

Till

Förvaltningsrätten i Stockholm
115 76 Stockholm

Stockholm den 26 augusti 2010

Mål nr 38481-10, enhet 12

General Dynamics European Land Systems – Mowag GmbH ./. Försvarets materielverk

Vi får härmed anmäla oss som ombud för Försvarets materielverk ("FMV") och avge följande yttrande över General Dynamics European Land Systems – Mowag GmbHs ("Mowag") ansökan om överprövning.

1. INSTÄLLNING

FMV bestrider ansökan och yrkar att den ska avslås.

2. GRUNDER

2.1 Mowag har inte uppfyllt samtliga skall-krav

Som framgår av det tilldelningsbeslut som meddelades den 13 augusti 2010 har Mowag i tre avseenden brustit i uppfyllande av kraven SR267, SR269 samt SR294.

Alla tre utgör kvalificeringskrav eller, såsom vedertaget begrepp, s.k. skall-krav. Skall-krav utgör obligatoriska krav i den bemärkelsen att de måste vara uppfyllda för att anbudet ifråga överhuvudtaget ska kunna antas. Skall-krav utgör vidare absoluta krav i den bemärkelsen att de antingen uppfylls helt eller inte alls – de kan inte uppfyllas i högre eller lägre grad. Således får inte en upphandlande myndighet anta ett anbud om detta innefattar avsteg från skall-kraven eller i övrigt inrymmer reservationer mot desamma.

Det nu anförda har fastlagts genom såväl EU-rättslig som svensk praxis. Bland annat kan nämnas dom av kammarrätten i Sundsvall, som i mål nr 328-05 uttalade följande:

"Av principen om likabehandling av alla anbudsgivare följer ett krav på att anbuden, för att kunna accepteras, skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten får därför inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget."

En upphandlande myndighets skyldighet att förkasta anbud som inte uppfyller skall-krav har ytterligare erinrats om av kammarrätten i Stockholm i domar av den 23 oktober 2008 och den 21 oktober 2009 i mål nr 3706-08 respektive 5942-09.

Det kan noteras att, för att skyldighet ska uppstå för den upphandlande myndigheten att diskvalificera ett anbud, det är tillräckligt att anbudet uppvisar bristande uppfyllelse av endast ett skall-krav.

Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget (bilaga 2.4 till Mowags ansökan om överprövning) i nu aktuell upphandling, avsnitt 6, "Qualification of Tenderers and Evaluation of Tenders", att skall-kraven är ovillkorliga krav som måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna komma ifråga för kontraktstilldelning.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt 7, "Response to RFQ", som innehåller tydliga instruktioner till anbudsgivarna, framgår följande:

"Please note that a shall-requirement must be accepted as is and that no alterations or amendments will be accepted."

Att förfrågningsunderlaget skulle lämna öppet för anbudsgivare att med undantag för de kommersiella villkoren göra avvikelser från upphandlingens förutsättningar bestrids. Mowags påstående därom är svårbegripligt och redan genom detta uttalande framgår att Mowags ansökan inte kan bifallas.

2.1.1 Markerandet i svarsrutorna

Mowag anger att bolaget i anbudet uppgivit att de tre aktuella skall-kraven uppfylls, genom att markera "Y" i respektive svarsruta i "Compliance". Att sådant markerande skett vitsordas av FMV. Redan här önskar FMV emellertid understryka att ett markerande av "Y" i en svarsruta saknar självständig betydelse för frågan huruvida en anbudsgivare uppfyller däri ställt skall-krav. Påståendet att ett visst skall-krav är uppfyllt måste följas av information som möjliggör för FMV att verifiera påståendet. Det är utifrån denna av anbudsgivaren lämnade information i anbudet som FMV gör sin bedömning av skall-kravens uppfyllelse.

Den information som Mowag lämnat avseende de tre ovan angivna skall-kraven har FMV analyserat och därvid kunnat konstatera att de inte kan uppfattas på annat sätt än att Mowag reserverat sitt anbud. Den bristande uppfyllelsen av skall-kraven ifråga redogörs för i det följande.

2.1.2 Skall-krav SR267

Skall-krav SR267 innebär ett krav på att fordonets bibehållna högsta hastighet vid framåtriktad körning på väg med hård yta ("hard surfaced roads") ska överstiga 90 km/h.

Skall-kravet är angivet enligt följande:

"The sustained forward top speed of the vehicle driving on hard surfaced roads shall exceed 90 km/h." (vår understrykning)

I sitt anbud har Mowag angivit följande:

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

I sitt anbud har Mowag således angivit att offererat fordon klarar en bibehållen hastighet om 90 ± 5 km/h. Mowags anbud avviker i denna del följaktligen från det av FMV uppställda kravet SR267 om viss högsta bibehållna hastighet och har följaktligen inte uppfyllt skall-kravet ifråga. Det förhållande att skall-kravet inte i anbudet redovisats som uppfyllt på sätt som erfordras enligt SR267 har vitsordats av Mowag.

Konstaterandet att Mowag för skall-krav SR267 angivit en annan hastighet än den som efterfrågas i skall-krav SR267 är i sig tillräckligt för att nödga FMV att diskvalificera Mowags anbud. För ordningens skull önskar FMV emellertid göra följande klarlägganden beträffande det som Mowag anfört i denna del.

Vad Mowag angivit i dokumentet benämnt "Section 3 of the Baseline Vehicle Technical Specification" (bilaga 3.4 till Mowags ansökan om överprövning) kan inte ligga till grund för uppfyllelse av skall-kravet SR267 och utgör inte heller någon motstridighet i förhållande till det som Mowag uppgett i anslutning till skall-krav SR267. Den i dokumentet angivna uppgiften om 100 ± 5 km/h avser den av motorn begränsade hastigheten ("Engine-governed speed") utan närmare uppställda förutsättningar om vägtyp, körsätt, m.m. I jämförelse med hur kravet i SR267 är formulerat är således fråga om väsentligt skilda uppgifter.

Inte heller kan det som Mowag angivit i bör-krav SR268 ligga till grund för uppfyllelse av skall-kravet SR267 eller utgöra någon motstridighet i förhållande till det som Mowag uppgett i anslutning till skall-krav SR267. För bör-krav SR268 har Mowag angivit en uppgift om 100 ± 5 km/h som avser *topphastighet* ("forward top speed"). För skall-krav SR267 har Mowag angivit en uppgift om 90 ± 5 km/h som avser *bibehållen topphastighet* ("sustained forward top speed"). Det senare innebär att hastigheten ska kunna bibehållas under lång tid, vilket ställer krav på motorstyrka, dimensionering av kylsystem, m.m. Det som Mowag offererat under bör-krav SR268 utgör således ett väsentligen begränsat åtagande i förhållande till det som angivits under skall-krav SR267. Det kan för övrigt noteras att Mowag i sitt anbud angivit att inte heller bör-krav SR268 har uppfyllts.

2.1.3 Skall-krav SR269

Skall-krav 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. Skall-kravet är angivet enligt följande:

"The vehicle shall be possible to drive at an average speed of 85 km/h for at least 6 hours when driving on roads." (vår understrykning)

I sitt anbud har Mowag angivit 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 first class roads." (vår understrykning)

I sitt anbud har Mowag således angivit att offererat fordon klarar den efterfrågade hastigheten på förstklassig väg ("first class roads"). Mowags anbud avviker i denna del följaktligen från det av FMV uppställda kravet SR269 om viss genomsnittlig hastighet och har följaktligen inte uppfyllt skall-kravet ifråga.

Återigen får FMV framhålla att den reservation som Mowag på detta sätt gjort i förhållande till skall-kravet i sig innebär att FMV varit skyldigt att diskvalificera Mowags anbud. FMV önskar emellertid lämna följande kommentarer kring det som Mowag anfört i denna del.

FMV har för skall-krav SR269 inte, på sätt som t.ex. gjorts såväl i ovan nämnda skall-krav SR267 som i bör-krav SR268, begagnat sig av formuleringen "hard surfaced roads" eller på annat sätt givit uttryck för kvaliteten på den väg som fordonet ska kunna hålla den genomsnittliga hastigheten på. Skall-krav SR269 är avsiktligt och med önskvärd tydlighet avgränsat på detta sätt och medför att Mowags angivelse av "first class roads" innebär en väsentlig avvikelse från förutsättningarna i skall-kravet.

Begreppet "first class roads" är därutöver inget allmänt vedertaget begrepp som föranlett FMV att göra annan tolkning av Mowags lämnade information än den som ovan redogjorts för. Angivelsen av "first class roads" utgör en uppenbar reservation av begreppet "roads" som angivits i skall-kravet. Påståendet om att angivelsen av "first class roads" därutöver i något avseende skulle möjliggöra en verifiering som annars inte hade gått att utföra saknar all fog och bestrids.

2.1.4 Skall-krav SR294

Skall-krav SR294 innebär ett krav på att fordonet ska kunna bogsera ett annat fordon med samma vikt såväl på vägar som i terräng, och är angivet enligt följande:

"The vehicle shall be capable of towing another vehicle with the same weight on roads as well in terrain." (vår understrykning)

I sitt anbud har Mowag angivit följande:

"The PIRANHA III SE shall be capable of flat towing another PIRANHA III SE on roads as well in terrain (pneumatic brake and hydraulic steering system have to be operable) using only on-board tools with a driver in the towed vehicle.

The PIRANHA III SE shall be equipped with air brake connectors, following the requirements of STANAG 2604 ED.3 as a guideline and allowing to tow another PIRANHA III SE and being towed by another PIRANHA III SE." (vår understrykning)

Mowags anbud avviker i denna del således från det av FMV uppställda kravet SR294 om viss bogsering och har följaktligen inte uppfyllt skall-kravet ifråga.

Med anledning av det som Mowag anfört i denna del önskar FMV göra följande klarläggande.

FMV får inledningsvis påpeka att Mowags argumentation om "flat towing" helt saknar samband med frågan om Mowags uppfyllelse av skall-kravet. Uppgiften "flat towing" har inte utgjort grund för FMV:s bedömning om Mowags bristande skall-kravsuppfyllnad i nu aktuell fråga och hör följaktligen inte till målet. Härjämte vill FMV bestrida att FMV uppfattat Mowags lämnade information om "flat towing" på sätt som påstås av Mowag.

Skall-krav SR294 om bogsering av fordon är inte formulerat på sådant sätt att anbudsgivare får, såsom Mowag gjort, begränsa sitt svar till att avse viss fordonstyp.

Såvitt avser förutsättningar för bogsering kan olika fordonstyper väsentligen skilja sig åt beträffande t.ex. rullmotstånd, m.m. Av skall-krav SR297 framgår därutöver att offererat fordon ska ha bogseranordningar i enlighet med standarden STANAG 4019. Påståendet om att olikheter i kopplingsanordningar skulle omöjliggöra skall-kravets uppfyllelse eller förhindra verifiering av detsamma bestrids därför.

2.2 Frågan om förtydliganden

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I förarbetena till LOU, proposition 2006/07:128, framhålls att bestämmelsen ska tolkas restriktivt och att den endast kan aktualiseras på initiativ av den upphandlande myndigheten.

Den tidigare tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, Nämnden för offentlig upphandling ("NOU"), har i ett yttrande (dnr 2003/0289-29) anfört följande angående då motsvarande bestämmelse i 1 kap. 21 § äldre LOU:

"Skillnaden mellan 1 kap. 21 § första och andra stycket är enligt NOU:s mening att det första stycket medger att tidigare fakta ersätts med ny, dock endast om den ursprungliga informationen är uppenbart felaktig och inte innebär att innehållet i anbudet väsentligen ändras. I andra stycket avses med förtydligande eller kompletteringar endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, dvs. inte att tidigare lämnade uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter."

Kammarrätten i Stockholm har om samma bestämmelse uttalat följande i dom den 25 oktober 2007 i mål nr 5226-07:

"Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan."

FMV vill här särskilt framhålla att bestämmelsen ger uttryck för den upphandlande myndighetens möjlighet – inte skyldighet – att begära förtydliganden och kompletteringar. Stadgandet kan inte tolkas på annat sätt än att risken för att det i anbudet förekommer fel eller otydligheter, eller att anbudet i något avseende inte är komplett, helt åvilar anbudsgivaren. Allt annat vore för övrigt helt orimligt. Utgångspunkten måste naturligtvis vara att ett ingivet anbud är korrekt och komplett.

Som ovan redogjorts för har Mowags anbud innefattat avvikelser från aktuella skall-krav eller på annat sätt inrymt reservationer mot desamma. FMV har därför rätteligen diskvalificerat Mowags anbud från fortsatt deltagande i upphandlingen.

Den bristande uppfyllelsen av skall-kraven har varit tydlig. Inget i Mowags anbud har föranlett något behov från FMV att söka förtydliganden från Mowag i detta avseende. FMV har därutöver gjort bedömningen att de lämnade reservationerna och avvikelserna varit av den karaktären att Mowag inte genom tillåtna förtydliganden kunnat ändra anbudet på så sätt att skall-kraven därigenom kunnat bedömas som uppfyllda.

Det kan därtill noteras att Mowag, för det fall Mowag ansett uppenbara felskrivningar förekomma i sitt anbud, inte under något skede av upphandlingen begärt att få rätta dessa i enlighet med 9 kap. 8 § första stycket LOU. Ej heller har Mowag, för det fall Mowag funnit förfrågningsunderlaget otydligt i nu aktuella delar, utnyttjat möjligheten att ställa frågor till FMV i enlighet med förfrågningsunderlagets bestämmelser därom. De

frågor som Mowag enligt denna möjlighet har ställt till FMV har avsett andra uppgifter än de i målet aktuella.

Vad avser de av Mowag gjorda jämförelserna med anbudsgivaren BAE Systems Hägglunds AB ("BAE") får FMV först och främst konstatera att även BAE diskvalificerats i upphandlingen. På vilket sätt FMV därigenom skulle ha gynnat BAE på Mowags bekostnad och sålunda brutit mot likabehandlingsprincipen framstår därför som obegripligt. Mowags påstående därom bestrids följaktligen. FMV finner inte anledning att närmare utveckla grunderna för de förtydliganden som begärdes av BAE, utan får kort framhålla att sådan begäran om förtydligande avsåg helt andra uppgifter än de i målet aktuella.

Mot den ovan redovisade bakgrunden kan inte FMV:s bedömning att förtydligande från Mowag varit obehövlig anses utgöra brott mot vare sig LOU:s grundläggande principer eller någon av LOU:s bestämmelser. Tvärtom hade inte Mowag kunnat förtydliga sitt anbud på sätt som innebar att skall-krav kunnat bedömas som uppfyllda.

2.3 Mowag har inte lidit skada

Som ovan redogjorts för har FMV genom att diskvalificera Mowag från fortsatt deltagande i upphandlingen inte överträtt någon bestämmelse i LOU.

FMV önskar därutöver framhålla att en förutsättning för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU är att klagande leverantör kan visa att den upphandlande myndighetens överträdelse medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada. Med sådan skada avses i nu aktuellt mål att Mowag, för det fall att bolaget inte hade diskvalificerats, hade kommit ifråga för kontrakt. Bevisbördan för att denna skada har uppstått åvilar Mowag.

Mowag har i detta avseende anfört att bolaget på grund av lämnad prisuppgift med största sannolikhet skulle ha tilldelats kontrakt. Med hänsyn till att utvärderingen omfattar 43 olika bedömningsparametrar, samt att anskaffningspriset endast motsvarar 12,6 % av den totala utvärderingen, saknar påståendet all grund och bestrids av FMV.

3. SÄRSKILT OM MÅLETS FORTSATTA HANDLÄGGNING

Mowag har i sin ansökan förutskickat att den ska kompletteras. FMV vill dock framhålla att den grundläggande frågan huruvida de tre berörda skall-kraven kan anses uppfylla eller inte torde kunna avgöras utan ytterligare skriftväxling. Det är med hänsyn till upphandlingsföremålet av synnerlig vikt för den svenska försvarsmakten att FMV utan ytterligare dröjsmål kan avsluta upphandlingen. FMV hemställer därför om att målet avgörs så skyndsamt som möjligt.

Målet rör i ett första skede frågan huruvida aktuella skall-krav har uppfyllts eller ej. Att de av FMV påtalade bristerna har förelegat vitsordas av Mowag. Det är således ostridigt i målet att Mowags anbud inte redovisar uppfyllelse av skall-krav. Den i målet återstående frågan är huruvida FMV borde ha begärt förtydliganden/kompletteringar från bolaget. FMV har visat ovan att de brister som förelegat inte hade kunnat åtgärdas även om förtydliganden hade inkommit efter anbudstidens utgång. Hade FMV godtagit något sådant skulle detta ha inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen.

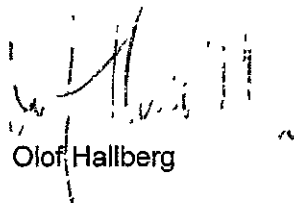
Alldeles oavsett vad Mowag samt FMV kan komma att tillföra målet i övrigt är frågan om uppfyllelse av skall-krav av så central betydelse i LOU-mål att sådan tillförsel inte kan

påverka utgången i målet. Mot bakgrund av de faktiska förhållandena i målet samt den tydliga praxis som finns avseende målets rättsfrågor är det FMV:s uppfattning att förvaltningsrätten bör kunna avgöra målet utan infordrande av ytterligare yttranden från parterna. Detta skulle innebära betydande processekonomiska fördelar för såväl parterna som domstolen.

Som ovan



Eva-Maj Mühlenbock



Olof Hallberg