte ens Kriminalvården har haft några anmärkningar på den delen av anbudet, utan grundar offentligt sett sitt ställningstagande på vad som angivits i bolagets anbudsformulär och det faktum att bolaget inte haft någon större omsättning under den tid som föregick upphandlingen.

Kriminalvården motsätter sig bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Som framgår av Kriminalvårdens yttrande till förvaltningsrätten den 7 juni 2011 har det bedömts att bolaget inte har den kapacitet som krävs för att genomföra uppdraget. Vad som anfördes hade dock inte att göra med tillgången till flygplan.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av underlaget för Kriminalvårdens tilldelningsbeslut den 18 maj 2011 framgår att bolagets anbud inte antagits eftersom bolaget inte visat att det har förmåga och kapacitet att genomföra uppdrag.


I Kriminalvårdens yttrande till förvaltningsrätten sägs bl.a. följande. I företagsbeskrivningen i bolagets anbudsformulär finns uppgifter om bolagets ägarstruktur. Det saknas dock uppgifter om organisation, anställda, personal och bolagets geografiska belägenhet. Av bolagets årsredovis-

ningar framgår att bolaget under perioden 2005 – 2009 inte har haft någon omsättning, med undantag för 2007 då en omsättning om 39 000 kr redovisades. Kriminalvården har inte betalat några fakturor från bolaget under 2010. Däremot har Quick Net Air AB fakturerat Kriminalvården vid några tillfällen. Kriminalvården har mot den redovisade bakgrunden gjort bedömningen att bolaget i sitt anbud inte har visat att det har kapacitet att tillgodose ramavtalets behov.

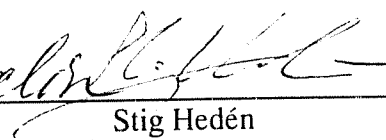
Förvaltningsrätten konstaterar i sitt avgörande att bolagets underleverantör Turku äger rätt att neka bolaget tillgänglighet vid kapacitetsbrist. Domstolen anser därför att bolaget inte visat att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs och att Kriminalvården således har haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget ur upphandlingen på den grunden att bolaget inte haft kapacitet att tillgodose ramavtalets behov.

Det har i målet inte kommit fram att Kriminalvårdens beslut att utesluta bolaget från utvärderingsfasen grundats på att underleverantören Turku har rätt att neka bolaget tillgänglighet vid kapacitetsbrist. Förvaltningsrättens prövning går därmed utöver de omständigheter som legat till grund för Kriminalvårdens beslut. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Elisabeth Hagelin



Stig Hedén
referent



Anders Davidson



SÖKANDE

Two Speed Aviation AB, 556596-0977
Kanalvägen 10C
194 61 Upplands Väsby

MOTPART

Kriminalvården
601 80 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 25 maj 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kriminalvården har genomfört en upphandling av inrikes charterflygningar, dnr. 59-2011-003781. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU.

Av sammanställning av kvalificering och utvärdering, bilaga 3 till tilldelningsbeslut den 18 maj 2011, framgår att Two Speed Aviation AB (bolaget) inte uppfyllt samtliga kvalificeringskrav som ställts upp i ansökan. Bolaget uteslöts därför från utvärderingsfasen.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att det överklagade beslutet ska undanröjas i sin helhet och ändras på så sätt att även bolagets ansökan ska antas i den nu aktuella upphandlingen. I andra hand yrkas att beslutet ska undanröjas i sin helhet och att hela upphandlingen ska göras om.

Kriminalvården bestrider bifall till överklagandet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Lagtext

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat fel i anbudansökan eller anbudet. Myndigheten

får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

En leverantör får, enligt 11 kap. 12 § LOU, vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 denna får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Genomförandet av direktiven innebär att det i lagarna tas in uttryckliga regler som klargör att möjligheten finns för anbudsgivande företag, som inte för egen del innehar tillräcklig ekonomisk, teknisk eller yrkesmässig kapacitet och således inte når upp till den i upphandlingen angivna minimivån, att använda sig av ett annat företags kapacitet. Denna möjlighet är inte minst viktig för mindre företag som inte själva har kapacitet att klara av större kontrakt. Det ankommer på anbudsgivaren att genom t.ex. avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 246).

Parternas argumentation

Bolaget har anfört bl.a. följande. Bolaget uppfyller samtliga av de krav Kriminalvården uppställt i sitt förfrågningsunderlag; *Anbudsinbjudan, Inrikes charterflygningar till Kriminalvården*, Erforderliga intyg har insänts.

Visserligen har bolaget angett att det har för avsikt att använda sig av inhyrd kapacitet i form av flygbolaget Turku Air Oy, men detta i sig utgör inte grund för att anse att förmåga och kapacitet att genomföra uppdraget inte finns. Även andra anbudsgivare, vars anbud har antagits, kommer enligt Kriminalvårdens sammanställning av kvalificeringskrav använda sig av inhyrd kapacitet. Skäl att anse att just den specifika underleverantör bolaget har för avsikt att använda saknas därför. Turku Air Oy, som sedan 1974 bedrivit flygverksamhet, har fullständig kapacitet och kunskap i frågan. Bolaget har under större delen av 2010 mottagit fax från Kriminalvården om charterflygningar. Efter att ha inkommit med prispörslag har bolaget tilldelats ett antal flyguppsdrag. Vid samtliga dessa tillfällen har bolaget använt sig av en annan samarbetspartner, Quick Net Air AB, som utfört uppdragen till full belåtenhet.

Kriminalvården bestrider bolagets yrkande och anför bl.a. följande. Av anbudsformuläret framgår under punkt 4.5 att anbudsgivaren ska bifoga en kortfattad beskrivning av sin kapacitet att tillgodose ramavtalets behov under de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Beskrivningen ska innehålla ägarstruktur, organisation, antal anställda, personal samt huvudkontorets och samtliga lokalkontors läge. Slutligen framgår att beskrivningen ska lämnas under avsnitt 2 i formuläret. Av företagsbeskrivningen, som bifogades bolagets begäran om överprövning, finns uppgifter om bolagets ägarstruktur. Det saknas dock uppgifter om organisation, anställda, personal och bolagets geografiska belägenhet. Av bolagets årsredovisningar framgår att bolaget under perioden 2005 – 2009 inte har haft någon omsättning, med undantag för 2007 då en omsättning om 39 000 kr redovisades. Kriminalvården har inte betalat några fakturor från bolaget under 2010; däremot har Quick Net Air AB fakturerat Kriminalvården vid några tillfällen. Kriminalvården har mot den redovisade bakgrunden gjort bedömningen att bolaget i sitt anbud inte har visat att det har kapacitet att

tillgodose ramavtalets behov. Det föreligger således grund för att utesluta bolagets anbud från utvärderingen.

Bolaget har i yttrande genmält bl.a. följande. I Kriminalvårdens förfrågningsunderlag anges uttryckligen att den beskrivning anbudsgivaren inkommer med ska vara kortfattad. Bolaget har således strävat efter att tillmötesgå denna önskan. Upplysningar om anställd personal saknas på grund av att bolaget inte har någon anställd personal. Huvudkontorets geografiska belägenhet framgår av postadressen. Bolaget bedriver taxi- och charterflygverksamhet, varför det ligger i sakens natur att fasta driftställen saknas då uppdragen och dess destinationer varierar. Uppgifter om ägarstruktur, organisation och på vilket sätt bolaget har för avsikt att fullfölja uppdraget har bifogats. Den för uppdraget relevanta informationen återfinns i anbudet tillsammans med ett intyg från Turku Air Oy. Av intyget framgår att erforderlig kapacitet skulle komma att inhyras från Turku Air Oy. Förfarandet att använda sig av inhyrd kapacitet är brukligt inom flygbranschen och utgör inte grund att förkasta bolagets anbud. Quick Net Air AB har vid ett antal tillfällen utfört flygningar på uppdrag av Kriminalvården. Dessa flygningar har bolaget meddelats om via fax från Kriminalvården och därefter vidarebefordrat till Quick Net Air AB. Bolaget valde av affärsmässiga skäl att direkt vidarebefordra flygningarna istället för att stå som mellanhand. Bolaget har nu för avsikt att använda sig av Turku Air Oy. Den tidigare omsättningen är inte relevant för frågan om bolagets kapacitet att fullfölja sitt åtagande i framtiden eftersom verksamheten under ett antal år varit i viss mån vilande. Avslutningsvis kan konstateras att bolaget i dagsläget utför flygningar för Kriminalvårdens räkning med ett fullt tillfredsställande resultat. Den 9 juni 2011 utförde bolaget två tur- och retur flygningar mellan Bromma och Visby med gott resultat, denna gång med JE Time Sweden som underleverantör. Detta om något torde vara ett klart och otvetydigt bevis att erforderlig förmåga och kapacitet innehas.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Fråga om förfrågningsunderlagets tydlighet

Av punkt 4.5 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska bifoga en kortfattad beskrivning (max en A4 sida) av sin kapacitet att tillgodose ramavtalets behov under de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget. Beskrivningen ska innehålla ägarstruktur, organisation, antal anställda, personal samt huvudkontorets och samtliga lokalkontors läge. Slutligen framgår att beskrivningen ska lämnas under avsnitt 2 i formuläret. Där framgår att anbudsgivaren ska beskriva företagets historik, ägarförhållanden, resurser, geografisk spridning, organisationsnummer och liknande. Förfrågningsunderlaget får anses tillräckligt tydligt och uppfyller kraven enligt LOU.

Fråga om bolaget har kapacitet att tillgodose ramavtalets behov

Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet.

I anbudsinbjudan anges vissa krav som ställs på leverantören. I punkten 3.1 anges att anbud ska innehålla de i anbudsinfordran efterfrågade uppgifterna och handlingarna för att kunna prövas. Anbud som inte uppfyller obligatoriska krav kommer inte heller att utvärderas. Det är anbudsgivarens skyldighet att tillse att de obligatoriska kraven är uppfyllda.

Av punkten 5.1 framgår att med kvalificering avses bedömning av anbudsgivarens förmåga att klara av att genomföra upphandlingskontraktet. I kvalificeringsfasen bedöms anbudsgivarens förmåga och kapacitet att utföra

uppdraget. Det är obligatoriskt för anbudsgivare att lämna svar på samtliga begärda uppgifter. Svaren ska avse den juridiska person som lämnar anbudet. Det anges också att Kriminalvårdens kvalificeringskrav anges i *bilaga 1 Anbudsformulär*. I punkt 5.2 anges att Kriminalvården kommer att kontrollera att de obligatoriska kraven är uppfyllda i anbudet. Anbud som inte uppfyller dessa krav kommer att förkastas.

Kriminalvården har i förfrågningsunderlaget angett att leverantören ska ha förmåga att klara av att tillgodose ramavtalets behov. En allmän bild av företaget, såsom historik, ägarförhållanden, resurser, geografisk spridning ägarstruktur, organisation, antal anställda, personal samt huvudkontorets och samtliga lokalkontors läge, ska lämnas. Beskrivningen ska inte vara längre än en A4 sida.

Av det i målet aktuella ramavtalet framgår att leverantören ska utföra avtalad tjänst genom att genomföra inrikes charterflygningar enligt villkoren i detta avtal. I punkt 2.12 anges att om leverantören vill anlita underleverantör ska leverantören skriftligen ansöka om detta hos Kriminalvården. Skriftligt godkännande ska ha inhämtats från Kriminalvården innan underleverantören får anlitas. Kriminalvården garanterar inte att underleverantören kommer att godkännas. Leverantören ansvarar för underleverantörens åtagande såsom för sitt eget enligt detta avtal.


I bolagets anbud anges att bolaget kommer att använda Turku Air Oy som underleverantör. Turku Air Oy har opererat med Piper PA31 Chieftain sedan 1974. Utöver taxiflygverksamhet flyger Turku Air reguljärt mellan Turku och Mariehamn. I avtal om kapacitet, som upprättats mellan bolaget och Turku Air Oy den 29 mars 2011, framgår följande:

”Härmed intygas att Turku Air upplåter sin Piper PA-31 till Two Speed Aviation AB gällande upphandling för kriminalvårdens charter inrikes.

Flygplanet är tillgängligt för Two Speed Aviation under hela avtalstiden mellan Two Speed Aviation och Kriminalvården. Turku Air Oy äger rätt att neka Two Speed Aviation tillgänglighet vid kapacitetsbrist.”

Bolaget kommer att använda sig av Turku Air Oy som underleverantör. Bolaget anser sig därmed ha erforderlig kapacitet att fullgöra uppdraget. Emellertid äger Turku Air Oy rätt att neka bolaget tillgänglighet vid kapacitetsbrist. Bolaget har därmed inte visat att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs. Kriminalvården har således haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget ur upphandlingen på den grunden att bolaget inte haft kapacitet att tillgodose ramavtalets behov.

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



Bo Johansson

Föredragande har varit Erik Jacobsen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.