



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

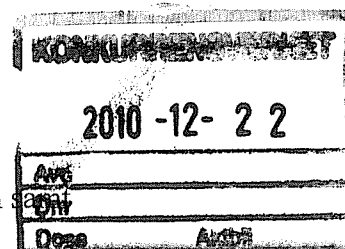
DOM
2010-12-20
Meddelad i
Linköping

Mål nr
7379-10
Rotel 8

SÖKANDE

ERA a.s.
Prumyslova 387
550 03 Pardubice
Tjeckien

Ombud: Advokaterna Niklas Sjöblom och Tomas Kjellgren
jur.kand. Johanna Jonsson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm



MOTPART

Luftfartsverket
601 79 Norrköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Ansökan avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 30 augusti 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 23568

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Luftfartsverket genomför en upphandling avseende Wide Area Multilateration (LFV 2009-003310). Vid upphandlingen används förhandlat förfarande. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Luftfartsverket ska antas.

I underrättelse den 20 augusti 2010 meddelade Luftfartsverket att det fattat beslut om att ERA a.s. inte skulle tilldelas kontrakt eftersom anbudsutvärderingen visat att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet lämnats av annan anbudsgivare, Sensis Corporation.

ERA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF.

Luftfartsverket bestrider bifall till yrkandet.

Genom intermistiskt beslut den 30 augusti 2010 bestämde förvaltningsrätten att upphandlingen inte fick avslutas.

ERA anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Av 12 kap. 2 § LUF framgår att utvärderingskriterier ska viktas. Endast om det enligt den upphandlande enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Av artikel 55.2 i direktiv 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) framgår att det endast ”när den upphandlande enheten anser att viktning inte är möjligt av påvisbara skäl”, som den upphandlande enheten ska ange kriterierna i fallande prioritetsordning. I beaktandesats 55 i försörjningsdirektivet anges dessutom att en upphandlande enhet endast får göra undantag från kravet på viktning av tilldelningskriterierna ”i vederbörligen styrkta fall, som de måste kunna motivera”. I prop. 2006/07:128 s. 406 anges att viktningen exempelvis kan, om utvärderings-

kriterierna är kvalitet och pris, bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. Det anges inte att viktning av utvärderingskriterier kan ske på något annat sätt än genom procentuell viktning. Syftet med det krav på viktning som följer av 12 kap. 2 § LUF och artikel 55.2 i försörjningsdirektivet är att göra själva grunderna för utvärderingen transparenta för leverantörerna så att dessa kan bilda sig en faktisk uppfattning om vilka kriterier som är avgörande för tilldelningen av kontraktet och vilken betydelse de olika kriterierna tillmätts. Härtill säkerställer en tydlig inbördes viktning av kriterierna att anbudsgivarna behandlas lika vid utvärderingen av anbuden. Bevisbördan för att viktning inte är möjlig åvilar den upphandlande enheten. – I upphandlingen framgår inte utvärderingskriteriernas inbördes viktning på förhand utan den blir känd först efter anbudsutvärderingen. Viktningen blir inte densamma för samtliga anbudsgivare. Utvärderingskriteriernas inbördes viktning ska inte behöva framräknas av anbudsgivare genom olika simuleringar utan vara uttryckligt angiven i förfrågningsunderlaget, konstant genom hela upphandlingen och lika för alla anbudsgivare. Eftersom prispåslagen inte anger utvärderingskriteriernas vikt i relation till varandra, är utvärderingsmodellen oförenlig med ordalydelsen i angivna bestämmelser. Luftfartsverket har saknat skäl att använda sig av en fallande prioritetsordning eftersom det varit möjligt att ange en inbördes viktning. – Till stöd för använt förfarande åberopar Luftfartsverket Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 3014-09. Den domen saknar emellertid relevans för detta mål. För det första var valda kvalitetskriterier i den utvärderingsmodellen, till skillnad från nu aktuell situation, inbördes viktade genom angivande av procenttal för varje kriterium. För det andra var utvärderingskriterierna som användes i den modell som kammarrätten bedömde åsatta ett visst monetärt värde, något som inte nu är fallet. Sistnämnda förhållande var av avgörande betydelse för utgången i kammarrättsmålet. Anledningen till att kammarrätten särskilt framhållit att kvalitetskriterierna värderats monetärt får anses vara att ett fast angivet monetärt värde för använda kvalitetskriterier åtminstone säkerställer att använda

kvalitetskriterier kommer att värderas lika för alla anbudsgivare. Vid en jämförelse med den utvärderingsmodell som Luftfartsverket valt kan konstateras att någon motsvarande likabehandling mellan anbudsgivarna inte kan uppnås. Luftfartsverkets utvärderingsmodell innebär nämligen per definition att påslaget för kvalitetsbrister skiljer sig åt mellan anbudsgivare även om dessa skulle tilldelas exakt samma kvalitetspoäng i upphandlingen, dvs. betydelsen av erbjuden kvalitet är helt beroende av anbudsgivarnas pris. – Kammarrätten i Göteborg angav i mål nr 2295-09 att ett förfrågningsunderlag, som inte gav någon ledning för anbudsgivare i vad som närmare avsågs med ”hög kvalitet” respektive ”kompetenser och resurser som väl tillgodoser den ombyggnad som anbudsfrågan avser”, innebar ett alltför stort utrymme för godtycke, och ansågs därmed medföra en i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. – Beskrivningarna av hur Luftfartsverket avser att poängsätta anbuden är så allmänt hållna att de inte ger en leverantör någon ändamålsenligt ledning för hur denne ska gå tillväga för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Att Luftfartsverket i yttrande har hänvisat till nya, inte tidigare anförda grunder för sin utvärdering ger i sig stöd för att den använda utvärderingsmodellen lämnar utrymme för Luftfartsverket att göra en egen skönsmässig bedömning av anbuden i strid med principerna om likabehandling och transparens. En sådan skönsmässig bedömning hade kunnat undvikas om Luftfartsverket hade beskrivit varje utvärderingskriterium på ett klart och transparent sätt med en tydligare poängangivelse. – Vad gäller utvärderingskriteriet ”Technical Solution” anges tre exempel på omständigheter som Luftfartsverket ”among other things” kommer att beakta. Luftfartsverket reserverar sig självt på detta sätt en fri prövningsrätt, som ytterligare utökas genom en oklar poängskala. I denna anges att ett anbud som Luftfartsverket finner ”very favourable” ges 50 poäng, ”good” ges 40 poäng, ”acceptable” ges 20 poäng, ”not good” ges 10 poäng och ”not acceptable” ges 0 poäng. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget vad Luftfartsverket avser med de olika begreppen. Luftfartsverket hade kunnat

tillämpa en tydlig poängsättning utifrån antal sensorer i en viss offererad teknisk lösning i förhållande till antalet sensorer i den offererade tekniska lösning som erbjudit det lägsta antalet sensorer (sammanlagd poäng för underkriteriet = (antal sensorer/lägst antal sensorer) * vikten för underkriteriet). Det skulle ha varit transparent och förutsebart. – Även utvärderingskriteriet "Compliance with Operational Should requirements" innehåller en oklar poängskala. Luftfartsverket anger att om "all or almost all" uppfylls ges 40 poäng, om "almost all" uppfylls ges 30 poäng, om "most" uppfylls ges 10 poäng, om "some" uppfylls ges 5 poäng och om "few or no" uppfylls ges 0 poäng. Aktuell poängskala lever omöjligt upp till LUF:s krav på transparens och likabehandling. Det är ju t.ex. orimligt att Luftfartsverket fritt ska kunna få välja mellan att ge en anbudsgivare 40 eller 30 poäng om denne bedöms uppnå nivån "almost all". – Såvitt avser utvärderingskriteriet "Commercial Terms and Conditions" har Luftfartsverket angivit att anbudsgivare kommer att erhålla poäng "depending on how favorable the proposed contracts are to LFV, i.e. how well proposed contracts correspond with LFV's requested terms and conditions regarding each category". Luftfartsverket avslöjar emellertid inte vilka villkor och bestämmelser som enheten anser vara särskilt fördelaktiga utan detta får anbudsgivarna gissa sig till när de försöker att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. ERA har på förhand vetat att dess anbud avseende aktuellt utvärderingskriterium skulle komma att erhålla maximalt 20 poäng men inte alls ur förfrågningsunderlaget kunnat utläsa hur anbudet skulle utformas för att motsvara det Luftfartsverket förväntar sig av ett "fördelaktigt" anbud. – Om en upphandlande myndighet generellt väljer att använda kontraktsvillkor som ett utvärderingskriterium ligger det i sakens natur att höga krav måste ställas på transparens och förutsebarhet. Det har av förfrågningsunderlaget inte framgått vilka villkor och bestämmelser som Luftfartsverket anser vara särskilt fördelaktiga. ERA har därför inte alls ur förfrågningsunderlaget kunnat utläsa hur bolaget ska utforma sitt anbud för att det ska motsvara vad Luftfartsverket förväntar sig av ett "fördelaktigt"

anbud. – Det faktum att fråga är om upphandling av vissa funktioner fråntar inte Luftfartsverket skyldigheten att i förfrågningsunderlaget ställa upp klara, tydliga och förutsebara krav beträffande funktionerna. Kraven på förfrågningsunderlaget kan inte sättas lägre på grund av att upphandlingen avser komplex och ny teknik. I stället måste de funktioner som efterfrågas preciseras i förfrågningsunderlaget. För det fall en upphandlande enhet efterfrågar innovativa lösningar måste också preciseras vad som anses vara innovativt så att kravet på likabehandling inte åsidosätts. För en så resursstark och erfaren upphandlare som Luftfartsverket torde sådana preciseringar med relativ lätthet låta sig göras. Det ligger i sakens natur att det torde finnas goda förutsättningar att precisera vissa utvärderingskriterier, såsom t.ex. ”Price” och ”Commercial Terms and Conditions”, eftersom dessa bör vara tydligt mätbara. – Den matematiska formel som enligt anbudsintjudan ska användas för beräkningen av ett jämförelsepris, ”Comparativ Cost”, avseende utvärderingskriteriet ”Price” är oklar. Att formeln har angivits i anbudsintjudan innebär inte att LUF:s krav på transparens och likabehandling uppfyllts. Även om den matematiska formeln i sig har varit tydlig och förutsebar har anbudsgivarna inför utformandet av sina respektive anbud inte informerats om vad som skulle komma att premieras och tillmätas betydelse i utvärderingen. En anbudsgivare ska inte behöva gissa sig till detta. En utvärderingsmodell som innebär att det monetära värdet på valda kvalitetskriterier varierar kraftigt beroende på det pris som varje anbudsgivare offererar kan inte anses vara förenligt med det krav på transparens och likabehandling som följer av LUF. – Utifrån informationen i förfrågningsunderlaget har det saknats möjlighet att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Detta innebär också att Luftfartsverket i praktiken förbehållit sig en fri prövningsrätt av de inkomna anbudena. Detta strider mot principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot LUF. – ERA har, med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget, lämnat ett anbud som, såvitt ERA på förhand kunnat bedöma, skulle komma att tilldelas maximal poäng. Denna bedömning av förfrågningsunderlaget har även legat till

grund för ERA:s prissättning. Om ERA hade kunnat utläsa att det fanns risk att tilldelas 100 poäng avseende kvalitetskriterierna och inte maximala 150 poäng, hade detta självfallet beaktats vid prissättningen. – Vad gäller utvärderingskriteriet ”Technical Solution” har ERA tilldelats 20 av 50 poäng, dvs. erbjuden kvalitet har varit godtagbar för Luftfartsverket. Att poängavdrag skulle komma ifråga på det sätt som Luftfartsverket angivit i sin bedömning framgår inte alls av förfrågningsunderlaget. Vad som avses med ”higher degree” är vidare ytterst oklart. Mot bakgrund härav bör bolagets poäng höjas. – ERA är av den bestämda uppfattningen att det antal sensorer ERA offererat i sitt anbud samt sensorernas utplacering har styrts av yttre begränsningar på grund av befintlig fördelning av elkapacitet. Andra leverantörers ”Mlat systems utformning” kan omöjligt lösas med ett färre antal sensorer eller snävare distribution av dessa. Det antal sensorer samt distributionen av dessa som ERA offererat är den realistiska systemlösningen, som till fullo utformats på ett säkert och kostnadsoptimerat sätt för att möta Luftfartsverkets behov och i enlighet med Luftfartsverkets tekniska specifikationer. – Den tekniska lösning som ERA offererat är överlägsen Sensis lösning förutsatt att Sensis offererat den teknologi som använts i samband med nyligen genomförda installationer. ERA ifrågasätter starkt hur de täckningskrav som Luftfartsverket ställt upp kan tillgodoses med ett färre antal sensorer eller tätare placering av dessa. – Studier av den teknologi som Sensis använt sig av vid nyligen genomförda installationer visar att denna inte är i närheten av ERA:s tekniska lösning vad avser erforderliga täckningsområden inom svensk FIR vid högre flyghöjder. Vid flyghöjder utanför svensk FIR är täckningsgraden hos Sensis tekniska lösning till och med så låg att flygplan positionerade på den höjden riskerar att inte upptäckas alls, något som är alarmerande från säkerhetssynpunkt. För det fall Sensis offererat helt ny, oprövad teknologi framstår det vidare som oklart hur Luftfartsverket har kunnat avgöra att Sensis tekniska lösning medför betydligt lägre kostnader för installation av sensorer, därtill hörande infrastruktur, underhåll och felavhjälpning. Om Sensis offererade

tekniska lösning är ny och oprövad kan dessa faktorer ännu inte vara kända för Luftfartsverket. – Eftersom Luftfartsverket ansett att ERA uppfyller kravet "Almost all Operational should requirements" bör ERA tilldelas 40 poäng (kravet för 40 poäng är ju detsamma som för 30 poäng). Om så ej sker skulle Luftfartsverket ges fri prövningsrätt att bestämma om man önskar sänka viss anbudsgivares poäng trots att erbjuden kvalitet egentligen berättigar till högsta poäng enligt förfrågningsunderlagets ordalydelse. Luftfartsverkets motivering för sin poängsättning av ERA:s anbud i denna del har i Luftfartsverkets brev den 25 augusti 2010 angivits vara att ERA:s anbud är "Not considered fully compliant due to the quality of the simulations. Mode S transponder has been used although it was required to use Mode A/C". I yttrande har emellertid Luftfartsverket motiverat poängsättningen på annat sätt, nämligen med att alla anbudsgivare visat maximal kravuppfyllnad i denna del i den matris som följt med förfrågningsunderlaget. Samtidigt har angivits att Luftfartsverket i sin bedömning inte har kunnat verifiera dessa uppgifter genom anbudsgivarnas simuleringskartor och att alla anbudsgivare därför tilldelats 30 poäng. Den i efterhand lämnade motiveringen framstår som märklig och motsägelsefull. Det förhållandet att Luftfartsverket under ett och samma kriterium kan lägga vitt skilda skäl till grund för poängsättningen visar återigen att utvärderingsmodellen ger Luftfartsverket utrymme för skönsmässiga bedömningar i strid med LUF. ERA vill också påpeka det faktum att Luftfartsverket, enligt egen utsago, inte kunnat verifiera anbudsgivarnas kravuppfyllnad i denna del genom anbudsgivarnas simuleringskartor. Med hänsyn härtill är det inte orimligt att tänka sig att Luftfartsverket också kan ha haft svårt att avgöra huruvida en teknisk lösning är bättre än någon annan. Eftersom krav på just täckning är ett av angivna "Operational should requirements" framstår det som oklart hur Luftfartsverket har kunnat verifiera Sensis kravuppfyllnad i denna del. När det gäller påståendet om bristande simuleringskapacitet från ERA:s sida ska förtydligas att den placering av sensorer som ERA föreslagit i sin simulering av valfria system har varit preliminär eftersom en un-

dersökning av potentiella platser för utplaceringar inte har varit möjlig under anbudsfasen. Naturligtvis har det inte varit ERA:s avsikt att placera en antennmast ute i havet. Att en sådan teoretisk placering har föreslagits har berott på ett antagande från ERA:s sida att det preliminära förslag som anbudsgivarna lämnade skulle bli föremål för diskussioner med Luftfartsverket om praktiskt möjliga utplaceringar av sensorer innan undertecknande av kontrakt och slutlig utplacering. – Avseende utvärderingskriteriet ”Commercial terms and Conditions” har Luftfartsverket tilldelat ERA 10 av totalt 20 poäng. ERA kan inte finna stöd för Luftfartsverkets bedömning av ERA:s offererade ”Maintenance Contract” och ”Draft Contract” och anser att högre poäng bör tilldelas. I yttrande har Luftfartsverket som motivering till att ERA beträffande detta utvärderingskriterium enbart tilldelats 10 av 20 poäng anfört att ERA haft en önskan om att lösa tvister vid domstol i USA med tillämpning av amerikansk rätt. Mot bakgrund av denna motivering ska förtydligas att ERA hade föreslagit en annan utformning av avtalet om det klart och tydligt av förfrågningsunderlaget framgått att ett frånsteg från den aktuella avtalsbestämmelsen skulle anses ”ofördelaktigt” för ERA, och således innebära att ERA tappade femtio procent av totalpoängen. Eftersom upphandlingen genomförts som ett förhandlat förfarande har det legat nära till hands för ERA att anta att oenighet om föreslagna avtalsbestämmelser skulle bli föremål för diskussioner i stället för att leda till ett betydande poängavdrag utan något klagorand om detta. Vidare vill ERA påpeka att det på goda grunder kan ifrågasättas om det är rimligt och proportionerligt att låta ett önskemål om en viss tvistelösningsklausul ge upphov till ett avdrag med 10 poäng av 150 möjliga i en upphandling där kontraktsvärdet uppgår till över 100 mnkr. – Beträffande frågan om krav på sekretess från ERA:s sida bör noteras att ERA:s förslag till kontraktsvillkor i denna del omfattade ett undantag från sekretess i en situation där den upphandlande myndigheten är skyldig att lämna ut uppgifter i allmänna handlingar på grund av ett direktiv från en myndighet eller ett beslut från behörig domstol. Vad ERA har angivit i sitt förslag till sekretessklau-

sul påverkar således inte Luftfartsverkets reglerade skyldighet att rapportera funktionsavbrott till Transportstyrelsen i den utsträckning som följer av lag, och kan således inte i detta avseende anses vara till nackdel för Luftfartsverket. – Som ett ytterligare exempel kan nämnas avtalsbestämmelsen i punkten 9.1, ”Title”, i det avtalsutkast som har bifogats förfrågningsunderlaget. Av punkten 18 i förfrågningsunderlaget framgår motsatsvis att punkten 9.1 inte är tvingande och att den alltså kan bli föremål för förhandling. I avtalsbestämmelsen anges att rättigheten och rätten att använda viss teknisk data som tas fram av leverantören inte får överlåtas eller upplåtas till en tredje part utan Luftfartsverkets skriftliga medgivande och en skälig kompensation därför. Det anges emellertid inte hur detta kontraktsvillkor skulle komma att utvärderas. Anbudsgivarna har således inte kunnat utläsa ur förfrågningsunderlaget hur anbud skulle utformas beträffande ”Title” för att uppfylla Luftfartsverkets förväntningar. – Avseende utvärderingskriteriet ”Price” framstår det alltså som oklart hur det offererade priset har beräknats. ERA kommer fortfarande inte fram till samma pris som Luftfartsverket, inte ens med beaktande av den förklaring som givits i efterhand. Vad Luftfartsverket anfört rörande frågan om ”associated services” för testsystemet är något oklart och svårtolkat. Luftfartsverket borde i sin beräkning av priset för testsystemet och ”associated services” även ha reducerat ERA:s pris för ”associated services” (ca 1 887 080 tjeckiska koruna). ERA:s jämförelsepris skulle därmed ha reducerats med nyssnämnda belopp. Det är vidare oklart, om det faktum att offererat pris för ett testsystem har reducerats vid beräkningen av anbudsgivarnas respektive jämförelsepriser, har lett till en betydligt större fördel för andra anbudsgivare, t.ex. genom att delar av priset för ”associated services” har varit inkluderade i priset för testsystemet i sig hos vissa anbudsgivare, och därmed kommit att exkluderas från utvärderingen utan föregående meddelande. Vidare har Luftfartsverket beräknat det sammanlagda priset för CLS över femton år utifrån den årliga avgift som ERA har angivit för de första fem åren av perioden. Så har skett trots att det av förfrågningsunderlaget inte framgått

att avgiften för CLS skulle beräknas på detta sätt och trots att det av ERA offererade priset avseende CLS innefattat olika priser över den aktuella femtonårsperioden. Den av Luftfartsverket genomförda beräkningen har varit till fördel för ERA, dvs. medfört ett lägre pris än om samtliga priser över den aktuella femtonårsperioden adderats. Emellertid kan inte uteslutas att den valda leverantören fått en jämförelsevis ännu större fördel av Luftfartsverkets beräkningssätt i denna del. Denna leverantör kan mycket väl, i likhet med ERA, ha inkluderat prisstegringar över den aktuella femtonårsperioden i det offererade priset. – Luftfartsverkets slutsats om att ERA, under utvärderingskriteriet ”Price”, har offererat ett högre pris än det för Luftfartsverket bästa tänkbara priset och därigenom tagit en kalkylerad risk är felaktigt. I stället har otydligheterna i förfrågningsunderlaget gjort det omöjligt för ERA att över huvud taget göra en kalkyl avseende utfallet av det lämnade anbudet. För övrigt kan konstateras att en prisskillnad på drygt 1,2 mnkr mellan ERA:s och Sensis anbud får anses vara liten i en upphandling där kontraktsvärdet är över 100 mnkr. ERA:s offererade pris har fullt ut varit jämförbart med det pris Sensis offererat. – De betydande fel Luftfartsverket begått vid utvärderingen har medfört att ERA erhållit en alltför låg poäng vilket väsentligt påverkat det slutliga resultatet i utvärderingen. Det kan inte uteslutas att även Sensis anbud utvärderats på ett felaktigt sätt till nackdel för ERA. ERA skulle tilldelas kontraktet om utvärderingsresultatet rättades i enlighet med vad ERA anfört om detta. – ERA ifrågasätter kravet på att offererat pris ska anges i anbudsgivarnas nationella valuta. Såvitt ERA kan förstå beror prisskillnaden mellan ERA:s och Sensis anbud om drygt 1,2 mnkr på en omräkning av ERA:s offererade pris från tjeckiska koruna till svenska kronor. Det kan vidare konstateras att bedömningen av utvärderingskriteriet pris kan variera mycket (i det aktuella fallet med så mycket som 4 procent vid en jämförelse mellan ERA:s och Sensis anbud) beroende på växlingskurserna en viss given dag. Det aktuella kravet har således fått stor betydelse för utgången i upphandlingen, till nackdel för ERA. Kravet avseende valuta är mycket ovanligt och kan inte anses vara

relevant för den aktuella upphandlingen. Vidare kan den nackdel detta krav medfört för ERA knappast anses vara proportionerlig i förhållande till nytan som kravet har inneburit för Luftfartsverket. Därmed torde ett sådant krav inte heller vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Mot bakgrund av hur den aktuella utvärderingsmodellen varit utformad, där betydelsen av erbjuden kvalitet varit helt beroende av anbudsgivarnas pris, kan det vidare konstateras att det uppställda kravet har drabbat ERA i dubbla avseenden. Med hänsyn härtill har kravet medfört att anbudsgivarna inte behandlats lika och därmed står det även i strid med likabehandlingsprincipen. – I 4 kap. 3 § lagen om offentlig upphandling anges att en upphandlande myndighet vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering ska förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de lämnat, för att anpassa dessa till de krav som har angivits i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet i enlighet med reglerna i lagen om offentlig upphandling. Motsvarande krav får anses gälla även för de förhandlingar som sker i enlighet med LUF:s regler. Det står vidare helt klart att den upphandlande enheten, om den väljer att uppta förhandlingar med anbudsgivare, är skyldig att följa de gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 24 § LUF i allmänhet och principerna om likabehandling och transparens i synnerhet. – Att en upphandlande enhet är skyldig att följa de allmänna gemenskapsrättsliga principerna vid ett förhandlat förfarande innebär bl.a. att förhandlingar ska genomföras med så många anbudsgivare som är nödvändigt med hänsyn till de grundläggande kraven i 1 kap. 24 § LUF. Den upphandlande enheten har således en skyldighet att under hela upphandlingsprocessen upprätthålla och tillvarata den potentiella konkurrens som finns att tillgå bland leverantörerna. Mot bakgrund av detta står det inte fritt för den upphandlande enheten att välja att förhandla endast med den eller de anbudsgivare som enheten av någon anledning kommit att föredra tidigt i upphandlingsprocessen. En upphandlande enhet har således inte laglig rätt att under en upphandling reducera antalet anbudsgivare som man förhandlar med till en nivå som innebär att befintlig

konkurrens mellan anbudsgivarna inte upprätthålls. Bara i undantagsfall, dvs. då inte tillräckligt många arbetsgivare uppfyller uppställda ekonomiska och tekniska krav, kan den upphandlande enheten välja att förhandla endast med en leverantör. Vad gäller den klassiska sektorn följer detta av EU-domstolens dom i mål C-138/08. Det kan härvid konstateras att EU-domstolen med hänsyn till bl.a. likabehandlingsprincipens centrala betydelse, och en upphandlande enhets skyldighet att respektera denna, i tidigare avgörande funnit att det saknas anledning att ge olika tolkning åt bestämmelser som hör till samma gemenskapsrättsliga område (jfr mål C-513/99 och C-331/04). Att en upphandlande enhet är skyldig att även beträffande försörjningssektorerna i alla stadier av upphandlingen iaktta såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen är därtill sedan länge en etablerad uppfattning (jfr EU-domstolens dom i mål C-87/94). Det faktum att mål C-138/08 avser den klassiska sektorn saknar således betydelse vad beträffar den vägledning som domen ger avseende under vilka förhållanden Luftfartsverket i förevarande fall haft laglig rätt att frånga likabehandlingsprincipen i syfte att endast ge en leverantör chansen att förbättra villkoren i sitt anbud. – Varken LUF eller de föreskrifter som gäller för upphandlingen ger Luftfartsverket rätt att, på sätt som skett, utesluta kvalificerade anbudsgivare från att delta i förhandlingar och endast förhandla med den anbudsgivare vars lösning Luftfartsverket på ett tidigt stadium kommit att föredra. Då ERA har uppfyllt såväl de ekonomiska som de tekniska kraven skulle Luftfartsverket rätteligen i stället bjudit in även ERA till förhandlingar. Den omständigheten att så inte skett strider mot principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot LUF. – Av den förhandlingsinbjudan med dagordning som Luftfartsverket har skickat till Sensis framgår vidare att förhandlingarna med anbudsgivaren har omfattat för upphandlingen avgörande faktorer, såsom priser och utplacering av sensorer. Luftfartsverket har således efter mottagande av de initiala skriftliga anbuden valt ut en enskild anbudsgivare i syfte att förhandla om de villkor som utgjort utvärderingskriterium, och som därför har varit avgö-

rande för tilldelningen av kontraktet. Exakt vad som har avhandlats under de två dagar som förhandlingar förekommit mellan Luftfartsverket och Sensis har inte varit möjligt för ERA att klarlägga då Luftfartsverket har underlåtit att upprätta mötesprotokoll från de båda förhandlingstillfällena. Det kan således inte heller uteslutas att förhandling har skett också beträffande andra frågor eller sådana obligatoriska krav som under inga förhållanden är förhandlingsbara. – I en upphandling som den förevarande, där kontrakt tilldelas den leverantör som har lämnat det för den upphandlande enheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har åtskilligt fler faktorer än priset avgörande betydelse för vilken av anbudsgivarna som ska tilldelas kontraktet. Vidare har, mot bakgrund av hur den aktuella utvärderingsmodellen varit utformad, betydelsen av erbjuden kvalitet varit helt beroende av anbudsgivarnas erbjudna pris. Hade ERA givits samma möjlighet till förhandlingar kring samtliga de villkor som nämns i dagordningen hade självklart ERA kunnat förbättra sitt ursprungliga anbud avsevärt. Bland annat hade missförståndet avseende utplaceringen av sensorer på ett mycket enkelt sätt kunnat lösas. Genom att frånta ERA möjligheten att, på samma sätt som Sensis, förbättra de kvalitets- och prismässiga villkoren i sitt anbud, har Luftfartsverket på ett otillåtet sätt gynnat Sensis och därmed överträtt de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i upphandlingen. – Luftfartsverkets påstår felaktigt att ERA:s anbud legat så långt från Sensis anbud att det varit meningslöst att förhandla med någon annan än Sensis. Innehållet i ERA:s och Sensis respektive anbud, upphandlingens omfattning samt de förutsättningar som gällt för val av leverantör, kan vid tillämpning av LUF inte motivera ett sådant synsätt. Om Luftfartsverket inte har misslyckats kraftigt i sina förhandlingar är det vidare rimligt att anta att ursprunglig skillnad i pris och kvalitet, vid jämförelse mellan de skriftliga anbuden, varit mindre innan de aktuella förhandlingarna givit avsett resultat till förmån för Luftfartsverket. Ställningstagandet att inte förhandla med ERA kan inte heller motiveras av skillnaden mellan anbuden avseende utplaceringar av sensorer då dessa skulle komma

att bli föremål för förhandlingar parterna emellan. Det vore därför ett rimligt antagande hos Luftfartsverket att ERA:s av misstag föreslagna utplacering av sensorer långt ute i havet eller ute i ödemarken vid en förhandling skulle komma att förändras. Därmed hade också det av ERA offererade priset kunnat förändras dramatiskt till förmån för Luftfartsverket. – Att såsom Luftfartsverket välja att förhandla med endast en av anbudsgivarna rörande faktorer som är avgörande för utvärderingen av anbuderna är inte heller från den upphandlande enhetens synpunkt affärsmässigt. Det finns nämligen inget som säger att Sensis efter avslutad förhandlingsomgång fortsatt skulle anses erbjuda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, om liknande förhandlingar upptagits med ERA. – Luftfartsverket har angivit att det inte fört några protokoll eller mötesanteckningar från förhandlingarna med Sensis, trots att förhandlingarna har rört villkor som har varit av avgörande betydelse för utgången i upphandlingen. LUF innehåller inte några uttryckliga regler om att protokoll ska föras under förhandlingarna med anbudsgivare. De grundläggande rättsprinciperna blir därför helt avgörande för hur den upphandlande enheten ska och kan agera i detta avseende. Principerna ska tillämpas i ljuset av allmän praxis inom upphandlingsområdet och målen med upphandlingsreglerna. – Principen om likabehandling innebär bl.a. att alla leverantörer ska ges samma möjlighet att kunna få en rättslig prövning av den aktuella upphandlingen. För att detta ska kunna ske krävs insyn i hur upphandlingen faktiskt gått till. För att sådan insyn ska kunna garanteras krävs bl.a. en noggrann dokumentation från den upphandlande enhetens sida av vad som har förekommit under förhandlingar med anbudsgivare. – En upphandlande enhet är skyldig att dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt har förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Dokument som bör bevaras är bl.a. annons, anbud, tjänsteanteckningar avseende kontakter med leverantörer (t.ex. förhandlingsprotokoll), utvärderingsprotokoll och handlingar som utvisar motiven för val av anbudsgivare och leverantör respektive skälen för förkastande anbudsansökningar och anbud. Kravet på dokumentation

av den upphandlande myndighetens beslut och vad som i övrigt framkommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet följer även av den allmänna skyldigheten för en myndighet att hålla arkiv. Det är således av yttersta vikt att den upphandlande enheten noggrant dokumenterar vad som framkommer i en förhandling, om en anbudsgivare ska ha möjlighet att kontrollera att principen om likabehandling har iakttagits. Protokoll ska därför föras vid sittande möte. I protokollet ska tydligt återges vad som har förhandlats och vilka justeringar och alternativ som har diskuterats. Ett ingånget kontrakt kan aldrig ersätta ett protokoll över de förhandlingar som hållits i en förhandlad upphandling mellan den upphandlande enheten och den leverantör som slutligen har tilldelats kontraktet när det gäller att bereda övriga anbudsgivare möjlighet att kontrollera att genomförandet av förhandlingarna skett i enlighet med LUF. – Sammanfattningsvis kan konstateras att också den omständigheten att Luftfartsverket inte har fört några protokoll eller mötesanteckningar från förhandlingarna med anbudsgivaren i sig utgör en sådan allvarlig överträdelse av principerna om likabehandling och transparens, och därmed 1 kap. 24 § LUF, att upphandlingen även på denna grund ska göras om. Mot bakgrund av att förhandlingarna enligt dagordningen rört för upphandlingen helt avgörande faktorer som priser och utplacering av sensorer kan ERA emellertid konstatera att Luftfartsverkets påstående att syftet med förhandlingarna varit att ”finslipa detaljer” inte framstår som övertygande. ERA har inte haft möjlighet att utreda exakt vad som har avhandlats under de förhandlingar som under två dagar pågått mellan Luftfartsverket och annan anbudsgivare, eftersom Luftfartsverket underlåtit att upprätta mötesprotokoll från dessa båda förhandlingsfall. – I artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet) anges att medlemsstat ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse av upphandlingsreglerna. Artikel 1 har i Sverige införlivats i 16 kap. 1 § LUF. – Kraven på risk för skada är mycket lågt satta och avser

närmast fall där en domstol enkelt och utan större utredning omedelbart kan konstatera att sökanden inte ens riskerar någon skada, t.ex. av det skälet att kvalificeringskraven ej uppfyllts. Det är således inte alls meningen att förvaltningsrätten i detta fall ska göra någon egen utredning kring sannolikheten för risk för skada och det är för övrigt omöjligt för förvaltningsrätten redan av det skälet att varken förvaltningsrätten eller ERA har tillgång till Sensis fullständiga anbud. – Den felaktiga utvärderingen av ERA:s anbud har inneburit en uppenbar risk för skada för ERA. Av de fel som ERA redogjort för i målet framgår att ERA rätteligen ska tilldelas högre poäng. Av fast EU- och kammarrättspraxis framgår, att om en upphandlande myndighet tillämpat en utvärderingsmodell som inte uppfyller LUF:s krav på öppenhet, kan det inte krävas att sökanden i en överprövningsprocess gör sannolikt att denne hade vunnit kontraktet, för det fall att utvärderingsmodellen varit annorlunda utformad. Det beror på det enkla förhållandet att det är omöjligt att förutsäga hur anbud skulle ha utformats om anbudsgivarna känt till den utvärderingsmodell myndigheten tillämpat. – Om förvaltningsrätten till någon del skulle finna att Luftfartsverket inte efterlevt de krav som följer av LUF står klart att ERA:s risk för skada är fullt tillräcklig för ett bifall till yrkade åtgärder enligt LUF. Det är under inga förhållanden fråga om en ”okynnestalan” och det ter sig inte rimligt att överträdelser av LUF av nu aktuellt slag ska kunna ske ”ostraffat”. Bestämmelserna rörande skada har tillkommit som ett skydd för leverantörer och ska ges vidast möjliga tolkning enligt principen att rättigheter baserade på EU-rätten ska tolkas extensivt. Bestämmelser ska också tolkas i ljuset av det grundläggande syftet med de gemenskapsrättsliga reglerna om offentlig upphandling. Utan tvekan är bestämmelserna utformade till fördel för de upphandlande myndigheterna. Det skulle utgöra ett brott mot såväl EUR-fördraget som rättsmedelsdirektivet om förvaltningsrätten, vid konstaterande av överträdelse av LUF, ändå skulle låta Luftfartsverket fortsätta och avsluta upphandlingen. Det saknas i så fall effektiva rättsmedel vid överträdelser av LUF. – Det följer av bl.a. rättsfallet RÅ 2005 ref. 47 att

domstolen vid en överprövning, oavsett hur yrkandet i ansökan utformats, har att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Det ankommer således på rätten att avgöra vilken åtgärd enligt LUF som är lämplig. – ERA har åberopat även andra rättsfall än de som angivits ovan.

Luftfartsverket anför till stöd för sin talan bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges tydligt att utvärderingen görs mot det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, där kriterierna står i fallande ordningsföljd med priset som främsta utvärderingskriterium. Den utvärderingsmodell Luftfartsverket använt sig av kallas ”Comparative Cost” och innebär att priset läggs samman med ett fiktivt pris som ges för hur väl anbudsgivaren i övrigt uppfyller olika delkriterier. Man får fram det fiktiva priset genom att i en formel räkna om poängsumman till ett fiktivt pris som sedan läggs samman med anbudspriset. Resultatet blir ett jämförelsepris där lägst pris vinner. Jämförelsepriset är absolut och inte relativt i förhållande till de andra anbudena. – Det fiktiva prispåslaget som vunna poäng ger beräknas på så sätt att man från maximala 150 poäng drar ifrån de givna poängen. Resultatet divideras med maximala möjliga poäng och adderas med faktorn 1. Denna siffra multipliceras med det offererade priset. Vid maximala poäng leder detta till att offererat pris multipliceras med 1, dvs. jämförelsepriset benämnt ”Comparative Cost” blir inte högre än det offererade priset. För den som får lägre poäng i utvärderingen leder denna modell till ett högre ”Comparative Cost”. – Det är uppenbart att maximala 50 poäng för ”teknisk lösning” väger tyngre i Luftfartsverkets viktning än maximala 10 poäng för ”Reservations and conditions from supplier”. Detta har tydligt beskrivits och exemplifierats i förfrågningsunderlaget. Eftersom priset väger tyngst i utvärderingen ska priset få en hävstångseffekt vid användning av jämförelseprismodellen. Omvänt gäller att övriga poängavdrag inte får samma genomslagskraft i utvärderingen vid lägre offererat pris. – För att uppfylla kravet på transparens finns hela den matematiska formeln återgiven i förfrågningsunderlaget. Härigenom ges anbudsgivaren möjlighet att

själv räkna ut vilka möjliga utfall som kan förekomma och vad en kvalitetsbrist med åtföljande lägre poäng får för konsekvenser för jämförelsepriset. – Eftersom det är fråga om en funktionsupphandling avseende komplex och ny teknik kan Luftfartsverket inte i förväg ange exakt vilken teknisk lösning som kommer att poängsättas högst annat än i termer av att den bästa tekniska lösningen bedöms vara en viktig del som bidrar till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det vore därför fel av Luftfartsverket att i detalj specificera vilken teknisk lösning som ger högst poäng. En sådan sak kan först värderas när det blir känt vilken teknisk lösning som faktiskt erbjuds av anbudsgivarna. Det är inte rätt av ERA att påstå att Luftfartsverket har stor kompetens på detta område. Tvärtom är det Luftfartsverkets avsikt att ge utrymme för leverantörerna att erbjuda sitt tekniska kunnande på området. Det skulle annars leda till att gammal känd teknik skulle premieras av Luftfartsverket på bekostnad av nya lösningar och som inte är särskilt kända för Luftfartsverket. Det är begränsande för Luftfartsverket i rollen som inköpare och brukare att i detalj ange en teknisk lösning som inte är optimal, jämfört med att låta leverantörerna lämna förslag som till slut innebär det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. – Kammarrätten i Stockholm har i dom den 3 juli 2009 i mål nr 3014-09 mycket tydligt redogjort för vilka krav som bör ställas på en upphandlande enhets val av upphandlingsmetod, förfrågningsunderlag och utvärdering. Enligt domen går det utmärkt att i en funktionsupphandling vikta tilldelningskriterierna så att deras poängbrister räknas om i ett prispåslag. Kammarrätten hänvisade till ett yttrande av Konkurrensverket och till ett uttalande av Regeringsrätten. – Luftfartsverkets kostnader för uppförande av nya master och för nya arrendeavtal är inte inräknade i det pris som leverantörerna offerrar. Det har tydligt betonats att det vid utvärderingen ska premieras om leverantören nyttjar få sensorplatser och befintlig infrastruktur. Sensus tekniska lösning skiljer sig från ERA:s på så sätt att täckningskravet uppfylls med färre sensorer och lösningen i stort ansluter sig befintliga master och torn. Genom att använda komponenter som tagits fram särskilt för detta

projekt har Sensis kunnat offerera en lösning som uppfyller de av Luftfartsverket ställda kraven. Dessa komponenter visar bättre prestanda än övriga anbudsgivares utrustning vilket gör att Sensis kan uppnå samma kravuppfyllnad med ett avsevärt mindre antal sensorplatser. – De aktuella sensorerna omfattar en utrustning av ungefär en flyttkartongs storlek samt en antenn. Det är tekniskt enkelt att fästa denna utrustning på befintliga mobiltelefonmaster, höga byggnader och andra platser där antenner redan finns. Däremot är det omfattande, tidskrävande och dyrt att teckna avtal med oftast privata fastighetsägare om anläggningsarrenden för att kunna uppföra nya antennmaster, dra fram el och bygga tillfartsvägar till lämpliga platser. Kostnaden för varje sådan anläggning kan grovt uppskattas till 150 000–300 000 kr. Då ERA:s förslag på lösning inte förlitar sig på existerande anläggningsplatser för flertalet av täckningssimuleringarna kan Luftfartsverket inte annat än uppfatta detta som att infrastrukturkostnaden för en uppbyggnad av systemet är betydande. Av platsvalen är 106 st. redovisade som teoretiska/imaginära platsval ("notional sites"). Det större antalet anläggningsplatser för i ERA:s fall initialt med sig betydande extrakostnader i form av utgifter för anpassningar för tillgång till utrymme, kraftförsörjning och datakommunikation, även om det går att utnyttja befintliga anläggningsplatser. Nyetableringskostnaden för en enda helt ny anläggningsplats kan uppskattas till 300 000–500 000 kr. ERA tar en stor risk när man föreslår placering av sin utrustning på orealistiska platser som man sedan förväntar sig ska bli föremål för en diskussion. Även om ERA:s utplacering skulle kunna förbättras vid några enstaka platser, innebär ERA:s anbud ett större antal utplaceringar än Sensis och det även på helt oförberedda platser. – Angående simulering av anbuden gjordes poängavdrag för tidigare beskriven bristande simuleringskvalitet. ERA:s anbud förutsätter nämligen för bästa tekniska täckning en placering av sensorer, dvs. anläggningar, på platser som endast är teoretiskt tillgängliga. Bland annat har ERA föreslagit placering av en hög antennmast på Pajalas flygplats och ute i havet. En sådan placering är omöjlig. En kompromissvis

vald alternativ placering på en rimlig plats vid havet eller i Pajalaområdet leder därför till sämre prestanda än vad som teoretiskt kan uppnås när man placerar sensorer helt utan hänsyn till om det byggnadstekniskt är möjligt att uppföra dem just där. Detta gäller även för ett antal andra platser som föreslagits av ERA. – ERA påstår att studier av Sensis teknologi visar att den inte är i närheten av ERA:s tekniska lösning. Luftfartsverket är inte bekant med sådana studier eller med vem som skulle ha genomfört dem. De tycks inte vara publicerade någonstans. Sensis anbud har noga utvärderats av Luftfartsverkets tekniska personal. Därvid har man funnit att det uppfyller Luftfartsverkets tekniska krav på täckning. Luftfartsverket skulle inte kunna acceptera ett anbud som inte uppfyllde kraven på den typ av verksamhet som Luftfartsverket bedriver. Allt operativt nyttjande av systemen kräver dessutom godkännande av tillsynsmyndigheten, Transportstyrelsen. Med tanke på hur denna process är uppbyggd skulle Luftfartsverket aldrig föreslå eller få godkännande för ett system som inte uppfyller kraven på täckning. – Beträffande operationella bör-krav tilldelades både ERA och vald leverantör samma poäng, 30 av 40 möjliga, eftersom båda uppfyllde nästan alla dessa krav. Resultatet visar att bedömningskriterierna ej funnits för att skapa utrymme för att kunna göra en godtycklig bedömning då alla anbudsgivare tilldelats samma poäng. För att ytterligare förtydliga detta ska tilläggas att alla anbudsgivare har visat maximal kravuppfyllnad i den matris som följt med förfrågningsunderlaget. Luftfartsverket har dock inte kunnat verifiera dessa uppgifter genom anbudsgivarnas simuleringskartor och har därför valt att vara restriktiv i sin bedömning. – Kravet avseende kommersiella villkor som kunde rendera 20 poäng är uppdelat i två avsnitt. Tio poäng kunde ges för support- och underhållsavtal ("Support and Maintenance Contract"). Vidare kunde tio poäng ges för maximal uppfyllnad av bör-krav i avtalsutkastet ("Draft Contract"). I den första delen fick ERA fem poängs avdrag för följande brister: ERA ställde krav på tvistelösning i USA. Trots att det framgick av förfrågningsunderlaget att Luftfartsverket föredrog en faktura två gånger per år, önskade ERA

fakturera en gång om året. ERA krävde att Luftfartsverket skulle iakttä sekretess för den händelse dess system skulle visa sig vara behäftat med fel och brister. I den andra delen fick ERA även fem poängs avdrag för att man omformulerat flera klausuler i Luftfartsverkets kontraktförslag. ERA hade här även krav på sekretess till nackdel för Luftfartsverket. ERA ställde vidare krav på rätten till data som emanerade ur driften. Slutligen gillade inte ERA bör-kravet avseende att Luftfartsverket skulle hållas skadelöst vid krav från tredje man vid eventuellt immaterialrättsligt intrång. Det är viktigt för Luftfartsverket att sekretess inte ska föreligga för uppgifter om systemets funktion i daglig drift. Nämnas bör Luftfartsverkets i lag reglerade skyldighet att rapportera till Transportstyrelsen vid bl.a. driftavbrott i systemen. Det är dessa brister som renderade ERA ett avdrag om sammanlagt 10 poäng. Luftfartsverket vill dock även framhålla att omräknat till ett jämförelsepris utgör detta poängavdrag endast 6–7 procent av jämförelsepriset. Det är således fel av ERA att påstå att detta är en femtioprocentig förlust av totalpoängen. Anbud med avsteg från Luftfartsverkets avtalsförslag i kommersiellt hänseende innebär nästan alltid sämre villkor för Luftfartsverket. – Prisberäkningen har skett utifrån de delar som specificerats i punktlista i förfrågningsunderlaget. De andra anbudsgivarna har inte särredovisat kostnaden för ”Associated services för testsystemet”. För att få en rättvis prisjämförelse har Luftfartsverket gjort en totalprisberäkning av anbudet. Det skulle vara orättvist mot övriga anbudsgivare att, såsom ERA hävdar, ta bort ERA:s pris för ”Associated services för testsystemet”. De andra anbudsgivarna har nämligen inkluderat denna kostnad i sina anbudspriser. Luftfartsverkets sätt att beräkna kostnaden för support- och underhållsavtal (CLS) har inte missgynnat ERA. Utifrån ERA:s anbud har Luftfartsverket multiplicerat priset med 15 år. Så har även gjorts med Sensis anbud. Emellertid har Sensis offererat ett fast pris för hela femtonårsperioden medan ERA har offererat uppdelade och högre priser för följande två femårsperioder. Luftfartsverket har utgått från ERA:s priser för den första femårsperioden och därmed inte missgynnat ERA. – Med option menas

inte valfria system. Upphandlingen innebär i grunden viss leverans benämnd Stockholm och Kiruna (ungefär de geografiska områdena) medan Luftfartsverket har begärt option för leverans till resterande delar av landet. Områdena är beskrivna i förfrågningsunderlaget. Optionerna är lika bindande för leverantörerna som de system som upphandlingen initialt omfattar och därför är priset på optionerna medräknade vid utvärderingen. Luftfartsverket önskar inte dela upp det slutliga systemet på olika leverantörer och olika tekniska lösningar. Det är anmärkningsvärt att ERA som en av de ledande leverantörerna på området under anbudsfasen inte har undersökt potentiella platser för sensorer. – Luftfartsverket har inte begärt anbud i några ”exotiska” valutor utan i de valutor som står anbudsgivarna närmast, dvs. deras egna hemländers valutor. Orsaken till detta är rent affärsmässig då Luftfartsverkets egna kostnader för valutasäkring är mycket låga och kända för Luftfartsverket medan motsvarande valutasäkring hos leverantörerna vid en annan valuta skulle kunna leda till ett högre pris för Luftfartsverket. Att låta anbudsgivarna själva välja valuta kan inte anses mer rättvist och innebär i realiteten att anbudsgivarna själva får möjligheten att hantera valutarisken, något Luftfartsverket velat undvika. Krav på en specifik valuta medför inte heller att man kan utesluta att någon annan leverantör fördelas. Det står alltid varje leverantör fritt att företa dispositioner i syfte att säkra sin egen valuta mot förändringar i kursen. Luftfartsverket har värderat anbudsgivarnas valutors värde, dvs. anbudens pris vid dagen för anbudens öppnande. Det var affärsmässigt korrekt av Luftfartsverket att hantera valutafrågan på det sätt som skedde i syfte att ge det för Luftfartsverket mest fördelaktiga priset. – I förfrågningsunderlaget har tydligt angivits att fråga är om en förhandlad upphandling men att anbud kan antas även utan förhandling. Det är upp till varje leverantör att ta till vara sina egna intressen i en upphandling. Utgångspunkten för upphandling är att leverantören endast har en chans att lämna anbud och det ska vara leverantörens bästa anbud. Leverantören ska kunna räkna med att anbudet blir utvärderat i det ursprungliga skicket. Förhandlingar ska inte syfta till att nya anbud

lämnas. ERA har genom att inte från början lämnat sitt bästa anbud, och dessutom genom att anta att Luftfartsverket skulle inbjuda till förhandling, tagit en stor risk att förlora upphandlingen. Luftfartsverket valde att förhandla med Sensis för att dess anbud var det för Luftfartsverket med god marginal mest ekonomiska anbudet. Sensis försprång var så avsevärt att det inte framstod som meningsfullt att förhandla med andra anbudsgivare. I en förhandlad upphandling av detta slag är det korrekt och affärsmässigt att göra så. Förhandlingens syfte var att finslipa detaljer. Avsikten med förhandlingen var inte att spela ut olika anbudsgivare i syfte att få ett annat utvärderingsunderlag än det som framgår av anbudet. Luftfartsverket kan intyga att ingen förhandling skett om obligatoriska krav eller dylikt. Det som avhandlats är kontraktsformuleringar och slutliga prisjusteringar men mestadels information för att säkerställa att Luftfartsverket uppfattat leverantörens anbud på ett korrekt sätt. Luftfartsverket har diarefört alla allmänna handlingar i upphandlingen. Däremot kan Luftfartsverket med hänsyn till affärssekretessen inte lämna ut detaljerna från dagordningen för förhandlingen. Av utlämnade dagordningsrubriker framgår vilka ämnen förhandlingen skulle omfatta. Resultatet av förhandlingen återspeglas i kontraktet. Något särskilt protokoll behövs således inte. – Upphandlingen är inte behäftad med sådana brister att den ska rättas eller göras om. Åberopade rättsfall bekräftar att Luftfartsverkets förfrågningsunderlag inte uppvisar brister som har lett till skada för ERA vid utvärderingen. ERA har därför inte lyckats visa att ERA lidit eller kan komma att lida skada om upphandlingen får genomföras med Sensis som leverantör.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

I 1 kap. 24 § LUF anges att upphandlande enheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § första stycket LUF framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap.

24 § 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 målet har beträffande föremålet för upphandlingen framkommit bl.a. följande. Upphandlingen avser utrustning för flygövervakning med den funktionen att flygplans rörelser i luften kan övervakas så att avstånd mellan flygplan kan vidmakthållas. Utrustningen ska också möjliggöra beräkning av i vilken ordningsföljd och på vilka kurser start och landning ska ske på respektive flygplats. Fråga är om en funktionsupphandling och Luftfartsverket har därför inte föreskrivit någon specifik teknisk lösning utöver att utrustningen ska följa industristandarden för WAM-system. WAM nyttjar en teknik som kallas multilateration. Den bygger på att ett antal sensorer (mottagare/sändare) på marken tar emot flygplans transpondersignaler. Baserat på tidsskillnaden när en signal når respektive sensor kan systemet räkna ut ett flygplans position. I förfrågningsunderlaget har genom markeringar på kartor presenterats ett stort antal presumtiva anläggningsplatser i form av befintliga master, höga byggnader och andra installationer i syfte att underlätta för anbudsgivare att hitta lämpliga anläggningsplatser och samtidigt nyttja befintlig infrastruktur.

Enligt förfrågningsunderlaget ska för anbudsutvärderingen gälla bl.a. följande.

15.1 EVALUATION CRITERIA

LFV will award the Contract to the tenderer, whose tender has been determined to be substantially responsive and the economically most advantageous in terms of the following criteria – in descending order of priority:

1. Price (total cost of delivery)
2. Technical Solution (50 quality points)
3. Compliance with Operational Should requirements (40 quality points)
4. Compliance with Technical should requirements (10 quality points)

5. Commercial Terms and Conditions (20 quality points)
6. Reservations and conditions from contractor (20 quality points)
7. Delivery Time (10 quality points)

Note 1 that mandatory (shall) requirements must be met in order for the tender to be determined as being substantially responsive. Tenders that do not comply with all mandatory (shall) requirements will not be further evaluated.

Note 2 that the described evaluation model is hypothetical and used for selection of the winning tender only. It shall not be construed to reflect the exact scope that will be purchased by LFV in terms of functions, hardware, software etc.

15.2 EVALUATION MODEL

The evaluation of tenders will be carried out in accordance with following model:

$\text{Price} * (1 + ((\text{maximum quality points} - \text{acquired quality points}) / \text{maximum quality points})) = \text{Comparative Cost}$

Tenders will acquire quality points in the evaluation criteria stated above (except price). Maximum quality points are 150 (50+40+10+20+20+10 in accordance with the priority order).

The tender with the lowest Comparative Cost will be deemed the economically most advantageous. If two or more tenders get the same Comparative Cost, LFV will award the contract to the tenderer with the lowest offered total cost of delivery.

Example

In the example below Tender 2 has a lower Comparative Cost and will be awarded the contract.

	Tender 1	Tender 2
Price	1 000 000 SEK	1 200 000 SEK
Technical solution	20 of 50 points	50 of 50 points
Operational should requirements	10 of 40 points	20 of 40 points
Technical should Requirements	10 of 10 points	10 of 10 points
Commercial terms	20 of 20 points	20 of 20 points
Reservations	10 of 20 points	20 of 20 points
Delivery time	10 of 10 points	10 of 10 points
Comparative Cost	$1\,000\,000 * (1 + (150 - 80) / 150) =$ $1\,000\,000 * 1,45$ 1 450 000 SEK	$1\,200\,000 * (1 + (150 - 130) / 150) =$ $1\,200\,000 * 1,13$ 1 360 000 SEK

15.3 DESCRIPTION OF EVALUTATION CRITERIA

Price

The calculation of the total cost of delivery will be based on the total price of the WAM Project as described in 16.1 "Scope of Supply" and 16.2 "Options".

For line item 5:1 annual fee for the proposed Support and Maintenance contract, the calculation will include the total annual fees for fifteen (15) years following the end of the warranty.

For line item 5:2 and 5:3 hourly fees for consultant support the calculation will assume a total scope of 7 500 hours of consultant support ordered.

Technical Solution

Quality points are given based on how favourable overall the proposed solution is deemed to be for LFV. The evaluation takes into account among other things that:

- LFV considers it an advantage if the performance requirements can be met with as few receiver and transmitter sites as possible.
- LFV considers it an advantage if the proposed location of transmitter and transceiver units coincides with sites supported by an existing infrastructure.
- LFV considers it an advantage if the system features characteristics that allow for easy, rapid and flexible deployments/installations.

Evaluation	Quality points
The proposed solution is deemed very favourable for LFV	50
The proposed solution is deemed good for LFV	40
Intentionally not used	30
The proposed solution is deemed acceptable for LFV	20
The proposed solution is deemed not good for LFV	10
The proposed solution is deemed not acceptable for LFV	0

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår att ERA:s och Sensis anbud erhållit poäng enligt följande.

	ERA	Sensis
Technical solution	20 of 50 points	40 of 50 points
Operational should requirements	30 of 40 points	30 of 40 points
Technical should requirements	10 of 10 points	10 of 10 points
Commercial terms	10 of 20 points	20 of 20 points
Delivery time	20 of 20 points	20 of 20 points
Reservations	10 of 10 points	5 of 10 points

Förvaltningsrättens bedömning

För att åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF ska kunna komma i fråga krävs dels att upphandlingen är felaktig, dels att felaktigheten medfört att sökanden lidit eller kan komma att lida skada.

ERA har angripit Luftfartsverkets upphandling på en rad olika punkter avseende utvärderingsmodell, förfrågningsunderlaget i övrigt, utvärdering och förhandling. Om upphandlingen genomförts i enlighet med upphandlingsrättsliga regelverket menar ERA att dess anbud hade varit det ekonomiskt mest fördelaktiga för Luftfartsverket. ERA anser sig ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av angivna felaktigheter.

Luftfartsverket, som anser att upphandlingen inte är felaktig, har invänt att ERA inte hade kunnat komma i fråga som leverantör eftersom ERA inte lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Främst har detta enligt Luftfartsverket berott på att ERA, jämfört med vinnande leverantören Sensis, erbjudit högre anbudspris och ett system som vid utvärderingen av kriteriet ”Technical Solution” förtjänat lägre poäng med hänsyn till att systemet omfattar ett större antal sensorer och till att helt oförberedda platser måste tas i anspråk för installation. ERA har enligt Luftfartsverket inte kunnat lida skada.

När den upphandlande enheten, som i förevarande fall, i upphandlingen tillämpar tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska enligt 12 kap. 1 § LUF vid bedömningen av anbudet hänsyn tas till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Av 12 kap. 2 § LUF följer att den upphandlande enheten ska ange hur sådana kriterier kommer att viktas. Endast om det

enligt upphandlande enheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

ERA gör gällande att Luftfartsverket inte viktat de utvärderingskriterier som valts. Det av Luftfartsverket i detta sammanhang åberopade kammarrättsavgörandet saknar enligt ERA relevans. ERA framhåller därvid bl.a. att den av Luftfartsverket valda utvärderingsmodellen leder till att likabehandling av anbudsgivarna inte kan uppnås eftersom denna medför olika prispåslag för kvalitetsbrister även om anbudet tilldelas exakt lika många kvalitetspoäng. Vidare anför ERA att utvärderingsmodellen i kammarrättsavgörandet innebar att valda kvalitetskriterier viktats inbördes genom angivande av procenttal för varje kriterium, något som inte nu är fallet. ERA anser även att det inte ska krävas att viktningen framräknas av anbudsgivare genom olika simuleringar. Vidare har ERA anfört bl.a. följande. Eftersom det har varit oklart hur de inkomna anbudet skulle komma att åsättas poäng för beräkningen av "Comparative Cost" har det inte funnits någon möjlighet för anbudsgivarna att i förväg beräkna det poängmässiga utfallet av sina respektive anbud. Det har saknats möjlighet för ERA och övriga anbudsgivare att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Luftfartsverket har i praktiken förebehållit sig en fri prövningsrätt av anbudet. Att den tillämpade matematiska formeln angivits i förfrågningsunderlaget förändrar inte det förhållandet att förfrågningsunderlagets otydlighet utgör en allvarlig överträdelse av LUF:s krav på transparens och likabehandling.

Luftfartsverket anser sig ha viktat utvärderingskriterierna med priset som tyngst vägande. Vidare framhåller Luftfartsverket att hela den matematiska formeln finns återgiven i förfrågningsunderlaget vilket ger anbudsgivaren möjlighet att själv räkna ut vilka möjliga utfall som kan förekomma och vad en kvalitetsbrist med åtföljande lägre poäng får för konsekvenser för jämförelsepriset.

Senare i processen synes ERA ha intagit ståndpunkten att viktning i och för sig skett men att denna blivit känd först efter anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att Luftfartsverket i förfrågningsunderlaget på ett tydligt sätt beskrivit vald utvärderingsmodell – ”Comparative Cost” – och givit exempel på dess tillämpning, vilket redovisats ovan. Modellen innebär att anbudspriset läggs samman med ett fiktivt pris, som grundas på ”quality points” utifrån hur väl anbudet i övrigt uppfyller olika utvärderingskriterier. Det anbud med lägst jämförelsepris ska anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Beträffande valda utvärderingskriterier – utom ”Price” – kan anbud erhålla maximalt 10, 20, 40 eller 50 ”quality points”. Det kriterium som kan ge högst 50 poäng har således en i förväg bestämd högre vikt i förhållande till det som kan ge högst 40 poäng och de som kan ge högst 20 respektive 10 poäng. Motsvarande gäller övriga kriterier som kan ge högre poäng än ett annat. De kriterier enligt vilka ett anbud ska erhålla ”quality points” får således anses viktade inbördes.

Det prispåslag de sammanlagda kvalitetspoängen ska leda till ska beräknas enligt en på förhand känd och i förfrågningsunderlaget angiven formel, som är enkel att tillämpa. Av denna följer att övriga kriterier – vid en tillämpning i praktiken – tillsammans inte kan uppnå samma vikt som eller högre vikt än kriteriet ”Price”.

Även om det i förfrågningsunderlaget angivits att anbud ska bedömas i förhållande till utvärderingskriterierna ”in descending order of priority” finner förvaltningsrätten att en tillämpning av vald utvärderingsmodell kommer att medföra en inbördes viktning dels mellan de kriterier som ska ge ”quality points”, dels mellan dessa sammantagna och kriteriet ”Price”. Förvaltningsrätten finner även att utvärderingsmodellen är förutsägbar och

garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika och samtidigt får möjlighet till nödvändig grad av insyn. Att modellen kan medföra olika prispåslag vid samma poäng föranleder inte någon annan bedömning. Vidare kan utvärderingsmodellen enligt förvaltningsrätten inte på något avgörande sätt anses avvika från vad som tidigare godtagits av domstolarna (jfr av Luftfartsverket åberopat avgörande, Kammarrättens i Stockholm dom den 3 juli 2009 i mål nr 3014-09).

Eftersom utvärderingsmodellen sålunda enligt förvaltningsrätten kan godtas medför inte denna att upphandlingen är felaktig på ett sätt som utgör grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF.

ERA har även gjort gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt och inte ger tillräcklig ledning för hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas.

Efter ”Price” väger utvärderingskriteriet ”Technical Solution” tyngst. Det är beträffande detta kriterium ERA förlorat flest poäng. Skillnaden mellan ERA:s och Sensis anbud är också som störst i detta avseende, 20 poäng.

I fråga om ”Technical Solution” framhåller ERA att det i förfrågningsunderlaget anges tre exempel på omständigheter som Luftfartsverket ”among other things” kommer att beakta. ERA anser att Luftfartsverket härigenom förbehåller sig fri prövningsrätt, som ytterligare utvidgas genom en oklar poängskala. Enligt ERA framgår inte vad som krävs för att erhålla viss poäng. Vidare anför ERA bl.a. följande. Luftfartsverket hade t.ex. kunnat tillämpa en tydlig poängsättning utifrån antalet sensorer i en viss offererad teknisk lösning i förhållande till antalet sensorer i den offererade tekniska lösning med det lägsta antalet sensorer. En sådan poängsättning skulle ha varit transparent och förutsebar. Det faktum att fråga varit om en upphandling av vissa funktioner innebär inte att Luftfartsverket inte har haft att ställa upp klara, tydliga och förutsebara krav beträffande funktionerna i

förfrågningsunderlaget. Kraven kan inte sättas lägre på grund av att upphandlingen har avsett komplex och ny teknik. I stället måste de funktioner som den upphandlande enheten efterfrågar preciseras i förfrågningsunderlaget. För det fall en upphandlande enhet efterfrågar innovativa lösningar måste också preciseras vad som anses vara innovativt så att kravet på lika-behandling inte riskerar att åsidosättas. För en så resursstark och erfaren upphandlare som Luftfartsverket torde sådana preciseringar med relativ lätthet låta sig göras. Det kan ifrågasättas om av Sensis erbjuden teknisk lösning uppfyller ställda krav.

Luftfartsverket framhåller att det i förfrågningsunderlaget särskilt angivits att det ska premieras om befintliga och få sensorplatser nyttjas och om systemet medger enkel, snabb och flexibel användning/installationer. Vidare anför Luftfartsverket bl.a. följande. Eftersom det är fråga om komplex och ny teknik hade det varit fel att i detalj specificera hur leverantörens tekniska lösning ska se ut för att erhålla höga poäng. I annat fall lämnas inte något utrymme för alternativa, innovativa och moderna lösningar, och därmed mera prisvärda lösningar. Detta innebär att Luftfartsverket i sin utvärdering måste ges utrymme för en gradering av anbud som alla uppfyller de grundläggande kraven men som skiljer sig åt beträffande mängden antenner och de platser de bör placeras på, komplexitet, underhållskostnader etc. Vilken teknisk lösning som ger högst poäng kan man först fastställa när man får se vilken teknisk lösning som faktiskt erbjuds av anbudsgivarna. ERA:s tekniska lösning med flera sensorer på nya platser skulle medföra stora kostnader dels för nyetablering av anläggningsplatser, dels under systemets livslängd. Luftfartsverket skulle inte kunna acceptera ett anbud som inte uppfyllde kraven på den typ av verksamhet Luftfartsverket bedriver. Tillsynsmyndigheten skulle aldrig godkänna ett system som inte uppfyller kraven på täckning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgår att det anses fördelaktigt att funktionskrav kan uppnås med så få mottagar- och sändarplatser som möjligt, att föreslagna platser för sändare och mottagare harmonierar med de platser som har befintlig infrastruktur och om systemets utformning tillåter enkel, snabb och flexibel implementering och installation. Luftfartsverket har i yttranden beskrivit fördelarna med en teknisk lösning med färre sensorer och som i hög grad nyttjar befintlig infrastruktur.

Enligt förvaltningsrätten framstår det som uppenbart att en leverantör som deltar i förevarande upphandling på grundval av förfrågningsunderlagets lydelse måste ha insett att det varit av stor vikt att i upphandlingen erbjuda ett system med minsta möjliga antal sensorer och nya anläggningsplatser, och att detta skulle vara helt avgörande vid poängsättningen.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget beträffande utvärderingskriteriet ”Technical Solution” varit tillräckligt klart och tydligt i de mest väsentliga avseendena.

Angående utvärderingen av ”Technical Solution” har Luftfartsverket upplyst att Sensis, jämfört med ERA, erbjudit ett system som uppfyller täckningskravet med ett avsevärt mindre antal sensorplatser, som ansluter sig till befintlig infrastruktur. Även om ERA:s system skulle kunna utnyttja befintliga anläggningsplatser, för det större antalet platser enligt Luftfartsverket med sig betydande extrakostnader både initialt och under systemets livslängd.

ERA hävdar att dess systemlösning, med offererat antal sensorer och distributionen av dessa, till fullo utformats för att möta Luftfartsverkets behov i enlighet med angivna tekniska specifikationer, på ett både säkert och kostnadsoptimerat sätt.

ERA har inte gjort gällande att de tekniska specifikationerna skulle vara oklara.

Vad som framkommit ger vid handen att skillnaden är stor mellan ERA:s och Sensis system. Enligt förvaltningsrätten måste vad ERA anfört uppfattas på så sätt att ERA inte, i vart fall inte i någon betydande grad, kunnat erbjuda ett system med färre sensorer och nya anläggningsplatser.

ERA har ifrågasatt om Sensis tekniska lösning uppfyller kraven. Luftfartsverket har invänt bl.a. att tillsynsmyndigheten aldrig skulle godkänna ett system som inte uppfyller kraven på täckning.

Förvaltningsrätten finner att det inte framkommit annat än att både ERA:s och Sensis anbud tilldelats rätt antal poäng beträffande ”Technical Solution”.

Sammanfattningsvis kan således konstateras att förfrågningsunderlaget beträffande ”Technical Solution” i avgörande hänseenden är tillräckligt tydligt och att utvärderingen av detta kriterium är rättvisande. Upphandlingen i dessa delar är därför inte felaktig på ett sätt som utgör grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF.

Även beträffande kriteriet ”Price” har ERA ifrågasatt förfrågningsunderlaget och utvärderingen. ERA har framhållit bl.a. Luftfartsverkets beräkning av det offererade priset och kravet på att anbudspriset ska anges i anbudsgivarens egen valuta, vilket varit ofördelaktigt. Enligt ERA kan det inte uteslutas att också Sensis anbud utvärderats på ett felaktigt sätt som varit till nackdel för ERA. Om det av förfrågningsunderlaget kunnat utläsas att det fanns risk för att inte erhålla maximala 150 poäng hade detta enligt ERA beaktats vid prissättningen. ERA anser sig ha offererat ett pris som fullt ut är jämförbart med det av Sensis offererade priset.

Luftfartsverket har invänt bl.a. att Sensis hade lägst anbudspris av alla leverantörer och att ERA:s pris inte är jämförbart med detta. Valet av valuta har enligt Luftfartsverket haft sin grund i en affärsmässig bedömning där kostnaden för valutasäkring beaktats. Luftfartsverket uppger att prisberäkningen skett utifrån förfrågningsunderlaget och att hänsyn tagits till att inte alla anbudsgivare redovisat kostnader på samma sätt.

ERA har således i angivna hänseenden ifrågasatt förfrågningsunderlaget och utvärderingen beträffande kriteriet ”Price”. Vad ERA anfört har i allt väsentligt bemötts av Luftfartsverket. Enligt förvaltningsrätten framgår inte annat än att Luftfartsverket har fog för sina invändningar. Förvaltningsrätten finner mot den bakgrunden att utredningen i målet inte ger stöd för att brister i förfrågningsunderlaget eller utvärderingen medfört att de av Luftfartsverket fastställda anbudspriserna på något avgörande sätt blivit felaktiga till belopp eller i förhållande till varandra. Sensis har således lämnat anbud med det lägsta priset och som med drygt 1,2 mnkr understiger priset i ERA:s anbud. Någon felaktighet som bör utgöra grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF vidlåder därmed inte upphandlingen i dessa delar.

Beträffande förhandling gör ERA gällande bl.a. att Luftfartsverket till följd av det upphandlingsrättsliga regelverket inte haft rätt att förhandla enbart med Sensis. ERA framhåller att förhandlingarna enligt dagordningen har rört för upphandlingen helt avgörande faktorer som pris och utplacering av sensorer. Vad Luftfartsverket anfört om syftet med förhandlingarna – att finslipa detaljer – framstår enligt ERA inte som övertygande.

Luftfartsverket har invänt att det valt att förhandla med den anbudsgivare vars anbud tydligt varit det för Luftfartsverket mest förmånliga anbudet och att det stått Luftfartsverket fritt att göra så och framhållit att syftet med förhandlingarna inte varit att förändra anbudet utan att finslipa avtalsdetal-

jer. Det som avhandlats är kontraktsformuleringar och slutliga prisjusteringar men mestadels information för att säkerställa att Luftfartsverket uppfattat leverantörens anbud på ett korrekt sätt.

Enligt 2 kap. 9 § LUF avses med förhandlat förfarande ett förfarande där den upphandlande enheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Vid förhandlat förfarande har den upphandlande enheten rätt men inte någon skyldighet att förhandla. En leverantör kan därför inte förvänta sig att få förhandla om sitt anbud utan måste i stället redan vid anbudstillfället lämna ett konkurrenskraftigt anbud (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 27 april 2004 i mål nr 3441-03).

I förfrågningsunderlaget har angivits:

The procurement procedure permits negotiation. The tender may however be accepted without negotiation. Any negotiation of tenders will take place on the initiative and by the invitation of LFV only.


Förvaltningsrätten finner att Luftfartsverket haft rätt att förhandla enbart med Sensis under förutsättning att de upphandlingsrättsliga principerna inte trätts för när. Att så skett har inte framkommit i målet. Vidare finner förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl att anta att förhandlingen på något avgörande sätt påverkat anbudspriset och poängsättningen för Sensis anbud eller den inbördes ordningen mellan detta och övriga anbud.

Av vad förvaltningsrätten konstaterat ovan följer att ERA:s anbud jämfört med Sensis anbud vid utvärderingen rätteligen haft högre pris och förtjänat 20 färre poäng i fråga om kriteriet ”Technical Solution”. Detta innebär i sin tur att ERA:s anbud – vid oförändrad poäng för Sensis anbud i övriga hänseenden – i upphandlingen inte kan bli det för Luftfartsverket ekonomiskt mest fördelaktiga ens om det skulle tilldelas maximalt antal poäng beträffande de kriterier för vilka poängavdrag gjorts. Mot bakgrund härav och då

det inte framkommit att Sensis anbud tilldelats för många poäng avseende andra kriterier än "Technical Solution", finner förvaltningsrätten att ERA inte lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LUF, och detta oavsett om upphandlingen skulle vara behäftad med fel i andra, av ERA påstådda avseenden än de som ovan prövats och godtagits.

Förutsättningar för åtgärd enligt 16 kap. 2 § första stycket LUF är således inte uppfyllda.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 D).



Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit Magnus Wickström.