



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

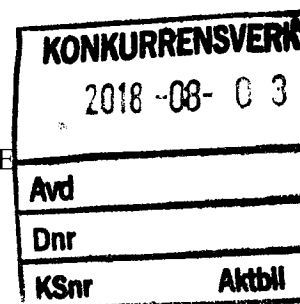
DOM

2018-09-03

Meddelad i Stockholm

Mål nr

12959-18



SÖKANDE

Safran Electronics & Defense SAS, 480 107 911 R.C.S. NANTERRE

Ombud: Jur.kand. Johan Kennemyr
Eversheds Sutherland Advokatbyrå AB
Box 14055
104 40 Stockholm

MOTPART

Försvarets materielverk
115 88 Stockholm

SAKEN

Upphandling på försvars- och säkerhetsområdet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ”Gyro Compasses for small high speed crafts in the Swedish Navy” (dnr 414871-AI934762) inte får avslutas förrän rättelse sker.

Dok.Id 1007534

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Försvarets materielverk (FMV) genomför upphandlingen ”Gyro Compasses for small high speed crafts in the Swedish Navy” (dnr 414871-AI934762) som ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFSS. I tilldelningsbeslut den 29 maj 2018 tilldelades iXblue SAS (iXblue) kontraktet i upphandlingen.

Safran Electronics & Defense SAS (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid anbudet från iXblue inte ska utvärderas utan förkastas, alternativt att rättelse sker på så sätt att en ny utvärdering genomförs, i vilken iXblues anbud erhåller lägre prisavdrag. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

FMV bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR**Bolaget**

I upphandlingsdokumentet Contract documents including contract draft (kontraktsutkastet) föreskrivs under punkten 28.1 Terms of delivery som obligatoriskt leveransvillkor att ”Free Carrier (FCA)” med angiven plats enligt Incoterms 2010 ska gälla i upphandlingen. Kravet innebär att det varit obligatoriskt för anbudsgivarna att i sina anbud ange en bestämd plats vilken avgör var risken för varorna i upphandlingen övergår på köparen och var överlämnande av varorna ska ske, samt för beräkning av kostnader hänförliga till transporten. Att platsen är av avgörande betydelse vid tillämpning av FCA som leveransvillkor framgår av att Internationella

handelskammaren (ICC), som ger ut Incoterms, beträffande FCA har specificerat bl.a. att "The parties are well advised to specify as clearly as possible the point within the named place of delivery, as the risk passes to the buyer at that point". Att det varit obligatoriskt för anbudsgivarna att specificera platsen för överlämnande av varor framgår vidare av att upphandlingens utvärderingsmodell tar hänsyn till kostnader för transport. iXblue har på detta villkor i sitt anbud angett "FCA Sweden" samt att detta utgör utgångspunkt för deras offererade priser i anbudet. Därefter har FMV på eget bevåg ändrat och tolkat iXblues anbud genom att anteckna "FCA Sweden interpreted as FCA iXblue warehouse" i iXblues Evaluation Report (utvärderingsrapport). Uppgiften utgör inte en uppenbar felskrivning och FMV har vare sig begärt att iXblue ska förtydliga eller komplettera sitt anbud eller tillåtit en rättelse. FMV måste uppenbarligen ha insett att uppgiften "FCA Sweden" inte är förenlig med vare sig FMV:s eget obligatoriska krav eller FCA-begreppet, och att den inte varit tillräcklig för att utvärdera anbudet. Myndigheten har själv uppgett att iXblues uppgift "FCA Sweden" inte kan läggas till grund för beräkning av transportkostnaden – ett medgivande att anbudet inte uppfyllt det obligatoriska kravet. Upphandlingskontraktet ska undertecknas först efter tilldelningsbeslutet och någon förhandling har inte skett om platsen. Det stämmer inte att transportkostnaden inte skulle vara relevant, så som FMV påstått, eftersom felet skulle ha medfört att iXblues anbud förkastats redan innan utvärderingen, och dessutom påverkas även samtliga angivna priser i anbudet av vilken plats som anges. Såväl att utvärdera ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav, som att upphandlande myndighet på eget bevåg kompletterar ett anbud, strider mot 10 kap. 8 § LUFSS och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.

Därutöver har vinnande anbud inte uppfyllt samtliga obligatoriska tekniska krav i upphandlingen. I de tekniska specifikationerna uppställs i punkten S.17 ett obligatoriskt krav på viss precision/noggrannhet, samt i punkten

S. 48 ett obligatoriskt krav avseende vissa värden för ”roll och pitch”. Dessa ska enligt vedertagen branschpraxis anges som ett kvadratisk medelvärde, RMS-värde 4. Det maximala tillåtna felvärdet har inte uttryckligen specificerats av FMV men är enligt vedertagen branschpraxis 2 x RMS-fel. iXblue har uppgett att dessa krav är uppfyllda men har samtidigt i sitt anbud definierat kursnoggrannhet vid 0,23 grader som ”3 x RMS error” och det framgår av fotnot 3 att detsamma gäller för roll och pitch. Genom att inte nå upp till vedertagen branschpraxis uppfyller iXblues anbud inte de obligatoriska kraven och borde ha förkastats.

Kravet i S. 48 utgör även ett utvärderingskriterium för vilket prisavdrag ges i utvärderingen om 390 000 kr, vilket både bolaget och iXblue erhållit. Eftersom FMV valt att göra kravet till ett av endast tre utvärderingskriterier måste detta värderas som oerhört väsentligt. Trots detta har ingen skillnad gjorts mellan anbud som endast uppfyller kravet, och anbud som uppfyller det väl. iXblues anbud var tio gånger sämre än bolagets och borde ha erhållit tio gånger lägre prisavdrag. Då hade bolagets utvärderingspris blivit lägre än iXblues och bolaget hade tilldelats kontraktet i upphandlingen, eftersom skillnaden mellan bolagens utvärderingspriser endast var 112 756 kr. Eftersom det i upphandlingsdokumenten anges att det går att uppnå maximalt mervärde ska det i utvärderingen bedömas i vilken mån kriteriet är uppfyllt. FMV:s tillämpning av kriteriet står därmed i strid med 1 kap. 11 § LUFSS och likabehandlingsprincipen.

Slutligen syftar utvärderingsmodellen inte till att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har, avseende de obligatoriska kraven i S.31 beträffande Mean Time Between Failure samt i S. 58 avseende Mean Time To Repair och Mean Cost To Repair, offererat en gyro som är betydligt mer tillförlitlig och ekonomiskt fördelaktig än iXblues produkt, och som skulle leda till lägre underhållskostnader. Därutöver har FMV inte i tillräcklig utsträckning värderat systemets anpassningstid vid kaj och till sjöss för

vilket bolaget erbjudit den bästa typen av system. Detta indikerar att utvärderingsmodellen, i strid med LUFS, inte syftar till att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

iXblues anbud har inte uppfyllt upphandlingens samtliga obligatoriska krav och borde således ha förkastats innan utvärderingen. Genom att utvärdera iXblues anbud har FMV genomfört upphandlingen i strid med LUFS. Bolagets anbud, som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga, men som hamnade på andra plats, skulle ha tilldelats kontraktet och bolaget har därmed lidit skada. Skulle rätten anse att iXblues anbud inte skulle ha förkastats har utvärderingen varit behäftad med felaktigheter och genomförts på ett sådant sätt att iXblues anbud erhållit för stort prisavdrag. Bolagets anbud skulle ha hamnat på första plats och bolaget har därmed lidit skada. Bristerna kan korrigeras genom rättelse genom att en ny utvärdering genomförs varvid bolagets anbud ska erhålla kontraktet.

FMV

Det vitsordas att FMV tolkat iXblues svar på leveransvillkoret ”Free Carrier (FCA)” på det sätt som bolaget angett, men det bestrids att detta utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen. Avsikten var att säljaren skulle acceptera leveransvillkoret som sådant och platsen för överlämnande av varorna har avsiktligt lämnats öppet i kontraktstilkastet eftersom det varierar beroende på vilken anbudsgivare som tilldelas kontraktet. Det är först i samband med kontraktets undertecknande som parterna bestämmer platsen där överlämnande ska ske, vilket normalt sett är säljarens fabrik/lager, och utgör en förhandlingsfråga. Det har inte varit något obligatoriskt krav att ange platsen för överlämnande av varorna i anbudet. Eftersom FMV:s utvärderingsmodell tar hänsyn till kostnader för transport har det dock funnits ett behov av att i samband med anbudsutvärderingen utgå från en plats för överlämnande av varor. FMV har därför utgått från att platsen för

överlämnande är säljarens fabrik och beräknat kostnader för transport därifrån vilket varit det minst fördelaktiga alternativet för iXblue. iXblues uppgift har uppfattats som en felskrivning eller missuppfattning och är i vart fall inte någon uppgift som kan läggas till grund för beräkning av transportkostnaden, som endast utgör 5 000 kr samt varit densamma för båda bolagen och har därmed inte haft någon påverkan på utvärderingen.

Det bestrids att iXblues anbud inte uppfyllt de obligatoriska kraven, eftersom det i S. 17 respektive S. 48 bestrids att någon vedertagen branschpraxis finns, och det är heller inte något som efterfrågats. Att bolaget har högre eller eventuellt bättre värden än iXblue beträffande kraven i S. 21, S. 31, S. 48 samt S. 58 saknar betydelse. Myndigheten har valt en nivå som är förenlig med den prestanda som ansetts vara tillräcklig och nödvändig och har inte funnit behov av att belöna en produkt högre än den lägsta nivå som angetts i den tekniska specifikationen.

Den tekniska specifikationen anger tydligt de krav som gäller för upphandlingen, vilka motsvarar behoven. De tre utvärderingskriteriernas sammanlagda värde uppgår till cirka fem procent av totalkostnaden och har inte utgjort en väsentlig del av upphandlingen. Myndigheten känner bäst sina behov och har en långtgående frihet att bestämma föremålet för upphandlingen, vilka krav som ska vara obligatoriska och i vilken utsträckning kriterierna ska värdesättas. Bolagets resonemang om att vinnande anbud vid utvärderingen tilldelats för högt prisavdrag är hypotetiskt. De prisavdrag som ges vid uppfyllande av börkraven är binära och FMV kan inte avvika från upphandlingens utvärderingsmodell eftersom det skulle innebära ett brott mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

Av 1 kap. 11 § LUFS framgår att upphandlande myndigheter eller enheter 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 11 § LUFS eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, kan förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LUFS).

I 10 kap. 8 § LUFS första stycket stadgas att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. I andra stycket slås vidare bl.a. fast att myndigheten får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

LUFS är en procedurlagstiftning och överprövning enligt LUFS utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anför, av om upphandlande myndighet har följt de grundläggande principerna för all upphandling liksom övriga bestämmelser i LUFS. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Förvaltningsrättens bedömning

Har FMV:s agerande utgjort ett brott mot LUFSS eller någon av de upphandlingsrättsliga principerna?

I kontraktssutkastet föreskrivs under punkten 28.1 Terms of delivery att leveransvillkoret "Free Carrier (FCA) as per Incoterms 2010" ska gälla i upphandlingen. Vinnande anbudsgivare, iXblue, har i sitt anbud avseende detta villkor angett "FCA Sweden". I iXblues utvärderingsrapport har FMV, på eget initiativ, antecknat "FCA Sweden Interpreted as FCA iXblue warehouse".

FMV har gjort gällande att iXblues uppgift uppfattats som en felskrivning eller missuppfattning. Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen i 10 kap. 8 § LUFSS endast ger anbudsgivare själva möjlighet att ändra i sina anbud, antingen genom att begära tillåtelse att få rätta ett uppenbart fel, eller efter att myndigheten uppmanar till förtydligande eller komplettering. Bestämmelsen tillåter alltså inte att den upphandlande myndigheten på eget initiativ rättar, förtydligar eller kompletterar någon uppgift i ett anbud. Inte heller någon annanstans stadgas en sådan möjlighet. Således innebär FMV:s agerande, att på eget initiativ tillägga och tolka betydelsen av iXblues svar beträffande det aktuella leveransvillkoret i denna del en överträdelse mot bestämmelsen i 10 kap. 8 § LUFSS.

Har bolaget lidit skada med anledning av FMV:s agerande?

Det står således klart att myndigheten agerat i strid med LUFSS. För att detta ska föranleda någon åtgärd från förvaltningsrättens sida krävs emellertid även att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. I denna del har FMV invänt att det aktuella leveransvillkoret inte inneburit ett obligatoriskt krav för anbudsgivarna att ange en specifik plats för riskövergången av varorna i

anbudet, varför myndighetens agerande inte ska ha påverkat utvärderingen. Beträffande detta konstaterar förvaltningsrätten följande.

I kontraktсутkastet under punkten 14.2 Disposition of the tender, framgår att samtliga uppgifter i kontraktсутkastet ska besvaras. Emellertid specificeras inte på vilket sätt svaret på det nu relevanta leveransvillkoret ska utformas. FMV har gjort gällande att det först är i samband med kontraktets under-tecknande som parterna ska komma överens om platsen för överlämnande av varorna. Samtidigt har myndigheten uppgett att upphandlingens utvärderingsmodell tar hänsyn till kostnader för transport, varför det funnits behov av att utgå från en plats för riskövergång och överlämnande av varorna, och att iXblues svar ”FCA Sweden” inte utgjort en uppgift som kunnat läggas till grund för beräkningen.

Förvaltningsrätten finner att, då utvärderingsmodellen tar hänsyn till transportkostnader vilka utgår från en plats där överlämnande av varor ska ske, och då anbudet utvärderas utifrån dessa uppgifter, måste det i enlighet med förfrågningsunderlaget ha förelegat ett behov av att anbudsgivarna redan i sina anbud angett en specifik plats för att det aktuella leveransvillkoret ska vara uppfyllt. Förvaltningsrätten finner även att ICC:s egen beskrivning av leveransvillkoret FCA – att parterna ska specificera platsen för leverans så tydligt som möjligt – talar för att uppgiften ”FCA Sweden” inte är förenlig med detta villkor. Vidare instämmer rätten i bolagets uppfattning att av det faktum att FMV ansett sig nödgad att tolka iXblues uppgift ”FCA Sweden” till att avse dess fabrik/lager för att kunna beräkna transportkostnaderna vid utvärderingen, framgår att detta varit en nödvändig uppgift att ange redan i anbudet. Således står det, redan av myndighetens egna uppgifter om att utvärderingsmodellen kräver en specifik plats för beräkning av transportkostnaden, klart att anbudsgivarna haft att ange denna uppgift redan i kontraktсутkastet. Platsen förefaller inte heller vara något som varit avsett att förhandlas om efter tilldelning av kontraktet, eftersom

uppgiften krävts för utvärdering av anbud. Bolaget har även poängterat att någon förhandling om platsens lokalisering faktiskt inte har skett eftersom myndigheten själv tillfört denna uppgift till det vinnande anbudet. Sammantaget finner förvaltningsrätten det visat att det utgjort ett obligatoriskt krav för anbudsgivarna att ange uppgiften om var överlämnandet av varorna var avsedd att ske redan i anbud.

Mot bakgrund av att förvaltningsrätten konstaterat att det utgjort ett obligatoriskt krav att i anbudet ange plats för riskövergång och överlämnande av varor, och då FMV ansett att denna uppgift saknats eller inte varit tillräcklig i iXblues anbud, borde myndigheten inte ha utvärderat anbudet. Vad FMV har anfört i fråga om att transportkostnaderna inte varit relevanta för utvärderingen, att dessa varit lika för båda bolagen och att myndighetens tolkning av iXblues svar inte påverkat resultatet av utvärderingen, saknar därmed relevans för bedömningen.

FMV:s agerande har, utöver att utgöra en överträdelse av bestämmelsen i 10 kap. 8 § LUFS, även utgjort ett åsidosättande av reglerna om likabehandling i 1 kap. 11 § LUFS, då myndigheten utvärderat iXblues anbud trots att detta inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Bolagets anbud har rangordnats som nummer två i upphandlingen och får därmed anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Mot denna bakgrund finns det skäl att ingripa mot upphandlingen. Eftersom bristen inte beror på någon felaktighet i upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det tillräckligt att upphandlingen rättas. Bristen kan avhjälpas genom att en ny utvärdering genomförs, varvid leveransvillkoret i kontraktstilkastet under punkten 28.1 Terms of delivery ska tillämpas på sätt som där anges. Rättelse kan alltså ske genom en ny förutsättningslös utvärdering av anbud. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Övriga frågor

Bolaget har även gjort gällande att vinnande anbud inte uppfyllt vissa obligatoriska tekniska krav, att FMV tillerkänt vinnande anbud ett alltför högt mervärde/prisavdrag i anbudsutvärderingen och att myndighetens utvärderingsmodell i strid med LUFS inte syftar till att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten har emellertid redan konstaterat att myndigheten agerat i strid med LUFS i enlighet med bolagets yrkande i första hand och att bolaget med anledning av detta lidit skada. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att pröva vad bolaget anfört i dessa delar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Erik Mellstrand
Rådman

Avital Belchatowski har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

