

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-12-07
Meddelad i
LinköpingMål nr
6221-15**SÖKANDE**Ringarums Linjetrafik AB, 556878-4549
Kyrkängsvägen 1
610 41 RingarumOmbud: Advokaten Leif Norberg
Advokatfirman Sandberg & Partners KB
Box 587
581 07 Linköping**MOTPART**Aktiebolaget Östgötatrafiken, 556038-8950
Box 1550
581 15 LinköpingOmbud: Bolagsjuristen Jonas Jonsson
med samma adress som ovan**SAKEN**Överprövning enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena
vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut av den 15 september 2015 upphör
därmed att gälla.

Dok.Id 229104

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Aktiebolaget Östgötatrafiken (Östgötatrafiken) genomför en upphandling avseende allmän och särskild kollektivtrafik i östra Östergötland, dnr 2015/0137. Upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande enligt LUF och är uppdelad i flera anbudspaket. Östgötatrafiken meddelade den 17 september 2015 ett tilldelningsbeslut enligt vilket att antal olika leverantörer tilldelades kontrakt för de olika anbudspaketen. Av utvärderingsrapport till beslutet framgår att anbud från Ringarums Linjetrafik AB (Bolaget) inte bedömdes uppfylla ställda kvalificeringskrav enligt punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse med innebörden att Bolagets anbud tas med till anbudsutvärdering alternativt att upphandlingen ska göras om.

Östgötatrafiken anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Förvaltningsrätten förordnade den 15 september 2015 att Östgötatrafiken inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har bestämts av förvaltningsrätten.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT*Bolaget*

Bolaget har tolkat kraven enligt punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget på så sätt att underlag enligt kravet i första stycket ska lämnas i anbudet medan underlag enligt kravet i andra stycket ska lämnas först vid en presentation. Bolaget har agerat efter detta och insänt material enligt kravet i första stycket tillsammans med anbudet. Bolaget har efter avgivet anbud i brev den 25

augusti 2015 blivit kallat till en förhandling. Tillsammans med denna inbjudan har man även medsänt en dagordning där det bl.a. framgår att presentation ska ske, vilket är en logisk följd av kravet i andra stycket och när detta ska framläggas. Till denna förhandling/presentation hade Bolaget utarbetat material enligt kravet. Detta material jämte muntlig uppgifter hade Bolaget tänkt presentera för Östgötatrafiken vid den förhandling/presentation som de var kallade till den 10 september 2015, allt enligt de anvisningar som framgår av kravet i andra stycket och för att uppfylla detta. Innan Bolaget tilläts presentera sin verksamhet och således innan de medgavs tillfälle att redogöra för andra kravet erhöll Bolaget ett brev där det angavs att Bolaget var diskvalificerat från vidare deltagande. Bolaget och Östgötatrafiken möttes den 10 september 2015. Vid mötet överlämnade Bolaget ett brev till Östgötatrafiken där de framförde de argument som här framförts med önskan om att Östgötatrafiken skulle vidta rättelse. Detta har dock Östgötatrafiken vägrat.

Att påpeka är att Östgötatrafiken enligt punkten 7.4 i förfrågningsunderlaget först ska utvärdera om anbudsgivaren uppfyller de obligatoriska kraven och därefter kan en eventuell förhandling ske. Kallelse till denna eventuella förhandling har skett den 25 augusti 2015 och genom denna kallelse har Östgötatrafiken självklart redan accepterat att Bolaget uppfyllt alla de obligatoriska krav som föreligger. Östgötatrafiken har genom att på felaktiga grunder diskvalificera Bolaget brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, vilket har medfört att Bolaget har lidit skada eller kan komma att lida skada.

Detta ärende har tydliga civilrättsliga/avtalsrättsliga tangenter, närmast ur ett anbud-accept perspektiv. Östgötatrafiken företar en rättshandling, dvs. presenterar ett förfrågningsunderlag, till vilket en annan part ska lämna ett anbud. Vid en tolkning i ljuset av 6 § 2 st. avtalslagen innebär detta att Bolaget angav ett svar på förfrågningsunderlaget, som det ansåg stämma överens

med Östgötatrafikens krav, att det var Östgötatrafikens skyldighet att utan oskäligt uppehåll meddela Bolaget detta. Självklart skulle, enligt avtalsrättsliga regler, Östgötatrafiken direkt reagerat och påpekat detta. Östgötatrafiken har precis gjort motsatsen och kallat Bolaget till en förhandling. Rättsföljden av detta agerande, enligt avtalslagen, är att Östgötatrafiken är bundet av Bolagets svar och att Bolaget uppfyllt kraven enligt förfrågningsunderlaget.

En annan viktig avtalsrättslig princip är att den som upprättar en handling får lida risken av att en sådan handling är oklar. Annat uttryckt om tolkningen av handlingen är oklar så ska den tolkas till nackdel för den som upprättat den.

Östgötatrafiken anför att avtalslagen är dispositiv. Det är i och för sig generellt riktigt men det finns ingenstans i anbudsunderlaget angivet att avtalslagens regler inte skulle gälla. För att den inte ska gälla så måste parterna ha avtalat bort den och det borde Östgötatrafiken känna till. Östgötatrafiken verkar i övrigt mena att en tolkning av deras anbudshandling skulle vara något slags majoritetsbeslut vilket är felaktigt. Tolkningar måste göras av handlingar utifrån deras lydelse och inte minst utifrån vem som har upprättat handlingen. Vad som särskilt ska beaktas är att Östgötatrafiken synes ha uppfattat situationen på precis samma sätt genom att kalla Bolaget till en förhandling. I och med kallelsen så har man accepterat att Bolaget uppfyllt de obligatoriska kraven. Om Östgötatrafiken hade uppfattat situationen på något annat sätt så skulle de självklart ha ansett att anbudet inte uppfyllde alla krav och således diskvalificerat Bolaget redan från början.

Östgötatrafiken

Av punkt 5.3 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren, i anbudet, som ett obligatoriskt krav, ska beskriva sin organisation och personella

kompetens och att anbudsgivaren vid den presentationen av organisationen, som obligatoriskt krav, förväntas beskriva ett antal punkter mot bakgrund av det uppdrag som upphandlas.

Av Bolagets ansökan om överprövning framgår att man tolkningsvis uppfattat avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget som att en del skulle inlämnas med anbudet och att man vid en senare förhandling skulle presentera de olika punkterna i presentationen. Bolaget medger därmed också i sitt yttrande att man brutit i det anbud som inlämnats i upphandlingen genom att man utelämnat de uppgifter som efterfrågats i avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget.

Östgötatrafiken ställer sig frågande till den tolkning av förfrågningsunderlagets krav enligt punkten 5.3 som Bolaget har gjort. Av punkten 5.1 i förfrågningsunderlaget framgår klart att anbudsgivarens anbud ska uppfylla de obligatoriska krav som är angivna med fetstil. Vidare finns ingenstans i förfrågningsunderlaget angivet att någon förhandling faktiskt kommer att ske. I punkten 7.3 i förfrågningsunderlaget finns tvärtom angivet att Östgötatrafiken kan komma att välja det anbud som innehåller lägsta pris utan föregående förhandling. Även under punkt 7.4 i förfrågningsunderlaget finns förhandlingen angiven som eventuell. Varifrån Bolaget fått för sig att de skulle få chansen att presentera skall-kraven vid något senare möte är därför en gåta, särskilt som den inbjudan till förhandling som Bolaget åberopar till stöd för sin uppfattning, skickades ut till anbudsgivarna efter det att anbudstiden löpt ut.

En tredje faktor som talar emot den tolkning som Bolaget gjort är att ett sådant förfarande som Bolaget tolkningsvis målar upp, torde strida mot lika-behandlingsprincipen i 1 kap. 24 § LUF. En upphandlande enhet som, efter tiden för anbudens inlämnande, under en förhandlingsomgång med samtliga anbudsgivare, vilka fått olika tid på sig att förbereda sina presentationer eftersom samtliga anbudsgivare, varken av praktiska skäl eller av sekretessskäl,

kan beredas att förhandla vid samma tillfälle, kan inte sägas upprätthålla likabehandlingsprincipen om anbudsgivare på detta sätt får olika lång tid på sig att kvalificera sitt anbud. Det framstår därför för Östgötatrafiken som osannolikt att Bolaget tolkningsvis skulle ha uppfattat texten i förfrågningsunderlaget jämte bilagor som att uppfyllande av kraven skulle komma att ske vid ett senare tillfälle än senast tiden för anbudens inlämnande.

Bolaget vill argumentera för att avtalslagen ska vara analogt tillämplig på detta mål och att anbuds-acceptreglerna i 1 kap. avtalslagen ska vara direkt tillämpliga vid upphandlingar enligt LUF. Östgötatrafiken gör här gällande att principen om Lex Specialis får anses styrande varför reglerna i gällande direktivstyrd nationell upphandlingslagstiftning får anses äga företräde. Avtalslagens regler är dessutom till stora delar dispositiva varför dess regler får stå tillbaka för annan tvingande lagstiftning som exempelvis LUF.

Bolaget har vidare hänvisat till föråldrade avtalsrättsliga principer för avtals-tolkning utifrån det antagandet att om en tolkning av ett villkor eller formulering anses oklar så ska oklarheten tolkas till nackdel för den som formulerat villkoret eller formuleringen. Bolaget vill därmed påstå att kravet i avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget skulle varit så oklart formulerat att Östgötatrafiken får ansvara för den brist som Bolagets anbud är behäftat med.

I den upphandling av allmän och särskild kollektivtrafik som Östgötatrafiken genomfört för östra Östergötland, vilken nu är föremål för överprövning, är det endast två av tolv anbudsgivare som uppfattat kravet i avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget som otydligt formulerat. Av detta följer att det inte verkat vara någon allmänt utbredd uppfattning av kravet i avsnitt 5.3 skulle vara otydligt formulerat. Vidare borde, mot bakgrund av de generösa möjligheter som ges för anbudsgivare att ställa frågor under anbudstiden, den passivitet som Bolaget visat när man inte ens försökt bringa klarhet i en formulering som man ansåg tvetydig, endast kunna lastas Bolaget.

Det faktum att en anbudsgivare varken kan eller ids läsa igenom och förstå förfrågningsunderlaget frántar inte en anbudsgivare dennes skyldighet att inkomma med ett anbud som uppfyller stállda skall-krav senast vid tiden för anbudens inlämnande. När anbudsgivare ges omfattande möjligheter att, under anbudstiden, ställa frågor beträffande såväl upphandlingen som dess dokument, borde en anbudsgivares möjligheter att efter anbudstidens utgång, hänvisa till otydligheter i upphandlingsdokument eller till okunskap beträffande gällande regelverk, för att få sin vilja igenom, vara obefintliga.

Efter genomgång av Bolagets anbud kan Östgötatrafikens konstatera att Bolagets anbud brister i förhållande till de krav som ställs i avsnitt 5.3 i förfrågningsunderlaget såtillvida att Bolaget, mot bakgrund av uppdraget, inte har:

- redogjort för personal avsatt för uppdraget, rutiner för personalrekrytering, personalinformation eller planer/rutiner för utbildning av personalen
- redogjort för Bolagets personalpolicy
- redogjort för Bolagets alkohol- och drogpolicy
- redogjort för rutiner för säkerställande av kvaliteten i uppdraget inklusive eventuella kvalitetssystem
- beskrivit anbudsgivarens miljöarbete

En grundförutsättning för att en leverantör ska kunna anses lida skada eller kunna komma att lida skada är att denna leverantör ska kunna visa att upphandlingen strider mot de grundläggande principer som kommer till uttryck i 1 kap. 24 § LUF. Östgötatrafiken kan konstatera att Bolaget i sin ansökan om överprövning inte kunnat visa att de kommer eller kan komma att lida skada då den grund Bolaget anför till stöd för sin talan huvudsakligen beror på Bolagets felaktiga tolkning och underlåtenhet att kontrollera och säkerställa betydelsen av lydelsen i punkten 5.3. Vidare kan Bolaget inte heller anses komma att lida skada då Bolaget, om Bolagets anbud hade utvärde-

rats, inte heller varit det lägsta anbudet i något av anbudspaketen. Att i efterhand påstå att man avsåg att vid en senare förhandling justera sina priser och därmed eventuellt få lägst anbudssumma är en efterkonstruktion som inte bör tillmätas något avseende av förvaltningsrätten.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

Av 16 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF eller någon annan bestämmelse i LUF och detta 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.

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

Förfrågningsunderlaget

Av punkt 5.1 *Krav på att anbud innehåller efterfrågade uppgifter* framgår bl.a. följande.

Anbud ska innehålla de i förfrågningsunderlaget efterfrågade uppgifterna för att kunna prövas. [...]
*Anbud som inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda **skall-kraven** kommer heller inte att utvärderas utan diskvalificeras som är ej fullständiga. Det är anbudsgivarens skyldighet att tillse att efterfrågade **skall-krav** är uppfyllda. De **skall-krav** som ska uppfyllas är markerade med fet stil. Efter anbudstidens utgång kan anbud förtydligas eller kompletteras endast om Östgötatrafiken så begär och om detta kan ske utan risk för särbehandling eller otillåtet begränsande av konkurrensen.*

Av punkt 5.3 *Organisation och personella kompetenser* framgår följande.

Anbudsgivaren ska, i anbudet, tydligt beskriva sin organisation och den personella kompetens som anbudsgivaren innehar så att det klart framgår hur anbudsgivaren avser att utföra uppdraget.

Anbudsgivaren ska vid presentationen av organisationen beskriva följande områden mot bakgrund av det uppdrag som upphandlas:

- *Företagets organisation och arbetsledning*
- *Personal avsatt för uppdraget, rutiner för personalrekrytering, personalinformation samt planer eller rutiner för utbildning av personalen*
- *Anbudsgivarens personalpolicy*
- *Anbudsgivarens alkohol- och drogpolicy*
- *Fordonens stationering samt rutiner för fordonsunderhåll samt tvätt och städ*
- *Rutiner för säkerställande av kvaliteten i uppdraget inklusive eventuella kvalitetssystem*
- *Anbudsgivarens miljöarbete*
- *Uppgift om anbudsgivaren har för avsikt att anlita underentreprenör(er) för hela eller delar av uppdraget, eller om uppdraget kommer att utföras av flera samverkande parter*

Av punkt 7.1 *Kvalificeringsfas – Kontroll av angivna skall-krav* framgår följande.

*Östgötatrafiken kommer att kontrollera att angivna **skall-krav** är uppfyllda i varje anbud. Anbud som uppfyller Östgötatrafikens **skall-krav** kommer att utvärderas enligt nedan angivna villkor.*

Av punkt 7.3 *Förhandling* framgår bl.a. följande.

Östgötatrafiken kan komma att välja det anbud som innehåller lägsta pris, utan föregående förhandling. [...]

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna enligt upphandlingslagstiftningen är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav inte ska beaktas vid utvärderingen. Obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget

måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska pröva anbudet.

En upphandlande enhet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LUF eller unionsrättsliga principer. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande enhet brutit mot bestämmelserna i LUF att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan.

Bolaget har i första hand gjort gällande att Östgötatrafiken har förfarit i strid med förfrågningsunderlaget eftersom kravet enligt punkten 5.3 ska förstås så att Bolaget endast var tvunget att tillsammans med anbudet ange de uppgifter som räknas upp i första stycket av punkten (dvs. beskrivning av organisationen och den personella kompetens som anbudsgivaren innehar) medan övriga detaljerade uppgifter enligt andra stycket i punkten skulle behövas först vid en *presentation av organisationen* som skulle ske vid en senare tidpunkt. I andra hand har Bolaget gjort gällande att det aktuella kravet är otydligt och att Östgötatrafiken får stå risken för denna otydlighet då en oklar handling ska tolkas till nackdel för den som upprättat den.

Förvaltningsrätten finner att inget i förfrågningsunderlaget ger stöd för den tolkning som Bolaget har gjort av punkten 5.3. Inledningsvis kan konstateras att Östgötatrafiken inte någonstans vid beskrivningen av kvalificeringskraven och utvärderingsmodellen har angett att någon muntlig presentation kommer att genomföras för var och en av de anbudsgivare som uppfyller övriga ställda obligatoriska krav i upphandlingen. Precis tvärtom anges klart och tydligt i punkterna 5.1 och 7.1 i förfrågningsunderlaget att samtliga efterfrågade obligatoriska krav markerade med fetstil (som kravet enligt punkten 5.3 för både första och andra stycket är) ska vara uppfyllda före anbudstidens utgång samt att de anbud som inte uppfyller samtliga

dessas krav inte kommer att kvalificeras för vidare utvärdering. Därutöver förtydligas i punkten 7.3 att Östgötatrafiken kan komma att välja det anbud som innehåller lägsta pris, utan föregående förhandling.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att det av punkten 5.3 klart och tydligt framgår att samtliga de uppgifter som efterfrågas i punkten ska anges av en anbudsgivare i anbudet för att denne ska kunna kvalificeras till anbudsutvärderingen. Att anbudsgivare vid *presentationen av organisationen* enligt andra stycket skulle lämna vissa uppgifter utgör således vid den tolkning som följer av förfrågningsunderlaget i övrigt ett förtydligande av det som anges i första stycket i den aktuella punkten, nämligen att anbudsgivaren tydligt ska *beskriva sin organisation och den personella kompetens som anbudsgivaren innehar så att det klart framgår hur anbudsgivaren avser att utföra uppdraget*. Kravet enligt punkten 5.3 står således enligt förvaltningsrättens mening inte i strid med LUF och dess princip om transparens.

Vid nämnda förhållande och vid en kontroll av de uppgifter som Bolagets anbud innehöll finner förvaltningsrätten att Bolaget inte har uppfyllt det obligatoriska kravet som uppställts i punkten 5.3 i förfrågningsunderlaget. Östgötatrafiken har därför haft fog för sitt beslut att utesluta Bolagets anbud från anbudsutvärderingen. Att Östgötatrafiken skickade ut en inbjudan till förhandling, som bl.a. skulle innehålla en viss presentation av anbudsgivarens organisation, föranleder inte någon annan bedömning då det obligatoriska kravet om uppgifter i anbudet alljämt kvarstår och måste följas av Östgötatrafiken.

Mot bakgrund av det som ovan anförts saknas anledning att pröva Bolagets övriga invändningar i målet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF saknas således. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (3109/1D-LOU)

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.