



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**  
2010-11-26  
Meddelad i  
Stockholm

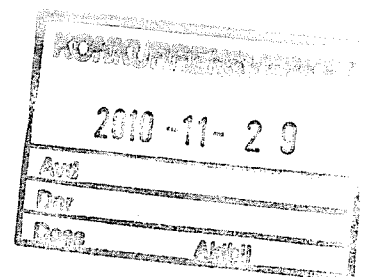
Mål nr  
38481-10  
Enhet 12

### SÖKANDE

General Dynamics European Land Systems - Mowag GmbH  
Unterseestrasse 65  
8280 Kreuzlingen  
SCHWEIZ

Ombud:

1. Advokat Ulf Käll
2. Advokat Per-Olov Sköld
3. Jur. kand. Anna Hofling  
Advokatfirman Vinge KB  
Box 11025  
404 21 Göteborg



### MOTPART

Försvarets materielverk  
115 88 Stockholm

Ombud:

1. Advokat Olof Hallberg
2. Advokat Eva-Maj Mühlenbock
3. Jur.kand. Mikael Engström
4. Jur.kand. Daniel Strandberg  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1065  
101 39 Stockholm

### SAKEN

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

### DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att få ta del av allmänna handlingar.
2. Förvaltningsrätten avslår General Dynamics European Land Systems - Mowag GmbH:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 63878

Postadress  
115 76 Stockholm

Besöksadress  
Tegeluddsvägen 1

Telefon  
08-561 680 00  
E-post:  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax  
08-561 680 01

Expeditionstid  
måndag – fredag  
09:00-15:00

3. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 23 augusti 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

Försvarets materielverk (FMV) har genomfört en upphandling av "Armoured Wheeled Vehicles 2014", dnr 355483-AI804785. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU.

FMV beslöt att anta annat anbud än anbudet från General Dynamics European Land Systems - Mowag GmbH (Mowag). Det anges i tilldelningsbeslutet att Mowag inte ansetts uppfylla samtliga skall-krav och därför inte kvalificerat sig till anbudsutvärderingen.

**Mowag** ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Mowags anbud får delta i anbudsutvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar Mowag att förvaltningsrätten, enligt 20 § förvaltningsprocesslagen och 38 kap. 2 och 8 §§ rättegångsbalken, utfärdar editionsföreläggande mot FMV avseende sekretessbelagda uppgifter i form av tekniska specifikationer som två kvalificerade anbudsgivare har lämnat till styrkande av uppfyllelse av skall-kraven. Till stöd för sin talan anför Mowag i huvudsak följande.

*Allmänt om skall-kraven*

Mowag uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget, inklusive SR267, SR269 och SR294. Detta framgår av den stöddokumentation som bifogats Mowags anbud och av testresultat från tester som utfördes i början av september 2010. Mowag har i sitt anbud uppgett att man uppfyller skall-kraven SR267, SR269 och SR294 genom att markera "Y" i svarsruta för "Compliance". Den information som Mowag har lämnat i anslutning till respektive skall-krav under rubriken "Offered Performance" är uppgifter som har angetts i syfte att möjliggöra verifikation av lämnade bekräftelser. Denna information utgör inte någon begränsning eller inskränkning

i förhållande till Mowags kapacitet att uppfylla kraven. Informationen utgör specificeringar. Att uppgifter ska lämnas som möjliggör verifiering av gjorda bekräftelser framgår av förfrågningsunderlaget i avsnitt 4 under punkten 1.1. Denna tolkning finner tydligt stöd i System Engineering Standard ISO 15288 som FMV kräver att Mowag ska använda enligt Section 6.2.2. i Annex B – Programme Description i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget har inte uppställt några hinder mot de förtydliganden som Mowag har gjort, då restriktioner såvitt avser ändring av skallkrav enbart var angivna beträffande kommersiella villkor. Om alla kommentarer avseende ett tekniskt skallkrav föranleder automatisk uteslutning blir det motsägelsefullt eftersom det finns möjligheter i förfrågningsunderlaget att kommentera, inte bara börkraven utan även skallkraven.

#### Skallkrav SR267

I anslutning till skallkrav SR267 har Mowag angett att "the sustained forward top speed of the PIRANHA III SE driving on hard surface roads shall be  $90 \pm 5$  km/h". Uppgiften "90 km/h" under "Offered Performance" är ett skrivfel och den korrekta angivelsen ska vara " $100 \pm 5$  km/h", vilket också angavs i referensdelen i den tekniska specifikationen, "The Technical Specification Section". Det framgår således att Mowag uppfyller aktuellt skallkrav.

Mowag har genom bekräftelse med "Y" i svarsruta för "Compliance", genom hänvisningen till Section 3 of the Baseline Vehicle Technical Specification där "maximum speed" anges till " $100 \pm 5$  km/h och genom bekräftelse av det kompletterande "Should-requirement" SR268, där den korrekta uppgiften om  $100 \pm 5$  km/h angavs, visat att aktuellt skallkrav är uppfyllt.

Testrapport upprättad i april 2008 och inlämnad till förvaltningsrätten den 2 september 2010 åberopas till styrkande av att PIRANHA III SE uppfyl-

ler skall-krav SR 267 samt fordonstester som genomfördes i september 2010. Vidare åberopas en bilaga med grafer för att visa att PIRANHA III SE kan överstiga en bibehållen topphastighet av 90 km/h.

#### Skall-krav SR269

I anslutning till skall-krav SR269 har Mowag angett att "the PIRANHA III SE shall be possible to drive at an average speed of 85 km/h for at last 6 hours when driving on level first class roads". Som skall-kravet är formulerat går det inte att verifiera, eftersom inget fordon kan uppfylla kravet på alla typer av vägar. Inget av fordonen som deltar i upphandlingen uppfyller kravet på bibehållen medelhastighet av 85 km/h i sex timmar i bergsteräng eller på en dålig gropig väg. Angivelsen "first class roads" gjordes i syfte att informationen skulle kunna verifieras. Det krävs en vidare förklaring av vad som menas med "roads" i skall-kravet.

Att utesluta Mowag på denna grund, men inte andra anbudsgivare, utgör ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen. Termen "first class roads" har en liknande betydelse som det av FMV föreslagna begreppet "hard surface roads". Mowag har till styrkande av att skall-krav SR269 är uppfyllt åberopat hastighetstester utförda i september 2010.

#### Skall-krav SR294

I skall-krav SR294 är det bogserade fordonet inte preciserat med tillräcklig tydlighet – till typ eller benämning – för att skall-kravet ska kunna verifieras. Inte heller typen av bogsering – plan eller hängande – eller bogseringskopplingarna på det bogserade fordonet är specificerade. På grund av olikheter i kopplingsanordningar kan inget pansarfordon bogsera vilket annat fordon som helst.

Att SR294 använder ordet "vehicle" för att definiera både det bogserande och det bogserade fordonet, medför att dessa utgörs av samma typ av for-

don. Skall-krav SR294 måste läsas tillsammans med kravet i SR3 och då framgår att en 8x8 AWW ska bogsera en annan 8x8 AWW. Inget 8x8 pansarfordon på marknaden eller i aktuell upphandling har denna kapacitet. FMV har specificerat det bogserade fordonet som "another vehicle", vilket starkt tyder på att det bogserade fordonet är samma som det bogserande fordonet. För det fall innebörden var "any other vehicle" måste orden ändras för att säkerställa att detta inte är otvetydigt.

Mowag har bland annat angett att "the PIRANHA III SE shall be capable of flat towing another PIRANHA III SE on roads as well as in terrain". FMV har felaktigt uppfattat det på så sätt att bogsering endast kan ske på plan väg. "Flat towing" betyder att bogsering sker med det bogserade fordonets hjul i marken i motsats till "lift towing", som innebär att det bogserade fordonet lyfts upp från marken. Informationen innebär således inte en restriktion i förhållande till markens lutning/stigning när bogsering är möjlig. En PIRANHA III SE kan även bogsera andra fordon än en annan PIRANHA.

Mowag åberopar, till förvaltningsrätten den 1 september 2010 och den 16 september 2010 inlämnade videor till styrkande av att aktuellt skall-krav uppfylls.

FMV:s uppfattning att Mowag, genom att kommentera ett skall-krav i härför avsedd svarsruta, har modifierat skall-kravet och att grund för att förkasta anbudet förelegat. Ett sådant synsätt skulle innebära att kontraktet tilldelas en anbudsgivare som inte nödvändigtvis har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som har fyllt i anbudsformuläret på ett korrekt sätt.

*Likabehandlingsprincipen – Förtydliganden*

FMV har gett tre andra anbudsgivare tillfälle att på olika sätt förtydliga och precisera sina anbud. Två anbudsgivare har getts tillfälle att visa sina fordon för FMV och en anbudsgivare har fått förtydliga sitt anbud bland annat avseende vissa skall-krav. Genom att inte erbjuda Mowag samma möjlighet till förtydligande har FMV agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Vad gäller Mowags skrivfel i skall-kravet SR267 är det korrekt att det är anbudsgivaren som i första hand står risken för fel och otydligheter i anbudet men när FMV utnyttjar sin fakultativa rätt att begära förtydligande/komplettering har de en skyldighet att iaktta den grundläggande principen om likabehandling. Om FMV anser att Mowags term under skall-krav SR269 "level first class roads" inte är ett vedertaget begrepp fanns det skäl för FMV att be Mowag att förtydliga sitt anbud i denna del.

*Transparensprincipen - otydligt förfrågningsunderlag*

De kommentarer som Mowag har gjort i sitt anbud har föranletts av otydligheter i förfrågningsunderlaget. Mowag har förstått förfrågningsunderlaget så att endast kommersiella villkor inte kunde ändras. Skall-krav måste enligt avsnitt 4 i förfrågningsunderlaget anges på ett verifierbart sätt. Flera av de angivna skall-kraven är vagt angivna och således inte verifierbara, varför Mowag har angett förtydligande kommentarer avseende tekniska aspekter på fordonet.

De bristfälligt angivna skall-kraven ska ses tillsammans med instruktionerna i förfrågningsunderlaget och då ger förfrågningsunderlaget tydligt besked om hur skall-kraven ska hanteras och det saknas då skäl för Mowag att kontakta FMV för att ställa specifika frågor. Att FMV har haft möten

med enskilda leverantörer redan före utvärderingsfasen medför en uppenbar risk för att olika leverantörer har fått olika information från FMV. Förfarandet strider därför även mot transparensprincipen.

#### *Anbudens giltighetstid*

Anbudstiden löpte ut den 31 augusti 2010. Samtliga anbudsgivare har inte förlängt giltighetstiden för sina anbud. Som en följd av detta har upphandlingen förfallit och FMV kan inte längre träffa avtal med någon leverantör, se Kammarrätten i Stockholms dom den 30 november 2009 i mål nr 4488. Detta gäller oberoende av om någon leverantör lidit eller riskerar att lida skada och någon skillnad på kvalificerade och icke-kvalificerade anbud görs inte. FMV har, genom sin handläggning av frågan om förlängning brutit mot likabehandlingsprincipen, då endast tre av fem anbudsgivare tillfrågats om förlängning. Likabehandlingsprincipen gäller gentemot samtliga anbudsgivare under hela upphandlingsprocessen. Då någon förlängning av anbudens giltighet inte skett under iakttagande av likabehandlingsprincipen saknas det giltiga anbud i upphandlingen. Utan giltiga anbud kan FMV inte teckna upphandlingskontrakt.

#### *Editionsföreläggande*

Förfrågningsunderlaget och däri uppställda skall-krav har varit så utformade att ingen anbudslämnare kunnat svara ”Y” på alla krav utan att också lämna verifikationer i form av förtydligande kommentarer och/eller tekniska specifikationer till styrkande av bekräftelsen. Mowag har begärt att få ta del av andra anbudsgivares anbud avseende särskilt utpekade avsnitt men FMV har sekretessbelagt en del av den efterfrågade informationen. Den som innehar en skriftlig handling som kan antas äga betydelse som bevis är skyldig att förete den, under förutsättning att ett företeende inte skulle innebära att yrkeshemlighet röjdes. Det rör sig här om företagshem-



ligheter enligt lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. I detta ligger att hemligheten ska ha ett ekonomiskt värde för den som innehar handlingen. Vad FMV anför om anbudsgivarnas intresse för att handlingarna inte lämnats ut saknar således betydelse. Det är av största vikt att förvaltningsrätten också får del av denna information då det kan ha direkt betydelse för utgången av målet, varför skäl för att utfärda ett editionsföreläggande föreligger. Efter ett sådant föreläggande hemställer Mowag att enligt 43 § förvaltningsprocesslagen få ta del av denna information.

FMV bestrider bifall till Mowags yrkanden och anför i huvudsak följande.

*Allmänt om skall-kraven*

Mowag har inte uppfyllt skall-kraven, i SR267, SR269 och SR294. Den information som Mowag lämnat avseende de tre skall-kraven kan inte uppfattas på annat sätt än att Mowag reserverat sitt anbud. Det framgår tydligt av avsnitt 6 "Qualification of Tenderers and Evaluation of Tenderers" att skall-kraven är ovillkorliga krav som måste vara uppfyllda i sin helhet för att anbudet ska kunna komma ifråga för kontraktstilldelning och avsnitt 7 "Response to RFQ" innehåller tydliga instruktioner till anbudsgivarna.

Förfrågningsunderlaget lämnar inte öppet för anbudsgivare att med undantag för de kommersiella villkoren göra avvikelser från upphandlingens förutsättningar. En upphandlande myndighet får inte anta ett anbud om detta innefattar avsteg från skall-kraven eller i övrigt inrymmer reservationer.

Ett markerande av "Y" i en svarsruta saknar självständig betydelse för frågan huruvida en anbudsgivare uppfyller ställt skall-krav. Påstående att ett visst skall-krav är uppfyllt måste följas av information som möjliggör för FMV att verifiera påståendet. Det är utifrån denna av anbudsgivaren läm-

nade information i anbudet som FMV gör sin bedömning av skall-kravens uppfyllelse.

Mowags åberopar Section 4 till stöd för sin uppfattning att de uppfyller skall-kraven men den avser strukturen på det kontrakt som ska tecknas med vinnande anbudsgivare och ger inte några anvisningar för hur anbudet ska utformas. Det finns inte i förfrågningsunderlaget någon koppling mellan Section 4 och ”System Engineering Standars ISO 152888”.

En anbudsgivare som i sitt anbud redovisar att ett skall-krav borde se ut på ett annat sätt än det som angivits i förfrågningsunderlaget och sedan utformar sitt anbud med utgångspunkt från det, avviker från skall-kraven och kan inte uppfattas på annat sätt än ett ”icke-uppfyllande” eller en reservation och måste därför förkastas.

Mowag har genomgående för i princip varje krav definierat sitt åtagande i rutan ”Offered performance” och av Mowags ”läsinstruktion” framgår bl.a. att vad Mowag angett ska ha tolkningsföreträde i händelse av att anbudet redovisar motsägelsefulla uppgifter.

Avseende de tester som Mowag i september 2010 vidtagit för att visa att skall-kraven är uppfyllda saknar betydelse för frågan om skall-kraven var uppfyllda på anbudsdagen. Detsamma gäller för övrig dokumentation som Mowag nu lämnat in, då denna överhuvudtaget inte utgjort del av anbudet.

#### Skall-krav 267

Skall-krav 267 innebär ett krav på att fordonets bibehållna högsta hastighet vid framåtriktad körning på väg med hård yta ska överstiga 90 km/h. Mowag har, genom att i sitt anbud ange att offererat fordon klarar en bibehållen hastighet om  $90 \pm 5$  km/h, inte uppfyllt aktuellt skall-krav. Vad Mowag angivit i dokumentet benämnt ”Section 3 of the Baseline Vehicle

Technical Specification” kan inte ligga till grund för uppfyllelse av skallkrav SR267 och utgör inte heller någon motstridighet i förhållande till det som Mowag uppgett i anslutning till skallkravet. Den i dokumentet angivna uppgiften om  $100 \pm 5$  km/h avser den av motorn begränsade hastigheten utan närmare uppställda förutsättningar om vägtyp, körsätt m.m. Det är således fråga om väsentligt skilda uppgifter. Inte heller kan det som Mowag angivit i börkrav SR268 ligga till grund för uppfyllelse av skallkravet SR267 eftersom Mowag i börkrav SR268 har angett en topphastighet om  $100 \pm 5$  km/h och kravet i SR267 avser bibehållen topphastighet. Det senare ställer krav på motorstyrka, dimensionering av kylsystem m.m.

#### Skallkrav SR269

Skallkrav SR269 innebär ett krav på att fordonet ska kunna hålla en genomsnittlig hastighet om 85 km/h vid körning på väg (”roads”) under minst sex timmar. I sitt anbud har Mowag angivit att offererat fordon klarar den efterfrågade hastigheten på förstklassig väg (”level first class roads”). Enligt definitionslistan i specifikationen till det fordon Mowag hänvisar till betecknar begreppet ”level” en lutning om  $0 \% \pm 2 \%$ . Det är inte på en horisontell förstklassig väg som det av FMV efterfrågade fordonet är avsett att föras. FMV har medvetet avstått från att i aktuellt skallkrav ge uttryck för kvaliteten på den väg som fordonet ska kunna hålla den genomsnittliga hastigheten på. Mowags angivelse av ”level first class roads” innebär en uppenbar reservation av begreppet ”roads” och utgör en väsentlig avvikelser av förutsättningarna i skallkravet. Begreppet ”first class roads” är inget allmänt vedertaget begrepp som föranlett FMV att göra någon annan tolkning.

#### Skallkrav SR294

Skallkrav SR294 innebär ett krav på att fordonet ska kunna bogsera ett annat fordon (another vehicle) med samma vikt såväl på vägar som i ter-

räng. Om skall-kravet skulle ha avsett det offererade fordonets förmåga att bogsera just det offererade fordonet, dvs. samma fordon, skulle det inte ha funnits anledning att specificera att det bogserade fordonet ska ha samma vikt som det bogserande. Mowag har i sitt anbud begränsat sitt svar till att avse en viss fordonstyp ("another PIRANHA III SE"). Mowags anbud avviker från det av FMV uppställda kravet om bogsering och uppfyller inte skall-kravet.

#### Skall-krav SR297

Av skall-krav SR297 framgår att offererat fordon ska ha bogseringsanordningar i enlighet med standarden STANAG 4019. Mowags påstående om att olikheter i kopplingsanordningar skulle omöjliggöra skall-kravets uppfyllelse eller förhindra verifiering av detsamma bestrids.

#### *Likabehandlingsprincipen – Förtydliganden*

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud bl.a. förtydligas. Enligt förarbetena ska denna bestämmelse tolkas restriktivt och kan endast ske på initiativ av den upphandlande myndigheten. Ett förtydligande eller en komplettering får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 25 oktober 2007 i mål nr 5226-07 uttalat att ett förtydligande eller en komplettering inte får leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Av Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3973-04 framgår att skall-krav alltid utgör väsentliga krav. Alla ändringar/justeringar som kan hänföras till uppfyllandet av skall-krav måste anses som annat än marginella. Upphandlande myndighet har en möjlighet men inte en skyldighet att begära förtydliganden/ kompletteringar. Risken för att det i anbudet förekommer fel eller otydligheter eller i anbudet åvilar helt anbudsgivaren. Utgångspunkten måste vara att ett ingivet anbud är

korrekt och komplett. Så länge det inte rör sig om samma brist avseende samma krav kan jämförelser med hur den upphandlande myndigheten agerat i förhållande till andra anbudsgivare inte göras. Lika fall ska behandlas lika men samtidigt måste olikheter beaktas och kunna föranleda olika ageranden från den upphandlande myndighetens sida. Den bristande uppfyllelsen av skall-kraven har varit tydlig och inget i Mowags anbud har föranlett något behov från FMV att söka förtydliganden från Mowag. Mowag har inte heller under något skede av upphandlingen begärt att få rätta, med stöd av 9 kap. 8 § första stycket LOU, eventuella felskrivningar i sitt anbud.

*Transparensprincipen - otydligt förfrågningsunderlag*

Mowag hävdar att många av FMV:s krav är brisfälligt formulerade samtidigt som Mowag anger att förfrågningsunderlaget gett tydligt besked om hur skall-kraven ska hanteras och att det därför saknades skäl till att ställa specifika frågor avseende aktuella skall-krav. Tillsammans med det faktum att Mowag inte ställde en enda fråga avseende de tre skall-kraven blir Mowags inställning mycket motsägelsefull.

*Anbudens giltighetstid*

FMV bestrider att upphandlingen har förfallit. FMV erbjöd de två kvalificerade anbudsgivarna och Mowag att förlänga giltighetstiden för sina anbud. Såväl Mowag som den vinnande anbudsgivaren har förlängt giltighetstiden på sina anbud och den tredje tackade nej. Det rättsfall som Mowag åberopar är inte aktuellt i förevarande mål då det målet rörde sig om en ramavtalsupphandling med flera vinnande anbudsgivare och den klagande leverantören inte hade erbjudits förlängning. Såväl Kammarrätten i Jönköping (mål nr 3521-08) som Kammarrätten i Göteborg (mål nr 5650-09) har ansett det vara tillräckligt att anbudet var bindande vid tilldelningsbeslutet och att det inte spelade någon roll att anbudet inte längre var

giltiga när kontrakt skulle tecknas. Konkurrensverket har i yttrande (Dnr 336/2010) till Kammarrätten i Jönköping i mål nr 942-10 konstaterat att det av kammarrättspraxis kan utläsas att det görs skillnad mellan förlängningar som sker före ett tilldelningsbeslut och förlängningar som sker efter ett sådant beslut. Konkurrensverket uttalade att kravet på samtliga anbudsgivares samtycke till en förlängning inte torde göra sig gällande med samma styrka när den ursprungliga giltighetstiden gått ut efter tilldelningsbeslutet.

En förlängning av giltighetstiden av icke kvalificerade anbud fyller ingen funktion. Alla tillfrågade måste inte medge en förlängning för att upphandlingen ska kunna fortsätta.

I situationer då anbudens giltighetstid löper ut efter att tilldelningsbesked meddelats är det tillfyllest att tillfråga de anbudsgivare som kan komma ifråga för en tilldelning av kontrakt om de kan förlänga sina anbud. Hur anbudsgivarna ställer sig till möjligheten att förlänga giltighetstiden har den upphandlande myndigheten inget inflytande över.

Likabehandlingsprincipen kan omöjligtvis gälla i andra situationer än när den upphandlande myndigheten agerar. Så länge det finns giltiga anbud i upphandlingen kan den fortsätta.

#### *Editionsföreläggande*

Syftet med edition är att en part ska få ta del av handlingar som kan antas ha betydelse som bevis. Aktuellt mål rör Mowags uppfyllelse av skallkrav. Avseende dessa har Mowag fått ta del av relevant information från efterfrågade anbudsgivare, varför övrig information i dessa anbud inte har någon som helst betydelse som bevis i förevarande mål. De sekretessbelagda delarna av anbuderna avser information rörande affärs- och driftförhållanden, som berörda anbudsgivare håller hemlig och vars röjande skulle

vara ägnat att medföra skada för dessa i konkurrenshänseende. Avseende sådan information, så kallade yrkeshemligheter enligt 38 kap. 8 § 3 p rättegångsbalken, krävs för tillhandahållande till Mowag att synnerlig anledning förekommer och då ska hemlighetens ekonomiska värde och dess betydelse som bevis beaktas.

**Förvaltningsrätten** har den 23 augusti 2010 interimistiskt förordnat att FMV inte får avsluta upphandlingen.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ändrades den 15 juli 2010. Enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna (2010:571) gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den nu aktuella upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010. Det är därför lagens lydelse före detta datum som är aktuell i detta mål. Med LOU avses således lagens tidigare lydelse.

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

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) anges bl.a. följande. Skriftlig handling, som åberopas till bevis, ska tillställas rätten utan dröjsmål. I fråga om sådant bevis gäller i övrigt 38 kap. 1-5 och 7-9 §§ rättegångsbalken i tillämpliga delar.

I 38 kap. 8 § rättegångsbalken (1942:740) anges bl.a. följande. Om allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten förordna att handlingen ska tillhandahållas. Enligt andra stycket tredje punkten samma paragraf gäller det dock inte en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, om inte synnerlig anledning förekommer.

*Utredning i målet*

I FMV:s förfrågningsunderlag "Request for Quotation Regarding Armoured Wheeled Vehicles 2014" anges i "Main Document" på sidan 10 under rubriken 4 "Foreseen Contract Structure" gällande punkt 1.1 bl.a. följande.

"FMV detailed descriptions and requirements on what the Contractor shall be accomplished/delivered/realized. All requirements are to be stated in a way that make them possible to verify".

I FMV:s förfrågningsunderlag anges i "Main Document" på sidan 13 under rubriken 6 "Qualification of Tenderers and Evaluation of Tenderers" bl.a. följande.

"The process of qualification of Tenders and evaluation of tenders will be conducted in three steps:

1. Verification of suitability of Tenderers in accordance with this document (chapter 6.1 and 6.3). Compliance with the requirements in chapter 6.1 and 6.3 are mandatory for Tenderer/tender to pass to step 2.
2. Verification that tender complies with stipulated mandatory requirements (shall). These requirements are marked with yellow in the various templates for response. Compliance with the requirements is mandatory for Tenderer/tender to pass to step 3, including the statement of compliance with the mandatory requirement for IP in accordance with Instruction for IP (Annex D)."

I förfrågningsunderlaget anges i "Main Document" på sidan 17 under rubriken 7 "Response to RFQ" bl.a. följande.

"The tender shall be valid at least until 31 August 2010."

"In order to qualify as Tenderer and have tenders evaluated, a Tender must reply to and/or comment on all the requirements stipulated in this RFQ. Note that this also includes all requirements stipulated in the annexes.



Comments to all commercial, shall- and should-requirements shall be stated in designated templates for the different annexes respectively. If no Answer/Remark is made in respect of a mandatory requirement, FMV shall will interpret that the requirement is not fulfilled. Therefore it is important that all requirements are commented in all the templates. Please note that a shall-requirement must be accepted as in and that no alterations or amendments will be accepted.”

I förfrågningsunderlaget i bilagan “Annex C – System Performance” under rubriken ”Annex C.1 System Specification for AWW – Unclassified Requirements” anges under SR 267 följande.

“The sustained forward top speed of the vehicle driving on hard surfaced road shall exceede 90 km/h.”

I förfrågningsunderlaget under nyss nämnda bilaga och rubrik anges under SR 269 följande.

“The vehicle shall be possible to drive at an average speed of 85km/h for at least 6 hours when driving on roads.”

I förfrågningsunderlaget under nyss nämnda bilaga och rubrik anges under SR 294 följande.

“The vehicle shall be capable of towing another vehicle with the same weight on roads as well in terrain.”

I förfrågningsunderlaget i bilaga B ”Annex B Programme Description” anges på sidan 10 under rubriken 6 ”Programme Management” följande:

“The Tenderer is expected to conduct the work needed to fulfil the contract in accordance with plans and schedules. These plans, prepared by the Tenderer shall be appendices in the contract draft Annex A.”

I förfrågningsunderlagets bilaga B ”Annex B Programme Description” anges på sidan 12 under rubriken 6.2.2 ”Systems Engineering Management Plan (SEMP) bl.a. att:

- “Work methods, processes and routines of the Tenderer should comply with ISO15288.”

Mowag har i sitt anbud under skall-kravet SR267 angett ”Y” i kolumnen ”Compliance” och i kolumnen ”Offered Performance” uppgett följande.

”The sustained forward top speed of the PIRANHA III SE driving on hard surfaced roads shall be 90 ± 5 km/h.”

Mowag har i sitt anbud under skall-kravet SR269 angett ”Y” i kolumnen ”Compliance” och i kolumnen ”Offered Performance” uppgett följande.

”The PIRANHA III SE shall be possible to drive at an average speed of 85 km/h for at least 6 hours when driving on level first class roads.”

Mowag har i sitt anbud under skall-kravet SR294 angett ”Y” i kolumnen ”Compliance” och i kolumnen ”Offered Performance” uppgett bl.a. följande.

”The PIRANHA III SE shall be capable of flat towing another PIRANHA III SE on roads as well in terrain (...)”

FMV har i tilldelningsbeslut den 13 augusti 2010 uppgett bl.a. följande under rubriken ”3. Qualification”:

- ”Tender 5: Mowag GmbH did not fulfil the mandatory requirements stated in SR\_267, SR\_269 and SR\_294.”

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det av Mowags inlämnade anbud framgår att Mowag uppfyller i upphandlingen ställda skallkrav samt om FMV:s hantering har skett på ett enligt LOU korrekt sätt. Det åligger således inte förvaltningsrätten att göra någon ny utvärdering

och det av Mowag till förvaltningsrätten inlämnade materialet, enligt Mowag till styrkande av att i målet aktuella skall-krav uppfylls, saknar således betydelse vid förvaltningsrättens prövning.

*Skall-kraven*

Av förfrågningsunderlaget under "Main Document" under rubriken 6 framgår att i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav måste vara uppfyllda för att anbudena ska kvalificera sig vidare till utvärderingsfasen.

Det är i målet ostridigt att Mowag i sitt anbud under nu aktuella skall-krav i kolumnen "Offered performance" har lagt till kommentarer gällande respektive skall-krav. Mowag har gjort gällande att denna information endast utgör specificeringar som varit nödvändiga utifrån instruktionerna i förfrågningsunderlaget om att alla krav ska anges på ett sådant sätt att de kan verifieras. FMV har gjort gällande att Mowags lämnade uppgifter under respektive skall-krav utgör reservationer/avvikelser från av FMV ställda skall-krav och att Mowag därigenom har justerat de aktuella skall-kraven på ett icke godtagbart sätt.

Enligt förvaltningsrättens mening utgör skall-krav i en upphandling absoluta krav som måste uppfyllas på ett tydligt och fullständigt sätt. Det kan inte förutsättas av anbudsgivare att upphandlande myndighet ska leta sig fram i anbudena efter om ett ställt skall-krav är uppfyllt, särskilt om det finns markerade rutor/avsnitt där skall-kraven ska anges. Enligt förvaltningsrättens mening utgör skrivningen under rubriken 4 i "Main Document" en uppmaning till anbudsgivare att ange på vilket sätt skall-kraven uppfylls, så att FMV kan verifiera att fullständig uppfyllelse sker. Detta innebär dock inte att anbudsgivare, genom sitt anbudssvar, kan avvika eller revidera ställda skall-krav på något sätt. Mowag har vidare gjort gällande att punkten 6.2.2 i Annex B – Programme Description i förfrågningsunder-

laget innebär att System Engineering Standard ISO 15288 ska tillämpas vid anbudsutformningen. Enligt förvaltningsrättens bedömning ska punkten 6.2.2 läsas tillsammans med texten under rubriken 6 där man talar om "kontrakt" och att hänvisningen till ISO 15288 således avser strukturen m.m. på det kontrakt som kommer att tecknas med den vinnande anbudsgivare och har således ingen påverkan på utformningen av anbudet.

#### Skall-krav 267

Av skall-krav SR267 framgår att offererat fordon ska kunna hålla en bibehållen högsta hastighet, vid körning på väg med hård yta, som överstiger 90 km/h. Mowag har i sitt anbud angett att fordonet klarar en bibehållen hastighet om  $90 \pm 5$  km/h. Mowag har angett att deras uppgift är ett skrivfel. Den korrekta hastigheten ska vara 90 km/h och det framgår av andra lämnade uppgifter i anbudet att de uppfyller skall-kravet. Förvaltningsrätten konstaterar att den uppgift Mowag lämnat under punkten 267 innebär att aktuellt skall-krav inte uppfylls. Eftersom skall-krav i en upphandling utgör absoluta krav som ska uppfyllas på ett tydligt och fullständigt sätt, finner förvaltningsrätten att Mowags felskrivning medför att Mowag inte har uppfyllt skall-krav SR267. Detta oavsett vad som eventuellt kan återfinnas i andra delar av Mowags anbud.

#### Skall-krav SR269

Skall-krav SR269 innebär ett krav på att det offererade fordonet ska kunna hålla en genomsnittlig hastighet om 85 km/h vid körning på väg ("roads") under minst sex timmar. Mowag har gjort gällande att det krävs en vidare förklaring till begreppet "roads" och att Mowag därför har angett "level first class roads" för att aktuellt skall-krav över huvud taget ska vara verifierbart. Förvaltningsrätten konstaterar att FMV inte har specificerat någon särskild vägtyp för aktuell skall-kravsuppfyllnad. Mowags begrepp "level

first class road” utgör en avvikelse från det uppställda kravet om ”roads” och Mowag kan därför inte anses ha uppfyllt ifrågavarande skall-krav.

#### Skall-krav SR294

I skall-krav SR294 ställs krav på att offererat fordon ska kunna bogsera ett annat fordon (”another vehicle”) med samma vikt som det bogserande fordonet såväl på vägar som i terräng. Det är i målet ostridigt att Mowag har begränsat sitt svar under detta skall-krav till att avse en särskild fordonstyp (PIRANHA III SE). Mowag har till förklaring uppgett att detta var nödvändigt för att kunna verifiera aktuellt skall-krav. Förvaltningsrätten konstaterar att FMV inte har uppställt någon begränsning i skall-kravet gällande att bogsering ska ske av en viss fordonstyp. Mowags svar under punkten SR294 utgör enligt förvaltningsrätten en sådan avvikelse från av FMV ställt skall-krav att Mowag inte kan anses ha uppfyllt kravet.

#### *Likabehandlingsprincipen – förtydliganden*

Mowag har gjort gällande att FMV, genom att inte erbjuda Mowag men andra anbudsgivare möjlighet att komplettera sina anbud, har brutit mot likabehandlingsprincipen. Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika. Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter inte har någon skyldighet att bereda anbudsgivare möjlighet att förtydliga eller komplettera sitt anbud. Ett skall-krav som inte är uppfyllt kan enligt förvaltningsrätten inte bli föremål för förtydligande. Om Mowag skulle ha beretts tillfälle till förtydligande eller komplettering av sitt anbud skulle detta däremot ha stridit mot principen om likabehandling. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att Mowag inte har begärt att få rätta felskrivningen i sitt anbud.

*Transparensprincipen - otydligt förfrågningsunderlag*

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas. Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att Mowag lämnat motstridiga uppgifter om sin uppfattning huruvida förfrågningsunderlaget varit otydligt eller inte. Med hänsyn härtill samt med beaktande av vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att såväl förfrågningsunderlagets utformning och innehåll som den omständigheten att FMV haft möten med enskilda leverantörer före utvärderingsfasen inte innebär att FMV har brutit mot transparensprincipen.

*Anbudens giltighetstid*

När en upphandling är föremål för överprövning är det inte alltför ovanligt att de ingivna anbudens giltighetstid löper ut innan den upphandlande myndigheten har haft möjlighet att ingå kontrakt, då överprövningen kan ske i fler än en instans eller av andra skäl dra ut på tiden. En alltför lång giltighetstid för inlämnade anbud kan innebära ett oproportionerligt villkor i upphandlingen och således strida mot proportionalitetsprincipen. När den upphandlande myndigheten är klar med utvärderingen av inkomna anbud och tilldelningsbeslut har fattats torde det förhållandet att den i förfrågningsunderlaget angivna giltighetstiden för anbudet löpt ut inte innebära att upphandlingen inte kan avslutas. Om en upphandling inte är avslutad är

överprövning möjlig, (se prop. 2001/02:142 s.74, Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål nr 3521-08 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 24 mars 2010). Huruvida anbudens giltighetstid ska förlängas är en fråga för upphandlande myndighet att hantera och inte en fråga för domstolarna. Alla förlängningar måste dock ske med iakttagande av de grundläggande principerna.

I upphandlingen har inkommit fem anbud, varav tre har diskvalificerats och två gått vidare till utvärdering. FMV har tillfrågat de två kvalificerade anbudsgivarna samt Mowag om förlängning av respektive anbud och vinnande anbudsgivare samt Mowag har gått med på en förlängning. Då de anbudsgivare som inte kvalificerat sig (bortsett från sökanden) inte skulle kunna komma ifråga för kontraktstilldelning kan förvaltningsrätten inte finna några skäl för att FMV, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, skulle ha tillfrågat även dessa anbudsgivare om en förlängning av deras förkastade anbud. Inte heller den omständigheten att en tillfrågad anbudsgivare avsäger sig en förlängning av sitt anbud kan läggas upphandlande myndighet till last med åberopande av brott mot likabehandlingsprincipen. Att inte alla anbudsgivare medgett en förlängning av giltighetstiden kan inte utgöra hinder för att den pågående överprövningsprocessen fullföljs. Ett annat synsätt skulle öppna en möjlighet för en anbudsgivare som inte vinner en upphandling att ansöka om överprövning och – med den fördröjning en överprövningsprocess i domstol medför – avvakta att giltighetstiden för anbudet löper ut för att därigenom framkalla att en måhända korrekt utförd upphandling måste göras om (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 oktober 2010 i mål nr 1798-10). Förvaltningsrätten finner således att frågan om anbudens giltighetstid och FMV:s hantering i denna del inte utgör något hinder mot att förvaltningsrätten prövar målet i sin helhet.

*Editionsföreläggande*

Syftet med edition är att en part ska få ta del av handlingar som kan antas ha betydelse som bevis i ett mål. Förevarande mål rör Mowags uppfyllelse av skall-krav. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan information från övriga i upphandlingen inkomna anbud inte antas äga betydelse som bevis i detta mål. Med beaktande av vad FMV anfört synes det också framgå att den av Mowag begärda informationen avser anbudsgivarnas affärs- och driftförhållanden, vilket berörda anbudsgivare håller hemlig och vars röjande skulle vara ägnat att medföra skada för dessa i konkurrenshänseende. Det har inte heller framkommit någon synnerlig anledning, i enlighet med 38 kap. 8 § 3 p rättegångsbalken gällande yrkeshemligheter, för förvaltningsrätten att begära in de ifrågavarande uppgifterna. Mowags yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna FMV att tillhandahålla allmänna handlingar ska således avslås.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad Mowag åberopat inte visar att upphandlingen har genomförts i strid med LOU och gemenskapsrätten. Mowags ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

  
Charlotte Hedberg  
Rådman

Föredragande har varit Åsa Backholm.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.