



KLAGANDE

Arriva Sverige AB, 556351-9437

Ombud: Advokat Martin Dell, advokat Peter Lennartz och
biträdande jurist Sofie Olovsson

MOTPART

Mälardalstrafik MÄLAB AB, 556425-0610

Ombud: Advokat Sven Vaxenbäck och
biträdande jurist Mikael Löwnertz

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 26 april 2021
i mål nr 28052-20, se bilaga A

SAKEN

Upphandling av koncessioner

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Arriva Sverige AB yrkar i första hand att kammarrätten beslutar om rättelse av upphandlingen på så sätt att MTR:s anbud förkastas och att utvärderingen görs om utan beaktande av MTR:s anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Arriva för fram bl.a. följande. MTR har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Att trots detta tilldela MTR kontrakt strider mot bestämmelserna i 6 kap. 1 och 4 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) och likabehandlingsprincipen, uttryckt i 4 kap. 1 § samma lag. Utvärderingsmodellen i upphandlingen är vidare oförenlig med LUK. Kravet på rimliga och bärkraftiga delpriser, och utvärderingen av priser för lågfrekventa underhållsaktiviteter som inte kommer att utfalla under avtalstiden, innebär sammantaget att utvärderingsmodellen inte är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kan inte uteslutas att Arrivas anbud, som kom på andra plats vid utvärderingen, vid sunda förutsättningar för prissättningen och utvärderingen av anbuderna hade vunnit tilldelning i upphandlingen. Det står därmed klart att bristerna i upphandlingen har inneburit en konkret risk för att Arriva kommer att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LUK.

Mälardalstrafik MÄLAB AB anser att överklagandet ska avslås och för fram bl.a. följande. Det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen. Inga obligatoriska krav har eftergetts gentemot MTR. Utvärderingsmodellen har varit transparent och enkel att förstå för samtliga anbudsgivare. Den omständighet att Arriva under anbudsfasen inte har rest några invändningar mot vare sig kravet på rimliga och bärkraftiga priser eller utvärderingen av lågfrekvent underhåll visar att Arriva inte ansett att något av detta var otydligt. Oavsett hur sällsynta vissa av de lågfrekventa underhållsåtgärderna kan antas komma att bli under avtalstiden, så har samtliga anbudsgivare utgått från samma förutsättningar och behandlats lika i anbudsutvärderingen. Även för det fall att kammarrätten skulle anse att upphandlingen på

något sätt varit behäftad med sådana brister som Arriva påstår är det uteslutet att Arriva lidit skada av detta.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Som även förvaltningsrätten anger i sin dom ska upphandlande enheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (se 4 kap. 1 och 2 §§ LUK). Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (se 16 kap. 6 § LUK).

Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på och bevisa att en upphandlande enhet har agerat i strid med LUK (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det ankommer vidare på sökanden att konkretisera på vilket sätt de påstådda bristerna har medfört att sökanden har lidit eller kunnat komma att lida skada (se HFD 2013 ref. 53). En upphandlande enhet har enligt LUK stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Vid bedömningen av om en brist i upphandlingen har medfört skada eller risk för skada för en viss leverantör ska dessutom beaktas om leverantören har gjort det som kan krävas för att undvika att skada uppkommer. En

leverantör som anser att de uppgifter som lämnas i upphandlingsdokumenten är ofullständiga eller otydliga bör t.ex. redan under anbudstiden vända sig till den upphandlande myndigheten och ställa frågor samt begära kompletteringar och förtydliganden. Om leverantören utan godtagbara skäl underlåter att göra detta, och i stället väntar med att påtala eventuella brister till efter det att tilldelningsbeslutet är fattat, kan kravet i 16 kap. 6 § LUK på att bristen ska ha medfört att leverantören har lidit eller riskerar att lida skada normalt sett inte anses vara uppfyllt (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 10 januari 2022 i mål nr 6151-20 m.fl. punkt 24).

Moderbolags- och/eller bankgaranti

Arriva för i denna del fram bl.a. följande. MÄLAB har i förhållande till MTR eftergett det obligatoriska kravet att en anbudsgivare i god tid innan avtalets undertecknande ska ha säkerställt att alla erforderliga beslut avseende utfärdande av bankgaranti föreligger. Upphandlande enhet har en skyldighet att se till att likabehandling av anbudsgivarna alltid upprätthålls. Om MÄLAB har formulerat ett obligatoriskt krav som av misstag har fått en annan innebörd än den som varit avsedd, så berättigar inte detta MÄLAB att efterge kravet för en anbudsgivare som inte uppfyller kravet. Genom att tilldela MTR kontrakt i upphandlingen, trots att MTR inte uppfyller det obligatoriska kravet, så har MTR handlat i strid med likabehandlingsprincipen.

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. Kravet på moderbolags- och/eller bankgaranti är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Det särskilda villkoret uppfylls i samband med anbudslämnandet genom att anbudsgivaren i sitt anbud accepterar villkoret, vilket framgår av kravets sista stycke (frågan med svarsalternativen Ja/Nej). Av MTR:s svar framgår tydligt att MTR accepterar det aktuella kravet på bankgaranti. Det aktuella kravet är därmed uppfyllt, varför det har varit korrekt att utvärdera MTR:s anbud.

Kammarrättens bedömning

Kammarrätten instämmer i denna del i förvaltningsrättens bedömning.

Åberopande av annan bolags kapacitet

Arriva för i denna del fram bl.a. följande. MTR har i syfte att uppfylla kvalificeringskraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i upphandlingen åberopat kapacitet från ett antal koncernbolag. MTR har dock inte visat att man kommer att kunna förfoga över resurserna från de åberopade bolagen och som behövs under varje del av koncessionstiden. MÄLAB har vidare, i strid med 12 kap. 1 § LUK, inte kontrollerat att villkoren för deltagande i upphandlingen är uppfyllda. MÄLAB har valt att tilldela MTR kontraktet trots bristande kravuppfyllnad. Den försäkran som MTR har gett in utgör inte något åtagande utan är, enligt ordalydelsen, endast ett intyg om att MTR ”kan styrka tillgången till den kapacitet som åberopas.” Försäkran är dessutom utfärdad av MTR och kan därmed inte anses utgöra åtaganden från de åberopade bolagen. Det ska särskilt poängteras att begreppet ”försäkran” som används i 12 kap. 1 § LUK inte korresponderar med begreppet ”egen försäkran” i de övriga lagarna om upphandling. Vidare är försäkran inte undertecknad i behörig ordning.

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. MTR har i sin anbudsansökan åberopat kapacitet från bolagen MTR Nordic AB, MTR Pendeltågen AB, MTR Express (Sweden) AB, MTR Tech AB och Emtrain AB för att uppfylla kvalificeringskraven i upphandlingen. Det finns inga formkrav för hur ett åtagande ska se ut. Det innebär att en behörig företrädares intygande av kapacitet som åberopats inte lagligen kan underkännas. Den person som undertecknat intygandet i nu aktuellt fall är behörig företrädare för samtliga av de fem företag vars kapacitet åberopats. Det uppställs inget krav på att undertecknaren behöver vara behörig firmatecknare; det är tillräckligt att undertecknaren är en behörig företrädare, vilket här otvivelaktigt är fallet.

Kammarrättens bedömning

Enligt 12 kap. 1 § LUK ska en upphandlande myndighet eller enhet kontrollera att villkoren för deltagande är uppfyllda. Kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna om att villkoren är uppfyllda eller med utgångspunkt i referenser som lämnats som bevis enligt krav i annonsen.

Av förarbetena till bestämmelsen framgår bl.a. följande. Begreppet försäkran skiljer sig från begreppet egen försäkran (som används i lagen [2016:1145] om offentlig upphandling, LOU, kammarrättens anm.). Då det saknas särskilda regler kring begreppet får en tolkning ske med utgångspunkt i det allmänna språkbruket och får då ges innebörden att därmed avses inget annat eller mera än att leverantören lämnat egna uppgifter om hur det förhåller sig med de omständigheter som efterfrågats i upphandlingen. Detta har i bestämmelsen, på Lagrådets inrådan, uttryckts som att kontrollen ska göras med utgångspunkt i en försäkran av anbudssökandena och anbudsgivarna. Givetvis ankommer det på upphandlande myndighet och enhet att kontrollera dessa uppgifter på vanligt sätt (prop. 2015/16:195 s. 1361).

Enligt 12 kap. 3 § LUK får en leverantör för en koncession åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering. Ett annat företags kapacitet får åberopas enligt första stycket oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att man kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

Kammarrätten bedömer att MTR genom ingivet intygande har uppfyllt de krav som ställts avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Det finns därför inte skäl att i denna del göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort.

Rimliga och bärkraftiga priser

Arriva för i denna del fram bl.a. följande. I upphandlingen uppställs ett obligatoriskt krav på att samtliga delpriser som anbudsgivarna lämnar ska vara rimliga och bärkraftiga. Vad som menas med ”rimliga och bärkraftiga” delpriser framgår dock inte av upphandlingsdokumenten och det saknas tillräcklig information för anbudsgivarna vad som krävs för att kravet ska anses uppfyllt. Vad som utgör ett rimligt och bärkraftigt pris kan omöjligt uppfattas på samma sätt av samtliga anbudsgivare för vart och ett av delpriserna i upphandlingen. Dessutom är innebörden av kravet mycket långtgående. Det räcker att MÄLAB anser att ett enda av flera hundra delpriser i ett anbud är orimligt eller icke bärkraftigt för att hela anbudet ska förkastas. Eftersom MÄLAB har valt att göra kravet obligatoriskt saknas enligt LUK utrymme att avstå från att förkasta ett anbud med ett enda orimligt eller icke bärkraftigt pris. Ingenstans i upphandlingsdokumenten anges att MÄLAB kommer utreda prissättningen i anbud med delpriser som är orimliga eller icke bärkraftiga. LUK saknar bestämmelser om det kontradiktoriska förfarandet vid onormalt låga anbud. Att MÄLAB skulle utreda prissättningen före beslut om förkastande har alltså inte utgjort en förutsättning i upphandlingen eftersom det varken i upphandlingsdokumenten eller i den tillämpliga lagtexten anges att en utredning av prissättningen kommer att ske före beslut om förkastande. MÄLAB:s resonemang kring att man inte haft anledning att ifrågasätta något anbud som onormalt lågt och att MÄLAB skulle ha vidtagit utredningsåtgärder om något anbud faktiskt hade förefallit onormalt lågt, är oförenligt med det obligatoriska prissättningskravet. Prissättningskravet tillåter inte att ett eller flera delpriser är orimliga och icke bärkraftiga, i motsats till reglerna om onormalt låga anbud där en helhetsbedömning av anbudets sammantagna prisbild måste göras innan anbudet får förkastas. MÄLAB försöker alltså försvara prissättningskravet genom att beskriva ett tillvägagångssätt och en helhetsbedömning av samtliga delpriser som kravets ordalydelse inte

medger. Kravet är även att jämställa med golvpriser och begränsar anbudsgivarnas rätt att använda pris som konkurrensmedel.

Enligt upphandlingsdokumenten kommer rimligheten och bärkraftigheten av anbudspriser att bedömas med tillämpning av MÄLAB:s kalkylmodell. Kalkylmodellen återfinns inte bland upphandlingsdokumenten. Det har alltså inför inlämnandet av anbuderna varit okänt för trafikutövarna vad som är rimliga och bärkraftiga delpriser och hur MÄLAB:s kalkylmodell ser ut, trots att dessa faktorer och underlag avgör om ett anbud ska förkastas eller godtas. MÄLAB försöker ge sken av att det inte skulle ha ställts några frågor i upphandlingen rörande innebörden av rimliga och bärkraftiga priser, eller rörande prissättningen av och utvärderingen av lågfrekventa underhållsaktiviteter som inte kommer att falla ut under avtalstiden. MÄLAB påstår även att Arriva inte har ställt några dylika frågor. Det är inte korrekt. Det obligatoriska kravet i upphandlingen att samtliga delpriser i anbuderna ska vara rimliga och bärkraftiga strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1–2 §§ LUK.

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. I prisbilagan finns en skrivning om att samtliga delpriser ska vara rimliga och bärkraftiga. Det budskap som förmedlas är att utvärderingsmodellen ska tas på allvar och leda till en seriös prissättning utan försök till taktisering. MÄLAB vill inte att det erbjuds negativa priser, eftersom det indikerar en strategisk prissättning som bygger på att anbudsgivaren tar ett överpris i andra delar av anbudet. Det går inte att förbjuda negativa delpriser på grund av reglerna och den praxis som utvecklats kring onormalt låga anbud. Detta måste beaktas om MÄLAB skulle överväga att agera på ett onormalt lågt anbud. Skrivningen att priser ska vara rimliga och bärkraftiga kan således inte leda till ett automatiskt förkastande av ett anbud. Kravet har aldrig tillämpats som grund för diskvalificering och skulle aldrig användas på ett sådant sätt i upphandlingen. Kravet har inte heller inneburit att golvpriser uppställts. Arriva har inte haft några invändningar mot kravet under anbudsfasen. Det

visar att Arriva inte har påverkats negativt av kravet när man utformade sitt anbud. Arrivas påstående om att det skulle ha ställts frågor avseende innebörden av kravet på rimliga och bärkraftiga priser är felaktigt. Arriva har inte heller på ett tillräckligt konkret sätt förklarat varför påstådda fel har försämrat Arrivas möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller varför Arrivas anbud skulle ha sett annorlunda ut i frånvaro av felen.

Kalkylmodeller används i större och/eller komplexa upphandlingar som ett internt hjälpmedel för att bedöma om anbudsgivares erbjudna lösningar och prissättning verkar rimliga. Kalkylmodellen är således ett stöd i beslutsfattandet. Kalkylmodellen, i dess egenskap av internt hjälpmedel, behöver inte beskrivas eller förklaras för anbudsgivare, eftersom den inte har någon självständig betydelse.

Kammarrättens bedömning

Arriva har först i kammarrätten fört fram att kravet på rimliga och bärkraftiga priser strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Kammarätten anser att det inte finns något hinder mot att pröva dessa nya omständigheter (jfr HFD 2013 ref. 5).

Enligt upphandlingsdokumentet ska en anbudsgivare ge in anbudspriser i enlighet med blankett A6. Av blanketten framgår att samtliga anbudspriser ska vara rimliga och bärkraftiga. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser är varken ett krav på leverantörens kvalifikationer eller på upphandlingsföremålet. Kravet har i stället koppling till prissättningen, vilket är ett utvärderingskriterium. Trots detta har det formulerats som ett obligatoriskt krav och ska därför som en konsekvens bedömas så.

Arriva anser att kravet på rimliga och bärkraftiga priser står i strid med transparensprincipen. Kravet på rimliga och bärkraftiga priser har inte definierats i upphandlingsdokumenten. MÄLAB har dock påtalat att Arriva

inte har invänt mot kravet under anbudsfasen. Kammarrätten konstaterar att Sverige har valt att i upphandlingsbestämmelserna inte införa någon preklusionsfrist, dvs. en tidsfrist för ansökan om överprövning för de inledande momenten i en upphandling. Däremot finns en möjlighet för potentiella anbudsgivare att inom ramen för frågor och svar begära förtydliganden av upphandlingsdokumenten innan anbudstidens utgång. Arriva har ställt en fråga om beställaren kan bekräfta att det inte är tillåtet att ange negativa priser för de lågfrekventa underhållsåtgärderna. MÄLAB har svarat att det av blankett A6 framgår att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga. Varken Arriva eller någon annan potentiell anbudsgivare har därefter utnyttjat möjligheten att med anledning av svaret ställa någon följdfråga.

Av blankett A6 framgår att MÄLAB ska bedöma om kravet är uppfyllt med tillämpning av en kalkylmodell där anbudsgivarens antaganden och motiveringar för angivna priser också kommer att bedömas och beaktas. I upphandlingsdokumenten framgår att syftet med uppgifterna är att göra en bedömning av om anbudsgivaren har förstått uppdragets omfattning och innebörd samt om denne har erforderliga resurser för att klara uppdraget. Uppgifterna kommer även att användas i beställarens arbete med kalkylmodellen.

Det obligatoriska kravet rimliga och bärkraftiga priser kan enligt kammarrätten inte anses optimalt formulerat utan har brister i tydligheten. Enligt kammarrättens mening har dock den samlade informationen om vilka uppgifter som kommer att tillmätas betydelse som underlag för MÄLAB:s kalkylmodell och vid bedömningen av om kravet på rimliga och bärkraftiga priser är uppfyllt varit tillräcklig för att Arriva som en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare ska kunna förstå och tolka kravet (se bl.a. EU-domstolens dom SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553). Kravet kan därför, trots att det inte är optimalt formulerat, inte anses vara så otydligt att det strider mot de grundläggande principerna enligt LUK.

Dessutom anser kammarrätten att de omständigheter som Arriva har åberopat inte på ett tillräckligt konkret sätt talar för att kravet har försämrat Arrivas möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Det är således inte visat att Arrivas anbud skulle ha sett annorlunda ut om kravets syfte att utvärderingsmodellen ska tas på allvar eller leda till en seriös prissättning utan försök att taktisera modellen framgått tydligare. Arriva har dessutom inte heller under anbudstiden begärt något förtydligande från MÄLAB beträffande det aktuella kravet. Att kravet har påverkat Arriva negativt lyftes inte heller fram under processen i förvaltningsrätten. Arriva har alltså inte visat att Arriva lidit eller kan komma att lida skada till följd av kravet.

Kammarrätten anser inte heller att kravet innebär att det har uppställts förbud mot sådana golvpriser som avses i HFD 2018 ref. 50. Vad Arriva har fört fram angående onormalt låga anbud föranleder ingen annan bedömning.

Sammanfattningsvis saknas därför grund för att ingripa mot upphandlingen på dessa grunder.

Viktningen av priser för lågfrekvent underhåll avseende ER1-tågen

Arriva för i denna del fram bl.a. följande. I MÄLAB:s utvärderingsmodell är de hypotetiska volymerna för vissa delpriser avseende lågfrekventa underhållsåtgärder på ER1-tågen oförenliga med den frekvens som anges i underhållsplanen. ER1-tågen är nyproducerade. Det innebär att underhållsåtgärder som enligt underhållsplanen ska ske vart 15:e år, vart 20:e år eller ännu mer sällan, inte kommer att behöva utföras på tågen under uppdragets maximala avtalstid om nio år. Dessa ska ändå prissättas i anbudet och utgör därmed del i utvärderingen. Eftersom dessa åtgärder inte kommer att behöva utföras under avtalstiden öppnar utvärderingsmodellen för att anbudsgivare kan ange mycket låga eller negativa delpriser för dessa åtgärder och därmed åstadkomma ett lägre utvärderingspris, trots att det pris MÄLAB i realiteten får betala kan bli högre jämfört med andra anbud. Även om förskottering

förekommer så påverkas inte den felaktiga viktningen av lågfrekventa underhållsåtgärder, eftersom även förskotteringen sker efter utgången av avtalstiden. Trafikutövaren behöver inte ta ansvar för att genomföra sådant underhåll som inträffar långt efter att uppdraget har upphört. Då en trafikutövare inte vet om den kommer att tilldelas uppdraget i nästa upphandling saknas incitament att genomföra underhåll som kan komma en annan framtida leverantör och konkurrent tillgodo. Det ska därutöver framhållas att det i upphandlingen rör sig om en speciell situation då ER1-tågen, som står för cirka 85 procent av fordonsflottan i uppdraget, är nyproducerade eller maximalt cirka två år gamla när uppdraget startar. Den hypotetiska viktningen av det lågfrekventa underhållet hade möjligen varit rimligt rättvisande om ER1-tågen hade varit i bruk under en väsentligt längre tid när uppdraget startar. Eftersom så inte är fallet är den hypotetiska viktningen baserad på en situation som saknar verklighetsanknytning. MÄLAB hade kunnat vikta ner betydelsen av de delpriser för sådant lågfrekvent underhåll som kunde förväntas infalla först efter avtalstidens utgång. Genom en lägre viktning för dessa underhållsåtgärder hade riskerna för påverkan genom taktisk prissättning begränsats kraftigt eller till och med eliminerats samtidigt som priserna hade konkurrensutsatts.

Sammantaget öppnar utvärderingsmodellen för manipulation, och syftar inte till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Kravet på att lämna rimliga och bärkraftiga priser för samtliga underhållsåtgärder, i kombination med att vissa underhållsåtgärder som inte kommer att utföras under kontraktstiden ändå utvärderas, ger sammantaget en utvärderingsmodell som står i strid med såväl likabehandlings- som transparensprincipen.

MÄLAB för i denna del fram bl.a. följande. De hypotetiska volymerna i utvärderingsmodellen är baserade på MÄLAB:s bästa uppskattning av vad det verkliga utfallet kan komma att bli under avtalstiden. Vid utförande av fordonsunderhåll som ska göras med vissa regelbundna intervaller

förekommer ofta förskottering, dvs. att underhållsåtgärder påbörjas i förtid. Detta beror på att leverantören inte kan avvakta med underhåll till sista stund, eftersom underhållsåtgärder för hela fordonsflottan då inte skulle hinnas med i tid. Det är även viktigt att allt lågfrekvent underhåll prissätts och blir konkurrensutsatt i upphandlingen, även om vissa underhållsåtgärder i nuläget inte bedöms falla ut under avtalstiden. Skälet är att en stor andel av fordonen är just nyproducerade. Det finns inte tillräcklig erfarenhet av dessa fordon i drift för att med säkerhet konstatera att underhållsplanen kommer att stå sig under avtalstiden. Det kan komma att visa sig att visst lågfrekvent underhåll behöver utföras tidigare än vad som uppskattats. Prissättningen av lågfrekvent underhåll har inte påverkat utvärderingsresultatet då det rör sig om en relativt liten del av det totala utvärderingspriset. Om MÄLAB helt hade avstått från att utvärdera lågfrekventa underhållsåtgärder eller gett underhållet en ännu lägre viktning än vad som skett, så hade risken för ett felvisande resultat varit större. Det ska även noteras att det ligger inom en upphandlande enhets frihet att bestämma utformningen av sin utvärderingsmodell, inklusive de kriterier som ska ingå och deras viktning, såvida en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kammarrättens bedömning

Enligt upphandlingsdokumenten ska det vid utvärderingen av totalt anbudspris ingå priser för bl.a. lågfrekvent underhåll. Av blankett A6 framgår att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga. Det framgår även att prisutvärdering av anbudsgivarens priser görs genom att koppla priserna till en hypotetisk volym för ett hypotetiskt avtalsår. Vidare framgår att den hypotetiska volym enbart är till för prisutvärderingen och att den inte på något sätt ska ses som en beskrivning av vilken volym som gäller för uppdraget.

MÄLAB har fört fram att de hypotetiska volymerna är baserade på MÄLAB:s bästa uppskattning av vad det verkliga utfallet kan komma att bli under avtalstiden.

Med stor sannolikhet kommer inte allt lågfrekvent underhåll att utföras under avtalstiden. I upphandlingsdokumenten framgår dock tydligt att den hypotetiska volymen inte ska ses som en beskrivning av vilken volym som gäller för uppdraget. Den omständighet att volymerna avviker från de volymer som anges i underhållsplanen strider därför inte i sig mot LUK.

Kammarrätten har funnit att kravet på att samtliga priser ska vara rimliga och bärkraftiga inte strider mot de grundläggande principerna enligt LUK. Att samtliga delpriser för de lågfrekventa underhållsåtgärderna också ska vara rimliga och bärkraftiga medför således inte heller i övrigt att utvärderingsmodellen strider mot LUK. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Sammanfattning

Arriva har inte på någon punkt åberopat omständigheter av sådan styrka eller karaktär att de kan anses innebära att reglerna i LUK har överträtts. Inte heller har Arriva på ett konkret sätt visat sig ha lidit skada eller riskerat att lida skada. Förutsättningarna för att ingripa mot upphandlingen är därmed inte uppfyllda. Överklagandet ska således avslås.

Begäran om sekretess

Arriva har begärt att kammarrätten enligt 43 kap. 8 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), (OSL), ska förordna att sekretess ska gälla för vissa delar av Arrivas yttranden även efter det att domstolen skilt målet ifrån sig.

Uppgifter om affärs- eller driftförhållanden omfattas av sekretess hos domstol enligt 36 kap. 2 § OSL. Av 43 kap. 8 § samma lag framgår att en sekretessbestämmelse som gäller för en uppgift i en domstols rättskipande verksamhet upphör att vara tillämplig i målet om uppgiften tas in i en dom eller annat beslut i målet. De uppgifter som Arriva har begärt ska omfattas av sekretess har inte tagits in i domen. Begäran föranleder därför inte någon åtgärd från kammarrätten.

För det fall att de aktuella handlingarna begärs ut senare kommer kammarrätten att göra en sedvanlig sekretessprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Magnus Schultzberg
kammarrättsråd
ordförande

Maria Ringvall
kammarrättsråd

Gunilla Berendt
kammarrättsråd
referent

Susan Becker
föredragande jurist

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2021-04-26

Meddelad i Stockholm

Mål nr

28052-20

SÖKANDE

Arriva Sverige AB, 556351-9437

Ombud: Advokaterna Martin Dell och Peter Lennartz samt biträdande juristen Sofie Olovsson

MOTPART

Mälardalstrafik MÄLAB AB, 556425-0610

Ombud: Advokaten Sven Vaxenbäck och biträdande juristen Freija Haas

SAKEN

Upphandling av koncessioner

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Arriva Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1336046

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: avd32.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratten-i-stockholm/	-	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Mälardalstrafik MÄLAB AB (MÄLAB) genomför upphandlingen ”Mälartåg Etapp 2”, dnr. 20191220-02. Upphandlingen genomförs som en konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70 (EU:s kollektivtrafikförordning), tillämpliga bestämmelser i lagen (2010:1065) om kollektivtrafik och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Uppdraget innebär att utföra järnvägstrafik, svara för underhåll av fordon och depå samt tillhandahålla vissa andra trafikrelaterade tjänster. I tilldelningsbeslut den 9 december 2020 beslutade MÄLAB att tilldela MTR Jota AB (MTR) kontrakt i upphandlingen.

Arriva Sverige AB (Arriva) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar om rättelse på så sätt att MTR:s anbud förkastas och att en ny anbudsutvärdering utförs utan beaktande av MTR:s anbud. Till stöd för sin talan anför Arriva bl.a. följande. MTR uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. MÄLAB har genom att anta MTR:s anbud handlat i strid med bl.a. LUK. Om MTR:s anbud rätteligen hade förkastats hade bolaget tilldelats kontraktet då endast bolagets och MTR:s anbud gick vidare till utvärderingsfasen. MÄLAB:s överträdelse av LUK har medfört att Arriva lider väsentlig skada.

Bland de minimikrav som ställs på anbudsgivare återfinns ett krav på moderbolags- och/eller bankgaranti i punkt 3.2.7 i anbudsinbjudan. Kravet ska accepteras och uppfyllas av anbudsgivare genom att i *Blankett A7-anbudsinbjudan* ange om villkoret accepteras eller inte. Bankgarantin är avsedd att utgöra en del av uppdragsavtalet och ska således bifogas därtill som bilaga 8B1 och/eller 8B2. MTR har i sin blankett angett att kravet på

garanti accepteras. Som tydligt framgår innefattar kravet även enligt andra stycket i punkten att anbudsgivare i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande ska ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger. Bolaget delar inte MÄLAB:s uppfattning om att även detta krav uppfylls genom att kryssa i svarsalternativ ”ja”. MÄLAB har i upphandlingen även ställt andra obligatoriska krav som uppfylls genom att anbudsgivaren kryssar i rutan ”ja”. Kravet på bl.a. bankgaranti är det enda kravet som uttryckligen fordrar en specifik prestation av anbudsgivaren innan avtalets undertecknande. Om det vore tillräckligt med att kryssa i ”ja” kan det ifrågasättas varför MÄLAB utformat kravet med ett stycke som preciserar kravets innebörd och uttryckligen anger att anbudsgivaren, utan förbehåll, ska ha säkerställt att samtliga erforderliga beslut föreligger hos banken i god tid innan avtalets undertecknande. Detta krav kan inte tolkas på så vis att vissa beslut inte behöver ha fattats. Kravet i 3.2.7 måste därför förstås som så att det inte får återstå några beslut som banken måste fatta för garantins utfärdande. Med uttrycket ”med god tid innan uppdragsavtalet tecknas” borde avses att kravet ska vara uppfyllt i tid som ligger före det att tilldelningsbeslut fattas. Intyget ska ges på begäran och i anslutning till uppdragsavtalets ingående. Det är emellertid inte en fråga om ett fullgörande av ett särskilt villkor som ska betraktas skilt från det obligatoriska kravet i punkt 3.2.7. Kravet i sin helhet utgör ett villkor för att avtalet ska kunna ingås med den tilltänkta anbudsgivaren. Om en anbudsgivare inte uppfyller kravet ska avtalet inte ingås. Att MTR på MÄLAB:s begäran inkommit med en avsiktsförklaring, visar att MÄLAB velat säkerställa att avtal ingås med en anbudsgivare som på förhand har säkerställt att en garanti kan utfärdas. I annat fall finns det ingen anledning för MÄLAB att efterfråga en sådan bekräftelse på att kravet kan uppfyllas innan avtalets undertecknande.

MTR uppfyller inte kravet i punkt 3.2.7 eftersom samtliga erforderliga beslut hos anlitad bank inte föreligger. Detta framgår att MTR:s avsiktsförklaring daterad den 2 december 2020, utfärdad av Swedbank AB och ställd till MÄLAB. Av avsiktsförklaringen framgår att banken är villigt att utfärda en garanti på de villkor som framgår av det tillhörande garantiutkastet. Villkoren anges vara interna beslut och ställer krav på kundkännedom samt andra ospecificerade juridiska krav och krav på att dokumentationen är godkänd. I sista stycket i avsiktsförklaringen anges vidare att den inte utgör någon garanti och inte medför några åligganden för Swedbank att utfärda någon garanti, utan en förklaring om bankens villighet att utfärda en garanti, förutsatt att de särskilda villkoren är uppfyllda. MTR kan därmed inte anses uppfylla kravet på att i god tid innan uppdragsavtalets tecknande ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger, då det framgår att eventuell garanti är villkorad av väsentliga beslut i form av interna ledningsbeslut, beslut i fråga om krav på kundkännedom samt övriga beslut av bland annat juridisk karaktär. Kravet på bl.a. kundkännedom är omfattande och en bank får överhuvudtaget inte ingå i affärsförbindelser med företag utan att först vidta åtgärder för att uppnå kundkännedom. Villkoren är av sådan art att alla erforderliga beslut inte föreligger och att det inte heller är möjligt att säkerställa att alla erforderliga beslut faktiskt kommer att föreligga. Det är således inte säkert att det är tillåtet för banken att utfärda en bankgaranti för MTR:s räkning. Tilldelningsbeslutet har fattats och uppdragsavtalet har undertecknats av MTR. Det framgår därmed inte att denna osäkerhet hade undanröjts när uppdragsavtalet undertecknades av MTR. Även om så vore fallet kan MTR under inga omständigheter anses ha säkerställt att erforderliga beslut från banken fanns i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande. Avsiktsförklaringen fanns med i det slutliga avtal som så sent som den 3 december 2020, dvs. endast fyra dagar före undertecknandet, skickades till MTR för godkännande. Genom fattat tilldelningsbeslut har även MÄLAB tydliggjort att de har för avsikt att ingå avtal med MTR. Enda anledningen till att avtalet

ännu inte har ingåtts är på grund av ansökan. Det är därför klarlagt att MÄLAB har accepterat MTR:s avsiktsförklaring trots att denna inte uppfyller kravet i punkt 3.2.7. En upphandlande myndighet får inte ändra ett minimikrav enligt LUK. MÄLAB har därför i strid med LUK och anbuds-inbjudan eftergett kravet för MTR:s vidkommande genom att acceptera anbudet. MÄLAB har även handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att anta ett anbud som inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen.

MTR har inte heller visat att de kommer att ha tillgång till nödvändiga resurser från de företag vars kapacitet de åberopar i upphandlingen. Kravet ska anses innebära att en leverantör redan i sitt anbud ska bevisa att den kommer att förfoga över åberopade resurser under varje del av koncessions-tiden. I MTR:s anbudsansökan och anbud återfinns inte någon handling eller uppgift som styrker att MTR kommer kunna förfoga över de resurser som åberopas under varje del av koncessionstiden. I bilaga A till anbudsansökan intygas att för de företag vars kapacitet åberopats kan MTR på MÄLAB:s begäran styrka tillgången till den kapacitet som åberopas för att visa att MTR kommer kunna förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Den person som skrivit under försäkran är inte behörig att ensam teckna firman för varken MTR eller någon av de åberopade bolagen. Försäkran är inte heller utfärdad av de åberopade företagen utan av MTR och utgör inte något åtagande oavsett vilka som utfärdat denna. Försäkran utgör enligt sin ordalydelse inget annat än ett intyg om att MTR kan styrka tillgången till åberopad kapacitet genom vissa handlingar. MTR syftar därmed på bevisning som kan, men inte har getts in. En sådan utfästelse utgör inte något faktiskt styrkande av tillgång till den kapacitet som åberopas. Det borde ha varit aktuellt för MÄLAB att, senast inför tilldelningen i upphandlingen, kontrollera om MTR kan säkerställa den kapacitet som åberopas. När bolaget har frågat MÄLAB om eventuella bevishandlingar som begärts in från MTR har bolaget angett att någon sådan

dokumentation inte har upprättats då behov inte föreligger. MÄLAB har därmed i strid med upphandlingen och EU-praxis presumerat att MTR förfogar över nödvändiga resurser och därför inte kontrollerat detta. MÄLAB har därmed eftergett kravet på att en anbudsgivare som åberopar annans kapacitet ska visa att den kommer att kunna förfoga över resurserna under koncessionstiden. MÄLAB har därför handlat i strid med 12 kap. 3 § LUK och upphandlingsdokumentet.

MÄLAB bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. Kravet i punkt 3.2.7 i anbudsinbjudan är ett obligatoriskt krav och uppfylls i samband med anbudslämnandet genom att anbudsgivaren i sitt anbud accepterar det särskilda villkoret för att kunna komma i fråga för tilldelning. MÄLAB har tillhandahållit en blankett som anbudsgivare fyller i när anbud lämnas. I punkt 2.7 i blanketten anges samma krav på bankgaranti som i punkten 3.2.7 i anbudsinbjudan. I båda dessa ställs fråga om anbudsgivaren accepterar det särskilda villkoret med svarsalternativ ”ja/nej”. I samband med anbudsgivning kan anbudsgivare inte göra mer än att acceptera kravet och därigenom förklara sig villig att i framtiden uppfylla det särskilda villkoret. En anbudsgivare som accepterar villkoret uppfyller därmed kravet. Vad bolaget har anfört om utformningen av andra krav i upphandlingen eller att kravet skiljer sig från hur andra krav är utformade, är inte relevant för prövningen av frågan om MTR:s anbud uppfyller kravet på bankgarantin och inte heller att anse som någon brist eller i strid med LUK. Av MTR:s inlämnade blankett framgår att bolaget, utan reservationer, har accepterat bankgarantin. MTR uppfyller därför kravet och MÄLAB har agerat korrekt genom att utvärdera anbudet.

Det är vidare, först på begäran och i anslutning till uppdragsavtalets ingående, som anbudsgivare har en skyldighet att inkomma med ett intyg från bank om att en bankgaranti kan ställas ut. I det skedet är det emellertid inte längre en fråga om uppfyllelse av det obligatoriska kravet utan fråga om

fullgörande av det särskilda villkoret. I nuläget har uppdragsavtalet inte ingåtts. MTR har i samband med sitt eget undertecknande av uppdragsavtalet inkommit med ett intyg från Swedbank om att en bankgaranti kan ställas. Eventuella brister i intyget kan dock inte läggas till grund för ett förordnande om bl.a. rättelse av upphandlingen då detta endast görs om bristen påverkat förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. I det aktuella fallet rör det sig om fullgörande av ett särskilt villkor, vilket inte har påverkat bedömningen av det vinnande anbudet eller upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Tidpunkten för fullgörande av det särskilda villkoret är ”i anslutning till uppdragsavtalets ingående”, vilket gör att alla invändningar mot intyget i nuläget är rent teoretiska och spekulativa till sin natur. I och med att uppdragsavtalet ännu inte har ingåtts kan det inte konstateras att eventuella brister i intyget har accepterats av MÄLAB, eftersom eventuella brister kan åtgärdas ända till dess att avtalet har ingåtts. Invändningarna saknar därför relevans för en ansökan om överprövning av upphandling och hör snarare hemma i en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet.

För det fall att förvaltningsrätten ändå skulle anse att bolagets invändningar mot MTR:s intyg från Swedbank har betydelse för prövningen av målet kan följande framföras. MTR har valt att uppfylla kravet genom en bankgaranti. MTR har på MÄLAB:s begäran och inför ingående uppdragsavtal inkommit med en handling från Swedbank rubricerad Letter of intent, som även inkluderar ett utkast till bankgaranti. Av handlingen framgår att banken är villig att ställa ut en bankgaranti om 300 miljoner kronor till MÄLAB:s fördel som garanti för MTR:s korrekta fullgörande av uppdragsavtalet. MÄLAB har genom kravet efterfrågat ett intyg om att bankgaranti kan ställas ut och inte en faktisk bankgaranti. Ett intyg om framtida utställande av bankgaranti kan liknas vid ett lånelöfte i samband med bostadsköp och kommer naturligtvis alltid att vara villkorat på något sätt. På samma sätt som en bank inte beviljar ett bostadslån förrän det står klart att bostadsköpet

blir av utfärdar en bank inte heller en bankgaranti avseende ett visst avtal förrän det står klart att avtalet faktiskt blir av. Förekomsten av villkor i intyg att bankgaranti kan ställas ut är således ett naturligt inslag i denna typ av handling. Det förhållande att handlingen anger att utställandet av bankgarantin är föremål för sedvanliga villkor är vidare ett uttryck för att utställandet av den faktiska garantin är ett formaliserat utfärdande. Banken gör inte detta förrän det står klart att avtalet faktiskt blir av och bankgarantin ska utfärdas. Alla beslut som banken kan fatta innan bankgarantin faktiskt ska ställas ut föreligger i nuläget. I annat fall hade banken inte upprättat ingivet intyg. Det saknas därmed skäl för ingripande av upphandlingen mot bakgrund av bolagets invändning i denna del.

Även bolagets påstående om att MTR inte har visat att de kommer att förfoga över nödvändiga resurser från de företag vars kapacitet åberopas är felaktig. MTR har i sin ansökan åberopat kapacitet från vissa angivna bolag för att uppfylla kvalificeringskraven. I MTR:s dokument ”försäkran om uppfyllelse av kvalificeringskrav” finns ett intygande, för de företag vars kapacitet åberopats, om att resurser kommer att finnas till förfogande. Det anges vidare att detta kan styrkas genom avtal m.m. på begäran. Detta frångår dock inte det faktum att dokumentet i sig utgör ett tillräckligt åtagande från de berörda bolagen. Det finns vidare inga formkrav för hur ett åtagande ska se ut. Detta innebär att en behörig företrädares intygande av kapacitet som åberopats inte lagligen kan underkännas. Intygandet har gjorts av en person som är behörig företrädare för samtliga av de fem företag vars kapacitet åberopats och denne är registrerad firmatecknare i samtliga bolag. Det finns inte skäl att ifrågasätta firmatecknarens behörighet att företräda företagen. MÄLAB har vidare missuppfattat bolagets fråga om eventuella handlingar begärts in av MTR och bolagets svar ger således inte uttryck för att MTR inte skulle ha styrkt den kapacitet som åberopats. Eftersom MTR styrkt åberopad kapacitet saknas skäl för ingripande av upphandlingen även mot bakgrund av bolagets invändningar i denna del.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

I 5.3 artikeln i EU:s kollektivtrafikförordning framgår följande. När behöriga myndigheter anlitar en annan tredje part än ett internt företag, ska avtal om allmän trafik tilldelas på grundval av ett konkurrensutsatt anbudsförfarande, utom i de fall som anges i punkterna 4, 5 och 6. Det konkurrensutsatta anbudsförfarandet ska vara öppet för alla företag, det ska vara rättvist och följa principerna om insyn och icke diskriminering. Efter anbudsinlämningen och ett eventuellt förurval kan förhandlingar föras i enlighet med nämnda principer för att avgöra hur specifika eller komplicerade krav kan uppfyllas på bästa sätt.

Enligt 4 a kap. 5 § första stycket lagen om kollektivtrafik tillämpas bestämmelserna i 6–11 §§ vid upphandling som avser tjänstekontrakt för kollektivtrafik på järnväg, med tunnelbana eller på vatten, och tjänstekoncessioner för kollektivtrafik.

Av 4 a kap. 6 § lagen om kollektivtrafik framgår att vid konkurrensutsättning enligt artikel 5.3 i EU:s kollektivtrafikförordning tillämpas bl.a. 4 kap. 1–9, 6 kap., 12 kap. och 16 kap. i LUK.

Av 4 kap. 1 § LUK framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 16 kap. 6 § LUK följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LUK och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan

komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

En leverantör för en koncession får enligt 12 kap. 3 § LUK åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla något villkor för kvalificering. Ett annat företags kapacitet får åberopas oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företaget. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs under varje del av koncessionstiden.

Som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande enheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LUK (jfr HFD 2013 ref. 5).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att MTR inte uppfyller kravet på bl.a. bankgaranti i 3.2.7 i anbudsinbjudan och att MTR inte heller i enlighet med 2.4.2 har visat att de kan förfoga över nödvändiga resurser från de företag vars kapacitet har åberopats. Bolaget anser att MÄLAB, genom att anta MTR:s anbud, har handlat i strid med LUK. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det finns skäl för ingripande av upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har framfört.

Moderbolags- och/eller bankgaranti

I punkt 3.2.7 ”Moderbolags- och/eller bankgaranti” i anbudsinbjudan anges bl.a. följande. Anbudsgivare är skyldig, att på beställarens begäran, i anslutning till uppdragsavtalets ingående, inkomma med moderbolagsgaranti i original alternativt ett intyg från utfärdande bank att bankgaranti kan ställas ut. Det innebär att anbudsgivaren i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande ska ha säkerställt att erforderliga beslut fattats och godkännanden lämnats av styrelse eller annat bolagsorgan såvitt gäller utfärdande av moderbolagsgaranti, samt såvitt avser bankgaranti, att alla erforderliga beslut hos anlita bank föreligger.

I punkt 4 i dokumentet ”Inbjudan att inkomma med anbudsansökan avseende Upphandling Mälartåg, dnr 20191220-02” anges under rubriken ”Särskilda villkor för fullgörande av kontrakt” att vissa krav och villkor ska uppfyllas genom åtagande i kontraktet och/eller vid fullgörande av kontraktet och behöver inte vara uppfyllda vid anbudsansökan. Ett av dessa villkor är garantier och i 4.1 anges att leverantören inför ingående av kontraktet ska säkerställa sådana ekonomiska och/eller moderbolagsgarantier som redovisas i anbudsinbjudan.

Bolaget har bl.a. framfört följande. Kravet i 3.2.7 innefattar dels att anbudsgivaren accepterar kravet, dvs. kryssar ”ja” i anbudsblanketten, dels ett vidare krav på att kravet ska uppfyllas genom att anbudsgivare i god tid, innan uppdragsavtalets undertecknande, ska ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlita bank föreligger. Enligt bolaget kan inte även detta krav uppfyllas genom att bolaget endast accepterar villkoret. Eftersom MTR:s intyg om bankgaranti är beroende av flera omständigheter och omständigheterna skulle kunna falla ut på ett sådant sätt att bankgaranti inte kan ställas ut, är MTR:s accept verkningslös.

MÄLAB har bl.a. framfört följande. En anbudsgivare kan i samband med anbudsgivning inte göra mer än att acceptera kravet. Genom en sådan accept förklarar sig en anbudsgivare, på MÄLAB:s begäran och i anslutning till avtalstecknandet, att uppfylla det särskilda villkoret. Tidpunkten för fullgörande av det särskilda villkoret är ”i anslutning till uppdragsavtalets ingående”, vilket innebär att det rör sig om fullgörande av ett särskilt villkor som inte påverkat bedömningen av anbudet eller upphandlingens konkurrenssökande skede. Bolagets invändningar mot MTR:s bankgaranti saknar därför relevans för en ansökan om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det aktuella kravet är utformat på så sätt att leverantören genom att kryssa ”ja” accepterar villkoret att vara skyldig att på beställarens begäran, i anslutning till uppdragsavtalets ingående, inkomma med ett intyg från utfärdande bank om att bankgaranti kan ställas ut. Leverantören ska därför i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger. Förvaltningsrätten anser att det av kravet tydligt framgår att en anbudsgivare vid anbudslämnandet, behöver acceptera det särskilda villkoret för att uppfylla den del av det aktuella kravet som kan uppfyllas vid anbudslämnandet. Med beaktande av hur kravet är formulerat kan det enligt förvaltningsrätten inte tolkas på annat sätt än att kravet på intyg ska lämnas i anslutning till uppdragsavtalets ingående. Det framgår således inte att intyg från utfärdande bank om att bankgaranti kan ställas ut behöver ges in i samband med anbudsinlämningen eller att ett sådant intyg ska kunna påverka kvalificering eller utvärdering av anbud.

Det är i målet ostridigt att MTR har accepterat det särskilda villkoret i sin anbudsansökan. MÄLAB har därför, enligt förvaltningsrättens mening, agerat korrekt när de utvärderat MTR:s anbud. Huruvida det av MTR inlämnade intyget uppfyller kravet på ett sådant intyg som sedan i anslutning till uppdragsavtalets ingående ska lämnas på beställarens begäran

är en förutsättning för att avtalet ska kunna slutas. Detta var således inget som MÄLAB hade att pröva vid tidpunkten för prövningen av vilka anbud som skulle upptas till anbudsutvärderingen och därefter tilldelas kontrakt. Det som bolaget har anfört om att MTR inte i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande har säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger, medför därmed inte att MÄLAB har utfört upphandlingen i strid mot LUK eller någon av de grundläggande principerna. Det finns därför inte skäl för ingripande mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Åberopande av annan bolags kapacitet

Av punkt 2.4.2 Kvalificering i anbudsinbjudan framgår bl.a. följande. En anbudsgivare som åberopat ett annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskrav ska på beställarens begäran styrka tillgången till den kapacitet som åberopas genom bindande avtal eller annan dokumentation som utgör garanti för att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när uppdraget ska fullgöras.

Bolaget har framfört att kravet ska anses innebära att en leverantör redan i sitt anbud ska bevisa att den kommer att förfoga över åberopade resurser. Bolaget anser att MTR inte har visat att de, under varje del av koncessions-tiden, kommer att ha tillgång till nödvändiga resurser från de företag vars kapacitet de åberopar i upphandlingen. Bolaget anser även att MTR:s intygande inte utgör något faktiskt styrkande av tillgång till den kapacitet som åberopas och att MÄLAB har varit skyldig att kontrollera att MTR förfogar över nödvändiga resurser.

MÄLAB har framfört att MTR:s intygande om att resurser kommer att finnas till förfogande har gjorts av en person som är behörig företrädare och registrerad firmatecknare för samtliga av de fem företag vars kapacitet åberopas. Enligt MÄLAB finns det inte skäl att ifrågasätta firmatecknarens

behörighet att företräda företagen och ett sådant intygande utgör därför ett tillräckligt åtagande från de berörda bolagen. MÄLAB anser att MTR genom intygandet styrkt åberopad kapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av anbudsinbjudan inte framgår något krav på att dokumentation som utgör garanti för att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser ska lämnas in tillsammans med anbudet. Såsom kravet är formulerat ska anbudsgivaren på beställarens begäran styrka tillgången till den åberopade kapacitet och genom dokumentation visa att leverantören kommer att kunna förfoga över de resurser som behövs. I målet är ostridigt att MTR i sin anbudsansökan åberopat bolagets moder- och systerbolags kapacitet. I anbudsansökan har MTR i punkt 2.2 ”Teknisk och yrkesmässig kapacitet”, lämnat en redogörelse för på vilket sätt MTR uppfyller kraven och vilket företags kapacitet som åberopas för uppfyllelse av de angivna kraven. I bilagan ”Försäkran om uppfyllelse av kvalificeringskrav” finns ett intygande om att MTR, på MÄLAB:s begäran, kan styrka tillgången till den kapacitet som åberopas genom bindande avtal eller annan dokumentation som utgör garanti för att MTR kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Denna försäkran har skrivits under av VD:n för MTR och koncernchefen för de bolag vars kapacitet har åberopats. Förvaltningsrätten anser att det mot bakgrund av detta inte har funnits skäl för MÄLAB att ifrågasätta att MTR vid anbudslämnandet uppfyllde kravet och att MTR på MÄLAB:s begäran kommer att visa att de kommer att kunna förfoga över de åberopade företagens kapacitet vid fullgörandet av kontrakt. Mot bakgrund av hur kravet är utformat anser förvaltningsrätten inte att MÄLAB, med anledning av försäkran, har haft en skyldighet att innan tilldelningsbeslutet kontrollera att MTR förfogar över dessa resurser. MÄLAB har därför enligt förvaltningsrättens mening vare sig eftergett kravet eller agerat i strid med LUK genom att anta MTR:s anbud. Det finns

därför inte heller skäl för ingripande av upphandlingen mot bakgrund av vad bolaget har anfört i denna del.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att MÄLAB har brutit mot LUK eller någon av de grundläggande principerna genom att anta MTR:s anbud. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Eva Pedersen
Rådman

Specialistföredraganden Narin Demirel har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från den dag domstolen meddelade beslutet.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.