



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

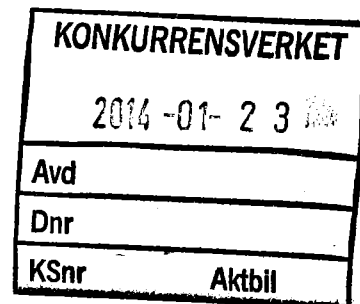
DOM
2014-01-22
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
2766-13 E

SÖKANDE

Bell Helicopter Textron Inc
P.O. Box 482
Forth Worth TX 76101
USA

Ombud:
Advokat Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm



MOTPARTER

1. Landstinget i Värmland
Upphandling och avtal
651 82 Karlstad

2. Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Bell Helicopter Textron Incs ansökan om överprövning.

Dok.Id 92774

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget i Värmland och Landstinget Dalarna har genomfört en upphandling av ambulanshelikoptrar. Enligt meddelande om tilldelningsbeslut har Eurocopter Deutschland GmbH (Eurocopter) antagits som leverantör.

PARTERNAS TALAN

Bell Helicopter Textron Inc (Bell) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av anbudet från Eurocopter, i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att kraven på fuzz burners och läkarsätets justerbarhet tas bort och i tredje hand att upphandlingen ska göras om. Bell begär vidare edition på så sätt att förvaltningsrätten förelägger landstingen att tillhandahålla den handling i Eurocopters anbud som innehåller uppgift om det av Eurocopter offererade priset. Bell yrkar vidare att muntlig förhandling hålls i målet och anför bland annat följande.

Bells anbud har förkastats trots att det uppfyllt samtliga skall-krav. Om anbudet inte hade förkastats hade Bell kunnat tilldelas kontrakt. Vidare uppfyller Eurocopters anbud inte samtliga skall-krav varför anbudet skulle ha förkastats. Tre leverantörer kvalificerades i upphandlingen (Bell, Eurocopter och AgustaWestland SpA). Landstingen och leverantörerna genomförde sedermera förhandlingar avseende upphandlingen. Enligt ett därefter upprättat förfrågningsunderlag daterat den 31 mars 2013 inbjöd landstingen leverantörerna att lämna anbud. Den 19 juni 2013 meddelade landstingen tilldelningsbeskedet av vilket framgår att anbud inkommit från samtliga tre leverantörer men att endast Eurocopters anbud ansetts uppfylla samtliga skall-krav. Av tilldelningsbeskedet framgår att landstinget antagit Eurocopters anbud utan föregående anbudsutvärdering. I tilldelningsbeskedet anges att den av Bell erbjudna helikoptern inte uppfyller två av skall-kraven som anges i avsnitt 3 och 6 i Kravspecifikationen. De specifika skall-kraven har följande lydelse:

3. "The offered helicopter shall have "Fuzz burners" on transmissions and engines".
6. "The medical doctor seat shall (be) possible to adjust by longitudinal movement and swiveling".

Bells anbud har förkastats med motiveringen att Bells erbjudna helikopter inte skulle uppfylla vissa tekniska krav, dels avseende en viss funktion i anslutning till motorn (en s.k. fuzz burner), dels avseende ett krav på flyttbart läkarsäte. Det är riktigt att Bells anbud vid en strikt lexikalisk tolkning av kraven kan uppfattas så att det inte uppfyller dessa. Bells uppfyller emellertid kraven, eftersom den erbjudna helikoptern har de funktioner som följer av de uppställda tekniska kraven. Vidare skulle det strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta anbudet. De aktuella kraven i Kravspecifikationen utgör tekniska specifikationer som regleras i 6 kap. LOU. Reglerna om tekniska specifikationer syftar till att sådana specifikationer inte ska vara handelshindrande för att därmed främja konkurrens, icke-diskriminering och proportionalitet. Enligt 6 kap. 1 § LOU ska specifikationerna vara utformade på något av de sätt som anges i 2 och 3 §§. Landstingen angav kraven i enlighet med 6 kap. 3 §, dvs. som prestanda- eller funktionskrav. Reglerna om tekniska specifikationer baseras på en underliggande princip att tekniska krav ska vara utformade så att det ska framgå vilket syfte som ska uppnås med det tekniska kravet, men att det står leverantörerna fritt att erbjuda en lösning som resulterar i att kravet uppfylls. I det tjugonionde övervägandet i preambeln till Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster ("EU-direktivet") som ligger till grund för lagstiftningen anges bl.a. följande: "De tekniska specifikationer som offentliga upphandlare upprättar bör tillåta att den offentliga upphandlingen öppnas för konkurrens. Det måste därför vara möjligt att lämna anbud som baseras på olika tekniska lösningar". I artikel 23 punkt 4 i EU-direktivet anges vidare följande: "Om en upphandlande myndighet väljer att hänvisa till specifikationer [innefattande bland annat prestanda- eller funktionskrav] ... får den inte förkasta ett anbud med motiveringen att varorna eller tjänsterna inte överensstämmer med specifikationer som den har hänvisat till, då anbudsgivaren på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten anser vara tillfredsställande i sitt anbud visar att de föreslagna lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven enligt den angivna tekniska specifikationen". Det är således tillräckligt om lösningarna uppfyller kraven på ett likvärdigt sätt. Vidare finns det i 6 kap. 6 § LOU ett uttryckligt förbud mot att förkasta ett anbud på grund av uppställda prestanda- eller funktionskrav om anbudet överensstämmer med ett europeiskt tekniskt godkännande, en gemensam teknisk specifikation, en internationell standard eller ett tekniskt referenssystem, som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan. Inom luftfartssäkerhetsområdet är Europeiska byrån för luftfartssäkerhet, EASA, ett sådant organ. Om en offererad lösning avseende ett uppställt prestanda- eller funktionskrav är certifierad av EASA, får anbudet sålunda inte förkastas. Bells erbjudna helikopter är certifierad.

Ett krav måste uppställas, tolkas och tillämpas med utgångspunkt från det syfte som ligger bakom kravet. Detta följer av proportionalitetsprin-

cipen. Av denna princip följer även att ett anbud inte får förkastas om det krav som inte uppfylls inte är relevant för den aktuella upphandlingen eller om det är av oväsentlig betydelse (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2012 i mål nr 2391-12). Nu aktuellt fall rör två helikoptrar om ett sammanlagt värde om upp till 120 miljoner kronor. Kravet på proportionalitet får således ställas mycket högt. Upphandlingen är uppdelad i fem steg. I steg 2 skickades ett preliminärt förfrågningsunderlag ut till leverantörerna. Leverantörerna fick därefter skicka in ett preliminärt anbud för bedömning. I steg 3 genomfördes förhandlingar i syftet att landstinget inom ramen för upphandlingen skulle kunna dra nytta av leverantörernas kompetens på området och få till stånd en diskussion kring de tekniska specifikationer som gällde för upphandlingen, dvs. landstingen skulle tillsammans med var och en av leverantörerna diskutera innehållet i leverantörens preliminära anbud i förhållande till utkastet till Kravspecifikation. Av utkastet framgår vidare att leverantörerna inte skulle tolka de tekniska specifikationerna strikt enligt sin ordalydelse. Kraven utgjorde prestanda- och funktionskrav som skulle tolkas av leverantörerna, vilka förutsattes presentera kreativa förslag på lösningar för att uppnå vad som efterfrågades. Landstingen skulle sedan utvärdera respektive leverantörs förslag på lösning. Vid utformningen av den slutliga Kravspecifikationen hade således landstingen kunskap om vilka helikoptermodeller som de tre leverantörerna skulle erbjuda. Med den kunskapen färdigställde landstingen därefter Kravspecifikationen, som medförde att två av tre anbud omedelbart förkastades. Enligt Bells mening är risken stor för brott mot likabehandlingsprincipen när Kravspecifikationen som här har framtagits efter samråd och "förhandlingar" med leverantörerna och när landstingen redan känt till vilka helikoptrar parterna skulle erbjuda.

Avsnitt 3 i Kravspecifikationen innehåller vissa tekniska krav som ställs på den erbjudna helikopterns utrustning. Kraven omfattar 12 punkter, bl.a. de krav landstingen påstår att Bell inte har uppfyllt. Leverantörerna uppmanades inte i förfrågningsunderlaget att redogöra för på vilket sätt kravet avseende fuzz burners har tillgodosetts, utan hade endast att kryssa i rutan att kravet uppfylls alternativt inte uppfylls. När Bell lämnade sitt anbud ansåg sig bolaget ha uppfyllt samtliga krav. Bell uppgav vidare att Bell 429 uppfyller det specifika kravet avseende fuzz burners och lämnade i anslutning därtill kompletterande information. Enligt ordalydelsen i det uppställda kravet ska såväl växellådan som motorn vara utrustade med fuzz burners. Den av Bell valda lösningen innebär att fuzz burners endast är installerade i växellådan men att det i den i motorerna ingående oljetrågpumpen finns en magnetisk s.k. chip detektor som kontrollerar förekomsten av metallfragment. Detta medför emellertid inte att kravet inte ska anses uppfyllt. Den av Bell valda lösningen uppfyller nämligen syftet med kravet. Till följd av normalt slitage på en helikopters olika komponenter kan det finnas en risk för att mikroskopiska metallfragment genereras och kommer in i motorn respektive väx-

ellådan, vilket kan skada dessa delar och i värsta fall orsaka haveri. För att upptäcka metallfragment är motorerna försedda med chip-detektorer. En typ av sådana chipdetektorer är s.k. fuzz burners. En fuzz burner är en anordning som installeras i en motor eller växellåda för att bränna sönder vissa metallfragment. Anordningen fungerar på så sätt att om chip-detektorerna upptäcker metallfragment, kan piloten trycka på en knapp för att aktivera anordningen och därigenom försöka bränna sönder metallfragmenten. Om metallfragmenten är mycket små, kan i vissa fall en fuzz burner åstadkomma detta, vilket i så fall bekräftas genom att helikopterns varningslampor då slocknar. Om metallfragmenten däremot är större, och fuzz burnern inte lyckas bränna sönder metallfragmenten, kommer helikopterns varningslampor att fortsätta att lysa. Helikoptern måste då av säkerhetsskäl landas. Syftet med en fuzz burner är således att reducera risken för att metallfragment som genereras vid drift skadar helikopterns motorer eller växellåda. Det finns fler sätt att tillgodose ovan angivna syfte än att installera fuzz burners. Bell har valt en säkerhetslösning som i stället utgår från att eliminera själva problemet och sålunda se till att metallfragment inte genereras, varvid fuzz burners med andra ord blir redundanta. Bell 429 är utrustad med två motorer. Frånvaron av en fuzz burner i motorerna har noga övervägts av Bell, motortillverkaren Pratt & Whitney och av utomstående opartiska organ. De tillämpliga luftfartygs- och motorcertifikationsföreskrifterna innehåller inget krav på en chip-detektor med fuzz burnerfunktion. Den säkerhetslösning som Pratt & Whitney valt för designen av sin motor är att dess komponenter är oljelagda i syfte att optimera komponenternas hållbarhet och tillförlitlighet. Därmed har Pratt & Whitney lyckats närmast eliminera risken för att metallfragment genereras i motorn och därav följande skador på motorn. Även om risken är försvinnande liten för att metallfragment ska uppkomma är Bell 429 dessutom utrustad med två magnetiska chip-detektorer som varnar piloten för det fall att metallfragment ändå skulle komma in i motorerna. Fuzz burners i sig kan inte minimera risken för att metallfragment genereras och således kan de inte bidra till att, om möjligt, ytterligare minska förekomsten av händelser hänförliga till de magnetiska chipdetektorerna. Mot bakgrund av att metallfragmentsproblem varit så sällan förekommande i den nu aktuella motortypen sedan den började användas i mitten på 1990-talet är nyttan eller lämpligheten av att installera fuzz burners inte ens mätbar och kan därför inte anses vara försvarbar. Motorn har därför också certifierats av bl.a. EASA och Federal Aviation Administration ("FAA"). Inte bara Pratt & Whitney utan även EASA och FALK är därmed av uppfattningen att det ur ett säkerhetsperspektiv inte skulle tjäna något syfte att utrusta motorn med en fuzz burner. Eftersom risken för att metallfragment genereras eller kommer in i motorn är närmast obefintlig i Bell 429, behövs inte någon fuzz burner. Härtill kommer att det som en extra säkerhetsåtgärd finns två chip-detektorer. Den av Bell valda lösningen uppfyller därmed syftet med det av landstingen uppställda kravet. Under alla omständigheter uppfyller den av Bell valda lösningen på

ett likvärdigt sätt syftet. Den av Bell erbjudna helikoptern är med andra ord en fullt utbytbar produkt (jfr artikel 23.4 i EU-direktivet samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05).

Beträffande kravet på läkarsätets justerbarhet framgår att det ska vara möjligt att justera det säte som är avsett för läkaren genom långsgående förflyttning och snurrning. Kravet uppfylls av Bell, dels genom att läkarsätet kan snurras, dels genom att den primära bårplattformen kan flyttas på längden och snurras så att båren kan flyttas för att göras lättillgänglig för den medicinska personalen. Det är i och för sig riktigt att enligt det av landstinget uppställda skall-kravet ska läkarsätet både kunna snurras och kunna flyttas på längden, medan den av Bell beskrivna lösningen i stället innebär att läkarsätet endast kan snurras men att bårplattformen kan både snurras och flyttas på längden. Detta medför dock inte att kravet inte ska anses uppfyllt. Landstingen har nämligen innan Bell lämnade sitt anbud godkänt den av Bell valda lösningen. Vid ett telefonsamtal den 5 juni 2013 mellan Rob Pennell, regionchef för Storbritannien och Nordeuropa hos Bell, och läkaren Erik Rinstad, som företrädde landstingen i upphandlingen, diskuterades det aktuella kravet. Rob Pennell uppgav därvid att den helikopter som Bell avsåg att erbjuda hade ett läkarsäte som kunde snurras och en bårplattform som både kunde snurras och flyttas på längden. Han berättade vidare att möjligheten att flytta bårplattformen på längden innebär att patienten blir mera lättillgänglig för den medicinska personalen än om läkarsätet i stället hade varit möjligt att flytta på längden. Han nämnde dessutom också att läkarsätet i själva verket hade en funktion för förflyttning på längden men att tillverkaren av läkarsätet, Aerolite Max Bucher AG (Aerolite) ännu inte hade erhållit erforderlig certifiering utan väntades erhålla detta först under 2015. Detta var dock i och för sig tillräckligt för att uppfylla kravet att icke-certifierad utrustning ska ha erhållit certifiering senast den 31 december 2015. Mot den angivna bakgrunden kunde Rob Pennell försäkra att den av Bell valda lösningen på ett likvärdigt sätt skulle kunna uppfylla det syfte som låg bakom kravet, nämligen att säkerställa patientens lättillgänglighet för den medicinska personalen. Vid telefonsamtalet bekräftade Erik Rinstad för Rob Pennell att den av Bell valda lösningen var tillfredsställande. Efter telefonsamtalet med Erik Rinstad kontaktade Rob Pennell Michel Higelin hos Aerolite för att få bekräftat att läkarsätet ännu inte hade erhållit erforderlig certifiering för att kunna flyttas på längden. Rob Pennell redogjorde också för det samtal som han hade haft med Erik Rinstad. Han berättade att landstingen hade ansett den av Bell valda lösningen, med det av Aerolite tillverkade läkarsätet, tillfredsställande. Michel Higelin, som själv tidigare under våren närvarat vid möten med landstingen, kunde bekräfta att läkarsätet ännu inte hade erhållit erforderlig certifiering för att kunna flyttas på längden men att detta skulle komma att erhållas under 2015. Han uppgav också för Rob Pennell att landstingen tidigare hade godkänt den av Bell valda lösningen. Omedelbart efter telefonsamtalet med Michel Higelin ringde

Rob Pennell på nytt upp Erik Rinstad som bekräftade att han var tillfredsställd med den av Bell valda lösningen. Eftersom Erik Rinstad är läkare, och i förlängningen den som skulle komma att använda sig av läkarsätet samt representerade landstingen förlitade sig Rob Pennell på vad Erik Rinstad sade. Härigenom får landstingen anses ha ändrat Kravspecifikationen innebärande att kravet ska anses uppfyllt även med den av Bell valda lösningen. Bell har med fog förlitat sig på att Landstinget på detta sätt har haft rätt att ändra Kravspecifikationen. Dessutom kan det av Bell erbjudna läkarsätet i själva verket flyttas på längden på i kravet angivet sätt, även om denna funktion inte väntas erhålla erforderlig certifiering förrän under 2015, vilket dock är tillräckligt för att uppfylla kravet senast den 31 december 2015. Trots detta valde Bell med hänsyn till att landstingen redan hade godkänt den av Bell valda lösningen med en flyttbar bårplattform att inte ange i anbudet att också läkarsätet är flyttbart, om än ännu inte certifierat. Bells valda lösning uppfyller på ett likvärdigt sätt syftet med det uppställda skall-kravet. Ytterligare stöd för detta utgörs av den omständigheten att också den ambulanshelikopter som nyligen upphandlats av Region Gotland innehåller en lösning med en justerbar bårplattform i stället för ett justerbart läkarsäte. För det fall förvaltningsrätten ändå skulle finna att det föreligger grund för att förkasta anbudet, gör Bell gällande att kravet som sådant är oproportionerligt, varför förfrågningsunderlaget står i strid mot proportionalitetsprincipen.

Beträffande helikoptrar finns två här aktuella typer av EASA-certifikat, CS-27 (Small Rotorcraft) och CS-29 (Large Rotorcraft). I Kravspecifikationen anges att de av anbudsgivarna erbjudna helikoptrarna ska innehålla något av nyss nämnda certifikat. Den av Eurocopter erbjudna helikoptern är inte certifierad av EASA. Vidare anges att de erbjudna helikoptrarna ska vara certifierade och utrustade enligt LASA OPS. Skallkravet avseende EASA-certifiering bekräftades också av landstingen i de frågor och svar som lämnades. I Kravspecifikationen anges vidare att anbudsgivarna skulle lämna en detaljerad redogörelse för hur och av vilket organ helikoptern blivit certifierad. Det framgår således tydligt av Kravspecifikationen och frågor och svar att anbudsgivarna, för att uppfylla skall-kravet, var tvungna att erbjuda en helikopter som var certifierad av EASA. Skall-kravet är naturligt för en upphandling av ambulanshelikopter eftersom certifieringen medför att en beställare därigenom med enkelhet kan kontrollera av leverantören angiven information rörande helikoptern. Den av Eurocopter erbjudna helikoptermodellen EC 145 T2 är inte certifierad av EASA. I Eurocopters anbud har endast angivits att certifieringsproceduren pågår. Följaktligen var det fel av landstingen att inte redan på denna grund förkasta Eurocopters anbud. Landstingen hävdar att skall-kravet inte behöver vara uppfyllt förrän vid leveransen av helikoptern. Å ena sidan anger landstingen att just det krav som finns i avsnitt 1 i Kravspecifikationen att helikoptern ska vara certifierad inte är ett skall-krav, utan i stället ett kontraktsvillkor. Å andra sidan

hänvisar landstingen till Kammarrätten i Stockholms dom den 25 mars 2013 (mål nr 6756-12) och anger att skall-krav inte behöver vara uppfyllda förrän vid leveranstidpunkten ("utförandet av tjänsten"). Oavsett hur landstingen menar är landstingens inställning en uppenbar efterhandskonstruktion.

I kravspecifikationen anges vidare att de av anbudsgivarna erbjudna helikoptrarna ska inneha ("shall have") EASA-certifikat CS 27 och CS-29 och att helikoptern ska vara ("shall be") certifierad och utrustad enligt EASA OPS för en sådan användning som anges i kravet. Redan ordalydelsen ger uttryck för att det rör sig om obligatoriska skall-krav och inte om kontraktsvillkor. Om kravet är ett kontraktsvillkor måste det vara uppfyllt senast vid kontraktets ingående. Även om kravet på certifiering utgör ett kontraktsvillkor framgår det ingenstans att villkoret om certifiering inte behöver vara uppfyllt förrän vid leverans av helikoptern. Om det hade rört sig om ett kontraktsvillkor kan kravet i vart fall inte tolkas så att villkoret inte behöver vara uppfyllt vid undertecknandet av kontraktet, vilket alltså skulle ha skett tio dagar efter tilldelningsbeskedet. Vid den tidpunkten skulle dock certifieringen inte ha varit klar enligt anbudet. Att meningen skulle ha varit att kravet ska vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets ingivande framgår också motsatsvis av att det i avsnitt 1 i Kravspecifikationen anges ett särskilt undantag för utrustning som ska monteras i helikoptern, t.ex. läkarsätet. Därvid anges att för ännu inte certifierad utrustning ska denna ha godkänts och monterats i helikoptern senast den 31 december 2015. Om landstingen hade avsett att själva helikoptern inte behöver bli certifierad förrän efter det att anbudet getts in kan det hållas för visst att även tiden för detta hade angivits i Kravspecifikationen. Av ovanstående framgår att kravet avseende EASA-certifiering uppenbart är ett skall-krav.

Skall-krav måste alltid vara uppfyllda vid tiden för anbudet och inte senare. Om kravet inte behöver vara uppfyllt förrän efter det att tilldelning skett, skulle landstingen inte kunna kontrollera om kravet är uppfyllt. Detta har även konstaterats i rättspraxis. I Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 april 2012 (mål nr 26-12) uttalar domstolen bl.a. följande: "Frågan är då vid vilken tidpunkt ett skall-krav ska vara uppfyllt. Om inget särskilt anges i förfrågningsunderlaget anser kammarrätten att skall-krav som huvudregel ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet. Denna utgångspunkt bekräftas även i det av landstingen åberopade avgörandet av Kammarrätten i Stockholm (mål 6756-12). Då den av Eurocopter erbjudna helikoptern inte var certifierad vid tidpunkten för ingivandet av anbudet, och fortfarande inte är det, uppfyller således inte Eurocopters anbud skall-kravet och borde ha förkastats.

Enligt de administrativa föreskrifterna har landstingen budgeterat en kostnad om 60 miljoner kronor för sitt köp av en ambulanshelikopter och har följaktligen ställt upp ett skall-krav avseende leverantörernas re-

spektive anbudspris. Bell har begärt ut en kopia av Eurocopters anbud. Landstinget har emellertid beslutat att sekretessbelägga uppgifter som rör det av Eurocopter offererade priset. Enligt uppgift överstiger dock Eurocopters anbud det fastställda maxpriset. Om så är fallet uppfyller Eurocopters anbud således inte skall-kravet avseende anbudspris.

Landstingen motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

Bells anbud har uteslutits på grund av att anbudet inte uppfyllt två av landstingets obligatoriska krav. Bell har inte visat på vilket sätt deras anbud skulle ha sett annorlunda ut om påstådd brist i likabehandling inte förelegat. Bell kan därför aldrig anses lida skada genom att landstinget antagit ett konkurrerande anbud. Då någon skada inte kan konstateras som skulle ha sin grund i brist på likabehandling av leverantörer kan den återopade grunden inte läggas till grund för ingripande enligt LOU. Bells anbud med helikopter av typ Bell 429 uppfyller inte alla obligatoriska krav. Anbudet har därför förkastats. Eurocopters anbud med helikopter av typ EC145T2 uppfyller alla obligatoriska krav.

Förhandlat förfarande med föregående annonsering är under vissa förutsättningar ett alternativ till ett sedvanligt öppet förfarande. Parterna bereds tillfälle till förhandlingar och diskussioner kring den i steg 2 mer generella kravspecifikationen och villkor i övrigt. Ett förhandlat förfarande med föregående annonsering innebär i steg 1 att leverantörer ansöker om att få delta i landstingets upphandling. Som inledning av steg 2 bjöds tre ansökande och godkända leverantörer in att lämna anbud. Till dessa tre utvalda leverantörer sändes en inbjudan att lämna anbud tillsammans med ett förfrågningsunderlag. I kravspecifikationens steg 2 finns dels ett antal obligatoriska krav, dels ett antal önskvärda egenskaper som uttrycks i generella termer. Leverantörerna bereds tillfälle att beskriva sina lösningar. De önskvärda egenskaperna och leverantörernas lösningar var sedan föremål för kommande diskussioner och förhandlingar. Förhandlingar och diskussioner inleddes därefter med de tre leverantörerna. Företrädare för Bell besökte landstinget den 17 maj 2013. Efter avslutade förhandlingar inleddes steg 3. De tre leverantörerna tillsändes då ett slutligt förfrågningsunderlag och en slutlig kravspecifikation, daterade den 31 maj 2013. Ett antal diskussionsfrågor i steg 2 blev nu obligatoriska krav i steg 3. Slutliga anbud skulle vara landstinget tillhanda senast den 14 juni 2013. Vid utvärderingen har landstingen konstaterat att anbudet från Eurocopter är det enda som uppfyller samtliga av landstingens ställda obligatoriska krav. Bells anbud uppfyller inte två av landstingens obligatoriska krav. Ett av dessa krav är att så kallade fuzz burners ska finnas på både växellåda och motor. Av Bells anbud framgår att Bell 429 har fuzz burner i växellådan men inte i motorn. I motorn finns en magnetic chip detector vilket inte är det samma som en fuzz burner. Landstingens krav är därmed inte uppfyllt. Det

andra ej uppfyllda kravet avser krav på att "the medical doctor seat shall be possible to adjust by longitudinal movement and swiveling". Av Bells anbud framgår som svar på detta krav att patientbåren är justerbar i längd och vridbar. Det är inte en bekräftelse på att medical doctor seat ska vara skjutbar i längdled och vridbar. Landstingets krav är därmed inte uppfyllt. Under förhandlingsfasen har leverantörens leveranstider diskuterats. Landstingets avsikt är att driftstart av ambulanshelikopter- verksamheten ska kunna ske med början i juli månad 2014, med angiven möjlighet för leverantörerna att presentera tillfälliga lösningar för att tillhandahålla ambulanshelikopter intill dess att ordinarie leverans sker. Av landstingets slutliga kravspecifikation framgår ett antal krav, bl.a. krav på att den offererade helikoptern ska vara certifierad i ett antal avseenden. Vare sig av förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter eller av kravspecifikationen kan utläsas eller ens tolkas att den offererade helikoptern måste vara certifierad i alla avseenden redan vid tiden för anbudets ingivande. Det är orimligt att tolka att kravet på certifiering i alla avseenden måste vara uppfyllt vid anbudstidens utgång eftersom leveranstiden hos alla tre anbudsgivande leverantörs offererade helikoptermodeller är mellan 12 och 18 månader. En ständig produktutveckling sker under produktionstiden hos alla leverantörer vilket i sin tur kan kräva nya certifieringar. Man måste därför förstå landstingens formulering kring kravet på certifiering i angivna avseenden som ett kontraktvillkor som ska vara uppfyllt vid leveransen. Är kravet ej uppfyllt vid avtalad leveranstid kan fråga om leveransförsening med därmed sammanhängande konsekvenser som förseningsvite eller annan påföljd komma i fråga. Den av Eurocopter offererade modellen EC145 T2 kommer att vara certifierad i enlighet med landstingets krav under första halvåret 2014 och allra senast i samband med leveransen. Leverans är beräknad att ske i november 2014. Eurocopter har i anbudet bekräftat att offererad helikopter då är certifierad i enlighet med landstingets krav. Genom Eurocopters bekräftelse på kravuppfyllelse i anbudet anser landstinget att kravet är uppfyllt. Till stöd för att certifiering inte behöver föreligga vid tiden för anbudets ingivande åberopar landstingen Kammarrätten i Stockholms dom den 25 mars 2013 (mål nr 6756-12). Eftersom Bells anbud inte uppfyllt två obligatoriska krav har landstinget på ett korrekt sätt uteslutit Bell från att kvalificera sig till själva utvärderingsfasen. Eurocopters anbud uppfyller alla obligatoriska krav. Därmed saknas anledning till ingripande enligt LOU.

Landstingens uppfattning är att två av de obligatoriska kraven inte uppfylls vare sig vid en strikt bokstavstolkning eller vid en funktionell bedömning. Kraven har varit tydliga. I den slutliga kravspecifikationen har alla obligatoriska krav framgått. Dessa krav har inte uttryckts i termer av önskade funktioner utan med tydliga klart definierbara krav. Självfallet kan olika tekniska lösningar tillämpas och vara tillåtna. Det som framgår av Bells anbud innebär inget uppfyllande av landstingets två obligatoriska krav (fuzz burners på motor och växellåda och dels kravet på

vissa egenskaper på medical seat). Bells anbud i dessa delar är lösningar på annat än det landstinget efterfrågat. Syftet med landstingets obligatoriska krav på "fuzz burners" på både växellåda och motorer är relaterat till operationell säkerhet, redundans och ökad tillgänglighet på ambulanshelikoptern. Detta gäller särskilt för de ambulanshelikopteroperationer som ska utföras samt i kombination av Värmlands geografiska beskaffenhet. Generellt sett handlar kravet om att på olika sätt kunna identifiera metallspånbildning i oljesmorda växellådor. Förekomst av metallspån hittas genom analys av oljeprover eller med så kallade magnetpluggar. En växellåda med metalldrev skapar alltid en viss mängd metallspån vid normal drift. Om dessa spån är för stora eller förekommer i för stort antal kan det vara ett tecken på att växellådan håller på att skära ihop eller helt enkelt gå sönder. För att regelbundet kunna kontrollera detta är växellådor inom flyget utrustade med så kallade magnetpluggar. Magnetpluggarna tar omgående hand om större omfattning av spån. Pluggarna har till uppgift att samla på sig spån i växellådans olja. Spånen syns vid en visuell inspektion av pluggen som sker på marken. De flesta magnetpluggar är utrustade med en givare som ger en varning i cockpit om spån har identifierats av magnetpluggen under flygning. En magnetplugg med "fuzz burners" är en magnetplugg som har allt enligt ovanstående men också en funktion till, den kan bränna bort den första uppkomsten av metallspån på magnetpluggen under flygning. Om "fuzz burners" inte finns på de magnetpluggar som identifierar om en växellåda skapar metallspån måste flygningen avbrytas och efter landning avlägsnas magnetpluggarna som då visuellt måste undersökas. Denna manöver är inte något som landstingen önskar att utföra under måhända svåra flygförhållanden och kanske med patient ombord med pågående vårdbehov. I det fall "fuzz burners" är monterat enligt landstingens krav kan piloten i luften bränna bort den första ansamlingen av metallspån och fortsätta flygningen utan att behöva söka upp lämpligt landningsområde. Detta ger självklart en trygghet till piloten som vid första varningen har en åtgärd att ta till enligt checklistan som inte omedelbart innebär att flygningen måste avbrytas. Detta blir särskilt viktigt då de flesta av dessa spånvarningar är falska och hänför sig till det normala slitaget av växellådan men ändå triggar spånvarningen en gång. Skulle varningen inte försvinna måste självklart andra åtgärder vidtas då det troligen är ett större fel som har uppstått på växellådan. Att under pågående uppdrag i svåra förhållanden tvingas landa då första varningen uppstår på varningspanelen är således inte lämpligt när det finns lösningar på marknaden för att förhindra detta. Eftersom det finns lösningar i enlighet med landstingens obligatoriska krav, och som även tillhandahålls av Bells konkurrenter Eurocopter och Agusta, anser landstingen att Bells lösning inte är i överensstämmelse med landstingens obligatoriska krav och ej heller ens är ett likvärdigt alternativ.

Arbetsmiljön för den personal som arbetar i ambulanshelikoptern ska vara både säker, ergonomisk och ska kunna minimera risken för arbets-

skador. Den vård som bedrivs i helikoptern ska inte innebära risker för patienten som med angiven konstruktion av medical seat kan elimineras. Vid svåra skador och sjukdomstillstånd kan vårdpersonalen behöva utföra patientarbete under flygningens alla faser, dvs. under uppstart, färd och vid landning. Vårdpersonalen ska kunna vara bältad under flygningens alla faser och fortfarande kunna bedriva avancerad sjukvård. Att bedriva avancerad sjukvård innebär att man ska kunna komma åt patienten från huvudet ner till låren samt kunna nå all den medicintekniska utrustningen som är fästad i taket eller på väggen. För att vårdpersonalen ska kunna vara bältad och bedriva avancerad sjukvård krävs att stolen (medical seat) kan vridas och flyttas i längdled. Bells lösning med att i stället flytta patientbåren innebär en tung och oergonomisk situation där dessutom personalen kan behöva spänna loss sig från stolen för att komma åt den spärr som frigör patientbåren. Detta eftersom stolen inte går att skjuta i längdled. Detta moment kan behöva upprepas flera gånger om vårdpersonalen ska komma åt hela patienten. Om det är två vårdare bak, en vid patientens huvudända och en vid sidan av patienten, kan inte båren flyttas i längdled och vårdaren vid patientens sida måste spänna loss sig för att kunna nå hela patienten. För att arbetsmiljön i helikoptern ska vara ergonomisk och minimera risken för arbetsskador ska tunga lyft, belastning i sneda kroppställningar och tung belastning med händerna i ytterposition undvikas. Om stolen ej är skjutbar i längdled måste personalen sträcka och vrida sig för att komma åt patienten och den medicintekniska utrustningen. Med Bells lösning är det omöjligt att nå hela patienten och den medicintekniska utrustningen utan att flytta patientbåren. Flytt av patientbår innebär att vårdpersonalen kan behöva koppla loss säkerhetsbältet för att komma åt spärren och vårdpersonalen får sedan en mycket oergonomisk och tung belastning då båren ska flyttas. De båda momenten kan behöva utföras flera gånger under en transport. Om patienten är nedsövd och intuberad samt har venösa infarter där medicin ges innebär det även en stor patientsäkerhetsrisk med att flytta båren. En person ska då flytta båren samtidigt som den ska ha kontroll på att inte respiratorslangen eller andra slangar eller sladdar fastnar eller rubbas ur läge. En oavsiktlig extubation (att slangen till patientens lungor dras ut) under flygning innebär livsfara för patienten. Att patienter är intuberade under transport i ambulanshelikoptern sker vid cirka 15 procent av de ca 500 primära uppdragen och cirka 60 procent av de cirka 200 sekundära uppdragen. Således innebär detta en betydande patientrisk för en stor patientgrupp. Bells lösning innebär att personalen utsätts för oacceptabla risker då de kan tvingas vara obältade för att kunna bedriva avancerad sjukvård. Bells lösning att båren flyttas innebär en ökad risk för belastningsskador då tunga arbetsmoment kan behöva utföras flera gånger under ett uppdrag. Vidare ger Bells lösning en påtaglig patientsäkerhetsrisk med fara för patientens liv. Eftersom det finns lösningar i enlighet med landstingens obligatoriska krav anser landstingen att Bells lösning inte är i överensstämmelse med landstingets obligatoriska krav och ej heller ens ett likvärdigt alternativ. Ett "lik-

värdigt sätt” är inte det landstinget frågat efter och kan således självfallet inte godkännas vid en anbudsutvärdering. Landstingen har stor frihet att själv ange kraven på de varor och tjänster som ska upphandlas, i detta fall upphandling av en ambulanshelikopter. Landstingen ställer själv de krav som anses både ändamålsenliga och proportionerliga. Det ankommer inte på Bell att ha synpunkter på om landstingets krav är relevanta eller inte.

Av landstingets kravspecifikation kan utläsas ett stort antal obligatoriska krav. Att Bell anser att endast två av alla dessa angivna krav skulle vara oproportionerliga är självfallet av den anledningen att Bell inte i sitt anbud förmått visa att de uppfyller just dessa två krav. Att två leverantörer visat sig uppfylla kraven talar i sig för att kraven inte kan anses vara oproportionerliga.

Ett europeiskt godkännande från EASA innebär inte att landstingens krav är ovidkommande. Även en helikopter med frånvaro av både fuzz burners och medical seat kan i och för sig ge ett europeiskt EASA-godkännande men detta innebär inte samtidigt ett uppfyllande av landstingens obligatoriska krav. Att samtliga personbilar som säljs i Sverige även är godkända för drift i Sverige skulle för den skull inte innebära att landstingen skulle vara förhindrade att ställa ytterligare krav på t.ex. trafiksäkra fordon i olika hänseenden eller på fordon med höga miljökrav uppfyllda vid upphandling av tjänstefordon. På samma sätt kan landstingen ställa krav på sin framtida ambulanshelikopter som går utöver ställda EASA krav för att erhålla certifiering. Ingenstans i det inledande förfrågningsunderlaget (steg 2) finns en anvisning till leverantörerna att inte tolka underlaget strikt enligt sin ordalydelse på det sätt som Bell påstår. Självfallet ska all publicerad dokumentation läsas med utgångspunkt av vad som faktiskt står i dokumenten. Förhandlingsfasen med tillhörande diskussioner har inte avslutats med landstingens utvärdering av leverantörernas förslag på olika lösningar. Landstingen har endast konstaterat att leverantörsförhandlingarna med tillhörande diskussioner är avslutade och därefter inlett arbetet med att ta fram det slutliga förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen. Ett antal diskussionsfrågor i steg 2 blev nu obligatoriska krav i det slutliga förfrågningsunderlaget. Landstingen hade efter avslutade förhandlingar kunskap om leverantörerna och vilka helikoptermodeller som skulle kunna offereras. Däremot hade landstingen ingen kunskap om vilka lösningar leverantörerna skulle kunna erbjuda på de obligatoriska krav så som de slutligen angavs i den slutliga kravspecifikationen. Landstingen har under förhandlingsfasen lyssnat av Bells dåvarande lösningar på olika problem och olika tekniska lösningar men har inte meddelat Bell eller någon annan leverantör att deras lösning inte skulle vara godkänd eftersom de slutliga kraven på fuzz burners och medical seat ställdes först efter avslutade förhandlingar i den slutliga kravspecifikationen. Landstingen har inte uppställt krav som missgynnat någon leverantör. Efter avslutade förhandlingar var det

inte känt för landstingen att kravet på fuzz burners eller medical seat inte skulle kunna uppfyllas av Bell. Förekomsten av ett magnetic chip är inte i enlighet med landstingets obligatoriska krav. Landstingen anser inte att chip detector är detsamma som en fuzz burner, ej heller att chip detector fyller samma funktion eller ens en liknande funktion som en fuzz burner. Att EASA inte ställer krav på fuzz burners är irrelevant. Landstingen anser inte att en skjutbar patientbårslåde är detsamma som en i längdled skjutbar medical seat. En skjutbar patientbårslåde uppfyller inte heller på ett likvärdigt sätt det syfte som landstinget eftersträvar genom sitt krav. En skjutbar patientbårslåde är ej heller en likvärdig och fullt utbytbar produkt med en i längdled skjutbar medical seat. Det är irrelevant att Region Gotland upphandlat en ambulanshelikopter med en justerbar patientbår. Landstingen bestrider påståendet om att landstingen godkänt den av Bell valda lösningen med en skjutbar patientbårslåde. Det som landstingets Eric Rinstad samtalat med Bells Rob Pennell per telefon om är följande:

Rob Pennell ringde upp Eric Rinstad och redogjorde för att Bell ej kunde uppfylla landstingens krav på medical seat. Pennell redogjorde för att Bell har golvskenor som går vinkelrätt mot helikopterns längdriktning vilket inte möjliggör förflyttning av stolen i patientbårens längdriktning. Eric Rinstad och Rob Pennell diskuterade saken.

Den certifiering som Bell säger sig kunna erbjuda 2015 är inte tillfyllest då det fortsatt innebär att patientbåren ska flyttas för att nå hela patienten.

Landstinget bestrider att särskild överenskommelse träffats med Bell i telefonsamtal mellan Eric Rinstad och Rob Pennell där landstingen påstås ha godkänt Bells lösning. Landstingen har genom Eric Rinstad endast uttryckt att Bell var välkommet att lämna anbud och att landstingen sedan skulle granska dessa. Bell påstår att telefonsamtalet med landstingen i sig skulle innebära en ändring av kravspecifikationen. All dokumentation som tillhör upphandlingen är skriftlig. Eventuella justeringar eller ändringar av upphandlingens dokument mellan de olika stegen i upphandlingen finns dokumenterade skriftligt. Därutöver har inga ändringar eller justeringar skett. Det är irrelevant vad telefonsamtalet handlat om.

Landstingen vidhåller att det av Eurocopters anbud framgår att certifieringen av offererad helikoptermodell är klar senast i samband med att leverans kommer att ske i november 2014. Det är märkligt att Bell påstår att ordalydelsen av ett uppsatt villkor är högst relevant när det gäller en konkurrent medan man vid brister på kravuppfyllelse i sitt eget anbud anför att ordalydelsen av ett villkor i förfrågningsunderlaget inte har samma betydelse. Huruvida landstingets val av Eurocopter som leverantör är verksamhetsmässigt och ekonomiskt riskabelt är inte en fråga för Bell att över huvud taget ha en uppfattning om. Landstingets mall för

upphandlingskontrakt ska tas för vad det är, nämligen ett första utkast till förslag till leveransavtal som i sin slutliga version kommer att omarbetas på ett flertal punkter både med hänsyn till leverantörens anbuds-innehåll och till leverantörernas standardkontrakt. Betalningsvillkoren är en av de saker som kommer att diskuteras med den leverantör som slutligen kommer att erhålla kontraktet. Det Bell anför om betalningsvillkoren är en sådan punkt som kommer att bli föremål för förändringar i förhållande till mallen.

Enligt Bell anför Kammarrätten i Göteborg att det som huvudregel gäller att ett obligatoriskt krav ska vara uppfyllt vid anbudsgivandet. Kammarrätten säger i detta uttalande inget om de undantagsregler som kan tillämpas från detta synsätt. Landstingen framhåller att det saknas anledning att betvivla, eller att det av vad som framgår av Eurocopters anbud haft anledning att betvivla, att det obligatoriska kravet på certifiering av offererad helikoptermodell inte skulle vara uppfyllt senast vid leveranstillfället.

De tre leverantörens anbudpriser har på leverantörernas egen begäran av landstinget belagts med sekretess. Vad Bell enligt egen uppgift ryktesvis har hört gällande Eurocopters anbudpriser kan landstinget därför inte kommentera. Landstinget vill dock i sammanhanget erinra om att det av landstingets slutliga administrativa föreskrifter (punkt 1.2) framgår att om anbudspriset överstiger det av landstinget angivna kan anbudet komma att förkastas, inte att det kommer att förkastas. Det är således inget obligatoriskt krav med innebörden av att landstinget måste förkasta ett anbud som överstiger det av landstinget angivna anbudspriset.

Bell tillägger bland annat följande.

Om kraven avseende fuzz burners och läkarsätets justerbarhet ska tolkas strikt enligt ordalydelsen, innebär det att landstingen i strid mot LOU på ett sent stadium under anbudsperioden väsentligt har ändrat förutsättningarna för upphandlingen genom att lägga till nya obligatoriska krav. Leverantörernas preliminära anbud skulle inges senast den 8 maj 2013. "Förhandlingen" med leverantörerna påbörjades i mitten av maj 2013 och de Administrativa Föreskrifterna och Kravspecifikationen där de aktuella kraven infördes är daterade den 31 maj 2013. Enligt de Administrativa Föreskrifterna skulle leverantörerna komma in med slutliga anbud senast den 14 juni 2013. När kraven lades till hade landstingen kännedom om att motorn i Bell 429 inte var försedd med en fuzz burner och att läkarsätet inte kunde flyttas i helikopterns längdriktning. De pre-

liminära anbuden baserades på utkastet till administrativa föreskrifter. Utkastet till kravspecifikation innehöll krav på helikopterns utförande och utrustning samt krav att leverantörerna skulle beskriva olika tekniska lösningar. Bell presenterade i enlighet härmed i sitt preliminära anbud den valda lösningen avseende såväl fuzz burners som läkarsätets justerbarhet. Landstingen hade alltså kunskap om vilken helikoptermödel och vilken utrustning som Bell skulle erbjuda när de aktuella kraven infördes i den slutliga Kravspecifikationen. De krav som påstås diskvalificera Bells anbud har alltså lagts till efter konsultation med Bells konkurrent, Eurocopter, som tilldelades kontraktet. Bell vill hänvisa bland annat till punkt 8 i preambeln till EU-direktivet 2004/18/EG) som lyder "Innan ett upphandlingsförfarande inleds får den upphandlande myndigheten genom en "teknisk dialog" söka eller godta råd som kan användas när specifikationerna utarbetas, dock under förutsättning att sådana råd inte leder till hinder för konkurrensen" 1.3.12 Att konsultationer med konkurrenter avseende tekniska specifikationer är otillåtna framgår vidare av WTO-avtalet "Agreement on Government Procurement", vilket ligger till grund för EU-direktivet 1.3.13 Förfarandet att lägga till nya krav efter förhandlingar är vidare inte förenligt med 4 kap. 3 § LOU. En förhandling får avse att anpassa anbud för att de ska bli förenliga med redan uppställda krav men får inte gå ut på att ändra väsentliga krav. Att göra så stora förändringar av de tekniska kraven bara två veckor innan anbudstiden går ut står vidare i strid mot bestämmelserna i 8 kap. 1 § LOU som innebär att tidsfrister för att komma in med anbudsansökningar måste vara skäliga med beaktande av hur komplicerad upphandlingen är och hur lång tid som leverantören kan antas behöva för att utarbeta anbuden.

Det är inte korrekt att helikoptern omedelbart måste nödlandas och att underhållsarbete därefter måste utföras för det fall helikopterns varningslampor avseende metallfragment lyser. I den till Bell 429 hörande nödmanualen listas sådana åtgärder som bör vidtas för det fall ett fel uppstår på helikoptern. Nödmanualen har granskats av bl.a. Transport Canada, och den nuvarande utformningen, version 8, godkändes den 11 januari 2013. Fel kan vara av olika kritisk beskaffenhet och beroende på felets art ska därför skilda nödåtgärder vidtas enligt nödmanualen. I nödmanualen framgår att om chip-detektorer i motorerna har upptäckt metallfragment och endera eller båda av helikopterns varningslampor börjar lysa ska helikopterpiloten vidta vissa angivna åtgärder. En första åtgärd är att reducera kraften. Om piloten bedömer att det inte är tillräckligt kan denne stänga av den aktuella motorn. Bell 429 är utrustad med två motorer. Detta innebär att om en av varningslamporna lyser och piloten behöver vidta åtgärden enligt punkt 2 i manualen och sålunda stänger av den felande motorn, kan helikopterflygningen fortsätta med användning av den andra motorn. Det är alltså inte nödvändigt att landa helikoptern som landstingen påstår. Det torde i och för sig vara uteslutet att metallfragment skulle uppstå i båda motorerna samtidigt, men om

åtgärderna i punkterna 1 och 2 i manualen ändå av något skäl inte skulle räcka till, aktualiseras punkt 3 i manualen. Den åtgärd som piloten då ska vidta är dock inte att nödlanda omedelbart, utan denne ska landa helikoptern för att åtgärda problemet när det är lämpligt. Att avsaknad av en fuzz burner skulle medföra risk för att helikoptern måste landas i svåra förhållanden "då första varningen uppstår på varningspanelen" är alltså grundlös. Med Bells säkerhetslösning behövs därför inte fuzz burners i motorn, eftersom det inte kommer att finnas metallfragment där att bränna bort. Av Pratt & Whitneys brev den 12 juli 2013 framgår att sedan den nu aktuella motortypen började användas i mitten av 1990-talet har endast fem fall rapporterats efter över 6,6 miljoner flygtimmar när någon varningslampa börjat lysa och en fuzz burner eventuellt skulle ha kunnat användas. Som framgår av Pratt & Whitneys brev är det därför inte lämpligt att installera fuzz burners i den aktuella motortypen.

LOU uppställer inget krav på skriftlighet för civilrättslig giltighet. Ändringar av förutsättningarna för upphandlingen, såsom förändringar av förfrågningsunderlaget, betraktas som kontraktuella eller kvasikontraktuella rättshandlingar och de är giltiga oavsett om de sker skriftligen eller muntligen. Landstingen har genom telefonsamtalet med Rob Penell bekräftat att den av Bell valda lösningen var godtagbar. Om förvaltningsrätten ändå skulle finna att Kravspecifikationen inte ändrats uppfyller Bell 429 ändå kravet avseende läkarsätets justerbarhet. Läkarsätet har nämligen den efterfrågade funktionen avseende tillgänglighet till patienten och uppfyller därmed syftet med kravet. Av sakkunnigutlåtande av Stefan Hellström framgår bl.a. att den av Bell erbjudna lösningen till och med ger bättre tillgänglighet till patienten än lösningen med ett skjutbart läkarsäte och att den ger utmärkta förutsättningar för att bedriva avancerad sjukvård, att lösningen är ergonomisk samt att den inte innefattar någon säkerhetsrisk för vare sig patienten eller ambulanspersonalen.

Landstingen tillägger bland annat följande.

Syfte och funktion är två olika saker. Landstingen har inte genomfört en s.k. funktionsupphandling. I den slutliga kravspecifikation har alla obligatoriska krav framgått. Dessa krav har inte uttryckts i termer av önskade funktioner utan med tydliga klart definierbara tekniska krav och/eller egenskaper. Till ledning för beskrivning av skillnaden mellan funktionskrav och tekniska krav kan vägledning hämtas i 12 kap. 1 § LOU. Där anges att vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga tas hänsyn till flera olika kriterier. Som exempel nämns funktionella och tekniska egenskaper. Eftersom det framgår att funktionella och tekniska egenskaper nämns var för sig förstås att funktionella och tekniska egenskaper inte avser samma sak eller är synonyma ord. Landstingens tekniska specifikationer på det som avsett krav/egenskaper på

fuzz burners och medical seat har tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. Landstingen har inte hänvisat till någon form av standard, vare sig svensk eller internationell.

6 kap. 2 § LOU är därmed inte tillämplig. Av 6 kap. 3 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får men inte måste ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. Att landstinget har stor frihet att ställa vilka krav som helst på det upphandlade föremålet är klarlagt i flera prejudicerande domar. Det finns ingen bestämmelse i 6 kap. LOU som anger att tekniska krav inte får ställas alltför specifikt eller som ger anvisning om att krav ska ställas som fokuserar på vad som ska uppnås (dvs. syftet) men inte hur detta syfte ska uppnås. Att de tekniska specifikationerna får anges som prestanda- eller funktionskrav visar att det är fråga om en exemplifiering på hur man kan ange tekniska specifikationer och att det av 6 kap 3 § LOU inte utesluts att tekniska specifikationer kan och får anges på andra sätt. Det är uppfyllelse av de tekniska specifikationerna/egenskaperna och därmed uppfyllandet av det bakomliggande syftet och målet med kravuppfyllelsen som landstinget efterfrågat. Vad Bell svarat på i sitt anbud är något annat än det landstinget frågat efter. Bells jämförelse med hänvisning till 6 kap. 5 § är direkt felaktig och ej heller analogt tillämplig eftersom landstingens krav i den del som avser fuzz burners och medical seat inte hänvisar till någon vedertagen standard.

Ett förhandlat förfarande är enligt 2 kap. 9 § LOU ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. Upphandlingen har inletts med ett ansökningsförfarande där utvalda leverantörer har bjudits in att lämna anbud. Detta preliminära förfrågningsunderlag sändes till de utvalda leverantörerna den 11 april 2013 och innehöll dokumenten "Inbjudan med administrativa föreskrifter", "Kravspecifikation" och "Mall för upphandlingskontrakt". Av punkt 2.3 i de preliminära administrativa föreskrifterna framgår att det slutliga anbudet måste visa att samtliga obligatoriska krav måste vara uppfyllda. Redan här framgår det att efter avslutade förhandlingar sänds ett slutligt förfrågningsunderlag med en slutlig kravspecifikation ut som ska ligga till grund för leverantörens slutliga anbud. Av de preliminära administrativa föreskrifterna (punkt 3.3) framgår samma sak. Även av de slutliga administrativa föreskrifterna punkt 3.1 framgår att leverantörerna ska lämna anbud som svarar mot de slutligt angivna kriterierna. Det preliminära förfrågningsunderlaget innehåller ett antal obligatoriska krav. Det framgår tydligt att det preliminära förfrågningsunderlaget med den medföljande preliminära kravspecifikation har följts av förhandlingar med leverantörerna där bland annat den preliminära kravspecifikationens innehåll, jämte förslag på leverantörens olika lösningar på olika diskussionsfrågor har diskuterats. Efter genomförda förhandlingar tillsändes leverantörerna ett slutligt förfrågningsunderlag och en slutlig kravspecifikation vilken le-

gat till grund för leverantörens slutliga och bindande anbud. De olika dokumenten har redovisats för leverantörerna på ett tydligt sätt. Landstinget bestrider påståendet att landstingen efter avslutade förhandlingar känt till att Bells motorer saknade fuzz burners. Bell hänvisar här till Bells preliminära anbud och däri angiven anbudsbilaga. Av denna bilaga framgår inte på sidan A-33, rubrik Engine Systems, som anger att Bells motorer skulle vara utrustade med eller vara i avsaknad av fuzz burners. Bells båda anbudsbilagor i den del som avhandlar eventuell förekomst av fuzz burners i motor och växellåda är inte desamma. I Bells preliminära anbud inges en bilaga där inget sägs över huvud taget om förekomst eller icke förekomst av fuzz burners i motorerna medan det i Bells slutliga anbud finns en annan bilaga av vilken framgår att motorerna är utrustade med a magnetic chip detector, dvs. inte fuzz burners. På samma sätt är det med beskrivningarna av Bells medical seat. Dessa skiljer sig åt i Bells preliminära anbud och i Bells slutliga anbud. Av Bells preliminära anbud framgår att som option kan tillhandahållas ett vridbart medical seat men inget om huruvida detta medical seat är skjutbart i längdriktningen eller inte. Inte heller framgår det i Bells slutliga anbud att medical seat skulle vara skjutbart i längdled. Där talas endast om att patientbåren är skjutbar.

Det är således visat att landstingen inte känt till Bells avsaknad av fuzz burners i motorerna och avsaknad av i längdled skjutbar medical seat eftersom det i de preliminära anbudshandlingarna saknats sådan information.

Landstingen hade kunskap om vilken helikoptermodell som offererades från Bells sida och information om vad som framkommit i samtliga preliminära anbud. Däremot hade landstingen ingen information om mer än det som presenterats i Bells preliminära anbud där inget framgår om förekomst av eller avsaknad av fuzz burners i motorerna och i längdled skjutbart medical seat. Ingivande av preliminära anbud åtföljdes av förhandlingar med leverantörerna där bl.a. kravspecifikationens innehåll diskuterades. Olika lösningar på diverse problematik diskuterades. Efter avslutade förhandlingar fastställdes landstingets slutliga kravspecifikation. Det står landstingen fritt att välja vilka krav som ska ställas och om nya obligatoriska krav ska ställas i det slutliga förfrågningsunderlaget som resultat av genomförda förhandlingar. Detta synsätt ter sig ganska självklart eftersom motsatsen skulle innebära att en leverantör som deltagit i landstingets förhandlingar inte skulle kunna diskvalificeras i den slutliga utvärderingen av slutligt inkomna anbud med hänvisning till att landstinget måste acceptera samtliga av leverantörens lösningar som de framgått av de preliminära anbuden och som resultat av genomförda förhandlingar. Ett förhandlat förfarande får till och med genomföras i successiva steg för att minska det antal anbud som förhandlingen ska omfatta. Påståendet att landstingens krav har tillkommit efter konsultationer med Eurocopter är taget ur luften och är bara spekulationer från

Bells sida. Några konsultationer har inte skett med någon leverantör. Både Eurocopters och Agustas anbud har uppfyllt de obligatoriska kraven i de delar som avsett fuzz burners och medical seat. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr. 1412-12 poängterar att om flera leverantörer kunnat uppfylla angivna krav innebär detta i sig att kraven har varit ändamålsenliga och därmed inte står i strid med proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen. Hänvisningen till ett EU-direktiv avser omständigheter "innan ett upphandlingsförfarande inleds" och är inte relevant eftersom upphandlingsförfarande redan har inletts.

Av de preliminära administrativa föreskrifterna framgår att tiden för ingivande av slutliga anbud kommer att diskuteras under förhandlingarna. Som avslutning på varje dags förhandlande med de tre leverantörerna tillfrågades alla tre leverantörer, även Bell, om 14 dagar var tillräckligt för att komma in med slutliga anbud. Samtliga leverantörer svarade ja på detta.

Samtliga leverantörer har tillsänts samma slutliga förfrågningsunderlag. Underlaget har varit tydligt. Två av tre leverantörer uppfyller landstingets krav. Nu ändrar Bell uppgifter i sina yttranden och anför att det är fråga om väsentliga ändringar av krav genom landstingens krav på fuzz burners i motorerna och krav på medical seat i landstingens slutliga förfrågningsunderlag. Tidigare har från Bells anförts att det varit fråga om krav som inte är relevanta, eller av oväsentlig betydelse.

Landstingen har iakttagit de tidsfrister som anges i LOU för förhandlad upphandling med föregående annonsering. Som avslutning på de dagar som förhandlingar med leverantörerna skedde tillfrågades samtliga leverantörer om 14 dagar, ej inkluderat dag för utsändande av det slutliga förfrågningsunderlaget, var tillräckligt för att komma in med slutliga anbud. Samtliga leverantörer svarade ja på detta. Ingen av leverantörerna ifrågasatte heller tidsfristen under dessa 14 dagar efter att de erhållit kännedom om innehållet i de slutliga dokumenten. Dokumenten tillsändes leverantörerna direkt via e-post.

Landstingen har inte påstått att helikoptern måste nödländas vid indikation av metallspån i motorerna. Landstinget har påstått att flygningen bör avbrytas så fort som möjligt. "land as soon as practical" vilket synes vara i överensstämmelse med den av Bell åberopade manualen. Om flygningen avbryts ligger det i sakens natur att någon form av underhållsarbete då måste ske innan flygningen kan återupptas. Att landa så snart det är praktiskt möjligt är i överensstämmelse med Bells manual.

Att olika tekniska lösningar kan ha diskuterats under förhandlingsfasen är en annan sak. Som framgår av 6 kap. 9 § LOU får landstingen inte acceptera alternativa lösningar oavsett om Bell anser dessa lösningar

likvärdiga med landstingets syfte och mål eller inte. Vad motortillverkaren Pratt & Whitney anför är inte relevant för bedömningen.

Alla förutsättningar har framgått redan i inbjudan till ansökan om att få lämna anbud. Av dessa förutsättningar kan ingenstans utläsas att eventuella muntliga besked i fråga om förändringar i förfrågningsunderlagens innehåll kommer att ske eller att sådana besked skulle vara giltiga eller har förtur framför det skriftliga underlaget. Något telefonsamtal mellan parterna vars innebörd skulle vara att landstinget godkänt av Bell föreslagna lösningar på medical seat har inte ägt rum. Oavsett vilken uppfattning Bells Rob Penell fått under eller efter samtalet den 5 juni kan denna uppfattning aldrig anses vara en del av den skriftliga kravspecifikation som landstingen upprättat, vare sig den preliminära eller den slutliga. Oavsett Rob Penells uppfattning är det landstingens skriftliga slutliga förfrågningsunderlag och den slutliga skriftliga kravspecifikationen som gällt som grund för leverantörernas slutliga anbud. Av landstingens inbjudan och av det preliminära och även det slutliga förfrågningsunderlaget framgår namn och kontaktuppgifter på den person som landstinget angett som ansvarig för upphandlingen och att frågor på inbjudan till ansökan om att få lämna anbud ska ställas som e-post till denna person. Samma formulering återfinns i både det preliminära och det slutliga förfrågningsunderlaget. Det råder således ingen tvekan om vem som varit landstingens ansvarige person för denna upphandling och vem som varit behörig att svara på eventuella frågor. Eventuella telefonsamtal med andra personer har inte kunnat binda landstinget i den del som avser förfrågningsunderlagens innehåll. Bells s.k. sakkunnighetsutlåtande är en partsinlaga och ska betraktas som en sådan. Det är på sin plats att notera att både de norska och finska nationella upphandlingarna visar att landstingens krav på medical seats egenskaper är relevanta och ändamålsenliga och i enlighet med landstingens tidigare angivna syften och mål.

Det är ingen efterhandskonstruktion att anse att kravet på certifiering kan vara uppfyllt senast vid leveranstillfället eftersom inget annat kan utläsas eller ens tolkas av förfrågningsunderlaget. Eurocopter har i sitt anbud bekräftat att krav på certifiering uppfylls genom att på avsedd plats i landstingets svarsblankett kryssa i "JA" på avsedd plats. Därutöver har man i sin anbudbilaga, appendix 1, meddelat att certifiering pågår och att helikoptern kommer att vara certifierad i enlighet med landstingets krav.

Landstingen har inte för avsikt att vidta väsentliga förändringar i mall för upphandlingskontrakt i det slutliga kontrakt som kommer att tecknas. Det kan bli fråga om mindre anpassningar av avtalsvillkoren. Totalsumman blir lika oavsett i vilka delposter betalning sker. Betalningsvillkor är ett sådant villkor som eventuellt, men inte måste, kan komma att

bli föremål för en mindre justering. Detta förfarande är i full överensstämmelse med 2 kap. 9 § LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen har i dom den 1 juli 2013, mål nr 96-13, anfört att det inte är tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada. Sökanden ska konkret visa att han har lidit eller kan komma att lida skada på grund av den eller de brister som påtalas. Om förvaltningsrätten finner att landstingen korrekt uteslutit Bells anbud finns inte anledning att gå vidare med att pröva Bells begäran om åtgärd på av Bell andra återopade skäl för ingripande. Kammarrätten i Jönköping har i dom 28 mars 2012 i mål nr 3307-11 uttalat att den vars anbud korrekt hade uteslutits inte längre betraktades som presumtiv leverantör. Därmed kunde klaganden inte anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU.

Rätten angav därutöver att om en anbudsgivare som rätteligen hade uteslutits i kvalificeringsfasen skulle tillåtas att föra talan i syfte att eliminera de anbudsgivare som godkänts i kvalificeringsfasen, skulle det möjliggöra ett processande som lätt kan missbrukas och som knappast kan stå i överensstämmelse med syftet med LOU.

Det är de av leverantörerna inkomna slutliga anbud och dessa anbuds handlingar som legat till grund för tilldelningsbeslutet. Flera av de dokument Bell bifogar sina yttranden har inte varit en del av Bells slutliga anbuds innehåll och således inte varit tillgängliga för landstingen vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet och kan därmed inte ligga till grund för bedömningen av om tilldelningsbeslutet då fattades i strid med LOU eller inte.

Bell tillägger bland annat följande.

Bell menar inte att anbudet är alternativt, utan att det uppfyller kraven i kravspecifikationen. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Bells anbud inte uppfyller kraven menar dock Bell att anbudet ändå inte får förkastas eftersom alternativa anbud är tillåtna och det uppfyller minimikraven enligt 6 kap. 9 § 4 stycket LOU. I de administrativa föreskrifterna (avsnitt 2.6) står således uttryckligen att alternativa anbud är tillåtna. Det minimikrav som uppställts är att det skall innefatta alla efterfrågade behov till ambulanshelikoptern med motsvarande tjänster och utrustning som beskrivits i dokumenten. Bell 429 uppfyller samtliga efterfrågade behov och har motsvarande, dvs. likvärdig utrustning. Det preliminära och det slutliga anbudet innehåller väsentligen samma information i dessa avseenden. Eftersom Landstinget uppenbarligen har uppfattat Bells slutliga anbud så att de aktuella kraven inte uppfyllts menar Bell att landstingen rimligen måste ha uppfattat Bells preliminära anbud på detta sätt.

Det är i och för sig riktigt att det under vissa förutsättningar är tillåtet att i ett förhandlat förfarande i successiva steg minska antalet anbud som förhandlingen ska omfatta. En förutsättning för detta är att det har angetts i förfrågningsunderlaget att den modellen kommer att användas och vilka tilldelningskriterier som då ska tillämpas. Dessa förutsättningar är inte uppfyllda. Det är endast tilldelningskriterier som förhandlingen kan avse. Det är alltså inte möjligt att förhandla genom att lägga till nya krav i kravspecifikationen för att på så sätt utesluta anbudsgivare. Av EU-direktivet (2004/18/EG) framgår att en upphandlande myndighet, bland annat av hänsyn till den fria konkurrensen, inte får konsultera och ta hjälp av leverantörerna när myndigheten utarbetar kravspecifikationen. Landstingen påstår att vad som stadgas i direktivet inte är relevant eftersom det avser omständigheter innan ett upphandlingsförfarande inleds. Även om direktivtexten utgår från tidpunkten "innan ett upphandlingsförfarande inleds" kan direktivet inte tolkas motsatsvis så att konsultationer med anbudsgivare som sker därefter är tillåtna. Det relevanta i sammanhanget är huruvida konsultationerna är konkurrensbegränsande, i strid med likabehandlingsprincipen och om de har resulterat i nya obligatoriska krav och därmed är otillåtna. Härtill kommer att de aktuella kraven har införts i ett mycket sent stadium. Vid tidpunkten för förhandlingarna hade Bell inte kännedom om vilka förändringar som landstingen skulle göra i förfrågningsunderlaget. Dock förutsatte Bell att förändringarna inte skulle vara väsentliga och därmed inte medföra större förändringar i det preliminära anbudet. Sålunda hade inte Bell skäl att tro att den föreslagna anbudsfristen om två veckor inte skulle vara tillräcklig.

Det står förvisso landstingen fritt att välja vilka krav som ska ställas men endast så länge detta görs på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt och med iakttagande av principerna om proportionalitet och transparens. Landstingens återgivande av kammarrättens domskäl är direkt oriktigt och missvisande. Kammarrätten yttrar i detta avseende i stället följande: "Det är enligt kammarrättens mening inte visat annat än att de uppställda kraven är ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen och [kursiverat här] att det finns flera leverantörer som kan tillhandahålla produkter som uppfyller skallkraven". Kammarrätten säger alltså inget om att om flera leverantörer kunnat uppfylla kraven skulle innebära att kraven varit ändamålsenliga. I stället framgår av domskälen att det i målet inte var visat att kraven inte var ändamålsenliga. Påståendet att det faktum att Eurocopters (och eventuellt AgustaWestlands) erbjuder helikopter uppfyller kraven skulle innebära att kraven är proportionerliga är också felaktigt. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Bedömningen av om ett krav är proportionerligt har i praxis

gjorts i tre steg (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 26 juni 2008 i mål nr 568-570-08 och Konkurrensverkets yttrande den 5 oktober 2009, dnr 458/2009).

Det förhållandet att Roland Brandt i de Administrativa Föreskrifterna har angivits som ansvarig person att svara på frågor avseende upphandlingen innebär inte med nödvändighet att Eric Rinstad inte var behörig att företräda landstinget. En projektgrupp hanterade upphandlingen för landstingens räkning bestående av följande representanter för landstinget; Tobias Kjellberg, Eric Rinstad, Wolmer Edqvist och Roland Brandt. Det var också personerna i denna grupp som utvärderade leverantörernas anbud och sedermera fattade beslutet att föreslå att Eurocopers anbud skulle antas. Eric Rinstad har varit projektledare för och representerat landstingen i upphandlingen. Eric Rinstad är anställd av landstingen och ingår i den enhet inom vilken upphandlingen gjordes. Eric Rinstad är vidare narkosläkare och var den som i förlängningen skulle komma att använda sig av patientbåren och läkarsätet. Vid de förhandlingar som föregick leverantörernas slutliga anbudsingivande var det huvudsakligen Eric Rinstad som höll i landstingens presentationer. Härvid angavs att leverantörerna skulle vända sig till Eric Rinstad för att besvara vissa frågor som landstingen ställt under förhandlingarna, vilket Bell också gjorde. Under förhandlingarna klargjordes vidare för leverantörerna att Eric Rinstad var den som, inom Upphandlingsgruppen, hade närmare kunskaper kring medicinteknisk utrustning och att han ansvarade för att bedöma deras offererade helikoptrar i detta avseende. Även i andra sammanhang under upphandlingsförfarandet har Eric Rinstad kommunicerat direkt med leverantörerna och han har gjort så med Bell vid flera tillfällen. Följaktligen har Eric Rinstad tilldelats en ledande position, inom upphandlingsgruppen, i vilken ingick att hålla presentationer för leverantörerna, att i andra avseenden kommunicera med leverantörerna samt att hantera frågor avseende de i Kravspecifikationen uppställda kraven kring medicinteknisk utrustning. Vid tidpunkten för det aktuella telefonsamtalet, den 5 juni 2013, avsåg Bell att skriftligen ställa vissa andra frågor till landstingen om förtydliganden avseende förfrågningsunderlaget. Rob Pennell hade på förhand kontaktat landstingen och då fått informationen att Roland Brandt inte var anträffbar förrän måndagen den 10 juni 2013 och att all korrespondens avseende under Roland Brandts frånvaro skulle hanteras av Eric Rinstad som var ansvarig i Roland Brandts frånvaro. Rob Pennell förklarade detta i ett epostmeddelande den 5 juni 2013 till en kollega på Bell. Kollegan, Jonathan Castorena, översände sålunda den 5 juni 2013 vissa frågor om förtydliganden i ett e-postmeddelande till Eric Rinstad. Det aktuella telefonsamtalet mellan Rob Pennell och Eric Rinstad avseende läkarsätets justerbarhet ägde rum kort därefter. Vid telefonsamtalet bekräftade Eric Rinstad att den av Bell valda lösningen var godtagbar. Eric Rinstads svar till Rob Pennell har därmed inneburit att landstingen har ändrat Kravspecifikationen. Eric Rinstad har haft behörighet att

vidta en sådan förändring i förfrågningsunderlaget på grund av delegering från landstingen, fullmakt (muntlig eller skriftlig) och hans position i upphandlingsgruppen och ställning som utvald representant för, och anställd av, landstingen i dessa frågor. Om Eric Rinstad inte varit behörig att acceptera Bells lösning och landstingen inte accepterade lösningen är landstingen ändå bundna av ändringen på grund av passivitet. Om så inte skulle bedömas vara fallet har ingen person i upphandlingsgruppen haft denna behörighet och då kan inte någon av de förändringar som skett i Kravspecifikationen avseende kravet på fuzz burners i motorerna och skjutbart läkarsäte varit giltiga. Därmed har landstingen även av detta skäl inte haft grund för att förkasta Bells anbud.

Att telefonsamtalet den 5 juni 2013 skulle ha ägt rum "mellan avslutade förhandlingar och landstingets utsändande av slutligt förfrågningsunderlag." är felaktigt. De slutliga Administrativa Föreskrifterna är daterade den 31 maj 2013, och samma dag sändes det slutliga Förfrågningsunderlaget ut till leverantörerna. Samtalet mellan Rob Pennell och Eric Rinstad ägde rum den 5 juni 2013, dvs. fem dagar efter att det slutliga förfrågningsunderlaget sänts ut. Att endast skriftliga ändringar av Kravspecifikationen är giltiga är felaktigt. LOU uppställer inte något krav på skriftlighet för civilrättslig bundenhet. Vidare förekommer i upphandlingar regelmässigt "frågor och svar" varigenom den upphandlande myndigheten, på förfrågan från leverantörer, kan lämna kompletteringar och förtydliganden avseende förfrågningsunderlaget. Till förfrågningsunderlaget hör också de handlingar som kompletterar det (prop. 2006/07:128 s. 189), d.v.s., även myndighetens svar på frågor. Normalt besvaras frågor skriftligen av myndigheten men det finns inget uttryckligt förbud mot att besvara frågor muntligen, vilket har skett i förevarande fall.

Eurocopter har inte uppfyllt kravet avseende EASA-certifiering. Om det inte anges i förfrågningsunderlaget att det aktuella kravet inte behöver vara uppfyllt förrän vid leveranstillfället kan inte leverantörerna förutsätta att så är fallet. Om landstingen velat avvika från huvudregeln, att skall-krav ska vara uppfyllda vid anbudsingivandet, borde detta ha tydliggjorts i förfrågningsunderlaget. Så har emellertid inte gjorts. I detta sammanhang ska även uppmärksammas att det av en artikel i AiN Online publicerad den 10 oktober 2013 framgår att det uppstått tekniska problem vid utformningen av den helikopter som Eurocopter erbjudit i upphandlingen. Det har medfört att Eurocopter meddelat att det uppstått förseningar i certifieringsprocessen. Bell kan i och för sig hålla med om att bedömningen för huruvida en leverantör har uppfyllt ett skall-krav eller inte ska ta sin utgångspunkt i om leverantören på avsedd plats har kryssat i att det aktuella kravet är uppfyllt. I Kravspecifikationen uppmanades emellertid leverantörerna att lämna en detaljerad redogörelse för hur och av vilket organ helikoptern blivit certifierad. I Eurocopters anbudsbilaga klargörs enbart att certifieringsproceduren pågår. Det stod

sålunda klart att Eurocopters anbud inte uppfyllde skall-kravet, varför anbudet följaktligen borde ha förkastats.

Landstingen har bestritt att det är ett obligatoriskt krav att priset för en helikopter inte får överstiga 60 miljoner kronor. Att det är fråga om ett obligatoriskt krav stöds av att landstingsstyrelsen den 20 februari 2013 beslutade att ”att uppdra till landstingsdirektören att upphandla helikopter motsvarande högst 60 mkr. Om ett högre pris skulle accepteras skulle det alltså gå utöver den ram som beslutats av landstingsstyrelsen. Landstinget i Dalarna har enligt ett beslutsunderlag i samband med landstingets beslut rörande om det ska utnyttja sin option enligt upphandlingen att köpa en helikopter angett att efter ny bedömning kan efter genomförd upphandling i Värmland priset bestämmas till 61 550 000 kr.

Landstingen anför följande.

61 550 000 kr är ett av Landstinget Dalarnas angivet cirkapris. Ordet ca står uttryckligen angivet i skrivelsen. Beloppet säger ingenting om Landstinget i Värmlands ambulanshelikopter. Priserna kan skilja sig åt eftersom Landstinget Dalarna leverans förutsätts ske drygt ett år efter att Landstinget i Värmlands helikopter levereras. Som tidigare anförts anges i upphandlingens administrativa föreskifter att anbudet kan komma att förkastas, inte att så ska ske.

Förvaltningsrätten har avslagit Bells yrkanden om muntlig förhandling och editionsföreläggande.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Den aktuella upphandlingen gäller ambulanshelikoptrar. I upphandlingen har tre anbud inkommit. Landstingen har förkastat Bells anbud med hänvisning till att Bell inte uppfyllt två skall-krav i upphandlingen (fuzz burners och medical seat).

Bells anbud

Bell har som stöd för sin talan i första hand anfört att Bell uppfyllt nämnda skall-krav genom att den utrustning Bells helikopter har uppfyller de syften landstingen vill uppnå med de två ställda kraven. Bell har närmare redogjort för på vilket sätt Bell anser att landstingens syfte med kraven uppnås.

Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som ska upphandlas och som därmed också har stor frihet att ställa de krav på det som ska upphandlas. Landstingen har redogjort för syftet med kraven på fuzz burner och medical seat och hänvisat till bland annat operationell säkerhet, ökad tillgänglighet i helikoptern och arbetsmiljömässiga skäl. De av landstingen uppställda kraven kan inte anses oproportionerliga. Bells anbud uppfyller inte kraven på fuzz burner och medical seat såsom de uttrycks i förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Bell har inte visat att de av Bell valda lösningarna med avseende på nämnda funktioner uppnår det syfte landstingen eftersträvat med de uppställda kraven eller att de av Bell valda lös-

ningarna på annat sätt kan godtas inom ramen för de krav som landstingen uppställt.

Vad gäller utrustningen medical seat har diskussioner förts mellan Bell och en representant från landstingen, vilket inte är ovanligt förekommande. Någon muntlig överenskommelse av innebörden att den av Bell föreslagna lösningen därmed skulle ha godtagits kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses ha gjorts.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att landstingen haft fog för att förkasta Bells anbud. Landstingen har således inte i detta avseende brutit mot bestämmelserna i LOU.

Eurocopters anbud

Bell har gjort gällande att Eurocopters anbud inte uppfyller samtliga ställda skall-krav och därmed borde ha uteslutits. Vad gäller kravet på certifiering anges i kravspecifikationen inte när detta krav ska vara uppfyllt. I praxis har ansetts att skall-krav som huvudregel ska vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet, såvida det inte är oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse redan vid denna tidpunkt. Mot bakgrund av den långa leveranstid som gäller för de i upphandlingen offererade helikoptrarna och pågående produktutveckling på områden kan det inte anses rimligt att i certifieringshänseende kräva kravuppfyllelse redan vid tiden för anbudsinlämnande utan uppfyllelsen kan inträffa vid en senare tidpunkt och senast vid leverans. Eurocopter har i sitt anbud svarat ”ja” på frågan om kravet uppfylls och tillagt att certifiering pågår och att helikoptern kommer att vara certifierad i enlighet med landstingens krav. Förvaltningsrätten finner att anbudet uppfyller kravet på certifiering.

När det gäller offererat pris anges i förfrågningsunderlaget endast att ett pris överstigande 60 000 000 kr kan komma att förkastas, inte att det ska förkastas.

Sammanfattningsvis är det inte visat att Eorocopters anbud inte uppfyller de skall-krav som uppställts i upphandlingen.

Förvaltningsrätten kan inte se att landstingets upphandling i någon del skett i strid med LOU.

Bell har i övrigt inte anfört någon omständighet som utgör skäl för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten anser på anförda skäl att Bell Helicopter Textron Inc inte visat att bolaget har visat att det har lidit eller kan komma att lida skada.

Bells ansökan ska på anförda skäl avslås.

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



Bo Forsberg

Föredragande: Lars Överström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.