

Förvaltningsrätten i Stockholm

Endast per e-post till:  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Kopia till MÄLAB:  
upphandling@malardalstrafik.se

KAMMARRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Rotel 034

INKOM: 2021-06-03  
MÅLNR: 4092-21  
AKTBIL: 1

Helsingborg, 2 juni 2021

**Till Kammarrätten i Stockholm**

**ÖVERKLAGANDE**

<b>Klagande</b>	Arriva Sverige AB, org. nr 556351-9437 ("Arriva") Sicklastråket 4 131 54 Nacka
<b>Ombud</b>	Advokat Martin Dell, advokat Peter Lennartz och biträdande jurist Sofie Olovsson RosholmDell Advokatbyrå AB Stortorget 11, 252 20 Helsingborg 0708-344 660 / 0709-915 912 / 0702-887 098 martin.dell@rdlaw.se / peter.lennartz@rdlaw.se / sofie.olvsson@rdlaw.se
<b>Motpart</b>	Mälardalstrafik MÄLAB AB, org. nr 556425-0610 ("MÄLAB") Centralplan 3, c/o Kollektivtrafikens hus, 111 20 Stockholm
<b>Ombud</b>	Advokat Sven Vaxenbäck och biträdande jurist Freija Haas Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB Box 1711, 111 87 Stockholm 08-595 060 00 sven.vaxenback@msa.se / freija.haas@msa.se
<b>Saken</b>	Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ("LUK")
<b>Avgörande som överklagas</b>	Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 28052-20 meddelad den 26 april 2021 ("Domen")
<b>Forum</b>	Kammarrätten i Stockholm (33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) ("FPL") och 1 § förordningen (1977:937) om allmänna förvaltningsdomstolars behörighet m. m.)

I egenskap av ombud för Arriva och med stöd av i förvaltningsrätten ingiven fullmakt inkommer vi härmed med överklagande av Domen.

Förkortningar som använts i Arrivas ansökan om överprövning av den 18 december 2020 och övriga yttranden i förvaltningsrättens mål nr 28052-20 används även nedan. Hänvisning nedan till visst yttrande eller aktbilaga avser yttrande respektive aktbilaga i det målet.

**Kammarrätten ombeds särskilt beakta att förevarande överklagande omfattas av uppgifter som enligt Arrivas förmenande ska beläggas med sekretess hos domstolen. Arriva preciserar vilka uppgifter som därmed avses under avsnitt 2 nedan.**

## **1. Yrkande**

- 1.1 Arriva yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd i målet.
- 1.2 Arriva yrkar i första hand att kammarrätten med ändring av Domen bifaller Arrivas i förvaltningsrätten förda talan om rättelse av Upphandlingen på så sätt att MTR:s anbud förkastas och att utvärderingen av anbuderna görs om utan beaktande av MTR:s anbud.
- 1.3 Arriva yrkar i andra hand att kammarrätten beslutar att Upphandlingen ska göras om.

## **2. Begäran om sekretess**

- 2.1 Arriva begär att punkt 5.5 nedan ska sekretessbeläggas i sin helhet jämlikt 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) ("OSL"). Den information som återges i punkten utgör information av affärskänslig karaktär samt är känslig ur ett konkurrenshänseende. Informationen kan vara värdefull för en konkurrent såväl för att kunna använda som riktmärke mot Arrivas anbud i framtida upphandlingar som för att analysera strategiska styrkor och svagheter hos Arriva. Om innehållet skulle bli offentligt kan detta leda till avsevärd skada för Arriva.
- 2.2 Arriva begär vidare att kammarrätten jämlikt 43 kap. 8 § OSL förordnar att sekretess för de aktuella uppgifterna ska gälla även efter det att domstolen skiljer målet ifrån sig.

## **3. Grunder för prövningstillstånd**

### *Allmänt*

- 3.1 Enligt 34 a § FPL och 16 kap. 5 § LUK krävs prövningstillstånd för att kammarrätten ska pröva ett överklagande i ett mål som det förevarande. I 34 a § FPL anges att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd om:

- (i) det finns anledning att betvivla riktigheten i det slut som förvaltningsrätten har kommit till (s.k. ändringsdispens),
  - (ii) det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (s.k. granskningsdispens),
  - (iii) det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (s.k. prejudikatdispens), eller
  - (iv) det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (s.k. extraordinär dispens).
- 3.2 Enligt praxis från HFD ska ett relativt lågt krav gälla vid bedömningen av om det föreligger skäl för ändringsdispens. Prövningstillstånd ska meddelas inte bara när förvaltningsrättens avgörande framstår som direkt felaktigt, men också för alla avgöranden som bedöms som tveksamma (jfr RÅ 2002 ref. 85).
- 3.3 Granskningsdispens ska aktualiseras om det föreligger svårigheter att redan vid tillståndsprövningen bedöma riktigheten av förvaltningsrättens avgörande. Detta kan till exempel vara fallet om det av domskälen inte i tillräcklig utsträckning framgår hur förvaltningsrätten har resonerat kring en viss fråga, eller om målet är så omfattande eller annars komplicerat att en bedömning av om avgörandet är riktigt inte låter sig göras vid tillståndsprövningen (jfr HFD 2016 ref. 34).
- 3.4 Prejudikatdispens ska, som beteckningen på den aktuella dispensgrunden antyder, meddelas när det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt. Därav torde finnas ett intresse såväl när nya prejudikat måste skapas som när äldre prejudikat och dess betydelse av någon anledning måste klargöras.

#### ***Dispensgrunder i målet***

- 3.5 Arriva gör gällande att det föreligger grund för prövningstillstånd mot bakgrund av punkt 3.1 (i) (ändringsdispens), punkt 3.1 (ii) (granskningsdispens) och punkt 3.1 (iii) (prejudikatdispens) ovan.
- 3.6 Arriva hänvisar till och åberopar till grund för sitt yrkande om prövningstillstånd samtligt som har anförts i Ansökan, aktbilaga 1-8, samt i Arrivas övriga yttranden i förvaltningsrätten.
- 3.7 Arriva har i förvaltningsrätten ingående redogjort för de överträdelse mot LUK som har förekommit i Upphandlingen. Arriva har i förvaltningsrätten även redogjort för på vilket sätt överträdelserna medför att Arriva lider skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LUK. För Arrivas redogörelser för sin skada, vilken inte kommer att beröras ytterligare nedan, hänvisas särskilt till avsnitt 5 i Ansökan, aktbilaga 1-8, samt till avsnitt 3 i Arrivas yttrande av den 26 januari 2021, aktbilaga 18-21.

- 3.8 Mot ovan bakgrund föreligger skäl att betvivla riktigheten i Domen. Vidare framgår inte av Domen i tillräcklig utsträckning hur förvaltningsrätten har resonerat gällande de av Arriva i målet båda anförda grunderna för överprövningen, såväl rörande det obligatoriska kravet i punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan som kvalificeringskravet i punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan. Dessa omständigheter innebär att det inte utan att prövningstillstånd meddelas går att bedöma riktigheten i Domen.
- 3.9 Domen aktualiserar särskilt frågan rörande omfattningen av en upphandlande enhets skyldighet att kontrollera de uppgifter som en anbudsgivare lämnar med avseende på uppfyllande av kvalificeringskraven i en upphandling som genomförs i enlighet med bestämmelserna i LUK. Detta gäller såväl i generell omfattning samt särskilt vid återopande av annans kapacitet. Möjligtvis kan förvaltningsrättens bedömning vara en följd av bristen på sådan vägledande praxis. Det får därför anses vara av särskild vikt för ledningen av rättstillämpningen med ett avgörande från högre rätt i denna fråga.

#### **4. Arrivas förstahandsyrkande - utveckling av grunder för prövningstillstånd**

*MTR har inte uppfyllt samtliga led i kravet i punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan*

- 4.1 MÄLAB har i strid med LUK och Anbudsinbjudan eftergett det obligatoriska kravet i Upphandlingen innebärande att en anbudsgivare i god tid innan avtalets undertecknande ska ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger, vilket framgår av andra stycket i punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan. MÄLAB har till följd därav antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i Upphandlingen vilket står i strid med likabehandlingsprincipen (jfr HFD 2016 ref. 37 II).
- 4.2 Arriva vidhåller vad som har anförts i rubricerat avseende i förvaltningsrätten och önskar till grund för överklagandet även särskilt framhålla följande.
- 4.3 Första och andra stycket av punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan lyder:

*Anbudsgivare är skyldig, att på Beställarens begäran, i anslutning till Uppdragsavtalets ingående inkomma med en 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 anlitad bank föreligger.*

Anbudsgivaren ska ange huruvida kravet accepteras i handlingen Blankett A7 – Anbudsinbjudan.

- 4.4 Förvaltningsrätten anger i Domen (s. 12) 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.”*
- 4.5 Förvaltningsrättens bedömning i denna del synes avse vad som framgår av första stycket i punkt 3.2.7. Som ingående redogjorts för av Arriva i förvaltningsrätten har kravet dock en vidare innebörd än den som framgår av första stycket, och kravet innehåller flera led. Kravets andra stycke fastslår uttryckligen att anbudsgivaren *i god tid* innan avtalets undertecknande ska ha säkerställt att *alla* erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger för att kravet ska kunna anses vara uppfyllt.
- 4.6 Förvaltningsrätten fortsätter: *”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.”* (Vår understrykning.)
- 4.7 Arriva delar inte förvaltningsrättens uppfattning. Det framstår tvärtom klart och tydligt att MÄLAB, genom att tilldela MTR avtalet agerat i direkt konflikt med likabehandlingsprincipen, vilken även kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LUK. Det förefaller närmast som att förvaltningsrätten har grundat sin bedömning i denna del enbart på huruvida MTR uppfyller den del av kravet i punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan som avser en accept av vad som framgår i punktens första stycke.
- 4.8 Oaktat att MTR korrekt kryssat i att kravet accepteras, och oaktat när det aktuella intyget ska lämnas av MTR, kvarstår faktumet att en förutsättning för att fullständig uppfyllnad av samtliga led i det i punkt 3.2.7 i Anbudsinbjudan uppställda kravet är att anbudsgivaren även i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande ska ha säkerställt att erforderliga

besluts hos anlitad bank föreligger. Detta har MTR inte gjort, vilket även uttryckligt framgår av Avsiktsförklaringen, se bilaga 6 till Ansökan. Av förvaltningsrättens domskäl kan inte utläsas någonting till styrkande av att förvaltningsrätten bedömer att MTR har uppfyllt denna del av kravet, eller att förvaltningsrätten gjort någon egentlig prövning i denna fråga. Ändå anser förvaltningsrätten att MÄLAB agerat korrekt när MÄLAB tilldelat och avsett ingå avtal med MTR.

- 4.9 Hur förvaltningsrätten kommer fram till sin felaktiga bedömning i Domen enligt ovan kan inte tydligt urskönjas ur domskälen. Arriva kan således inte se den koppling som förvaltningsrätten verkar göra mellan frågan att intyget ska lämnas på beställarens, dvs. MÄLAB:s, begäran i anslutning till avtalets ingående och att detta skulle medföra att det är godtagbart att ingå avtal med en anbudsgivare som inte uppfyller den del av kravet som tydligt uttrycker att anbudsgivaren i god tid innan avtalets undertecknande ska ha säkerställt att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger.
- 4.10 Förvaltningsrätten anger själv att det aktuella kravets utformning medför att det inte kan tolkas på annat sätt än att kravet på intyg ska lämnas i anslutning till uppdragsavtalets ingående. Förvaltningsrätten uttrycker dock inte att även kravet att i god tid innan uppdragsavtalets undertecknande säkerställa att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger bör tolkas på så vis att det behöver uppfyllas först i anslutning till uppdragsavtalets ingående. En sådan tolkning vore dessutom direkt oförenlig med vad som framgår av själva kravet. I förvaltningsrättens mening går det alltså inte att göra en annan tolkning av kravets utformning än att intyget ska lämnas i anslutning till uppdragsavtalets ingående. Likaledes är det inte heller möjligt att göra någon annan tolkning av kravets utformning än att anbudsgivaren ska säkerställa att alla erforderliga beslut hos anlitad bank föreligger i god tid innan avtalet ingås. MTR hade inte uppfyllt detta krav vid tidpunkten för MTR:s eget undertecknande av avtalet. Det är mot föregående bakgrund svårt att begripa den slutsats förvaltningsrätten kommer till, och varför det varit tillåtet för MÄLAB att, i strid med likabehandlingsprincipen, bortse från omständigheter som borde ha lett till förkastande av MTR:s anbud.

***MTR har inte uppfyllt beviskravet i punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan och i 12 kap. 3 § LUK***

- 4.11 MTR har i syfte att uppfylla kvalificeringskraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet i Upphandlingen åberopat kapacitet från ett antal koncernbolag (Åberopade Bolagen). MTR har dock, i strid med såväl bestämmelsen i 12 kap. 3 § LUK som i punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan, inte visat att MTR 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 (dvs. kvalificeringskraven) är

uppfyllda, och har valt att tilldela MTR kontraktet i Upphandlingen trots bristande kravuppfyllnad.

- 4.12 Arriva vidhåller vad som har anförts i rubricerat avseende i förvaltningsrätten och önskar till grund för överklagandet även särskilt framhålla följande.

MTR:s respektive MÅLAB:s skyldigheter enligt 12 kap. 1 och 3 §§ LUK har inte iakttagits i Upphandlingen

- 4.13 Av punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan framgår att:

*Det är även möjligt för en anbudssökande att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla kvalificeringskraven. I sådant fall ska anbudssökande, på Mälardalstrafik MÅLAB ABs begäran, styrka tillgången till den kapacitet som åberopas genom bindande avtal eller annan dokumentation som utgör garanti för att anbudssökande kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.*

- 4.14 Som förklarats ingående av Arriva i förvaltningsrätten finns ingenting i MTR:s Anbudsansökan som utgör ett sådant styrkande. I MTR:s Försäkran, se bilaga 2 till Arrivas yttrande av den 26 januari 2021 anges istället följande: ”Undertecknad intygar att för de företag vars kapacitet åberopats, kan MTR Jota AB, på Mälardalstrafiks begäran, styrka tillgången till den kapacitet som åberopas genom bindande avtal eller annan dokumentation som utgör garanti för att MTR Jota AB kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.”

- 4.15 Försäkran utgör alltså, enligt sin egen ordalydelse, inte mer än ett intyg om att MTR ”kan styrka tillgången till den kapacitet som åberopas.” Det är även uppenbart utifrån ordalydelsen att MTR själv inte anser, eller gör gällande, att Försäkran visar eller utgör en garanti för att MTR förfogar över de Åberopade Bolagens resurser (se mer härom i punkt 3.3-3.5 i Arrivas yttrande av den 12 februari 2021, aktbilaga 33-34).

- 4.16 Försäkran är dessutom inte ens undertecknad i behörig ordning. Den person som skrivit under Försäkran, Mark Jensen, är inte behörig att ensam teckna firman för varken MTR, eller något av de Åberopade Bolagen. Firman ska för samtliga bolagen tecknas av minst två ställföreträdare i förening, se punkt 3.6 i Arrivas yttrande av den 12 februari 2021 och däri åberopade registreringsbevis.

- 4.17 Förvaltningsrätten anger i Domen (s. 14) att ”Mot bakgrund av hur kravet är utformat anser förvaltningsrätten inte att MÅLAB, med anledning av försäkran, har haft en skyldighet att innan tilldelningsbeslutet kontrollera att MTR förfogar över dessa resurser. MÅLAB har därför enligt förvaltningsrättens mening vare sig eftergett kravet eller agerat i strid med LUK genom att anta MTR:s anbud.” (Vår understrykning.)

4.18 Som framgår ovan menar förvaltningsrätten alltså att med anledning av Försäkrans, vilken inte uppfyller kriterierna enligt bestämmelserna i 12 kap. 3 § LUK eller punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan, befrias MÅLAB från skyldigheten i 12 kap. 1 § LUK att kontrollera att kvalificeringskraven i Upphandlingen är uppfyllda.

4.19 12 kap. 1 § LUK som gäller kvalificering av anbudssökande lyder:

*En upphandlande myndighet eller enhet ska 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.*

4.20 I förarbetena till 12 kap. 1 § LUK anges att det, i avsaknad av regler om egenförsäkran enligt ESPD-systemet, givetvis ankommer på upphandlande myndigheter och enheter att kontrollera de uppgifter en anbudssökande lämnar om hur det förhåller sig med de omständigheter som efterfrågats i upphandlingen på vanligt sätt (se prop. 2015/16:195 s. 1361). EU-domstolen har i mål C-234/14 *Ostas* dessutom klargjort att en upphandlande myndighet *inte får presumera* att anbudsgivaren förfogar över eller inte förfogar över sådana återopade resurser som är nödvändiga för att fullgöra ett kontrakt.

4.21 I strid med vad som följer av såväl 12 kap. 1 § LUK och dess förarbeten som av EU-domstolens praxis förefaller förvaltningsrätten likväl vara av meningen att den av MTR inlämnade Försäkrans medför att MÅLAB *inte* har haft någon skyldighet att innan tilldelningsbeslutet kontrollera att MTR förfogar över de resurser som återopas i enlighet med 12 kap. 3 § 1 st. LUK och punkt 3.1 i Ansökningsinbjudan.

4.22 Förvaltningsrättens bedömning brister sammantaget såväl i att den medger att MÅLAB har haft rätt att tilldela avtal till en anbudsgivare som inte visat att den uppfyller kvalificeringskraven i Upphandlingen, som att den efterger MÅLAB:s skyldighet att kontrollera de uppgifter MTR lämnat med avseende på sitt förfogande över de återopade resurserna.

4.23 Det framgår vidare inte av domskälen hur förvaltningsrätten har resonerat för att komma till ovan slutsats, och följaktligen inte heller redovisat på vilket sätt slutsatsen vinner stöd av praxis eller av någon annan rättskälla.

Det är av vikt för ledningen av rättstillämpningen gällande innebörden av 12 kap. 1 § LUK att prövningstillstånd meddelas

4.24 Av vad som framgår ovan anser Arriva att det finns ett tydligt behov av vägledande avgörande från högre rätt gällande vilken skyldighet som bestämmelsen i 12 kap. 1 § LUK ålägger en upphandlande enhet. Detta gäller särskilt bestämmelsens innebörd sedd i förhållande till bestämmelsen i 12 kap. 3 § LUK som gäller den situation då en

anbudsgivare, som MTR har gjort i Upphandlingen, åberopar kapacitet från andra företag.

- 4.25 Bestämmelsen i 12 kap. 1 § LUK (vilken refereras ovan i punkt 4.19) skiljer sig från bestämmelserna i de andra upphandlingslagarna, då LUK och det bakomliggande direktivet 2014/23/EU ("**LUK-direktivet**") saknar regler med anknytning till det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet (ESPD). Arriva vill härvid särskilt poängtera att begreppet "försäkran" som används i 12 kap. 1 § LUK inte korresponderar med begreppet "egen försäkran" i de övriga lagarna om upphandling.
- 4.26 Den förenkling som ligger i begreppet "egen försäkran" med den innebörd begreppet har enligt de andra lagarna uppnås alltså inte i LUK. Därav följer att den utredning som en anbudsgivare presterar genom sin försäkran rimligen torde behöva utsättas för sedvanlig prövning, dvs. *utan* den bevislättning vid anbudets ingivande som ligger i användningen av en "egen försäkran". (se Karnovs lagkommentar till 12 kap. 1 § LUK, tillgänglig via JUNO). Härvid bör även beaktas vad som anförs i förarbetena, prop. 2015/16:195 s. 1361, se punkt 4.20 ovan.
- 4.27 I förevarande situation har förvaltningsrätten godtagit en utfästelse från MTR, utan tillhörande åtaganden från de Åberopade Bolagen, om att MTR vid behov kan styrka tillgången till den kapacitet som åberopas. Med anledning av denna utfästelse (dvs. Försäkran), som alltså inte innefattar något styrkande, menar förvaltningsrätten, som den får förstås, att MÅLAB inte skulle vara skyldigt att innan tilldelningsbeslutet kontrollera att MTR även de facto förfogar över de resurser som åberopas. Förvaltningsrätten får också förstås som att MTR å sin sida inte har varit skyldigt att styrka att den förfogar över resurserna.
- 4.28 Det saknas vägledande avgörande från högre rätt i frågan avseende hur bestämmelsen i 12 kap. 1 § LUK ska tolkas, och vad bestämmelsen ålägger upphandlande enheter och anbudsgivare för skyldigheter. Mot bakgrund av den återhållsamma tolkning förvaltningsrätten uttrycker avseende omfattningen av nyssnämnda skyldigheter enligt bestämmelsen finns ett tydligt behov av vägledande avgöranden i högre rätt.

## **5. Arrivas andrahandsyrkande - kort utveckling av grunder**

### *Utvärderingsmodellen i Upphandlingen är oförenligt med LUK*

- 5.1 Av principen om öppenhet och transparens följer att samtliga villkor och bestämmelser för Upphandlingen ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt, så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan förstå och tolka villkoren på samma sätt. Av likabehandlingsprincipen följer bl.a. att samtliga leverantörer ska ha

samma förutsättningar för att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Både dessa principer kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LUK.

- 5.2 I Upphandlingen uppställer MÄLAB som obligatoriskt krav att samtliga delpriser anbudsgivarna lämnar ska vara rimliga och bärkraftiga. Detta krav framgår av *Blankett A6 Totalt anbudspris*. Vad som menas med ”rimliga och bärkraftiga” delpriser framgår dock inte av UD och det saknas tillräcklig information för anbudsgivarna om 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 har MÄLAB givit kravet en annan innebörd än vad som framgår av UD, då MÄLAB i förvaltningsrätten angett att kravet aldrig skulle användas som grund för diskvalificering i Upphandlingen (se t.ex. s. 8 i förvaltningsrättens dom i mål 28139-20).
- 5.3 I tillägg till det icke transparenta kravet på rimliga och bärkraftiga priser har MÄLAB i sin utvärderingsmodell efterfrågat priser för ett antal underhållsåtgärder som inte kommer att falla ut under uppdragsperioden. Dessa ska ändå prissättas i anbudet och utgör därmed del i utvärderingen. Eftersom dessa åtgärder inte kommer att behöva utföras under avtalstiden öppnar utvärderingsmodellen upp 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. Sammantaget öppnar utvärderingsmodellen för manipulation, och syftar inte till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i Upphandlingen.
- 5.4 Det ställda kravet på att lämna rimliga och bärkraftiga priser för samtliga underhållsåtgärder, i kombination med att vissa underhållsåtgärder som inte kommer utföras under kontraktstiden ändå utvärderas, ger sammantaget en utvärderingsmodell som står i strid med såväl likabehandlings- som transparensprincipen. Arriva hänvisar framför allt till, och åberopar, det SJ har anfört i förvaltningsrättens mål 2139-20 i dessa avseenden.
- 5.5 [NOTERA SEKRETESSBEGÄRAN AVSEENDE DENNA PUNKT]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]  
[REDACTED]

[REDACTED]  
[REDACTED] [NOTERA SEKRETESSBEGÄRAN  
AVSEENDE DENNA PUNKT]

## 6. Övrigt

Arriva är medvetet om att Upphandlingen ska göras om enligt förvaltningsrättens dom i mål nr 28139-20. MÄLAB har dock valt att överklaga domen i det målet, se kammarrättens mål nr 3580-21. Detta kan naturligtvis även föranleda att MÄLAB kan komma att vinna gehör för sin talan i kammarrätten varvid förvaltningsrättens dom om att Upphandlingen ska göras om kan komma att undanröjas. Om så skulle ske finns det alltså möjlighet samt ett behov av att ingripande i Upphandlingen förordnas utifrån de upphandlingsfel som Arriva har påtalat i förevarande mål.

## 7. Avslutning

Arriva uppfattar sig härmed ha anfört tillräckliga skäl för att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd i målet. Arriva förbehåller sig dock rätten att, för det fallet att kammarrätten meddelar prövningstillstånd, utveckla grunderna för överklagandet ytterligare. Detta gäller särskilt grunderna för Arrivas andrahandsyrkande.

---

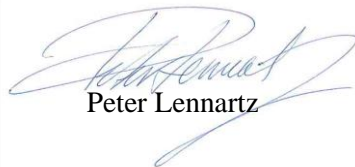
ROSHOLMDELL ADVOKATBYRÅ



Martin Dell



Sofie Olovsson



Peter Lennartz