



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-06-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
6378-15

SÖKANDE

Inaer Aviation Italia Spa
Via Ombriano n.6
23823 Colico
Italien

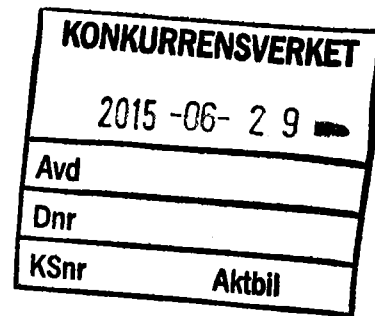
Ombud: Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Stockholms läns landstings avvisningsyrkande.

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 621639

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholm läns landsting genomför en upphandling benämnd "Ambulanshelikoptertjänster, HSN 1301-0051". Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Landstinget har i tilldelningsbeslut utsänt den 17 mars 2015 meddelat att landstinget beslutat att anta anbud från H-Bird Aviation Services AB (H-Bird).

Inaer Aviation Italia Spa (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Landstinget bryter i upphandlingen mot bestämmelserna i LOU och EU-direktiven om offentlig upphandling (2004/18/EG). Överträdelsen har framför allt skett mot de grundläggande principerna om icke-diskriminering och transparens (öppenhet och förutsebarhet). Landstinget har inte offentliggjort meddelande om upphandlingen i Europeiska unionens officiella tidning, EUT, vilket krävs eftersom efterfrågade tjänster avser till övervägande del transporttjänst, som utgör en A-tjänst och kontraktsvärdet överstiger gällande tröskelvärde. Bolaget är leverantör av efterfrågade tjänster och har intresse av att delta i offentliga anbuds-förfaranden inom unionen. Eftersom landstinget inte fullgjort annonseringsplikten har bolaget förvägrats delta med anbud. Bolaget lider eller riskerar att lida skada. Skadan ligger i att bolaget inte har informerats om upphandlingen och därmed förtagits möjligheten att delta med anbud.

När det gäller upphandlingens kategorisering som en A- eller B-tjänst kan konstateras att det är fråga om ett blandat kontrakt av flygtransporttjänster (som är en A-tjänst, kategori 3 i bilaga 2 till LOU) och hälso-och sjukvårdstjänster (som är en B-tjänst, kategori 25 i bilaga 3 till LOU).

Avtalet ska därför kategoriseras med ledning av den så kallade överviktsprincipen för dylika blandade kontrakt som återfinns i 1 kap. 2 § tredje stycket LOU. Av denna bestämmelse följer att upphandlingen ska anses omfatta A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. Vid värdebedömningen ska, enligt vad EU-domstolen angett i mål C-76/97 Walter Tögel p. 39, såsom B-tjänster enbart beaktas hälso- och sjukvårdsaspekterna i kontraktet men inte förekommande transportaspekter. Transporttjänsterna, som nu i målet omfattas av kategori 3 (Flygtransport), ska enligt domstolens anvisningar istället bedömas som A-tjänster och viktas därefter. Värdet av transportaspekten, i form av ambulanshelikoptern med pilot samt uppställning och drivmedel m.m. ska viktas mot värdet av hälso- och sjukvårdsaspekten, i form av medföljande sjukvårdspersonal. När det gäller kostnadsfördelningen mellan A-tjänster och B-tjänster måste det enligt bolaget framstå som uppenbart att kostnaderna för en specialutrustad helikopter väsentligen överstiger kostnaden för medföljande sjukvårdspersonal och övriga kostnader för sådan hälso- och sjukvård som utförs ombord. Enligt bolagets uppskattning kan kostnaderna för hälso- och sjukvårdspersonalen inklusive kringkostnader beräknas uppgå till 10 miljoner kr och ambulanshelikopter- verksamheten till 58 miljoner kr. Uppskattningen har gjorts mot bakgrund av uppgifter i en rapport från Sveriges Kommuner och Landsting – Vård på vingar – från 2012 jämfört med uppgifter i anbudsinvjudan och specifik uppdragsbeskrivning till nu aktuell upphandling. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa undantag från kravet på unionsrättslig annonsering. Vad generaladvokaten har anfört om bevisbördan i mål C-76/97 Walter Tögel saknar betydelse eftersom dessa uttalanden inte återfinns i domen.

Landstinget bestrider ansökan och yrkar att bolagets talan ska avvisas. Landstinget anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och landstinget har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget lider inte eller riskerar inte att lida någon skada.

Landstinget har valt ett tillåtet förfarande samt annonserat upphandlingen korrekt och i enlighet med LOU. Upphandlingen avser hälso- och sjukvårdstjänster vilket syns i annonsen där CPV koderna 85143000-3 (08) *Ambulans-tjänster* och 85100000-0 (08) *Hälsovårdstjänster* har använts för att beskriva uppdragen. Enligt 1 kap. 2 § LOU tillämpas endast 15 kap. i fråga om upphandling som avser B-tjänster vilket hälso- och sjukvårdstjänster gör. Enligt 15 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet publicera annonser om upphandlingen på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap. LOU (dvs. i EUT) men det är inte obligatoriskt. Upphandlingen som genomfördes som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU, har istället annonserats nationellt i Sverige ”via Visma Opic, Tensign och Upphandlingskoll” men inte i EUT. Därutöver har de leverantörer som bevakar marknaden och prenumenerar på CPV koderna ”Ambulans-tjänster” och ”Hälsovårdstjänster” i dessa annonseringstjänster erhållit information om upphandlingen.

Bolaget har rätt om att kontraktets värde överstiger gällande tröskelvärde men påstår felaktigt att ambulanshelikoptertjänst är en transporttjänst. Upphandlingen avser primärt hälso- och sjukvårdstjänster. Ambulanshelikoptertjänster är nämligen en mycket speciell och kritisk hälso- och sjukvårdstjänst. Syftet med tjänsten är att erbjuda akut brådskande hälso- och sjukvård till patienter som är invånare i länets perifera delar. Ambulanshelikoptertjänsten, såsom den upphandlats i detta fall, är inte en transporttjänst utan snarare en vårdfunktion som är fullt integrerad i vårdkedjan eftersom patienten vårdas under hela resan från hämtningsplatsen till sjukhuset. Den sjukvårdsbemanning som finns i ambulanshelikoptern har följaktligen högre kompetens än den kompetensen som generellt finns i

ambulanssjukvården och helikoptern bemannas vid behov med läkare. Andra regioner och landsting i Sverige betraktar ambulanshelikoptertjänster som en hälso- och sjukvårdstjänst och brukar upphandla dessa B-tjänster genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU.

Det är inte säkert att en uppdelning mellan A-tjänster och B-tjänster är möjlig i detta fall. Det framgår nämligen i bilaga 2 till LOU Förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) att enligt gällande CPC-nomenklaturer finns två alternativ att välja mellan: CPC 712 (Landtransport, med undantag av järnvägstransport som omfattas av kategori 18, även säkerhets- och kurirtransporter, med undantag för postbefordran) och CPC 73 (Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran). Helikoptertjänster måste i så fall anses falla under den senare om de över huvud taget ska kunna räknas som A-tjänster. Landstinget gör gällande att helikoptertransporttjänster enligt ordalydelsen inte kan anses falla under CPC 73 "Flygtransport" som endast bör avse flygplan och inte helikopter.

Om förvaltningsrätten anser att det är en blandad tjänst bör hälso- och sjukvårdsaspekterna (dvs. B-tjänster) anses väga tyngre av flera skäl. I första hand bör kostnaden för helikoptern inte ingå i beräkningen av transporttjänstdelen. Helikoptern utgör mer en plattform för vård än ett transportmedel. Till skillnad mot en enkel vägburen transport, som var fallet i mål C-76/97 Walter Tögel, utgör ambulanshelikoptern ett slags flygande akutsjukhus som förväntas motta bl.a. mycket brådskande ambulansuppdrag där patienten bedöms ha livshotande symptom. Ambulanshelikoptern förväntas dessutom vara uppkopplad till Framtida Prehospitala Plattform IT, det s.k. FRAPP systemet. Detta system omfattar bl.a. journalsystem och EKG-utrustning. I andra hand för att landstinget inte kan förväntas veta huruvida transportdelen är värd mer än delen som består av hälso- eller sjukvårdstjänster. Potentiella leverantörer har stor frihet att själva bestämma hur resurserna finansieras och bokförs. Vid valet

av upphandlingsförfarande har upphandlande myndighet inte tillräcklig insyn i hur potentiella anbudsgivare avser att finansiera verksamheten. Generaladvokaten i mål C-76/97 Walter Tögel tydliggjorde att bevisbördan för att visa att värdet på en deltjänst överväger värdet på en annan deltjänst i samma kontrakt är satt högt och ligger hos klaganden. Landstinget ifrågasätter tillförlitligheten i bolagets uppskattning av kostnaderna.

Bolaget ägs till 100 % av moderbolaget Inaer Aviation International SL, som i sin tur ingår i den internationella koncernen Babcock International Group Plc. I upphandlingen inkom två anbud, förutom den vinnande anbudsgivaren H-Bird, deltog även en annan anbudsgivare i upphandlingen, nämligen Scandinavian MediCopter AB. Scandinavian MediCopter AB ägs till 100 % av moderbolaget Scandinavian Air Ambulans Holding som i sin tur ingår i Babcock International Group Plc. Scandinavian MediCopter AB har begärt överprövning av aktuell upphandling. Redan här kan man ifrågasätta bolagets verkliga intresse av att lämna anbud. Man kan också ifrågasätta att bolaget nyligen fick kännedom om upphandlingen. Bolaget kan inte rimligen anses ha lidit skada eller riskera att lida skada eftersom bolagets systerbolag faktiskt deltog i upphandlingen. Även om bolaget fått information tidigare genom annonsering i EUT är det osannolikt att bolaget hade utgjort en presumtiv eller potentiell anbudsgivare. Bolagets talan bör avvisas.

Bolaget bestrider landstingets avvisningsyrkande och anför bl.a. följande. Bolaget är ett eget rättssubjekt registrerat i en medlemsstat inom Europeiska unionen och har såsom leverantör av ambulanshelikoptertjänster ett unionsrättsligt skyddat intresse av att delta med anbud vid förekommande upphandlingar av dylika tjänster. Bolagets ägarförhållanden saknar betydelse för bolagets talerätt i nu aktuellt avseende och landstingets antydning att bolaget skulle ha haft kännedom om den aktuella

upphandlingen tillbakavisas som felaktigt. Bolaget har härvid bl.a. hänvisat till Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 2015 i mål nr 2200-15.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Ska bolagets talan avvisas?

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolaget har rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen.

Rätt att begära överprövning enligt 16 kap. 4 § LOU, har leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

För att talerätt ska föreligga krävs alltså i första hand att den som ansöker om överprövning har ställning som leverantör i den mening som avses i LOU. Begreppet leverantör definieras i 2 kap. 11 § första stycket LOU som den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför bygg-entreprenader. Av definitionen följer att det inte har någon betydelse om den som anser sig vara leverantör har lämnat ett anbud i den aktuella upphandlingen eller inte. Möjligheten till överprövning ska enligt EU-domstolen vara öppen för varje aktör som har eller har haft ett intresse av att få ett offentligt kontrakt (se EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle och Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 2015 i mål nr 2200-15).

Bolaget är en juridisk person och bolaget har på ett konkret sätt förklarat att det tillhandahåller eller har förmåga att tillhandahålla varor och tjänster på den för upphandlingen aktuella marknaden. Förvaltningsrätten finner ingen anledning att ifrågasätta dessa uppgifter. Bolaget ska därför betraktas som leverantör i den mening som avses i LOU. Vad landstinget har anfört om bolagets ägarförhållanden föranleder ingen annan bedömning. Landstingets avvisningsyrkande ska därför avslås.

Har annonsering skett i rätt ordning?*Utgångspunkter för prövningen*

Av 1 kap. 2 § andra och tredje styckena LOU framgår bl.a. följande.

Endast 15 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som

1. avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster), eller
2. avser andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen.

I fråga om offentlig upphandling som avser tjänster som anges i bilaga 2 (A-tjänster) tillämpas inte 13 och 14 kap. En upphandling som avser både A-tjänster och B-tjänster ska anses vara en upphandling av A-tjänster om värdet av A-tjänsterna överstiger värdet av B-tjänsterna. I annat fall ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av B-tjänster.

Av bilaga 2 till LOU framgår att Flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran är en A-tjänst (kategori 3). Av bilaga 3 till LOU framgår att hälsovård och socialtjänster är en B-tjänst (kategori 25).

Av 7 kap. 1 § LOU framgår att en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal ska annonsera upphandlingen, om inte något annat följer av 4 kap. 5–8 §§.

Av 2 § upphandlingsförordningen (2011:1040) framgår bl.a. att en annons om upphandling enligt 7 kap. LOU ska skickas elektroniskt eller på annat sätt till Europeiska kommissionen för publicering. En upphandlande myndighet får även offentliggöra upphandlingen på något annat sätt under förutsättning att 7–9 §§ följs.

Upphandlingen

Av anbudsinbjudan punkt 2 under "Omfattning" framgår bl.a. följande.

Upphandlingen omfattar ansvar för drift och bemanning av:

- En ambulanshelikopter bemannad med en pilot, en HEMS-Crewe (sjukvårdare) och en anestesisjuksköterska, dygnet runt årets alla dagar; och
- En ambulanshelikopter bemannad med en pilot, en HEMS-Crewe (sjukvårdare) och en anestesisjuksköterska 09:00–21:00 under perioden 15 maj till 15 september och
- En ambulans med sjukvårdsbemanning motsvarande den i ambulanshelikopter under den tid då ambulanshelikoptern inte kan vara verksam på grund av väderförhållanden eller när ambulanshelikopter inte kan flyga av andra orsaker.

Av specifik uppdragsbeskrivning och uppföljning punkt 3.2 framgår bl.a. att en medicinskt ansvarig läkare ska stå till förfogande 10 timmar per vecka.

Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget har gjort gällande att helikoptertransporttjänster inte kan anses falla under A-tjänster eftersom det inte utgör en "flygtransport av passagerare och gods, med undantag av postbefordran" då denna kategori endast hänför sig till flygplan. Förvaltningsrätten anser dock att begreppet flygtransporter inte kan tolkas så snävt som landstinget gör gällande. Enligt förvaltningsrättens mening måste även helikoptertransporttjänster anses ingå i denna kategori.

Landstinget har vidare gjort gällande att ambulanshelikoptertjänst inte är att se som en blandad tjänst. EU-domstolen har i mål C-76/97 Walter Tögel konstaterat att upphandling av vägburna ambulanstransporter betraktas som ett blandat kontrakt, där såsom B-tjänster endast ska beaktas hälso-och sjukvårdsaspekter i kontraktet men inte förekommande transportaspekter. Förvaltningsrätten anser att det finns betydande likheter mellan vägburna ambulanstjänster och ambulanshelikoptertjänster och anser att även upphandling av ambulanshelikoptertjänster ska betraktas som ett blandat kontrakt, där såsom B-tjänster endast ska beaktas hälso-och sjukvårdsaspekter i kontraktet men inte förekommande transportaspekter.

Landstinget har gjort gällande att värdet av transporttjänsterna i vart fall inte överstiger värdet av hälso- och sjukvårdstjänsterna. Bolaget har å sin sida gjort gällande att det är uppenbart att transportkostnaderna överstiger kostnaderna för hälso- och sjukvårdsdelen. Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget har tillämpat ett undantag genom att tillämpa 1 kap. 2 § andra och tredje stycket LOU. Det ankommer på den som avser att åberopa ett undantag att bevisa att de särskilda omständigheter som motiverar undantaget faktiskt föreligger (se EU-domstolens dom i mål C-157-06, kommissionen mot Italien p. 23).

Landstinget har åberopat en skriftlig redovisning från vinnande leverantören med uppgifter om totalkostnad för transporttjänsterna. Enligt den redovisningen består anbudspriset till ca 46 % av transportersättning medan resterande del avser hälsovård och sociala tjänster. Förvaltningsrätten anser att redovisningen har ett begränsat bevisvärde. Uppgifterna måste bedömas med försiktighet då vinnande leverantör får antas ha ett intresse av att upphandlingen inte ska göras om. Vidare är uppgifterna i redovisningen mycket knapphändiga och det går t.ex. inte att närmare utläsa vad som avses med "Rörlig ersättning enligt beräkningsmodell

27,90 %”. Det framgår inte heller närmare vad som ingår i den resterande delen som avser ersättning för ”Hälsovård och sociala tjänster”.

Vid en sammantagen bedömning finner förvaltningsrätten att landstinget inte har förmått visa att värdet av B-tjänsterna överstiger värdet av A-tjänsterna. Därför ska upphandlingen i sin helhet anses vara en upphandling av A-tjänster. Landstinget skulle därmed ha publicerat annonsen hos Europeiska kommissionen. Landstinget har genom att underlåta att skicka annonsen till Europeiska kommissionen för publicering brutit mot LOU och dess grundläggande principer. Bolaget har till följd av detta gått miste om möjlighet att lämna anbud och har därför lidit skada eller riskerar att lida skada. Eftersom annonsering av en upphandling hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska den aktuella upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per Eskilsson
Rådman

Frida Hellström har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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.