

HFD 2013 ref. 5

Offentlig upphandling; Förvaltningsprocess – *övriga frågor*

I mål om överprövning av offentlig upphandling har kammarrätt ansetts inte vara förhindrad att pröva omständigheter som åberopats först där.

Lagrums: 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) genomförde en upphandling av Brandlarm/Inbrottslarm – Hantverkstjänster. Av förfrågningsunderlaget framgick att anbudsgivarna skulle ha dels ett kvalitetssystem, dels ett miljöledningssystem som uppfyllde kraven enligt AFC.22/AFD.22 Kvalitets- och miljöarbete. Bevis eller intyg gällande nämnda system skulle bifogas anbudet. Frölunda El & Tele AB (Fetab) uteslöts från utvärderingen då bolaget inte hade gett in bevis som styrkte att bolaget uppfyllde ställda krav på kvalitets- och miljöledningssystem. I tilldelningsbeslut den 17 oktober 2011 antogs fem andra leverantörer.

Fetab ansökte om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, hos förvaltningsrätten och yrkade att upphandlingen skulle göras om och nytt beslut fattas där Fetab inte utesluts från upphandlingen. Fetab anförde att bolaget hade sådana kvalitets- och miljöledningssystem som efterfrågades i upphandlingen och bifogade intyg för att visa att Fetab uppfyllde kvalificeringskravet.

Upphandlingsbolaget bestred Fetabs ansökan och anförde i huvudsak följande. Det har förelegat rätt att utesluta Fetab från fortsatt deltagande i upphandlingen då Fetab inte uppfyllt ett uttryckligt kvalificeringskrav. Fetab har inte bifogat dokument som styrker kravet utan endast bifogat personliga kursintyg. Dessa kursintyg visar på intet sätt att systemen finns implementerade i organisationen. Eftersom Fetab inte lämnat in de dokument som krävs har Upphandlingsbolaget haft en skyldighet att utesluta Fetab i syfte att inte, i strid mot likabehandlingsprincipen, behandla Fetab mer förmånligt än andra anbudsgivare.

Förvaltningsrätten i Göteborg (2011-11-25, ordförande Klint) avslog ansökan med motiveringen att Fetab inte vare sig i anbudet eller senare kommit in med bevis som styrkte att kvalificeringskravet var uppfyllt. I enlighet med likabehandlingsprincipen har Upphandlingsbolaget inte bara haft rätt, utan också skyldighet, att utesluta Fetab från upphandlingen.

Fetab överklagade förvaltningsrättens dom hos kammarrätten och yrkade att bolagets ansökan om överprövning skulle bifallas. Fetab hänvisade till vad som anförts i förvaltningsrätten och tillade i huvudsak följande. Upphandlingsbolaget har handlat i strid med likabehandlingsprincipen då

anbudsgivarna inte behandlats på samma sätt när Upphandlingsbolaget begärt in kompletteringar från anbudsgivarna. Det har heller inte varit möjligt för bolaget att utläsa vad som efterfrågats avseende det aktuella skall-kravet då förfrågningsunderlaget uppvisar en bristande transparens och tydlighet eftersom de aktuella kraven finns omnämnda på flera olika ställen i förfrågningsunderlaget och på ett sådant sätt att de kan uppfattas som utvärderingskriterier. Därtill strider den nu aktuella utformningen av förfrågningsunderlaget mot de principer som fastlagts i ett flertal avgöranden från EU-domstolen då det skett en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen.

Kammarrätten beslutade den 6 december 2011 att interimistiskt förordna att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats.

Kammarrätten i Göteborg (2012-01-11, Dahlin, Lundberg, Karlemon, referent) yttrade, såvitt nu är i fråga: Sedan förvaltningsrätten avslagit ansökan har bolaget överklagat till kammarrätten och då i tillägg till vad som tidigare anförts även anført att det finns sådana brister i förfrågningsunderlaget som gör att upphandlingen måste göras om. – Kammarrätten gör följande bedömning. – Enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer gäller att nya omständigheter får anföras så länge talan – frågan – inte ändras (jfr rättsfallet RÅ 2003 ref. 15). Det finns ingen särreglering avseende detta i LOU. De omständigheter som Fetab åberopade hos förvaltningsrätten har gett upphov till frågan om Upphandlingsbolaget haft fog för att inte utvärdera Fetabs anbud. Det som Fetab först i kammarrätten anført om brister i förfrågningsunderlaget kan inte hänföras till denna fråga och har inte heller omfattats av förvaltningsrättens prövning. Till följd härav är kammarrätten förhindrad att pröva Fetab:s talan i detta avseende. – – – Vad bolaget anført i övrigt utgör inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avvisar överklagandet i den del som avser frågan om brister i förfrågningsunderlaget. – Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt. – Kammarrättens interimistiska förordnande den 6 december 2011 upphör därmed att gälla.

Fetab överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle upphäva kammarrättens avvisningsbeslut och återförvisa målet till kammarrätten för prövning i sak. Fetab anförde i huvudsak följande. Frågan i målet är om det finns skäl för ingripande mot upphandlingen med stöd av LOU. Någon ändring av talan har inte skett. Visserligen har bolaget åberopat nya omständigheter till stöd för sin talan i kammarrätten. Detta har dock gjorts utan att frågan som är föremål för prövning har ändrats. Eftersom upphandlingsmål inte direkt kan jämföras med dispositiva tvistemål måste försiktighet iakttas och alltför begränsade möjligheter att anføra nya omständigheter bör inte gälla. Utgångspunkten måste vara att detta är tillåtet.

Upphandlingsbolaget bestred bifall till överklagandet och anförde i huvudsak följande. Kammarrättens avvisning av de nya omständigheterna är korrekt och följer av instansordningsprincipen.

Varje felpåstående i ett upphandlingsmål får normalt anses ge upphov till en sakfråga. Nya omständigheter som åberopas först i kammarrätten och som ger upphov till nya frågor ska därför avvisas. Mål enligt LOU är av tvistemålsliknande karaktär. Möjligheten för en kammarrätt att beakta nya omständigheter bör begränsas av den för förvaltningsprocessen gällande instansordningsprincipen. Nya omständigheter bör därför inte få åberopas i högre rätt om det inte i det särskilda fallet finns giltig ursäkt för det. I upphandlingsmål bör den princip som ligger till grund för 50 kap. 25 § tredje stycket rättegångsbalken gälla. Detta ligger helt i linje med vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat om prövningsramen i RÅ 2009 ref. 69. Fetab har inte anfört någon giltig ursäkt för att bolaget först i kammarrätten ska få anföra nya omständigheter.

Högsta förvaltningsdomstolen (2013-02-15, Jermsten, Dexe, Ståhl, Silfverberg) yttrade:

Skälen för avgörandet

I sin ansökan hos förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen anförde Fetab att det inte funnits skäl för att utesluta bolaget från anbudsutvärderingen. Sedan förvaltningsrätten avslagit ansökningsöverklagade Fetab hos kammarrätten och anförde då i tillägg till vad som åberopats hos förvaltningsrätten att det även fanns sådana brister i förfrågningsunderlaget som gjorde att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten ansåg att det som Fetab först i kammarrätten anförde om brister i förfrågningsunderlaget inte kunde hänföras till den fråga som prövats av förvaltningsrätten och avvisade därför överklagandet i den delen.

Frågan i målet är om kammarrättens avvisningsbeslut var riktigt.

Det finns inga bestämmelser i LOU som reglerar möjligheten att i ett överklagande till kammarrätten åberopa nya omständigheter. Det innebär att förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer ska tillämpas. En sådan allmän princip är att nya omständigheter får anföras hos kammarrätten om det inte leder till att saken blir en annan än den som prövats av förvaltningsrätten (se t.ex. RÅ 2003 ref. 15). Det som ska bedömas är därmed om de nya omständigheter som Fetab åberopade hos kammarrätten innebar att saken ändrades.

Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningsöverklagade Fetab hos kammarrätten och anförde då i tillägg till vad som åberopats hos förvaltningsrätten att det även fanns sådana brister i förfrågningsunderlaget som gjorde att upphandlingen måste göras om. Kammarrätten ansåg att det som Fetab först i kammarrätten anförde om brister i förfrågningsunderlaget inte kunde hänföras till den fråga som prövats av förvaltningsrätten och avvisade därför överklagandet i den delen.

om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att det som skulle avgöras av kammarrätten var om det med anledning av Fetabs talan fanns skäl för ingripande enligt LOU. De omständigheter som Fetab åberopade först hos kammarrätten innebar därmed inte att saken ändrades och kammarrätten borde därför inte ha avvisat bolagets begäran om att få omständigheterna beaktade.

Kammarrätten skulle således antingen själv ha prövat de nya omständigheterna eller, av instansordningsskäl, ha återförvisat målet till förvaltningsrätten för en första prövning där. En bedömning av de nya omständigheterna direkt hos kammarrätten skulle innebära att sökanden går miste om en instans i prövningen. Med hänsyn till att sökanden i mål om offentlig upphandling har ett särskilt ansvar för att på ett klart sätt ange vilka omständigheter som talan grundas på (RÅ 2009 ref. 69) bör det i mål av detta slag ändå i regel anses tillräckligt att kammarrätten låter omständigheterna ingå i den egna bedömningen. Det bör dock ankomma på kammarrätten att avgöra om så bör ske i detta fall.

Kammarrättens dom ska därmed upphävas och målet visas åter till kammarrätten.

Enligt 16 kap. 10 § tredje stycket LOU får avtal inte ingås förrän tio dagar har gått från dagen för denna dom.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och visar målet åter till kammarrätten för fortsatt handläggning.

Justitierådet *Nord* anmälde skiljaktig motivering och anförde följande. Jag anser att skälen för avgörandet borde ha utformats enligt det följande såvitt avser styckena tre till sju. – Domstolsprocessen i ett mål om överprövning av en upphandling inleds genom en ansökan och avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. – Varken i LOU eller i annan lag anges några särskilda processuella bestämmelser för hur upphandlingsmål ska hanteras. Utgångspunkten för bedömningen är därför att de allmänna bestämmelserna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, ska tillämpas. Detta innebär bl.a. att det i en ansökan ska anges vad som yrkas samt de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet (4 §), att domstolens avgörande inte får gå utöver vad som yrkas i målet (29 §) och att domstolen ska grunda sitt avgörande på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet (30 §). – I FPL anges inte något hinder för en överinstans att

pröva omständigheter som inte framförts i underinstans utom i det särskilda fall som gäller för sådan prövning i Högsta förvaltningsdomstolen och som hänger samman med den domstolens ställning som prejudikatinstans (37 §). Frågan om sådana omständigheter bör prövas av kammarrätt eller inte är en fråga som således ska besvaras med utgångspunkt i vad kammarrätten i det enskilda fallet anser sig kunna pröva med iakttagande av instansordningsprincipen. – Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att kammarrätten inte varit förhindrad att pröva de nya omständigheter som Fetab åberopade först där som stöd för sin ansökan om överprövning. Kammarrätten borde därför inte ha avvisat bolagets begäran om att få omständigheterna prövade utan kunde antingen själv ha prövat dessa eller återförvisat målet till förvaltningsrätten för en första prövning där. – Kammarrättens dom ska därför upphävas och målet visas åter till kammarrätten för en sådan bedömning.

Mål nr 351-12, föredragande M. Andersson

Rättsfall: RÅ 2003 ref. 15; RÅ 2005 ref. 77; RÅ 2005 ref. 47; RÅ 2009 ref. 69.