

**En förvaltningsdomstols avgörande i mål om överprövning av offentlig upphandling vinner inte negativ rättskraft.**

Lagrum:

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

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Regionförbundet Södra Småland, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun, Växjö kyrkliga samfällighet och Älmhults kommun (kommunerna) genomförde en upphandling av möbler och inredning till kontor, konferens, skola, förskola, hemmiljö, miljö och utemiljö m.m. Upphandlingen genomfördes i sex anbudsområden. Enligt tilldelningsbeslut den 5 september 2011 beslutade kommunerna att anta anbud från Kinnarps AB (Kinnarps) för anbudsområdena A – D. – Vid överprövning av upphandlingen beslutade Förvaltningsrätten i Växjö i dom den 26 januari 2012 (mål 3016-11 m.fl.) bl.a. att upphandlingen avseende anbudsområde C och D fick avslutas först efter en ny utvärdering, varvid Kinnarps anbud inte skulle beaktas. – Kinnarps överklagade förvaltningsrättens dom till kammarrätten och yrkade att beslutet avseende områdena A, C och D skulle undanröjas och att upphandlingen skulle avslutas i enlighet med tilldelningsbeslutet. I andra hand yrkade Kinnarps att upphandlingen skulle göras om. – Kammarrätten avlog genom dom Kinnarps överklagande beträffande områdena C och D. Därmed stod förvaltningsrättens avgörande fast om att upphandlingen avseende anbudsområde C och D skulle rättas på sätt att Kinnarps anbud inte skulle beaktas. – Kommunerna gjorde en ny utvärdering med uteslutande av Kinnarps varefter en annan anbudsgivare den 27 juni 2012 tilldelades upphandlingen.

Kinnarps ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle förordna att upphandlingen skulle göras om även avseende områdena C och D. Kinnarps anförde bl.a. följande. Kammarrätten har i sin dom konstaterat att kommunerna kan anses ha infört nya krav genom de frågor och svar som förekommit under upphandlingen. Kammarrätten har vidare slagit fast att ett sådant tillägg får till följd att förutsättningarna för upphandlingen inte kan anses varit transparenta på ett sådant sätt att leverantörerna kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Kommunerna borde ha avbrutit upphandlingen. Kinnarps har redan vid den första prövningen i förvaltningsrätten gjort gällande att det finns skäl för att göra om upphandlingen. Mot bakgrund av att Kinnarps var vinnande leverantör ansåg förvaltningsrätten att Kinnarps yrkande skulle avvisas. Inte heller kammarrätten har prövat Kinnarps yrkande om att upphandlingen ska göras om. Detta yrkande har alltså inte prövats av domstolarna tidigare. Kommunerna har antagit annan anbudsgivare som leverantör trots att det bolagets anbud inte uppfyller de skall-krav som kommunerna ställt upp. Detta anbud skulle rätteligen ha förkastats och då inget ytterligare anbud finns hade kommunerna tvingats göra om

upphandlingen. Kinnarps har alltså genom kommunernas felaktiga agerande lidit eller i vart fall riskerat att lida skada (jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs domar den 16 maj 2012 i mål 9473-11 och den 12 mars 2012 i mål 6966-11 och 6969-11). Oavsett om förvaltningsrätten skulle finna att det finns brister i antaget anbud eller inte så har kammarrätten konstaterat att det finns brister i upphandlingen som lett till att leverantörerna inte kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud och att områdena A och B därför ska göras om. Med beaktande av de aktuella bristernas karaktär torde det vara ostridigt att motsvarande brister även föreligger för anbudsområdena C och D.

Kommunerna motsatte sig Kinnarps yrkande och anförde bl.a. följande. Såväl förvaltningsrätten som kammarrätten har kommit fram till att upphandlingen i område C och D inte ska göras om utan att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att ny utvärdering ska göras varvid Kinnarps anbud ska förkastas. Såväl underinstans som överinstans får utgåås ha prövat samtliga relevanta omständigheter i respektive mål och därefter dragit slutsatsen att upphandlingen inte behöver göras om. Vid tilldelningsbeslutet den 27 juni 2012 har kommunerna sålunda följt domstolarnas avgörande. Utifrån en synnerligen omfattande skriftväxling både i förvaltningsrätten och i kammarrätten torde de av Kinnarps nu åberopade omständigheterna med all önskvärd tydlighet ha framkommit och beaktats. Det vore således tämligen anmärkningsvärt att nu komma till något annat slut än det som förvaltningsrätten och kammarrätten tidigare kommit fram till.

*Förvaltningsrätten i Växjö (2012-08-23, ordförande Stroh)* yttrade: Kinnarps yrkade i kammarrätten bl.a. att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten har därefter i dom den 20 juni 2012 beslutat att avslå Kinnarps överklagande beträffande anbudsområde C och D. Kommunerna har sedan rättat sig efter kammarrättens beslut, dvs. gjort en ny utvärdering med uteslutande av Kinnarps och därpå tilldelat en annan anbudsgivare upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att den fråga som Kinnarps nu sökt överprövning av har avgjorts genom kammarrättens dom. Förvaltningsrätten kan därför inte uppta ansökan till prövning. Om, som Kinnarps anför, frågan inte ska anses prövad av kammarrätten, så har den i vart fall ingått i kammarrättens prövningsram. Kinnarps har vid sådant förhållande att hos högre instans ansöka om återförvisning av frågan för prövning i kammarrätten. – Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Kinnarps överklagade förvaltningsrättens beslut och yrkade att kammarrätten skulle upphäva beslutet och återförvisa målen till förvaltningsrätten för förnyad handläggning.

Kommunerna motsatte sig bifall till överklagandet.

*Kammarrätten i Jönköping (2012-10-24, Forkman, Almqvist)* yttrade: Frågan i målet gäller om ett tidigare lagakraftvunnet domstolsavgörande i mål om överprövning enligt 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig

upphandling, LOU, vinner negativ rättskraft och därmed hindrar en ny överprövning av samma upphandling (res judicata). Det EU-rättsliga regelverket på upphandlingsområdet innehåller inte några bestämmelser i frågan om domstolarnas i medlemsstaterna avgöranden vinner negativ rättskraft. Medlemsstaternas processuella autonomi innebär i stället att nationella processuella bestämmelser får tillämpas, såvida tillämpningen inte strider mot vissa EU-rättsliga grundläggande principer. Principerna innebär bl.a. att processrättsliga regler inte får göra det omöjligt eller orimligt svårt att utöva unionsrättsligt grundade rättigheter (effektivitetsprincipen) och att rättigheterna inte får behandlas oförmånligare än rättigheter som följer av nationella bestämmelser (ekvivalensprincipen). – I den svenska nationella rätten saknar såväl LOU som den tillämpliga processuella regleringen, förvaltningsprocesslagen, bestämmelser om negativ rättskraft. Som framgår av praxis från Högsta förvaltningsdomstolen får rättskraftsfrågan därmed lösas genom en avvägning mellan skälen för och emot att avgöranden i mål om överprövning av offentlig upphandling ska vinna negativ rättskraft. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis framgår att en sådan avvägning är beroende av målets karaktär. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att beslut i flerpartsmål som påminner om tvistemål eller brottmål i princip inte är möjliga att ändra. För detta talar, enligt Högsta förvaltningsdomstolen, förutom trygghetsskäl att det ter sig naturligt att söka ledning av rättegångsbalken i brist på direkt tillämpliga bestämmelser (RÅ 1993 ref. 76 och RÅ 2002 ref. 61). – Högsta förvaltningsdomstolen har således funnit att en ansökan om körkortsingripande till följd av en viss gärning inte bör tas upp till prövning om frågan om körkortsingripande på grund av samma gärning redan prövats (RÅ 1993 ref. 76), att en ansökan om livränta avseende samma skada och för samma tidsperiod som prövats av domstol genom lagakraftvunnet avgörande ska avvisas (RÅ 2002 ref. 61) och att även en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande i annat slags socialförsäkringsmål har sådan negativ rättskraft att det utgör hinder mot ny prövning av samma sak (RÅ 2010 ref. 1). – Även om mål om offentlig upphandling i fråga om tillämpningen av officialprincipen ansetts uppvisa större likheter med den allmänna processrätten än med förvaltningsprocessen i allmänhet (RÅ 2009 ref. 69), finns det betydande skillnader mellan mål om offentlig upphandling och tvistemål. Ytterst syftar överprövningsprocessen enligt LOU till att kontrollera att upphandlande myndighets förfarande vid en upphandling håller sig inom de ramar som LOU ställer upp. Överprövningar av upphandlingen kan komma till stånd från att förfarandet inleds till att det avslutas. Upphandlande myndighet kan när som helst besluta att avbryta upphandlingen om det finns sakliga skäl för det. Ett bifall till en ansökan om överprövning innebär antingen att upphandlingen helt ska göras om eller att den får avslutas först efter att den rättats på visst sätt. Utgångspunkten för överprövningsprocessen är vidare att det är sökanden och den upphandlande myndigheten som är parter i processen. Denna utgångspunkt gäller trots att ett bifall till en ansökan i regel innebär att frågan om vem som ska tilldelas kontrakt återigen ska avgöras i konkurrens mellan leverantörerna med den osäkerhet det kan innebära för tidigare vinnande leverantör. Slutligen bör också nämnas att parterna när

förutsättningar finns för ingripande enligt 16 kap. LOU inte förfogar över frågan om hur domslutet närmare ska formuleras såvitt gäller valet mellan att upphandlingen ska göras om eller rättas. – Som framgått talar omständigheten att det i mål om offentlig upphandling förekommer parter med motstående intressen för att avgöranden i sådana mål bör vinna negativ rättskraft. Samtidigt är de i stycket ovan beskrivna karakteristiska dragen i överprövningsprocessen knappast sådana att det finns anledning att från rättskraftssynpunkt göra några jämförelser i övrigt med tvistemålsprocessen. Regleringen ger snarare vid handen att den förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. – Mot denna bakgrund finner kammarrätten att avgöranden i mål om överprövning enligt 16 kap. LOU inte vinner sådan negativ rättskraft som utgör hinder mot en ny överprövning av samma upphandling. En sådan ordning står varken i strid med effektivitetsprincipen eller med ekvivalensprincipen. Det finns alltså inte någon negativ rättskraft som hindrar en prövning av Kinnarps ansökan. Förvaltningsrätten har således felaktigt avvisat Kinnarps ansökan. Förvaltningsrättens beslut ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning. – Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens beslut och visar målen åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Kammarrättsrådet *Grip*, referent, var skiljaktig beträffande motiveringen och anförde: Jag instämmer i det slut som majoriteten kommit fram till. Jag anser dock att skälen för kammarrättens avgörande bör ha följande lydelse. Kinnarps ansökan om överprövning avser anbudsområdena C och D i den aktuella upphandlingen om sammanlagt sex olika anbudsområden, vilka i enlighet med förfrågningsunderlaget utvärderades var för sig. – Frågan i målen gäller om förvaltningsrätten haft rätt att avvisa Kinnarps ansökan om överprövning med hänvisning till att den fråga som målen gäller avgjorts genom kammarrättens tidigare avgörande (*res judicata*). För att så ska vara fallet krävs att det rör sig om samma sakförhållanden (jfr t.ex. rättsfallet RÅ 2010 ref. 1). – Kammarrätten konstaterar därvid att de frågor som förvaltningsrätten och kammarrätten tog ställning till i den tidigare överprövningsprocessen – såvitt gäller anbudsområdena C och D – var huruvida Kinnarps anbud uppfyllde förfrågningsunderlagets obligatoriska krav vad gällde storlek och utformning hos ett antal av de efterfrågade produkterna. Kinnarps yrkande i kammarrättens tidigare mål var i första hand att förvaltningsrättens dom skulle upphävas och Kinnarps anbud kvarstå som vinnande anbud och i andra hand att upphandlingen skulle göras om till följd av otydligheter i förfrågningsunderlaget i förhållande till de påstådda bristerna hos Kinnarps anbud i nämnda delar. – Kinnarps har som grund för den nu aktuella ansökan om överprövning anført att det föreligger brister dels i det anbud som utgör det vinnande anbudet enligt upphandlande myndigheternas nu aktuella tilldelningsbeslut, dels i förfrågningsunderlaget. De sistnämnda bristerna utgörs enligt Kinnarps av att upphandlande myndigheterna i efterhand infört vissa obligatoriska krav vad gäller själva prissättningen i

upphandlingen. – Kammarrätten anser med anledning härav att den nu aktuella ansökan om överprövning, som är begränsad till anbudsområdena C och D, inte gäller samma fråga som i motsvarande del avgjorts genom kammarrättens tidigare avgörande i mål nr 437–446-12. – Något hinder mot att ta upp Kinnarps ansökan till prövning med återopande av res judicata föreligger således inte. Förvaltningsrätten borde därför inte ha avvisat Kinnarps ansökan. Förvaltningsrättens avvisningsbeslut ska därför undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för fortsatt handläggning.

Kommunerna överklagade kammarrättens dom och yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av domen, skulle fastställa förvaltningsrättens beslut att avvisa Kinnarps ansökan om överprövning. De anförde bl.a. följande. Kinnarps är inte att betrakta som anbudslämnare eftersom kammarrättens lagakraftvunna dom innebar att upphandlingen skulle rättas på så sätt att man skulle bortse från Kinnarps anbud. I analogi med Högsta förvaltningsdomstolens praxis måste ett anbud ha avgetts för att en anbudsgivare ska anses vara taleberättigad. – Kammarrättsdomen har dessutom negativ rättskraft mot Kinnarps i enlighet med den praxis som ger vid handen att avgöranden i upphandlingsmål vinner negativ rättskraft (jfr RÅ 2009 ref. 69). Processen i upphandlingsmål uppvisar stora likheter med civilprocessen. En jämförelse kan analogivis göras med socialförsäkringsmål (t.ex. RÅ 2002 ref. 61). Det har stått Kinnarps fritt att anföra argument rörande brister i såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen i den förra processen. Utifrån den synnerligen omfattande skriftväxling som har förts i målen framgår att Kinnarps har yttrat sig kring samtliga relevanta omständigheter.

Kinnarps bestred bifall till överklagandet och anförde bl.a. följande. Rätten att ansöka om överprövning tillkommer enligt 16 kap. 1 § LOU alla leverantörer som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, dvs. även anbudsgivare som har lämnat anbud som förkastats och leverantörer som av någon anledning valt att inte lämna anbud alls. Påståendet om att ett anbud måste ha lämnats för att en leverantör ska ha rätt att överklaga är felaktigt. Något sådant krav finns varken i lag eller i praxis. – Den förra processen avsåg brister i Kinnarps anbud och om dessa brister orsakats av otydligheter i förfrågningsunderlaget. Varje tilldelningsbeslut under en upphandling innebär ett nytt ställningstagande som kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Det är i detta fall fråga om en ny sökande som har framställt helt andra yrkanden och grunder än vad som prövades i den förra överprövningen.

*Högsta förvaltningsdomstolen (2013-06-07, Jermsten, Nord, Ståhl, Saldén Enérus, Silfverberg) yttrade:*

*Skälen för avgörandet*

Enligt reglerna om överprövning i 16 kap. LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om överprövning i en framställning hos allmän förvaltningsdomstol oavsett om sökanden lämnat ett anbud eller inte i upphandlingen. Frågan om Kinnarps ska anses ha lämnat ett anbud saknar alltså betydelse för bolagets möjlighet att ansöka om överprövning.

Det målen gäller är om en förvaltningsdomstols lagakraftvunna avgörande beträffande en offentlig upphandling utgör hinder för prövning av en senare ansökan om överprövning av upphandlingen.

Det finns inga bestämmelser i LOU eller i unionsrätten som reglerar denna fråga. Det innebär att förvaltningsprocesslagen och allmänna förvaltningsrättsliga principer ska tillämpas. En sådan allmän princip är att ett beslut där en ansökan avslås inte vinner rättskraft i den meningen att det hindrar en ny prövning (RÅ 2005 ref. 16). De avsteg som i praxis har gjorts från denna princip har grundats på de särskilda förhållanden eller regler som gällt för det slags mål som det varit fråga om (se t.ex. RÅ 1993 ref. 76 och RÅ 2002 ref. 61).

Något som kan sägas tala för att en förvaltningsdomstols avgörande i upphandlingsmål bör vinna negativ rättskraft är att sådana mål ansetts i princip gälla ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare (RÅ 2009 ref. 69). Samtidigt följer av EU-domstolens praxis att alla beslut eller viljeyttringar från en upphandlande myndighets sida ska kunna bli föremål för överprövning under förutsättning att de har någon faktisk verkan (se bl.a. RÅ 2005 ref. 62 och där anmärkta rättsfall). Detta gäller beslut om att inleda – eller att inte inleda – en upphandling, beslut som fattas under förfarandet, tilldelningsbeslut liksom beslut om att avbryta ett upphandlingsförfarande. Överprövningen tar vidare inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5).

Mot den nu angivna bakgrunden finner Högsta förvaltningsdomstolen, i likhet med kammarrätten, att regleringen av upphandlingsförfarandet förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar. Det finns alltså inte skäl att beträffande upphandlingsmål avvika från den angivna allmänna principen. En förvaltningsdomstols avgörande i ett upphandlingsmål ska således anses inte vinna negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen.

Överklagandet ska därför avslås.

*Högsta förvaltningsdomstolens avgörande*

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Mål nr 6202–6211-12, föredragande Krafft

*Rättsfall:* RÅ 1993 ref. 76; RÅ 2002 ref. 61; HFD 2013 ref. 5.

*Litteratur:* SOU 2010:29, s. 550 ff.