

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-10-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14004-09
Rotel 222

SÖKANDE

BAE Systems Hägglunds Aktiebolag, 556305-6059

Ombud:

1. Advokat Johan Carle
 2. Jur. kand. Elin Eriksson
 3. Advokat Tomas Kjellgren
 4. Jur.kand. Sven Vaxenbäck
 5. Advokat Louise Widén
- Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Försvarets Materielverk
115 88 Stockholm

Ombud:

1. Advokat Olof Hallberg
 2. Advokat Eva-Maj Mühlenbock
 3. Jur. kand. Daniel Strandberg
- Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
10440 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller BAE Systems Hägglunds Aktiebolags ansökan om in-
gripande med stöd av LOU och förordnar att Försvarets Materielverks
upphandling avseende Armoured Wheeled Vehicle System, AWV 2014,
skall göras om.

Det interimistiska beslutet av den 3 juli 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 449639

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDE M.M.

Försvarets Materielverk (FMV) genomför en upphandling av Armoured Wheeled Vehicle System, AWV 2014. I tilldelningsbeslut avsänt från FMV den 25 juni 2009 beslöt den upphandlande myndigheten att anta annat anbud än anbud från BAE Systems Hägglunds Aktiebolag (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten skall förordna att upphandlingen skall rättas genom att det vinnande bolagets, Patria Land & Armament Oy (Patria), anbud förkastas innan upphandlingen får avslutas eller genom att utvärderingsresultatet rättas på så sätt som bolaget anger i ansökan om överprövning samt yttranden. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om. Bolaget anför till stöd för sin talan sammanfattningsvis bl.a. följande.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Ett av skallkraven i förfrågningsunderlaget var att de efterfrågade fordons vänddiameter skulle vara 16 meter. Genom Questions, Answers och Updates den 10 november 2008 sänkte FMV det ovannämnda skallkravet genom att den efterfrågade vänddiametern ändrades från 16 m till 23 m. Sannolikt har någon leverantör avstått från att delta i upphandlingen till följd av det ursprungliga skallkravet. Bolaget kunde offerera en produkt som kunde klara den första vänddiametern vilket inte Patria kunde. Förändringen är en betydande förändring av skallkravet vilket innebär ett åsidosättande av de gemenskapsrättsliga principerna om transparens. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vid handen att nya krav bör ställas så måste upphandlingen avbrytas och upphandlingen göras om. Av Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3243-04 framgår att utvärderingen av anbud skall göras utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget. Det framgår vidare av Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 923-09 att en upphandlande myndighet inte torde

vara förhindrad att, innan anbudet ges in, vidta vissa åtgärder för att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget under förutsättning att detta inte medför en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring av ett skallkrav bör normalt ses som en väsentlig ändring.

FMV har även tio dagar före anbudstidens utgång tillfört följande skallkrav:

”Update of Annex 2.2, FMV is as part of the evaluation, interested in conducting trials and tests of offered products. Therefore a new question, P21, is added.

Tenderers shall as part of the tender, state when, where and under which conditions practical trials and tests with offered products would be possible.”

Det nya skallkravet innebar att fordonet skulle komma att utvärderas genom praktiska tester. Skallkravet har varit till nackdel för bolaget då det offererade fordonet inte var helt färdigutvecklat. Det har samtidigt gynnat det vinnande anbudet trots att anbudsunderlaget inte medger att FMV tilldelar fler poäng till anbudsgivare p.g.a. att offererade fordon redan finns i produktion. Vid de praktiska testerna tvingades bolaget visa upp en prototyp från 2002 som bolaget till följd av den korta tidsramen inte kunde anpassa med de tekniska förbättringar som bolaget utvecklat sedan 2002. FMV offentliggjorde inte heller de kriterier som skulle ligga till grund för utvärderingen av de praktiska testerna och resultatet framgick inte heller av tilldelningsbeslutet. FMV har dock på sin hemsida uppgivit att FMV efter den samlade värderingen av provresultat, prestanda, ekonomi m.m. är övertygade om att det har fått det bästa alternativet utifrån de krav Försvarsmakten har ställt.

Förhandlingar i strid med LOU

Upphandlingen har genomförts genom ett s.k. förenklat förfarande där den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlingarna skall genomföras med hänsyn till 1 kap. 9 § LOU. FMV har under förhandlingen med bolaget uppställt en preliminär dagordning. Punkter har dock tillkommit under förhandlingens gång. Mötesprotokoll har upprättats men FMV har haft sista ordet om dess innehåll. Det är osannolikt att FMV skulle ha diskuterat samma frågor med samtliga anbudsgivare särskilt med beaktande av att förhandlingarna inte har följt en på förhand fastställd dagordning. Av förhandlingsprotokollet framgår vidare bl.a. följande:

”FMV påpekade att Hägglunds förädlade anbud inte överensstämde med de förutsättningar som angetts för FMV:s utvärdering av inkomna förslag till AWW-realiserings och vidmakthållande. De förutsättningar som gäller för utvärderingen är alltså:

- två bataljoner
- livslängd 20 år
- första bataljonen IOC 2014”

De förutsättningar för utvärdering som togs upp under förhandlingsomgång sex framgick inte av förfrågningsunderlaget. En rättelse skulle ha skett innan anbudstiden löpte ut.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Enligt RÅ 2002 ref. 50 skall en upphandlande myndighets utvärderingskriterier kunna utläsas från förfrågningsunderlaget. Myndigheten kan inte i ett senare skede fastställa viktningskoefficienter och underkriterier som skall användas med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingar eller i meddelandet om upphandling (se EG-domstolens dom i mål nr C-532/06). Upphandlingen strider mot transparensprincipen om förfrågningsunderlaget är vagt formulerat och det är oklart hur utvärde-

ringen kommer att ske; om förfrågningsunderlag lämnar stort utrymme för godtycklighet samt om man inte kan bilda sig en uppfattning utifrån förfrågningsunderlaget på vilka grunder poängsättning av ett visst kriterium skall ske (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4552-07, 1729-08 och 3331-08).

Oklart vad som utgör mervärde

FMV anger i sin beskrivning av hur utvärderingen avseende kvalitet skall gå till, Annex 5, bl.a. följande.

”The evaluation parameters are designed to evaluate the perceived level of offered value to the customer.”

Detta innebär att utvärderingsmodellen är utformad för att bedöma anbudet på grundval av FMV:s subjektiva uppfattning av vad som utgör ”value to the customer”. Begreppet ”value to the customer” skall enligt FMV förstås som en balans av fem olika faktorer. FMV anger dock inte vilka av de fem faktorerna som skapar mer ”value to the customer” än de andra. Detta har gett utrymme åt godtycklighet i utvärderingen. FMV har även angett att det i de flesta fall finns flera tänkbara alternativa sätt att skapa mervärde och att innovativa förslag välkomnas. FMV lämnar i detta avseende åt anbudsgivarna att själva hitta vägar för att komplettera förfrågningsunderlaget genom att gissa i vilka fall FMV anser att det finns utrymme för alternativa lösningar. Ett sådant förfarande lämnar stort utrymme åt FMV att ”nappa” på lösningar från sådana anbudsgivare man föredrar. Ett exempel på oklarheterna i förfrågningsunderlaget är bl.a. följande fråga och svar från Questions, Answers and Updates den 6 november 2008:

”Question: Can ”Should” requirements be offered as a priced option. For example: Annex 3.1 ID180 RPG protection is not a “Shall” Requirement. Is it allowed to offer an RPG protection system as an option with a price separate from the e.g. APC vehicle price?”

Answer: Yes. This type of offers should be offered as separate options to the basic contract. If such an offer is considered to increase the value for the customer (in acc. with Annex 5 Evaluation Model), it could result in an improved grading of the proposal.”

FMV har således inte ens utifrån givna förutsättningar kunnat beskriva om dessa medför ett mervärde. FMV gjorde såsom nämnts även ett tillägg under förhandlingsomgång 6 med innebörden att de förutsättningar som gäller för utvärderingen är bl.a. två bataljoner och livslängd 20 år. Bolaget kan dock konstatera att FMV vid utvärderingen av ”Cost” inte har beaktat dessa nya förutsättningar för utvärderingen. Då bolaget har utformat sitt anbud i enlighet med vad FMV uppgett har bolaget kommit att lida skada.

Oklar prisutvärdering

Utvärderingen av ”Cost” synes ha skett helt skönsmässigt. Bolaget har tilldelats en totalpoäng för ”Cost” om 2,44 medan Patria har erhållit en totalpoäng om 7,84. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget på vilka grunder anbudspriserna har bedömts. Den motivering FMV har gett om ”Price derived from relative position” ger inte heller någon vägledning. Det framgick inte heller av förfrågningsunderlaget hur FMV avsåg att bedöma delfaktorerna vid prisutvärdering som rörde livscykelkostnader. Konkurrensverket har särskilt framhållit vikten av att upphandlande myndigheter är tydliga med hur livscykelkostnader utvärderas. Myndigheten har därvid framhållit bl.a. att:

”Ett verktyg för livscykelkostnadsanalys kan användas både under behovsanalysen och i anbudsutvärderingen för att klargöra den totala kostnaden för en produkt under den tid den kommer att användas.

Om verktyget används vid anbudsutvärderingen krävs att förfrågningsunderlaget tydligt beskriver de parametrar som skall ingå i beräkningen samt den dokumentation och de mätmetoder som skall tillämpas, så att det tydligt framgår vilken information som anbudsgivarna skall tillhandahålla.”

FMV har således genom att inte tydliggöra hur livscykelkostnader skall beaktas vid utvärderingen brutit i kraven på transparens enligt LOU.

Oklar poängskala

FMV har vidare angivit att anbuden kommer att bli utvärderade och tilldelade ett betyg i enlighet med en elvgradig betygsskala. Betygen kommer att multipliceras med utvärderingskriterierna. Det framgår inte vad som krävs för att erhålla de olika betygen och därmed inte heller vari skillnaden ligger mellan exempelvis ”good” och ”very good”. Bristen leder inte bara till en osäkerhet i hur anbudsgivarna skall utforma sina anbud utan också till en osäkerhet vid kalkylering av priset. FMV får således anses vad gäller hela utvärderingsmodellen anses ha brutit mot likabehandlings- samt transparensprincipen.

Felaktig utvärdering

Bolaget har i sitt anbud offererat betydande royaltyfördelar. Royaltyn som bolaget offererade skulle komma att utgå vid exportförsäljning av samtliga SEP-varianter och band samt vid försäljning av SEP-delsystem. Dessa har emellertid inte beaktats av FMV vid utvärderingen avseende kriteriet ”Cost”. Royaltyn utgör ett mervärde och borde ha resulterat i en högre poäng för bolaget avseende kriteriet ”Cost”.

FMV har vidare uppgett som en poängsänkande omständighet att bolagets SEP inte är utrustad med länsypump i de personliga utrymmena. Bolagets SEP är dock såsom framgår av anbudet utrustad med länsypump. FMV har även sänkt bolagets poäng då automatisk brandsläckning är möjlig under en timme och manuell brandsläckning under tre timmar. Det har dock inte uppställts krav på att automatisk eller manuell släckning skall eller bör fungera en viss tid. Såsom poängsänkande faktor har även angivits att systemets prestanda inte har verifierats. Det har dock inte uppställts några

krav på att offererat system skall eller bör vara färdigutvecklat i nu aktuellt hänseende.

Patrias anbud uppfyller inte skallkrav

Det är ett skallkrav enligt annex 2 ”Implementation of the AEV System” att anbudsgivarna skall föreslå en leveransplan i enlighet med annex 2.1, ”Template Delivery Schedule”. Det framgår dock av utvärdringsunderlaget under punkten 5.2 ”Implementation”, att Patrias leveransplan endast *nästan* följer implementeringsplanen med vissa sena leveranser. FMV har således accepterat Patrias anbud utan att det uppfyller nämnda skallkrav. Patria har vidare gjort reservationer avseende andra skallkrav. Det följer av dokumentet ”Tender evaluation” – AWV 2014 vari följande anges:

”Patria has made comments to some of the mandatory commercial shall-requirements and needs to be clarified to avoid any misunderstandings.”

Bolaget har sammantaget mot bakgrund av ovanstående brister i upphandlingen kommit att lida skada.

FMV har i inlaga den 17 juli 2009 anfört bl.a. följande. Den aktuella upphandlingen kan beskrivas så att försvaret skall erhålla en mängd samverkande funktioner som skall skapa en viss operativ förmåga hos försvaret. Detta innebär att man inte kan ha samma detaljeringsgrad som i en vanlig upphandling då upphandlingen bl.a. skall syfta till att frammana anbudsgivarnas kreativitet för att på bästa sätt erbjuda efterfrågad funktion. Detta syfte har framgått och tydliggjorts av såväl kravspecifikationen som utvärderingsmodellen. Det har också tydliggjorts under förhandlingar under upphandlingen.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget*Vänddiameter*

FMV har ändrat kravet på vänddiameter. Ändringen var en följd av en fel-skrivning i förfrågningsunderlaget och ändringen skedde på initiativ från FMV:s sida och inte med anledning av fråga från någon av anbudsgivarna. Ändringen skedde under anbudstiden den 10 november 2008, d.v.s. elva dagar efter det att anbudsgivarna hade fått ta del av förfrågningsunderlaget och samtliga anbudsgivare fick ta del av ändringen samtidigt. Ändringen bör inte ha inverkat på anbudsgivarnas möjligheter att lämna anbud då de elva dagar som förflöt inte ändrat respektive anbudsgivares tekniska förutsättningar att erbjuda efterfrågad svängdiameter. Det kan även noteras att då upphandlingen genomförts som en förenklad upphandling skulle ett avbrytande och omstart av upphandlingen kunnat ha skett utan beaktande av annan bestämmelse om den om skälig tid för inkommande av anbud som stadgas i 15 kap. 9 § LOU. Korrigeringen av den felaktiga uppgiften har således inte haft någon betydelse för anbudsgivarnas möjligheter att inge anbud.

Praktiska tester

FMV har infört ett krav hänförligt till försök och tester av erbjudna produkter. Kravet var utformat så att anbudsgivarna skulle redovisa när, var och under vilka omständigheter sådana försök och test skulle kunna vara möjliga att genomföra. Kravet har inte på något sätt medfört justeringar av utvärderingsmodellen och har inte heller haft någon inverkan på den av FMV faktiskt utförda utvärderingen. Detta framgår av utvärderingsprotokollet i vilket referenser helt saknas till försök eller testresultat. Önskemålet har endast varit ägnat åt att ge FMV en god kunskapsbas inför förhandlingarna med anbudsgivarna. Även detta krav tillkom under anbudstiden.

Anbudstidens längd valdes med utgångspunkt från att möjliggöra ”Initial Operational Capability” (IOC) 2014, d.v.s. att funktionen skulle finnas

tillgänglig 2014. Innan förfrågningsunderlaget sändes ut sändes en Request for Information (RFI) ut för att bl.a. identifiera potentiella anbudsgivare. I denna RFI efterfrågades bl.a. besked från anbudsgivarna om när kontrakt måste finnas för att möjliggöra leverans till IOC 2014. Tidsförhållandena från just bolaget visade sig vara mycket kritiska – enligt bolaget behövde avtal tecknas redan i slutet av 2008 för att önskad IOC 2014 skulle kunna uppnås. Anbudstiden valdes således för att i största möjligaste mån kunna bibehålla konkurrensen eftersom en längre anbudstid hade kunnat försvåra för vissa anbudsgivare att över huvud taget kunna delta i upphandlingen. I sammanhanget bör även noteras att upphandlingen såsom nämnts föregicks av en RFI samt att bolaget fram till ett par månader före att förfrågningsunderlaget skickades ut hade arbetat med utveckling av SEP på FMV:s uppdrag. Bolaget torde således ha varit bättre rustat än övriga anbudsgivare att hantera en kort anbudstid.

Förhandlingar i strid med LOU

Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 3441-03 uttalat att det är den upphandlande myndigheten som väljer vilka delar av en upphandling som en förhandling skall behandla. Vilka delar som den upphandlande myndigheten ser ett värde i att förhandla om är naturligtvis beroende av hur anbuden med dess olika delar ser ut. Mot bakgrund av att den aktuella upphandlingen är en komplex funktionsupphandling och att det som har offererats av anbudsgivarna skiljer sig åt, är det uppenbart ogörligt att nödgas förhandla om exakt samma frågor med samtliga anbudsgivare.

Likabehandling av anbudsgivare

Förhandlingarna har genomförts i fyra block som avseende mål och utsträckning i tid har varit identiska för de olika anbudsgivarna (systemomfattning/åtagande, systemprestanda, genomförande/management samt kommersiella villkor). För att ytterligare säkerställa likabehandling tillsatte FMV en övergripande koordineringsgrupp som bl.a. hade till uppgift att

föra löpande dialoger med specialisterna i respektive förhandlingsteam. Koordineringsgruppen är vidare den grupp som har beslutat om utvärderingen av anbuderna efter förslag från varje team. I den avslutande förhandlingen före inlämnande av slutanbud har den sammanhållande förhandlingsledaren deltagit i dialogerna med varje anbudsgivare i syfte att säkerställa likabehandlingen. Någon ändring av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget eller av skalkrav har inte skett under förhandlingarna.

Förutsättningar för utvärdering

Det framgår av förfrågningsunderlaget vad gäller drifts- och underhållskostnader att upphandlingen omfattar en bataljon IOC 2014 samt option på ytterligare en bataljon. Det är således naturligt att två bataljoner används som grund för utvärderingen. Den tekniska specifikationen anger att systemet skall ha en teknisk livslängd på 15 år och bör ha en teknisk livslängd på 20 år. Specifikationerna anger vidare att systemet skall gå att livstidsförlänga lika länge. Mot denna bakgrund är 20 år en helt naturlig tidsrymd för drifts- och underhållsberäkningar.

Dokumentation

FMV har vid förhandlingar med samtliga anbudsgivare fört mötesanteckningar.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Den använda utvärderingsmodellen har presenterats i förfrågningsunderlaget. Lite förenklat kan den sägas vara uppdelad i fem huvudkriterier med olika många underkriterier för vart och ett av huvudkriterierna. Varje huvudkriterium är viktat i förhållande till övriga huvudkriterier och varje underkriterium är viktat i förhållande till övriga underkriterier. Totalt är det fyrtio kriterier. Förfrågningsunderlaget innehåller en beskrivning av principerna för poängsättningen av anbuderna eller snarare varje kriterium. Poängsättningen sker enligt en skala från ett till tio där tio är det bästa. Det

faktum att vart och ett av villkoren har beskrivits i ord påverkar naturligtvis inte förståelsen av poängsättningsprinciperna.

Det viktiga är om en utvärderingsbeskrivning lämnar utrymme för diskriminering eller om den inkräktar på kravet på förutsebarhet, transparens eller någon annan grundläggande rättsprincip. När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än priset är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Något hinder för detta följer inte heller av LOU eller av gemenskapsrätten. Det framgår av EG-domstolens mål C-448/01, Wienstrom, att upphandlande enheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som skall tillämpas och vilken relativ vikt dessa skall tillmätas. Detta gäller under förutsättning att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Upphandlingen är en funktionsupphandling. Det finns därför inte en enskild lösning för hur uppdraget skall/kan utföras utan olika lösningar kan istället användas för att uppfylla de aktuella funktionskraven. Två helt olika lösningar kan således bedömas som lika bra och få samma poäng i upphandlingen. Det har därför inte heller funnits ett i förväg bestämt facit vilken lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig eller på vilket sätt ett visst kriterium skall uppfyllas för att få en viss poäng. Hur FMV har poängsatt varje de olika anbuden för varje kriterium framgår av utvärderingsprotokollet.

Oklart vad som utgör mervärde

Begreppet ”value to the customer” i den löpande texten i förfrågningsunderlaget korresponderar med utvärderingsmodellen och dess kriterier.

Även om ordval och begrepp inte är exakt desamma har det varit uppenbart för anbudsgivarna att så är fallet. Sålunda svarar ”Low cost through life”

(LCC) mot utvärderingsmodellens ”Costs”; ”Performance, functionality etc” mot ”System performance”; ”Flexibility and freedom of use” mot ”Through-life responsibility”; ”Industry commitments” mot ”Contractual commitments” och slutligen ”Confidence in planning and avoidance of risk” mot ”Programme management”. Den balans som beskrivs är den viktning som följer av utvärderingsmodellen. Begreppet ”Value to the customer” syftar till att det är den slutliga funktionen, som i sin tur skapar den för svenska försvaret och säkerhetspolitiken eftersträlvade operativa förmågan, som skall vara till nytta för kunden.

Oklar prisutvärdering

Anskaffningspriset har värderats baserat på det sammanlagda priset för grundbeställningen samt de i förfrågningsunderlaget angivna optionerna. Detta har varit klart för anbudsgivarna. Det kan konstateras att detta har varit till fördel för bolaget eftersom dess anbud är relativt dyrt för grundbeställningen medan optionerna 1 och 2 har ett jämförelsevis lågt pris. Motsvarande skillnad i prissättningen finns inte för övriga anbud. Det skall härvid framhållas att det är mycket stora skillnader mellan bolagets och Patrias anbud. Bolaget har självt i sin ”Executive Summary” till anbudet angivit att ett rättvisande anskaffningspris bör beräknas på genomsnittspriset för basoffert samt option 1 eftersom Försvaret indikerat en minimivolymer om 200 fordon. Det skall här anmärkas att utvärderingen av priset också skedde på så sätt som bolaget beskrev. Optionerna 2 och 3 står för alla anbudsgivare för en mycket liten del av priset.

Genom den tidigare RFI som FMV sände ut skapade sig FMV en uppfattning om vilka ungefärliga priser för anskaffning och kostnader för drift samt underhåll som kunde förväntas. Med hänsyn till spridningen av priser och drifts- och underhållskostnader konstruerades innan anbuderna öppnades en matematisk funktion i form av en linjär skala i intervallet 1 till 7 (anskaffningspriset) respektive 2 till 8 (drifts- och underhållskostnader). Med

tillämpning av dessa matematiska funktioner skedde sedan betygssättningen i intervallet 1 till 10, precis som angivits i förfrågningsunderlaget. Genom att tillämpa betygsskalor har pris-/kostnadsjämförelserna inte varit relativa i bemärkelsen att varje anbuds betyg avseende anskaffningspris respektive drifts- och underhållskostnader varit beroende av övriga anbudsgivares. Det var tvärtom möjligt för två anbudspriser att erhålla samma betyg. Betyget har räknats fram med en decimal. Den exakta konstruktionen av betygsskalan var dock inte information som anbudsgivarna rimligen kan kräva eftersom det skulle ha inneburit att FMV redovisade de prisantaganden som hade gjorts genom RFI:n. Det framgår dock tydligt av utvärderingsmodellen vilken vikt bl.a. anskaffningspriset har och att det är den enskilt viktigaste parametern. Bolaget har vidare haft en konkurrensfördel då övriga anbudsgivares priser för tidigare kontrakt är öppen och allmänt känd information. Bolagets SEP har dock aldrig varit föremål för anskaffning varför historiska uppgifter saknas för konkurrenterna.

När det gäller drifts- och underhållskostnader har FMV värderat dessa i enlighet med utvärderingsmodellen. I Annex 2 "Programme description" i förfrågningsunderlaget anges under rubriken "Costs" följande:

"For evaluation of life cycle costs FMV plans to use a refined variant of the LCC Model issued as part of the RFI AWV 2014 in June 2008. This model may also be used as a basis for contractual commitments to maximum costs for e.g. life operation and life support. However, due to limited time to respond to this RFQ, FMV does not require this data to be delivered as part of the tender."

Den enskilt största orsaken till att bolagets drifts- och underhållskostnader har bedömts bli väsentligt högre än övriga anbudsgivare är att bolaget har angivit flera gånger större reservdelskostnader än övriga anbudsgivare. Detta medför att bolagets kostnader blir höga oavsett vilken tidsperiod och omfattning som räknas. Att reservdelskostnader skall ingå i bedömningen

av denna kostnadsparameter är uppenbart. För övriga ingående delfaktorer är skillnaderna små.

Samtliga anbudsgivare lämnade svar på RFI AWW 2014 och var därför från början väl förtroga med modellen. Den använda modellen har baserats på denna med vissa begränsningar i omfattning och detaljeringsgrad. FMV vill härvid även anföra att valet av teknik för att utvärdera priserna inte på något sätt har varit avgörande för rangordningen.

Felaktig utvärdering

Royalty

Den av bolaget erbjudna royaltyn har beaktats vid analysen av anbudet. Vid utvärderingen har dock konstaterats att erbjudandet inte har varit utvärderingsbart mot förfrågningsunderlagets redovisade utvärderingskriterier då erbjudandet baseras på en eventuell framtida försäljning av fordon eller delsystem vilken i högsta grad är osäker eftersom royaltyn *kan* utfalla. FMV har därför varit förhindrad att poängsätta erbjudandet. Bolaget har självt i ett s.k. förädlad anbud den 24 mars 2009 uppgivit att det finns många royaltymöjligheter under året men att det inte är möjligt att ge några garantier då många faktorer spelar in på tilltänkta exportaffärer.

Vad gäller ”Common performance for variants” är kravet avseende **pumpar** utformat enligt följande:

”(...) should be equipped with bilge pump(s) to evacuate water and or other fluids from the inside of the vehicle.”

Vid utvärderingen konstaterades att bolagets erbjudande omfattade en pump placerad i besättningsdelen av fordonet men ingen pump i motorrummet. Detta faktum återspeglades i poängsättningen av kravet.

När det gällde kriteriet **Fire** konstaterades att bolagets erbjudande hade tidsmässiga begränsningar – brandsläckningssystemet kunde bara användas tre timmar efter det att huvudströmmen slagits av. Begränsningen beaktades vid utvärderingen genom lägre poäng.

Vad gäller ”Role performance m.m.” kan konstateras att det ankommit på anbudsgivarna att försöka verifiera vad som har erbjudits. Möjligheterna att verifiera prestanda/kapacitet avseende en produkt som ännu inte finns är svårare än för en produkt som redan finns. För den som utvärderar ett anbud bidrar detta faktum till osäkerhet kring realiserbarheten som i sin tur återspeglas i poängsättningen. Att utvärderingen av ”börkrav” sker på detta sätt torde vara uppenbart för alla anbudsgivare.

Patrias anbud uppfyller inte skallkrav

Det vinnande anbudet uppfyller samtliga skallkrav vilket framgår av FMV:s tilldelningsbeslut.

Det vinnande anbudet har mycket tydligt i sitt slutanbud garanterat att IOC 2014 kommer att realiseras vilket också är skallkravet. Skrivningen ”almost” i utvärderingsprotokollet är olycklig och syftar på att vissa leveranser av dokument och genomförda granskningar kommer att ske vid en något senare tidpunkt än FMV hade förhoppningar om.

Skada

Även om bolagets anskaffningspris sattes lika med Patrias så skulle inte rangordningen ändras.

Om värderingen av LOC/LSC ändras genom att det felaktigt antages att bolagets drifts- och underhållskostnader är likvärdiga med det vinnande bolagets, räcker inte heller detta för att ensamt ändra rangordningen.

Även om bolagets sammanvägda betyg för System Performance höjdes skulle detta inte ensamt räcka för att ändra rangordningen.

Bolaget kan således inte anses ha påvisat någon skada eller risk där för.

Bolaget har i yttrande den 31 juli 2009 anfört bl.a. följande.

Patria uppfyller inte kvalificerings- eller skallkrav

Patrias anbud uppfyller inte det av FMV uppställda skallkravet på leveransplan enligt tabellen under rubriken Implementation of the AWW System i Annex 2 Programme Description i förfrågningsunderlaget och IOC 2014. FMV har uppgivit att Patria i sitt *slutanbud* mycket tydligt garanterat att IOC 2014 kommer att realiseras samt att vissa leveranser av dokument och genomförda granskningar kommer att ske vid en senare tidpunkt än FMV hade förhoppningar om. Således synes inte grundanbudet ha uppfyllt skallkravet avseende den ovan nämnda tabellen i Annex 2 Programme Description i förfrågningsunderlaget. Vad gäller skallkravet IOC 2014 verkar inte grundanbudet utan först slutanbudet ha uppfyllt detta krav. Ett anbud som inte uppfyller ett skallkrav skall inte kunna gå vidare till anbudsutvärderings- samt förhandlingsfasen vilket också framgår av förfrågningsunderlaget.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Vänddiameter

FMV gör gällande att skallkravet ändrades p.g.a. en felskrivning. Det slags felskrivningar som kan vara aktuella att justera i enlighet med LOU får dock endast anses vara sådana uppenbara felskrivningar eller felräkningar som LOU tillåter att upphandlande myndigheter medger att anbudsgivare kan justera i sina anbud, jfr. 15 kap. 12 § LOU. Den aktuella vänddiametern var inte uppenbart felaktig varför en ändring inte torde vara tillåten. Den "felskrivning" som nu är aktuell är snarare att FMV inte förstått att

Patria inte kunnat lämna ett anbud med ett krav på en vänddiameter om 16 m och att FMV därför önskat justera till 23 m. Denna typ av "felskrivningar" får emellertid ej justeras i pågående upphandling. FMV har därför, om man önskat förändra kravet avseende vänddiameter, varit skyldigt att avbryta upphandlingen och göra om densamma.

Praktiska tester

Att de praktiska testerna syftade till att utvärdera anbuden framgår vid sidan av kravets ordalydelse även av den PowerPointpresentation som FMV tillställt bolaget den 11 februari 2009. På sidan 8 i presentationen anges att provningen kommer att ha sin utgångspunkt i utvärderingsmodellen, syftar till att ytterligare värdera anbudet samt ger FM möjlighet att lämna synpunkter. Professor Tom Madell och jur. dr Tobias Indén anger i sitt utlåtande bl.a. att det tillkommande skallkravet, som enligt dess lydelse också avser att påverka utvärderingen av de lämnade anbuden, måste anses vara av en sådan karaktär att det ändrar förutsättningarna för upphandlingen – inte minst med beaktande av att alla potentiella leverantörer inte hade färdigutvecklade system att visa upp för FMV. Villkoret är sannolikt av en sådan karaktär att det borde ha angivits i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Det torde inte heller finnas något giltigt skäl för FMV att endast tio dagar före anbudsfristens utgång uppställa det aktuella villkoret.

Väsentliga ändringar efter anbudstidens utgång

Skallkrav

Den 24 april 2009 lade FMV, via e-post, till skallkrav genom att i Annex 1.2 System Specification till kontraktutkastet mellan FMV och bolaget uppställa nya skallkrav i relation till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Den 15 maj 2009 d.v.s. mer än fem månader efter det tiden för att lämna anbud gått ut, skickade FMV e-post till bolaget med ytterligare kompletteringar av Annex 3.1 System Specification. Båda dessa tillkommande krav kom i ett skede av upphandlingen då en första utvärdering av

de inkomna anbuden redan skett. Av Annex 1.2 ”System Specification”, som bifogades den ovannämnda e-posten av den 24 april 2009, framgår att följande skallkrav tillkommit som inte finns med i Annex 3.1:

På rad 168:

“The Vehicle (shall) be equipped with chassis mounted 66 mm smoke grenade launcher system with a smoke cover ability of at least $\pm 45^\circ$.”

På rad 169:

“The Vehicle smoke grenade launcher system (shall) be compliant with Q STAG 454.”

Av e-post den 15 maj 2009 från FMV till bolaget framgår bl.a. att följande två nya skallkrav tillkommit:

“The Vehicle shall be ready for installation of GPS. The GPS is GFE (TBD).”

Not: Denna GPS är inte densamma som ingår i BMS (SLB).

o Syftet är att ha en tillförlitlig GPS i alla fordon.

• Nytt krav: Kravställ minsta hastighet som fordonet skall kunna framföras (framåt samt bakåt).

o Skall vara i intervallet 0 — 3 km/h.

o Förslag på formulering enligt SS 1193 SEP U1A SysS.”

Börkrav

Av Annex 1.2 System Specification, som bifogades e-postmeddelandet den 24 april 2009, framgår att följande börkrav tillkommit som inte finns med i Annex 3.1:

“The APC/Command and Control Variant should permit working space for 5 staff workers including table area for writing/computer (laptop).”

Av e-post den 15 maj 2009 framgår att följande börkrav har tillkommit:

“The Vehicle should be equipped with commercial radio enabling listening to traffic announcements, CD and Mp3”

Av e-postmeddelandet den 15 maj 2009 framgår även att följande förändringar och utökningar av de ursprungliga skallkraven i förfrågningsunderlaget har gjorts:

“ID 92: “It shall be possible to increase the amount of communication equipment in the APC”.

o APC och APC/C2 kan behöva upp till 4 radioapparater (grundinstallation medger 2 st).

o Kravet bör utökas till ytterligare 2 radioapparater

• ID 96: SS_25728 “Bach role operator shall have a 28VDC, 1.5 A socket as specified in STANAG -4619 (Edition 2)”

o Andra till STANAG 4619 (Edition 3).”

Bolaget har, genom anpassningar av bolagets SEP, under stark tidspress, tvingats föga sig efter FMV:s nya direktiv avseende nya skall- och börkrav jämte tillägg till ursprungliga krav som FMV gjort efter det att tiden för att lämna anbud gått ut. Dessa anpassningar har medfört oplanerade förändringar i bolagets SEP:s vikt och volym, och framför allt dess pris. Ändringarna har därmed inneburit skada för bolaget, vilket kan antas ha resulterat i att bolaget inte tilldelades kontraktet i Upphandlingen.

Förhandlingarna i strid med LOU

Enligt 15 kap. 18 § LOU skall en upphandlande myndighet anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Det enda undantaget som LOU medger från denna huvudregel rör tilldelning av kontrakt som avser lågt värde. Professor Tom Madell och jur. dr Tobias Indén har bl.a. angivit i sitt utlåtande att frågan om FMV dels borde ha utgått ifrån en på förhand fastställd dagordning, dels borde fört protokoll i samband med förhandlingarna, måste ses i ljuset av möjligheten för andra leverantörer att kunna få en rättslig prövning av den aktuella upphandlingen. För att en leverantör som anser sig förfördelad i praktiken skall kunna få möjlighet till en reell prövning av upphandlingen torde kunna krävas att den upphandlande myndigheten noga dokumenterar vad som behandlats under förhandlingarna med respektive leverantör. Utan sådan dokumentation är det i princip omöjligt för en leverantör att visa att den upphandlande myndigheten agerat i strid med bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU. Det torde också vara den upphandlande myndigheten som har de bästa förutsätt-

ningarna att bevisa hur upphandlingen i praktiken gått till, vilket ytterligare understryker vikten av att en upphandlande myndighet vinnlägger sig om att protokoll eller dylikt förs vid eventuella förhandlingar.

Utgångspunkten ifråga om innehållet i eventuella förhandlingar är att sådana inte får avse grundläggande delar av en upphandling. Om en förhandling resulterar i en förändring som är av grundläggande betydelse för anbudet, medför det att den upphandlande myndigheten bryter mot de ovan nämnda principerna. Det är FMV som skall ge ramarna för och styra förhandlingarna. FMV skall ange vilka punkter, p.g.a. anbudens utformning, som skall förhandlas, även om vissa punkter kanske inte kommer att behöva förhandlas med samtliga anbudsgivare. Förhandlingarna skall i vilket fall som helst föras inom samma ram. FMV har under förhandlingarna bl.a. uppmanat bolaget att föra in option 6 i grundleveransen. Bolaget förde med bakgrund av detta in huvuddelen av option 6 i grundleveransen. Detta har varit negativt för bolaget, då det höjde bolagets pris på grundleveransen med mer än 270 miljoner kronor. Det är i nuläget omöjligt för bolaget att avgöra i vilken mån Patria i förhandlingsfasen uppmanats att föra in motsvarande åtaganden i grundleveransen, då bolaget inte fått ta del av några protokoll från FMV:s förhandlingar med Patria. Det kan dock konstateras att det inte av förfrågningsunderlaget kan utläsas att anbudsgivarna hade att offerera ett sådant åtagande.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Även om upphandlingen är en funktionsupphandling har FMV haft att uppställa tydliga funktionskrav i förfrågningsunderlaget. De funktioner som en upphandlande myndighet avser att upphandla måste vara preciserade i förfrågningsunderlaget. En upphandlande myndighet får inte "arbeta fram" funktionerna i förhandlingarna med anbudsgivarna. Kraven på förfrågningsunderlaget blir inte lägre p.g.a. att en RFI föregår upphandlingen.

Det förhållandet att funktioner inte kan förhandlas fram under upphandlingens gång samt att utvärderingsmodellen är oförutsebar vinner även stöd i professor Tom Madells och jur. dr Tobias Indéns utlåtande. De anger nämligen bl.a. att det för det första kan konstateras att vissa utvärderingskriterier såsom pris och vissa funktionskrav torde vara tydligt mätbara. Trots detta innehåller förfrågningsunderlaget inte några riktmärken under vilka förutsättningar som de olika poängen (1—10) skall uppnås. Detta innebär att det inte i efterhand är möjligt att veta på vilken grund som FMV tilldelat poängen vid varje enskilt kriterium. Det kan därför inte uteslutas att det kan ligga subjektiva värderingar bakom poängsättningen baserad på det något godtyckliga “offered value to the customer”, även om kriterierna i sig är objektiva. Eftersom det rör sig om en s.k. funktionsupphandling är det därför viktigt att det tydligt anges vad som kommer att medföra ett bra betyg respektive vad som kommer att medföra ett mindre bra betyg. Det finns därför ett stort mått av osäkerhet inbyggt i formuleringen att “there are (...) several alternative ways to create value. Innovative proposals creating value are therefore welcome and will be appreciated in the evaluation.” Det är vanligt att man vid funktionsupphandlingar efterlyser olika innovativa och kreativa lösningar, men det är en central utgångspunkt att man i dessa fall tydligt preciserar vad som anses vara innovativt och kreativt på ett sådant sätt att alla anbudsgivare behandlas på ett likvärdigt sätt. Kan man inte ange de objektiva grunderna för hur sådana innovativa lösningar skall värderas och på så sätt skapa ett mervärde finns en betydande risk för subjektivitet och “cherry picking”, vilket strider mot de krav på transparens och likabehandling som följer av EG-domstolens praxis. Det är centralt att ett kvalitetsmått definieras och att sammanvägningen mellan pris och kvalitet görs på ett transparent och motsägelsefritt sätt som överensstämmer med målen för lagstiftningen.

Copenhagen Economics har funnit att poängsättningen inte är transparent, dels då FMV:s metod inte är beskriven i förfrågningsunderlaget, dels då

metoden har tre typer av vikter, varav endast en är känd. Copenhagen Economics har även funnit att utvärderingsmodellen inte klarar av att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, då en lägre livscykelkostnad inte alltid ger en högre poäng och då utvärderingsmodellen innehåller ett allvarligt metodfel, eftersom priser översätts till betyg med olika skalor för anskaffningspriset och drifts- och underhållskostnader. Den relativa vikten mellan anskaffningspris och drifts- och underhållskostnader är vidare okänd, då den beror dels på vikterna för betygen, dels på den matematiska funktionen. Den inbördes rangordningen ligger vidare inte fast, eftersom drifts- och underhållskostnaderna exempelvis kan vara viktigare än anskaffningspriset, i strid med den angivna viktningen i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsresultatet bygger dessutom på en godtycklig bedömning gjord i efterhand då bedömningen av drifts- och underhållskostnaderna är fastställd utifrån de faktiska anbuden och då skalan härtill bygger på information som erhöles genom FMV:s RFI. Utvärderingsmodellen är enligt bolagets mening tillkommen efter det att anbuden öppnats alternativt har utvärderingsmodellen baserats på svar från RFI:n, varför den ändå är relativ och viktningen okänd.

Oklar prisutvärdering

FMV har på grundval av prisuppgifter från RFI:n skapat ett för leverantörerna okänt budgetpris och tidigare okända intervall för betyg och belopp för anskaffningspris respektive drifts- och underhållskostnader har uppställts. Copenhagen Economics anför i sitt utlåtande att FMV genom att justera intervallen för betyg eller belopp för anbudspris respektive drifts- och underhållskostnader samtidigt kan justera de relativa vikterna mellan dessa två utvärderingskriterier. Utvärderingsmodellen är därför inte transparent. Hade bolaget känt till grunderna för prisutvärderingen, t.ex. vilket "budgetpris" som FMV satt som utgångspunkt för utvärderingen, hade bolaget och andra anbudsgivare naturligtvis haft andra förutsättningar att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Om FMV inte önskat meddela an-

budsgivarna den förväntade prisbilden, har det vidare stått FMV fritt att använda en annan transparent utvärderingsmodell där sådan faktor inte beaktas.

Professor Tom Madell och jur. dr Tobias Indéns anför i sitt utlåtande att bristen på transparens särskilt ligger i tillskapandet av en matematisk funktion efter att förfrågningsunderlaget har presenterats men före anbuderna har öppnats. Det torde vara av stor betydelse för anbudsgivarna hur kvotdelarna skall viktas mot varandra.

Oklart hur livscykelkostnader har utvärderats

Ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell skall stå på egna ben. Man kan inte såsom FMV gör hänvisa till uppgifter som har lämnats utanför upphandlingsförfarandet. FMV har inte kunnat använda sig av en modifierad utvärderingsmodell avseende livscykelkostnader som anges i RFI:n utan att ange vilka förändringar man har gjort. Copenhagen Economics har noterat att FMV har överskattat bolagets drifts- och underhållskostnader genom att felaktigt använda uppgifter från en option med ett väsentligt större leverantörsåtagande än det som har varit föremål för upphandlingen. Utvärderingsmodellen avseende livscykelkostnader lämnar vidare ett stort utrymme åt skönsmässiga bedömningar hos leverantörerna. Exempelvis behövde de inte uppge timkostnader för reparation/service utan endast en totalsumma för olika kostnadsslag. Det är knappast sannolikt att anbudsgivarnas antaganden är identiska. Drifts- och underhållskostnaderna i de olika anbuden är därför inte jämförbara. FMV har inte heller tillämpat en diskontering. Utan en diskontering är det inte meningsfullt att väga anskaffningskostnaden mot framtida utgifter för drift och underhåll. Modellen beaktar inte heller kostnader för avveckling trots att dessa kostnader utgör betydelsefulla variabler vid bedömningen av livscykelkostnader.

Det torde även strida mot transparensprincipen att FMV först i efterhand har beslutat hur betygsättningen för vissa kvotdelar skall ske och dessutom

först under förhandlingen har preciserat vilket kostnadsunderlag verket vill ha. Sådan information borde ha lämnats redan i förfrågningsunderlaget.

Det är inte heller självklart att underhållskostnader skall utvärderas på 20 år då skallkravet anger en livslängd på 15 år.

Vid den första utvärderingen av livscykelkostnader i januari 2008 hade bolaget ännu inte angivit några livscykelkostnader i upphandlingen. FMV:s utvärdering har således i denna del varit helt skönmässig och det finns därmed anledning att ifrågasätta grunden för övriga anbudsgivares betyg. Bolaget tilldelades betyget 2 såväl före bolaget hade lämnat in livscykelkostnader som efter.

Skälig tid

Av 15 kap. 9 § LOU framgår att anbudsgivare skall ges skälig tid att komma in med anbud. Den tillämpade anbudsfristen på fyra veckor har inte medfört skälig tid att inkomma med anbud. Den anbudsfrist som väljs får inte särskilt gynna eller missgynna någon. Enligt Kommissionens tolkningmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, skall anbudsfristen vara tillräckligt lång för att företag skall kunna göra en tillfredsställande bedömning och utarbeta ett anbud. Upphandlingen omfattar 113 tekniskt komplicerade fordon av 5 olika typer, liksom supporttjänster och utbildning till ett värde överstigande två och en halv miljarder kronor. Det är således fråga om ett flertal olika produkter och tjänster till ett betydande värde. Härtill kommer att det inte förelegat någon brådska med införskaffandet av de aktuella fordonen, varför FMV rimligen bort ha tillämpat en anbudsfrist på mer än fyra veckor. En anbudsfrist på fyra veckor synes dessutom utgöra en exceptionellt kort anbudsfrist enligt FMV:s egen upphandlingspraxis. Den redan korta anbudsfristen på 4 veckor blev genom ändringen av skallkravet avseende vänddiametern elva dagar kortare. Någon möjlighet att göra en informell "omstart", som FMV

kallar det, finns inte enligt LOU. För att en upphandlande myndighet skall kunna starta om en upphandling, måste den upphandlande myndigheten först avbryta den pågående upphandlingen, och därefter starta upp en ny upphandling, varvid den nya upphandlingen måste annonseras i enlighet med LOU.

Professor Tom Madell och jur. dr Tobias Indén menar i sitt utlåtande dessutom att LOU är anpassad efter upphandlingar som betingar ett långt mindre värde än den aktuella. Således är det inte otänkbart att högre krav ställs på FMV för att verket skall anses ha agerat i enlighet med 1 kap. 9 § LOU. Såvitt avser FMV:s invändning avseende RFI:n, får bolaget framhålla att bolaget i sitt anbud inte gjort några förbehåll vad avser leverans i enlighet med IOC 2014. Bolagets svar utgjorde svar på en allmän marknadsförfrågan, som inte innehöll några krav på produkter eller annan information nödvändig för att bolaget i något avseende skulle kunna lämna ett korrekt svar inom ramen för en framtida ännu ej preciserad upphandling. RFI:n har vidare enligt FMV syftat till att ge FMV en bättre förståelse för marknadsläget och inte till att ge leverantörerna möjlighet att förbereda sina anbud. FMV har även tillämpat en anmärkningsvärt lång förhandlingsfas. Tilldelningsbeslut togs inte förrän i slutet på juni, d.v.s. nästan sju månader efter att anbudsfristen löpte ut. Förhandlingar får inte användas för att komma till rätta med brister i förfrågningsunderlaget. Den korta anbudsfristen har varit till bolagets nackdel då bolaget, till skillnad från de andra anbudsgivarna, som t.ex. Patria, tvingats göra beräkningar utifrån en produkt som ännu inte finns i serieproduktion, vilket är betydligt mer komplicerat och tidskrävande än om en anbudsgivare redan har ett sedan länge serieproducerat fordon.

Felaktig utvärdering

FMV har vad gäller **Role performance** ansett att det är till bolagets nackdel att bolaget har angett att bolagets besättning (crew) består av två perso-

ner (vehicle commander/gunner and driver). I förfrågningsunderlaget uppställs dock inte krav på att crew skall bestå av fler än två personer. Konceptet commander/gunner har dessutom utvecklats i samarbete med Försvarsmakten och FMV, och har gemensamt ansetts uppfylla behoven av ovannämnda rubriker. Patria har vidare åtminstone i Repair varianten också offererat en lösning med en crew bestående av två personer utan att erhålla samma negativa anmärkning.

FMV anger vidare under rubriken **Ambulance, Repair** och **Lethality**, bl.a. följande:

“- Angel for stretchers limited to 8°.”

“- 300VAC/800W is not offered.”

“- Limitations in transportation of equipment and spare parts due to the small internal spacing.”

“- All variants (except APC) have vehicle commander and gunner combined to one operator.”

Patria har i likhet med bolaget dels offererat en lösning där bårlutningen är begränsad till 8°, dels beslutat att inte erbjuda 300VAC/800W. Patria har dock inte erhållit en negativ anmärkning. Något skall- eller börkrav har vidare inte uppställts i förfrågningsunderlaget på andra lösningar vad gäller commander och gunner eller limitations in transportation of equipment.

FMV har under rubriken **General**, angett bl.a. följande:

“- 3 man crew in APC leads to a reduction of soldiers/operators to 8 persons.”

“- Configuration sets demands on dual functionality of ROWSS from 2 operator positions.”

Bolagets offererade fordonslösning rymmer upp till 10 soldiers/operators, samt utöver dessa, en crew bestående av tre personer. FMV har således

utan grund givit bolaget en negativ anmärkning i denna del av utvärderingen, vilket resulterat i att bolaget har erhållit ett lägre betyg än vad bolaget rätteligen bort få.

Vad gäller demands on dual functionality kan bolaget konstatera att FMV uppställt följande börkrav avseende ROWSS av innebörd att det skall vara möjligt att använda ROWSS från mer än en position:

“ID 161 The ROWSS should be possible to operate from the driver and vehicle commander position.”

Härtill kommer att FMV i utvärderingen av Patrias anbud avseende 1.1.2 Lethality givit Patria en positiv anmärkning med följande lydelse:

“+ Both gunner and vehicle commander can operate the weapon station with full functionality.”

FMV har även motiverat Patrias betyg med:

“+ Professional builders for the interior equipment.”

Bolagets personal måste rimligen anses vara “professional builders”. FMV har dessutom agerat i strid med principerna om transparens och likabehandling genom att utvärdera denna omständighet, trots att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att den skulle bli föremål för utvärdering, samt vid utvärderingen endast har tillgodoräknat Patria uppfyllandet av den aktuella omständigheten.

FMV har även tagit ovidkommande hänsyn vad gäller **länspumpar** då kravet varken innefattar ett krav på något bestämt antal länspumpar eller krav på viss pumpkapacitet. Upplysningsvis kan noteras att det inte finns något behov av fler än en länspump i bolagets SEP för att uppnå ett ändamålsenligt resultat.

Vad gäller **Capacity** har Patria erhållit betyget 8 och bolaget betyget 4. FMV har dock baserat Patrias betyg på omständigheter som inte har stöd i Patrias anbud. FMV har uppställt följande börkrav:

“ID 54 The vehicle should have an internal volume, used for functional load, of at least 15 m³.”

FMV har i sin motivering avseende det betyg Patria erhållit, angett följande:

“+ Internal volume for all variants are 13.4 m³.”

Patria har vidare själv angivit att det inte uppfyller det aktuella börkravet.

Det kan även konstateras att begreppet “payload” inte definierats av FMV. Anbudsgivarna har därför fått göra sina egna definitioner av detta begrepp. Detta har lett till mycket olika definitioner av begreppen. Patria synes ha offererat en payloadkapacitet som är större än bolagets. Då Patria dock undantagit exempelvis säten, luckor m.m. från sin definition av basic vehicle är skillnaden egentligen begränsad.

Vad gäller **Observation** har FMV konstaterat att det är till nackdel för bolaget att:

“- Vertical field of view of $\pm 45^\circ$ is only achieved through ROWSS cameras.”

Enligt börkravet uppställs emellertid inte några begränsningar på hur möjligheten skall uppnås. Det kan inte heller utläsas att den omständighet att “camera” används skulle ha en negativ inverkan vid FMV:s utvärdering.

Vad gäller **Transportability** har bolaget erhållit betyget ”barely acceptable”, 2. Enligt FMV:s utvärderingsmodell skulle dock ”barely acceptable” innebära betyget 3. Bolaget vill även framhålla att FMV endast synes ha utvärderat möjligheten till transport i flygplanstypen C- 130 trots övriga

transportmöjligheter. FMV har inte i förfrågningsunderlaget angivit att bedömningen av det aktuella utvärderingskriteriet skulle komma att baseras på en utvärdering av endast transport i 0430. Skulle FMV ha valt ett annat transportsätt som varit till bolagets fördel hade betygssättningen sett annorlunda ut. Att FMV kan göra på detta sätt visar på bristen av förutsebarhet i förfrågningsunderlaget.

FMV har vad gäller **Vehicle Mobility** uppfattat följande omständighet som skapande av "value to the customer" vad gäller Patrias och Mowags anbud:

"+ Maximum speed >100 km/h."

Även bolagets SEP har dock en maximal hastighet överstigande 100 km/h. FMV har emellertid, vad gäller bolagets anbud, inte ansett att denna omständighet medför något mervärde.

FMV har även baserat sin utvärdering på omständigheter som inte har stöd i Patrias anbud t.ex.:

"+ Trench crossing capability of 2.1 m."

"+ Fording capability without preparations 2 m."

I den ovan nämnda System Specification for AWW anger Patria att bolagets fordon klarar gravtagning (engelska: trench crossing) 2 m och vadning (engelska: fording) endast 1.2 m.

FMV anger vad gäller **Ballistic protection** följande omständighet som negativt inverkan på bolagets betyg:

"- No protection above level 4."

Det har dock inte i förfrågningsunderlaget uppställs något krav på att offererade fordon skall ha högre skydd än motsvarande nivå 4. Bolaget uppfyller även uppställt börkrav:

“ID 171 The vehicle should be able to carry ballistic add on armor with higher protection levels than STANAG 4569 level 4.”

Vad gäller **Fire** har FMV gett Patria en positiv anmärkning då Patrias fordon har automatisk brandsläckning i både förar- och motorutrymme. Även bolaget har motsvarande automatisk brandsläckning men har inte erhållit någon positiv anmärkning.

Vad gäller **Vehicle design** har FMV gett bolaget en negativ anmärkning då:

“- E-drive transmission not proven in military use.”

Det anges inte i förfrågningsunderlaget att det bör eller måste finnas dokumenterad erfarenhet av “E-drive transmission” avseende militär användning.

Vad gäller **Availability** har FMV gett bolaget en negativ anmärkning trots att bolaget har följt anvisningar i förfrågningsunderlaget bl.a. att det skulle vara fördelaktigt att offerera pris på underhåll som är baserat på faktisk användning av aktuella system. FMV ger följande negativa anmärkning:

“- Operational based maintenance can lead to annual maintenance measures appear more than once per year (550h/12 months).”

FMV har dock i förfrågningsunderlaget Annex 2 Programme Description under punkten 3 respektive Annex 1.1 Operational Conditions and Constraints under punkten 4.5 Maintenance angett följande:

“The maintenance concept of the Swedish Armed Forces is based on a balance between preventive and corrective maintenance activities. Until recently, the concept has been to plan and conduct preventive maintenance based on daily, weekly/monthly, annual maintenance. However, the philosophy is under change in favour of planning and conducting preventive maintenance based on actual use of the system and on its condition”

“The maintenance concept of the Swedish Armed Forces is based on a balance between preventive and corrective maintenance activities. The preventive maintenance activities are planned based on the philosophy that actual use of the system and its condition defines the intervals.”

Förhållandet att bolaget offererat ett underhållskoncept baserat på faktiskt nyttjande borde rimligtvis bedömas medföra positiva mervärden.

Vad gäller **Safety** anger FMV följande omständigheter som betygssänkande vid utvärderingen:

“- Ability of near view round the vehicle is limited.”

“- Strongly dependent on cameras.”

Några krav med ovanstående innebörd finns dock inte uppställda i förfrågningsunderlaget.

Vad vidare gäller **System performance in relation to environmental conditions and noise requirements** framgår att FMV uppfattat bolagets uppfyllande av ett börkrav som negativt inverkan på anbudets “value to the customer”. FMV anger följande i sin motivering:

“- External noise level of 98dB(A).”

I förfrågningsunderlaget annex 3.1 anges dock att ljud utanför fordonet inte bör överstiga 98 dB på 7,5 m distans, uppmätt i enlighet med ISO 362:8.”

Det framgår även av FMV:s motivering att Patria fått följande positiva anmärkning:

“+ Internal noise level less 90 dB(A)”

Detta trots att ett börkrav i förfrågningsunderlaget för intern ljudnivå har följande lydelse:

“ID 76 The internal acoustic level should for continuous noise not exceed 85 dB(A) when driving according to Use Profiles in Annex 2 Programme Description.”

FMV har således felaktigt gett Patria en positiv anmärkning, som resulterat i att Patria i denna del av utvärderingen fått ett alltför högt betyg.

FMV ger avseende **Flexibility and growth** bolaget följande negativa anmärkning:

“- Extra payload capacity not available initially at IOC2014.”

Denna uppgift i FMV:s motivering är felaktig, då det framgår av bolagets anbud att inga förbehåll gjorts vad avser införande av extra payload till IOC2014.

FMV har även uppgett att:

“- The configuration with combined vehicle commander and gunner (APC not included) decrease the ability to form a commanding function with high level of situational awareness capability. The commander and the gunner are in conflict of the frontal crew position next to the driver.”
I förfrågningsunderlaget uppställs emellertid såsom nämnts inte något krav på att commander och gunner inte får kombineras.

FMV har vidare inte beaktat ett flertal faktorer i bolagets anbud som rimligen borde ha haft en positiv inverkan på utvärderingen av bolagets anbud. I Annex 3.1 System Specification har FMV uppställt bl.a. följande börkrav:

“ID 7 The vehicle should have a modular build up in order to contribute to a flexible interior for enabling adaptation to new requirements and situations.”

“ID 9 The vehicle should have a build up which enables changes in equipment and protection solutions.”

FMV synes således ha frångått dessa börkrav vid utvärderingen och inte beaktat att bolagets SEP t.ex. har utbytbara rollmoduler, som är möjliga att flytta mellan olika bärare i syfte att öka tillgängligheten hos vissa kritiska förmågor vilka är synonyma med specifika rollmoduler. I förlängningen kan även bandgående bärare tillföras, vilket möjliggör en optimering av förband för specifika uppdrag.

Vad gäller **Procurement Cost** kan inledningsvis konstateras att Patrias betyg, 7,9, är högre än det maximala betyg som kan erhållas enligt den skala som FMV gör gällande i målet skulle ha tillämpats vid utvärderingen av anskaffningspriset. FMV anger nämligen i sitt yttrande att anskaffningspriset bedömdes enligt en linjär skala i intervallet 1 till 7. FMV anger även att anskaffningspriset är utvärderat på det sammanlagda priset för grundbeställningen samt optionerna 1-3. Det bör emellertid noteras att innehållet i vart fall i bolagets och Patrias grundleverans inte är detsamma.

Vad gäller **Life Operation and Life Support Costs**, (LOC och LSC), anger inte FMV varifrån FMV hämtat den aktuella siffran för bolaget. Såvitt avser FMV:s påstående att den enskilt viktigaste orsaken till att bolagets drifts- och underhållskostnader bedömts bli väsentligt högre än övriga anbudsgivares är att bolaget angivit reservdelskostnaderna flera gånger större än övriga anbudsgivare, får bolaget framhålla att det inte utifrån bolagets angivna pris för drifts- och underhållskostnader går att utläsa något pris på reservdelar för den tidsperiod som utvärderingen avsett, d.v.s. 20 år, varför det för bolaget är oklart vad FMV lagt till grund för sitt påstående.

Utifrån innehållsförteckningen till Patrias Best And Final Offer gör bolaget bedömningen att Patria inte beskrivit något som går att jämföra med bolagets långtgående åtagande.

Vad avslutningsvis gäller **royaltyfördelar** sammanträdde representanter för FMV och bolaget i London i mitten av maj 2009, varvid bl.a. frågan om royalty diskuterades. FMV representerades av Generaldirektör Gunnar Holmgren och FMV:s Affärsdirektör Dan Averstad och bolaget av David Allot, VD Jan Söderström och marknadschef Tommy Gustafsson-Rask. FMV förespeglade vid mötet att royalty skulle komma att beaktas och att det var viktigt att bolaget var tydligt avseende åtagandet. Om FMV tydliggjort att royaltyfördelar inte skulle beaktas vid anbudsutvärderingen, hade bolaget haft möjlighet att offerera ett pris som varit betydligt lägre än det som offererades i upphandlingen, eftersom royaltyintäkterna då i sin helhet tillfallit bolaget. FMV och bolaget har under utvecklingsskedet utgått från att åtminstone 3 500 fordon skulle komma att säljas, vilket skulle komma att ge FMV cirka 1 725 MSEK i royaltyintäkter baserat på en bestämd royalty på cirka 500 000 kr per fordon. Härtill kommer att bolaget i upphandlingen offererat royaltyfördelar avseende samtliga SEP-versioner, d.v.s. även den 8-hjuliga och den bandgående versionen, samt royaltyfördelar avseende delsystem. Det är därmed rimligt att det verkliga värdet på royaltyfördelarna ligger i intervallet 2 000-2 500 MSEK. Om royaltyintäkterna således beaktats vid utvärderingen av pris hade detta inneburit en betydande revidering uppåt av bolagets betyg avseende Cost. Nu angivna förhållanden avseende royalty kan, p.g.a. utvärderingsmodellens oklara utformning, inte läkas genom en dom på rättelse, varför felaktigheten bör förändras att upphandlingen görs om.

FMV har i yttrande den 21 augusti 2009 anfört bl.a. följande.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Vänddiameter

Vare sig LOU eller gemenskapsrätten stadgar något om under vilka förhållanden förändringar kan/får ske i förfrågningsunderlaget. Tillåtligheten

måste därför bedömas från fall till fall. Det torde ha varit uppenbart för samtliga som läste förfrågningsunderlaget att vänddiametern var felaktigt angiven. Ingen anbudsgivare har i sitt slutanbud kunnat uppfylla det felaktigt angivna kravet. Det fanns tid kvar att göra erforderliga justeringar då FMV ändrade kravet.

Praktiska tester

Även om det skulle ha varit så att skullkravet varit själva genomförandet av proverna kan det ifrågasättas på vilket sätt det hade påverkat utvärderingen. Proverna hade ju i sådant fall endast syftat till att verifiera anbudsgivarnas påståenden. Det kan också tilläggas att bolaget i sin presentation av anbudet angav en lång lista över de prov de ansåg vara relevanta och som skulle kunna genomföras med existerande fordon.

Väsentliga ändringar efter anbudstidens utgång

FMV har varit mycket noggrant med att inte tillföra eller dra ifrån krav. I de fall en anbudsgivare inom ramen för förhandlingarna har gjort ett åtagande har det naturligtvis sedermera formulerats som ett krav/åtagande i kontraktsutkastet. Förhandlingsresultaten har helt enkelt formaliserats i avtalsutkastet. Tillkommande information har presenterats för samtliga anbudsgivare samtidigt.

Vad gäller rökkastare konstaterade FMV under förhandlingarnas gång att antalet rökkastare var i minsta laget. FMV redovisade därför alternativet att senare göra tilläggsbeställningar. Bolaget torde inte ha uppfattat detta som ett nytt skullkrav då bolaget i sitt slutanbud inte gjorde något åtagande gällande Q-STAG 454. Det kan också tilläggas att uppfyllandet av kravet inte utvärderades vilket diskuterats med samtliga anbudsgivare.

Vad gällde kravet avseende GPS var det formulerat enligt följande: "Ready for installation of a GPS". Detta innebär att det skall finnas plats för en GPS och att en GPS tillhandahålls vilket förtydligades då FMV erhöll frå-

gor om vad som ingick i "Battlefield Management System". Detta diskuterades vid förhandlingsmöten med anbudsgivarna innan förslag till formulering översändes.

Kravet avseende hastighet framåt och bakåt utgjorde en formalisering av ett åtagande avseende prestanda som bolagets erbjudna produkter uppfyllde.

Vad gäller påståendet om att FMV har lagt till nya börkrav kan konstateras att det är riktigt att det inte fanns någon konkret beskrivning i förfrågningsunderlaget om APC/command & control. Formuleringen tillfördes som vägledning om vad som efterfrågades. För bolagets del var det ingen förändring då bolaget i grundanbudet erbjöd sex rolloperatörer.

Det är korrekt att önskemål om CD-spelare har framställts. Uppfyllande av dessa två önskemål har inte påverkat resultatet av utvärderingen.

Det stämmer inte heller att FMV har förändrat och utökat skallkrav. Kravet i förfrågningsunderlaget avseende radioapparater anger att antalet radioapparater skall kunna utökas. I vilken utsträckning har dock inte specificerats men kravet skall tolkas på så sätt att minst en men gärna flera radioapparater skall kunna tillföras. Vid tidpunkten för slutanbudet var systemspecifikationen vidareutvecklad från kravdokumentet i förfrågningsunderlaget till en beskrivning av åtagandet från respektive anbudsgivare. "Kravet bör utökas (...)" syftar således på den kravformulering som finns i avtalsutkastets systemspecifikation som beskriver bolagets åtagande.

Förhandlingar i strid med LOU

Den upphandling som nu är föremål för prövning har genomförts enligt 15 kap. LOU, d.v.s. en upphandling som ligger utanför EG-direktiven. Det är

därför inte korrekt att analysera och bedöma upphandlingen utifrån de EG-rättsliga direktiven och de därpå vilande reglerna i LOU. Det är viktigt att ha i åtanke att bolaget när det drar slutsatsen att det inte är långsökt att det ställs högre krav på FMV än vad som är brukligt ifråga om hur den aktuella upphandlingen genomförts för att FMV skall anses ha agerat i enlighet med de krav som följer av 1 kap 9 § LOU, grundar sin analys på EG och direktivsstyrda upphandlingar. Något brott mot de EG-rättsliga principerna har inte skett.

Utgångspunkten vid en upphandling enligt 15 kap. LOU är att förhandlingar sker. FMV vidhåller att 15 kap. LOU medger ett stort utrymme för förhandlingar med anbudsgivarna och detta utrymme medger att förhandlingar sker på så sätt som i den aktuella upphandlingen.

Det finns inte någon skyldighet reglerad i LOU att upprätta och presentera en förhandlingsordning respektive föra protokoll. I 15 kap 18 § LOU anges att en upphandlande myndighet skall anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. När så skall ske anges emellertid inte. Det kan alltså ske och formaliseras när som helst under upphandlingen, bara det görs. Med hänsyn till framförallt transparensprincipen är det här rimligt att kräva, att den upphandlande myndigheten på något sätt redovisar hur ett anbud genom förhandlingar "förädlas", vilket leder fram till det som kan kallas för slutanbudet. Något krav på att varje steg av en förhandling skall dokumenteras i protokoll som vid sittande bord upprättas och justeras kan därför inte påstås föreligga.

I en funktionsupphandling kan naturligtvis påstås att varje förändring/förädling/justering av ett anbud har betydelse men det kan knappast ha varit lagstiftarens mening att det har åsyftats. Med utgångspunkt från ändamålet med upphandlingen är det naturligtvis endast det som kan kallas

för slutresultatet av en förhandlingspunkt som har betydelse för upphandlingen. Det är det som sedan ingår i slutanbudet.

I nu aktuell upphandling har anteckningar gjorts i anslutning till förhandlingarna. Några formellt upprättade protokoll är det dock inte fråga om.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Regeringsrätten tog i skälen till avgörandet i RÅ 2002 ref. 50 fasta på Migrationsverkets motivering att det aktuella "(...) förfaringssättet valts för att uppmuntra leverantörerna att, inom ramen för den kravspecifikation som angivits för tjänsterna i förfrågningsunderlaget, utforma egna kreativa lösningar", d.v.s. samma metod som FMV eftersträvat i den nu aktuella upphandlingen.

En funktionsupphandling skulle inte vara möjlig att genomföra om inte detta synsätt skulle accepteras av våra domstolar. FMV hade endast behövt redovisa hur priset viktas i förhållande till andra utvärderingskriterier. Att FMV ändå valt att redovisa hur priserna, inom ramen för viktningen, poängsatts kan därför inte tillåtas påverka bedömningen av kriteriet. I förevarande fall kan konstateras, att bolagets pris i förhållande till Patrias, alldeles oavsett vilken rimlig poängsättningsmetod som väljs, skulle ha fått så pass mycket sämre poäng att val av poängsättningsmetod faktiskt saknat betydelse.

Copenhagen Economics har i sitt utlåtande okritiskt accepterat information från bolaget och inte gjort en egen analys. Exempel på sådana missförstånd och felaktiga utgångspunkter är bl.a. påståendet om att FMV skulle ha använt en annan betygsskala än 0-10 för värderingen av anskaffningspris samt drifts- och underhållskostnader samt påståendet om att värderat anskaffningspris och bedömda drifts- och underhållskostnader skulle vara

jämförbara och adderbara belopp. Anskaffningspris är ett offererat belopp medan drifts- och underhållskostnader är bedömningar som gjorts i en modell och som inte är föremål för något faktiskt åtagande från anbudsgivarna. Vidare skall tydligt klargöras att bedömningar av drifts- och underhållskostnader för komplexa system inte syftar till att förutsäga den sanna kostnaden utan till att identifiera skillnader mellan olika alternativ. För att förutsäga den faktiska framtida kostnaden krävs en så detaljerad och omfattande modell att beräkningen skulle bli omöjlig att göra. Andra exempel är påståendet om att anbudsgivarna skulle ha varit fria att erbjuda tekniska system med precis vilka egenskaper som helst. I själva verket finns en omfattande specificering av krävda egenskaper. FMV har även tagit hänsyn till att bolagets anbud baserats på ett avsevärt större åtagande än övriga anbudsgivares. FMV anser att den kostnadsbedömning som FMV använt för bedömningen av drifts- och underhållskostnader är den som stämmer bäst överens med det åtagande som ligger till grund för bedömningen av drifts- och underhållskostnader.

FMV har valt att göra en absolut värdering av priserna i anbudet, d.v.s. varje betygssteg motsvaras av en fastställd summa. Därigenom gör inte värderingen en anbudsgivare beroende av övriga anbudsgivares priser. För att en förändring av slutresultatet skulle uppkomma måste FMV frågå den i förfrågningsunderlaget redovisade betygsskalan 0-10 genom att komprimera den använda delen av betygsskalan till att omfatta mindre än ett betygssteg (d.v.s. skillnaden mellan högsta utdelade betyg och lägsta tilldelade betyg skulle behöva vara mindre än 1). Med beaktande av de skillnader mellan dels högsta och lägsta anskaffningspris, dels högsta och lägsta bedömda drifts- och underhållskostnad, som beskrivits i FMV:s inlägga av den 17 juli 2009, är detta en orimlighet. Detta stöds också av att Copenhagen Economics excellerar i rätta linjens ekvation m.m. men inte redovisar någon alternativ värderingsmetod som hade förändrat slutresultatet.

Skälig tid

Utgångspunkten är att den upphandlande myndigheten själv bestämmer hur lång anbudsfristen skall vara. Enligt Karnovs kommentar till 15 kap. 9 § LOU är en rimlig utgångspunkt, att den tidsfrist som väljs inte särskilt skall gynna eller missgynna någon. Den skäliga tiden skall alltså avvägas inte endast i förhållande till hur lång tid erfarna anbudsgivare kan behöva, utan också i förhållande till hur lång tid en ovan leverantör kan behöva för att åstadkomma ett genomarbetat anbud. I många fall sker upphandlingar under betydande tidspress där det är av avgörande betydelse att tidsutdräkten minimeras. Den upphandlande myndigheten måste därför göra en avvägning mellan å ena sidan vikten av de behov som skall tillgodoses genom upphandling och å den andra, leverantörens möjligheter att avge sitt bästa anbud. Det är således omständigheterna i det särskilda fallet som får avgöra vad en skälig anbudsfrist är.

I förevarande fall valdes en anbudsfrist på 32 dagar. FMV:s bedömning är att det är en skälig frist då de anbudsgivare som kan komma ifråga har god erfarenhet av deltagande i upphandlingar. Som jämförelse kan man se på de frister som gäller vid direktivstyrda upphandlingar. Huvudregeln kan sägas vara 52 dagars anbudsfrist. Vid selektivt förfarande skall anbudsfristen inte vara kortare än 40 dagar och för förhandlat förfarande finns ingen reglerad frist. En anbudsfrist på 32 dagar, där fristen föregåtts av en RFI, kan därför inte anses som oskäligt kort.

De referenser till andra upphandlingar som FMV genomfört/genomförs är inte relevanta. Dels är varje upphandling unik, dels är vissa av de upphandlingar som det refereras till direktivstyrda med vissa lagreglerade frister. Bolaget har vidare i sitt anbud klargjort att leveransplanerna kan bli svåra att uppfylla om kontrakt inte tecknas senast den 28 februari 2009.

Felaktig utvärdering

FMV får inledningsvis framhålla att den utvärdering som utförts av FMV har varit korrekt och i enlighet med LOU. Utvärdering av anbud präglas ofrånkomligt av ett visst mått av icke kvantifierbara utvärderingskriterier. Som tidigare framförts av FMV finns det i en funktionsupphandling som denna ingen enskild lösning för hur uppdraget skall/kan utföras, utan olika lösningar kan användas för att uppfylla de aktuella funktionskraven. Detta innebär i sin tur att två helt olika lösningar kan bedömas vara lika bra och därför få samma poäng vid utvärderingen. Vidare innebär det att en lösning som uppfyller samtliga krav ändå kan bedömas som sämre än en annan lösning, och därmed få ett lägre betyg. FMV förutsätter att samtliga anbudsgivare har avgivit sitt bästa erbjudande såväl avseende den lösning man valt som pris.

FMV får återigen framhålla att det naturligtvis inte ankommer på domstolen att göra en ny utvärdering av anbuden, utan att bedöma om det förekommit fel i samband med FMV:s utvärdering samt om eventuella fel varit av sådan avgörande art att någon leverantör har lidit skada, se skadeståndsmål, Hovrätten över Skåne och Blekinge av den 5 oktober 2005, mål nr T 2575-03.

Bolaget påstår att det blivit felaktigt värderat på en rad punkter i utvärderingen. FMV kan dock konstatera att det huvudsakligen handlar om felaktiga påståenden från bolagets sida. Om någon kommentar är felaktig har det inneburit en mycket begränsad eller ingen som helst påverkan på värderingen och dess slutresultat.

Vad gäller **Role performance** anger bolaget sju punkter där man anser att FMV har gjort en felaktig bedömning:

Patria har två mans besättning i rep-fordonet. Bolaget har två mans besättning i alla fordon utom APC. Utvärderingen är baserad på detta. Formuleringen i förfrågningsunderlaget får anses ange att tre man är grunden. Tre man har vid analyserna visat sig ha bättre förutsättningar att manövrera fordonet än två. Att bolaget inom ramen för ett tidigare projekt har ansett att två man räcker är irrelevant.

Vad gäller **Ambulance** och lutning av bår framkom det vid värderingen att kravet borde ha angivit 8 grader då detta motsvarar civil standard. Den av bolaget åberopade kommentaren som FMV gjort synes vara felaktig. Även Patria har offererat 8 graders lutning. Dock framgår av bolagets kommentar att de uppfyller civil standard som är 8 grader. Kravställningen skulle ha sagt 8 grader. Den angivna kommentaren har inte påverkat utvärderingen.

Avseende kommentaren för Patria på **Lethality** så finns den även för bolaget. Att vagnchef och skytt är kombinerade innebär vidare väsentliga begränsningar i deras möjligheter att lösa sina uppgifter. Två personer har sämre förutsättningar att lösa alla arbetsuppgifter än vad tre personer har.

Vad gäller **Repair** kan FMV konstatera att SEP har begränsad volym för transport av t.ex. reservdelar. Av dokumentet System Performance i förfrågningsunderlaget framgår att: "The repair vehicle's main task is to transport maintenance personnel, tools and spare parts to repair objects within the battalion". Även om bolaget anger att fordonet rymmer den kravställda utrustningen, som ej omfattar t.ex. reservdelar, ger den måttliga volymen begränsningar i att använda fordonet till det som det är avsett för. SEP elektriska transmission är vidare en viktig del i hur fordonet presenteras och marknadsförs. Anledningen till aktuell kommentar är att bolaget har erbjudit ett fordon som eventuellt kommer att ha elektrisk transmission varför förväntningen var att fordonet skulle vara försett med 300 VAC/800W i enlighet med börkravet. Bolaget har dock i ett senare skede

av förhandlingarna klargjort att man förbehållit sig rätten att senare själva välja typ av transmission varför inget åtagande om kravet gjorts. Att texten inte finns angiven avseende Patria är korrekt, detta innebär dock inte att det inte har beaktats vid värderingen av samtliga anbud.

Vad gäller **General** så framgår det av "System Specification" i bolagets slutanbud att bolaget har offererat plats för nio soldater i APC samt två mans besättning. Att tre mans besättning innebär att utrymmet för skyttegruppen reduceras till åtta man har också tydliggjorts av bolaget i en presentation som överlämnats efter leverans av slutanbudet.

Bolaget har i "System Specification" gjort ett åtagande om att fordonet skall förberedas för elva säten i stridsrummet samt kunna medföra personlig utrustning för dessa elva personer. Förberedd för innebär dock inte att så är möjligt utan att inredningen kan förändras senare. Vidare innebär åtagandet inte att all annan kravställd utrustning ryms om ytterligare två stolar monteras in.

FMV:s kommentar avseende demands on dual functionality är relevant, då den anger att två mans besättning innebär att ROWSS måste kunna kontrolleras från två platser då det för besättningen annars är omöjligt att upprätthålla full prestanda.

FMV:s kommentar om professional builders är specifik för ambulansen, inte generellt för variant performance. Kommentaren avser att Patria anlitar en underleverantör specialiserad på ambulanser för att bygga ambulansinredningen. Patria har med detta ställningstagande/åtagande presenterat en lösning som innebär att ambulansen tas fram mot gällande regelverk för civila ambulanser, d.v.s. resultatet är en bra teknisk produkt. FMV medger att kommentaren var onödig.

Vad gäller **Capacity** har Patria angivit tillgänglig volym i sitt anbud. Av detta dokument framgår att samtliga roller har en inre volym om 13,4 kubikmeter. I bolagets fall är den inre volymen differentierad mellan olika varianter där AMB och C2 har en inre volym om 16,3 kubikmeter, men att APC, APC/C2 och REP har en inre volym om 12,8 kubikmeter vilket har beaktats vid utvärderingen.

Bolagets påstående om att FMV inte definierat "payload" är felaktigt. I frågor och svar som publicerades på FMV hemsida den 11 november 2008 definierades payload. Definitionen lyder: "The difference between maximum weight of the vehicle and the weight of a basic vehicle i.e. vehicle in basic configuration with no optional functions and/or equipment mounted/integrated". FMV:s publicerade definition överensstämmer således med Patrias.

Vad gäller **Observation** har bolaget fått betyget sex medan Patria har fått betyget fyra. FMV:s kommentar syftar inte på att det är kameror som används vid observationen utan att det endast är sikteskameran som klarar börkravet på +/- 45 grader. Detta innebär att endast fordon försedda med ROWS 5 klarar kravet, alltså inte ambulansen, samt att observation enligt detta krav endast kan göras åt ett håll åt gången. Övriga utblickar har begränsningar vilket motiverar kommentaren.

FMV kan konstatera att betyget för **Transportability** är korrekt men betygsbeskrivningen är en felskrivning. Bolagets tolkning är korrekt, endast flygtransport har legat till grund för denna värderingsparameter. Alla andra krav på transporterbarhet är skullkrav och således inte värderade utan en förutsättning för värdering.

FMV kan vad gäller **Vehicle Mobility** konstatera att krav i systemspecifikationen anger att bibehållen hastighet bör överstiga 100 km/h. Bolaget gör

inget åtagande om kontinuerlig hastighet (sustained speed). Vad gäller gravtagningsförmåga och vaddjup är de i värderingsdokumentet angivna värdena för AMV korrekta, vilket framgår av den till anbudet fogade tekniska beskrivningen.

Det finns andra börkrav avseende **Ballistic protection** där Patria har gjort ett mer långtgående åtagande än bolaget. Detta motiverar skillnaden i betyg.

Det korrekta kriteriet avser "**Vehicle design regarding survivability**", d.v.s. med avseende på skydd och överlevnad. Kommentaren avser att bolaget bristfälligt redovisat konsekvenserna på fordonets och besättningens överlevnadsförmåga till följd av en eventuell elektrisk transmission, d.v.s. hur en eventuell eltransmission påverkar överlevnadsmöjligheterna vid eventuell träff i vagnen.

Vad gäller **Availability** finns det ett krav som anger att: "Preventive maintenance on the vehicle, with a defined or predicted frequency greater than one year, should be performed with an average of two hours per month by the crew with onboard tools" Bolaget har i sitt slutanbud skrivit om detta krav till att ange: "Preventive maintenance for AWV, with intervals less than 500 operating hours (for preventive maintenance based on usage) or less than 12 months (for calendar based 18 maintenance), shall in average be performed in < two hours per month by the crew with onboard tools" samt "Preventive maintenance according to the Contractors instructions for AWV, with intervals less than 500 operational hours (for preventive maintenance based on usage) or less than 12 month (for calendar based maintenance) shall be able to be performed during field conditions" Driftprofilerna angivna i kontraktet innebär att det under vissa omständigheter kan bli mer än 500 driftstimmar på ett år. I dessa fall uppfylls inte 1D308 i anbudsinfordran.

Bolagets underhållskoncept innehåller både drifts- samt tidsbaserat underhåll vilket under vissa förhållanden innebär att samma underhållsåtgärd genomförs två gånger per år baserat på driftuttag enligt "operational profile". Självklart är det att föredra för FMV att minimera den mängd underhåll som erfordras.

Vad gäller **Safety** har samtliga anbudsgivare fått samma betyg (5). Alla anbud har bedömts likvärdiga och det finns inget som motiverar att Bolaget skulle åsättas en högre poäng än de övriga.

Bolaget anför att kommentaren "External noise level of 98dB(A)" är orättfärdig då man till fullo uppfyller börkrav 1D74 med lydelsen: "ID 74: Noise outside the vehicle (drive by noise) should not exceed 98 dB(A) at 7.5 m in distance, measured according to ISO 362:8." Vad gäller **Environmental conditions and noise requirements** har bolaget dock i sitt slutanbud gjort följande åtagande: "Noise outside the AWW (drive by noise) shall be < 98 dB(A) at 7.5 m distance, measured according to ISO 362 (chap 8) with a vehicle speed of 50 km/h." Enligt standarden skall mätning, om tre fjärdedelar av maxhastigheten överskrider 75 km/h, göras vid 30,40 och 50 km/h. Bolaget har angivit en maximal hastighet över 100 km/h vilket innebär att deras åtagande är en begränsning i förhållande till standarden. Det skall här noteras att Patria ej har gjort någon begränsning till 50 km/h. Bolaget anger vidare börkravet på 85 dB uppfylls medelst hörselskydd specificerat av bolaget, men att ljudnivån i SEP ligger mellan 94 och 98 dB, vilket är en avsevärt högre nivå än de övriga anbudsgivarnas uppmätta och angivna nivåer. Kravet i anbudsinfördran avser invändig ljudnivå utan hörselskydd, varför Patria erhållit ett högre betyg i utvärderingen.

Vad gäller **Flexibility and growth** valde bolaget i maj 2009 att återta sitt erbjudande om "utökad lastkapacitet" då detta inte skulle hinnas med för

leveranser i enlighet med implementation plan. Fordonen är förberedda för en framtida uppgradering (som dock påverkar fordonsprestandan avseende rörlighet negativt) men inget åtagande finns utan det är endast angivet att det kan beställas senare. Detta innebär att det inte är tillgängligt vid IOC20 14. Kommentaren avser avsaknaden av detta tillägg och är således korrekt. Den andra kommentaren avser förmåga att skapa nya roller eller ändra funktion av befintliga roller. Andra funktioner än APC kan ha behov av stringent uppdelning av skytt och vagnchef. Vidare finns det skillnader mellan bolagets lösning och Patrias i repfordonet. I Patrias fall sitter vagnchefen inte bredvid föraren utan i en upphöjd position med runtomkring-sikt. Vad bolaget i övrigt påstår förtjänar inget beaktande i förhållande till förfrågningsunderlaget.

Vad gäller **Procurement Cost** har bolaget dragit felaktiga slutsatser av FMV:s inlaga till länsrätten vad gäller betygsskalan för anskaffningspris. Bolaget har i sitt anskaffningspris inkluderat delar av nämnda option 6, utbildning under införandet är även i slutanbudet offererat som en option 6 b. De delar av den ursprungliga optionen 6 som bolaget har inkluderat avser underhållsåtgärder och viss teknisk support under införandet, d.v.s. 2011 till 2013. Vid prisvärderingen har detta beaktats genom att priset för bolagets anbud har sänkts.

Det skall också beaktas att de i grundbeställningen inkluderade delarna av option 6 är en förutsättning för att bolagets åtagande över livscykeln överhuvudtaget skall vara möjlig. Bolagets erbjudande om åtagande över livscykeln har tillgodoräknats bolaget vid utvärderingen i utvärderingskriteriet "Through-Life Responsibility". FMV har alltså "nollställt" åtagandena och det råder därför inga som helst tveksamheter avseende den prismässiga utvärderingen av de olika erbjudna alternativen. Att det i avtalstexterna varierar mellan åtaganden är en sak men prisjämförelsen och utvärderingen har gjorts mot samma åtaganden.

Vad gäller **Life operation and Life Support Costs** kan FMV konstatera följande. FMV har i enlighet med utvärderingsmodellen vägt anskaffningspris mot framtida kostnader för drift och underhåll och sålunda värderat dessa saker i två separata värderingskriterier.

En värdering av livscykelkostnader är komplicerad. För att kunna göra en rättvisande jämförelse krävs att anbudsgivarna kan leverera komplett underlag, dvs. att inga delkostnader saknas samt att anbudsgivarnas underlag är tillgängligt i samma kostnadsslag, d.v.s. t.ex. kostnader per år, körmil etc. Det skall vidare tydligt anges att bedömningar av drifts- och underhållskostnader inte syftar till att förutsäga den sanna kostnaden utan till att jämföra alternativ med varandra för att identifiera kostnadseffektiva lösningar. En krona i bedömd driftskostnad är därför inte jämförbar eller utbytbar med en krona i offererat anskaffningspris.

För att inhämta underlag för värderingen av drifts- och underhållskostnader överlämnades en tabell till anbudsgivarna för ifyllnad. Värderingen av LOC/LSC har sedan gjorts baserat på de kostnader som ingår i tabellen. Det har således varit helt klart för anbudsgivarna på vilken grund LOC/LSC har värderats. Värderingen av bolagets drifts- och underhållskostnader har gjorts baserat på för utvärderingen relevanta uppgifter i bolagets slutanbud.

Vad gäller offererade **royaltyfördelar** kan FMV konstatera att artighetsmöten genomfördes under maj 2009 med ledningen för alla de tre slutkandidaterna. För att säkerställa att rätt budskap sändes och att de tre företagen behandlades lika utgick FMV från ett antal "talepunkter" för mötena. Dessa talepunkter presenterades inte men användes som stöd för samtalen och bockades av efterhand som de togs upp. Att FMV vid mötet skulle ha utfäst att beakta royaltyfördelar vid utvärderingen är inte korrekt. Mot ovan angiven bakgrund har FMV svårt att se att bolagets representanter verkli-

gen uppfattade det så. Det bör här påpekas att bolaget redan i sitt grundanbud erbjöd en royaltyklausul varför det är direkt felaktigt att påstå att denna var en konsekvens av det möte i London som bolaget refererar till. Royaltyklausulen bygger vidare på ett åtagande bolaget redan gjort mot FMV som en del av utvecklingsavtalet avseende SEP. Detta innebär att FMV redan har rätt till större delen av de beskrivna royaltyrättigheterna. Av detta följer att erbjudandet inte alls är av den storlek som redovisas av bolaget. Bolaget har dessutom i den nya royaltyklausulen gjort en allvarlig begränsning jämfört med den redan gällande. Den föreslagna royaltyklausulen innebär att royalty utgår fram t.o.m. år 2030. Den sedan utvecklingsbeställningen gällande royaltyklausulen har också ett avbrott vid år 2030 men detta gäller enbart om FMV har fått hela sin satsning återbetald, om inte så utgår royalty tills så har skett.

Skada

FMV kan inte anses ha tillämpat en oförutsebar och godtycklig poängsättning eller i övrigt åsidosatt bestämmelserna i LOU på sådant sätt att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada. Inte heller har bolaget visat att FMV i upphandlingen frångått kraven på likabehandling och transparens. Det finns alltså inget skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att anbudsutvärderingen skulle ha genomförts på ett godtyckligt sätt.

FMV har till sitt yttrande bifogat ett utlåtande från AffärsConcept i Stockholm AB i uppdrag att yttra sig över vissa frågeställningar i FMV:s upphandling AWV2014. I utlåtandet anges bl.a. följande. EG:s upphandlingsdirektiv har inte stått som modell för den svenska lagstiftningen. EG-domstolens avgöranden har ett mycket begränsat värde vid tolkningen av bestämmelserna i 15 kap. LOU. EG-domstolens avgöranden är dock av betydelse för de fall en bestämmelse i 15 kap. LOU har givits samma utformning som en direktivsbestämmelse. I vissa fall kan även EG-domstolens klargöranden av de gemenskapsrättsliga principerna vara av

intresse. Om EG-domstolens praxis innebär att ett visst agerande är tillåtet vid en direktivstyrd upphandling torde motsvarande agerande vara tillåtet enligt 15 kap. LOU även om det inte uttryckligen anges i detta kapitel. Att EG-domstolen tolkar en direktivsbestämmelse med stöd av de EG-rättsliga grundprinciperna innebär inte att en motsvarande bestämmelse i 15 kap. LOU, som inte givits en identisk utformning, skall ges samma tolkning. Eftersom bestämmelserna i väsentliga delar skiljer sig åt vad gäller direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling är inte heller svenska domstolsavgöranden som avser direktivstyrd upphandling, automatiskt relevanta vid prövning av upphandlingar enligt 15 kap. LOU. Justeringen av vänddiametern torde inte ha påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Justeringen av kravet gjordes vidare under anbudstidens första del och tillkännagavs samtliga anbudsgivare samtidigt. Agerandet måste således ha varit förenligt med 1 kap. 9 § LOU. Kravet på praktiska tester påverkade vidare inte utvärderingen.

Valen av områden att förhandla om har varken skett slumpmässigt eller godtyckligt. Det saknas regler i 15 kap. LOU som reglerar vad förhandlingar får omfatta. Däremot innehåller 4 kap. LOU bestämmelser som reglerar den direktivstyrda upphandlingen. Redan av 4 kap. 1 § LOU framgår det att förhandlat förfarande är ett undantagsförfarande som endast får användas i vissa fall. Det är en väsentlig skillnad i förhållande till förenklat förfarande samt urvalsförfarande. Det förenklade förfarandet skall snarare jämföras med tidigare upphandlingsförordningens och upphandlingsreglementets regler för så kallad förhandlingsupphandling. Föreskrifter för användning av denna upphandlingsform meddelades av dåvarande Riksrevisionsverket. Fjärde kapitlet i LOU innehåller tämligen omfattande och uttömmande uppräknningar av de undantagssituationer då förhandlat förfarande får användas. Den svenska lagstiftaren har valt att inte införa motsvarande bestämmelser vid förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Förhandling vid förenklat förfarande kan således inte ses som ett undan-

tagsförfarande på det sätt som förhandlat förfarande är. Fjärde kapitlet i LOU innehåller även förfarandebestämmelser som sätter ramar för hur förhandlingar skall genomföras. Motsvarande bestämmelser saknas helt i 15 kap. LOU. Lagtexten innehåller inte ens krav på att förhandlingar bedrivs med samtliga anbudsgivare. Bedömningen av om förhandlingar skall upptas, i vilken utsträckning de skall genomföras, med vilka anbudsgivare och med avseende på vilka frågor får därför fattas enbart med stöd av affärsmässiga avgöranden inom ramen för de principer om offentlig upphandling som återfinns i 1 kap. 9 § LOU. LOU innehåller inte heller någon reglering som anger inom vilken ram som krav får modifieras under förhandlingar inom ramen för förenklat förfarande och i så fall i vilken utsträckning. Att vissa av förfrågningsunderlagets krav preciseras och justeras i detaljer inom ramen för en förhandling måste anses tillåtet under förutsättning att samtliga anbudsgivare som deltar i förhandlingar har full kunskap om vilka krav som gäller när de närmar sig sina slutliga anbud.

Bolaget har i yttrande den 9 september 2009 anfört bl.a. följande.

Patria uppfyller inte kvalificerings- och skallkrav

Det följer av ett kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna skall följa standarden AQAP 110 eller likvärdig samt skall inge ett intyg till styrkande av detta. Patria ingav tillsammans med sitt anbud ett intyg utvisande att Patria följde efterfrågad standard. Intyget var emellertid endast giltigt t.o.m. den 31 december 2008. Patria uppfyllde därför inte det uppställda kvalificeringskravet när FMV i slutet av januari 2009 gjorde sitt urval bland anbudsgivarna.

Patrias IP-plan är vidare inte undertecknade i rätt tid. I kapitel 4 "Requirement for Industrial Participation" i förfrågningsunderlaget följer att anbudsgivaren skall göra IP-åtaganden motsvarande 100 procent av kontraktsvärdet, att IP-åtagandena skall ske och utformas i enlighet med bl.a.

Contract Draft for IP. Det följer av Contract Draft for IP att alla IP-transaktioner skall vara underskrivna senast på kvalificeringsdagen. Begreppet kvalificeringsdag definieras i punkten 4 ”Definitions and abbreviations” i Contract Draft for IP, som datumet för offentliggörandet av förfrågningsunderlaget. IP-planen skulle således ha undertecknats senast den 30 oktober 2008 då förfrågningsunderlaget offentliggjordes. Patria lämnade emellertid in sin IP-plan den 30 januari 2009 och kan därmed omöjligt ha uppfyllt kravet.

Vad gäller frågan om Patria uppfyller skallkravet avseende leveransdagar i Implementation plan kan konstateras att eftersom FMV i praktiken är den enda av parterna som kan föra bevisning härom, är det även naturligt att bevisbördan avseende Patrias kravuppfyllelse i aktuellt hänseende faller på FMV.

Skälig tid

Såvitt avser FMV:s påstående om att RFI:n påverkat anbudsgivarnas möjligheter att förbereda anbud, får bolaget framhålla att RFI:n endast syftade till att samla in information från potentiella leverantörer och inte till att ge potentiella leverantörer information. RFI:n har således inte alls hjälpt anbudsgivarna att förbereda några anbud, eftersom FMV först efter att ha mottagit RFI-svaren bestämde själva kontraktsföremålet och Upphandlingens omfattning.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

Vänddiameter

Grunden till kravet på 16 m är att stridsfordonen är tänkta att bl.a. användas i fredsbevarande uppdrag utomlands i urban miljö, varför vänddiametern måste vara kort. FMV har vid tidpunkten för offentliggörandet av för-

frågningsunderlaget haft kunskap om att fler fordon än bolagets SEP har en vänddiameter på 16 m eller mindre. Kravet på en vänddiameter om 16 m eller mindre förekommer i liknande upphandlingar utomlands. Bolaget hänvisar till ett utlåtande av professor Annika Stensson Trigell som inges och som utvisar att den minsta svängdiametern som är möjlig för Patrias fordon är cirka 21.5 m.

Praktiska tester

Det framgår bl.a. av den PowerPoint-presentation som FMV tillställde bolaget den 11 februari 2009 att syftet med de praktiska testerna var att "ytterligare värdera anbudet" och att testerna skulle "ha sin utgångspunkt i utvärderingsmodellen". På sidan åtta i presentationen anges bl.a. att provningen kommer att ha sin utgångspunkt i utvärderingen; syftar till att ytterligare värdera anbudet samt till att låta FM ge sina synpunkter.

Det ovan angivna vinner även stöd i professor Madells och jur. dr. Indéns Utlåtande II, vari bl.a. anges:

"Det faktum att det inte tydligt följer av förfrågningsunderlaget vad som avses med det tillkommande kravet rörande möjligheten att utföra praktiska tester indikerar således att FMV inte agerat på ett sätt som är förenligt med 1 kap. 9 § LOU"

Länsrätten måste givetvis ta som utgångspunkt att tester som utgör skallkrav, och som på minst 3 olika ställen av FMV angivits ha beaktats i utvärderingen, också faktiskt har beaktats. En helt annan sak, är att det inte i själva utvärderingsprotokollet står att återfinna att testerna beaktats, vilket i sig är allvarligt och gör att utvärderingen brister i transparens.

Professor Madell och jur. dr. Indén anger i sitt Utlåtande II bl.a. följande.

"Den diskrepans som föreligger ifråga om hur det skriftliga material som ligger till grund för den aktuella upphandlingen är utformat jämfört med vad som senare anförts av FMV angående hur materialet skall tolkas indikerar också att förfrågningsunderlaget (med senare ändringar) inte i alla

delar är så tydligt som fordras för att FMV skall anses ha agerat i överensstämmelse med 1 kap. 9 § LOU.”

Förhandlingar i strid med LOU

Bolaget fick den 3 augusti 2009 ta del av protokoll från vissa av FMV:s förhandlingar med Patria. Protokollen är väl strukturerade och justerade, i de flesta fall av dels den person hos FMV som upprättat protokollet, dels av en företrädare för Patria som, i de flesta fall, närvarat under hela förhandlingen. Av protokollen framgår även att FMV:s förhandlingar med Patria följt en agenda. Av protokollet från FMV:s nionde möte med Patria framgår att ytterligare möten mellan parterna skulle äga rum den 22 april 2009 och den 28-29 april 2009. Från dessa möten finns emellertid inga protokoll. Av e-postkorrespondensen mellan FMV och Patria framgår att FMV, förutom de två mötena som ägde rum 22 april 2009 och 28-29 april 2009, även haft ytterligare möten med Patria under vecka 20, vecka 21, vecka 22 samt veckorna 24 och 26. Inte heller från dessa möten finns det några protokoll, i vart fall har FMV ej utlämnat dessa till bolaget.

Det har ålegat FMV att under förhandlingsfasen, d.v.s. vid samtliga möten med Patria, iaktta principen om likabehandling. Så har emellertid inte skett, då FMV, enligt egen utsago, inte fört protokoll vid mötena med Patria efter det nionde mötet den 15-16 april 2009. Det kan inte uteslutas att det som diskuterats, eller att den information som Patria erhållit av FMV, vid de (minst) sju förhandlingsmötena som ägt rum efter den 16 april 2009 har givit Patria en otillbörlig konkurrensfördel i Upphandlingen.

Det har vidare framkommit att FMV fört formella protokoll vid vissa möten med Patria, men inte alls med bolaget eller, såvitt känt, med Mowag vilket visar att FMV inte alls haft någon “gemensam och sammanhållen strategi för sitt förhandlingsarbete med envar utvald anbudsgivare”, såsom FMV anger i sitt yttrande av den 17 juli 2009.

Av protokollen från FMV:s möten med Patria framgår inte heller att Patria skulle ha blivit uppmanat att föra in innehåll motsvarande bolagets option 6 i grundleveransen. FMV har således genom sin skillnad i behandling av bolaget och Patria under förhandlingarna givit Patria en konkurrensfördel genom att inte uppmana Patria att göra samma kostnadshöjande åtaganden avseende grundleveransen som bolaget uppmanats till att göra.

Oförutsebar utvärderingsmodell

FMV har i yttrandet angivit att prisutvärderingen gått till på så sätt att man i efterhand konstruerat en matematisk funktion i form av en linje i intervallet 1 till 7 (anskaffningspriset) respektive 2 till 8 (drifts- och underhållskostnader) samt att en betygsättning sedan skett i intervallet 1 till 10 med tillämpning av dessa matematiska funktioner. Det är således ostridigt att det funnits två skalor (de "Okända Skalorna") för betygsättning av vart och ett av utvärderingskriterierna anskaffningspriset och drifts- och underhållskostnaderna, varav endast skalan 1-10 varit känd för anbudsgivarna. I 9.11.7 1 förfrågningsunderlaget angavs att anskaffningspriset skulle viktas 60 procent och att drifts- och underhållskostnaderna skulle viktas 30 procent. Genom att tillämpa de Okända Skalorna har viktningen istället blivit 52 procent och 38 procent. Av EG-domstolens ovannämnda dom i Lianakis följer att en upphandlande myndighet inte får tillämpa en poängsättningsmodell som leder till att viktningen av utvärderingskriterierna förändras. Copenhagen Economics konstaterar i sin kommentar till Yttrandet att de av FMV i efterhand konstruerade Okända Skalorna faktiskt påverkat viktningen.

Anbudsgivarna visste, och vet fortfarande, inte vilka kriterier som legat till grund för utfallet i de Okända Skalorna. Dessa kriterier har inte framgått av förfrågningsunderlaget eller på annat sätt redovisats. FMV:s påstående att man konstruerat matematiska funktioner utifrån information som FMV

bl.a. skaffat sig genom RFI:n och inte utifrån de inkomna anbuden i upphandlingen förändrar inte det förhållandet att dessa funktioner och skalor varit helt okända för anbudsgivarna när dessa utformade sina anbud. På okända grunder har en poäng givits i skalan 1-7 avseende anskaffningspriset och i skalan 2-8 avseende drifts- och underhållskostnaderna som medelst "matematiska funktioner" omvandlats, på ett sätt som också är okänt, till ett betyg i skalan 1-10.

Det måste vara ett absolut minimikrav att det framgår av modellen om denna är absolut, relativ eller bygger på rangordning. Som FMV självt angivit, har FMV skönmässigt bestämt vilken av de olika varianter som skulle tillämpas i utvärderingen. En prisutvärderingsmodell som präglats av sådant fritt skön kan omöjliggen uppfylla de krav på transparens och likabehandling som följer av de allmänna principerna och LOU.

Oklart vad som utgör mervärde

I den utvärderingsmodell som FMV angivit i Annex 5 Evaluation Model i förfrågningsunderlaget anger FMV att "The evaluation parameters are designed to evaluate the perceived level of offered value to the customer". Vidare anges att "value to the customer" skall förstås som en balans mellan följande fem olika faktorer: Low cost through life (LCC); Performance, functionality, and flexibility of the system and the military units operating the system; Flexibility and freedom of use; Industry commitments samt Confidence in planning and avoidance of risks". FMV anger emellertid inte närmare vilka av dessa faktorer som skapar mer "value to the customer" än andra eller om alla är lika mycket värda. FMV har inte heller i förfrågningsunderlaget angivit hur dessa faktorer förhåller sig till utvärderingskriterierna, varför det inte varit till hjälp för anbudsgivare att viktningen avseende utvärderingskriterierna varit känd. En anbudsgivare har inte av beskrivningen ovan kunnat veta om FMV skulle komma att uppfatta t.ex. bättre villkor avseende Low cost through life (LCC) som skapande

av mer "value to the customer" än bättre villkor avseende t.ex. Industry commitments. Detta står i strid med LOU, eftersom en anbudsgivare inte kunnat avge anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle komma att ske. Det har inte gått att ur förfrågningsunderlaget utläsa vad FMV avsåg att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen, varför gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens inte iakttagits.

FMV har vidare angivit att anskaffningspriset har värderats baserat på det sammanlagda priset för grundbeställningen samt de i förfrågningsunderlaget angivna optionerna (optionerna 1-3).

Bolaget får härvid framhålla att FMV i Upphandlingen endast åtar sig att köpa grundbeställningen. Optionerna 1-3 är just optioner och kan därmed inte med säkerhet antas komma att utnyttjas. Omständigheten att FMV utvärderat optionerna utgör en sådan allvarlig överträdelse av LOU att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten i Göteborg fann i sin dom i mål nr 7304-08, i vilket grundavtalet löpte under fyra år, medan priset utvärderades för en period av fem år (som inkluderar det första av två möjliga förlängningsår) att eftersom avtalsperioden, mot bakgrund av förlängningsklausulens konstruktion, endast omfattade fyra år var en utvärdering av ett pris som inkluderar ett femte år inte ägnad att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet under avtalsperioden.

Bolaget noterar även att det inte framgått av förfrågningsunderlaget att optioner, och i så fall vilka optioner, som skulle komma att utvärderas.

Felaktig utvärdering

Bolaget noterar att FMV medgivit att fel förekommit vid utvärderingen och att även Patria, på liknande sätt som nu bolaget gör, skulle kunna hävda att vissa av de kommentarer FMV angivit i sin betygsmotivering är till Patrias

oförtjänta nackdel. De av FMV medgivna fel är inte ogrundade. De är identifierbara, allvarliga och av sådan omfattning att det inte kan uteslutas att bolaget, till följd av dessa, riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen.

FMV har vad gäller **Role performance** egentligen inte ens påstått att kravet skulle avse en crew om två personer. Ambulans, Repair och C3 varianterna är i huvudsak icke stridande fordonstyper som av uppenbara skäl inte har något behov av kostnadsdrivande onödig personal.

Såvitt gäller **Repair** så har inte heller Patria offererat 300 VAC men har inte erhållit någon negativ kommentar.

Bolaget har även vad gäller **lethality** offererat en crew om tre personer. Bolaget har under förhandlingarna med FMV angivit att bolaget var villigt att diskutera tre mans besättning även i övriga vagnar men FMV har inte framställt något önskemål om detta.

Vad gäller **läns pumpar** så har FMV varken framställt krav på antal pumpar eller pumpkapacitet. Dessutom uppnår bolagets SEP ett ändamålsenligt resultat med en pump.

Vad gäller **payload** så har FMV även om payload definieras som skillnaden mellan "maximum weight" och "weight of basic vehicle", inte definierat "weight of basic vehicle". Detta har lett till att anbudsgivarna har definierat begreppet olika.

Såvitt gäller **Vehicle Mobility** så har inte bolaget gjort någon åtskillnad mellan top speed och sustained top speed. Bolaget har inte gjort något förbehåll om att maxhastigheten inte skulle vara kontinuerlig maxhastighet.

Patrias åtagande vad gäller **Fire** är fysikaliskt omöjligt eftersom det inte går att erbjuda brandsläckning i all evighet.

Royaltyfördelar

FMV anger nu att royaltyn aldrig kunnat beaktas eftersom det inte är säkert att royalty kommer att utgå och faktisk återbetalning därmed är 0 kr. Den fråga som då inställer sig är varför FMV fört omfattande diskussioner med bolaget om royaltyn. En royalty kan aldrig säkert utgå. Det är i så fall ej längre fråga om en royalty, eftersom royalty per definition utgår på en tänkt framtida försäljning.

Det är korrekt att FMV haft rätt till royalty enligt utvecklingsavtalet avseende SEP. Bolaget beräknar att FMV:s royalty enligt utvecklingsavtalet skulle uppgå till ca 270.000 kr per SEP fordon (upp till en total försåld volym av 3.500 fordon). Härefter skulle en reducerad royalty utbetalas fram t.o.m. 2029. Royaltyn enligt utvecklingsavtalet skulle utgå till FMV oavsett om FMV beställde eller ej beställde SEP från bolaget. Royaltyn enligt royaltyklausulen i bolagets slutanbud skulle uppgå till ca 480.000 kr per SEP 6x6 elfordon och 240.000 kr per SEP 8x8 fordon och ca 330.000 kr per SEP bandfordon. Dessutom skulle FMV äga rätt till royalty på 2 procent av nettoförsäljningspriset av bolagets försäljning av delsystem som utvecklats för SEP. Sagda royaltys skulle utgå till dess summan av utbetald royalty uppgår till 1,684 miljarder. Därefter skulle FMV ha rätt till en royalty om 1 procent av all försäljning av SEP fordon eller delsystem. Royaltyklausulen i slutanbudet gäller fram t.o.m. 2030. Royaltyklausulen som bolaget offererat i upphandlingen är således betydligt gynnsammare för FMV än den som följer av utvecklingsavtalet.

Skada

Det krav avseende risk för skada som uppställs i LOU är mycket lågt ställt. Om länsrätten till någon del skulle finna att FMV inte efterlevt de krav

som följer av LOU står, mot bakgrund av det angivna, klart att bolagets risk för skada är fullt tillräcklig för ett bifall till yrkade åtgärder enligt LOU. Bestämmelserna är tillkomna som ett skydd för leverantörer, faktiska och potentiella, och skall ges vidast möjliga tolkning enligt principen att rättigheter baserade på EG-rätten skall tolkas extensivt.

FMV har i yttrande den 24 september 2009 anfört bl.a. följande.

Allmänt

Enligt LOU omfattas upphandling som görs på försvarsområdet och som avser varor eller tjänster som omfattas av artikel 296 i EG-fördraget samt upphandling som omfattas av sekretess eller andra särskilda begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet endast av reglerna i 15 och 16 kap. LOU. Kap. 15 reglerar offentliga upphandlingar som inte omfattas av EG:s upphandlingsdirektiv. Reglerna infördes i 6 kap. i gamla LOU (1992:1528) genom proposition 1993/94:78, och hade sitt ursprung i upphandlingsförordningen (1986:366) och det kommunala upphandlingsreglementet. I denna reglering, liksom i den nuvarande, gällde att huvudregeln 1 kap. 4 § (motsvarande 1 kap 9 § LOU) skulle tillämpas även vid dessa upphandlingar. Lagstiftaren ansåg dock att det var tillräckligt att endast vissa angivna bestämmelser i gamla LOU, t.ex. 1 kap. 4 §, skulle gälla för just den här typen av upphandlingar. Någon förändring från vad som gällde vid upphandlingar enligt upphandlingsförordningen och det kommunala upphandlingsreglementet var inte åsyftad, vilket tydligt framgår av propositionen på s. 15, "Denna lösning innebär inte någon annan ändring av vad som gäller under tröskelvärdena i dag än att den upphandlingen kan bli föremål för domstolsprövning". Detta innebär att reglerna i 15 kap. LOU (dåvarande 6 kap.) till mycket stor del grundas på regler som sedan lång tid gällt i Sverige.

Att vissa typer av upphandlingar inte regleras av EG-direktiv har att göra med att upphandlingarna ansetts ha så speciella förutsättningar att de inte lämpar sig att hanteras som de "normala" upphandlingar som regleras genom direktiv. Det kan finnas en mängd olika försvars- och säkerhetspolitiska skäl som i det enskilda fallet motiverar särskilda hänsyn och överväganden, såsom exempelvis en kortare anbudstid. Vad särskilt gäller upphandlingar inom försvarsområdet har under en lång rad år pågått ett arbete för att besluta om ett särskilt direktiv och ett sådant har nyligen antagits (2009/81/EG), försvarsupphandlingsdirektivet. Redan det faktum att det tagit lång tid visar på att det för den typen av upphandlingar gäller speciella förutsättningar. Det har helt enkelt varit svårt för medlemsländerna att hitta en samsyn då tillämpningen av reglerna måste ske med beaktande av respektive stats nationella suveränitet och säkerhet.

Att just upphandlingar inom försvars- och säkerhetsområdet tarvat ett "eget" direktiv talar sitt tydliga språk. Förhållandena är så speciella att det ansetts erforderligt. Ett tydligt exempel på att upphandlingarna anses ha speciella förutsättningar, är vad NOU anförde i sitt yttrande till Finansdepartementet över EG-kommissionens grönbok rörande upphandlingar inom försvarsområdet: "Vissa av de ställda frågorna synes kräva sådan praktisk upphandlingserfarenhet på området att NOU valt att avstå från att besvara dem" (NOU:s yttrande 2004-12-15).

Försvarsupphandlingsdirektivet har i huvudsak utarbetats med det klassiska direktivet som förebild och följer i stora delar detta direktiv. Det nya direktivet har emellertid ansetts kräva anpassningar i förhållande till det klassiska direktivet med hänsyn till de känsliga kontrakt som regleras. Det nya direktivet medger bl.a., till skillnad från det klassiska direktivet, att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas utan några begränsande villkor.

I korthet kan bakgrunden till det s.k. försvarsupphandlingsdirektivet sammanfattas så att EU-kommissionen och medlemsländerna ansett att upphandling på försvarsområdet kräver en större flexibilitet och frihet för lokala nationella hänsynstaganden än vad som medges enligt det klassiska direktivet. Inte ens EU-kommissionen har alltså ansett att det klassiska direktivet med dess rättspraxis lämpar sig för upphandling på försvarsområdet oavsett om upphandlingen är att hänföra till art. 296 eller ej. Det måste bedömas som sannolikt att det mot denna bakgrund kommer att etableras en särskild praxis på just försvarsområdet.

Det skall därvid särskilt noteras, att försvarsdirektivets tillämpningsområde inte omfattar bl.a. upphandlingar som regleras av EG-fördragets artikel 296, d.v.s. den typ av upphandling som nu är föremål för prövning genom tillämpning av 1 kap 2 § 3 p LOU. Den typen av upphandlingar kommer alltså jämväl framdeles att falla utanför EG-direktiven. Vikten av att dessa upphandlingar lämnas "utanför" har framhållits av den svenska regeringen. I Regeringskansliets "Faktapromemoria 2007/08:FPM70, 2008-02-15", betonar regeringen att det är viktigt att de nya reglerna inte inskränker medlemsstatens möjligheter att – när villkoren för att tillämpa artikel 296 i EG-fördraget är uppfyllda – vidta de åtgärder som medlemsstaten anser nödvändiga för att skydda sina egna väsentliga säkerhetsintressen i fråga om tillverkning av eller handel med vapen, ammunition och krigsmateriel. Att upphandlingar som är att hänföra till EG-fördragets artikel 296 är än mer speciella än de som kommer att hänföras till det nya direktivet och att det därför överlämnats till envar medlemsstat att fullt ut bestämma hur sådana upphandlingar skall genomföras, torde mot denna bakgrund vara uppenbart.

15 kap LOU är och förblir en svensk lagstiftningsprodukt som bygger framför allt på de bestämmelser som Sverige hade för offentlig upphand-

ling innan EG:s upphandlingsbestämmelser antogs vilket självklart måste beaktas vid tolkningen av 1 kap 9 § LOU.

Patria har inte uppfyllt kvalificerings- och skallkrav

AQAP

Skallkravet som bolaget hänvisar till innebär inget krav på certifiering utan endast att anbudsgivare skall visa att deras arbetssätt motsvarar standarden. Att Patria vid tidpunkten för kvalificeringen var certifierade enligt standarden och även hade för avsikt att förnya denna certifiering visar att deras arbete överrensstämmer med kraven i standarden. FMV kan konstatera att kvalificering av anbudet skedde den 3 december 2008. Det kan även konstateras att bolagets certifiering enligt AQAP 21101 var giltig till den 17 maj 2009. Bolaget har inte redovisat något förnyat certifikat utan även i sitt slutanbud har det gamla och vid denna tidpunkt ogiltiga certifikatet presenterats. Vad gäller bolaget har dock FMV inte haft någon anledning att göra en annan bedömning än angående Patria, d.v.s. att deras arbete överrensstämmer med kraven i standarden trots att det certifikat de uppvisat visat sig nyligen ha gått ut.

IP-åtagande

Citatet avseende Accepted transaction time är hämtat ur ett till förfrågningsunderlaget hörande kontraktsförslag och inte ett slutgiltigt kontrakt som anbudsgivarna har att acceptera. Under punkt 7 i Annex 4 framgår att anbudsgivarna har möjlighet att påpeka vad man önskar justera eller förhandla i kontraktsutkastet. Det av bolaget utpekade kravet existerar alltså inte som skallkrav i kvalificeringsskedet av upphandlingen avseende IP. Citatet utgör en felaktighet i det kontraktsförslag som skickades ut i upphandlingen som har uppmärksamats av såväl FMV som anbudsgivare. Den korrekta och förhandlade formuleringen lyder att alla aktiviteter "(...) shall have been signed after the Qualification date".

Implementation plan

FMV har i sin första inlägga gjort klart att Patria mycket tydligt har garanterat att IOC 2014 kommer att realiseras. FMV har tydligt visat att den införandeplan som Patria redovisade i såväl sitt grundanbud som slutanbud uppfyllde haven enligt "Implementation plan". Detta bekräftas också av följande text i Patrias anbud:

"The presented times are matching with the Customer's initial implementation plan. "Day of Delivery (contract)" is presenting contractual deadline still enabling to the implementation plan. Proposed delivery dates are enabling smooth project progress ".

Skälig tid

Anbudsgivarna har varit väl införstådda med att RFI:n syftade till att samla information inför en kommande upphandling. Att så var fallet uttrycktes tydligt i RFI och framgick även av den förannonsering som den 13 oktober 2008 per brev tillsändes samtliga leverantörer som svarat på RFI:n. Förannonseringen publicerades även på FMV:s hemsida den 15 oktober 2008, där den alltså ligger kvar. Även om RFI i vissa delar skiljer sig från RFQ är likheterna mycket stora avseende t.ex. införandeplan och fordonsbehov (typ och antal). Bolaget har således, precis som övriga anbudsgivare, haft goda möjligheter att redan innan RFQ publicerades förbereda sig inför en kommande upphandling. Det stämmer att FMV under anbudstiden har fått frågan om förlängd anbudstid, och att dessa av FMV besvarats nekande. Bolaget var dock inte en av dessa frågeställare, vilket tyder på att de åtminstone i det skedet inte ansåg att anbudstiden var för kort.

Väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget*Vänddiametern*

Vänddiametern för Patrias åttahjuliga fordon är ingen hemlighet, utan finns presenterad som 21,5 m i öppna källor och var känd för FMV vid tidpunk-

ten då förfrågningsunderlaget färdigställdes. FMV ifrågasätter inte de testrapporter som bolaget hänvisar till i Bilaga 10-11 till sitt yttrande, men det skall betonas att FMV saknar kännedom om under vilka förhållanden och förutsättningar testerna genomförts. Patria har även en sexhjulig version som har en väsentligt mindre vänddiameter och att styrning dessutom kan ske även på andra sätt än genom att hjulen vrids. Exempel på detta är s.k. "skid-steering", som är en teknik som blir allt vanligare på hjulgående stridsfordon. Denna teknik fungerar på så sätt att ena sidans hjul bromsas så att fordonet "slirar" igenom svängen med en avsevärt minskad vänddiameter som resultat. Just "skid-steering" är något som Patria arbetar med för sina fordon, och de har även en prototyp försedd med denna teknik. Vid FMV:s prov i februari 2009 som utfördes med Patrias fordon med "skid-steering" uppvisade detta vänddiametrar väl under 16 meter. Hade kravet inte rättats hade således Patria med stor sannolikhet kunnat offerera denna teknik.

Praktiska tester

Det saknas referenser till provresultat i utvärderingsprotokollet, vilket är ostridigt i målet. Anledningen till detta är helt enkelt att testerna/proven inte har påverkat utvärderingen av anbudet.

Förhandlingarna i strid med LOU

Det är inte rimligt att kräva, att alla steg i en förhandling i efterhand skall kunna redovisas om inte förhandlingssteget i sig "haft betydelse för upphandlingen". Ett sådant krav skulle ställa orimligt höga krav på den upphandlande myndigheten. Det finns inte heller något sådant krav i LOU. Bolagets påstående att FMV givit olika information till de olika anbudsgivarna under förhandlingarna är helt ogrundat.

Det kan även tilläggas att bolaget, genom sitt erbjudande om åtagande över livscykeln, premierades genom att de erhöll höga poäng på värderingskrite-

rierna i kategorin “Through Life Responsibility”. Sammantaget innebär detta alltså att bolaget genom sitt åtagande har erhållit en högre totalpoäng vid värderingen än vad som annars skulle varit fallet.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Oklar prisutvärdering

Poängsättningsmodellen är inget annat än den redovisade skalan 0 – 10, där 0 är det lägsta betyget och 10 det högsta. Poängsättningsverktyget är de linjära skalor som använts för betygsättning av anskaffningspris och drifts- och underhållskostnader. Det var principerna för poängsättningsverktyget som bestämdes innan anbuderna kom in. Således bestämdes att det högsta anbudspriset skulle åsättas poängen 1 och det lägsta poängen 7 och motsvarande för drifts- och underhållskostnaden med skillnaden att det högsta skulle åsättas poängen 2 och det lägsta poängen 8. De därvid konstruerade linjära skalorna har därefter tillämpats vid prisutvärderingen. Härigenom har FMV med bibehållen integritet för anbudsgivarna skapat ett verktyg som inte ger utrymme för en godtycklig bedömning efter det att anbuderna kommit in. Funktionens utformning baserades även på det faktum att priset enligt utvärderingsmodellen har en mycket stor betydelse och att poängsättningen följaktligen bör ha en rimlig spridning i förhållande till denna och bedömda marknadspriser.

Hur priserna i sig inom ramen för viktningen bedöms/poängsätts är inget som anbudsgivarna egentligen har någon nytta av då anbudspriserna räknas fram, då detta skulle förutsätta en kännedom om övriga anbudsgivares identitet och prissättning.

Den alternativa beräkningsmodell som Copenhagen Economics redovisar i sitt yttrande och som skulle ge bolaget högsta totalpoäng är en “orimlig” modell då skillnaden i betyg mellan högsta och lägsta pris är 0,86 och

skillnaden i betyg mellan högsta och lägsta drifts- och underhållskostnad är 0,81. Det skall betonas att det i båda fallen bygger på tillämpning av skalor med betygsintervallen 0 till 10. Vidare kan konstateras att den av Copenhagen Economics föreslagna modellen innebär att ett betyg över 7,3 för anskaffningspris förutsätter att FMV får betalt för att ta emot fordonen samt att ett betyg över 6,6 för drifts- och underhållskostnader förutsätter att fordonen skall generera inkomster genom att användas.

Ett påstående om att anbudet skulle ha utformats annorlunda om alla faktorer hade varit kända kan ju alltid göras, men i så fall bygger det på att anbudsgivarna har kännedom om konkurrenternas erbjudna priser. Vad gäller priset är i stället den avgörande frågan om FMV bestämt principerna för poängsättningsverktygets utformning innan anbuderna kom in. Verktöget för utplacering av betygen – den linjära funktionen – konstruerades i sin principiella utformning innan något anbud hade kommit in och har således, precis som FMV tidigare anfört, byggt på FMV:s kännedom om vilka ungefärliga priser för anskaffning och kostnader för drift och underhåll som kunde förväntas.

Utvärdering av optioner i strid med LOU

Optionerna som FMV har värderat är inte villkorade, utan FMV bestämmer ensidigt om och hur stor del av dessa som skall utnyttjas. Med detta följer att om FMV avser att utnyttja en option så har anbudsgivaren/leverantören en skyldighet att leverera i enlighet med optionen. Således har kammarrätten i Göteborgs avgörande inte någon som helst relevans i förevarande upphandling.

Felaktig utvärdering

Bolaget påstående att deras offererade fordonslösning rymmer 9 soldiers/operators samt utöver dessa en crew bestående av tre personer är felaktigt, vilket visas av den bild som FMV har bifogat till yttrandet.

Vad gäller "Enclosure 11" till Patrias anbud vitsordar FMV att inget sådant finns i Patrias slutanbud. Det har FMV heller inte påstått. FMV hänvisar till Patrias ursprungliga anbud, då ingenting under upphandlingens gång har hänt som har inneburit att den inre volymen av fordonet har förändrats.

Vad gäller Fire har bolaget en begränsning i hur lång tid manuell släckning fungerar innan huvudströmbrytaren återigen måste aktiveras. Motsvarande begränsning finns inte i Patrias anbud.

FMV har även bedömt bolagets flexibilitet i design som positiv och lämnat ett positivt omdöme därom i utvärderingen. Det är således inte korrekt att FMV inte tagit hänsyn i utvärderingen. Bolagets text om framtida bandfordon och optimering av förband har däremot inte värderats då upphandlingen avser hjulfordon inte bandfordon.

Royalty

Det kan tilläggas att royaltyåtaganden kan finnas i avtal där FMV finansierar utvecklingen av en ny produkt, d.v.s. en produkt vars motsvarighet ej finns tillgänglig på världsmarknaden. På så vis kan utvecklingskostnaden delas med de tillkommande kunderna. I det aktuella fallet finns redan ett antal existerande produkter på världsmarknaden varför en konkurrensupphandling har genomförts.

Skada

Kammarrätten i Göteborg har i dom av den 18 april 2007 i mål nr 6302-06 anfört att kravet på affärsmässighet i den offentliga upphandlingen inte kan innebära att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering – och vars frånvaro skulle ha kunnat medföra att anbudsgivaren gett sitt anbud ett annat innehåll – utgör grund för åtgärder enligt LOU. En sådan ordning skulle enligt kammarrätten snabbt få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen. Trots att kammarrätten ansåg att det förelåg brister i förfrågningsunderlag och

utvärdering fann kammarrätten att den sökande leverantören inte lidit eller kunde komma att lida skada varför skäl för ingripande inte förelåg. I Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 december 2008 i mål 5910-08 hade den sökande leverantören bl.a. anfört att förfrågningsunderlaget varit otydligt eftersom det angivits att utvärdering skulle ske "främst" utifrån vissa aspekter, samt att den upphandlande enheten hade blandat ihop utvärdering och kvalificering. Länsrätten fann att förfrågningsunderlaget varit otydligt men att sökanden inte lidit skada av otydligheten i förfrågningsunderlaget. Länsrätten fann dock att upphandlingen skulle göras om p.g.a. sammanblandningen mellan utvärdering och kvalificering. Kammarrätten delade länsrättens uppfattning att en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen kan utgöra ett sådant fel som om det medfört att en leverantör lidit eller kunnat komma att lida skada, möjliggör ett ingripande enligt LUF. Då kammarrätten inte kunde finna att sökanden lidit någon skada eller kunnat komma att lida skada av felet förelåg inte grund för ingripande. Motsvarande var utgången i Kammarrätten i Jönköpings dom av den 30 juli 2009 i mål 1687-09. Kammarrätten anförde i målet att kammarrätten instämde i länsrättens bedömning att förfrågningsunderlaget uppvisar brister avseende utformningen av utvärderingskriterierna metod, organisation och projektorganisation och att principerna om transparens och förutsebarhet därför har åsidosatts. Den upphandlande myndigheten har därmed brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Då sökanden i det aktuella målet inte skulle ha vunnit upphandlingen även för det fall det tilldelats högsta poäng för de bristfälliga utvärderingskriterierna riskerade bolaget inte att lida skada. Den risk för skada som man talar om i LOU innebär att den sökande leverantören visserligen inte måste visa att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen - men han måste visa att han till följd av överträdelsen riskerar att förlora kontraktet. Med hänvisning till Hentze, Offentlig upphandling, anför bolaget i detta sammanhang att även rent hypotetiska skador måste beaktas. Det skall i detta sammanhang noteras att de skador Hentze avser såsom hypotetiska och vilka kan föranleda ett in-

gripande enligt LOU är sådana som kan uppstå t.ex., när en leverantör inte ens fått tillfälle att lämna anbud p.g.a. att en upphandlande myndighet inte annonserat ut ett upphandlingsförfarande. Under sådana förhållanden måste skadan bedömas som hypotetisk då det är omöjligt att veta om leverantören hade lämnat ett konkurrenskraftigt anbud för det fall han fått del av annonsen. Redan det förhållandet att han inte kunnat lämna anbud innebär i detta fall en risk för skada. Hentze anför i detta sammanhang att om leverantören däremot på annat sätt i tid fått vetskap om upphandlingen och kunnat lämna anbud på lika villkor med andra leverantörer kan han inte sägas ha lidit skada.

Bolaget har i yttrande den 2 oktober 2009 anför t bl.a. följande.

Allmänt

Eftersom detta mål rör tillämpning av 15 kap. LOU saknas skäl för länsrätten att beakta försvarsupphandlingsdirektivet. Det kan dock särskilt framhållas att det redan av punkten 15 i preambeln till försvarsupphandlingsdirektivet framgår att de EG-rättsliga principerna skall tillämpas även vid upphandlingar enligt direktivet.

Patria har inte uppfyllt kvalificerings- och skullkrav

AQAP 110

Den 19 december 2008 begärde FMV förtydliganden av samtliga anbudsgivarnas anbud. Av detta synes följa att FMV, åtminstone vid denna tidpunkt, var av uppfattningen att anbuden inte var tillräckligt tydliga för att läggas till grund för en urvalsbedömning. FMV begärde att förtydligandena skulle ges in senast den 13 januari 2009.

Även om anbudet öppnades kort efter det att dessa inkom till FMV den 30 november förefaller det inte sannolikt att FMV kunnat genomföra en fullständig kvalificeringsprövning av Patrias och övriga fyra anbudsgivares anbud redan den 3 december 2008, d.v.s., tre dagar efter det att anbudet inkommit. Sådan fullständig kvalificering borde rimligen ha skett först efter inkomna förtydliganden den 13 januari 2009, vid vilken tidpunkt Patria inte hade ett giltigt intyg.

IP-plan

Det förhållandet att FMV i förhandlingar med Patria tydligen medgivit att Patria inte behöver utforma sitt IP-åtagande i enlighet med Contract Draft for IP innebär att FMV, i strid med upphandlingsreglerna, sänkt aktuellt skalkrav till förmån för Patria.

Implementation plan

FMV anger i sin motivering av Patrias betyg avseende 5.2 Implementation i utvärderingsunderlaget att Patrias leveransplan, det sk. Delivery schedule, endast "almost follows the implementation plan, with some late deliveries".

Bolaget har fått ta del av e-postkorrespondens mellan FMV och Patria. Det framgår av denna att Patrias anbud den 8, 20 respektive 25 maj 2009 inte överensstämde med skalkraven i förfrågningsunderlagets Implementation plan.

Oförutsebar utvärderingsmodell

FMV:s påstående om att viktningen varit känd för anbudsgivarna är felaktig, eftersom den relativa vikten inte går att beräkna utan kännedom om poängsättningsverktygen, vilka verktyg ostridigt inte angavs i förfrågningsunderlaget. Det är även fortfarande oklart hur Patria har kunnat ha

betyget 7,9 avseende Anskaffningspriset när FMV anger att detta bedömts utifrån en skala 1-7. FMV har heller inte förklarat varför skalan för poängsättning av Anskaffningspriset är 1-7, medan skalan för poängsättning av drifts- och underhållskostnaderna är 2-8, eftersom det i båda fallen rör sig om lika många betygsteg, eller förklarat skälet bakom det onaturliga intervallet 2-8.

Felaktig utvärdering

Av kammarrättens i Göteborg dom i mål 7304-08 följer att utvärdering av pris endast skall avse avtalstiden. Det är inte förenligt med LOU att utvärdera optioner, som inte ens enligt det slutgiltiga kontraktet säkert kommer att utnyttjas, eftersom det innebär att FMV upphandlar en sak, men delvis utvärderar en annan. Det har inte framgått av förfrågningsunderlaget att en eller flera optioner skulle utvärderas eller på vilket sätt det skulle ske. Optionerna har inte heller givits någon viktning.

FMV har i yttrande den 15 oktober 2009 anfört bl.a. följande.

Patria uppfyller inte kvalificerings- eller skallkrav.

AQAP

Patrias anbud var kvalificerat redan då anbudet öppnades och var inte beroende av någon komplettering för att kvalificeras. Det är korrekt att FMV den 19 december 2008 tillskrev samtliga anbudsgivarna. Breven syftade till att inhämta viss kompletterande information för att rättvist kunna bedöma anbuden och välja ut de anbud som skulle gå vidare till förhandling. FMV konstaterade vid det kvalificeringsmöte som genomfördes den 3 december 2008, att bl.a. Patrias anbud uppfyllde kvalificeringskraven men att två av de övriga anbuden var otydliga. Vissa av de frågor som FMV skickade till dessa två anbudsgivare syftade därför även till att inhämta kompletterande

information för att kunna kvalificera dessa två anbud. I brevet till bolaget finns därför ett särskilt stycke som beskriver oklarheter avseende kvalificeringen medan motsvarande stycke inte finns i brevet som skickades till Patria.

IP-plan

Det framgår i "Request for Quotation Industrial Participation", Annex 4, punkterna 61 och 72, att anbudsgivarna har möjlighet att påpeka vad man önskar justera eller förhandla i "Contract Draft". Det är därför uppenbart, att "Contract Draft" inte var ett slutgiltigt dokument utan ett dokument utifrån vilket ett IP-kontrakt skulle förhandlas fram passande för den specifika upphandlingen och de parter som var aktuella.

Implementation plan

Bolagets bilaga 1 refererar till ett antal e-postmeddelanden från FMV till Patria under maj 2009, d.v.s. korrespondens under förhandlingsfasen och således innan Patria lämnade in sitt slutanbud. Även om e-postkorrespondensen redan av det skälet ensamt är irrelevant kan konstateras att FMV där påpekar att leveransen av APC (trupptransportfordon) nr 5 ligger senare än vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Detta föranledde Patria att i sitt slutanbud åtgärda detta vilket framgår av Patrias Delivery List som har bifogats till yttrandet.

Även i Patrias grundanbud föreslogs leverans av APC nr 5 i tid, den 14 december 2011. Det blivande avtalet villkorades mot regeringens beslut senast årsskiftet 2009/2010 (i enlighet med reservation i förfrågningsunderlaget). Med anledning av detta gjorde samtliga anbudsgivare under maj 2009 en översyn av sina leveransplaner. Detta är orsaken till att en leveransplan som i grundanbudet var helt i enlighet med kraven senare under förhandlingen behövde kommenteras från FMV:s sida.

Väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget*Vänddiametern*

Det kan inte anses vila på FMV att visa att Patria de facto hade kunnat offerera om kravet på vänddiameter inte hade sänkts. Det FMV redovisat i sin senaste inlägga visar däremot på att det är ytterst sannolikt att så hade varit fallet, då Patria har en alternativ konstruktion som klarar en vänddiameter under 16 m.

Annika Stensson Trigell anger uttryckligen i sitt utlåtande att hennes bedömning inte inkluderar andra styrformer än traditionell styrning (d.v. s. att hjulen vrids), utan hon anger specifikt att skid-steering (slirstyrning) inte har beaktats. Då Annika Stensson Trigells bedömning således grundas på förutsättningar som har begränsats är utlåtandet i nu berört avseende av mycket begränsat värde.

Att vänddiametern på den konstruktion Patria valt att offerera överstiger 16 m innebär naturligtvis inte att det är uteslutet att Patria inte har andra konstruktioner som skulle ha klarat kravet. Det förtjänar att återigen framhållas att inte heller bolaget erbjuder 16 m i förevarande upphandling.

Oförutsebar utvärderingsmodell

Som FMV redan tidigare förklarat kunde FMV, utifrån de potentiella anbudsgivarnas svar på RFI:n, konstatera att de olika anbudsgivarnas priser sannolikt skulle komma att skilja sig avsevärt ifrån varandra. RFI-svaren indikerade att skillnaden mellan lägsta och högsta offererade pris eventuellt skulle kunna komma överstiga 90%. Exakta nivåer för de olika offerterna var däremot svårt att förutsäga då RFI-svaren lämnats med relativt fria ramar för hur det kostnadsbedömda systemet skulle definieras.

Innan anbudet lämnades in till FMV fanns alltså goda skäl att förvänta att de offererade priserna skulle komma att skilja sig åt avsevärt. Däremot rådde osäkerhet om vilka prisnivåer som kunde förväntas. FMV beslutade därför att inte i förväg ange ett visst pris som skulle krävas för respektive betygssteg utan att definiera betygsskalan i relation till de priser som skulle inkomma. I denna bemärkelse kan betygen sägas vara relativa.

Det förväntades att anbudet skulle innefatta ett antal prissatta tilläggsalternativ (bland annat relaterade till börkrav) som i så fall skulle innebära att de i grundanbudet offererade priserna skulle kunna komma att skilja sig från de priser som efter förhandlingar och förtydliganden skulle komma att vara aktuella (då vissa tilläggsalternativ inkluderats och andra strukits). Möjligheten fanns naturligtvis också att andra prisjusteringar skulle komma att ske som resultat av förhandlingar och klarlägganden. Det fanns således grund för att anta att de i slutanbudet erbjudna priserna skulle komma att vara lägre än de ursprungliga priserna inklusive prissatta tillägg. För att minimera risken för att någon anbudsgivare skulle erbjuda ett pris som låg under den nivå som motsvarade toppbetyget 10 (och därigenom inte kunna premieras fullt ut för sitt låga pris) beslutades att betyget 7 skulle motsvara det i grundanbudet lägsta priset inklusive prissatta tillägg.

Också för drifts- och underhållskostnaderna fann FMV, med utgångspunkt från RFI-svaren, tydliga indikationer om att skillnaderna mellan de olika anbudet skulle komma att bli stora, upp till 100 procent. Till skillnad från anskaffningspriset fanns inte samma förväntningar om att kostnaderna skulle komma att justeras i huvudsak nedåt under upphandlingsprocessen. FMV bedömde att kostnadsbedömningarna under upphandlingsprocessen kunde komma att förändras såväl uppåt som nedåt som resultat av förtydliganden och justeringar av underhållskonceptet till svenska behov. För att undvika att någon anbudsgivares kostnadsbedömning skulle hamna över

eller under den definierade skalan beslutades därför om en viss marginal såväl uppåt (betygen 9 och 10) som nedåt (betygen 0 och 1).

Anbudsgivarna har vetat att värderingskriteriet anskaffningspris är dubbelt så viktigt som värderingskriteriet drifts- och underhållskostnader vilket har gett dem tillräcklig vägledning för att utarbeta sina anbud.

Copenhagen Economics justerade alternativa modell innebär vidare att offererade priser bedöms på en skala där 333 miljoner kronor motsvarar priset som skulle ge högsta betyg och 22 miljarder kronor motsvarar priset som skulle ge lägsta betyg i kriteriet pris. Skillnaden mellan dessa "potentiella" anbud skulle alltså vara drygt 21,6 miljarder kronor, vilket i procent räknat är en skillnad på 6600 %.

Den av Copenhagen Economics redovisade betygsskalan är mot bakgrund av detta fortfarande helt orimlig och kan inte anses tillbakavisa FMV redogörelse för att Patria skulle vinna oavsett val av rimlig betygmodell.

Utvärdering i strid med LOU

FMV har helt korrekt, och i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget, utvärderat optionerna 1-3 i anbudspriset. Att optionerna skulle utgöra del av anbudspriset liksom anbudsprisets viktning var uppenbart för samtliga anbudsgivare.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Det följer av 2 kap. 24 § LOU att med förenklat förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Enligt 15 kap. 2 § LOU skall vid offentlig upphandling enligt detta kapitel även 1 kap., 2 kap., 5 kap., 11 kap. 6 §, 13 kap. och 16 kap. tillämpas.

Enligt 15 kap. 3 § LOU skall en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Det följer av 15 kap. 9 § LOU att anbudssökande och anbudsgivare skall ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Tiden för att komma in med anbudsansökningar får dock aldrig vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 6 §.

Enligt 15 kap. 16 § LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten skall antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Kriterieviktningen eller prioritetsordningen skall anges i annonsen om upphandling, i ansökningsinbjudan eller i förfrågningsunderlaget.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 406) till den nya försörjningslagen och den klassiska lagen anförs bl.a. följande. Direktivet innehåller till skillnad från LOU bestämmelser om viktning. Enligt direktivet skall den upphandlande myndigheten ange hur kriterierna skall viktas. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Lagrådet har ansett att det är svårt att enbart med ledning av författningstexten komma

fram till vilket handlingsutrymme detta ger den upphandlande myndigheten. Viktningen kan exempelvis, om kriterierna är kvalitet och pris bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. Om viktningen av kriterierna anges med intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 30-40 procent. Om viktning inte är möjlig av påvisbara skäl skall kriterierna anges i fallande prioritetsordning.

Utredningen i målet

FMV har genomfört en upphandling avseende Armoured Wheeled Vehicles genom s.k. förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU.

I tilldelningsbeslutet den 25 juni 2009 och i underlag till tilldelningsbeslut angavs bl.a. följande. FMV mottog under upphandlingen sex anbud. Efter en första utvärdering i slutet av januari 2009 beslutade FMV att fortsätta förhandlingar med bolaget, Patria och Mowag GmbH. Slutvärderingen gav bolaget högre poäng för utvärderingskriterierna Through-Life Responsibility och Contractual conditions än Patria. På grund av det väsentligt högre offererade priset erhöll bolaget dock en låg poäng för utvärderingskriteriet Cost vilket bidrog till en totalt lägre utvärderingspoäng.

Av förfrågningsunderlaget 1. Introduction and Purpose framgår att FMV i mitten av juni skickade ut en RFI, d.v.s. en Request for Information, som syftade till att ge FMV bättre insikt i marknaden för pansarvagnar. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att upphandlingskontrakt kommer att ingås med den anbudsgivare som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i enlighet med den tillämpliga utvärderingsmodellen. Enligt Annex 5, 1-7 är parametrarna i utvärderingsmodellen viktade beroende på deras betydelse. De olika faktorerna kommer att tilldelas ett betyg mellan 0 – 10 och därefter multipliceras med respektive vikt. Respektive faktors vikt framgår av angivna modeller i förfrågningsunderlaget.

Tidsschemat i den aktuella upphandlingen har sett ut som följer:

- Den 15 oktober 2008 publicerade FMV en förhandsannons avseende sin kommande upphandling. Annonsen skickades redan den 13 oktober 2008 till de potentiella anbudsgivare som hade svarat på FMV:s RFI.
- Den 30 oktober 2008 offentliggjorde FMV förfrågningsunderlaget och den 5 november kompletterades förfrågningsunderlaget med en utvärderingsmodell.
- Den 10 november 2008 ändrade FMV sitt skallkrav avseende vänddiameter från 16 m till 23 m.
- Den 17 november tillförde FMV ett skallkrav rörande att anbudsgivarna skulle ange när, hur och under vilka villkor praktiska tester skulle vara genomförbara.
- Den 30 november var sista dag för ingivande av anbud. Sex anbud gavs in och samtliga anbudsgivare samt fem av anbuderna befanns uppfylla ställda krav. Anbud nummer 5 b uppfyllde inte samtliga skallkrav varför det förkastades.
- FMV genomförde en första utvärdering enligt utvärderingsmodellen av inkomna anbud i slutet av januari 2009 och FMV valde då att fortsätta förhandlingar med bolaget, Patria samt ytterligare två bolag. Förhandlingarna inleddes under februari 2009.
- Den 4 juni 2009 formaliserades vad som överenskommits under förhandlingarna i ett ”bästa och slutligt” anbud från respektive anbudsgivare.
- Enligt tilldelningsbeslut daterat den 25 juni 2009 beslutade FMV att ingå kontrakt med Patria.

*Länsrättens bedömning*Inledning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten åsidosatt eller har brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling som följer av 1 kap. 9 § LOU nämligen principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Principen om icke-diskriminering gäller främst i förhållande till nationalitet och av lika-behandlingsprincipen följer att alla leverantörer skall behandlas lika. Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande enheten i en upphandling inte får ställa krav som är mer konkurrensbegränsande än nödvändigt. Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas.

FMV har vid sin upphandling avseende Armoured Wheeled Vehicle System, AWV 2014 valt ett förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § LOU. I 2 kap. 24 § LOU definieras förenklat förfarande som ett förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. En upphandlande myndighet skall enligt 15 kap. 16 § samma lag anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. FMV har i förfrågningsunderlaget angett att bolaget kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. FMV har inte gjort gällande att upphandlingen har genomförts enligt 15 kap. 22 § LOU.

FMV har anfört att den nu aktuella upphandlingen är en *funktionsupphandling*. En funktionsupphandling är inte ett särskilt upphandlingsförfarande utan i huvudsak en särskild avtalsform. Vid funktionsupphandling specificerar inte den upphandlande myndigheten den tekniska lösningen eller utförandet utan den önskade funktionen (t.ex. ett IT-system eller någon form av infrastruktur). Leverantören bidrar med sin tekniska expertis och tillhandahåller en lösning åt den upphandlande myndigheten vilken tillgodoser de funktionella kraven och leverantören tar på sig risken för att den tekniska lösningen kan leverera den efterfrågade funktionen, ofta genom att ersättningen kopplas till att funktion eller tillgänglighet upprätthålls. Funktionsupphandling kan också innebära att leverantören tar ansvar för såväl projektering som drift och underhåll (se Upphandlingens grunder, 2008, av Kristian Pedersen).

Frågorna i målet

FMV har i målet ansökt om överprövning enligt LOU och i sak yrkat att länsrätten i första hand skall förordna att upphandlingen skall rättas på så sätt att FMV skall förkasta Patrias anbud och därefter genomföra en ny anbudsutvärdering av kvarvarande anbud; alternativt att utvärderingen skall rättas på av bolaget angivet sätt. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen skall göras om. Grunderna för bolagets yrkanden är i huvudsak följande:

- Patria har inte uppfyllt kvalificerings- och skallkrav;
- FMV har använt sig av en oförutsebar utvärderingsmodell;
- FMV har gjort en felaktig utvärdering;
- FMV har genomfört förhandlingar i strid med LOU;
- FMV har gjort väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget före och efter det att anbudstiden har gått ut och
- FMV har tillämpat en för kort anbudstid.

Patria har inte uppfyllt kvalificerings- och skallkrav

Bolaget har gjort gällande att Patria vid kvalificeringen av anbud inte uppfyllde kvalificeringskrav vad gällde uppfyllande av NATO-standard, AQAP 110 eller likvärdig standard. Patria ingav tillsammans med sitt anbud ett intyg som var giltigt t.o.m. den 31 december 2008. FMV har härvid angett att kvalificeringen av anbuden skedde den 3 december 2008 samt att skallkravet inte avsåg ett krav på att anbudsgivarna skulle vara certifierade utan endast att deras arbetssätt skulle motsvara en viss standard.

Länsrätten kan konstatera att det i förfrågningsunderlaget saknas krav på att intyget måste omfatta en viss tidsperiod utan kravet är endast att en anbudsgivare skall visa genom intyg att deras arbetssätt har en viss standard. Såvitt framgår av utredningen har Patria i samband med sitt grundanbud inkommit med efterfrågat intyg. Patria har vidare såvitt framgår av utredningen, även kommit att förnya sin certifiering. Länsrätten finner således att Patria får anses ha visat att dess arbetssätt motsvarar AQAP 110 eller likvärdig standard i samband med grund- samt slutanbudet.

Bolaget har vidare anfört att Patria inte har undertecknat sitt IP-åtagande senast den 30 oktober, d.v.s. samma dag som förfrågningsunderlaget offentliggjordes. FMV har härvid uppgivit att det rör sig om en felskrivning i ett kontraktsförslag och att kontraktsförslaget i sig inte har varit bindande för anbudsgivarna.

Länsrätten konstaterar att det framgår av Main Document i förfrågningsunderlaget att en fullständig IP-plan samt beskrivning av individuella IP-transaktioner till följd av den korta anbudstiden inte behöver insändas tillsammans med anbuden. Anbudsgivarna skall dock inkomma med nämnda uppgifter senast två månader efter anbudstidens utgång. Länsrätten finner mot denna bakgrund att uppgiften om att individuella IP-transaktioner

måste vara undertecknade senast dagen för offentliggörandet av förfrågningsunderlaget, får anses utgöra en uppenbar felskrivning som anbudsgivarna borde ha reagerat på. Såvitt framgår har inte någon anbudsgivare diskvalificerats till följd av detta krav. Länsrätten finner mot denna bakgrund inte att FMV har varit skyldigt att utesluta Patria till följd av att Patria först i januari 2009 inkom med sitt IP-åtagande.

Bolaget har avslutningsvis angett att Patria inte har uppfyllt skallkraven i FMV:s Implementation plan. Bolaget har härvid åberopat e-postkorrespondens mellan FMV och Patria under perioden den 8 maj 2009 – den 25 maj 2009. FMV har i sin tur uppgett att Patrias grundanbud överensstämde med efterfrågade datum men att Patria under maj kom att ändra vissa datum då FMV begärde att anbuden skulle vara giltiga under en längre period än vad som initialt hade efterfrågats. Patrias slutanbud överensstämde dock med samtliga skallkrav. Länsrätten finner härvid att det inte har framkommit annat än att Patrias grundanbud uppfyllde samtliga krav i förfrågningsunderlagets Implementation plan. Patria uppfyllde således samtliga skallkrav då förhandlingarna inleddes. Det får härvid anses sakna betydelse om Patria under förhandlingstiden tillfälligt kom att ändra anbudet så att det inte längre överensstämde med skallkraven. Då Patria uppfyllde samtliga skallkrav i såväl sitt grundanbud som sitt slutanbud kan FMV inte anses ha förfarit i strid med LOU då FMV inledde samt fortsatte förhandlingar med Patria.

Avslutningsvis har bolaget uppgett att Patria i sitt grundanbud inte synes ha uppfyllt IOC2014. Såvitt framkommit i målet uppfyllde dock Patria IOC2014 redan i sitt grundanbud.

FMV har använt sig av en oförutsebar utvärderingsmodell

De inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet har i praxis ansetts kräva att ett förfrågningsunderlag

skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. I de nya upphandlingsdirektivens bestämmelser om kontraktstilldelning föreskrivs viktning av kriterierna vid tillämpning av grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Med viktning förstås att det inbördes förhållandet mellan utvärderingskriterierna anges. Kriteriernas vikt får anges som intervall men spridningen i intervallen får inte vara så stor att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse (jfr prop. 2006/07:128 s. 249).

Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principen om transparens enligt gemenskapsrätten. Anbudsgivarna bör genom förfrågningsunderlaget få klart för sig hur utvärderingen kommer att gå till. Detta är en förutsättning för att anbudsgivarna skall förstå konsekvenserna av att välja den ena eller den andra lösningen och därmed kunna lämna så lämpliga och ändamålsenliga anbud som möjligt.

I förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen redogörs för en utvärderingsmodell där en funktion delas upp i flera undergrupper. Varje del i undergruppen kommer att erhålla en fast poäng multiplicerad med den vikt den har enligt förfrågningsunderlaget för att sedan adderas med övriga delar i respektive undergrupp. På så sätt uppnås en sammanlagd poäng för respektive grupp och slutligen funktion. Samtliga nivåers vikt anges i utvärderingsmodellen.

Bolaget har i huvudsak anfört att det inte framgår några riktmärken av förfrågningsunderlaget hur man skall uppnå respektive betyg; att utvärderingsmodellen är utformad för att bedöma anbuden på grundval av FMV:s subjektiva uppfattning av vad som utgör "value to the customer"; att mo-

dellen inte definierar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då den innehåller flera fel; att betygen baseras på de faktiska anbudena och därför är godtyckliga; att FMV till följd av RFI:n har bestämt ett budgetpris som inte har meddelats anbudsgivarna och att den matematiska modellen har skapats efter anbudstidens utgång före anbudens öppnande; att drifts- och underhållskostnader i anbudena inte är jämförbara; att FMV har hänvisat till en utvärderingsmodell som inte fanns med i förfrågningsunderlaget; att FMV först i efterhand har bestämt hur betygssättning för vissa kvotdelar skall ske samt först under förhandlingarna har preciserat vilket kostnadsunderlag verket vill ha.

Länsrätten kan härvid konstatera att utvärderingskriterier måste vara utformade så att en leverantör inför utformningen av sitt anbud får en rättvisande uppfattning om vad som bestämmer utgången och vad som leder till tilldelning av kontrakt. Därav följer att en specifikation måste vara så klart och tydligt utformad att leverantörer kan avgöra vad den upphandlande enheten efterfrågar för att kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Samtidigt är det inte önskvärt att specifikationerna är så detaljerade att en utvärdering av anbudena blir alltför omfattande eller att allt utrymme för att beakta konkurrensfördelar går förlorat. Det relevanta är i stället om beskrivningen lämnar utrymme för diskriminering eller inkräktar på kravet på förutsebarhet, transparens eller på någon annan grundläggande rättsprincip. Länsrätten vill vidare framhålla att när en upphandlande enhet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva bedömningar. Det finns heller inget krav i LOU eller gemenskapsrätten på att varje steg i en poängskala skall beskrivas i ord i förfrågningsunderlaget.

Den i målet aktuella upphandlingen är en funktionsupphandling. Det finns därmed inte en enskild lösning för hur uppdraget kan utföras utan olika

lösningar kan i stället användas för att uppfylla de aktuella funktionskraven. Det innebär också att två helt olika lösningar kan bedömas vara lika bra och därför få samma betyg. Vidare innebär det att det inte funnits något i förväg bestämt facit för vilken lösning som är ekonomiskt mest fördelaktig eller som skall ges ett visst betyg.

En väl etablerad grundregel i praxis är att även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas så länge de inte bryter mot de principer som bär upp LOU. Kammarrätten i Stockholm har även i mål nr 3014-09 konstaterat att det inte är möjligt att en anbudsgivare på förhand, genom att ta del av förfrågningsunderlaget, skall kunna förutse utfallet av värderingen i sitt anbud. Länsrätten finner mot denna bakgrund att de poängsättningskriterier som fastställts i upphandlingen är tillräckligt tydliga och klara för att anbudsgivarna skall kunna avge sina anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske. Länsrätten finner vidare att även om FMV har använt ytterligare mätverktyg i form av en matematisk formel som har fastställts först efter anbudstidens utgång för fastställande av vilket betyg varje prisuppgift skall tilldelas, så får denna godtas då formeln får anses hålla sig inom ramen för förfrågningsunderlaget (jfr RÅ 2002 ref. 50). Det saknas belägg för att betygen såsom bolaget påstår skulle baseras direkt på anbuderna eller att underlagen för drifts- och underhållskostnader inte skulle vara jämförbara.

Vad dock gäller utvärderingsmodellen av drifts- och underhållskostnader kan konstateras att FMV enligt Annex 2 "Programme description" under rubriken 7. "Costs" inte i samband med förfrågningsunderlaget hade färdigställt en utvärderingsmodellen utan enbart hänvisade till att verket tänkte använda en förfinad variant av den modell som skickades ut som del av den tidigare RFI:n. FMV angav vidare i samma punkt att anbudsgivarna till följd av den korta anbudstiden inte behövde inkomma med information avseende drifts- och underhållskostnader som en del av anbudet.

Även kompletteringar till förfrågningsunderlag skall anses utgöra en del av förfrågningsunderlaget. FMV:s hänvisning till en modell som inte redovisas i förfrågningsunderlaget behöver således inte nödvändigtvis medföra att utvärderingsmodellen inte anses framgå av förfrågningsunderlaget. Det har dock inte framförts några skäl till varför den förfinade versionen inte angavs samt varför en specifikation över vad anbudsgivarna skulle behöva inkomma med, inte framgick av förfrågningsunderlaget. Det är således oklart varför FMV, som har beaktat drifts- och underhållskostnader vid utvärderingen av anbudet, istället för att skapa ett genomarbetat klart förfrågningsunderlag på den här punkten och istället för att förlänga anbudstiden, har beslutat att låta anbudsgivarna inkomma med dessa uppgifter först efter anbudstidens utgång. Den förklaring som FMV har angett att den korta anbudstiden syftade till att öka konkurrensen är inte förståelig och kan inte anses vara nöjaktig. Såsom nämnts tidigare skall ett förfrågningsunderlag i möjligaste mån vara så väl genomarbetat att den utvärderingsmodell som den upphandlande myndigheten avser att nyttja skall framgå av förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner härvid att FMV genom att på den här punkten inte ha ett väl genomarbetat, så långt möjligt, fullständigt förfrågningsunderlag får anses ha utformat förfrågningsunderlaget i strid med transparensprincipen.

Felaktig utvärdering

Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 6302-06 konstaterat bl.a. att de grundläggande kraven som ställs på en myndighet inte kan innebära att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i förfrågningsunderlaget eller i utvärderingen utgör en grund för åtgärder enligt LOU. En sådan ordning skulle snabbt få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen.

Bolaget har i huvudsak anfört att FMV har gjort ett tillägg om att de förutsättningar som gäller för utvärderingen är bl.a. två bataljoner och livslängd 20 år men att FMV vid utvärderingen av ”Cost” inte har beaktat dessa nya förutsättningar; att FMV inte har beaktat av bolaget offererade royaltyfördelar samt att bolaget har erhållit för låg poäng eller att Patria har erhållit för hög poäng avseende en mängd skall- och börkrav gällande utrustning, funktioner, fordonsegenskaper m.m. I det sista avseendet har bolaget även anfört att Patria har erhållit pluspoäng för funktioner som inte har uppställts som skall- eller börkrav samt att bolaget har erhållit avdrag i vissa avseenden trots att de har uppfyllt ställda skall- eller börkrav.

Länsrätten kan inledningsvis konstatera att bolaget har kommit med flera invändningar av närmast språklig karaktär där budskapet ändock klart får anses framgå av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget eller utvärderingsprotokollet. Ett exempel är bl.a. börkravet att pansarvagnarna bör vara försedda med länsypump eller länsypumpar. Det anges inte i förfrågningsunderlaget från vilka utrymmen vatten skall kunna pumpas ut eller i vilken mängd. Innebörden av skrivningen, att länsypumparna skall kunna pumpa ut tillräckligt mycket vatten för att väsentliga funktioner i pansarvagnen inte skall påverkas, får dock anses vara klar. Länsrätten vill härvid understryka vikten av att institutet för överprövning enligt LOU inte utnyttjas genom alltför långtgående tolkningar på ett sådant sätt att prövningen blir ohanterlig när innebörden i kraven ändå står helt klar för berörda insatta i frågorna.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att en bataljon efterfrågas med option på ytterligare en (option 1) samt att den tekniska livslängden skall vara 15 år men bör vara 20 år (Annex 3.1 ID 280 och ID 281). Kraven kan mot denna bakgrund inte anses vara nytillkomna. Det får vidare anses framgå av förfrågningsunderlaget att optionerna 1 – 3 respektive börkraven skulle komma att utvärderas. Länsrätten finner vad gäller de offererade royaltyfördelarna att antaganden om sådana fördelar långt fram i tiden över huvud

taget inte låter sig utvärderas på något meningsfullt sätt mot bakgrund av den osäkerhet som får anses råda avseende möjlig framtida försäljning. Bolaget har inte visat att det på något sätt har blivit vilselett av FMV att ta in royaltyfördelarna i sitt anbud. Vad gäller själva poängsättningen har FMV medgett att några mindre fel har skett men att dessa fel inte har påverkat det slutliga resultatet av anbudsutvärderingen. Länsrätten finner härvid att den upphandlande myndigheten i allmänhet måste ges stor frihet inom ramen för affärsmässiga övervägande att göra egna bedömningar och att de avvägningar som därvid görs stundtals torde vara svåra att värdera för en domstol (jfr Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr T 2575-03). Såvitt framgår av utredningen i målet har FMV:s poängsättning skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner inte att de smärre fel som FMV har medgett förekommer i utvärderingsunderlaget, utgör sådana brister som i sig utgör grund för åtgärd enligt LOU.

Bolaget har även åberopat att FMV har utvärderat optioner i strid med LOU. Till stöd för att optioner inte får utvärderas har bolaget åberopat Kammarrätten i Göteborgs avgörande mål nr 7304-08. Kammarrätten anger i sina domskäl bl.a. följande. ”Med option förstås att köparen har en rätt men ingen skyldighet att utvidga kontraktet som regel under förutsättning att meddelande om utlösande av optionen sker inom viss tid. I förevarande fall förutsätter en förlängning av avtalet att varken Malmö eller antagen leverantör säger upp avtalet. Detta innebär att varken Malmö eller leverantören har någon egentlig optionsrätt att utan den andres samtycke påkalla en förlängning av avtalet. Frågan i målet är huruvida det är förenligt med LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna att inkludera det femte året i utvärderingskriteriet pris trots att det på grund av förlängningsklausulens konstruktion inte föreligger någon skyldighet för leverantören att tillhandahålla några tjänster under detta år.”

Länsrätten kan härvid konstatera att det inte framgår av det åberopade avgörandet eller praxis i övrigt att den upphandlande myndigheten skulle vara förhindrad att utvärdera optioner. Tvärtom får det anses framgå av praxis att den upphandlande myndigheten har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som skall tillämpas och vilken relativ vikt de skall tillmätas – under förutsättningen att utvärderingen kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har i det aktuella målet inte framkommit annat än att optionerna 1 – 3 utgör äkta optioner. Det framgår vidare av förfrågningsunderlaget att kontraktsubjektet innefattar nämnda optioner. Hinder har således inte förelegat för FMV att utvärdera nämnda optioner.

Länsrätten finner således inte att FMV i denna del har tillämpat en godtycklig poängsättning eller i övrigt åsidosatt bestämmelserna i LOU på sådant sätt att bolaget har lidit skada. Det finns alltså inget skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att anbudsutvärderingen skulle ha genomförts på ett godtyckligt sätt.

FMV har genomfört förhandlingar i strid med LOU

Länsrätten har tidigare i mål nr 7303-04 haft att bedöma huruvida FMV borde ha fört protokoll under sina förhandlingar. Länsrätten fann att FMV hade angett att väsentliga förhållanden redovisats i det utvärderingsdokument som samtidigt var upphandlingens slutdokument. FMV hade därigenom enligt länsrättens mening inte förfarit i strid med LOU. Beslutet överklagades och kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd.

Bolaget har anfört att FMV under förhandlingen med bolaget uppställt en preliminär dagordning men att punkter har tillkommit under förhandlingens gång. Det framgår härav att FMV har förhandlat med parterna om olika saker. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Länsrätten finner att det följer av 15 kap. 18 § LOU att en upphandlande myndighet skall anteckna skälen för sina beslut och annat av betydelse vid upphandlingen. Något krav på att den upphandlande myndigheten måste protokollföra förhandlingarna med leverantörerna finns inte i LOU. Den upphandlande myndigheten är dock alltid skyldig att beakta bl.a. principerna om likabehandling och transparens. Enligt FMV har väsentliga förhållanden under förhandlingarna redovisats genom att slutanbudet för varje anbudsgivare har formaliserats. Länsrätten finner inte att FMV har förfarit i strid med LOU genom att inte protokollföra samtliga förhandlingar.

Länsrätten kan härvid konstatera att en grundregel avseende förhandling är att den inte får avse några grundläggande delar av den ifrågavarande upphandlingen. En fullständig kontroll av om så har skett eller ej förutsätter en klar protokollföring. Samtidigt framgår såsom nämnts inte några krav i LOU på att den upphandlande myndigheten måste protokollföra förhandlingar med leverantörer. Det följer härav att förhandlingar måste bedrivas med ett visst mått av försiktighet då förhandlingarna är omfattande såsom i förevarande fall. Länsrätten kan dock konstatera att det i målet inte har framkommit att FMV har förhandlat om grundläggande delar av upphandlingen. Länsrätten finner vidare att utrymmet för förhandlingar enligt 15 kap. LOU får anses omfatta en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förhandla med anbudsgivarna om olika punkter så länge förhandlingen syftar till att anpassa anbudet till förfrågningsunderlaget. Denna frihet får anses följa redan av att den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande är fri att själv välja vilka parter den avser att bedriva förhandlingar med. Länsrätten finner således inte att det finns skäl till ingripande enligt LOU på de anförda grunderna.

Väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

FMV har vid sin upphandling använt ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Det följer av 2 kap. 24 § LOU att med förenklat förfarande avses ett

förfarande där alla leverantörer har rätt att delta, deltagande leverantörer skall lämna anbud och den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

FMV har anfört att förhandlingar enligt 15 kap. inte baseras på direktivet varför ledning i stället bör hämtas från den tidigare svenska lagstiftningen. FMV har vidare anfört att förhandlingar enligt 15 kap. är betydligt friare än förhandlingar enligt övriga kapitel. FMV har även anfört att försvarsupphandlingar har en särställning vilket får anses framgå bl.a. av att direktiv 2009/81/EG nyligen har antagits av EU.

Det framgår av 15 kap. 2 § LOU att bl.a. 1 kap. 9 § LOU skall tillämpas vid upphandling enligt 15 kap. LOU. För att de grundläggande principer som anges i 1 kap. 9 § LOU inte skall trädas för när krävs en ingående reglering av förhandlingar. Vägledning saknas i 15 kap. LOU och bör inte heller hämtas från lagstiftning som föregått den direktivstyrda lagstiftningen, då nämnda principer inte behövde iakttas i denna. Således torde bäst vägledning om hur förhandlingar skall bedrivas kunna hämtas från LOU:s övriga kapitel samt från den praxis som har kommit att utvecklas på området.

Vid sidan av förhandlingar i samband med förenklat förfarande kan förhandlingar bedrivas vid s.k. förhandlat förfarande enligt 2 kap. 9 § LOU. Det följer av LOU att förhandlat förfarande skall användas mycket restriktivt då förhandlingar medför att det blir svårare att beakta LOU:s grundläggande principer om bl.a. öppenhet och likabehandling. De förhandlingar som ingår i förhandlat förfarande med föregående annonsering får anses vara de förhandlingar i 4 kap. LOU som närmast påminner om förhandlingar enligt 15 kap. LOU. Enligt 4 kap. 3 § skall en upphandlande myndighet vid förhandlat förfarande med föregående annonsering förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbu-

den till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU. Kammarrätten i Göteborg har vidare uttalat i avgörande den 18 maj 2009 i mål nr 926-09 att förhandlingar får omfatta alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar samt anpassningar av förfrågningsunderlaget. Förhandlingarna får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Väsentliga förändringar av anbudet skulle kunna innebära att anbudsgivare gynnas i förhållande till de som inte lämnat anbud.

Länsrätten finner dock mot bakgrund av det nytillkomna försvarsdirektivet att det kan vara lämpligt att hämta ledning från detta direktiv vad gäller tolkningen av förhandlingar vid upphandlingar av försvarsmateriel. Länsrätten kan härvid konstatera att det framgår av artikel 26 i försvarsdirektivet att vid de förhandlade förfarandena med offentliggörande av upphandlingsmeddelande skall den upphandlande myndigheten eller enheten förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat för *att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten har angivit i meddelandet om upphandling, förfrågningsunderlag och de kompletterande handlingarna och för att få fram det bästa anbudet* i enlighet med artikel 47.

Formuleringen i försvarsdirektivet får anses stämma väl överens med hur förhandlingar skall bedrivas enligt 4 kap. LOU. Länsrätten finner således att den praxis som hittills har utvecklats rörande förhandlingar och förfrågningsunderlag enligt 4 kap. LOU tillsvidare torde kunna vara tillämplig även på upphandlingar rörande försvarsmateriel.

Det förenklade förfarandet kan anses utgöra en blandning av det förhandlade och det öppna förfarandet. Förfrågningsunderlag skall finnas och det får anses följa av praxis att då förfrågningsunderlag finns så skall detta

vara klart och genomarbetat. Vidare gäller för det förenklade förfarandet att anbud skall lämnas in innan förhandlingar påbörjas.

För att undvika missbruk av den frihet upphandlande myndigheter ges att förhandla enligt 15 kap. LOU finner länsrätten att det måste stå helt klart att ett förfrågningsunderlag inte har kunnat fastställas tillräckligt exakt för att den upphandlande myndigheten skall få utnyttja förhandlingar för att fastställa detta. Tyngdpunkten bör även vid funktionsupphandlingar ligga på anbudstiden. En upphandlande myndighet skall således i möjligaste mån utforma ett klart och fullständigt förfrågningsunderlag. Anbudsgivarna bör lämnas skälig tid att inkomma med anbud och förhandlingar skall i möjligaste mån syfta till att anpassa anbuden till förfrågningsunderlaget. Förhandlingar får inte nyttjas i syfte att kompensera för ett mindre väl genomarbetat förfrågningsunderlag (se Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 27 april 2004, mål nr 3441-03 om förhandlad upphandling inom försörjningssektorer).

Såvitt framkommit i det aktuella fallet kan FMV inte så långt detta är möjligt anses ha utformat ett klart och fullständigt förfrågningsunderlag. Flera delar av det som skall utvärderas, såsom LSC, har lyfts ut från förfrågningsunderlaget för att specificeras senare till följd av den korta anbudstiden. Såvitt framgår av utredningen har inte FMV saknat möjlighet att fastställa i förväg hur t.ex. LSC exakt skall beräknas. Parterna har vidare inte behövt ta med exempelvis LSC i sitt grundanbud utan de har uppmanats att inkomma med uppgifter om detta separat efter anbudstidens utgång. Fokus har således i upphandlingen flyttats från anbudstiden till förhandlingarna. Parterna har inte i möjligaste mån givits tillfälle att inkomma med fullständiga anbud. Detta förfarande får anses stå i direkt strid med det krav på öppenhet som följer av LOU.

Fråga är vidare om de förändringar av förfrågningsunderlaget som FMV har gjort är väsentliga förändringar.

Ändringar före anbudstidens utgång

Bolaget har anfört att FMV har gjort väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget då FMV tio dagar före anbudstidens utgång har ändrat ett skallkrav avseende vänddiameter från 16 meter till 23 meter. FMV har angivit att ändringen har skett till följd av ett skrivfel.

Länsrätten finner härvid att antalet potentiella anbudsgivare till följd av ändringen får antas ha ökat. Det kan inte anses uppenbart att den angivna vänddiametern utgör ett skrivfel och det kan inte uteslutas att nya potentiella anbudsgivare har avhållit sig från att lämna anbud då anbudstiden som har löpt efter ändringen har varit alltför kort för att dessa skall kunna inkomma med anbud. Det kan inte heller uteslutas att den ursprungligt angivna vänddiametern har fått potentiella anbudsgivare att avstå från att lämna in anbud. Länsrätten finner att ändringen har varit av sådan väsentlig art att upphandlingen borde ha avbrutits. FMV:s ändring av förfrågningsunderlaget får anses strida mot principen om likabehandling.

Bolaget har anfört att FMV har gjort väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget då FMV har tillagt ett skallkrav avseende testning av de offererade pansarvagnarna. Enligt bolaget har FMV beaktat testerna i utvärderingen trots att detta inte har redovisats i utvärderingsprotokollet. FMV har angett att skallkravet endast utgör ett krav att anbudsgivarna skall ange *om* och i sådant fall *när* FMV kan få genomföra tester. FMV har vidare anfört att testerna inte har beaktats i utvärderingen.

Länsrätten finner i likhet med FMV att det nytillkomna kravet endast utgör ett krav om att anbudsgivarna skall ange *om* och i sådant fall *när* tester kan genomföras. Det framgår dock av FMV:s uppdatering av nämnda skallkrav att FMV såsom en del av utvärderingen har varit intresserat att genomföra

nämnda tester. FMV har vidhållit denna uppgift genom att även i en powerpointpresentation redovisa att testerna har syftat till att ytterligare utvärdera anbuderna. Nämnda powerpointpresentation har därmed tillfört uppgifter till upphandlingen i en sådan utsträckning att den eventuellt skulle kunna ses som en komplettering av förfrågningsunderlaget. Det framgår dock inte av den nytillkomna punkten eller av förfrågningsunderlaget i övrigt att FMV har haft för avsikt eller har låtit testerna utgöra en del av utvärderingen. Länsrätten finner mot denna bakgrund inte att FMV:s ändring av förfrågningsunderlaget har varit väsentlig i denna del. De uppgifter som FMV har lämnat runt ändringen har dock varit mycket oklara och därmed lämnat stort utrymme åt feltolkningar. FMV:s hantering och redovisning av denna fråga får således anses strida mot principen om transparens.

Ändringar efter anbudstidens utgång

Bolaget har uppgett att FMV den 24 april 2009 respektive den 15 maj 2009 har angett följande:

- The vehicle shall be equipped with chassis mounted 66 mm smoke grenade launcher system.
- The vehicle smoke grenade launcher system shall be compliant with Q-STAG 454.
- The vehicle shall be ready for GPS.
- Kravställ minsta hastighet som fordonet kan föras (framåt som bakåt) skall vara i intervallet 0-3 km/h. Förslag på formulering enligt SS1193 SEP U 1A SysS.
- The APC/Command & control variant should permit working space for 5 staff workers including table area for writing/computer.
- The vehicle should be equipped with commercial radio, CD and MP3.
- It should be possible to increase the amount of communication equipment in the APC + 2 radioapparater.
- Each role operator – edition 3 istället för 2 av STANAG.

FMV har i sin tur uppgivit att uppgifterna om rökkastare endast utgjorde ett önskemål. Ett eventuellt uppfyllande värderades inte och bolaget gjorde inte heller något åtagande i detta avseende i sitt slutanbud. Kravet avseende GPS utgjorde ett förtydligande av vad som ingick i "Battlefield management system" (BMS) som inte hade klargjorts i förfrågningsunderlaget. Vad gällde hastighet framåt och bakåt utgjorde det en formalisering av ett åtagande avseende prestanda som bolagets produkter uppfyllde, d.v.s. ett förtydligande. Det saknades vidare en konkret beskrivning av APC/ Command & Control i förfrågningsunderlaget. Bolaget erbjöd redan sex roll-operatörer varför konkretiseringen inte innebar en förändring för bolaget. Det fanns ett krav i förfrågningsunderlaget att radioapparaterna skulle kunna utökas. Vad gäller CD-spelaren var önskemålet nytt.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det är olämpligt att inte redan i förfrågningsunderlaget ha definierat APC/ Command & Control respektive BMS. Dessa sena förtydliganden av förfrågningsunderlaget får dock anses vara sådana mindre förändringar som i sig inte kan anses väsentligt förändra förfrågningsunderlaget. Förhandlingar lämnar vidare ett visst utrymme för att anpassa anbud till förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner således vid en sammantagen bedömning att de punkter som nämns ovan inte kan anses utgöra skäl för åtgärder enligt LOU.

Skälig tid

Det följer av 15 kap. 9 § LOU att anbudssökande och anbudsgivare skall ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. Att anbudstiden skall vara skälig innebär att den skall anpassas bl.a. till hur komplicerad och omfattande upphandlingen är. Den upphandlande myndigheten bör inte välja en anbudstid som särskilt gynnar eller missgynnar en anbudsgivare. Begreppet skälig tid återfanns redan i 6 kap. 5 a § Lag (1992:1528) om offentlig upphandling. I RÅ 1999 not 1 hade Regeringsrätten att be-

döma Kronobergs landstings upphandling avseende tandvård. Landstinget hade krävt in ett samlat anbud beträffande all barn- och ungdomstandvård inom tio geografiskt begränsade områden. Anbudet daterades den 29 april 1997 och anbud skulle vara inlämnade senast den 2 juni 1997. Regeringsrätten fann att anbudstiden var orimligt kort mot bakgrund av upphandlingens omfattning.

Bolaget har anfört bl.a. att det är fråga om en komplex upphandling av stort värde samt avtal som kommer att sträcka sig över en tidsperiod om 20 år varför en anbudsfrist om fyra veckor är för kort. Bolaget har vidare anfört att FMV bestämde själva kontraktsföremålet samt upphandlingens omfattning först efter att FMV hade mottagit svaren från RFI:n. Bolaget har även anfört att FMV i andra betydligt mindre komplexa upphandlingar har haft längre anbudsfrister än den i målet aktuella.

Såsom bolaget anför är det fråga om en komplex upphandling av stort värde samt avtal som kommer att sträcka sig över en längre tidsperiod. En anbudsgivare som ännu inte har utvecklat den fordonstyp som efterfrågas kommer dessutom av naturliga skäl att behöva längre tid för att förbereda anbud än de anbudsgivare som redan har det aktuella fordonet i produktion.

FMV har anfört att den korta anbudstiden valdes för att maximera konkurrensen. Enligt RFI:n behövde nämligen exempelvis bolaget teckna kontrakt senast under november 2008 för att kunna erbjuda IOC 2014. Länsrätten finner dock inte att förklaringen är nöjaktig mot bakgrund av att FMV efter anbudstidens utgång lät en osedvanligt lång förhandlingsperiod följa. En förlängd anbudstid och ett ytterligare genomarbetat och förtydligat förfrågningsunderlag får antas ha kunnat medföra en väsentligt förkortad förhandlingsperiod.

FMV har även anfört att anbudstiden har föregåtts av en RFI som har skickats ut till samtliga anbudsgivare. Enligt 15 kap. 2 § LOU får en upphandlande myndighet publicera annonser om upphandlingar på det sätt som gäller för upphandlingar enligt 7 kap. LOU. Enligt 7 kap. 2 § LOU kan en upphandlande myndighet i vissa fall korta sin anbudstid genom att använda sig av s.k. förhandsannonsering. Myndigheten har i detta fall att lämna information i en annons om de kontrakt respektive de ramavtal som myndigheten avser att upphandla inom de närmaste tolv månaderna. Enligt 8 kap. 4 § LOU måste flera uppgifter finnas med i annonsen såsom för varukontrakt, slag, mängd och värde. För att en förkortad anbudstid skall kunna godtas måste en RFI ge besked om centrala och väsentliga delar av det kommande upphandlingsföremålet. Såvitt framgår av utredningen i målet har dock möjligtvis delar av vad som skulle komma att upphandlas angetts i RFI:n men RFI:n har i första hand utformats för att tillhandahålla FMV information om marknaden för pansarvagnar. Länsrätten finner därvid inte att RFI:n i sig medför att FMV kan nyttja en kortare anbudstid än annars. FMV har dock även annonserat om sin upphandling den 15 oktober 2009. Under förutsättning att annonseringen har skett enligt LOU torde denna annonsering medge en något förkortad anbudstid.

Såvitt framgår av utredningen i målet har FMV dock valt att lyfta ut vissa delar som är föremål för upphandlingen från anbudet till följd av den korta anbudstiden. Exempelvis framgår det av förfrågningsunderlaget annex 2 "Programme description" punkt 7 "Costs" att information om bl.a. anbudsgivarnas livscykelkostnader till följd av den korta anbudstiden inte behöver inges som del av anbudet. FMV har dock haft för avsikt att utvärdera även livscykelkostnaderna även om anbudsgivarna genom nämnda passus inte behöver göra några formella åtaganden. Ett sådant förfarande får tydligt anses utvisa att FMV självt inte har ansett att anbudstiden har varit skälig för att fullständiga anbud skall kunna avges. Länsrätten finner således sammantaget mot bakgrund av upphandlingens omfattning, värde och komplexa art att fyra veckor, inte heller med beaktande också av förannon-

seringen, kan anses utgöra en skälig anbudstid. FMV:s orimligt korta anbudstid står i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Skada

Länsrätten har funnit att den aktuella upphandlingen strider mot LOU på följande sätt: FMV har på flera punkter inte utformat ett klart och genomarbetat förfrågningsunderlag. FMV har vidare tillämpat en oskäligt kort anbudstid samt lämnat oklara uppgifter till anbudsgivarna. Länsrätten finner att samtliga dessa brister står i strid med principen om öppenhet enligt LOU. FMV har även genomfört en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget under anbudstiden som får anses strida mot principen om likabehandling.

Fråga är om bristerna i upphandlingen kan anses ha medfört att bolaget kommit eller riskerat att lida skada. Vad gäller ändringen av vänddiametern finner länsrätten att det är oklart huruvida Patria har haft en befintlig teknik som möjliggjorde att vänddiametern inte översteg 16 meter. Såvitt framkommit i målet kan det dock med fog göras gällande att ökningen av vänddiametern otillbörligt kommit att gynna Patria då den nya vänddiametern medförde att Patria inte behövde vidta några ändringar av de pansarvagnar som Patria redan hade i produktion. Mot bakgrund av den långa förhandlingsperioden och möjligheten att lämna slutanbud under maj 2009 kan det dock inte med någon säkerhet antas att bolaget skulle ha utformat sitt slutanbud på ett annat sätt om FMV hade avbrutit och startat om upphandlingen eller om FMV hade tillämpat en skälig anbudstid. Länsrätten finner dock trots detta att upphandlingen genom det oklara förfrågningsunderlaget, den sena väsentliga ändringen samt den korta anbudstiden får anses ha präglats av en allmän brist på transparens och likabehandling. De sammantagna bristerna i det här hänseendet måste i sin tur anses medföra att bolaget kommit eller kunnat komma att lida skada. Länsrätten finner

härvid inte att bristerna kan rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)

Allan Johansson
rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Emmelie Pettersén Ugglå.