
Anna Ulfsdotter Forssell

Fortsatta oklarheter på talerättens område – en betraktelse från en
praktiker, ellertalerätt inom upphandlingsområdet –
ett område som behöver tydliggöras

2016 nr 4

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Fortsatta oklarheter på talerättens område – en betraktelse från en praktiker, *eller* talerätt inom upphandlingsområdet – ett område som behöver tydliggöras

*Anna Ulfsdotter Forssell**

Denna artikel är mer en betraktelse från en praktiker än en akademisk och vetenskaplig artikel. Den innehåller inte en heltäckande beskrivning baserad på alla de avgöranden som meddelas i våra svenska allmänna förvaltningsdomstolar utan bygger på praxis från Högsta förvaltningsdomstolen och några färska avgöranden från kammarrätterna och min, högst personliga, uppfattning och reflektion baserad på dessa senare avgöranden.¹

1 Inledning, beskrivning av rättsläget och frågeställning

Det har gått mer fem och ett halvt år sedan Högsta förvaltningsdomstolen meddelade sin dom i det s.k. Arqdesign-målet, dvs. i HFD 2011 ref. 29. När domen meddelades, i plenum, tyckte jag som praktiker på upphandlingsområdet att rättsläget var tämligen klarlagt. Domen i plenum ändrar rättsläget på så vis att den avviker från vad som framkommit i tidigare avgörande, RÅ 2007 not. 131.

I RÅ 2007 not. 131 ansågs en leverantör inte kunna överklaga en dom i vilken en annan leverantör utpekats som vinnare i domslutet (*”upphandlingen skulle rättas på så sätt att leverantör X skulle tilldelas uppdraget”*).²

En leverantör som negativt berördes i ett upphandlingsmål – på så vis att leverantörens anbud skulle uteslutas³ från det fortsatta upphandlingsförfarandet – skulle dels beredas en möjlighet att yttra sig i pågående överprövningsmål och dels ha en rätt att överklaga domen. Om så inte skedde skulle det kunna vara en grund för återförvisning av målet till förvaltningsrätten (för att vederbörligen utreda målet, dvs. låta den negativt berörda leverantören yttra sig).

Innan HFD 2011 ref. 29 meddelades också RÅ 2002 ref. 5 i vilken Högsta förvaltningsdomstolen slår fast att en leverantör, som utsetts till vinnare enligt ett

* Anna Ulfsdotter Forssell, advokat och delägare i Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ Artikeln färdigställdes den 4 november 2016.

² Att domslutet pekar ut en leverantör som vinnare är mycket ovanligt och är ett exempel på att domslutet har fått en materiell innebörd, se vidare fotnot 8.

³ Fråga var inte om uteslutning av en anbudsgivare utan om förkastande av anbud som inte uppfyllde obligatoriska krav.

(icke laga kraft vunnet) tilldelningsbeslut, inte har en rätt att överklaga en dom som innebär att en leverantör, vars anbud tidigare förkastats, men som nu ska tas med i utvärderingen och som till följd av detta kommer att utses som ny vinnare.

Efter denna dom har flera avgöranden meddelats från högsta instans och de i sammanhanget viktigaste presenteras kort nedan.

I HFD 2011 ref. 85, det s.k. Skanska-målet, klargjorde domstolen att den situationen att en leverantör fortfarande fick delta i ett upphandlingsförfarande, men få färre poäng och därmed inte längre anses som vinnare i upphandlingen, inte var jämförbar med den i HFD 2011 ref. 29. Någon rätt att yttra sig eller överklaga förelåg inte i en sådan situation.

I HFD 2012 ref. 2, det s.k. Maserfrakt-målet, tydliggjorde domstolen att en leverantör som yrkat ingripande i form av rättelse, men där domstolen förordnat om ingripande i form av att upphandlingen ska göras om, inte kan överklaga en sådan dom eftersom domen inte har en sådan betydelse för leverantören att denne kan anses ha talerätt. I denna dom uttalar HFD också följande sammanfattning av praxis:

Av redovisad praxis framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet (mina understrykningar).

Vidare uttalade domstolen i HFD 2013 ref. 24, det s.k. Europark-målet, sig om vad en negativt berörd leverantör får yttra sig över när denne har getts talerätt. Domstolen tydliggör att denna rätt är begränsad till att avse försvar avseende den kritik som har riktats mot det egna anbudet.

Slutligen klargjorde domstolen i HFD 2013 ref. 36, det s.k. Kinnarp-målet, att en dom i upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft. Detta innebär att alla beslut i en upphandling kan bli föremål för överprövning. I praktiken innebär domen således att även om en leverantör har beretts tillfälle yttra sig och även haft en rätt att överklaga en dom har samma leverantör därutöver också rätt att på egen hand överpröva ett nytt tilldelningsbeslut.

Av ovan angiven praxis kan slutsatsen dras att en leverantör, vare sig den en gång har utsetts till vinnare eller inte, dels har en rätt att yttra sig i ett pågående mål och dels har en rätt att överklaga domen i fråga om det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden. Vidare gäller att denne leverantör också har en rätt att ansöka om överprövning även av ett nytt tilldelningsbeslut i samma upphandling. Så, med detta sagt borde väl rättsläget vara än mer klarlagt nu än vad det var efter 2011 ref. 29?

Frågan för denna artikel är om ovan nämnda beskrivning av rättsläget stämmer överens med det sätt på vilket domstolarna tillämpar praxis? Om så inte är fallet

åskådliggör jag vad det får för effekt på upphandlingsområdet och slutligen ger jag min, högst personliga, uppfattning om hur det borde vara.

2 Relevanta bestämmelser

Trots att artikeln berör upphandlingsrättens område finns ingen ledning att hämta i någon av nu gällande huvudlagarna på upphandlingsområdet.⁴ Relevanta bestämmelser återfinns istället i förvaltningsprocesslagen (1971:291) ("FPL"), i dess 10 och 33 §§.

10 § FPL lyder:

En ansökan, ett överklagande eller en annan handling som inleder ett mål och det som hör till handlingen ska skickas till motparten. Han eller hon ska föreläggas att svara inom viss tid vid påföljd att målet ändå kan komma att avgöras. Underrättelse enligt första stycket behövs inte,

1. om det inte finns anledning anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis,
2. om underrättelse annars är uppenbart onödig,
3. om motparten är en förvaltningsmyndighet och en underrättelse är onödig eller
4. om det kan befaras att underrättelse skulle avsevärt försvåra genomförandet av beslut i målet.

33 § FPL lyder (det är första och andra stycket som är av relevans):

Förvaltningsrättens beslut överklagas till kammarrätten. Kammarrättens beslut överklagas till Högsta förvaltningsdomstolen.

Ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot.

Kammarrättens beslut att meddela prövningstillstånd får inte överklagas.

Om ett överklagande eller en begäran om omprövning har avisats på grund av att överklagandet eller begäran har kommit in för sent och rätten efter överklagande har prövat avvisningsbeslutet eller vägrat prövningstillstånd i fråga om ett sådant överklagande, får rättsens beslut inte överklagas.

⁴ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Det är alltså på ovan angivna lagrum samt praxis från EU-domstolen som Högsta förvaltningsdomstolen baserat sina avgöranden.⁵

Underrättelse till motparten

Av 10 § FPL följer att handling ska skickas till motparten genom en underrättelse men att detta kan underlåtas i vissa fall, bl.a. om det inte finns anledning anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis (p. 1) eller om det kan befaras att underrättelse skulle avsevärt försvåra genomförandet av beslut i målet (p. 4).

När en ansökan om överprövning görs av en leverantör⁶ är den upphandlande myndigheten eller enheten den självklara motparten. Av HFD 2011 ref. 29 följer att också en leverantör, som i en ansökan utpekats på så vis att om ansökan bifalles kommer att uteslutas ur upphandlingen eller få sitt anbud förkastat, ska få en rätt att yttra sig i överprövningsmålet. När en sådan leverantör har fått yttra sig antecknas den ofta som part i förvaltningsrättens dom. Som part får leverantören del av domen i målet. Av HFD 2011 ref. 29 har denne leverantör, som ofta är antecknad som part, också en rätt att överklaga domen till kammarrätt. I kammarrätten anges leverantören i fråga som klagande och den upphandlande myndigheten eller enheten samt den leverantör som initierade ansökan som motparter.

Rätten att överklaga förvaltningsrättens dom

Rätten att överklaga en dom tillkommer enligt 33 § FPL den som det, dvs. beslutet eller domslutet, angår, om det gått honom eller henne emot. Detta kan uppfattas på så vis att rätten tillkommer den som inte nått framgång med sitt yrkande, men detta är en sanning med stor modifikation inom upphandlingsrättens område. Nedan åskådliggör jag några situationer, som alla kan uppfattas som domslut som gått emot parten, men där Högsta förvaltningsdomstolen, eventuellt med undantag för Situation 4, har klargjort rättsläget.

⁵ Framför allt EU-domstolens dom Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5.

⁶ Även definitionen av leverantör är under omvandling i de allmänna förvaltningsdomstolarna, se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2016 i mål nr 1625-16, samma kammarrätts dom den 21 juli 2016 i mål nr 2979-16 och Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2016 i mål nr 4141-16.

Nr	Situation	Har gått part/leverantör emot? ¹	Vad gäller juridiskt enligt praxis?	Referens
1	Parten har yrkat rättelse på visst sätt som innebär att parten kommer att få ett vinnande tilldelningsbeslut och senare ett kontrakt men där domstolen istället beslutat att upphandlingen ska göras om	Ja, part har inte fått framgång med sitt yrkande utan får istället bara en ny chans att delta i en ny upphandling, vilket inte säkrar tilldelning på samma sätt som (eventuellt) hade varit fallet om domstolen förordnat rättelse	Domen anses inte ha gått part emot	HFD 2012 ref. 2
2	I dom förordnas att leverantör ska tilldelas viss, lägre, poäng, som innebär att leverantören inte längre är vinnare	Ja, domen innebär att leverantören går miste om tilldelning av ett kontrakt enligt tilldelningsbeslut (som ej vunnit laga kraft)	Domen anses inte ha gått part emot	HFD 2011 ref. 85
3	I dom förordnas rättelse på så vis att vissa utpekade anbud inte längre får beaktas i utvärderingen med anledning av att dessa inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen ("specificerat domslut om rättelse" eller "domslut med materiell innebörd")	Ja, domen går utpekade leverantörer emot, de får inte delta i den nya utvärderingen	Domen anses gått leverantören/erna emot på så vis att de ska få rätt att yttra sig och också rätt att överklaga domen	HFD 2011 ref. 29 (plenium som ändrar RÅ 2007 not. 131)
4	I dom förordnas rättelse på så vis att ny prövning av anbud ska genomföras ("anonymt domslut om rättelse"). Av domskälen framgår att viss/a leverantörers anbud ska förkastas då de inte anses uppfylla obligatoriska krav. (Skillnaden mot Situation 3 är alltså att detta domslut inte pekar ut visst eller vissa anbud specifikt på så vis att de inte anses uppfylla obligatoriska krav)	Ja, domen går utpekade leverantörer emot, de får inte delta i den nya utvärderingen Effekten för leverantörerna är densamma som om domslutet hade varit specificerat såsom i Situation 3	Varierar beroende på domstol <i>Av redovisad praxis framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.</i>	?

⁷ Sett ur leverantörens perspektiv.

⁸ Begreppet hämtat från justitierådet Eskil Nords skiljaktiga mening i HFD 2011 ref. 29 där Nord anger "Förvaltningsrättens avgörande har kommit att utformas så att det i själva verket är domstolen som har uteslutit en anbudsgivare. Domstolens beslut har alltså fått en materiell innebörd".

Nr	Situation	Har gått part/leverantör emot? ¹	Vad gäller juridiskt enligt praxis?	Referens
5	I dom förordnas om rättelse på så vis att anbud som förkastats inte ska förkastas utan istället tas med i en ny utvärdering och där effekten blir den att utsedd vinnare inte längre är vinnare	Ja, domen går den tidigare vinnaren emot på så vis att den går miste om tilldelning av ett kontrakt enligt tilldelningsbeslut (som ej vunnit laga kraft)	Leverantören har varken talerätt eller rätt att överklaga	RÅ 2002 ref. 5

Fortsättningsvis kommer jag att uppehålla mig vid Situation 4 och beskriva två nyligen avgjorda kammarrättsavgöranden, som hanterar samma situation på olika sätt och vad det får för praktiska konsekvenser för upphandlingsområdet.

3 Kammarrätten i Göteborgs dom den 19 september 2016 i mål nr 961-16

En myndighet upphandlade hissrenovering och fick in anbud från tre leverantörer: A, B och C. Myndigheten tilldelade A kontrakt. B hamnade på andra plats i utvärderingen och ansökte om överprövning och yrkade på ny utvärdering eftersom A inte hade uppfyllt ett skall-krav.

Myndigheten och A bestred ansökan om överprövning och yrkade att den skulle avslås. Genom anbudet hade A intygat att inga avsteg gjorts från förfrågningsunderlaget. Utvärderingen hade skett på korrekt sätt.

Förvaltningsrätten resonerade kring när skall-krav ska vara uppfyllda och kom fram till att om detta inte särskilt anges ska det vara vid anbudstidens utgång, då anbuden lämnades in. Förvaltningsrätten ansåg inte att det av anbudet kunde utläsas att skall-kraven var uppfyllda och ansåg det fel att utvärdera A:s anbud och att B lidit eller riskerat att lida skada av felet. Förvaltningsrätten biföll därför B:s ansökan om överprövning och förordnade att utvärderingen skulle göras om. Fråga var således om ett anonymt domslut om rättelse, dvs. enligt Situation 4 i tabellen ovan.

Leverantör A överklagade domen till kammarrätten som meddelade prövningstillstånd. Sju månader efter förvaltningsrättens dom kom kammarrätten fram till följande.

A har i sitt anbud angett att det lämnade anbudet inte innehåller några avsteg från kraven i förfrågningsunderlaget. I underlaget finns inget krav på att leverantören ska styrka riktigheten i sitt svar och utgångspunkten är att A har uppfyllt de ställda kraven. Kammarrätten kontrollerade de två kraven och fann att det ena var uppfyllt och att det inte framkommit något som ifrågasatte A:s uppgift att också det andra kravet var uppfyllt. Kammarrätten ansåg att myndigheten agerat

korrekt i utvärderingen. Kammarrätten bifaller A:s överklagande och upphäver förvaltningsrättens dom om rättelse.

I målet hade alltså den tidigare utsedda vinnaren, enligt ett anonymt domslut om rättelse, rätt att överklaga förvaltningsrättens dom. Att kammarrätten sedan bifaller överklagandet så att det första tilldelningsbeslutet står sig får andra spännande konsekvenser. Dessa utelämnar jag här.

Nämnas ska också att A fick yttra sig i förvaltningsrätten och att A också angetts som part i förvaltningsrättens dom.

4 Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 september 2016 i mål nr 2130-16

En myndighet upphandlade kontorsmöbler. Myndigheten beslutade tilldela leverantör A avtal. Leverantör B, som hade rangordnats som tvåa, ansökte om överprövning och yrkade rättelse i form av en ny anbudsutvärdering. Grunden för ansökan var att A inte hade uppfyllt alla skall-krav och att poängtilldelning inte skett på korrekt sätt.

Förvaltningsrätten kom fram att A inte uppfyllt ett av skall-kraven. Därför var det fel av myndigheten att utvärdera anbudet från A och felet medförde skada för B. Förvaltningsrätten förordnade om rättelse på så vis att en ny prövning av anbudet skulle göras. Fråga var således också här om ett anonymt domslut om rättelse, dvs. enligt Situation 4 i tabellen ovan.

Leverantör A överklagade domen till kammarrätten som avvisade överklagandet med följande motivering.

Enligt 33 § förvaltningsprocesslagen får förvaltningsrättens beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot. Talerätt föreligger *när en domstol har förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör pekats ut som vinnare*. Det räcker alltså inte att utvärderingen ska göras om.

För talerätt krävs det enligt praxis att det överklagade beslutet *i sig* ska ha en precis och påtaglig betydelse för leverantören, *oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer och att frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet*.

Eftersom förvaltningsrätten i domslutet endast förordnat om rättelse genom en ny prövning av anbudet fann kammarrätten att beslutet i sig inte hade en precis och påtaglig betydelse för leverantören. Förordnandet innebar inte att upphandlingen avbröts, att någon annan leverantör pekades ut som vinnare eller att leverantören uteslöts från förfarandet. Leverantör A har möjlighet att ansöka om överprövning av det nya tilldelningsbeslutet när det fattas. Kammarrätten fann att förvaltningsrättens avgörande inte hade gått leverantör A emot på så sätt att A har talerätt enligt 33 § förvaltningsprocesslagen och avvisade överklagandet.

Konsekvensen av denna dom är, förutsatt att det har vunnit laga kraft, att ett nytt tilldelningsbeslut meddelas som genomför förvaltningsrättens dom.

Nämnas ska också att A inte fick yttra sig i förvaltningsrätten och att A inte heller angetts som part i förvaltningsrättens dom.

5 Likheter och skillnader mellan kammarrättsdomarna

Målen ovan liknar varandra på så vis att vinnande leverantörer av förvaltningsrätten inte ansågs uppfylla alla obligatoriska krav och att dessa anbud, enligt förvaltningsrätten, inte skulle beaktas i nya utvärderingar. Domsluten är båda s.k. anonyma domslut om rättelse och innebär inte att underrätternas domslut har fått en materiell innebörd. Sedan upphör likheterna.

Målen skiljer sig från varandra på så vis att vinnande leverantören endast i det första målet fick yttra sig i förvaltningsrätten och där antecknades som part. I det andra målet fick vinnande leverantör inte yttra sig och antecknades inte heller som part. I det första målet fick leverantören sitt överklagande prövat, i det andra avvisades överklagandet.

6 Konsekvensen av olikheterna mellan domstolarna i de båda målen

Konsekvensen av de båda domarna är också spännande att belysa. I det första målet prövade kammarrätten överklagandet och ändrade underrättens dom, varvid konsekvensen blev att det fattade tilldelningsbeslutet ”stod sig”. Utgången hade också kunnat bli en annan, dvs. att kammarrätten avslagit överklagandet och att underrättens dom därmed stod sig.

I det andra målet avvisade kammarrätten överklagandet och, förutsatt att avgörandet vunnit laga kraft, myndigheten förväntas fatta ett nytt tilldelningsbeslut. Detta nya tilldelningsbeslut kan överprövas av A i det andra målet, men A är då väldigt mycket längre ifrån ett vinnande tilldelningsbeslut eftersom A i det nya målet måste övertyga förvaltningsrätten om att dess dom i det första målet var fel.

I det första målet har A helt enkelt fler, och eventuellt bättre, chanser att övertyga domstolen om att tilldelningsbeslutet är korrekt. I det andra målet får A bara *en* chans och det först efter det att ett nytt, andra tilldelningsbeslut har meddelats.

Domstolarnas olika hantering av situationen leder till en osäkerhet för leverantörer och för dess eventuella ombud. Domstolarna behandlar inte lika situationer lika och som ombud är det svårt att ge konsistenta råd, så länge inte dessa anpassas efter vilken domsaga som berörs. Det skulle eventuellt också kunna gå att hävda att A i det första målet har större chans till framgång än vad A har i det andra målet trots att situationerna är lika. Möjligen är det att dra konsekvensen

för långt men helt klart är att A i det första målet har tillgång till fler tillfällen att använda befintliga rättsmedel än vad A har i det andra målet. Fler tillfällen att använda befintliga rättsmedel kan också leda till en icke önskad tidsutdräkt samt en fördyring för inblandade parter.⁹

Jag anser inte att det ena sättet är mera rätt än det andra utan efterlyser endast en gemensam hållning från domstolarna. Det är viktigt, inte bara för leverantörer och dess ombud, utan också för de upphandlande myndigheterna och deras eventuella ombud. Lika situationer bör behandlas lika, inte bara i materiell upphandlingsrätt utan också i förvaltningsprocessuell upphandlingsrätt.

Från min synpunkt är det också högst otillfredsställande att ovan beskriva Situation 3 och 4 ska leda till olika bedömning avseende rätten att överklaga eftersom *effekten* av Situation 4 är densamma för leverantören som i Situation 3 och därför också bör hanteras lika.

Jag efterlyser därför nya klargöranden från Högsta förvaltningsdomstolen i frågan och hoppas på att domstolen då tydliggör vad den egentligen avser med följande:

Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

Jag kan inte föreställa mig att domstolen avsåg att lika situationer skulle behandlas olika.

7 Frågan för denna artikel är om ovan gjorda beskrivning av rättsläget¹⁰ stämmer överens med det sätt på vilket domstolarna tillämpar praxis?

Sedan HFD 2011 ref. 29 har det uppstått oklarheter om hur domen ska hanteras. Inledningsvis lät de flesta domstolarna de vinnande leverantörerna komma till tals och dessa antecknades som part eller negativt berörd part. Ytterligare en tid efter HFD 2011 ref. 29 har vissa domstolar anammat en metod som innebär att så länge de avser att förordna om ett anonymt domslut om rättelse så låter de inte berörd leverantör få yttra sig och denne antecknas inte heller som part. De som fortfarande förordnar om ett specificerat domslut om rättelse eller ett domslut med materiell innebörd låter däremot ofta leverantören få yttra sig och anges därmed också som part. Nu har emellertid också den situationen uppkommit att

⁹ Ett missbruk av rättsmedel måste undvikas och förfaranden får inte förhållas, se EU-domstolens dom den 15 september 2016 i de förenade målen C-439/14 och C-488/14 där domstolen uttalar: ”*kampen mot missbruk av rättsmedel utgör ett legitimt syfte som inte bara främjar uppnåendet av syftena med direktiven 89/665 och 92/13 utan även, mer allmänt, en god rättskipning*”.

¹⁰ Se avsnitt 1.

domstolar som förordnar om ett anonymt domslut hanterar frågan om talerätt i förvaltningsrätten och rätt att överklaga olika.

Domstolarna i landet tillämpar således praxis på olika sätt och detta gör det svårt att lämna bra råd och leder också till praktiska svårigheter för alla som verkar på upphandlingsområdet. Jag efterlyser därför ytterligare tydliggöranden.

Avslutningsvis noterar jag med tillfredsställelse att Högsta förvaltningsdomstolen i dagarna, den 20 oktober 2016, har beviljat prövningstillstånd i två mål rörande talerätt (mål nr 7285-15 och mål nr 6525-15). Även om dessa avgöranden gäller upphandlande myndighets talerätt i ogiltighetsmål ser jag fram emot klargöranden i frågan om hur domskälen, och alltså inte enbart domslutet, påverkar frågan om talerätt. Det är ju egentligen detta som leder till skillnaden mellan Situation 3 och 4 i tabellen ovan. Förhoppningsvis uttalar sig Högsta förvaltningsdomstolen på ett sätt som klargör vad som ska gälla även i de lika situationer som just nu behandlas olika.