



KLAGANDE

Länsstyrelsen i Västra Götalands län
Enheten för skydd och säkerhet
403 40 Göteborg

MOTPARTER

1. Bruksflyg i Kristianstad AB, 556846-7723
Box 582
291 26 Kristianstad

2. Arnold Air Aktiebolag, 556226-1304
Box 582
291 26 Kristianstad

Ombud: Filip Nilsson
Bruksflyg i Kristianstad AB / Arnold Air Aktiebolag
Box 582
291 26 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 6 juli 2012 i mål nr
6094-6095-12, se bilaga A

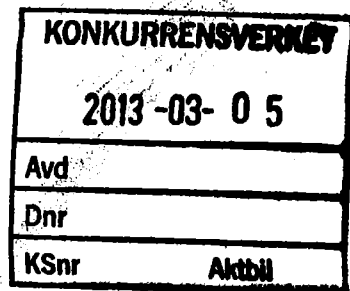
SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

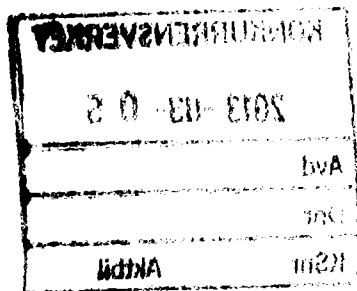
Kammarrätten avslår begäran om inhämtande av förhandsavgörande från
EU-domstolen.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom.



YRKANDEN M.M.

Länsstyrelsen i Västra Götalands län (länsstyrelsen) yrkar att kammar-rätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen får avslutas i enlighet med det tilldelningsbeslut som fattades den 27 april 2012 och distribuerades till samtliga anbudsgivare den 30 april 2012. Till stöd för sin talan anför länsstyrelsen i huvudsak följande. Förvaltningsrät-ten har felaktigt tolkat "kvalificeringskrav" som ett krav som vid anbuds-tillfället ska vara uppfyllt för hela den avtalsperiod som upphandlingen avser. Det vore ett såväl orimligt som oproportionerligt krav att vid an-budstillfället kräva att ett tillstånd eller certifikat är giltigt under hela den avtalsperiod som upphandlingen avser. Den typ av tillstånd, bruksflygtill-stånd, som Bruksflyg i Kristianstad AB (Bruksflyg) och Arnold Air Ak-tiebolag (Arnold Air) säger sig ha är inte giltigt på obestämd tid, då det först utfärdas för högst ett år och därefter för högst två år i taget. Enligt uppgifter från Transportstyrelsen saknar Bruksflyg flygtillstånd, medan Arnold Airs tillstånd är giltigt till den 31 mars 2013. Varken Bruksflyg eller Arnold Air har således tillstånd som gäller under hela den före-skrivna avtalsperioden. I det aktuella skall-kravet har inte detaljstyrts vilka tillstånd som avses utan samtliga tillstånd som vid tidpunkten för anbudstillfället var giltiga enligt Transportstyrelsens regelverk acceptera-des. Likabehandlingsprincipen har beaktats då samtliga anbudsgivare behandlats likvärdigt oavsett vilken typ av tillstånd de angett att de har. Transportstyrelsen arbetar för att hjälpflygtillstånden ska fortsätta att gälla även under 2013-2015 och har meddelat att det med 99 procents säkerhet kommer att bli fallet. Det är även möjligt för den vinnande an-budsgivaren att under avtalets löptid ansöka om och beviljas bruksflyg-tillstånd. – Länsstyrelsen återoppar e-postmeddelande den 10 juli 2012 från Anna Ahlberg vid Transportstyrelsen, e-postmeddelanden den 23 oktober 2012 och den 20 november 2012 från Magnus Axelsson vid Transportstyrelsen samt artikel i ATL, Lantbrukets affärstidning, den 18 oktober 2012.



Bruksflyg och **Arnold Air** anser att länsstyrelsens överklagande ska avslås och yrkar att kammarrätten inhämtar förhandsavgörande i målen från EU-domstolen. Till stöd för sin talan anför de i huvudsak följande. Länsstyrelsen, som har att ta ansvar för att upphandlade leverantörer har giltiga tillstånd, har varit medveten om den begränsade giltigheten för hjälpflygtillstånd och har därför gjort fel när bruksflygtillstånd inte krävts för avtalstiden. I gällande lagstiftning fastslås tydligt att bruksflygtillstånd krävs för all kommersiell verksamhet i luften. Bruksflygtillstånd har högre validitet än hjälpflygtillstånd och ska väljas före hjälpflygtillstånd. I EU:s regelverk finns inte begreppet hjälpflygtillstånd. Hjälpflygtillståndens sista giltighetsdatum är den 31 december 2012 och de kan inte förnyas, varför de inte utgjort giltiga tillstånd i upphandlingen. Bruksflygtillstånd förnyas om innehavaren väljer det och Transportstyrelsen efter verksamhetskontroll godkänner företaget. Arnold Airs bruksflygtillstånd ska förnyas den 31 mars 2013. Bruksflygtillstånden är kvalificerade tillstånd som ställer stora krav på dess innehavare och det finns idag inga flygklubbar som innehar sådant tillstånd. Flygklubbarna är ideella organisationer som erhåller statliga bidrag och det är osund konkurrens att låta föreningar som tar emot statsbidrag konkurrera med kommersiella företag. Bruksflyg och Arnold Air har de förutsättningar avseende gällande tillstånd som krävs för att uppfylla ett bindande upphandlingsavtal med länsstyrelsen och har därmed blivit skadelidande när länsstyrelsen inte tagit hänsyn till att giltigheten av hjälpflygtillstånd varit begränsad. Vidare har länsstyrelsen brutit mot LOU genom att inte i förfrågningsunderlaget upplysa om möjligheten för anbudsgivare att under avtalstiden inkomma med nya tillstånd. Denna brist i förfrågningsunderlaget har medfört att andra flygklubbar med hjälpflygtillstånd inte lämnat anbud. Förhandsavgörande bör inhämtas från EU-domstolen eftersom upphandlingen är underställd EU-rätten.

Länsstyrelsen anser att yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen ska avslås.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom utom såvitt avser 12 kap. 4 § LOU, av vilken bestämmelse följer att en upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att det är onormalt lågt p.g.a. att anbudsgivaren har fått statligt stöd och inte efter begäran kan påvisa att det är fråga om ett med EUF-fördraget förenligt stöd.

Frågan om inhämtande av förhandsavgörande

Kammarrätten finner inte skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen. Yrkandet härom ska därför avslås.

Frågan om upphandlingen

I förfrågningsunderlaget avseende den aktuella upphandlingen uppställs i punkten 3.2.4 som krav att anbudsgivaren ska ha den tekniska förmåga och kapacitet samt de resurser som krävs för att utföra uppdraget, innefattande bl.a. innehav av "föreskrivna tillstånd från Transportstyrelsen för utförande av flygtjänsten i fråga". I kravet görs ingen begränsning till viss sorts tillstånd eller tillstånd med viss giltighetstid. Inte heller går det att utläsa av förfrågningsunderlaget i övrigt att sådana begränsningar varit avsedda att gälla för upphandlingen. Kammarrätten finner därför att det saknas stöd för att tolka in sådana begränsningar i kravet i fråga. Istället får samtliga vid tidpunkten för anbudstillfället giltiga tillstånd som föreskrivits av Transportstyrelsen anses falla in under kravet. Den vinnande anbudsgivaren har haft ett flygtillstånd som utfärdats av Kungliga Svenska Aeroklubben på uppdrag av Transportstyrelsens föregångare Luftfartsverket och som var giltigt vid tidpunkten för anbudstillfället.

Kravet på föreskrivna tillstånd har därför varit uppfyllt. Det har därmed inte funnits skäl för att ingripa enligt LOU i denna del.

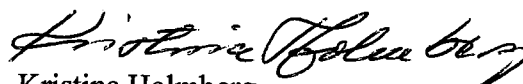
Vad gäller invändningen om att förfrågningsunderlaget varit otydligt p.g.a. avsaknaden av upplysning om att det är möjligt att under avtalstiden inkomma med nya tillstånd konstaterar kammarrätten att det varit en förutsättning även för Bruksflyg/Arnold Air att under avtalstiden erhålla förlängt flygtillstånd för att uppfylla avtalsvillkoren. Att erforderligt tillstånd förlängs eller ersätts med nytt då dess giltighet upphör är en naturlig konsekvens av de aktuella avtalsvillkoren, varför förfrågningsunderlaget inte kan anses ha varit otydligt till följd av att det inte innehållit en sådan upplysning.


När det gäller invändningen om snedvriden konkurrens till följd av att föreningar som uppbär statsstöd tillåts delta i upphandlingen är det inte visat att det vinnande anbudet varit onormalt lågt till följd av att anbudsgivaren fått statligt stöd. Inte heller vad som i övrigt framförts i målet medför enligt kammarrättens mening att det visats att länsstyrelsen i den aktuella upphandlingen brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Mot denna bakgrund borde förvaltningsrätten inte ha upphävt länsstyrelsens beslut. Överklagandet ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Mikael Ocklind


Kristina Holmberg


Birgitta Henriksson
referent


/Elin Stränd



SÖKANDE

Bruksflyg i Kristianstad AB, 556846-7723
Box 582
291 26 Kristianstad

Arnold Air Aktiebolag, 556226-1304
Box 582
291 26 Kristianstad

MOTPART

Länstyrelsen i Västra Götalands län
Enheten för skydd och säkerhet
403 40 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller bolagens ansökan och beslutar att utvärderingen av skogsbrandbevakning med flyg avseende bevakningsområde D (Kronobergs län) ska rättas på så sätt att Blekinge Flygklubb inte ska tillåtas delta i utvärderingsfasen.

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om skadestånd.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att förhandsinformation ska inhämta från EU/EASAS regelverk.

BAKGRUND

Länsstyrelsen i Västra Götaland (länsstyrelsen) har genomfört en upphandling avseende skogsbrandbevakning med flyg.

Tilldelningsbeslut meddelades den 27 april 2012 och av beslutet framgår att Bruksflyg i Kristianstad AB kvalificerade sig till utvärderingsfasen men att länsstyrelsen valde att teckna avtal med Blekinge flygklubb (flygklubben).

YRKANDEN M.M.

Bruksflyg i Kristianstad AB:s och Arnod Air AB:s ansökan

Bruksflyg i Kristianstad AB och Arnod Air AB (bolagen) begär överprövning avseende bevakningsområde D som omfattar Kronobergs län och anför bl.a. följande till stöd för sin talan. De lider skada, yrkar att upphandlingen görs om, begär att de erhåller skadestånd för den skada som de lidit samt yrkar att förhandsinformation inhämtas i EU/EASAS regelverk avseende hjälpflygtillstånd eftersom nya regler i detta avseende trädde i kraft den 8 april 2012.

I förfrågningsunderlaget anges att avtalsperioden är ”snarast efter upphandlingens avslut till och med 31 december 2013 med option om förlängning med upp till två år (1+1 år)”. Trots det har länsstyrelsen tecknat avtal med flygklubben, vars hjälpflygtillstånd löper ut den 31 december 2012. Valet av leverantör uppfyller till följd därav inte de krav som anges i anbudsfrågan.

Bolagen har vidare blivit utsatta för ojämlig konkurrens eftersom de inte tillåts att konkurrera på lika villkor med organisationer som har ett s.k.

hjälpflygtillstånd. Sådana tillstånd har utmönstrats ur lagstiftningen i och med den nya luftfartslagen och numera krävs bruksflygtillstånd för allt arbete som ska göras i luften med luftfartyg, och detta gäller även brandflyg. Innehavare av hjälpflygtillstånd har i allmänhet varit ideella organisationer som subventionerats med bidrag eller liknande från staten och kommunerna då de hjälpt till med skogsbrandbevakningen då det ordinarie flyget med bruksflygtillstånd inte räckt till. Att dessa organisationer har ett helt annat kostnadsläge jämfört med kommersiella aktörer med bruksflygtillstånd är självklart.

Bolagen gör vidare gällande att det hjälpflygtillstånd som flygklubben har inte är ett giltigt tillstånd för arbete i luften och därmed ska flygklubben diskvalificeras.

Länsstyrelsens inställning

Länsstyrelsen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Bolagen har gjort gällande att flygklubben inte uppfyller de krav om teknisk förmåga då de inte innehar föreskrivna flygtillstånd från Transportstyrelsen. Bolagets påstående är felaktigt eftersom flygklubben har ett hjälpflygtillstånd.

Länsstyrelsen har inte ställt något krav att den anbudsgivare som antas som leverantör ska inneha tillstånd som sträcker sig över hela avtalsperioden.

Den typ av flygtillstånd som bolagen innehar är inte giltigt på obestämd tid utan ett första driftstillstånd utfärdas för högst ett år, varefter driftstillstånd kan utfärdas för högst två år i taget. Det finns således ingen garanti för att bolagen kan garantera att de kommer att inneha föreskrivna tillstånd för utförande av denna tjänst under avtalsperioden.

Skulle det under pågående avtal eller i samband med utnyttjande av förlängningsoptioner visa sig att en leverantör är tvungen att frångå sitt avtal på grund av att föreskrivna tillstånd från Transportstyrelsen löper ut och inte kan förnyas har de med hänvisning till avtalsvillkoret i förfrågningsunderlaget rätt till befrielse från sina åtaganden i enlighet med bestämmelserna om force majeure.

Det finns flera olika typer av tillstånd och certifikat som utfärdas med begränsningar i giltighetstid och därefter ska förnyas. Det vore orimligt att vid en upphandling kräva att ett tillstånd eller certifikat ska vara giltigt under hela den avtalsperiod som upphandlingen avser. Denna typ av krav är konkurrensbegränsande och strider mot proportionalitetsprincipen liksom motverkar ett effektivt nyttjande av offentliga medel.

Länsstyrelsen är av uppfattningen att en anbudsgivare som innehar hjälpflygtillstånd är kvalificerad för utförande av den tjänst som upphandlats. Flygklubbar som har detta tillstånd får utföra uppdrag såsom t.ex. brandflyg.

DOMSKÄL

Yrkandet om inhämtande av förhandsinformation

Förvaltningsrättens bedömning

Bolagen har begärt att förhandsinformation ska inhämta från EU/EASAS regelverk. Förvaltningsrätten finner inte att detta är nödvändigt eftersom det för närvarande är nationell lagstiftning som styr frågor om tillstånd för arbete i luften och beslutar därför att avslå bolagens yrkande i den delen.

Yrkandet om skadestånd

Tillämplig lagstiftning

Av 16 kap. 21 § LOU framgår att talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol.

Förvaltningsrättens bedömning

Eftersom förvaltningsrätten är fel forum ska bolagens yrkande om skadestånd avvisas.

Upphandlingen

Tillämplig lagstiftning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 16 kap. 6 § LOU föreskrivs att om den upphandlande myndigheten 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 den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Högsta Förvaltningsdomstolen har i RÅ 2009 ref. 69 slagit fast att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör

gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Högsta Förvaltningsdomstolen har vidare uttalat att förvaltningsrätten bara bör pröva de grunder som sökanden åberopar.

Det är ostridigt att flygklubben endast har ett hjälpflygtillstånd. 2010 års luftfartslag ställer krav på att aktör som vill utföra arbete i luften ska ha ett bruksflygtillstånd. Av övergångsbestämmelserna (punkt 2) till den nya lagen framgår bl.a. att tillstånd som har meddelats enligt 1957 års luftfartslag och med stöd av den meddelade föreskrifter ska fortsätta att gälla enligt sitt innehåll. Flygklubbens hjälpflygtillstånd går ut den 31 december 2012 och är därmed att beteckna som ett giltigt tillstånd.


Anbudets avtalstid löper dock fram till och med den 31 december 2013 och med option om eventuell förlängning. Ostridigt är att flygklubben inte har ett giltigt tillstånd för den perioden och fråga kan därmed ställas om hur detta förhållande ska bedömas och om det medför att flygklubben inte uppfyller de kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Länsstyrelsen har gjort gällande att det vore orimligt att uppställa ett sådant krav och att det skulle strida mot gemenskapsrättsliga principer. Syftet med att ställa krav på leverantörerna (s.k. kvalificeringskrav) är att göra en bedömning av leverantörernas förmåga att utföra de tjänster som upphandlingen avser, allt för att säkerställa att leverantören kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Detta medför enligt förvaltningsrätten att det ligger i sakens natur att en anbudsgivare redan i samband med att anbudet anges ska kunna garantera att avtalet kan fullföljas under hela den avtalsperiod som den upphandlande myndigheten föreskrivit. Stöd för denna tolkning finns också enligt förvaltningsrätten i det förhållandet att ett upphandlingskontrakt är bindande för parterna. Detta medför att flygklubbens anbud inte uppfyller de uppställda skall-kraven och därför inte borde ha tillåtits delta i utvärderingsfasen. Mot bakgrund härav och med beak-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

tande av att bolagen i vart fall riskerat att lida skada finns grund för ingripande med stöd av LOU. Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att flygklubbens anbud inte ska utvärderas.

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


Ann-Louise Björnsson
Rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 var till 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 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 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 3109/1B LOU

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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

