

Länsrätten i Stockholms län  
Tegeluddsvägen 1  
115 76 Stockholm  
Fax: 08-561 680 01

**MED BUD**

**Begäran om överprövning av offentlig upphandling med interimistiskt yrkande**

**Sökande:** BAE Systems Hägglunds Aktiebolag, Org. nr.: 556305-6059  
891 82 Örnsköldsvik

**Ombud:** Advokaterna Johan Carle och Tomas Kjellgren  
Jur. kand. Sven Vaxenbäck  
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB  
Box 1711, 111 87 Stockholm  
Tfn: 08-59 50 6000  
Fax: 08-59 50 6001

**Motpart:** Försvarets Materielverk, Org. nr.: 202100-0340

**Saken:** Överprövning av upphandling av Armoured Wheeled Vehicle system, AWV 2014

**1. Yrkanden**

- 1.1 BAE Systems Hägglunds Aktiebolag ("Hägglunds") yrkar att länsrätten skall förordna att Försvarets Materielverks ("FMV") upphandling av Armoured Wheeled Vehicle system, AWV 2014, ("Upphandlingen") skall rättas eller alternativt göras om.
- 1.2 Hägglunds yrkar vidare, enligt 16 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ("LOU") att länsrätten beslutar att Upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Den s.k. tiodagarsfristen enligt 16 kap. 1 § LOU löper ut **söndagen den 5 juli 2009**. I praktiken bör därför ett interimistiskt beslut fattas under fredagen den 3 juli 2009.

## 2. Bakgrund

- 2.1 FMV offentliggjorde förfrågningsunderlaget den 30 oktober 2008. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Tillämpat utvärderingskriterium är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Sista dag för att lämna anbud var den 30 november 2008.
- 2.2 Förutsättningarna för Upphandlingen framgår av bifogade förfrågningsunderlag med relevanta bilagor ( **Bilaga 1**).
- 2.3 Genom tilldelningsbeslut av den 25 juni 2009 med tillhörande utvärderingsunderlag (**Bilaga 2**), framgår att FMV har bedömt att Patria erbjudit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i Upphandlingen.
- 2.4 Hägglunds offererade Hägglunds SEP (spitterskyddad enhets plattform) i Upphandlingen.
- 2.5 Det totala ordervärdet på Upphandlingen kan uppskattas till åtminstone 243 miljoner euro, eller ca 2,7 miljarder kronor. Därtill kommer möjligheterna för FMV att nyttja i kontraktet angivna optioner som också har ett betydande värde. Kontraktet är dessutom av avgörande betydelse för Hägglunds möjligheter att utveckla och i övrigt marknadsföra aktuella produkter på försvarsmarknaden.

## 3. Grunder

- 3.1 FMV har, av skäl som nedan anges, brutit mot den gemenskapsrättsliga likabehandlingsprincipen och principen om transparens och därmed mot 1 kap 9 § LOU.
- 3.2 Som en följd av att FMV brutit i sina förpliktelser enligt LOU har Hägglunds lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i Upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap 1 § första stycket LOU och 16 kap. 2 § första stycket LOU. Länsrätten bör därför förordna om att Upphandlingen skall rättas, alternativt göras om.

## 4. FMV har gjort väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget

- 4.1 I Annex 3.1 System Specification i förfrågningsunderlaget uppställde FMV ursprungligen, avseende fordonets vändradie, följande skall-krav:

”ID241:

The vehicle shall have the ability to perform a 180° turn within 16 m between walls.”

- 4.2 Skall-kravet innebar att fordon som offereras i Upphandlingen måste kunna genomföra en 180° sväng inom ett utrymme på 16 m mellan två väggar.
- 4.3 Det aktuella skall-kravet har sannolikt varit en starkt konkurrensbegränsande omständighet som föranlett att få anbudsgivare har funnit det möjligt att delta i upphandlingen. Enligt Hägglunds mening är det möjligt att i vart fall någon leverantör avstått från att delta i Upphandlingen med anledning av de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven. Härtill skall tilläggas att Hägglunds har kunnat offerera en produkt som uppfyller nämnt krav alltmedan Patria inte har någon produkt som skulle kunna klara av krävd funktion avseende vändradie.
- 4.4 Genom Questions, Answers and Updates 10 Nov 2008 sänkte FMV ensidigt det ovannämnda skall-kravet på följande sätt:
- ”Annex 3.1 System Specification**  
ID241:  
Old requirement text:  
“The vehicle shall have the ability to perform a 180° turn within 16 m between walls.”
- New requirement text:  
“The vehicle shall have the ability to perform a 180° turn within 23 m between walls.” ”
- 4.5 Sänkningen av det aktuella skall-kravet innebar att FMV efter sänkningen godtog en vändningsradie som var nästan 50 procent större än den ursprungliga. Alla skall-krav i ett förfrågningsunderlag är väsentliga. I Upphandlingen har FMV dessutom gjort en betydande förändring av det ovannämnda skall-kravet, vilket innebär ett åsidosättande av de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed även 1 kap. 9 § LOU.
- 4.6 För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det skall ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Detsamma följer av principen om förutsebarhet och öppenhet (transparens) i gemenskapsrätten.
- 4.7 Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav). Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas. Det måste stå klart för leverantören vilka krav som får frångås samt i vilket avseende detta får ske och i vilken utsträckning. Det är inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller dra ifrån skall-krav. Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vid handen att nya krav bör ställas måste myndigheten avbryta upphandlingen och göra om den (jfr. Hentze/Sylvéns lagkommentar till den äldre lagen om offentlig upphandling, 1998, s. 80f).

- 4.8 Av kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 3243-04 framgår att utvärderingen av anbud skall göras utifrån vad som anges i förfrågningsunderlaget. I kraven på objektivitet, icke-diskriminering och affärsmässighet ligger att den upphandlande myndigheten inte får avvika från de krav och utvärderingsmodeller som anges i förfrågningsunderlaget. Det anses strida mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens, och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU, att lägga till eller efterge krav i förhållande till förfrågningsunderlaget. Härav följer även att det inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att anta ett anbud som avviker från ett uppställt s.k. skall-krav, dvs. ett obligatoriskt krav som ställs av den upphandlande enheten.
- 4.9 Av kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 923-09 framgår att en upphandlande myndighet inte torde vara förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbuden ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget, under förutsättning att detta inte medför en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Kammarrätten anser att en ändring i ett skall-krav dock normalt bör ses som en väsentlig ändring (jfr. även Konkurrensverkets granskningsrapport "Länsrätternas domar om offentlig upphandling" [2007:2], s. 58 och 61).
- 4.10 Härtill kommer att anbudsfristen varit anmärkningsvärt kort med hänsyn till hur komplicerad och omfattande Upphandlingen är, då anbudsgivarna endast fått en månad på sig att utforma anbud.
- 4.11 I den nu aktuella upphandlingen har FMV inte bara ändrat det ovannämnda skall-kravet. FMV har även, genom Questions, Answers and Updates 17 Nov 2008, dvs. tio arbetsdagar innan anbudsfristens utgång, tillfört följande skall-krav:
- "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 tender, state when, where and under which conditions practical trials and tests with offered products would be possible."
- 4.12 Det nya skall-kravet innebär att fordonen skulle komma att utvärderas genom praktiska tester. Skall-kravet har inneburit en nackdel för Hägglunds, vars offererade fordon inte är helt färdigutvecklat, samtidigt som det gynnade bl.a. Patria, som offererat ett fordon som i dagsläget redan finns i produktion, trots att förfrågningsunderlaget inte medger att FMV ger fler poäng till anbudsgivare på grund av att dessa offererar fordon som redan finns i produktion. Vid de praktiska testerna var Hägglunds nödgade att visa upp en prototyp från 2002, som Hägglunds omöjligt, inom den korts tidsramen som FMV uppställde, kunde anpassa med de tekniska förbättringar som Hägglunds utvecklat sedan 2002 och offererat i Upphandlingen.

4.13 FMV offentliggjorde dessutom aldrig vilka kriterier som skulle ligga till grund för utvärderingen av de praktiska testerna. Resultatet av de praktiska testerna och dess påverkan på anbudsgivarnas poäng avseende kvalitet framgår heller inte av tilldelningsbeslutet. Det framstår dock som uppenbart att förevarande uppvisning har påverkat FMV vid dess utvärdering av anbuden. Denna slutsats stöds även av FMVs officiella uttalanden i samband med tilldelningen av förevarande kontrakt. FMV har därvid på sin hemsida framhållit följande, (**Bilaga 5**):

”Efter den samlade värderingen av provresultat, prestanda, ekonomi m.m. som vi gjort är vi övertygade om att vi fått det bästa alternativet utifrån de krav Forsvarsmakten har ställt, säger Peter Elmlund, FMVs projektledare för upphandlingen” (egen understrykning).

4.14 Sammanfattningsvis får Hägglunds i denna del framhålla att alla skall-krav som uppställs i ett förfrågningsunderlag är väsentliga. Ändringarna i förfrågningsunderlaget måste därför anses ha varit sådana väsentliga ändringar i förfrågningsunderlaget, eftersom de inneburit att skall-krav tillförts och sänkts till nackdel för Hägglunds, att de strider mot såväl likabehandlingsprincipen och principen om transparens, och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU.

4.15 Det ovan sagda ska även ses i ljuset av att anbudsfristen på en månad varit anmärkningsvärt kort med hänsyn till hur komplicerad och omfattande Upphandlingen är.

## 5. Förhandlingarna har skett i strid med LOU

5.1 Förenklat förfarande definieras i 2 kap. 24 § LOU som ett förfarande där (i) alla leverantörer har rätt att delta, (ii) där deltagande leverantörer ska lämna anbud och (iii) där den upphandlande myndigheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare. Förhandlingar ska genomföras med så många anbudsgivare som behövs med hänsyn till kraven i 1 kap 9 § LOU.

5.2 Sådana förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor, alltså även pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. En absolut förutsättning för detta är emellertid såväl att de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget inte frångås som att de i 1 kap. 9 § LOU redovisade allmänna gemenskapsrättsliga principerna för upphandling upprätthålls.

5.3 Kravet på likabehandling innebär att alla anbudsgivare skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Härav följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de skall behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Likabehandlingsprincipen syftar, förutom allmänna rättssäkerhetskrav, till att förhindra att en snedvriden konkurrens uppkommer. Upphandlingen får inte gynna eller missgynna vissa anbudsgivare på ett otillbörligt sätt. Principen om likabehandling leder vidare

till att de som har intresse av att få ett kontrakt skall ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att nämnd princip iakttas.

- 5.4 I Hentze/Sylvéns lagkommentar till den äldre lagen om offentlig upphandling, 1998, s. 310, står följande:

”Eftersom förhandlingar kräver särskilt kvalificerad personal, ofta tar längre tid och innebär en stor risk för särbehandling av anbudsgivare, bör förhandling endast genomföras i särskilda fall.” ... ”För att upprätthålla kravet på ett objektiva uppträdande krävs som regel att enheten har utarbetat en förhandlings-PM som så långt möjligt följs vid förhandlingar med de olika anbudsgivarna. Förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget, men får inte innebära ändringar i de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Även om samtliga anbudsgivare ges möjlighet att ta ställning till sådana förändrade krav kan det vara diskriminerande. Leverantörer som helt avstått från att lämna anbud skulle kanske med de förändrade kraven varit intresserade att lämna anbud.”

- 5.5 Hägglunds har goda skäl att anta att FMV, som valde att förhandla med tre anbudsgivare, inte har förhandlat avseende samma avtalsvillkor, och förändringar och anpassningar till förfrågningsunderlaget med samtliga anbudsgivare, och därigenom genomfört förhandlingsfasen i Upphandlingen i strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

- 5.6 FMV har inför förhandlingstillfällena med Hägglunds iordningsställt en preliminär dagordning. Under förhandlingarna har emellertid punkter tillkommit till dagordningen, varför förhandlingarna i praktiken haft en väldigt fri form. FMV har även i samband med förhandlingstillfällena upprättat mötesprotokoll. Hägglunds och FMV har i efterhand sökt komma överrens om innehållet i dessa, men FMV har haft sista ordet vad avser mötesprotokollens innehåll (exempel på mötesprotokoll av den 18 mars 2009, avseende förhandlingsomgång 6, bifogas som **Bilaga 3**). Av dessa protokoll framgår att ett flertal olika frågor har diskuterats och det förefaller osannolikt att FMV skulle ha diskuterat samma frågor med samtliga anbudsgivare, särskilt med beaktande av förhandlingarna inte följt en på förhand fastställd dagsordning. Dessutom har FMV under förhandlingen med Hägglunds gjort tillägg till förfrågningsunderlaget.

- 5.7 Av det ovannämnda mötesprotokollet av den 18 mars 2009 (förhandlingsomgång 6) framgår i punkten 3 följande:

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

- två bataljoner

- livslängd 20 år
- första bataljon IOC 2014”

- 5.8 De förutsättningar för utvärdering som FMV tog upp under förhandlingsomgång 6 framgår inte av förfrågningsunderlaget, utan var någonting nytt för Hägglunds.
- 5.9 För det fall att FMV med denna nya information felaktigt avsåg att förtydliga förutsättningarna för utvärderingen får Hägglunds framhålla att detta rätteligen skulle ha skett innan anbudsfristen löpte ut, och inte i förhandlingsfasen, då FMV redan valt bort flera anbudsgivare från fortsatt utvärdering. Dessa anbudsgivare fick aldrig del av denna information eller chansen att anpassa sina anbud till de nya omständigheterna. Det kan även ifrågasättas om samtliga av de tre anbudsgivarna som FMV valde att förhandla med fått del av denna information.
- 5.10 Hägglunds har av FMV begärt att utfå förhandlingsprotokoll avseende FMV:s förhandlingar med Patria, för att se om dessa fått samma information som Hägglunds och om FMV förhandlat med dessa avseende samma frågor. I brev av den 30 juni 2009 från FMV till Hägglunds har FMV upplyst Hägglunds att FMV inte upprättat protokoll i samband med förhandlingarna med Patria. Det kan vidare förutsättas att FMV på samma ostrukturerade och icke-transparenta sätt fört förhandlingar med den återstående anbudsgivaren, Mowag GmbH.
- 5.11 Sammanfattningsvis får Hägglunds i denna del framhålla att FMV handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed även 1 kap. 9 § LOU, genom att inte ha förhandlat avseende samma avtalsvillkor, och förändringar och anpassningar till förfrågningsunderlaget med samtliga anbudsgivare, och heller inte fört protokoll över förhandlingarna, vilket omöjliggjort en insyn i efterhand, så att man kan kontrollera att de gemenskapsrättsliga principerna iakttagits.

## 6. FMV har använt sig av en oförutsägbar utvärderingsmodell

- 6.1 Regeringsrätten fann i mål RÅ 2002 ref. 50, beträffande förfrågningsunderlagets utformning följande:

”I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga 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 vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.”

- 6.2 Kravet på affärsmässighet ansågs inrymma de gemenskapsrättsliga principer som numera framgår av 1 kap. 9 § LOU. Regeringsrättens uttalande innebär att om det inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget vad den upphandlande enheten kommer att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen har de gemenskapsrättsliga principerna inte iakttagits.
- 6.3 I målet Lianakis<sup>1</sup> har EG-domstolen vidare framhållit att det följer av principen om likabehandling av ekonomiska aktörer och skyldigheten att möjliggöra insyn att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, skall underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra. Det är således, enligt EG-domstolen praxis, inte möjligt för den upphandlande myndigheten att först i ett senare skede fastställa viktningskoefficienter och underkriterier med avseende på de kriterier för tilldelning som omnämns i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling.
- 6.4 Av kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4552-07 framgår vidare att ett vagt formulerat förfrågningsunderlag, som innebär att anbudsgivarna inte kan avge anbud med tillräcklig insikt om hur utvärderingen kommer att ske utgör en sådan överträdelse av transparensprincipen som medför att upphandlingen måste göras om.
- 6.5 Kammarrätten i Göteborg har även, i mål nr 1729-08, funnit att ett förfrågningsunderlag, som lämnar stort utrymme för godtycklighet och därmed en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier utan innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten, strider mot transparensprincipen på ett sådant sätt att upphandlingen måste göras om.
- 6.6 Kammarrätten i Göteborg har vidare i mål nr 3331-08 fastslagit att man inte av förfrågningsunderlaget kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av ett visst kriterium skall ske, utgör en sådan överträdelse av transparensprincipen att upphandlingen måste göras om.

## 6.7 Oklart vad som utgör mervärde

- 6.7.1 I Annex 5 Evaluation Model i förfrågningsunderlaget till Upphandlingen anges bl.a. följande:

”Tenders will be evaluated through the evaluation model described in this document. The evaluation parameters are designed to evaluate the perceived level of offered value to the customer.

Individual requirements are usually not identifiable as individual parameters in the evaluation model as value normally is created by

---

<sup>1</sup> Se EG-domstolens dom i mål C-532/06, Liniakis, punkterna 33-45.

combination of several requirements, sometimes even from different disciplines (technical, commercial, programme etc).

Value to customer shall be understood as a balance between:

- \* 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
- \* Confidence in planning and avoidance of risks

This implies that there are in most cases several alternative ways to create value. Innovative proposals creating increased value are therefore welcome and will be appreciated in the evaluation.”

- 6.8 Av ovan citerat utdrag ur FMV:s beskrivning av hur utvärderingen avseende kvalitet skall gå till noterar Hägglunds följande.
- 6.9 För det första anges att ”The evaluation parameters are designed to evaluate the perceived level of offered value to the customer”. Utvärderingsmodellen är således inte ens avsedd att vara utformad för att bedöma anbuden på grundval av objektiva kriterier, utan på grundval av FMV:s subjektiva uppfattning av vad som utgör ”value to the customer”.
- 6.10 För det andra anges att ”value to the customer” skall förstås som en balans mellan fem olika faktorer. FMV anger emellertid inte närmare vilka av dessa faktorer som skapar mer ”value to the customer” än andra. En anbudsgivare kan således inte av beskrivningen ovan veta om FMV kommer 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 har gett FMV utrymme för en godtycklighet som i praktiken ger FMV en fri prövningsrätt, vilket står i strid med LOU.
- 6.11 För det tredje anges att det i de flesta fall finns flera tänkbara alternativa sätt att skapa mervärde och att innovativa förslag välkomnas. FMV lämnar åt anbudsgivarna att i detta avseende 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 ger givetvis stort utrymme för FMV att vid sin utvärdering ”nappa” på förslag på mervärde som gynnar en anbudsgivare man föredrar alltmedan annan anbudsgivares motsvarande förslag förkastas. Detta bör även ses mot bakgrund av att FMV, som ovan beskrivits, inte heller angett vad FMV kommer uppfatta som skapande av mervärde.
- 6.12 För att ytterligare illustrera hur oklar och oförutsebar utvärderingen enligt förfrågningsunderlaget är får Hägglunds framhålla följande fråga och svar från Questions, Answers and Updates 6 Nov 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.”

- 6.13 FMV har således inte ens på en direkt fråga från en anbudsgivare avseende ett konkret förslag kunnat svara på om detta skulle medföra ett mervärde.
- 6.14 Ännu ett exempel på hur oklar och oförutsebar utvärderingen enligt förfrågningsunderlaget är att FMV under förhandlingsomgång 6 under förhandlingsfasen, gentemot Hägglunds, gjorde ett tillägg till förfrågningsunderlaget med innebörden att de förutsättningar som gäller för utvärdering är bl.a. två bataljoner och livslängd 20 år (jfr. 5.7). Hägglunds kan emellertid konstatera att FMV, vid utvärderingen av Cost, inte har beaktat dessa nya, och åtminstone till Hägglunds meddelade förutsättningar, för utvärderingen. Hägglunds har utformat sitt anbud i förvisningen att utvärderingen av Cost skulle ske i enlighet med vad FMV förutskickat varför aktuell förändring av förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell har medfört skada för Hägglunds.
- 6.15 Oklart hur pris har utvärderats**
- 6.16 Vad gäller den allmänna utvärderingen av Cost är grunderna för denna bedömning ytterligt oklar och synes ha skett helt skönsmässigt. Av tilldelningsbeslutet med tillhörande motivering anges att Hägglunds tilldelats en totalpoäng för Cost om 2,44 alltmedan Patria erhållit en poäng om 7,84. På vilka grunder som FMV bedömt anbudspriserna framgår dock inte överhuvudtaget av förfrågningsunderlaget. Av motiveringen till poängsättningen kan möjligen utläsas att FMV tillämpat någon form av relativ modell för att jämföra anbudspriserna sinsemellan. Alldeles oavsett hur det förhåller sig med den saken är emellertid redan det förhållandet att tillämpad utvärdering av den för Upphandlingen avgörande prisutvärderingen inte tydliggjorts på förhand i förfrågningsunderlaget i strid med LOU och motiverar att Upphandlingen skall göras om.
- 6.17 Vad gäller delfaktorn vid prisutvärderingen som rör livscykelkostnader, LCC-model, bör även framhållas att grunden för hur FMV avsåg att bedöma denna kostnadsfaktor inte har framgått av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har således fått gissa sig till vilka faktorer som skall ligga till grund för utvärderingen livscykelkostnader. Konkurrensverket har särskilt framhållit vikten av att upphandlande myndigheter, för att uppfylla LOUs

krav är tydliga med hur livscykelkostnader utvärderas. Myndigheten har därvid bl.a. framhållit att<sup>2</sup>:

”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 ska ingå i beräkningen samt den dokumentation och de mätmetoder som ska tillämpas, så att det tydligt framgår vilken information anbudsgivaren ska tillhandahålla.”

Genom att inte tydliggöra hur livscykelkostnader skall beaktas vid utvärderingen av anbudsgivarnas anbud har därmed FMV, även i denna del, brutit i uppfyllelse av det krav på öppenhet som följer av LOU.

## 6.18 Oklar poängskala

6.19 Vidare anges beträffande utvärderingen av kvaliteten:

”Industry proposals will be assessed and assigned a grade in accordance with the scale below and the grades will be multiplied with the weight-factor.

FMV Scale of Grades for Evaluation	
10	Outstanding
9	Excellent
8	Very good
7	Good
6	More than sufficient
5	Sufficient
4	Acceptable
3	Barely acceptable
2	Not acceptable
1	Not acceptable
0	No commitment

<sup>2</sup> <http://www.kkv.se/t/Page.aspx?id=3752>

“

- 6.20 Det framgår inte i förfrågningsunderlaget vad FMV avser med de olika begreppen, dvs. vad som krävs för att erhålla en viss poäng. Det framgår således inte vad skillnaden mellan t.ex. 8 Very good och 7 Good är, eller mellan 5 Sufficient och 4 Acceptable, eller mellan 2 Not acceptable och 1 Not acceptable. Orden ”good” och ”acceptable” är dessutom synonymer i det engelska språket (jfr. <http://www.synonym.com/synonyms/good/>), men används av FMV som beteckning för 7 respektive 4 poäng.
- 6.21 Det är, utifrån dessa uppgifter i förfrågningsunderlaget, omöjligt för en anbudsgivare att på förhand bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen av kvalitet mellan 0 och 10 poäng kommer att ske.
- 6.22 Hägglunds får framhålla att oklara förutsättningar för utvärderingen av kvalitet inte bara leder till osäkerhet om hur anbudsgivarna skall utforma sina anbud med avseende på kvalitet, utan även innebär en osäkerhet vid anbudsgivarnas kalkylering av anbudspriset. Det beror på att anbudsgivarna, som inte på förhand kan bilda sig en uppfattning om hur FMV kommer att utvärdera offererad kvalitet och hur denna förhåller sig till konkurrenternas kvalitet såsom den är allmänt känd, inte kan bedöma vilket pris de bör offerera för att ha förutsättningar för att vinna Upphandlingen.
- 6.23 Förfrågningsunderlagets otydliga formulering har inneburit att anbudsgivarna inte på förhand kunnat bedöma vad FMV tillmäter betydelse vid anbudsutvärderingen. Utvärderingskriterierna har således inte varit utformade på ett klart och tydligt sätt som möjliggjort att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kriterierna på samma sätt.
- 6.24 Sammanfattningsvis får Hägglunds i denna del framhålla att FMV brutit mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens, och därmed 1 kap. 9 § LOU, genom att använda sig av ett förfrågningsunderlag som varit så bristfälligt och otydligt att det på förhand varit omöjligt att förutse hur utvärderingen av anbudet skulle ske och som inneburit att FMV i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt.

## 7. FMV har gjort en felaktig utvärdering av Hägglunds anbud

### 7.1 FMV har inte beaktat offererade royaltyfördelar

- 7.2 I brev från FMV till Hägglunds av den 7 maj 2009 (**Bilaga 4**) framgår bl.a. följande:

”Value to the Swedish armed forces and the Swedish government included in the offers will be considered in the assessment if it can be related to any requirement in the RFQ including the evaluation model. Tenderers are in the preparation of best and final offers requested to consider a broad perspective of additional added value for the Swedish armed forces and

the Swedish government that may not have been presented in present offers.”

- 7.3 Hägglunds har i sitt anbud offererat betydande royaltyfördelar. Royaltyn som Hägglunds offererat skulle komma att utgå vid exportförsäljning av samtliga SEP-varianter, 6x6, 8x8 och band samt vid försäljning av SEP delsystem. Dessa har emellertid inte beaktats av FMV vid utvärderingen avseende kriteriet Cost, trots att royaltyfördelarna innebär intäkter för FMV, och därmed i praktiken sänkta kostnader. Royaltyn utgör ett mervärde och borde vid en korrekt utvärdering resulterat i en högre poäng för Hägglunds avseende kriteriet Cost.

#### 7.4 Andra felaktigheter i utvärderingen

- 7.5 I en sammanställning gjord av FMV avseende FMV:s utvärdering av Hägglunds offererade fordon (**Bilaga 5**) framgår dels att tidigare okända omständigheter har legat grund för FMV:s utvärdering, dels vissa direkta felaktigheter. Dessa har resulterat i att Hägglunds fått en lägre poäng.

- 7.6 Avseende kriteriet **1.1.3 Common performance for variants** har FMV i motiveringen angett följande poängsänkande omständighet:

”- Not equipped with bilge pump.”

Hägglunds SEP är emellertid visst utrustad med “bilgepumps”, dvs. länsump, i de personliga utrymmena, vilket framgår av Hägglunds anbud.

- 7.7 Avseende kriteriet **1.3.4 Fire** har FMV sänkt Hägglunds poäng med följande motivering:

”Automatically fire extinguish possible for 1h and manually for 3h without power supply. Thereafter the main switch must be switched on to regained functionality of fire extinguish system.”

Det har emellertid aldrig uppställts något krav på att automatisk eller manuell släckning skall, eller bör, fungera en viss tid.

- 7.8 Slutligen avseende t.ex. kriteriet **1.1.1 Role performance m.m.** har FMV klassat ner poängen med motiveringen att ”Performance of the system is not verified” respektive ”Protection system not verified for AWV”.

Skäl att på ovan angiven grund sätta ner poängen på Hägglunds anbud har inte förelegat eftersom det inte i förfrågningsunderlaget uppställts något krav att offererat system vid anbudsgivning skall eller bör vara färdigutvecklat i nu aktuellt hänseende.

- 7.9 Det finns även andra exempel på fel i utvärderingen som Hägglunds avser att återkomma med när bolaget haft möjlighet att närmare granska aktuellt material.

## 8. Patrias anbud har ej uppfyllt uppställt skall-krav

8.1 FMV har i Annex 2 i förfrågningsunderlaget på sidan 8 under rubriken **Implementation of the AWV System** angivit följande skall-krav:

”The Tenderer shall propose a delivery schedule in accordance with Template Delivery Schedule, Annex 2.1. The proposed delivery schedule for the basic contract shall fulfill the need for vehicles and support systems to implement the AWV System in accordance with the description above” (egen understrykning).

8.2 Av ovannämnda Annex 2.1 framgår följande:

”The proposed delivery schedules for the basic contract and for the possible Options 1, 2 and 3 shall be in accordance with the requirements in Annex 2, chapter Implementation” (egen understrykning).

8.3 Av motiveringen avseende **5.2 Implementation** i utvärderingsunderlaget framgår emellertid följande avseende Patrias anbud:

”The delivery schedule almost follows the implementation plan, with some late deliveries.”

8.4 FMV har således accepterat Patrias anbud trots att Patrias anbud inte uppfyller det av FMV uppställda skall-kravet.

8.5 Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav får inte antas och ska således förkastas (se bl.a. kammarrättens i Göteborg dom i mål 3001-03).

8.6 Det åligger en upphandlande myndighet att endast pröva de inkomna anbuden utifrån de bedömningskriterier som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten får således inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skall-krav. Om den upphandlande myndigheten gör det, så bryter den mot principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

8.7 Patria har dessutom gjort reservationer i sitt anbud avseende andra skall-krav.

8.8 Av dokumentet Tender evaluation – AWV 2014 (**Bilaga 6**), s. 3, framgår följande:

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

8.9 Det ovanstående tyder på att Patria i sitt skriftliga anbud gjort reservationer avseende vissa i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav vilket bör utgöra grund för att förkasta Patrias anbud från anbudsutvärderingen. Hägglund har dock först på ett sent stadium fått del av Patrias anbud som dessutom till stora delar belagts med sekretess. Hägglunds får därför sannolikt anledning att vidareutveckla sin argumentering avseende aktuell

fråga senare i processen. Det kan dock inte uteslutas att det kan finnas ytterligare felaktigheter i Patrias anbud som kan utgöra grund för åtgärd enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU.

## **9. Skada**

- 9.1 Hägglunds har således sammanfattningsvis till följd av de nämnda överträdelserna av LOU lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i denna för Hägglunds mycket värdefulla upphandling. Skäl föreligger därmed för länsrätten att, i enlighet med 16 kap. 2 § LOU, förordna i enlighet med Hägglunds yrkanden.
- 9.2 Som framgår av det ovan anförda strider FMV:s genomförande av Upphandlingen mot LOU. Vid både utformandet och förändringen av förfrågningsunderlaget, samt utvärderingen av anbuderna har FMV brutit mot såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen.
- 9.3 Mot bakgrund av det ovan anförda, anser Hägglunds att det står klart att Hägglunds kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap 1 § första stycket LOU och 16 kap. 2 § första stycket LOU.

## **10. Interimistiskt beslut**

- 10.1 Enligt tilldelningsbeskedet avser FMV teckna avtal med Patria i Upphandlingen. Ett förordnande om interimistiskt beslut enligt 16 kap. 2 § LOU är nödvändigt för att möjlighet till överprövning inte ska gå förlorad.
- 10.2 Den enda skada som kan drabba FMV om Upphandlingen temporärt stoppades är ett försenat ikraftträdande av avtalet. Den olägenhet som kan drabba FMV kan inte vara större än den skada som drabbar Hägglunds om bolagets yrkande ogillas eller inte prövas av länsrätten i tid, eftersom Hägglunds då oåterkalleligen går miste om möjligheten att tilldelas kontrakt för Hägglunds mycket värde- och betydelsefulla Upphandlingen.
- 10.3 Den skada och olägenhet som kan drabba Hägglunds väger därmed tyngre än den olägenhet som eventuellt skulle kunna drabba FMV, om Upphandlingen temporärt stoppades, i den mening som avses i 16 kap. 2 § LOU (jfr. kammarrätten i Göteborgs beslut av den 22 maj 2006 i mål 2748-06). Den intresseavvägning som skall göras enligt 16 kap. 2 § LOU utfaller därmed till Hägglunds fördel och ett interimistiskt beslut bör därför meddelas.
- 10.4 Enligt gällande praxis (RÅ 2003 ref. 64, RÅ 2005 ref 17 och kammarrätten i Göteborgs dom i mål 2748-06) är det dessutom tillräckligt för bifall till ett yrkande om interimistisk åtgärd enligt LOU att inte ansökningen om överprövning framstår som ogrundad och att ett interimistiskt beslut är nödvändigt för att möjligheten till överprövning inte skall gå förlorad genom att ett upphandlingskontrakt ingås.

Stockholm den 2 juli 2009

Johan Carle

Tomas Kjellgren

Sven Vaxenbäck

**Bilagor**

- Bilaga 1 Förfrågningsunderlaget med relevanta bilagor.
- Bilaga 2 Tilldelningsbeslutet med tillhörande utvärderingsunderlag.
- Bilaga 3 Mötesprotokoll från förhandlingar mellan FMV och Hägglunds.
- Bilaga 4 Brev från FMV till Hägglunds av den 7 maj 2009.
- Bilaga 5 Utvärderingsprotokoll avseende Hägglunds SEP
- Bilaga 6 Dokumentet Tender evaluation – AWV 2014
- Bilaga 7 Fullmakt
- Bilaga 8 Registreringsbevis