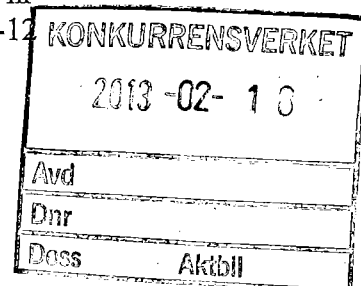


HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr

351-12



meddelad i Stockholm den 15 februari 2013

KLAGANDE

Frölunda El & Tele AB, 556323-0936

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och advokat Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 11 januari 2012 i mål nr 8865-11, se bilaga

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

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

Dok.Id 130185

Postadress

Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress

Birger Jarls torg 13

Telefon

08-561 676 00

E-post:

hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax

08-561 678 20

Expeditionstid

måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) genomför en upphandling avseende brandlarm/inbrottslarm - hantverkstjänster. Frölunda El & Tele AB (Fetab) uteslöts från utvärderingen då bolaget inte gett in bevis som styrkt att bolaget uppfyllde ställda krav på kvalitets- och miljöledningssystem. Fetab ansökte hos Förvaltningsrätten i Göteborg om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och yrkade att upphandlingen skulle göras om utan att bolaget skulle uteslutas från upphandlingen. Fetab anförde att bolaget hade sådana kvalitets- och miljöledningssystem som efterfrågades i upphandlingen. Förvaltningsrätten avslog ansökningen. Fetab överklagade domen och yrkade att bolagets ansökan skulle bifallas. Bolaget vidhöll vad det anförde hos förvaltningsrätten och åberopade därutöver brister i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten i Göteborg avvisade överklagandet i den del det avsåg frågan om brister i förfrågningsunderlaget och avslog överklagandet i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Fetab yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens avvisningsbeslut och återförvisa målet till kammarrätten för prövning i sak. Fetab anför 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 anföra nya omständigheter bör inte gälla. Utgångspunkten måste vara att detta är tillåtet.

Upphandlingsbolaget bestrider bifall till överklagandet och anför 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.

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 ansökningen överklagade 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 anfört 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 ansökningsen. 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. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta 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.

Mål nr
351-12

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



Henrik Jermsten



Nils Dexe

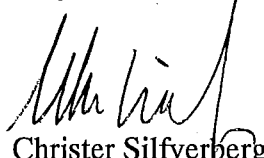


Eskil Nord



Kristina Ståhl

skiljaktig motivering



Christer Silfverberg



Maria Andersson

Föredragande justitiesekreterare

SKILJAKTIG MOTIVERING

Justitierådet Eskil Nord anmäler skiljaktig motivering och anför 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

Mål nr
351-12

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.

Avd. II

Föredraget 2012-11-28



AKV. 1499 17

KLAGANDE

Frölunda El & Tele AB, 556323-0936
Von Utfallsgatan 20
415 06 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz och jur. kand. Joel Gustafsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 25 november 2011 i mål nr
12256-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

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.

YRKANDEN M.M.

Frolunda El & Tele AB (FETAB) yrkar att bolagets ansökan om överprövning bifalls. FETAB hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (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 har i beslut den 6 december 2011 interimistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Upphandlingsbolaget har genomfört en upphandling av Brandlarm / Inbrottslarm – Hantverkstjänster, dnr 282/11. FETAB har uteslutits från anbudsutvärderingen till följd av att bolaget inte uppfyllde samtliga skall-krav. Bolaget ansökte om överprövning i förvaltningsrätten och anförde att det inte funnits skäl för att utesluta det från anbudsutvärderingen. 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.

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

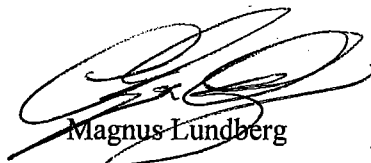
Enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer gäller att nya omständigheter får anföras så länge talan – frågan – inte ändras (jfr rättsfallet RÅ 2003 ref. 15). Det finns ingen särreglering avseende detta i LOU. De omständigheter som FETAB åberopade hos förvaltningsrätten har gett upphov till frågan om Upphandlingsbolaget haft fog för att inte utvärdera FETAB:s 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.

FETAB har, trots att bolaget beretts möjlighet att komplettera sitt anbud, inte inkommit med bevis på att skall-kravet avseende Kvalitet- och Miljöledningssystem är uppfyllt varför Upphandlingsbolaget haft fog för att inte beakta bolagets anbud vid utvärderingen. Vad bolaget anført i övrigt utgör inte skäl att ingripa mot upphandlingen. Överklagandet ska därför avslås.

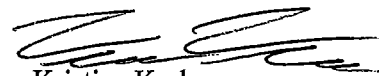
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Per-Olof Dahlin



Magnus Lundberg



Kristian Karlemon

referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-11-25
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
12256-11 E
Enhet 2:2

Sida 1 (5)

SÖKANDE

Frölunda El & Tele AB, 556323-0936
Von Utfallsgatan 20
415 06 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT BESLUT

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolags beslut den 17 oktober 2011,
dnr 282/11

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 115830

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
Telefax
031 - 711 78 59
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av Brandlarm/Inbrottslarm – Hantverkstjänster, dnr 282/11. Upphandlingen syftar till ramavtal och i tilldelningsbeslut den 17 oktober 2011 meddelas att avtal kommer att tecknas med fem leverantörer. Frölunda El & Tele AB är inte någon av dessa.

YRKANDEN M.M.

Frölunda El & Tele AB (Fetab) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om och nytt beslut fattas där Fetab inte utesluts från upphandlingen. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Eftersom Fetab har EIO-Q kvalitets- och miljöledningssystem har företaget på felaktiga grunder blivit uteslutna från upphandlingen. VD:n och kontaktpersonen hos Fetab, Jan Kulén, var ledig vid tiden då kompletterande uppgifter begärdes in från Upphandlingsbolaget. Sista dag för komplettering var satt till den 27 september 2011 och Jan Kulén var åter i tjänst den 29 september 2011. Av säkerhetsskäl har inte Fetab något frånvaromeddelande i e-postsystemet. Han var borta under åtta arbetsdagar och det kan inte anses vara någon längre ledighet. Vid lång frånvaro hade Fetab naturligtvis haft rutin för att hantera det. Fetab ställer sig också frågande till varför sista dag för komplettering var satt till den 27 september om detta inte var slutdatumet. Bifogade intyg visar att Fetab har uppfyllt kvalificeringskravet.

Upphandlingsbolaget bestrider Fetabs ansökan och anför i huvudsak följande. Det har förelegat rätt att utesluta Fetab från fortsatt deltagande i upphandlingen då Fetab inte uppfyllt ett uttryckligt kvalificeringskrav. En grundförutsättning för att ett anbud ska kunna utvärderas är att anbudet uppfyller de kvalificeringskrav som ställts i förfrågningsunderlaget. I aktu-

ell upphandling var ett av kvalificeringskraven att anbudsgivarna skulle uppfylla krav på dokumenterat kvalitets- och miljöledningssystem. 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. Vad Fetab anför är endast omständigheter som är hänförliga till egna bristande frånvarorutiner. I upphandlingen har alla anbudsgivare fått ange en kontaktperson. Upphandlingsbolaget har skickat begäran om komplettering till den person som Fetab angett. Begäran skickades med e-post den 21 september 2011 och kompletteringen skulle vara Upphandlingsbolaget tillhanda senast den 27 september 2011. Först den 17 oktober togs beslutet att utesluta Fetab från upphandlingen. Under denna tid har Upphandlingsbolaget inte hört av Fetab överhuvudtaget. Om en person är frånvarnade under så pass lång tid får det anses ankomma på bolaget att ha egna rutiner för att hantera den frånvarandes e-post. Att upphandlingen ska göras om kan aldrig komma på tal eftersom någon brist i det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen inte ens påtalats. Det borde inte ens vara möjligt för en anbudsgivare att genom överprövning kunna få rättelse på grund av utebliven möjlighet till komplettering då möjlighet till komplettering är en förmån enbart för den upphandlande myndigheten. Detta gäller givetvis särskilt då kompletteringsmöjligheten fallit bort till följd av anbudsgivarens egna bristande rutiner vid frånvaro.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om

den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har 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. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 15 kap. 12 § LOU framgår bland annat en upphandlande myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingsbolaget har den 17 oktober 2011 beslutat att utesluta Fetab från upphandlingen eftersom företaget inte inkommit med bevis på att de uppfyller kravet på att ha ett kvalitetssystem och ett miljöledningssystem. Fetab har anfört att företaget uppfyller kvalificeringskravet och därför inte skulle ha uteslutits från upphandlingen. Av handlingarna framgår, under delmomentet Krav på leverantör, att anbudsgivare ska ha både kvalitetssystem och miljöledningssystem som minst uppfyller kraven enligt AFC22/AFD.22 Kvalitets- och miljöarbete. Vidare framgår att bevis eller intyg ska bifogas anbudet. Eftersom Upphandlingsbolaget begärt in komplettering avseende kvalitets- och miljöledningssystem utgår förvaltningsrätten från att något sådant bevis inte bifogats anbudet. De intyg som sedermera bifogats ansökan om överprövning avser intyg om att både Jan Kulén och Fredrik Kulén genomgått utbildning i nya EIO-Q Ledningssystem. Av intyget framgår vidare att målet är att företaget ska ges förutsätt-

ningar att klara en certifiering enligt kraven i ISO 9001 efter att utbildningens innehåll har implementerats i det egna företaget. Det framgår således inte av dessa handlingar att systemen faktiskt har införts i företaget. Därmed har Fetab inte vare sig i anbudet eller senare inkommit med bevis som styrker att kvalificeringskravet är uppfyllt. I enlighet med likabehandlingsprincipen har Upphandlingsbolaget har inte bara haft rätt, utan också skyldighet, att utesluta Fetab från upphandlingen. Vad Fetab anfört om att företaget försuttit möjligheten att komplettera har såldes inte haft någon betydelse. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)


Silja Klint

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.

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. 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.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. 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.