

Sjöfartsverket
601 78 Norrköping

Sjöfartsverket – upphandling av räddningshelikoptrar

Konkurrensverkets beslut

Sjöfartsverket har i sin upphandling av räddningshelikoptrar 2012 brutit mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, genom att i ett öppet förfarande förhandla om grundläggande kontraktsvillkor. Sjöfartsverket har även brutit mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU samt mot 6 kap. 4 § i samma lag genom att i upphandlingen ställa krav på varumärket Trakka och på translation drum-teknologi.

Konkurrensverket skriver av ärendet i den del som avser köp av juridiska tjänster och PR-tjänster.

Sammanfattning

Ni har köpt in sju räddningshelikoptrar till er verksamhet för sjö- och flyg-räddning. Anskaffningsprocessen har bestått av tre olika upphandlingar. De två första upphandlingarna avbröts. Den tredje upphandlingen, som annonserades under 2012, resulterade i att ni tecknade kontrakt med AgustaWestland.

I den annonserade upphandlingen 2012 har ni inte annonserat alla grundläggande kontraktsvillkor. Därigenom har ni brutit mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU. Vidare har ni i upphandlingen ställt krav på varumärke och viss teknologi, vilket bryter mot principerna om likabehandling och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU och mot 6 kap. 4 § i samma lag.

Under hela anskaffningsprocessen har ni haft kontakter med AgustaWestland som till sin form, omfattning och sitt innehåll skiljer sig åt från era kontakter med andra leverantörer. Vi har framförallt tittat närmare på era kontakter vid den annonserade upphandlingen 2012. Vår utredning visar att ni besökt Agusta-

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Westland vid tre tillfällen i nära samband med och under upphandlingen. Möjligheterna för en upphandlande myndighet att ha sådana ensidiga kontakter är små. Detta med tanke på den uppenbara risken att en leverantör kan gynnas. Vi ser därför allvarligt på detta. Därför är det synnerligen viktigt att en myndighet kan visa vad som har skett vid leverantörskontakter. Ni har dock inte dokumenterat vad som ägt rum under dessa möten. Vi är starkt kritiska till denna brist på dokumentation.

Vidare har ni i den annonserade upphandlingen 2012 ställt krav på bland annat räddningshelikoptrarnas storlek. Ni har berättat att flera av kraven har utformats för att upphandlingen inte skulle resultera i en mindre helikopter än den ni tidigare använde. Vi anser att det hade varit mer ändamålsenligt att istället utforma dessa krav på ett sätt som motsvarade ert faktiska behov. De krav som vi har utrett har dock huvudsakligen varit motiverade av behoven i er verksamhet.

Ni har även ställt krav på leveranstider i upphandlingen. Era skäl för att genom poäng premiera snabba leveranser är enligt vår bedömning godtagbara. Ni har också ställt ett obligatoriskt krav på att samtliga helikoptrar skulle levereras senast ett visst datum. Det har inte varit möjligt att fastslå vad som är en normal leveranstid för räddningshelikoptrar. Därför har det heller inte varit möjligt att bedöma hur det obligatoriska kravet på leveranstid förhåller sig till proportionalitetsprincipen. Det obligatoriska kravet på att helikoptrarna skulle levereras senast ett visst datum ändrades efter upphandlingen. Vi anser inte att detta är en väsentlig förändring av ert kontrakt med AgustaWestland. Ni har därför inte brutit mot upphandlingslagstiftningen när ni ändrade leveranstiden.

Innehåll

Sammanfattning	1
Handläggningen av ärendet	5
Bakgrund	6
Tidslinje över anskaffningsprocessen	8
Upphandlingsföremålet	8
Era kontakter med leverantörer vid anskaffningen av räddningshelikoptrar	9
Era kontakter med Airbus	9
Era kontakter med Sikorsky	10
Kontakter vid leasingupphandlingen	10
Kontakter vid direktupphandlingen	11
Kontakter vid upphandlingen 2012	11
Era kontakter med AgustaWestland	11
Kontakter vid leasingupphandlingen	12
Kontakter vid direktupphandlingen	14
Kontakter vid upphandlingen 2012	15
Rättsläget	15
Vår bedömning av era kontakter med leverantörer vid anskaffningen av räddningshelikoptrar	17
Vår bedömning av era kontakter vid leasingupphandlingen	17
Vår bedömning av era kontakter vid direktupphandlingen	17
Vår bedömning av era kontakter vid upphandlingen 2012	17
Vikten av att dokumentera leverantörskontakter	18
Kraven i förfrågningsunderlaget för upphandlingen 2012	19
Tekniska krav	19
De tekniska kraven i förfrågningsunderlaget	19
Er inställning till de tekniska kraven	20
Kravet på helikopterns maximala vikt vid start	20
Kraven på kabinens mått, dörrens bredd, bagagevolym och avstånd mellan rotorbladen och marken	21
Kraven på rotorbladens mått	22
Rättsläget	22
Vår bedömning av de tekniska kraven	23
Krav på varumärken	24
Kraven på varumärken i förfrågningsunderlaget	24
Vad kraven på varumärken innebär	24
Er inställning till kraven på varumärken	24
Er inställning till kravet på Translation drum-teknologi	25
Er inställning till kravet på Trakka	25

Rättsläget.....	26
Vår bedömning av kraven på varumärken	27
Krav på leveranstider	28
Kraven på leveranstider i förfrågningsunderlaget m.m.....	28
Er inställning till kraven på leveranstider	29
Airbus och Sikorskys inställning till leveranstider	29
Försenade leveranser	30
Er inställning till de försenade leveranserna.....	30
Vår bedömning av kraven på leveranstider.....	30
Vår bedömning av om den information om leveranstider m.m. som AgustaWestland fick gav dem fördelar i upphandlingen 2012	30
Vår bedömning av om kraven på leveranstider var proportionerliga	31
Förändring av det obligatoriska kravet på leveranstid	32
Rättsläget.....	32
Vår bedömning av förändringen av det obligatoriska kravet på leveranstid	33
Kontraktsvillkoren i upphandlingen 2012	35
Kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget.....	35
Kontraktsvillkoren i AgustaWestlands anbud	35
Kontraktsvillkoren i kontraktet mellan er och AgustaWestland	36
Er inställning till kontraktsvillkoren.....	36
Rättsläget.....	36
Vår bedömning av kontraktsvillkoren.....	37
Slutsats	39

Handläggningen av ärendet

1. Vi bedriver tillsyn över upphandlingsregelverken. I detta ingår att bedöma om upphandlande myndigheter har följt de regler som finns i LOU. Vi gör ingen bedömning av upphandlande myndigheters behov eller om de gör goda affärer. Vi bedömer inte heller om upphandlande myndigheter agerat inom ramen för sina bemyndiganden.
2. Under våren 2015 fick vi information om ert inköp av räddningshelikoptrar med ett påstående om att upphandlingen hade gjorts i strid med upphandlingslagstiftningen.
3. Under handläggningen av ärendet har vi ställt frågor till er om framförallt omständigheterna kring den annonserade upphandlingen av räddningshelikoptrar 2012 och om de krav ni ställde i upphandlingen. Ni har även fått tillfälle att yttra er över vårt utkast till beslut. Vidare har vi ställt frågor till leverantörer av räddningshelikoptrar.
4. Inom ramen för handläggningen har vi dessutom ställt frågor till er om juridiska tjänster och PR-tjänster, som bland annat köpts in med anledning av ert köp av räddningshelikoptrar. Det som kommit fram under utredningen av dessa tjänster gör att det inte längre finns någon grund i vår prioriteringspolicy att fortsätta utredningen. Vi skriver därför av ärendet i denna del. Vår bedömning grundar sig på att de eventuella bristerna vid era inköp av juridiska tjänster och PR-tjänster inte är så allvarliga att det är motiverat att fortsätta utredningen. Beslutet innebär inte att vi har tagit ställning till om ert agerande vid köp av tjänsterna varit tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen.

Bakgrund

5. Ni är ansvarig myndighet för sjö- och flygräddning i Sverige.
6. Under perioden 2002–2011 upphandlade ni den helikopterburna delen av sjö- och flygräddningen som en tjänst. Upphandlingarna resulterade i att ni ingick avtal med Norrlandsflyg AB. Norrlandsflyg köptes sedan av Scandinavian Helicopter Invest AB, som i sin tur ägdes av Scandinavian Helicopter Group AB.¹
7. I sjö- och flygräddningen användes totalt sju helikoptrar. Dessa var av modell S76C och tillverkades av Sikorsky Aircraft Corporation. Scandinavian Helicopter Group ägde en av helikoptrarna och leasade fyra. De två övriga helikoptrarna leasade ni själva. Helikoptrarna tillhandahölls Norrlandsflyg genom avtal med er och Scandinavian Helicopter Group.²
8. Den 11 mars 2011 beslutade er styrelse att ni skulle bedriva den helikopterburna delen av sjö- och flygräddningen i egen regi istället för att upphandla denna tjänst. Det framgår av ert styrelseprotokoll 3/2011. Samma dag tecknade ni en avsiktsförklaring med AgustaWestland S.p.A. och Scandinavian Aircraft Marketing EHF, som är agent för AgustaWestland i Skandinavien. Av avsiktsförklaringen framgår att ni ville säkra rätten till leveranspositionerna för sju räddningshelikoptrar av modell AW139, som tillverkas av AgustaWestland.
9. I juni 2011 annonserade ni en upphandling avseende leasing av sju SAR-helikoptrar (Search and Rescue). Fortsättningsvis används ordet räddningshelikopter. I upphandlingen inkom endast ett anbud. Det framgår av ert svar till oss i juni 2015. Anbudet var från Knut Axel Ugland Holding, som tillsammans med AgustaWestlands agent och ytterligare ett företag skulle finansiera och köpa sju räddningshelikoptrar av modell AW139 för att därefter leasa helikoptrarna till er. Detta framgår av anbudet. Airbus Helicopters (tidigare Eurocopter) ansökte om överprövning av leasingupphandlingen hos Förvaltningsrätten i Linköping. Förvaltningsrätten beslutade att leasingupphandlingen inte fick avslutas i avvaktan på domstolens beslut.³
10. I augusti 2011 beslutade ni att avbryta leasingupphandlingen. Anledningen var att det inte kommit in några anbud som uppfyllde alla de obligatoriska kraven i upphandlingen. Det framgår av en underrättelse om avbrytande

¹ Proposition 2011/12:11, *Säkerställande av sjö- och flygräddning*, s. 6.

² Proposition 2011/12:11, *Säkerställande av sjö- och flygräddning*, s. 6.

³ Förvaltningsrätten i Linköpings beslut den 16 augusti 2011 i mål nr 5106-11.

från augusti 2011. Med anledning av att upphandlingen avbrutits avslög förvaltningsrätten Airbus ansökan om överprövning.⁴ Leasingupphandlingen prövades därför inte i sak av domstolen.

11. I oktober 2011 beslutade riksdagen att godkänna regeringens köp av aktierna i Scandinavian Helicopter Invest för att därigenom få kontroll över Norrlandsflyg.⁵ Köpet innebar även att man fick tillgång till de helikoptrar som Scandinavian Helicopter Group leasade. Beslutet fattades mot bakgrund av att bolagen under flera år haft ekonomiska svårigheter. Köpet ansågs därför nödvändigt för att säkerställa att den helikopterburna sjö- och flygräddningen skulle kunna bedrivas utan avbrott.⁶
12. I november 2011 tillträdde ni aktierna i Scandinavian Helicopter Invest och fick därigenom kontroll över de helikoptrar som leasats av Swedish Helicopter Group. En av helikoptrarna fanns dock kvar i bolagets ägo fram till januari 2013. Det framgår av ert svar till oss från september 2015.
13. I december 2011 publicerade ni ett meddelande om frivillig förhandsinsyn där ni meddelade er avsikt att genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. direktupphandling, köpa sju räddningshelikoptrar från AgustaWestlands agent. Helikoptrarna ni avsåg att köpa var av modell AW139.⁷ Av annonsen framgår att valet av förfarande motiverades med att det på grund av tekniska skäl endast fanns en leverantör som uppfyllde era krav. Aircontactgruppen AS, som är agent för Sikorsky, och Airbus ansökte om överprövning av den planerade direktupphandlingen. Bolagen yrkade att upphandlingen skulle göras om genom ett annonserat förfarande. Förvaltningsrätten i Linköping beslutade i dom i april 2012 att ni inte hade rätt att direktupphandla räddningshelikoptrar på grund av tekniska skäl.⁸
14. I juli 2012 annonserade ni en upphandling avseende köp av sju räddningshelikoptrar genom ett öppet förfarande. Fortsättningsvis benämns denna upphandling som upphandlingen 2012. I upphandlingen inkom endast ett anbud. Anbudet, som var från AgustaWestland, uppfyllde alla kraven i upphandlingen. Det framgår av tilldelningsbeslut från september 2012. Ingen leverantör begärde överprövning av upphandlingen. I oktober 2012 kunde ni därför teckna avtal med AgustaWestland om köp av sju räddningshelikoptrar.

⁴ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 6 oktober 2011 i mål nr 5106-11 och 5107-11.

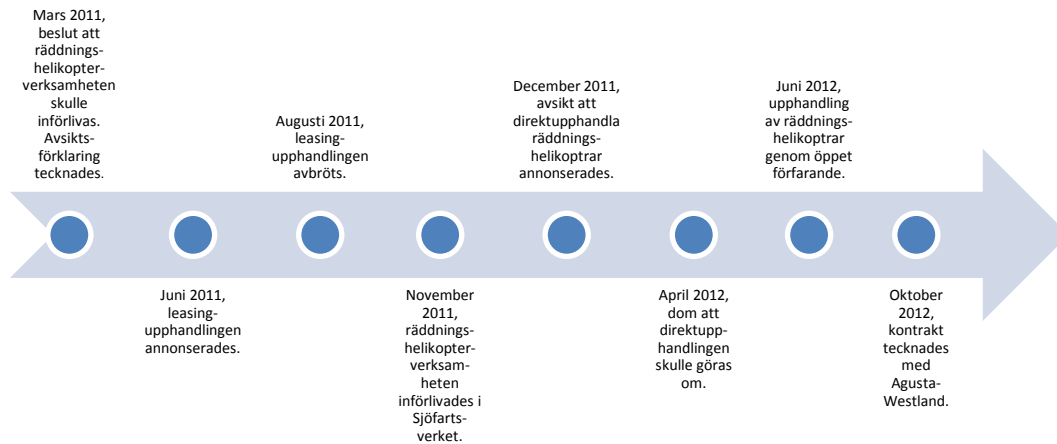
⁵ Riksdagens protokoll 2011/12:23, s. 43.

⁶ Proposition 2011/12:11, *Säkerställande av sjö- och flygräddning*, s. 8.

⁷ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 5 april 2012 i mål nr 8226-11 och 8256-11.

⁸ Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 5 april 2012 i mål nr 8226-11 och 8256-11. Domarna vann laga kraft den 9 maj respektive den 27 april 2012.

Tidslinje över anskaffningsprocessen



Upphandlingsföremålet

15. Ni har berättat att utgångspunkten för inköpet av räddningshelikoptrar var S76C, som tidigare användes i er verksamhet. Era erfarenheter visade att ni behövde en räddningshelikopter som var något större och hade något bättre prestanda och räckvidd än S76C. Dessutom var lastkapaciteten i S76C i minsta laget. Vidare behövde räddningshelikoptrarna vara av medelklass.⁹ Det har ni motiverat med att en större helikopter innebär högre kostnader för exempelvis anskaffning, drift, underhåll, försäkring och infrastruktur. Ni har även berättat att en större helikopter normalt har en högre diskbelastning, vilket ger mer vind från rotorerna (downwash). Detta innebär en ökad risk för ytbärgaren, som vinschar nödställda, och försvårar vinschning av nödställda från mindre båtar och av personer i vatten.
16. Sjöräddning bedrivs i regel med mellanklasshelikoptrar och medeltunga helikoptrar. Länder med en stor sjöräddningsregion med långa framflygningstider använder generellt större helikoptrar. Detta har Helikopterutredningen uttalat.¹⁰ Enligt utredningen är en nackdel med de allra största helikoptrarna att draget från rotorbladen riskerar att välta mindre båtar. Man måste därför vinscha från en högre höjd, vilket kan medföra ökade risker för ytbärgaren och den som vinschas. Vidare har Statens haverikommission bland annat påpekat att räckvidden hos S76C var begränsad vid räddningsinsatser till sjöss.¹¹

⁹ Helikoptrar kan delas in i lätta, medelklass, medeltunga och tunga helikoptrar. Se mer om detta i SOU 2008:129, *Helikoptern i samhällets tjänst* s. 45 f.

¹⁰ SOU 2008:129, *Helikoptern i samhällets tjänst*, s. 407 f.

¹¹ Statens haverikommission (RS 2011:01), *Brand ombord i fartyget SEA WIND på finskt farvatten söder om Mariehamn den 2 december 2008*, s. 67 f.

Era kontakter med leverantörer vid anskaffningen av räddningshelikoptrar

17. Er anskaffningsprocess av räddningshelikoptrar kan delas in i tre olika upphandlingar. Leasingupphandlingen avbröts på ert initiativ och direktupphandlingen fick göras om efter en dom från förvaltningsrätten. Det var först i och med upphandlingen 2012 som ett köp av helikoptrar kom till stånd. Vi har därför valt att titta närmare på den upphandlingen. Kontakter som ni har haft med leverantörer i tiden före upphandlingen 2012 kan dock ha påverkat upphandlingen 2012 på ett sätt som strider mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Vi har därför även tittat på dessa kontakter. I vår granskning har vi jämfört de kontakter som ni har haft med Airbus, Sikorsky och AgustaWestland.
18. Ni har berättat att ni gjorde en marknadsanalys inför er anskaffning av räddningshelikoptrar. Analysen visade att det vid den aktuella tidpunkten fanns tre helikoptertillverkare som uppfyllde era önskade krav på utrustning och certifiering: AgustaWestland, Airbus och Sikorsky. Ni har berättat att det endast var AgustaWestland och Sikorsky som hade helikoptermodeller i mediumklass. Ni har därför haft fler kontakter med dem än med Airbus och jämfört deras helikoptermodeller mer ingående. Ni har berättat att kontakterna har skett löpande under er anskaffningsprocess och att syftet har varit att följa upp tidigare marknadsanalyser och samla information om produktutbudet på marknaden. Inledningsvis har kontakterna varit mindre formella i form av telefonsamtal, mejl och kontakter på mässor för att därefter övergå i mer formella kontakter och möten. Ni har berättat att era kontakter med leverantörer inte har protokollförts eller sammanställts på annat sätt.

Era kontakter med Airbus

19. *Airbus* har berättat om ett fåtal möten med er och om någon enstaka telefonkontakt under er anskaffningsprocess. Enligt *Airbus* har ni vare sig besökt deras kontor eller fabrik under denna tidsperiod. Kontakterna har handlat om deras helikoptermodell EC175. *Airbus* har berättat att de hade ett möte med er på en mäsas i USA i februari 2012 där de ville presentera denna helikoptermodell. Enligt *Airbus* var ni inte intresserade av uppgifterna som de presenterade, varför mötet inte var meningsfullt. *Airbus* har även berättat att de hade ett möte med er i Sverige i augusti 2012. På mötet förde de fram att de ansåg att upphandlingen 2012, liksom de två tidigare upphandlingarna, hade utformats på ett sätt som uteslöt alla andra leverantörer förutom AgustaWestland.
20. Ni har berättat att era kontakter med *Airbus* ägde rum på mässor samt via mejl och telefon. Eftersom *Airbus* inte hade en räddningshelikopter i mediumklass under anskaffningsprocessen har kontakterna med dem varit

mindre frekventa jämfört med de som ni har haft med AgustaWestland och Sikorsky. Ni har berättat att ni och Norrlandsflyg träffade de olika helikoptertillverkarna både med och utan deras agenter. Airbus beskrivning överensstämmer därför inte med er uppfattning om de kontakter som har ägt rum mellan er.

Era kontakter med Sikorsky

21. *Sikorsky* har berättat att de har haft telefonkontakt, mejlväxlat samt haft möten med er under er anskaffningsprocess. Merparten av mötena har ägt rum i anslutning till olika mässor. Kontakterna har främst kretsat kring tekniska frågor om service och underhåll av Norrlandsflygs helikopterflotta, som tidigare användes i er verksamhet. Kontakterna har inte närmare handlat om ert behov av att anskaffa en ny helikopterflotta. Enligt Sikorsky har ni vare sig besökt deras kontor eller fabrik under denna tidsperiod.
22. *Ni* har berättat att ni har besökt Sikorsky vid ett flertal tillfällen under er anskaffningsprocess. Kontakter har skett på mässor, via mejl och telefon. Mötena som ni har haft med Sikorsky har i något avseende berört deras helikoptermodell S76D. Syftet med mötena har omfattat allt från allmän orientering om produktsortiment till detaljerade tekniska frågor.
23. *Ni* har berättat att ni och Norrlandsflyg har träffat de olika helikoptertillverkarna både med och utan deras agenter. Sikorskys beskrivning överensstämmer därför inte med er uppfattning om de kontakter som har ägt rum mellan er. Ni och Norrlandsflyg har haft ett långtgående samarbete vad gäller den svenska sjö- och flygräddning med Sikorsky. Ni hade därför en mycket god kännedom om deras helikoptrar, organisation och träningsanläggning. Ni och Norrlandsflyg förde en löpande dialog med Sikorsky och diskuterade bland annat Sikorskys möjlighet att leverera räddningshelikoptrar som uppfyllde era krav och behov.

Kontakter vid leasingupphandlingen

24. *Sikorsky* har berättat att ni hade ett möte på en mässa i USA i mars 2011. På mötet diskuterade ni bland annat era planer på ett framtida ägande av räddningshelikoptrar. Sikorsky har även berättat att de ringde till er samma månad och att samtalet kretsade kring strategiska förändringar inom er verksamhet. Sikorsky har också berättat att de ringde till er i mitten av juli 2011 för att boka in ett möte och diskutera leasingupphandlingen. Någon vecka senare ringde ni till dem och talade om att ni inte hade möjlighet att delta på ett sådant möte.
25. *Ni* har berättat att ni har haft kontakt med Sikorsky på en mässa i USA i mars 2011 och att de har varit på besök i Sverige i april 2011. Ni har även berättat att ni har träffats på en mässa i Frankrike i juni 2011. Ni har inte närmare uppgett vad mötena har handlat om.

Kontakter vid direktupphandlingen

26. *Sikorsky* har berättat att kontakterna under denna period kretsade kring hur de skulle kunna hjälpa er med underhåll av Norrlandsflygs dåvarande helikopterflotta samt bistå er med teknisk support till Norrlandsflygs ambulanshelikoptrar. *Sikorsky* har berättat att de försökte boka in möten med er vid några tillfällen för att bland annat diskutera statusen på deras helikoptermodell S76D, men att ni inte var tillgängliga eller avböjde att delta.
27. *Sikorsky* har berättat att ni hade ett möte i Norge i december strax före jul 2011. På mötet diskuterade ni den begäran om överprövning av direktupphandlingen som *Sikorsky* hade lämnat in till domstol. Dagen efter mötet mejlade *Sikorsky* er och talade om att deras begäran skulle kvarstå.
28. *Sikorsky* har berättat att ni under ett telefonsamtal i februari 2012 diskuterade om deras helikoptermodell Black Hawk kunde vara en lämplig räddningshelikopter för er.
29. *Ni* har berättat att ni har haft kontakt med *Sikorsky* på en mäsas i England i september 2011 och att ni har haft ett möte med dem i Norge i december 2011. Ni har även berättat att ni har träffats på en mäsas i USA i februari 2012. Ni har inte närmare uppgett vad mötena har handlat om.

Kontakter vid upphandlingen 2012

30. *Sikorsky* har berättat att ni träffades på en mäsas i Linköping i början av juni 2012. På mötet berättade ni om den kommande upphandlingen av räddningshelikoptrar. Ni berättade för dem att upphandlingen inte skulle skilja sig så mycket från de tidigare upphandlingarna. Ni talade även om för dem att ni inte ansåg att deras helikoptermodell Black Hawk var en kandidat för svensk sjö- och flygräddning.
31. *Sikorsky* har berättat att ni ringde till dem i juli 2012. Under samtalet diskuterade ni den nyligen annonserade upphandlingen av räddningshelikoptrar. Ni talade återigen om för dem att ni inte ansåg att Black Hawk var relevant i upphandlingen. Ni berättade även att ni ansåg att deras helikoptermodell S-92 var en god kandidat, men att den inte var relevant i upphandlingen.
32. *Ni* har berättat att ni har träffat *Sikorsky* på en mäsas i Linköping i juni 2012. Ni har inte närmare uppgett vad mötet handlade om. Enligt er var *Sikorskys* helikoptermodell Black Hawk aldrig relevant i upphandlingen 2012 eftersom den endast var certifierad för militärt bruk.

Era kontakter med AgustaWestland

33. *Ni* har redogjort för möten som ni har haft med AgustaWestland under er anskaffningsprocess. Ni har berättat att mötena föregicks av telefon-

kontakter och mejlväxling mellan er och AgustaWestlands agent samt ibland även direkt med AgustaWestland. Enligt er var kontakterna med AgustaWestland nödvändiga för den behovsidentifiering och löpande marknadsanalys som ni behövde göra inför inköpet av räddningshelikoptrar. Ni behövde skaffa er motsvarande information om AgustaWestlands helikoptrar som ni hade om Sikorskys för att kunna hantera AgustaWestland på ett likvärdigt sätt.

Kontakter vid leasingupphandlingen

34. Av den interna promemorian *Räddningshelikopterverksamheten* från januari 2011 framgår att ni vid denna tidpunkt ansåg att ni befann er i ett läge där den strategiska inriktningen av den helikopterbaserade sjö- och flygräddningsverksamheten måste fastställas. Ni bedömde att ni själva kunde bedriva denna verksamhet. För att kunna göra det behövde ni anskaffa en ny helikopterflotta. Det skulle ske genom operationella leasingavtal med möjlighet till senare köp. Av promemorian framgår även att kontakter med AgustaWestland hade visat att ni skulle kunna få tillgång till önskat antal helikoptrar från dem med successiv leverans från och med hösten 2012.
35. I januari 2011 fick ni i uppdrag av er styrelse att säkra köplatser för sju räddningshelikoptrar av modell AW139. Det skulle ske genom att ni skulle teckna en icke bindande avsiktsförklaring med AgustaWestlands agent. Det framgår av er promemoria *Information avseende upphandlingen av räddningshelikoptrar AW139*.
36. Er styrelse beslutade den 11 mars 2011 att ni skulle bedriva helikopterverksamheten i egen regi och att ni skulle anskaffa en ny helikopterflotta genom operationella leasingavtal. Det framgår av ett dokument benämnt *Beslutsunderlag angående sjö- och flygräddningen* samt styrelseprotokoll nr 3/2011.
37. Samma dag som styrelsemötet ägde rum undertecknade ni avsiktsförklaringen. Den hade redan tidigare undertecknats av AgustaWestland och agenten. Genom avsiktsförklaringen visade ni ert intresse att säkra köplatser i produktionslinjen för sju AW139 med successiv leverans åren 2012 och 2013. Av avsiktsförklaringen framgår även att ni skulle leasa helikoptrarna från agenten.
38. Av handlingar i ärendet framgår att ni i april 2011 sände ett brev till agenten och förklarade att ni hade för avsikt att ingå avtal om leasing av helikoptrar med agenten. Detta under förutsättning att godtagbara avtalsvillkor kunde fastställas och att er styrelse gav sitt godkännande. Agenten mejlade er några dagar senare och bekräftade att de hade tagit emot brevet från er och att de skulle kontakta fabriken för att säkra de två första leveranspositionerna.

39. Dagen därpå sände agenten ytterligare ett mejl till er och talade om att de hade säkrat leveransen för två AW139 till mars/april 2012. Till mejlet bifogades en offert för sju AW139. Av mejlet framgår att offerten inkluderade en lista över de kundanpassade produkter som ni hade diskuterat vid ert senaste möte i Stockholm. Dessutom bifogades ett leveransschema som ni hade efterfrågat. Agenten skrev även att ni skulle diskutera detaljerna närmare vid ett kommande möte hos er i Norrköping i april 2011.
40. Den 11 maj samma år hade ni ett styrelsemöte. Av *Underlag inför styrelsemöte 2011-05-11* framgår att ni själva behövde kontrollera helikopterflottan för att kunna säkerställa Sveriges sjö- och flygräddning. Den enda helikoptertillverkare som, enligt er, uppfyllde er kravspecifikation, era ekonomiska förutsättningar och som kunde leverera helikoptrar inom en viss angiven tidsram var AgustaWestland. AgustaWestlands agent hade reserverat två helikoptrar med leverans andra kvartalet 2012 för er räkning samt ytterligare fem helikoptrar för leverans under 2012 och 2013. För att säkerställa leveranserna var ni av uppfattningen att ni var tvungna att teckna ett bindande leveranspositionsavtal med agenten senast i mitten av maj 2011. Avtalet skulle ange antalet helikoptrar, en specifikation av helikoptrarna, priset samt ett leverans- och betalningsschema och ligga till grund för en upphandling av operationella leasingavtal.
41. Av promemorian *Information avseende upphandlingen av räddningshelikoptrar AW139* framgår att en intern rättsutredning visade att ni själva hade mandat att besluta om operationella leasingavtal. Ett förvärv däremot krävde regeringens och riksdagens godkännande, något som tidigast kunde ske i budgetpropositionen 2012. Ni kom därför fram till att ni skulle försöka hålla kvar leveranspositionerna för helikoptrarna och upphandla operationella leasingavtal. Inriktningen från AgustaWestland och dess agent var i detta skede att ett bindande leveranspositionsavtal skulle tecknas. Det visade sig dock att det inte var möjligt för en statlig myndighet att ingå ett sådant avtal.
42. Samma dag som styrelsemötet ägde rum, dvs. den 11 maj 2011, sände ni ett mejl till agenten och upplyste dem om att styrelsen hade beslutat att upphandla sju helikoptrar genom operationell leasing. Ni bekräftade samtidigt ett möte med AgustaWestland i Italien den 23 maj 2011 "in order to make a hand-shake" samt informerade agenten om att leasingupphandlingen skulle publiceras inom två veckor. Agenten svarade er samma dag och bekräftade mötet.
43. AgustaWestland sände en mötesagenda till er inför ert kommande möte den 23 maj. Av agendan framgår bland annat att ni skulle besöka AgustaWestlands fabrik och träningscenter i Italien. Ni har berättat att AgustaWestland visade sitt tillverknings- och träningscenter för er under besöket.

Under besöket presenterade ni svensk sjö- och flygräddning och redogjorde för ert behov av helikoptrar.

44. Ni har i *Frågor och svar* till Uppdrag Granskning beskrivit mötet med AgustaWestland den 23 maj något mer utförligt. Ni har däri angett att syftet med mötet var att ni skulle få en grundlig beskrivning av AgustaWestland och deras helikoptrar. Förutom helikoptertillverkningen omfattade beskrivningen även deras support, utbildning och träning. Vid mötet berättade ni om ert uppdrag. Ni förklarade hur svensk sjö- och flygräddning är uppbyggd och berättade om er kravbild för helikoptrarna, den önskade tidplanen för implementeringen av helikoptrarna samt er relation till Norrlandsflyg. Ni berättade även om förberedelserna inför upphandlingen av operationella leasingavtal och hur den processen skulle gå till. AgustaWestland presenterade sig och sin helikoptermodell AW139.
45. Av promemorian *Information avseende upphandlingen av räddningshelikoptrar AW139* framgår dessutom att AgustaWestland accepterade att hålla kvar leveranspositionerna för helikoptrarna utan att någon bindande överenskommelse upprättades eller att någon deposition eller handpenning betalades. Förhållandet mellan er byggde enbart på ett ömsesidigt förtroende.
46. Ni har berättat att ni förberedde leasingupphandlingen avseende sju helikoptrar av modell AW139 på ett möte med AgustaWestland i Italien i mitten av juni 2011.

Kontakter vid direktupphandlingen

47. Vid ett möte hos AgustaWestland i Italien i början av september 2011 berättade ni att det inte kommit in några giltiga anbud i leasingupphandlingen. Ni berättade även om möjligheten att köpa räddningshelikoptrar genom en direktupphandling på grund av tekniska skäl.
48. Vid ett möte hos AgustaWestland i Italien i slutet av oktober samma år förberedde ni den kommande direktupphandlingen och dess kravspecifikation.
49. Av utredningen framgår att ni hade flera mejlkontakter med AgustaWestlands agent under november månad. Diskussionerna kretsade kring ert planerade köp av helikoptrar samt ekonomiska frågor.
50. Av ett mejl från agenten framgår att ni hade ett möte med agenten i mitten av november samma år.
51. I januari 2012 hade ni ett möte med AgustaWestland i Italien där ni diskuterade Aircontactgruppens, dvs. Sikorskys agent, och Airbus begäran om överprövning av direktupphandlingen.

52. I mitten av mars 2012 hade ni återigen ett möte med AgustaWestland i Italien. Ni har berättat att ni på mötet förklarade upphandlingslagstiftningen och innebörden av att genom förhandsinsyn annonsera avsikten att direkt-upphandla. Mötet var, enligt er, nödvändigt eftersom AgustaWestland hade reagerat negativt på att prisuppgifter i avtalet mellan er och dem hade offentliggjorts som en del av upphandlingen.

Kontakter vid upphandlingen 2012

53. I april 2012 hade ni ett möte med AgustaWestland i Italien. Ni har berättat att ni gick igenom och förklarade förvaltningsrättens dom för dem samt vad den innebar för er anskaffning av räddningshelikoptrar. Domen förhindrade att ni tecknade avtal med AgustaWestland.
54. I slutet av juni 2012 hade ni ett möte med AgustaWestland i Italien. Av en reseräkning framgår att mötet skulle handla om planering av helikoptertjänster samt räddningsinsatser.
55. I slutet av juli 2012 hade ni ett möte med AgustaWestland i Italien. Av en reseräkning framgår att det var fråga om ett teknikbesök.
56. Ni har berättat att mötena i juni och juli avsåg klargörande av tekniska frågor och att ni besökte AgustaWestlands träningsanläggning.

Rättsläget

57. En upphandlingsmarknad som präglas av likabehandling och öppenhet förväntas leda till ökad konkurrens och därmed även bättre möjligheter för upphandlande myndigheter att ingå kontrakt som är affärsmässigt fördelaktiga.
58. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt och agera på ett öppet sätt. Det följer av artikel 2 i direktiv 2004/18/EG, som ligger till grund för LOU.¹² Samma principer finns återgivna i svensk rätt i 1 kap. 9 § LOU.
59. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika om det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.¹³ Principen innebär även att alla intresserade leverantörer ska få tillgång till samma sorts information om den upphandlande

¹² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

¹³ Mål C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, punkt 27, mål C-304/01, *Spanien mot Kommissionen*, punkt 31, mål C-434/02, *Arnold André*, punkt 68 samt mål C-210/03, *Swedish Match*, punkt 70 och däri angiven rättspraxis.

myndighetens behov vid ungefär samma tillfälle.¹⁴ En upphandlande myndighet får exempelvis inte låta någon eller några leverantörer få del av mer information om en upphandling än övriga eller ge en eller flera leverantörer någon konkurrensfördel vid en upphandling.¹⁵

60. Att vid utvärderingen i en upphandling ge en leverantör två intervjutillfällen när övriga leverantörer endast fick ett tillfälle har ansetts strida mot likabehandlingsprincipen. Det har Kammarrätten i Göteborg uttalat.¹⁶ Detta eftersom leverantören inför det andra intervjutillfället fick ta del av frågorna som skulle användas under intervjun och därigenom en möjlighet att förbereda och förtydliga sina svar.
61. Principen om öppenhet innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Upphandlande myndigheter har en skyldighet att lämna insyn i upphandlingsförfarandet.¹⁷ Uppgifter som gäller upphandlingen får inte hemlighållas och upphandlingen ska annonseras offentligt.
62. Upphandlande myndigheter både får och bör ha kontakt med leverantörer inför en upphandling för att bilda sig en uppfattning om de produkter som finns på marknaden.¹⁸ När upphandlande myndigheter och leverantörer för en dialog minskar risken för missförstånd. Det kan i sin tur leda till att fler och mer kvalificerade anbud lämnas. Det finns inte någon regel som säger att man måste prata med samtliga potentiella leverantörer på en marknad. Vilken sorts kunskap och information som måste inhämtas kan därför variera beroende på komplexiteten i de produkter eller tjänster som upphandlas.
63. Det är dock viktigt att upphandlande myndigheter är restriktiva med att dela med sig av information till leverantörer om hur de tänker lägga upp en upphandling och vilka krav de kommer att ställa. Kontakterna får inte heller medföra att förhandlingar inleds eller att löften om framtida affärer ges till en enskild leverantör. Leverantörer får därtill inte ges otillbörliga konkurrensfördelar vid utformningen av ett förfrågningsunderlag. Det är också viktigt att inte rikta förfrågningsunderlaget mot en specifik föreslagen lösning.¹⁹

¹⁴ Mål C-16/98, *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 111 och mål T-345-03, *Evropaiki Dynamiki*, punkt 160.

¹⁵ Kammarrätten i Sundsvalls dom den 28 december 2011 i mål nr 2458-11.

¹⁶ Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 juni 2014 i mål nr 1336-14.

¹⁷ Mål C-458/03, *Parking Brixen*, punkt 49 och mål C-275/98, *Unitron Scandinavia*, punkt 31.

¹⁸ Beaktandesats 8 i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Se även Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, volym 1, tredje upplagan, 2014, s. 651.

¹⁹ Konkurrensverket, *6 myter om dialog i offentlig upphandling*, 2015.

Vår bedömning av era kontakter med leverantörer vid anskaffningen av räddningshelikoptrar

64. Vår utredning visar att de kontakter som ni har haft med AgustaWestland under anskaffningsprocessen skiljer sig åt från de kontakter som ni har haft med Airbus och Sikorsky. Kontakterna med AgustaWestland präglas av kontinuitet från i vart fall januari 2011 och framåt och de skiljer sig åt både till sin omfattning och till sitt innehåll. Ni har dessutom besökt AgustaWestland i Italien vid flera tillfällen och diskuterat ert behov av räddningshelikoptrar samt kommande upphandlingars upplägg. Ni har under samma tidsperiod vare sig besökt Airbus eller Sikorsky.

Vår bedömning av era kontakter vid leasingupphandlingen

65. Vår utredning visar att AgustaWestland i samband med leasingupphandlingen löpande fick aktuell information om bland annat ert behov av helikoptrar, hur helikoptrarna skulle vara utrustade samt om önskade leveranstider. De fick även ta del av intern information och interna beslut om era planer på att upphandla helikoptrar genom operationell leasing. Genom era besök hos AgustaWestland i Italien fick de ytterligare information som rörde leasingupphandlingen och möjlighet att delta i förberedelserna inför leasingupphandlingen. Genom avsiktsförklaringen fick AgustaWestland dessutom möjlighet att reservera sju köplatser i produktionslinjen inför leasingupphandlingen. Vår utredning visar att ni inte haft liknande kontakter eller gett liknande information till övriga leverantörer på marknaden.

66. De kontakter som ni hade med AgustaWestland inför leasingupphandlingen kan ha lett till att de fick mer och annan information om upphandlingen än vad övriga leverantörer fick. Eftersom leasingupphandlingen inte ledde till kontrakt har vi dock inte tittat närmare på den. Däremot kan vi konstatera att det finns en risk att en upphandlande myndighet bryter mot likabehandlings- och öppenhetsprinciperna om möten och kontakter sker med en enskild leverantör och denne får ta del av annan och mer specifik information än vad övriga leverantörer får ta del av.

Vår bedömning av era kontakter vid direktupphandlingen

67. När en upphandlande myndighet anser att den får direktupphandla på grund av tekniska skäl enligt 4 kap. 5 § LOU är det naturligt att ha direktkontakt med endast en leverantör. Vi har därför inte närmare granskat era kontakter med AgustaWestland inför och under denna upphandling.

Vår bedömning av era kontakter vid upphandlingen 2012

68. Av utredningen framgår inte att den information som AgustaWestland fick inför och under leasingupphandlingen 2011 gav dem en konkurrensfördel i upphandlingen 2012. Det beror på att alla potentiella leverantörer på marknaden fick vetskap om att ni skulle anskaffa sju räddningshelikoptrar, hur dessa skulle vara utrustade och vid vilka tidpunkter de skulle levereras

när leasingupphandlingen annonserades. Därmed förlorade även den information som fanns i avsiktsförklaringen, avseende bland annat leveranstider, sin betydelse.

69. Efter leasingupphandlingen annonserade ni er avsikt att direktupphandla räddningshelikoptrarna. Detta överprövades av en domstol som beslutade att direktupphandling inte fick ske. Ni rättade er efter domen och påbörjade arbetet med en annonserad upphandling. Ni fortsatte dock att ha ensidiga kontakter med AgustaWestland inför upphandlingen och besökte dem vid ytterligare tre tillfällen. Detta trots att ni planerade att genomföra upphandlingen som ett öppet förfarande.
70. Vår utredning visar att besöken skedde såväl kort före som under pågående annonsering av upphandlingen. De grundläggande principerna ska följas genom hela upphandlingsförfarandet, däribland principerna om lika-behandling och öppenhet. Därför finns det små möjligheter för en upphandlande myndighet att ha sådana ensidiga kontakter med en leverantör i nära samband med eller när en upphandling har annonserats. Vi ser därför allvarligt på detta. Utredningen visar även att ni inte besökt några andra leverantörer inför och under upphandlingen 2012. I juni 2012 nämnde ni för Sikorsky att ni skulle annonsera upphandlingen 2012 och att den inte skulle skilja sig så mycket från de tidigare upphandlingarna. Bortsett från det har ni inte närmare diskuterat denna upphandling med någon annan leverantör än AgustaWestland.

Vikten av att dokumentera leverantörskontakter

71. Skyldigheten att respektera likabehandlingsprincipen är central inom offentlig upphandling. Det finns en uppenbar risk att en leverantör gynnas vid ensidiga kontakter. Särskilt om detta sker i nära anslutning till och under pågående annonsering av en upphandling. Med tanke på denna risk är det synnerligen viktigt att en myndighet kan visa vad som har skett vid leverantörskontakter, exempelvis genom att dokumentera dessa.²⁰ Vi har därför upprepade gånger ställt frågor till er om besöken hos Agusta-Westland. Ni har svarat att det inte finns någon dokumentation och har endast kunnat redogöra i allmänna ordalag för att ni under mötena i juni och juli diskuterat tekniska frågor med AgustaWestland och besökt deras träningsanläggning. Det saknas även dokumentation kring övriga kontakter och besök under er anskaffningsprocess. Vi är starkt kritiska till bristen på dokumentation. Denna brist är särskilt anmärkningsvärd mot bakgrund av upphandlingens höga värde och den viktiga samhällsfunktion som räddningshelikoptrarna används i.

²⁰ Jfr likabehandlings- och öppenhetsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU samt bestämmelserna om dokumentation i 9 kap. samma lag.

Kraven i förfrågningsunderlaget för upphandlingen 2012

72. Vid upphandlingen har tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet använts. Vid utvärderingen har det varit möjligt att få sammanlagt 200 poäng. Det framgår av förfrågningsunderlaget.
73. Bilaga B i förfrågningsunderlaget innehåller kravspecifikationen för de räddningshelikoptrar som var föremål för upphandlingen. Bilaga B är indelad i tre sektioner:
74. *I sektion 1* finns de tekniska kraven på helikoptrarna. Sektion 1 är indelad i två kapitel. I kapitel 1 finns det obligatoriska krav. I kapitel 2 finns det börkrav, dvs. tilldelningskriterier. Dessa har kunnat ge sammanlagt 100 poäng vid utvärderingen. I vissa av kraven anges specifika mått som den offererade helikoptern bör ha. I de börkrav som anger att helikoptern bör ha *minst* ett visst mått har högst poäng tilldelats den anbudsgivare som offererat det största måttet. I de börkrav som anger att helikoptern bör ha *högst* ett visst mått har högst poäng tilldelats till anbudsgivare som offererat det minsta måttet. Enligt den utvärderingsmodell som använts tilldelades övriga anbudsgivare poäng i förhållande till anbudsgivaren med den högsta poängen. Vid upphandlingen har alltså en relativ utvärderingsmodell använts.²¹ En anbudsgivare som offererat en helikopter med de mått som angetts i ett visst önskvärt krav har däremot inte fått några poäng vid utvärderingen.
75. *I sektion 2* finns börkrav som rör leveranstider. För dessa krav har det varit möjligt att få totalt 30 poäng.
76. *I sektion 3* skulle pris anges för de offererade helikoptrarna. Priset har kunnat ge totalt 70 poäng.

Tekniska krav

De tekniska kraven i förfrågningsunderlaget

77. För vissa tekniska krav i förfrågningsunderlaget har det enligt vår mening inte tydligt framgått att syftet med att ställa kraven motsvarat ert verkliga behov. De krav vi har ställt frågor om i detta avseende följer nedan.

²¹ Relativa utvärderingsmodeller kan vara problematiska ur flera aspekter. Se mer om detta i SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 152 ff. och Konkurrensverkets yttrande över utredningen, dnr 185/2013, s. 7. Se även Konkurrensverket, *En logisk fälla – Relativ poängsättning vid anbudsutvärdering i offentlig upphandling*, rapport 2009:12.

Para. 1.5: OTHER FEATURES

*b. The Helicopter MTOW **shall** not be less than 5307 kg.*

Para. 2.1.1: HELICOPTER ARCHITECTURE & DESIGN REQUIREMENTS

- a. An accessible cabin (quadrangular) with at least a minimum usable width of 1.93 m. [3 points]*
- b. A passenger cabin volume of at least 5.78 cubic meters (baggage compartment excluded). [3 points]*
- c. Sliding door on the hoist side having width of at least 0.95 m. [3 points]*
- d. Cabin ceiling height should be at least 1.37 m. [3 points]*
- e. The helicopter should have a cargo compartment area for storage of equipment, with a minimum volume of 0.9 cubic meters. [3 points]*

Para. 2.1.2: HELICOPTER SAFETY FEATURURES

- a. Main rotor clearance should be at least 2.48 m during ground run. [3 points]*
- b. Tail rotor clearance should be at least 1.98 m during ground run, or protected. [3 points]*

Para. 2.1.3: EXTERNAL DIMENSIONS

- a. Main rotor diameter (not superior to 17.5 m). [3 points]*
- b. Length Rotor turning (not superior to 21 m). [3 points]*
- c. Height rotor turning (not superior to 5.0 m). [3 points]*

Er inställning till de tekniska kraven

Kravet på helikopterns maximala vikt vid start

78. Ni har berättat att syftet med det obligatoriska kravet att helikopterns maximala vikt vid start inte skulle understiga 5 307 kg, i punkt 1.5 b i förfrågningsunderlaget, var att säkerställa att ni vid upphandlingen inte skulle få en mindre helikopter än S76C.

Kraven på kabinens mått, dörrens bredd, bagagevolym och avstånd mellan rotorbladen och marken

79. Ni har uppgett att de bör-krav på kabinens mått, dörrens bredd, bagagevolym och på ett minsta avstånd mellan rotorbladen och marken, som finns i punkterna 2.1.1 a, b, c, d och e samt 2.1.2 a och b i förfrågningsunderlaget, motsvarade måtten på S76C. Kraven skulle säkerställa att en mindre helikopter än S76C inte kunde bli aktuell vid upphandlingen. Eftersom ni behövde en större helikopter än S76C i er verksamhet gavs inga poäng till anbudsgivare som offererade helikoptrar med de mått som angavs i kraven.
80. Avseende kravet på en fyrkantig kabin med en minsta användbar bredd på 1,93 m har ni berättat att måttet till största del styrdes av vinschbårens längd. Måtten på den bår ni använder är 1,99x0,61 m. Med S76C var det därför nödvändigt att använda en något kapad bår, vilket innebar problem för långa personer, eller att ha båren diagonalt i kabinen. Ni menar att det bästa är att ta in båren på tvären eftersom vinschoperatören då kan ta hjälp av vinschen för intagningen. Om båren behöver flyttas för att den inte ryms i tvärlid i kabinen måste vinschoperatören ensam flytta den för hand. Det är besvärligt och olämpligt ur arbetsmiljösynpunkt. En kvadratisk kabin gör det även lättare att arbeta runt en person som ligger på en bår på golvet och att placera ut nödställda i situationer när det finns fler nödställda än antal sittplatser.
81. Gällande kravet på en minsta kabinvolym har ni anfört att en större kabin i höjdlid ger en bättre arbetsmiljö för kabinbesättningen och gör det lättare att ta in en vinschbår eller vinschkorg med hjälp av vinschen.
82. Ni har motiverat kravet på en minsta dörrbredd på 0,95 m med att dörrbredden i S76C var i minsta laget, vilket gjorde det besvärligt att ta in en bår tillsammans med en ytbärgare. Dörren behövde därför vara bredare.
83. Kravet på kabinhöjd har ni motiverat med att kabinhöjden i S76C var för låg för att få en bra arbetsmiljö. Detta innebar att personer som var längre än 1,78 m fick problem med takhöjden om de satt i kabinen med en hjälm påtagen. Ni ville uppnå en sittplats med möjlighet att sitta med rak rygg, knäna i nittio graders vinkel och med hjälm påtagen utan att den tar i taket.
84. Vad gäller kravet på bagagevolym har ni anfört att bagagevolymen i S76C var i minsta laget ur ett arbetsmiljö- och flygsäkerhetsperspektiv. Utrymmet räckte endast till standardutrustning för eftersöknings- och räddningsinsatser. Utrustning utöver detta fick tas med i kabinen. Ni ville minimera utrustning i kabinen eftersom det begränsar möjligheten att ta in och vårda nödställda och försvårar en nödevakuering under vatten.
85. Avseende kraven på ett minsta avstånd mellan helikopterns huvud- och stjärtrotordisk och marken har ni uppgett att det finns risk för allvarliga

personskador för personer som vistas under rotordiskar. De i kraven angivna måtten är enligt er dessutom i minsta laget för en person med normallängd.

Kraven på rotorbladens mått

86. Ni har ställt bör-krav på rotorbladens mått i avsnitt 2.1.3 i förfrågningsunderlaget för att det inte skulle vara möjligt att få in helikoptrar med större rotorblad, än de som angetts i kraven, i era underhållshangarer. Skälet till att de i kraven angivna måtten inte gav några poäng vid utvärderingen är att det redan vid dessa mått krävdes ombyggnad av vissa hangarer.
87. Avseende kravet på en viss diameter på helikopterns huvudrotordisk har ni även berättat att en rotor med större diameter inte skulle gå att rotera inomhus i vissa av era hangarer, vilket är en nödvändig manöver vid dagligt tekniskt underhåll.
88. Avseende kravet på en maximal längd på helikoptern har ni även uppgett att en helikopter med en större längd än den i kravet angivna inte skulle vara möjlig att parkera med kopplad dragbil i vissa av era hangarer. Detta är en standardrutin för helikoptrar i startberedskap.
89. En högre höjd på rotorbladen, än den i kravet angivna, skulle innebära att helikoptern inte går att få in i en av era hangarer och med minimal marginal i era andra hangarer. Detta skulle riskera att skada helikoptrarna.

Rättsläget

90. Upphandlande myndigheter har en tämligen långtgående möjlighet att själva välja *vad* som ska upphandlas. Kraven på det som ska upphandlas måste dock vara kopplade till föremålet för upphandlingen. Det framgår av praxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen.²² Därtill får kraven inte strida mot de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU, däribland principerna om likabehandling och proportionalitet.
91. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer ska behandlas lika och olika situationer behandlas olika om det inte finns sakliga skäl att göra på annat sätt.²³ Principen är dock inget hinder mot att ställa krav som endast ett fåtal företag kan uppfylla.²⁴ Det gäller under förutsättning att kraven är sakligt motiverade av upphandlingsföremålet. Det har EU-domstolen uttalat.
92. Enligt proportionalitetsprincipen får upphandlande myndigheter inte ställa större krav på det som upphandlas än vad som behövs och vad som är

²² Mål C-513/99, *Concordia*, punkt 64 och HFD 2010 ref. 78.

²³ Se mer om detta ovan i punkt 59 f.

²⁴ Mål C-513/99, *Concordia*, punkt 85.

ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Proportionalitetsprincipen innebär även att de krav som ställs ska ha ett naturligt samband med det som upphandlas. Det framgår av praxis från EU-domstolen och av förarbeten till LOU.²⁵ Även tilldelningskriterier, dvs. så kallade bör-krav, ska vara proportionerliga. Även detta framgår av praxis från EU-domstolen.²⁶

93. Det finns ingen entydig praxis från EU-domstolen eller från Högsta förvaltningsdomstolen som talar om hur bedömningen av om ett krav är proportionerligt ska gå till.²⁷ Enligt vår uppfattning skiljer sig bedömningen åt beroende på vilken situation den används i.

Vår bedömning av de tekniska kraven

94. Upphandlande myndigheter har en relativt stor frihet att själva bestämma föremålet för en upphandling så länge kraven på det som upphandlas är sakligt motiverade. Vi uppfattar det som att föremålet för upphandlingen 2012 har varit räddningshelikoptrar av mediumklass.
95. Vi konstaterar att de mått som anges i de tekniska kraven rörande helikopterns maximala vikt vid start, kabinens bredd, höjd och volym, bredden på dörren, bagageutrymmets volym samt kraven på ett minsta avstånd mellan helikopterns huvud- och stjärtrotordisk och marken motsvarar respektive mått för helikoptermodellen S76C. Förutom det förstnämnda kravet, har dessa krav varit bör-krav som kunnat ge poäng vid utvärderingen. Helikoptrar med de mått som angetts i kraven har dock inte tilldelats några poäng. Det har ni förklarat med att S76C inte uppfyllde era behov på grund av att modellen hade otillräcklig lastkapacitet och för kort räckvidd samt för litet kabinutrymme. Ni har uppgett att ni därför behövde försäkra er om att vid upphandlingen inte få en mindre helikopter än S76C. Vid utformningen av dessa krav har ni alltså utgått från vad ni inte haft behov av. Enligt vår mening hade det varit mer ändamålsenligt att istället utforma kraven på ett sätt som motsvarade ert faktiska behov och att ge poäng vid utvärderingen till helikoptrar med sådana mått.
96. Sammanfattningsvis har ni uppgett följande skäl till att ni ställt de krav som behandlas i detta avsnitt. Kabinen och dörröppningen behövde vara bredare och kabinen större och högre än i er tidigare helikopter för att göra det lättare att ta in en bår och göra arbetsmiljön i kabinen bättre. Bagagevolymen behövde vara större för att minimera utrustningen i kabinen och därmed öka flygsäkerheten och förbättra arbetsmiljön. Avståndet mellan helikopterns

²⁵ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 25 och proposition 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 132.

²⁶ Mål C-234/03, *Contse*, punkt 49.

²⁷ Jfr dock Högsta förvaltningsdomstolens dom den 20 maj 2016 i mål nr 2691-15.

huvud- och stjärtrotordisk och marken behövde vara större för att öka säkerheten. Kraven på rotorbladens storlek har ni motiverat med att helikoptrar med större mått inte skulle få plats i era hangarer och att det inte skulle gå att utföra underhåll på helikoptrarna i hangarerna.

97. Vi kan konstatera att de tekniska krav som det nu är fråga om har samband med upphandlingsföremålet. Av den utredning vi har gjort och av era förklaringar till varför respektive krav har ställts framgår inte annat än att kraven huvudsakligen har varit motiverade av de behov som finns i er verksamhet.

Krav på varumärken

Kraven på varumärken i förfrågningsunderlaget

98. Bland de tekniska kraven i bilaga B finns bland annat följande bör-krav:

Para. 2.3.1: CONFIGURATION FEATURES

a. The dual rescue hoist should have "translation drum" technology,... [2 points]

k. The proposed controllable high effect search light should be Trakka model. [2 points]

Vad kraven på varumärken innebär

99. Translation drum är en leverantörsspecifik teknisk lösning för att spola in och ut räddningsvinschens vajer utan att vajern trasslar sig och slits av. Begreppet används endast av leverantören Goodrich (numera UTC Aerospace Systems). Det finns åtminstone en till leverantör, Breeze-Eastern LLC, som tillverkar en räddningsvinsch med en teknisk lösning för att förhindra att vajern trasslar. Leverantörens teknik för att hindra att problem med vajern uppstår är dock i grunden en annan, se vidare punkt 102 nedan, och kallas för "Level wind". Kravet innebär att endast anbudsgivare som offererar en helikopter som är utrustad med en vinsch från Goodrich kan få poäng vid utvärderingen.
100. Trakka Corp. Pty Ltd är en tillverkare av sökstrålkastare för bland annat sjö- och flygräddning. Kravet att sökstrålkastaren ska vara av modell Trakka innebär att endast anbudsgivare som offererar en helikopter som är utrustad med detta kan få poäng vid utvärderingen.

Er inställning till kraven på varumärken

101. Samtliga helikopterleverantörer kan enligt er erbjuda sökstrålkastare av märket Trakka och vinschar med Translation drum-teknologi. Därför har ingen helikopterleverantör gynnats eller missgynnats av kraven. Ni anser att det varit berättigat att återoppta de aktuella varumärkena.

Er inställning till kravet på Translation drum-teknologi

102. Enligt er innebär *Translation drum*-teknologin att vinschvajern går in i vinschen på ett specifikt ställe och att trumman som spolar upp vajern förutom att rotera även rör sig fram och tillbaka för att linda upp vajern jämnt. Det ställe där vajern går in har vridbara lintrissor på kullager som tillåter att vajern, med belastning, kan spolas in från olika riktningar även med relativt stor vinkel. Den andra teknologin, *Level wind*, bygger på att trumman som spolar upp vajern enbart roterar och att en linförare (arm) åker fram och tillbaka längs med trumman för att linda upp vajern jämnt. För att fungera optimalt måste vajern med belastning spolas in helt lodrätt.
103. Enligt er kan en vinsch med *Level wind*-teknologi ge stora problem vid vinschning av objekt från vatten. Detta eftersom helikoptern då, av säkerhetsskäl, ofta står i vinkel till objektet, alltså inte lodrätt. Eftersom ytbärgare och nödställd förs längs med vattenytan innan lodrätt lyft sker kan draget komma för mycket framifrån för att vinschens linförare ska kunna linda upp vajern jämnt. Detta kan leda till vinschavbrott.
104. Ni anser att *translation drum*-teknologin är mer tillförlitlig och det bästa valet i räddningstjänst för att rädda liv i svåra situationer. Den innebär en ökad säkerhet, särskilt vid vinschning av personer från is och vatten. Med hänsyn till rapporter från Statens haverikommission och era erfarenheter från sjö- och flygräddning var det av största vikt att helikoptrarna var utrustade med denna typ av vinsch. Ni anser därför att det var korrekt att ställa krav på att helikoptrarna skulle vara utrustade med translation drum-teknologi. Detta trots att dessa vinschar endast kan levereras av Goodrich. Det var det minst riskfyllda sättet att beskriva kravet på. Detta eftersom det inte var försvarbart att vid upphandlingen riskera att få en teknologi som inte är lämpad för sjö- och flygräddning.

Er inställning till kravet på Trakka

105. Ni har berättat att det, i princip, finns fyra modeller av starka sökstrålkastare för sjö- och flygräddning. Tre modeller tillverkas av Spectrolab Inc. och benämns SX-5, SX-16 och XP II. Den fjärde modellen tillverkas av Trakka Corp. och benämns A800.
106. Modellen SX-5, som Sikorsky S76C är utrustad med, har en ljusstyrka som enligt er erfarenhet är i svagaste laget. Dessutom saknar den möjlighet att användas ihop med mörkerkikare som används vid räddningsuppdrag. Den större, och starkare, modellen SX-16 skulle innebära stora nackdelar i form av vikt, negativ inverkan på helikopterns prestanda, ökad strömförbrukning och reducerad markfrigång. Ni har uppgett att modellen XP II är av mellanstorlek och mer strömlinjeformad med en modernisering av teknologin som Spectrolab använder. XP II är mer lämpad för svensk sjö- och flygräddning än de två förstnämnda, men saknar de stora fördelar som Trakka ger.

107. Ni anser att modellen Trakka A800 ger operativa fördelar, exempelvis finns möjlighet att styra olika filter och ett större vridningsmoment både horisontellt och vertikalt. Modellen ger mindre vibrationer vid hög fart och ger inga så kallade "black spots". Vidare anger ni att A800 har en bättre integrering mot systemen för karta och värmekamera samt kan styras av båda piloterna direkt från roderorganen.
108. Ni har angett de stora operativa fördelarna med Trakka-modellen jämfört med de anförda nackdelarna med de övriga modellerna som skäl för att ni ställde krav på att sökstrålkastaren skulle vara från Trakka Corp. Ni anser även att det hade varit svårt att på ett objektivt och tillräckligt preciserat sätt beskriva dess funktioner.

Rättsläget

109. I 6 kap. LOU framgår hur tekniska specifikationer avseende kontraktsföremålet kan eller ska vara utformade. Syftet med bestämmelserna är att förhindra att de tekniska kraven i en upphandling utformas på ett sätt som kan begränsa konkurrensen på ett negativt sätt.
110. Tekniska specifikationer får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Det anges i 6 kap. 4 § första stycket LOU. Denna bestämmelse är i huvudsak ett utflöde av de grundläggande principerna som är fastställda i 1 kap. 9 § LOU, framför allt icke-diskrimineringsprincipen och likabehandlingsprincipen.
111. En hänvisning till ett varumärke i en teknisk specifikation får göras endast i undantagsfall. Det krävs att myndigheten inte kan beskriva kontraktsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning ska anses som tillåten. En sådan hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt". Det följer av 6 kap. 4 § andra stycket LOU.
112. I en upphandling av operativsystem ställde en upphandlande myndighet krav på UNIX-system. Systemet var en benämning på en programvara som utvecklats av en specifik leverantör. EU-domstolen fastställde att hänvisningen till varumärket UNIX, utan att det följdes av orden "eller likvärdigt" stred mot unionsrätten.²⁸
113. En kommun angav fabrikat och modellbeteckning i en upphandling av projektorer. Kammarrätten i Göteborg ansåg att kommunen agerat i strid med reglerna i LOU och principen om icke-diskriminering. Även om den

²⁸ Mål C-359/93, *UNIX*, punkt 23–29.

klagande leverantören kunde leverera produkter från det efterfrågade varumärket uttalade domstolen att kravet missgynnat leverantören eftersom denne inte kunnat offerera likvärdiga produkter från andra tillverkare med bättre priser. Domstolen konstaterade också att det i princip ska vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till ett visst varumärke ska vara tillåten.²⁹

Vår bedömning av kraven på varumärken

114. I punkt 2.3.1 a och k i förfrågningsunderlaget finns två bör-krav där poäng endast ges till anbudsgivare som offererar en helikoptermodell med utrustning av ett visst varumärke eller viss tillverkare. Kraven innebär att endast anbudsgivare som offererar en helikopter som är utrustad med en vinsch från Goodrich respektive sökstrålkastare av märket Trakka kan få poäng vid utvärderingen.
115. Ni har anfört att samtliga helikopterleverantörer kan erbjuda sökstrålkastare av märket Trakka och vinschar med Translation drum-teknologi, vilket innebär att ingen helikopterleverantör har missgynnats av kraven. Enligt vår bedömning är frågan om någon leverantör har lidit skada dock endast av betydelse i domstolsprocesser om överprövning och skadestånd enligt bestämmelserna i 16 kap. LOU. Därtill är syftet med förbudet att ställa krav på varumärken i 6 kap. 4 § LOU att skydda företag från att diskrimineras vid upphandlingar. Enligt vår bedömning innebär detta att även sådana företag som tillverkar varor och utför tjänster, men som inte själva deltar i upphandlingar, skyddas av bestämmelsen.
116. Vidare har ni uppgett att det på grund av säkerhetsskäl var av största vikt att helikoptrarna skulle vara utrustade med vinschar med translation drum-teknologi och att ni inte kunde riskera att vid upphandlingen få en teknologi som inte är lämpad för sjö- och flygräddning. Ni har även anfört att modellen Trakka gav stora operativa fördelar jämfört med andra modeller samt att det skulle vara svårt att beskriva modellens funktioner på ett tillräckligt preciserat sätt.
117. Hänvisning till visst varumärke eller viss tillverkare i ett förfrågningsunderlag får endast göras i undantagsfall. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva upphandlingsföremålet tillräckligt preciserat och begripligt för att en sådan hänvisning ska vara tillåten.
118. Vi kan konstatera att ni på ett klart och tydligt sätt beskrivit skillnaden mellan de olika vinschteknologierna respektive modellerna på sökstrål-

²⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 september 2010 i mål nr 2136-10.

kastare. Vidare har ni beskrivit vad ert behov består i eller vad ni velat åstadkomma eller undvika genom att ställa kraven. Detta även utan att ange en terminologi som är direkt kopplad till viss tillverkare eller visst varumärke. Det har således varit möjligt för er att lämna en sådan beskrivning även i förfrågningsunderlaget. Det har därför varken funnits skäl eller varit tillåtet för er att ställa krav på translation drum-teknologi eller märket Trakka. Uppställandet av dessa bör-krav strider därmed mot 6 kap. 4 § LOU samt principerna om likabehandling och icke-diskriminering som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Krav på leveranstider

119. Ni har ställt krav på leveranstider i förfrågningsunderlaget. Vi har tittat på kraven för att se om någon enskild leverantör har gynnats när det gäller förutsättningarna att leverera räddningshelikoptrar och om leveranstiderna har varit proportionerliga.

Kraven på leveranstider i förfrågningsunderlaget m.m.

120. Flera faktorer kan påverka leveranstiderna för räddningshelikoptrar. Några av dessa är leverantörens produktionskapacitet vid kontraktsskrivandet samt hur räddningshelikoptrarna ska vara utrustade. Leveranstiderna kan även påverkas av faktorer utom parternas kontroll, såsom certifiering av EASA, som är den europeiska myndigheten för luftfartssäkerhet.

121. En leverantör som kunde leverera räddningshelikoptrarna enligt tidplanen i förfrågningsunderlaget kunde få totalt 30 poäng. Det motsvarade 15 procent av det totala antalet poäng i upphandlingen. Senare leveranser gav noll poäng. Det var obligatoriskt att leverera den sjunde räddningshelikoptern inom en viss angiven tid, vilket innebar att alla helikoptrar skulle levereras senast detta datum. Helikoptrarna skulle levereras vid följande tidpunkter:

Helikopter	Senaste leveransdatum	Poäng
Första helikoptern	Före sista maj 2013	5
Andra helikoptern	Före sista juli 2013	5
Tredje helikoptern	Före sista november 2013	4
Fjärde helikoptern	Före sista mars 2014	4
Femte helikoptern	Före sista juni 2014	4
Sjätte helikoptern	Före sista september 2014	4
Sjunde helikoptern	Före sista december 2014, senast den 15 januari 2015	4

122. Genom tilldelningsbeslut den 24 september 2012 meddelade ni att AgustaWestland hade tilldelats kontrakt. Ni ingick kontrakt med AgustaWestland den 11 oktober 2012.

Er inställning till kraven på leveranstider

123. Ni har berättat att införandet av det nya helikoptersystemet planerades under många år och att tidplanen för implementeringen var kopplad till när leasingavtalen för er dåvarande helikopterflotta löpte ut. Två av dessa leasingavtal var enligt er inte möjliga att förlänga. Två av era helikoptrar var i dåligt skick och hade en begränsad livslängd. Med hänsyn till denna risk-exponering var leveranstidpunkterna mycket viktiga vid upphandlingen. Vidare har ni berättat att en förutsättning för implementeringsprocessen var att ni hade totalt sju helikoptrar. Två av dessa utgör nämligen en reservkapacitet. Reservkapaciteten är en förutsättning för att helikoptersystemet ska vara operativt vid alla tidpunkter.³⁰ Dessutom måste en helikopterflotta enligt er vara homogen. Skälen till detta är att det inte är flygsäkerhetsmässigt eller ekonomiskt försvarbart att under en längre tid använda helikoptrar av olika modeller.

124. Ni har berättat att en normal leveranstid för en helikopter är 5–18 månader i de fall då inga eftermodifieringar på helikoptern behöver göras. Internt har ni däremot angett att leveranstiden normalt sett är två år. Det framgår av *Underlag inför styrelsemöte 2011-05-11*.

Airbus och Sikorskys inställning till leveranstider

125. *Airbus* har angett att deras leveranstid för en räddningshelikopter är 18–24 månader beroende på modell och efterfrågan vid beställningstidpunkten. *Airbus* har uppgett att det är svårt att ange leveranstid för sju räddningshelikoptrar eftersom den beror på produktionskapacitet, innevarande ordervolym samt vilken modell som avses. Enligt *Airbus* är det inte möjligt att leverera två räddningshelikoptrar inom tio månader. Att leverera sex räddningshelikoptrar inom två år menar de inte heller är möjligt. *Airbus* har berättat att man inte kan reservera köplatser hos dem före det att kontrakt har tecknats.

126. *Sikorsky* har berättat att tillverkningen av räddningshelikoptrar sker i tre faser. I den första fasen, som tar 12–24 månader, tillverkas en standardhelikopter. I den andra fasen, som tar cirka sex månader, utrustas räddningshelikoptern enligt köparens önskemål. Eftersom ledtiderna för viss sorts räddningsutrustning är 6–18 månader, kan det ta ytterligare tre till sex månader innan räddningshelikoptern är klar att levereras. *Sikorsky* uppskattar att det från det att kontrakt har tecknats tar cirka 24–36 månader att leverera en räddningshelikopter. *Sikorsky* känner inte till att man kan reservera leveranspositioner utan att det sker någon form av åtagande mellan köpare och leverantör.

³⁰ Proposition 2011/12:11, *Säkerställande av sjö- och flygräddning*, s. 5.

Försenade leveranser

127. I sitt anbud skrev AgustaWestland att de kunde leverera enligt kraven i förfrågningsunderlaget. I ett tilläggskontrakt, *Amendment N.3*, som ni tecknade med AgustaWestland den 22 juli 2013 framgår att leveranstiderna senarelades i förhållande till förfrågningsunderlaget. Leveransdatum för helikopter ett och två ändrades till den 31 augusti respektive den 7 september 2013. Helikopter ett och två levererades dock i mitten respektive slutet av september 2013. Leveransdatum för helikopter sex och sju ändrades till slutet av januari respektive slutet av april 2015. Helikopter sju levererades dock i början av maj samma år.

Er inställning till de försenade leveranserna

128. Ni har berättat att det är normalt med leveransförseningar när det gäller varor av så pass avancerat tekniskt material som räddningshelikoptrar. En av helikoptrarna försenades eftersom EASA-certifieringen drog ut på tiden. Det medförde att två av helikoptrarna skulle komma att levereras under semestertider, varför leveranstiderna för dessa fick flyttas fram. Ni har även berättat att en del förseningar berodde på er eftersom ni fick problem med att ta emot helikoptrarna på grund av frågor av kollektivavtalsrättslig natur samt att ni behövde koordinera avvecklingen av ert gamla helikoptersystem. En helikopter försenades eftersom fel tätningssmassa hade använts.

Vår bedömning av kraven på leveranstider

129. Att ställa krav på leveranstider är grundläggande i en upphandling av varor. När upphandlande myndigheter ställer krav på leveranstider är det viktigt att principerna om likabehandling och öppenhet i 1 kap. 9 § LOU följs. Att leverantörer behandlas på ett likvärdigt sätt innebär bland annat att tidsramarna i upphandlingen inte får anpassas efter en viss leverantör. Detta gäller såväl anbuds tiden som tiden mellan tecknade av avtal och avtalsperiodens start.³¹ Det syfte som leveranskravet ska uppfylla måste också vara objektivt sett godtagbart.

Vår bedömning av om den information om leveranstider m.m. som AgustaWestland fick gav dem fördelar i upphandlingen 2012

130. Inför leasingupphandlingen fick AgustaWestland bland annat information om hur många helikoptrar som skulle upphandlas och hur de skulle vara utrustade. Genom avsiktsförklaringen fick de dessutom information om vid vilka tidpunkter de skulle levereras. När leasingupphandlingen annonserades i juni 2011 fick även övriga leverantörer del av information om hur många helikoptrar som skulle upphandlas, hur de skulle vara utrustade och när de skulle levereras. I upphandlingen 2012 ändrades dessutom kraven på helikoptrarna och leveranstiderna i förhållande till de krav och

³¹ HFD 2012 ref. 48.

leveranstider som angetts i leasingupphandlingen. Den information som AgustaWestland hade fått tidigare förlorade därför sin betydelse i upphandlingen 2012.

131. Vi har frågat er om ni har vidtagit några åtgärder för att säkra nya leveranspositioner efter det att avsiktsförklaringen upphörde att gälla. Ni har uppgett att det inte fanns några leveranspositioner mellan er och AgustaWestland före det att kontrakt tecknades efter upphandlingen 2012. Leveranspositionerna i det upphandlade avtalet var, enligt er, helt nya. Mot denna bakgrund har det enligt vår bedömning inte framgått att den information som AgustaWestland fick om bland annat leveranstiderna inför leasingupphandlingen gav dem någon fördel i förhållande till övriga leverantörer i upphandlingen 2012.

Vår bedömning av om kraven på leveranstider var proportionerliga

132. Vi har även utrett om kraven på leveranstider varit proportionerliga.

133. Räknat från den tidpunkt när ni ingick kontrakt med AgustaWestland skulle leverans av den första helikoptern ske inom drygt sju månader. Samtliga sju helikoptrar skulle levereras inom två år och tre månader.

134. Under utredningen har det framkommit olika uppgifter om vad som kan anses vara en normal leveranstid av räddningshelikoptrar. Dessa uppgifter har varierat från 5–36 månader för leverans av *en* räddningshelikopter. En förklaring till att ni samt även Airbus och Sikorsky har angett olika leveranstider är att den påverkas av ett antal olika faktorer. Några faktorer är leverantörens produktionskapacitet vid kontraktsskrivandet och hur räddningshelikoptrarna ska vara utrustade. Leveranstiderna kan även påverkas av faktorer såsom certifiering av EASA och att någon leverantör begär överprövning av upphandlingen. Mot denna bakgrund är det inte möjligt att fastställa vad som är en normal leveranstid för en räddningshelikopter. Det är därför inte heller möjligt att fastställa vad som är en normal leveranstid för sju räddningshelikoptrar.

135. Ni har berättat att det mot bakgrund av implementeringen var viktigt att helikoptrarna levererades inom de angivna leveranstidpunkterna. Vi kan dock konstatera att fyra av sju helikoptrar levererades senare än de tidpunkter som angavs i förfrågningsunderlaget. Ni har berättat att leveransförseeningarna bland annat berodde på frågor av kollektivavtalsrättslig natur, att EASA-certifieringen drog ut på tiden samt att ni behövde koordinera avvecklingen av ert gamla helikoptersystem.

136. Att premiera leverans vid viss tid är i sig tillåtet om det finns sakliga skäl att göra det. Var gränsen går mellan skälen att ställa sådana krav och vad som kan anses vara proportionerligt hör i första hand samman med den

upphandlande myndighetens faktiska behov av snabb leverans. De skäl ni har anfört om ert behov för att genom poäng premiera snabba leveranser är enligt vår bedömning i detta fall godtagbara. Vad gäller kravet på att det var obligatoriskt att leverera samtliga helikoptrar vid ett visst datum riskerar ett sådant krav att stänga ute vissa leverantörer, som i övrigt kan vara konkurrenskraftiga. Vid en proportionalitetsbedömning av det obligatoriska kravet på leveranstid blir det därför av större betydelse att fastslå vad som är en normal leveranstid för räddningshelikoptrar. Eftersom det inte varit möjligt att fastställa vad som är en normal leveranstid för räddningshelikoptrar kan vi inte heller bedöma hur det obligatoriska kravet på leveranstid förhåller sig till proportionalitetsprincipen.

137. Med tanke på de många faktorer som påverkar leveranstiden av räddningshelikoptrar kan däremot lämpligheten av att redan i förfrågningsunderlaget fastslå obligatoriska leveransdatum ifrågasättas.

Förändring av det obligatoriska kravet på leveranstid

138. För den sjunde helikoptern var det ett obligatoriskt krav att leverera den senast den 15 januari 2015. Det framgår av förfrågningsunderlaget. I tilläggskontrakt som ni tecknade med AgustaWestland en tid efter upphandlingen, *Amendment N.3*, framgår att leveranstiden för den sjunde helikoptern ändrades till slutet av april 2015. Ni har uppgett att den faktiska leveransen av helikoptern ägde rum i början av maj 2015.

Rättsläget

139. Under upphandlingens och kontraktets genomförande kan det uppkomma behov av att göra förändringar av det annonserade avtalsinnehållet. Även om parterna i ett offentligt kontrakt avtalsrättsligt är fria att ändra villkoren i ett kontrakt så kan det medföra problem ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv.
140. Som utgångspunkt gäller att samtliga handlingar som annonseras ska vara utformade på ett uttömmande sätt³² samt att de inte väsentligen får ändras efter annonseringen.³³ Om det annonserade förfrågningsunderlaget ändras har det inte innehållit samtliga krav och villkor på det som upphandlas. Det kan strida mot likabehandlingsprincipen. Det är nämligen tänkbart att leverantörer som inte lämnat anbud hade gjort det om de hade känt till de förändrade villkoren eller att leverantörer som lämnat anbud hade utformat sina anbud på ett annat sätt. På så sätt missgynnas leverantörer som valde att inte lämna anbud eller vars anbud inte längre överensstämmer med förfrågningsunderlaget.

³² Mål C-278/01, *Kommissionen mot Spanien*, punkt 53.

³³ Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 34 f.

141. En förändring av förfrågningsunderlaget kan även strida mot öppenhetsprincipen eftersom anbudsgivarna inte kände till samtliga krav när de lämnade sina anbud.
142. Om en tillräckligt betydande ändring görs i ett upphandlat kontrakt ses det som att ett nytt kontrakt har ingåtts.³⁴ Ändringarna kan vara betydande om de uppvisar stora skillnader i förhållande till ursprungskontraktet och visar på en avsikt från parterna att omförhandla väsentliga villkor i kontraktet.³⁵ Ett exempel på vad som kan vara en sådan väsentlig ändring är om det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, hade gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare eller anta ett annat anbud.³⁶ En ändring av ett obligatoriskt krav kan vara en väsentlig förändring.³⁷

Vår bedömning av förändringen av det obligatoriska kravet på leveranstid

143. Även om en ändring i ett obligatoriskt krav kan vara en väsentlig förändring måste en samlad bedömning göras utifrån vilken sorts krav det är fråga om och förutsättningarna i det enskilda fallet.
144. Ni har berättat att den försenade leveransen av den sjunde helikoptern berodde på att ni behövde koordinera avvecklingen av ert tidigare helikoptersystem. Det innefattade även utbildning av besättning och tekniker inför införandet av det nya helikoptersystemet.
145. I detta fall rör det sig om ett krav på leveranstid avseende en helikopter som har anpassats efter önskemål från er för att användas i verksamhet rörande sjö- och flygräddning. Att den sjunde räddningshelikoptern skulle levereras inom en viss tid innebär i detta fall att samtliga sju helikoptrar skulle vara levererade vid den tidpunkten. Det visade sig dock att inte ens Agusta-Westland kunde leverera helikoptrarna i tid i enlighet med det krav som ni ställde i förfrågningsunderlaget.
146. Att ställa ett obligatoriskt krav på att inom viss tid leverera så pass komplexa produkter som det här är fråga om kan göra att potentiella leverantörer avstår från att lämna anbud. Å andra sidan kan produktens komplexitet och de många faktorerna som påverkar leveranstiden även tala för att vissa ändringar av leveranstiden kan vara nödvändiga under avtalsperioden. Den ändring av leveranstiden som ni gjorde avseende den sjunde helikoptern har dessutom varit förhållandevis kort. Leveransförseningen har inte heller

³⁴ Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 44.

³⁵ Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 34.

³⁶ Mål C-454-06, *Presstext*, punkt 35.

³⁷ Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2012 i mål nr 1132-10.

BESLUT

2016-07-11 Dnr 306/2015 34 (39)

medfört att kontraktets övergripande karaktär på något sätt har ändrats. Mot denna bakgrund bedömer vi att ändringen av leveranstiden för den sjunde helikoptern inte är en väsentlig ändring.

Kontraktsvillkoren i upphandlingen 2012

147. Vid upphandlingen av räddningshelikoptrar 2012 använde ni ett öppet förfarande. Förfrågningsunderlaget innehåller endast ett fåtal kontraktsvillkor och reglerar följaktligen inte avtalsförhållandet med den vinnande anbudsgivaren på ett fullständigt sätt. Vi har därför granskat ert avtal med AgustaWestland och jämfört det med kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget.

Kontraktsvillkoren i förfrågningsunderlaget

148. Under rubriken 5 *COMMERCIAL CONDITIONS – CONTRACT CONDITIONS* i förfrågningsunderlaget anges bland annat följande:

The assignment shall be carried out according to the terms and requirements in the tendering documents. The terms and requirements of the tendering documents shall, where applicable, be part of the contract. The tendering documents are:

- *The invitation to tender (this document)*
- *Tender form for shall requirements (Appendix A)*
- *Specification of Requirements SAR Helicopter (Appendix B)*
- *Evaluation Criteria Summary Table (Appendix C)*

The Tenderer shall enclose a draft contract for the purchase of the seven helicopters. Receipt of the draft contract by the SMA does not mean that the conditions of the contract are accepted by the SMA.

149. Under ovan nämnda rubrik finns även bestämmelser om hur pris ska anges och vad det ska omfatta, möjligheten för anbudsgivare att begära en förskottsbetalning samt en leveransklausul. Därutöver finns inga ytterligare kontraktsvillkor i förfrågningsunderlaget.

Kontraktsvillkoren i AgustaWestlands anbud

150. Under rubriken *DRAFT CONTRACT* i sektion 5.1 i anbudet finns ett kontraktsförslag bifogat. Det består av två delar, *CONTRACT TERMS* och *GENERAL TERMS*.

151. Avsnittet *GENERAL TERMS* innehåller bland annat villkor om garantier (warranty), leveransförseningar (excusable delays), viten m.m. (liquidated damages) och grunder för hävning (termination).

152. Kontraktsförslaget har även bilagor, däribland *ENCLOSURE 4, WARRANTY POLICY*, som innehåller en garantipolicy avseende de offererade helikoptrarna.

Kontraktsvillkoren i kontraktet mellan er och AgustaWestland

153. Det kontrakt ni tecknat med AgustaWestland består av två delar, *CONTRACT TERMS* och *GENERAL TERMS*.

154. I avsnittet *GENERAL TERMS* finns bland annat villkor om garantier, leveransförseningar, viten samt grunder för hävning.

155. Kontraktet har även bilagor, däribland *ENCLOSURE 4, WARRANTY POLICY*, som innehåller en garantipolicy avseende de offererade helikoptrarna.

Er inställning till kontraktsvillkoren

156. Ni anser inte att kravet, att anbudsgivare med sitt anbud skulle bifoga ett kontraktsförslag, strider mot öppenhetsprincipen. Kravet kan däremot ifrågasättas upphandlings- och inte minst affärsmässigt. Enligt er hade det varit mer lämpligt om samtliga villkor hade framgått av förfrågningsunderlaget. Samma krav om kontraktsförslag har ställts på alla leverantörer. Kravet har inte inneburit någon fördel för någon leverantör. Att leverantörerna skulle föreslå aktuella villkor hör samman med att det ofta är generella villkor från respektive leverantör som ska beaktas vid upphandlingar som är tekniskt komplicerade och omfattande.

Rättsläget

157. Med ett öppet förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud. Det framgår av 2 kap. 22 § LOU.

158. Vid ett öppet förfarande är det inte tillåtet att förhandla med anbudsgivarna. Detta framgår inte uttryckligen av vare sig LOU eller av det EU-direktiv som ligger till grund för lagen.³⁸ Däremot framgår det av praxis från EU-domstolen, som uttalat följande.

Själva karaktären på en selektiv anbudsinfordran innebär att anbudet i princip inte kan ändras, vare sig på initiativ av den upphandlande myndigheten eller på initiativ av anbudssökanden, efter det att urvalet av anbudssökande har genomförts och anbudssökandena har ingett sina anbud. Principen om att anbudssökande ska behandlas lika och skyldigheten att iaktta öppenhetsprincipen, som följer av denna princip, utgör nämligen hinder för att det inom ramen för detta förfarande sker

³⁸ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

*någon förhandling mellan den upphandlande myndigheten och någon av anbudssökandena.*³⁹

159. I målet hade ett selektivt förfarande tillämpats men uttalandet gäller även för öppna förfaranden.⁴⁰ EU-domstolen har i ett senare avgörande bekräftat sitt ställningstagande.⁴¹
160. Att det inte är tillåtet att förhandla med anbudsgivare vid öppna och selektiva förfaranden följer även av kommissionens riktlinjer för offentlig upphandling och av ett gemensamt uttalande från rådet och kommissionen.⁴² Detta gäller även om möjligheten att förhandla anges på förhand i förfrågningsunderlaget.⁴³
161. Att förhandling inte får ske vid öppna och selektiva förfaranden är grundläggande för att garantera att upphandlande myndigheter behandlar anbudsgivare lika och inte ger någon anbudsgivare otillbörliga fördelar samt för att säkerställa att principen om öppenhet följs. Principerna, som finns angivna i 1 kap. 9 § LOU gäller för hela upphandlingsförfarandet.
162. Av principen om öppenhet följer att förfrågningsunderlaget, vilket inkluderar kontraktsvillkoren för upphandlingen, ska annonseras vid upphandlingar som genomförs som ett öppet förfarande.⁴⁴ Detta är en förutsättning för att potentiella anbudsgivare ska kunna ta del av samtliga relevanta villkor för upphandlingen. Pris och i vissa fall tekniska lösningar behöver dock inte annonseras eftersom detta är uppgifter som blir kända först vid anbudsöppningen.
163. Däremot kan upphandlande myndigheter begära att anbudsgivare förtydligar eller kompletterar sina anbud. Denna möjlighet framgår av 9 kap. 8 § LOU. Bestämmelsen innebär även att anbudsgivare kan rätta uppenbara felskrivningar eller felräkningar i sina anbud. Bestämmelsen gör det däremot inte möjligt att komma in med nya sakuppgifter eftersom det kan strida mot likabehandlingsprincipen.

Vår bedömning av kontraktsvillkoren

164. Frågan i detta avsnitt är om det vid ett öppet förfarande är tillåtet att förhandla om de kontraktsvillkor som ska gälla för upphandlingen.

³⁹ Mål C-599/10, *Slovensko*, punkt 36.

⁴⁰ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, volym 1, tredje upplagan, 2014 s. 817.

⁴¹ Mål C-336/12, *Manova*, punkt 31.

⁴² *Guide to the community rules on public supply of contracts*, s. 21 och *OJ No L 210, 21.17.1989*, punkt 22.

⁴³ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, volym 1, tredje upplagan, 2014, s. 817.

⁴⁴ Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, volym 1, tredje upplagan, 2014, s. 622.

165. Kontraktet mellan er och den vinnande anbudsgivaren skulle enligt förfrågningsunderlaget bestå av inbjudan att lämna anbud, de obligatoriska kraven i upphandlingen, kravspecifikationen för räddningshelikoptrarna och en summeringstabell för bör-kraven. Därtill fanns bestämmelser om angivande av pris, förskottsbetalning samt en leveransklausul. I förfrågningsunderlaget angavs även att anbudsgivare skulle bifoga ett kontraktförslag med sitt anbud.
166. I AgustaWestlands kontraktförslag finns bland annat villkor om leveransförsening, viten och grunder för hävning. Dessa villkor är identiska med villkoren i det kontrakt ni tecknat med AgustaWestland. Med hänsyn till upphandlingens värde och den viktiga funktion som räddningshelikoptrarna fyller i samhället kan lämpligheten att överlåta till anbudsgivarna att utforma denna typ av villkor starkt ifrågasättas. Dessutom har ni berättat att det varit viktigt för er att helikoptrarna levererades i tid. Att i en sådan situation utelämna vitesklausuler och grunder för hävning av kontraktet innebär att ni inte har säkerställt möjligheten till sanktioner mot leverantören vid exempelvis leveransförseningar.
167. Vidare kan vi konstatera att villkoren om garantier, leveransförsening, viten och grunder för hävning i ert kontrakt med AgustaWestland helt saknas i förfrågningsunderlaget. Kontraktet innehåller även andra villkor som inte annonserats. Genom att komma överens med AgustaWestland om att villkoren skulle vara en del av ert kontrakt har ni förhandlat om vilka villkor som ska gälla för upphandlingen. Förhandlingen har omfattat villkor som är grundläggande vid en upphandling av det aktuella slaget. Eftersom upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande är förhandling om sådana kontraktsvillkor inte tillåten. De villkor ni förhandlat om faller inte heller inom ramen för sådana uppenbara fel, kompletteringar eller förtydliganden som omfattas av 9 kap. 8 § LOU.
168. Eftersom villkor om garantier, leveransförsening, viten och grunder för hävning m.m. inte framgått av förfrågningsunderlaget har anbudsgivare inte kunnat skaffa sig kunskap om samtliga villkor för upphandlingen. Genom att inte annonsera sådana grundläggande kontraktsvillkor och därefter förhandla med AgustaWestland om villkoren har ni brutit mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU. Skyldigheten att annonsera kontraktsvillkoren gäller oavsett om alla anbudsgivare haft samma möjlighet att lämna in ett kontraktförslag.

Slutsats

169. Vi ser allvarligt på era ensidiga kontakter med AgustaWestland i nära samband med och under annonseringen av upphandlingen 2012. Vi är även starkt kritiska till bristen på dokumentation av era leverantörskontakter under er anskaffning av räddningshelikoptrar.
170. I er upphandling av räddningshelikoptrar 2012 har ni brutit mot principen om öppenhet i 1 kap. 9 § LOU, genom att i ett öppet förfarande förhandla om grundläggande kontraktsvillkor. Ni har även brutit mot likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna i 1 kap. 9 § LOU samt mot 6 kap. 4 § i samma lag genom att i upphandlingen ställa krav på varumärket Trakka och på translation drum-teknologi.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Suzanne Malmberg.

Dan Sjöblom

Suzanne Malmberg

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats