



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2012-04-05
Meddelad i
Linköping

Mål nr
8226-11
Enhet 2

SÖKANDE

Aircontactgruppen NO, 986386092
Postboks 2452 Solli
0201 Oslo
Norge

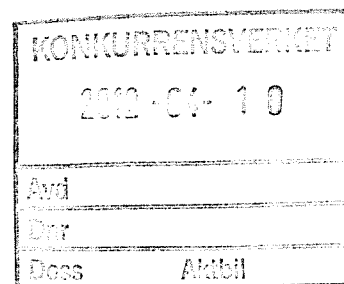
Ombud: Lena Salomonsson
Advokatfirman Cederquist
Box 1670
111 96 Stockholm

MOTPART

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Sjöfartsverkets upphandling av sjöräddningshelikoptrar ska göras om.

Dok.Id 76498

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Sjöfartsverket påbörjade sommaren 2011 en öppen annonserad upphandling (leasingupphandlingen) avseende ”Procurement of Operating (dry) Lease Agreements of SAR helicopters” (Search and Rescue). I leasingupphandlingen inkom endast ett anbud och det bedömdes inte uppfylla samtliga skall-krav, varför myndigheten avbröt upphandlingen (jfr förvaltningsrättens dom den 6 oktober 2011 i de förenade målen 5106-11 och 5107-11).

Sjöfartsverket har den 8 respektive den 14 december 2011 publicerat meddelande om frivillig förhandsinsyn. I meddelandet framgår att Sjöfartsverket, genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och med tilldelningskriteriet lägsta pris, avser att köpa sju räddningshelikoptrar från det isländska bolaget Scandinavian Aircraft Marketings (SAM), det bolag som lämnade anbud i leasingupphandlingen. Förfarandet motiveras med att det av tekniska skäl endast finns en leverantör på marknaden som uppfyller Sjöfartsverkets krav på räddningshelikoptrar.

Aircontactgruppen, som har ansökt om överprövning av upphandlingen, yrkar att förvaltningsrätten förordar att upphandlingen ska göras om genom ett annonserat upphandlingsförfarande.

Sjöfartsverket bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

Aircontactgruppen

Allmänna utgångspunkter och grunder för att tillämpa förfarandet

Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att det finns förutsättningar för att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förfarandet är ett undantagsförfarande och ska tillämpas restriktivt. Bevisbördan har i rättspraxis ställts högt. En upphandlande myndighet måste, enligt reglerna för utformningen av tekniska specifikationer i 6 kap. 5 § 1 LOU, acceptera varor eller tjänster som är likvärdiga de i kravspecifikationen avsedda. Det är således inte tillåtet att utforma de obligatoriska kraven i en upphandling för ett visst utförande om det finns andra utförande som leder till samma funktionalitet avseende bl.a. säkerhet och effektivitet. För att det med hänsyn till tekniska skäl ska vara tillåtet att använda förfarandet måste den upphandlande myndigheten visa att ingen annan leverantör kan möta behovet med en annan vara eller tjänst med en annan utformning men med samma funktion.

På marknaden finns fyra stora aktörer för tillverkning av helikoptrar: Agusta Westland, Eurocopter, Sikorsky Aircraft Corporation (Sikorsky) och Bell Helicopters. Nämnda aktörer tillverkar helikoptrar som fungerar väl vid räddningstjänstuppdrag och har levererat helikoptrar till liknande uppdrag runt om i världen. Det råder hård konkurrens mellan tillverkarna, både avseende offentliga som privata kontrakt. Aircontactgruppen är agent för Sikorsky. Sjöfartsverket använder idag Sikorskys helikoptrar som räddningshelikoptrar.

Meddelandet om förhandsinsyn innehåller enbart ett blankt påstående om att endast en leverantör kan uppfylla Sjöfartsverkets krav på räddningshelikoptrar. Enligt Sjöfartsverket uppfyller enbart AW 139:an kravspecifika-

tionen och passar i det "totalekonomiska utrymmet". Kravspecifikationen är dock utformad och inriktad mot att enbart AW 139:an uppfyller kraven och alla andra tillverkare och helikoptermodeller utesluts. Det finns inte godtagbara operationella eller finansiella skäl härför. Sjöfartsverket har varken visat att det enbart finns en leverantör som kan uppfylla kravspecifikationen eller att kravspecifikationen i sig är försvarbar och inte otillbörligen utestänger andra leverantörer av helikoptrar med samma funktionalitet. Skulle Sjöfartsverkets tillämpning av undantaget godtas kommer det innebära en betydligt bredare tillämpning av undantaget än vad som avsetts. Upphandlade myndigheter skulle kunna direktupphandla alla varor och tjänster som inte är rent generiska eftersom det vid inköp av mer komplexa varor och tjänster alltid är möjligt att utforma en kravspecifikation som enbart en anbudsgivare kan uppfylla.

Kravspecifikationen

Av rapporter från Statens Haverikommission (SHK) framgår att de rekommenderar helikoptrar med större kapacitet än de helikoptrar Sjöfartsverket använder idag. Uppsättandet av krav på kapacitet är därmed motiverat. Flera av kraven är dock, med hänsyn till hur helikoptrar avsedda för SAR-ändamål används, inte befogade. Kravspecifikationen är styrd av att identifiera AW 139 och utformad efter dess mått och kapacitet. Vid en jämförelse mellan kravställningen och AW 139:ans produktspecifikation framgår tydligt att så är fallet. AW 139:an klarar t.ex. kravet avseende maximal rotorhöjd med 2 centimeter till godo, kravet avseende maximala längd med 34 centimeter till godo, kravet avseende maximal vikt med 200 kilo till godo och kravet på minimal golvyta med 0,17 kvadratmeter till godo.

Enligt kravet i andra punktsatsen i kravspecifikationen ska helikoptern ha en marschfart om 160 KTAS (knots true airspeed). När tillverkaren avgör maximal marschfart görs en avvägning mellan maxhastighet, hovringsmög-

ligheter och marschfart. De flesta tillverkare har kommit fram till att en så hög marschfart som 160 KTAS inte är optimal, utan har en något lägre marschhastighet. Helikopterteknologin utvecklas kontinuerligt och kravet kommer möjligen kunna anses proportionerligt i framtiden, men inte mot bakgrund av den idag tillgängliga teknologin. Kravet kan inte förstås på annat sätt än att det är satt för att passa enbart AW 139:an, som är den enda SAR-helikopter som uppfyller det. Genom att sänka kravet till t.ex. 150 KTAS skulle åtminstone fyra ytterligare helikoptermodeller vanliga i SAR-verksamhet uppfylla kravet. I punkt 36 i kravspecifikationen ställs krav på att helikoptern ska kunna flyga i minst 80 knop med öppen dörr, vilket enbart AW 139:an uppfyller. Kravet är oproportionerligt då det i praktiken inte förekommer att man kör så snabbt med öppen dörr. Genom att sänka kravet till 60 knop skulle åtminstone sex ytterligare helikoptermodeller uppfylla kravet.

I tredje punktsatsen i kravspecifikationen anges att helikoptern ska ha en maximal vikt vid avfärd om 7 000 kg. Kravet är mycket snävt och utesluter i praktiken alla något större helikoptrar, dock klarar AW 139:an och Sikorskys S 76 kravet. Det finns inte något objektivt skäl till storleksbegränsningen. Genom att öka maximal vikt till t.ex. 12 000 kg skulle utbudet öka dramatiskt och åtminstone innefatta ytterligare fem helikoptrar. Helikoptermodeller indelas ibland efter viktklasserna lätta, mellan, medeltunga och tunga helikoptrar. Helikoptrar som används i SAR-uppdrag tillhör vanligen viktklasserna mellan eller medeltunga helikoptrar. Helikoptrar i mellanklassen är t.ex. AS 365 Dauphin, S 76, AW 139 och Bell 412. Inom klassen medeltunga helikoptrar finns t.ex. AS 332, Super Puma, Sikorsky UH-60, Black Hawk, Sikorsky 92 och NH 90. Det är således inte bara Agusta Westland som har satsat på en helikopter i det av Sjöfartsverkets efterfrågade "segmentet" utan det finns ett antal alternativa modeller inom samma kategori.

I kravspecifikationens sjunde punktsats uppställer Sjöfartsverket mycket snäva krav på helikopterns mått. Sjöfartsverket anger att det främst är ekonomiska övervägande som ligger till grund för den snäva kravspecifikationen eftersom en större helikopter skulle bli för dyr. Storlekskraven är således inte tekniskt motiverade, utan en följd av att Sjöfartsverket anser att AW 139:an är den ekonomiskt mest fördelaktiga helikoptern. Det kan ifrågasättas hur Sjöfartsverket, utan att konkurrensutsätta en kravspecifikation som möjliggör anbud avseende en större vidd av helikoptermodeller, både kan avgöra vilken helikopter som är den ekonomiskt mest fördelaktiga och att en något större helikoptermodell skulle vara upp till dubbelt så dyr. Driftkostnaderna för en helikopter under dess livslängd motsvarar beroende på modell cirka 100-200 procent av inköpspriset. En större helikopter är nödvändigtvis inte totalekonomiskt dyrare än en mindre. Det är även naturligt att Sjöfartsverket i en konkurrenssituation skulle erhålla bättre priser än genom inköp direkt från en leverantör utan konkurrensutsättning. För att avgöra vilken helikopter som är ekonomiskt mest fördelaktig måste samtliga kostnadsaspekter tas med i beräkningen. Det är inte tillåtet att på förhand gissa sig till vilken helikopterstorlek som skulle vara den ekonomiskt mest fördelaktiga och sedan sätta de tekniska kraven utifrån den helikoptermodellen och därigenom utesluta samtliga övriga leverantörer och modeller. Aircontactgruppen menar inte att Sjöfartsverket skulle köpa något de inte har råd med. En budget eller en ekonomisk ram finns dock i all ekonomisk verksamhet, vilket givetvis inte motiverar en direktupphandling. Budgetbegränsningar hanteras genom utformningen av förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen, t.ex. genom viktningen av priskriteriet. Sjöfartsverket har varken redovisat någon analys av kostnaderna eller angett att det finns en budget för inköpet av helikoptrar utan deras "total-ekonomiska" ram verkar snarast vara satt efter SAM och Agusta Westlands erbjudande. Sjöfartsverkets påstående om att en "större helikopter" skulle vara för stor för sjukhuslandningsplatser eller hangarer kan heller inte tillmätas betydelse. Försvarsmakten var tidigare ansvarig för SAR-verksam-

heten och Sjöfartsverket har tagit över deras hangarer. Hangarerna är dimensionerade efter måtten på deras Super Pumor, vilka är större än de helikoptrar som utpekats i kravspecifikationen. Maxmått är inte objektivt motiverade och kan inte ha ställts upp annat än för att utesluta annars lämpliga helikoptermodeller från möjligheten att tilldelas kontrakt. Vad Sjöfartsverket anfört om helikopterstorleken betydelse för miljön är inte relevant. Sjöfartsverket har inte satt upp några miljökrav i kravspecifikationen. En något större och/ eller tyngre helikoptermodell innebär dock inte nödvändigtvis ökat buller och ökade utsläpp. Utsläppsnivån beror till stor utsträckning på motorens ålder. Det är heller inte korrekt att en större helikopter inte medför några operativa fördelar. Till exempel kan en större helikoptermodell ta ombord fler nödställda, vilket skulle vara en fördel vid räddningsaktioner involverande ett stort antal nödställda personer vanligt förekommande på Östersjön. Flera länder med förhållanden liknande Sveriges i fråga om topografi, klimat och befolkning som t.ex. Norge, Danmark, Storbritannien och Irland har upphandlat större helikoptrar än AW 139:an till deras SAR-verksamhet. Att andra helikoptermodeller än just AW 139:an skulle öka risken vid en räddningsaktion är därför inte korrekt. Helikopterns tyngd och rotorbladens storlek styr hur stor downwash helikoptern har. Minst downwash har en mycket lätt helikopter med mycket stora rotorblad. En något större helikopter har således inte nödvändigtvis en större downwash än en något mindre helikopter, utan det beror på helikopterns utformning. Downwash är en nackdel som endast aktualiseras avseende de allra största, dvs. tunga, helikoptrarna.

Det kan även noteras att idag har i princip samtliga leverantörers helikoptermodeller utformade för att användas i SAR-uppdrag night vision device (NVD) och avisning, så även samtliga av Sikorskys helikoptermodeller. Certifieringen av S 76D, den senaste versionen av S 76, är dock pågående men kommer att bli klar innan en eventuell leverans till Sjöfartsverket med

tillämpning av normala leveranstider kan komma i fråga. Kraven på NVD och avvisning motiverar därmed inte direktupphandlingen av AW 139:an.

Sammantaget är flera av kraven som uppställs i kravspecifikation oproportionerliga och är därmed i strid med 1 kap 9 § LOU. Sjöfartsverket har inte visat att det föreligger objektiva skäl till grund för kraven och de står därmed i strid mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Sjöfartsverket har med hänvisning till tekniska skäl tilldelat SAM kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det har dock inte funnits grund för att tillämpa förfarandet. Sjöfartsverket har därmed agerat i strid med kraven på likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen ska därför göras om. Aircontactgruppen har som en följd av överträdelserna lidit eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 1 § LOU eftersom de inte getts möjlighet att delta i upphandlingen.

Sjöfartsverket

Allmänna utgångspunkter och grunder för att tillämpa förfarandet

Sjöfartsverket ansvarar sedan årsskiftet 2008/2009 för såväl sjöräddnings- som flygräddningstjänst. I dagsläget har Sjöfartsverket tillgång till sju SAR-helikoptrar av typen Sikorsky S 76. Sjöfartsverket har efter bl.a. SHK:s rapport konstaterat att helikoptrarna från Sikorsky inte uppfyller dagens krav. De har därför en process avseende utbyte av helikopterflottan. Det är mot denna bakgrund självklart att Sjöfartsverket inför behovet av att byta helikopterplattform inte bara beaktat behovet av ny teknik, mindre miljöpåverkan och förhoppningsvis samma eller lägre driftskostnad, utan även i så stor utsträckning som möjligt sökt eliminera eller minimera de tillkortakommanden som både Sjöfartsverket och SHK har uppmärksammat. Be-

fintlig ekonomi och logistik sätter naturligtvis en ram för detta kravställande.

Kravspecifikationen avseende nya SAR-helikoptrar tar sin utgångspunkt i den tidigare kravspecifikationen för upphandling av nuvarande Sikorsky S 76. Uppdateringarna i kravspecifikationen bygger på operativa krav mot bakgrund av bl.a. sjö- och flygräddningens ansvarsområde över land och hav, målsättningarna för räddningstjänsten samt hur sjö- och flygräddningen är organiserad. SAR-dimensioneringen bygger på fem helikopterbaseringar, vilket utgör en utgångspunkt för kravställande avseende t.ex. räckvidd och marschfart. Den svenska sjö- och flygräddningen bygger på ett systemtänkande där det avgörande är vad systemet av SAR- helikoptrar kan prestera, inte varje enskild helikopter. Luftfartsansvariga myndigheter ställer betydligt högre krav för certifiering av en civil helikopter för SAR-ändamål än för vanligt kommersiellt bruk. Endast EASA- certifierade helikoptrar godkända för SAR-bruk inom Europa kan komma i fråga för anskaffning. SAR-bruk skiljer sig i flera avseenden, gällande såväl utrustning som användningssätt från de flesta andra användningsområden för helikoptrar. En SAR-helikopter måste t.ex. kunna hovra under lång tid vid eftersök respektive vinschning av nödställda, vilket kräver en mycket avancerad autopilot och instrumentpresentation som medger flygning under normal certifierad minimifart för instrumentflygning. Antalet EASA-certifierade helikoptrar är bl.a. mot bakgrund av dessa speciella krav begränsat.

Förfrågningsunderlaget i leasingupphandlingen innehöll samma kravspecifikation som Sjöfartsverket tillämpar i nuvarande upphandling. Skillnaden mot leasingupphandlingen är endast att Sjöfartsverket i samråd med Näringsdepartementet nu kommit fram till att ett förvärv är mest kostnadseffektivt. Leasing är därför inte längre ett önskvärt alternativ. I leasingupphandlingen inkom endast ett anbud som inte uppfyllde samtliga skall-krav

avseende finansieringsdelen, varför Sjöfartsverket tvingades avbryta upphandlingen. Leasingupphandlingen överprövades av Eurocopter som uppgav att "endast en, om ens någon, helikoptermodell/tillverkare kan komma ifråga." Aircontactgruppen lämnade inget anbud och begärde inte heller överprövning. Sjöfartsverket har fört en dialog med Aircontactgruppen för att efterhöra om Sikorsky kan leverera räddningshelikoptrar i enlighet med kravspecifikationen. Aircontactgruppen har vid upprepade tillfällen fört fram att Sikorsky inte kan leverera efterfrågade räddningshelikoptrar. Det är därför svårförståeligt att Aircontactgruppen nu begär överprövning och det kan konstateras att de inte har några affärsmissiga skäl härför.

Kravspecifikationen

Kravspecifikationens krav avseende nya SAR-helikoptrar baseras bl.a. på Sjöfartsverkets konstaterande att systemet behöver få en ökad operativ förmåga avseende kapacitet och prestanda, t.ex. flygtid och nyttvolym (kabin/ förvaringsutrymmen). Myndigheten har även krävt att den helikoptermodell som anskaffas ska vara utrustad med bl.a. avisning och NVD. Detta framgår bl.a. av SHK:s rapport 2011:1 "Sea wind". De tekniska kraven på helikoptern har sedan kopplats till Sjöfartsverkets ekonomiska förutsättningar, dvs., det totalekonomiska utrymme som Sjöfartsverket har för investering i nya SAR- helikoptrar. Självfallet är varje enskilt krav i kravspecifikationen proportionerligt. De helikoptertillverkare som finns på marknaden och som skulle kunna leverera SAR-helikoptrar har valt att inrikta sig på olika marknadssegment, bl.a. gällande storlek och utrustningsnivå. Denna marknadssegmentering innebär att det endast finns en helikoptertillverkare som, med beaktande av totalekonomin, kan uppfylla kravspecifikationen. Den helikoptermodell som Sjöfartsverket avser att anskaffa, Agusta Westlands AW 139, är den som offererades genom det inkomna anbudet i leasingupphandlingen.

Kravspecifikationen anvisar en helikopter som är något större än befintliga S76, en storlek som uppfyller alla de operativa fördelar som Sjöfartsverket identifierat såsom kopplade till Sveriges SAR-behov. Det finns endast en helikoptertillverkare, Agusta Westland, som har valt att satsa på en modell i detta segment, dvs. upp till 7 500 kilo. Eurocopter har aviserat en helikopter i detta segment, men inte i SAR-version. Att för svenska förhållanden använda en större helikopter än AW 139 medför inga övervägande operativa fördelar, men däremot ett antal tungt vägande oönskade konsekvenser. Anskaffande av en större helikopter än vad som bedöms nödvändigt för att bedriva verksamheten är, även om en större helikopter i många fall utföra samma uppgifter, av ekonomiska skäl varken önskvärt eller möjligt. En större helikopter är dyrare såväl i anskaffningsutgift som i löpande driftkostnader. Sjöfartsverkets ekonomi medger inte mer än marginella kostnadsökningar jämfört med nuvarande system. Endast en mindre del av Sjöfartsverkets verksamhet finansieras via anslag över statsbudgeten. Inga anslag erhålls för investeringar, vilket innebär att investeringsutgifter måste finansieras antingen via egna medel eller via lån. Eventuella lån måste enligt regleringsbrevet rymmas inom den låneram som riksdagen har beslutat om. Sjöfartsverket har ett avkastningskrav och ett långsiktigt mål för soliditeten, men dessutom även en restriktion avseende avgiftshöjningar. Sammantaget innebär det att det finns en övre gräns för hur stor investering som kan göras, men också för löpande driftkostnader. Det måste hela tiden göras en avvägning mellan verksamhetens behov och kostnaden för att bedriva verksamheten.

Det inte är korrekt att räddningsaktioner som omfattar ett stort antal nödställda är vanligt förekommande i Östersjön. Statistiken visar att sådana räddningsaktioner är så ovanliga att det knappast kan sägas vara dimensionerande för den framtida verksamheten. Mer än 95 % av alla sjöräddningsuppdrag i Sverige gäller fyra personer eller färre. I bl.a. Norge, Danmark och Storbritannien är det maritima ansvarsområdet betydligt större och

länderna har valt att bygga sin räddningstjänst mot bakgrund av vad en enskild helikopter kan prestera. Vid en internationell jämförelse kan konstateras att Estland, som har ett liknande ansvarsområde samt jämförbara förhållanden och förutsättningar för sjö- och flygräddning, har upphandlat AW 139:an som SAR-helikopter.

Miljöhänsyn är en faktor som får allt större betydelse. En större helikopter medför ökad miljöpåverkan i form av bl.a. buller, högre bränsleförbrukning och ökade emissioner. Buller är ett tilltagande problem vid i stort sett alla helikopterflygplatser och Sjöfartsverket lägger stor vikt vid åtgärder för att minimera miljöpåverkan. Större helikoptrar blir även för stora både för underhållshangarerna och för nästan samtliga helikopterbaseringar Sjöfartsverket opererar från. Dessutom blir de för stora och tunga för flertalet av de sjukhuslandningsplatser som finns i Sverige. Förvarsmaktens Super Pumor hade redan på den tiden de flög SAR-uppdrag problem med att få landa bl.a. vid sjukhus. Sjukhuslandningsplatserna har inte blivit mindre, men kraven på hänsyn till omgivningen har skärpts avseende exempelvis buller och emissioner.

Stora och tunga helikoptermodeller har normalt sett hög diskbelastning, vilket för majoriteten av de uppdrag som Sverige har genererar negativa operativa begränsningar i form av bl.a. downwash. Detta har att göra med att en större helikopter har en större rotor som ger mer rotorvind, vilket bl.a. ökar risken för ytbärgaren som utför vinschning av nödställda och skulle avsevärt försvåra vinschning av nödställda från mindre båtar och personer i vatten. En helikopter med hög diskbelastning äventyrar även, genom rotorvinden, möjligheterna att livrädda personer i isvak eller under liknande isförhållanden. I Sverige sker ett antal sådana livräddningar årligen. En större helikopter innebär således att målsättningen för svensk sjö- och flygräddning, dvs. att rädda nödställdas liv, till och med kan motverkas.

Kravet avseende fart är en av de enskilt viktigaste faktorerna som Sjöfartsverket kan påverka i syfte att rädda liv. Aircontactgruppens argumentation att ett lägre fartkrav skulle vara mer proportionerligt saknar helt grund. Såväl Sikorsky som andra helikoptertillverkare lägger stora resurser på att ta fram teknologi som ökar farten. Sikorskys utvecklingsarbete visar att de är väl medvetna om behovet av högre fart, eftersom fart räddar liv. Sikorsky har i sin egen marknadsföring exempelvis åberopat att högre fart på sikt innebär en god driftsekonomi. När nuvarande S 76 upphandlades var det den enda helikoptermodell som uppfyllde dåvarande kravspecifikation. Kravet på att helikoptern ska kunna flyga 80 knop med öppen dörr är erfarenhetsbaserat och bygger på att nödställda vid ett antal räddningsuppdrag har vinschats i fart uppgående till över 70 KIAS (knop indikerad fart i luften). Det är inte enbart AW 139 som uppfyller detta krav, nuvarande S76 kan flygas upp till 125 KIAS med öppen dörr. Aircontactgruppens argumentation är således missvisande.

Sammanfattning

Sjöfartsverket har haft giltiga skäl för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Sjöfartsverket har utgått från de krav som ställdes när nuvarande Sikorsky S 76 upphandlades och lagt till de krav som enligt ovan tillkommit. Resultatet är att den svenska sjö- och flygräddningen kräver en något större helikopter, men att en för stor helikopter medför ett antal ovedersägliga nackdelar. Kravspecifikationen ska ses som en helhet och helikoptertjänsten inom den svenska sjö- och flygräddningen ska ses som ett system och inte enbart baseras på den enskilda resursens kapacitet. Att endast en helikoptertillverkare, Agusta Westland, valt att satsa på en helikopter i det segment som passar de krav som svensk sjö- och flygräddning ställer kan inte läggas Sjöfartsverket till last. Såsom ansvarig myndighet för sjö- och flygräddningen måste Sjöfartsverket ha mandat att avgöra vilken storlek av helikopter som är optimal för svenska förhållanden så

länge detta avgörande sker på grunder som är objektiva, proportionerliga, transparenta och icke diskriminerande. Sjöfartsverket har visat att kravspecifikation tillgodoser bestämmelserna i LOU och de principer som ligger till grund för lagen. Sjöfartsverket har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de principer som ligger till grund för lagen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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 beaktas.

Enligt 7 kap. 4 § LOU får en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen (förhandsinsyn).

Av 16 kap. 8 § LOU framgår att vid förhandsinsyn enligt 7 kap. 4 § får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats.

En upphandlande myndighet får enligt 4 kap. 5 § LOU använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om bl.a. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör.

Av 6 kap. 5 § framgår bl.a. att om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till tekniska specifikationer får den inte förkasta ett anbud enbart på grund av att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, om anbudsgivaren i sitt anbud kan visa att

de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt de tekniska specifikationerna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är huruvida Sjöfartsverket i upphandlingen av sjöräddningshelikoptrar haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller om de skulle ha använt sig av ett annonserat förfarandet enligt LOU:s bestämmelser i stort.

Det kan inledningsvis konstateras att upphandlingar som huvudregel ska annonseras. Det förevarande avtalets värde, även om det inte närmare specificerats, överstiger tröskelvärdet för upphandlingar (aktuellt tröskelvärde är 125 000 Euro eller motsvarande 1 243 375 SEK enligt Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling). Avtalet kan därmed enligt vissa i upphandlingslagstiftningen specificerade undantagsfall direktupphandlas. Ett exempel på ett sådant undantag är, vilket Sjöfartsverket åberopar, när det som ska upphandlas av tekniska skäl kan fullgöras av endast en viss leverantör, 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU.

Undantag från skyldigheten att följa unionsrättens bestämmelser om offentlig upphandling ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt. Den som avser att åberopa en undantagsbestämmelse har även bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som motiverar att ett undantag görs (jfr EU-domstolens dom i målen C-20/01 och C-28/01 och Kammarrättens i Göteborg dom den 28 februari 2012 i mål 7469 –7472-11). EU-domstolen har, bl.a. i nyss angiven praxis, uttalat att de enda undantagen från bestämmelserna i upphandlingsdirektiven är de som däri är angivna. Även vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering ställs krav på den upphandlande myndigheten att följa de principer som bär upp LOU och unionsrätten.

Mot bakgrund av ovan beskrivna bestämmelser och rådande praxis har således Sjöfartsverket att visa att det av tekniska skäl endast finns en leverantör som uppfyller verkets krav på räddningshelikoptrar och att kraven som sådana är objektivt godtagbara och proportionerliga.

Proportionalitetsprincipen, som en av de grundläggande principerna, innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om det är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska det bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Innan förvaltningsrätten övergår till att redovisa domstolens bedömning finns det anledning att först lyfta fram följande. Sjöfartsverket har inte i meddelandet om frivillig förhandsinsyn angett de krav som ställs på helikoptrarna. Myndigheten hänvisar i detta mål till de krav som framgår i den kravspecifikation som sammanställdes i leasingupphandlingen. Det får anses ostridigt att såsom den förevarande kravspecifikationen är utformad innebär den att endast en leverantör/ helikoptermodell kan komma ifråga, nämligen Agusta Westlands AW 139. Förvaltningsrätten noterar samtidigt att det i leasingupphandlingen inte lämnades något anbud som då bedömdes uppfylla skall-kraven. Såvitt framkommit motsvarar den kravspecifikation som Sjöfartsverket nu hänvisar till den som användes i leasingupp-

handlingen. Rätten noterar också att Sjöfartsverket delar Aircontactgruppens uppfattning att det på marknaden för tillverkning av helikoptrar för SAR-ändamål idag finns fyra aktörer som kan vara aktuella.

I frågan om de ställda kraven är lämpliga och effektiva åtgärder för att uppnå det eftersträvade syftet, att förvärva SAR-helikoptrar, framgår att Sjöfartsverket tagit hänsyn till att krav ställs att de nya helikoptrarna har ökad operativ förmåga och verket ställer detta i förhållande till den helikoptertyp som nu används. I kravspecifikationen uppställer Sjöfartsverket bl.a. krav på helikopterns mått. Helikoptern ska enligt punkten 7 ha en rotordiameter på max 15 meter, en maximal höjd på den bakre rotorn om 5 meter och en maximal totallängd om 17 meter. Det ställs även krav på bl.a. utrustning för mörkerseende och avisning. Förvaltningsrätten uppfattar att dessa, och även övriga krav som anges i specifikationen, får anses vara lämpliga och effektiva åtgärder för att uppnå det eftersträvade syftet med upphandlingen så som det får uppfattas.

Härefter ska bedömas om de ställda kraven är nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. De uppgifter som Sjöfartsverket lämnat i detta avseende måste uppfattas som allmänt hållna. Sjöfartsverket har inte hänvisat till några uttryckliga myndighetskrav eller specificerade redovisningar som närmare underbygger kraven. Sjöfartsverket medger istället att det finns större helikoptrar som skulle kunna utföra samma uppgifter som den helikopter Sjöfartsverket nu vill upphandla utan annonsering. Det verket uppgett utgör enligt förvaltningsrättens mening ett svagt stöd för att det är tekniska förhållanden som motiverar så långtgående och detaljerade krav. Sjöfartsverkets motiv bakom storlekskraven framstår istället vara att en större helikopter skulle bli för kostsam för att köpa och hålla i drift och att det med anledning härav endast finns en helikoptertillverkare som med hänsyn till Sjöfartsverkets totalekonomi kan komma ifråga. Ingen annan tillverkare har dock inom ramen för Sjöfartsverkets helikopterupphandling

beretts möjlighet att lämna anbud och ange ett pris för helikoptrar av något större storlek. Sjöfartsverket kan därmed inte anses ha tillräcklig grund för sin slutsats att varje helikopter som inte faller inom deras angivna maximalmått skulle vara dyrare. Det kan även ifrågasättas om ekonomiska aspekter överhuvudtaget kan utgöra sådana tekniska skäl som enligt 4 kap. 5 § första stycket 2 LOU medger användande av förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Sjöfartsverket har även anfört att en större helikopter medför ökad miljöpåverkan i form av bl.a. buller. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att Sjöfartsverket lägger stor vikt vid att minimera miljöpåverkan. Vad gäller helikopterstorlekens betydelse för miljön kan, liksom Aircontactgruppen påpekat, konstateras att Sjöfartsverket inte uppsatt några miljökrav i kravspecifikationen.

Sjöfartsverket har också motiverat storlekskraven med att en större helikoptrar skulle bli för stor för deras hangarer, helikopterbaseringar och sjukhuslandningsplatser. Vidare skulle en större helikopter även generera begränsningar i form av s.k. down-wash, vilket avsevärt försvårar vinschning av nödställda från mindre båtar. En helikopter med hög diskbelastning skulle även äventyra möjligheten att livrädda personer i isvak. Argumenten att en större helikopter skulle bli för stor för hangarer m.m. och att den i vissa fall skulle kunna försvåra räddningsarbetet kan i och för sig utgöra sådana tekniska skäl som kan rättfärdiga ett undantag från annonseringskyldigheten. Det kan dock konstateras att Sjöfartsverket, som således bär bevisbördan, inte visat att dessa omständigheter gjort det oundgängligt att upphandla en helikopter med just de i kravspecifikationen angivna måtten (jfr EU-domstolens dom i C-57/94 Kommissionen mot Italien, punkt 24).

Förvaltningsrätten bedömer att Sjöfartsverket inte kan anses ha visat att de angivna storlekskraven är nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet

med upphandlingen. Det står således klart att Sjöfartsverkets kravspecifikation redan på denna grund inte är förenlig med proportionalitetsprincipen. Det saknas därmed skäl att pröva om också övriga krav i Sjöfartsverkets kravspecifikation är proportionerliga samt att gå vidare i proportionalitetsprövningen i övrigt.

Den kravspecifikation som Sjöfartsverket hänvisar till innehåller de tekniska kraven på helikoptrarna. Eftersom specifikationen inte är proportionerlig, kan det inte i denna upphandling finnas tekniska skäl som berättigar Sjöfartsverket att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Sjöfartsverket har således brutit mot bestämmelser i LOU. Aircontactgruppen kan som en följd av överträdelsen riskera att lida skada, eftersom den inte getts möjlighet att delta i upphandlingen med modifierade och sakligt godtagbara krav. Det finns därför grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU.

Det finns däremot inte stöd för Aircontactgruppens påstående att SAM inte skulle uppfylla kravet vad gäller "tail rotor height" och att Sjöfartsverket därmed även skulle bryta mot likabehandlingsprincipen.

De nu konstaterade bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Upphandlingen ska därför göras om.

Avslutningsvis informeras om att förvaltningsrätten i dom denna dag i målet 8256-11 bifallit en ansökan från Eurocopter No. B352 383 715 om överprövning och även i det målet beslutat att den nu aktuella upphandlingen ska göras om.

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



Mats Edsgården

Föredragande har varit Charlotte Lindsäter.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 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 uppgive 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 3109/1D LOU