

Förvaltningsdomstols utredningsansvar i upphandlingsmål har ansetts innebära att domstolen kan vara skyldig att fordra in uppgifter från upphandlande myndighet

Lagrum:

8 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Malmö kommun genomförde en upphandling av företagshälsovårdstjänster till åtta kommunala förvaltningar genom förenklat förfarande. Feelgood Företagshälsovård (Feelgood) tilldelades kontrakt. I utvärderingen av anbuderna placerade sig Avonova Hälsa Syd (Avonova) på andra plats. Avonova begärde hos kommunen att få ta del av Feelgoods anbud. Kommunen lämnade ut anbudet med undantag bl.a. för vissa uppgifter avseende specificerade priser och svar på utvärderingskriterierna 5.3.1–5.3.3 vilka ansågs omfattade av sekretess. Avonova överklagade det beslutet, men Kammarrätten i Göteborg (mål nr 3227-14) ansåg att det fanns särskild anledning att anta att ett röjande av uppgifterna skulle leda till skada för Feelgood och avslog överklagandet.

Avonova ansökte även om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten och yrkade i samband därmed att kommunen skulle föreläggas att tillhandahålla anbudet från Feelgood i ovan nämnda delar (editionsföreläggande).

Förvaltningsrätten i Malmö (ordförande Alwall) yttrade i beslut den 17 juni 2014: – Med beaktande av att officialprincipen ska tillämpas försiktigt i upphandlingsmål finns det i förevarande fall inte skäl att meddela editionsföreläggande. – Förvaltningsrätten avslår *Avonovas* yrkande om editionsföreläggande. – Beslutet får enligt 34 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, överklagas endast i samband med talan mot beslutet i själva saken.

I begäran om överprövning anförde *Avonova* vidare bl.a. följande. [Text här utelämnad] – En konsekvens av kommunens beslut att sekretessbelägga delar av Feelgoods anbud är att det är omöjligt att kontrollera att utvärderingen av anbudet skett på ett sakligt och korrekt sätt. Det görs gällande att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3 i förfrågningsunderlaget avseende att lämna utförliga redogörelser. Det görs gällande att Feelgood inte har lämnat några sådana redogörelser och i vart fall att de inte uppfyller de nämnda obligatoriska kraven. Uppgifterna ska lämnas i ett dokument om maximalt fyra A4-sidor. Feelgood uppfyller inte heller detta skall-krav.

Malmö kommun bestred bifall till ansökan och anförde bl.a. följande. [Text här utelämnad] – Efter att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats till anbudsgivarna begärde *Avonova* att få utlämnat kopia av

tilldelad leverantörs anbudshandlingar. Avonova erhöll förutom kopia av tilldelad leverantörs offentliga anbudshandlingar (med sekretessbelagda uppgifter borttagna) även en bedömning, rubricerad Anbudsutvärdering – Poängsättning av utvärderingskriterier, av samtliga deltagande anbudsgivares anbudssvar avseende kvalitetskriterier. Detta dokument utgör inte någon beskrivning av hur den aktuella utvärderingens poängsättning genomförts, utan är en översiktlig sammanställning över antal poäng som respektive anbudsgivare har erhållit för respektive utvärderingskriteriesvar. – – – Kommunen anser att kravet på förutsebarhet och transparens, i tillräcklig grad, uppfylls genom utformning och formulering som framgår under punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3. – Anbudskriteriesvar motsvarande fyra sidor för respektive svar som Feelgood lämnat uppfyller det som efterfrågats, dvs. ”Leverantören ska utförligt beskriva hur och exemplifiera hur”, vilket har resulterat i maximal poäng (100 poäng) för varje enskilt utvärderingskriterium avseende kvalitet. Feelgoods anbud har uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav.

Förvaltningsrätten i Malmö (2014-10-07, ordförande Brändström)
yttrade: Bestämmelser m.m. – Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågorna som sökanden tar upp. – Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. – [Text här utelämnad] – I punkt 5.3.1 i förfrågningsunderlaget Utvärderingskriterium – proaktiv strategisk hälsopartner anges följande. Leverantören ska utförligt beskriva hur och exemplifiera hur leverantören är en proaktiv strategisk partner till beställaren i det hälsofrämjande, förebyggande och efterhjälpande arbetet. – – – I punkt 5.3.2 Utvärderingskriterium – förvaltningens systematiska arbetsmiljöarbete anges att leverantören utförligt ska beskriva och exemplifiera hur denne stödjer, kvalitetssäkrar och utvecklar beställarens systematiska arbetsmiljöarbete. – I punkt 5.3.3 Utvärderingskriterium – leverantörens kvalitetssäkring anges att leverantören utförligt ska beskriva och exemplifiera hur denne kvalitetssäkrar sina medarbetares kompetens, gör omvärldsbevakning inom området samt tar del av aktuell forskning och nya metoder. – Förvaltningsrättens bedömning – Utvärderingsmodellen – Uppräkningstalsmodellen beskrivs i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. I bilagan anges att de kriterier som anbudsgivaren anger poängsätts. Tre utvärderingskriterier kommer att poängsättas; proaktiv strategisk hälsopartner (5.3.1), förvaltningens systematiska arbetsmiljöarbete (5.3.2) och leverantörens kvalitetssäkring (5.3.3). Under respektive utvärderingskriterium framgår det klart och tydligt vad anbudsgivarna ska beskriva och exemplifiera, hur bedömningen av anbudsgivarnas svar kommer att ske samt poängsättningen därav. Det kan därtill konstateras att den beskrivning av hur bedömningen skulle komma att ske som angivits i dokumentet ”Anbudsutvärdering – Poängsättning av

utvärderingskriterier” är exakt samma som den beskrivning som angetts i förfrågningsunderlaget. – – – Vad gäller att lämna redogörelser i enlighet med punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3 har staden anfört att Feelgood har lämnat redogörelser om maximalt fyra sidor per svar vilket resulterat i maximal poäng. Enligt förvaltningsrätten har Avonova inte förmått visa att Feelgood inte uppfyller de ställda kraven. – Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Avonova inte förmått visa att Malmö stad har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Avonovas ansökan härom ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår Avonovas ansökan om ingripande enligt LOU.

Avonova överklagade både förvaltningsrättens beslut och dom till kammarrätten. I första hand yrkade *Avonova* att kammarrätten skulle bestämma att upphandlingen skulle rättas på så vis att *Avonova* tilldelades uppdraget och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Vidare yrkade *Avonova* att det i förvaltningsrätten framställda yrkandet om edition skulle bifallas. *Avonova* anförde bl.a. följande. Eftersom *Avonova* inte har fått del av hela Feelgoods anbud och därför inte kunnat kontrollera att utvärderingen av det vinnande anbudet skett på ett sakligt och korrekt sätt, görs gällande att *Avonovas* anbud varit mer ekonomiskt fördelaktigt och att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen har bara uppgett att Feelgoods anbud uppfyllt de obligatoriska kraven och att maximal poäng erhållits för varje utvärderingskriterium. I förevarande fall åvilar det kommunen att inför domstolen förete de aktuella anbudshandlingarna för att motbevisa påståendet att Feelgood inte uppfyller kraven. Det kan inte vara tillräckligt att kommunen enbart påstår något i denna del.

Kammarrätten i Göteborg (2014-11-20, Johansson, Ericsson, Ståhl, referent) yttrade: Editionsföreläggande – Inledningsvis ska kammarrätten ta ställning till om förvaltningsrättens beslut att avslå *Avonovas* yrkande om editionsföreläggande är riktigt. De delar av vinnande anbud från Feelgood som yrkandet avser är dels specificerade anbudspriser, dels de tre bilagor som legat till grund för kvalitetsutvärderingen. – Av 20 § FPL framgår att bestämmelserna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken, RB, ska tillämpas. I den bestämmelsen anges följande. Om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas. Detta gäller inte en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer. – En första förutsättning för att edition ska medges är att handlingen kan antas ha betydelse som bevis. I detta ligger att edition inte medges när syftet är att sökanden ska få möjlighet att bedöma vilka grunder som bör åberopas (jfr Ekelöf m.fl., Rättegång IV, 7 u., s. 264 f.). Av *Avonovas* överklagande till kammarrätten framgår att syftet med editionen är att *Avonova* ska kunna kontrollera om kommunens utvärdering av Feelgoods anbud är korrekt. Samtidigt gör *Avonova* – på grund av att utvärderingen inte kunnat kontrolleras – gällande att det egna anbudet är mer ekonomiskt fördelaktigt och därför bort antas samt att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska

kraven. De handlingar som editionsyrkandet avser åberopas till styrkande härav. Härigenom får handlingarna, i vart fall i formell mening, antas ha betydelse som bevis. – Nästa fråga är om handlingarna innehåller yrkeshemlighet. Härvid kan ledning hämtas i definitionen av företagshemlighet i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Enligt lagens 1 § avses med företagshemlighet sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende. – De handlingar som editionsyrkandet avser innehåller uppgifter om pris och bolagets kvalitetsarbete. Fråga är således om information om affärs- och driftförhållandena i Feelgoods rörelse. Eftersom Feelgood i sitt anbud har begärt att upphandlande myndighet sekretessbelägger uppgifterna får kravet på hemlighållande anses uppfyllt. – I förarbetena anges att det tredje rekvisitet – att ett röjande av informationen är ägnat att medföra skada – innebär att informationen måste ha ett värde i näringsidkarens hand. Situationen ska vara sådan att röjandet typiskt sett är av beskaffenhet att medföra skada (prop. 1987/88:155 s. 36 f.). – Risken för skada om de aktuella uppgifterna röjs har bedömts av kammarrätten i mål om rätt att ta del av allmän handling (dom den 24 juni 2014 i mål nr 3227-14). Kammarrätten konstaterade att handlingarna innehåller uppgifter som ger en bild av Feelgoods strategier och arbetsmetodik inom olika områden och fann särskild anledning att anta att ett röjande av uppgifterna skulle leda till skada för Feelgood. – Mot bakgrund härav finner kammarrätten att även skaderekvisitet är uppfyllt. Handlingarna innehåller alltså yrkeshemligheter. Det krävs därmed synnerlig anledning för att besluta om edition. – Vid bedömningen av om synnerlig anledning förekommer ska en avvägning främst göras mellan å ena sidan handlingens betydelse som bevis och å andra sidan yrkeshemlighetens ekonomiska värde (jfr NJA 1986 s. 398 och NJA 2012 s. 289 punkt 17). Det förhållandet att yrkandet inte avser en avtalsparts utan en konkurrents handlingar innebär enligt kammarrätten att särskild vikt bör läggas vid risken för skada. – Avonova har inte anfört något som ger stöd för påståendet om brister i kommunens utvärdering; tvärtom är syftet med yrkandet om edition att undersöka om det finns några brister. I en sådan situation finns det enligt kammarrätten inte synnerlig anledning att medge edition. Överklagandet av förvaltningsrättens beslut ska därför avslås. – Avonovas invändningar i sak – [Text här utelämnad] – Avonova anser vidare att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget och att utvärderingen av Feelgoods anbud genomförts på ett felaktigt sätt. För att styrka sin talan i denna del har Avonova som framgår ovan begärt edition. Enligt kammarrättens bedömning har det förhållandet att Avonova inte får del av det vinnande anbudet i sin helhet ingen betydelse i fråga om placeringen av bevisbördan i målet. Det är således Avonova som ska visa att det finns grund för ingripande enligt LOU. Avonova har inte visat att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven och inte heller att utvärderingen genomförts på ett felaktigt sätt. – Även överklagandet av förvaltningsrättens dom ska således avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.

Avonova överklagade kammarrättens dom i dess helhet till Högsta förvaltningsdomstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen förordnade den 28 november 2014 att avtal avseende upphandlingen inte fick ingås innan något annat hade bestämts. Prövningstillstånd meddelades såvitt avsåg frågan om förutsättningarna för edition i mål enligt LOU. Högsta förvaltningsdomstolen vilandeförklarade målet i övrigt.

Avonova yrkade att Högsta förvaltningsdomstolen skulle bifalla yrkandet om edition samt anförde bl.a. följande. De uppgifter som editionen avser rör inte yrkeshemligheter. Priset utgör grunden för upphandlingen och anbudsgivare som väljer att delta tar risken att myndigheten inte godtar ett yrkande om sekretess. Punkterna 5.3.1– 5.3.3 torde innehålla till största delen samstämmiga beskrivningar från anbudsgivarna då föremålet för upphandlingen gäller företagshälsovård. I punkterna uppställs krav på att beskrivningar ska lämnas på ett maximalt antal sidor. Feelgoods anbud uppfyller inte dessa krav. Utvärderingen av kriterierna i punkterna har heller inte skett på korrekt sätt. Handlingarna åberopas till styrkande av detta. I en offentlig upphandling är utgångspunkten att ett ingivet anbud kan bli offentligt. Informationen har ett lågt skyddsvärde medan Avonova har starkt intresse av att få ta del av den åberopade bevisningen. Om de relevanta uppgifterna anses omfattade av sekretess finns inget effektivt rättsmedel. Det skulle vidare stå i strid med bestämmelserna om rätt till en rättvis rättegång i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen att bevisbördan placeras på Avonova om edition inte beviljas.

Malmö kommun bestred bifall till yrkandet om edition och anförde bl.a. följande. Avonova har gjort gällande att Feelgood inte uppfyller obligatoriska krav i punkterna 5.3.1–5.3.3. I de angivna punkterna finns dock inga obligatoriska krav. Punkterna innehåller utvärderingskriterier. – För att kunna göra en god affär till gagn för det allmänna är det viktigt för kommunen att få in alla uppgifter som behövs, inklusive yrkeshemligheter. Det skulle äventyra kommunens affärsrelationer om anbudsgivare genom editionsföreläggande skulle få del av konkurrenters yrkeshemligheter. Kommunen har lämnat ut summan av anbudspriserna och i utvärderingsprotokollet så utförligt som möjligt utan att röja anbudsgivares affärs- och driftsförhållanden redogjort för hur utvärderingen av anbudet har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen (2015-10-01, Melin, Almgren, Nord, Silfverberg, Baran) yttrade:

Skälen för avgörandet

Rättslig reglering m.m.

I 8 § första och andra styckena FPL anges att rätten ska se till att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och genom frågor och påpekanden

verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar.

Enligt 20 § FPL gäller i fråga om skriftlig handling som åberopas som bevis bestämmelserna i 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ RB i tillämpliga delar. Av 38 kap. 8 § första stycket RB framgår att rätten får besluta att en allmän handling som kan antas ha betydelse som bevis ska tillhandahållas. I andra stycket 3 samma paragraf anges att detta inte gäller en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

Den upphandling som är aktuell i förevarande mål regleras i LOU. Lagen genomför EU-direktiv inom området offentlig upphandling. Dessa direktiv är av två slag, dels avseende förfarandet (2004/18/EG), dels avseende rättsmedel (89/665/EEG).

I artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet anges att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning (effektivitetsprincipen).

I EU-domstolens mål C-450/06, Varec, där anbudsgivaren begärt konfidentiell behandling uttalade domstolen bl.a. följande. Det är nödvändigt att prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig information om fakta, inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter (p. 53). Skyddet för affärshemligheter utgör en allmän princip (p. 49) och det ankommer på prövningsorganet att besluta i vilken omfattning och på vilket sätt den konfidentiella behandlingen av och sekretessen omkring denna information ska säkerställas (p. 55). Prövningsorganet ska kunna besluta att inte lämna ut information i handlingar till parter och deras advokater, om det är nödvändigt för att upprätthålla skyddet för en sund konkurrens eller för de ekonomiska aktörernas legitima intressen (p. 43).

Vad målet gäller

I målet har begärts edition avseende vissa uppgifter i ett anbud, vilka bedömts vara omfattade av sekretess. Först måste emellertid avgöras om det redan av domstols utredningsskyldighet följer att domstolen borde ha fordrat in de aktuella uppgifterna.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Reglerna om den s.k. officialprincipen och domstolens utredningsansvar i 8 § FPL ges något olika tillämpning bl.a. beroende av vad slags mål saken gäller samt vilka förutsättningar parterna kan anses ha att föra sin talan.

I rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 har Högsta förvaltningsdomstolen ansett att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål. Domstolen uttalade att i sådana mål bör som huvudprincip krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan.

När det gäller domstolens utredningsansvar i det avseende som nu är aktuellt måste hänsyn tas till vad EU-domstolen i Varec-målet uttalat rörande unionsrättens krav. Det innebär att det väl kan krävas att part klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan liksom den bevisning som åberopas. Om part emellertid utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

Part har som huvudregel rätt att ta del av vad som på nyss angivet sätt kommit till för målet. Domstolen har likväl att pröva om uppgift i det infordrade materialet omfattas av sekretess, om kommunikation enligt 18 § FPL kan underlåtas och, om så inte är fallet, i ljuset av unionsrättens krav pröva om parts rätt till insyn kan begränsas med stöd av 10 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

I målet har Avonova påstått vissa brister i den utvärdering som har gjorts. Avonova får anses ha gjort vad rimligen kan anses ankomma på en sökande för att få ta del av de uppgifter som bolaget anser utgör stöd för dess talan.

Det bör ankomma på Förvaltningsrätten i Malmö att ta ställning till om rätten, med utgångspunkt i vad parterna anfört, behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning. Om förvaltningsrätten med stöd av 8 § FPL fordrar in uppgifterna ankommer det på domstolen att pröva frågorna om kommunikation och partsinsyn.

Med denna utgång saknas anledning att ta ställning till yrkandet om edition.

Underinstansernas avgöranden bör upphävas och målet i sin helhet visas åter till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i de vilandeförklarade delarna av målet.

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver förvaltningsrättens och kammarrättens domar och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Mål nr 6331-14, föredragande Sofia Lönnberg