



**SÖKANDE**

Eurocopter No. B352 383 715  
Aéroport Marseille-Provence  
FR 13725 Marignane  
Frankrike

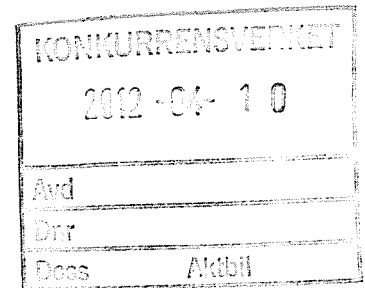
Ombud: Carin Carlsson och Mona Jonasson  
Advokatfirman Glimstedt AB  
Box 2259  
403 14 Göteborg

**MOTPART**

Sjöfartsverket  
601 78 Norrköping

**SAKEN**

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



---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Eurocopters yrkande om att hämta in yttrande från Konkurrensverket och även Sjöfartsverkets yrkande om att Eurocopters talan ska avvisas.

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

## 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.

Eurocopter ansöker om överprövning och yrkar att Sjöfartsverkets tilldelningsbeslut upphävs och att upphandlingen görs om genom ett annonserat förfarande. Eurocopter hemställer vidare att förvaltningsrätten begär in ett yttrande från Konkurrensverket angående om Sjöfartsverket haft godtagbara skäl att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Sjöfartsverket yrkar i första hand att förvaltningsrätten avvisar Eurocopters ansökan om överprövning som för sent inkommen. I andra hand bestrider Sjöfartsverket såväl Eurocopters ansökan som bolagets hemställan om att förvaltningsrätten ska inhämta yttrande från Konkurrensverket.

## GRUNDER OCH UTVECKLING AV TALAN

### *Eurocopter*

#### **Avvisande av talan**

Eurocopter bestrider att ansökan om överprövning kommit in för sent. Eftersom fråga är om en upphandling över tröskelvärdena, ska förhandsinsyner publiceras på motsvarande sätt som sedvanliga upphandlingsannonser, dvs. i Tenders Electronic Daily (TED). Publiceringsdatumet i TED är utgångspunkten vid beräkningen av tidsfristen för en överprövning. Annonser publicerades i TED den 14 december 2011, varför avtalsspärren om tio dagar löpte ut den 24 december 2011. Eftersom den 24 december inföll på julafton, var sista dagen för ansökan om överprövning den 27 december 2011. Eurocopters ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten den 20 december 2011 och således inom den lagstadgade tidsfristen.

#### **Allmänna utgångspunkter och grunder för att tillämpa förfarandet**

Enligt LOU ska offentliga upphandlingar som huvudregel annonseras. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering är ett undantagsförfarande och får endast ske om rekvisiten i 4 kap. 5 § LOU är uppfyllda. För att det ska vara tillåtet att använda förfarandet till följd av tekniska skäl måste den upphandlande myndigheten dels visa att kravspecifikationen i sig är objektivt godtagbar och proportionerlig, dels att det enbart finns en leverantör som kan uppfylla kravspecifikationen, dvs. att det endast finns en leverantör som har förmåga att leverera den efterfrågade produkten. Det ska således röra sig om en produkt för vilken det i princip inte föreligger någon konkurrens.

Såvitt avser räddningshelikoptrar är marknaden idag i allra högsta grad konkurrensutsatt. Det förhållandet att det över huvud taget finns ett ut-

rymme att argumentera utifrån olika helikoptermodellens för- och nackdelar bekräftar att det föreligger en konkurrensutsatt marknad. Sjöfartsverket påstår att det endast en leverantör som uppfyller deras krav på räddningshelikoptrar. Som stöd för påståendet har Sjöfartsverket bl.a. hänvisat till lagstiftning, myndighetskrav samt rapporter från Statens haverikommission (SHK). Sjöfartsverket har dock inte visat vilka lagkrav eller myndighetskrav som utesluter samtliga övriga helikoptermodeller och har valt att endast lägga vikt vid vissa delar av SHK:s rapporter. Sjöfartsverket har vidare anfört såväl tekniska samt ekonomiska skäl för att direkttilldela förevarande kontrakt. Enligt Eurocopters mening är det, då Sjöfartsverket ställt upp krav som endast kan mötas av en viss leverantör/tillverkare, fråga om en konstlad begränsning av konkurrensen. Undantagsbestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU är således inte tillämplig. Det finns flera leverantörer på den europeiska marknaden vars helikoptermodeller utför räddningsinsatser i de olika medlemsstaterna. Sjöfartsverkets påstående om att endast en leverantör kan uppfylla de uppställda kraven, såsom det får förstås, i syfte att utföra räddningsinsatser är således fullständigt grundlöst och faller på sin egen orimlighet.

#### **Kravspecifikationen**

En upphandling ska ske med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns på marknaden genom att anbudsgivare, anbudssökande och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Det normala förfarandet vid upphandlingar av denna storleksordning och omfattning, där olika funktionella lösningar är möjliga, är att den upphandlande myndigheten först vänder sig till marknadsaktörer och begär att få fram relevant information. Nästa steg är att författa en kravspecifikation som tillser att konkurrens möjliggörs genom att kraven inte utesluter någon presumtiv leverantör. Ett sådant förfarande har Sjöfartsverket inte använt sig av. Sjöfartsverket har anfört att det endast finns en leverantör på marknaden som kan leverera i enlighet med kravspecifikationen. Påståendet vitsordas i den mening att den upp-

ställda kravspecifikationen; i strid med gällande regelverk, endast kan uppfyllas av en viss helikoptertyp och en viss leverantör. Eurocopter påtalade detta redan då de ansökte om överprövning av leasingupphandlingen. Sjöfartsverket torde ha utgått från en viss helikoptertyp och därefter i strid med likabehandlingsprincipen anpassat kravspecifikationen utifrån den tilltänkta helikoptern. Sjöfartsverket har som grund för kravspecifikationen bl.a. hänvisat till "övriga myndigheters krav" samt SHK:s rapport. Den rapport som torde åsyftas är RS 2011:01. I rapporten uppställer SHK inga krav som ensidigt utpekar nu efterfrågad helikoptertyp. Eurocopter ställer sig frågande till Sjöfartsverkets påstående om att en större helikoptertyp än den nu efterfrågade skulle vara upp till dubbelt så dyr. Vidare ifrågasätts påståendet om att en större helikoptertyp inte har några operativa fördelar. En större helikoptertyp har, beroende på vilket räddningsuppdrag som är i fråga, klara fördelar jämfört med en mindre helikoptertyp. Omfattningen av ett visst räddningsuppdrag torde styra önskemålet om vilka resurser som är lämpliga i varje särskilt fall.

### **Sammanfattning**

Sjöfartsverket kan vid en sammantagen bedömning inte anses ha visat att det finns godtagbara operationella eller andra skäl till att utforma kravspecifikationen på ett sådant sätt att enbart en helikoptertyp kan komma ifråga. Sjöfartsverket har inte heller visat att enbart en viss tillverkare är i stånd att leverera räddningshelikoptrar detta särskilt mot bakgrund av den konkurrens som föreligger mellan leverantörer på den europeiska och den globala marknaden. Det kan därför inte anses föreligga godtagbara skäl att använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Genom Sjöfartsverkets beslut att tilldela kontraktet genom direktupphandling har Eurocopter frantagits möjligheten att delta i en upphandling avseende det aktuella kontraktet. Eurocopter riskerar att lida skada om Sjöfartsverket tecknar kontraktet utan att Eurocopter har haft möjlighet att lämna anbud. Eurocopter

är därmed behörig att begära överprövning av tilldelningsbeslutet.

*Sjöfartsverket*

#### **Avvisande av talan**

Sjöfartsverket har den 8 december 2011 i upphandlingsdatabasen Visma Opic och TED publicerat meddelande om frivillig förhandsinsyn avseende köp av sju räddningshelikoptrar från SAM. Eftersom publicering skedde den 8 december 2011, löper avtalsspärren ut den 18 december 2011. Sista dag för ansökan om överprövning var således den 19 december 2011. Eurocopters ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten den 20 december 2011 och ska därför i första hand avvisas som för sent inkommen.

#### **Allmänna utgångspunkter och grunder för att tillämpa förfarandet**

Sjöfartsverket ansvarar sedan årsskiftet 2008/2009 för såväl sjö- och flygräddningssom 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. Befintlig 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 he-

likopterbaseringar, 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 den föregående 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." Eurocopter påstod inte ens att de nu, eller i framtiden, kunde leverera en helikopter som motsvarar Sjöfartsverkets krav.

### **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 nyttovolym (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 underhållshangareerna 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. 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.

### **Sammanfattning**

Sjöfartverket har haft giltiga skäl för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Sjöfartsverket har ingen anledning att favorisera eller peka ut någon särskild tillverkare. 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 opti-

mal 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 § LOU 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 spe-

cifikationer 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.***

*Har ansökan kommit in i rätt tid?*

Förvaltningsrätten ska först ta ställning till om Eurocopters ansökan inkommit i rätt tid eller om den, i enlighet med Sjöfartsverkets yrkande, ska avvisas såsom för sent inkommen.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 5-9 §§ LOU får enligt 7 kap. 4 § samma lag skicka en annons om sin avsikt till Europeiska kommissionen. Vid s.k. förhandsinsyn får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att annonsen om förhandsinsyn publicerats. Sjöfartsverket har publicerat meddelande om förhandsinsyn både i den nationella upphandlingsdatabasen Visma Opic och i TED, webbversionen av "Tillägg till Europeiska unionens tidning för offentlig upphandling i Europa". Det förevarande avtalets värde, även om det inte närmare specificerats, måste bedömas överstiga tröskelvärdet för upphandlingar (aktuellt tröskelvärde är 125 000 Euro eller motsvarande 1 243 375 SEK enligt Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling). Publiceringsdatumet i TED är därför utgångspunkten vid beräkningen av tidsfristen för överprövning. Sjöfartsverket och Eurocopter har angett olika datum för när annonsen publicerades. I TED-annonsen framgår dock uttryckligen att annonsen publicerades den 14 december 2011. Tidfristen om tio dagar ska därför räknas från sistnämnda datum. Eurocopters ansökan om överprövning inkom till förvaltningsrätten den 20 december 2011 och således inom den lagstadgade tidsfristen. Sjöfartsverkets avvisningsyrkande ska därför avslås.

*Eurocopters yrkande om yttrande från Konkurrensverket*

Eurocopter yrkar att förvaltningsrätten ska inhämta ett yttrande från Konkurrensverket. Den fråga som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om Sjöfartsverket haft rätt att använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten bedömer att det inte finns skäl att hämta yttrande från Konkurrensverket. Eurocopters yrkande om det ska därför avslås.

*Har Sjöfartsverket brutit mot LOU?*

Förvaltningsrätten har efter att bedöma om Sjöfartsverket haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Det kan inledningsvis konstateras att upphandlingar som huvudregel ska annonseras. Som ovan nämnts överstiger avtalets värde tröskelvärdet för upphandlingar och 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 leasingupphandlingen. Rätten noterar också att Sjöfartsverket har uppfattningen 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 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 begräsningar i form av s.k. down-wash, vilket avsevärt försvårar vinsching 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 proportionalitetsprinci-



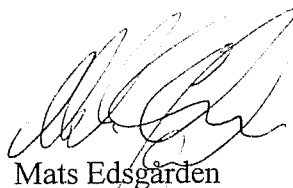
pen. Det saknas därmed skäl att pröva om också övriga krav i Sjöfartsverkets kravspecifikation är proportionerliga samt att gå vidare i proportionalitetsprövningen i övrigt.

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. Eurocopter 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.

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 8226-11 bifallit en ansökan från Aircontactgruppen NO, 986386092 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 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 3109/1D LOU