

HFD 2016 ref. 4

Ny bevisning som åberopats först i Högsta förvaltningsdomstolen har avvisats i ett mål om offentlig upphandling.

37 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 22 juni 2015 följande beslut (mål nr 6578-14).

Bakgrund

Trafikverket genomför en upphandling avseende ”Basunderhåll väg på allmänna vägar inom område Borlänge inom Dalarnas län” och en upphandling avseende ”Basunderhåll väg på allmänna vägar inom område Hudiksvall inom Gävleborgs län”. NCC Roads AB (NCC) lämnade anbud i upphandlingarna. Vissa poster i anbuden hade NCC åsatt negativa priser. Trafikverket förkastade anbuden från NCC med motiveringen att de innehöll onormalt låga priser. NCC ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingarna skulle rättas på så sätt att nya utvärderingar skulle göras. Förvaltningsrätten i Falun avslog ansökningarna. Domarna överklagades till Kammarrätten i Sundsvall som genom de nu överklagade avgörandena avslog NCC:s överklaganden. NCC fullföljer sin talan hos Högsta förvaltningsdomstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 6 februari 2015 meddelat prövningstillstånd i målen.

NCC har till stöd för sin talan i förvaltningsrätten och kammarrätten anfört, såvitt nu är av intresse, att grund för att förkasta anbuden saknas dels med anledning av att Trafikverket inte följt det förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, om förkastande av onormalt låga anbud, dels med anledning av att anbuden inte är onormalt låga eftersom NCC avser leverera till offererade priser samt fullgöra sina skyldigheter utan reservationer. NCC har vidare angett att bolaget räknar med att gå med vinst på aktuella kontrakt. Anbuden är alltså seriösa. Trafikverket har i tidigare upphandlingar inte förkastat NCC:s anbud när dessa innehållit negativa priser, t.ex. såvitt avser driftsområde Arvidsjaur.

Trafikverket har till stöd för sin talan i förvaltningsrätten och kammarrätten anfört, såvitt nu är av intresse, att reglerna i 12 kap. 3 § LOU har iakttagits på ett korrekt sätt och att NCC:s anbud är onormalt låga då de förklaringar som NCC lämnat är allmänt hållna och det finns anledning att anta att bolaget inte kommer leverera enligt kontrakten eller kommer att söka kompensation

genom att erbjuda och ta betalt för andra tjänster än de med negativa priser.

Trafikverket har, sedan verket förelagts att svara på NCC:s överklagande till Högsta förvaltningsdomstolen, utvecklat sin talan och bl.a. gett in en tjänsteanteckning daterad den 11 februari 2014. Efter det att Trafikverket beretts tillfälle att ange vilka skäl verket anser finnas för att domstolen ska beakta handlingen (jfr 37 § förvaltningsprocesslagen [1971:291], FPL) har verket anfört att tjänsteanteckningen bör beaktas bl.a. mot bakgrund av att NCC förnekat att ett möte hållits vid vilket bolaget getts tillfälle att muntligen lämna en förklaring till sin prissättning samt att det inte skulle vara rimligt att bortse från den ingivna handlingen.

NCC har i yttrande över Trafikverkets svar utvecklat sin talan och gett in bl.a. en mängdförteckning avseende tidigare kontrakt för driftsområde Hudiksvall och NCC:s kalkyler avseende aktuella upphandlingar. Efter det att NCC beretts tillfälle att ange vilka skäl bolaget anser finnas för att domstolen ska beakta handlingarna (jfr 37 § FPL) har bolaget anfört att dessa handlingar inte utgör – och behöver heller inte utgöra – bevisning i målen, utan syftar endast till att illustrera och utveckla de ostridiga omständigheter bolaget tidigare anfört.

Skälen för beslutet

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 37 § FPL får i mål, vari prövningstillstånd krävs, omständighet eller bevis, som klaganden åberopar först i Högsta förvaltningsdomstolen, beaktas endast om det föreligger särskilda skäl. Bestämmelsen har i praxis ansetts tillämplig även beträffande vad motpart åberopar först i Högsta förvaltningsdomstolen (RÅ 2000 ref. 54, RÅ 1995 ref. 31 och RÅ 2007 ref. 54).

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Den tjänsteanteckning Trafikverket har åberopat i Högsta förvaltningsdomstolen avser anteckningar som Trafikverket fört i anledning av en anbudsgenomgång den 11 februari 2014. Att det har hållits ett möte har framförts redan under processen i förvaltningsrätten. Tjänsteanteckningen som får antas ha upprättats i nära anslutning till mötet har inte åberopats tidigare. Handlingen måste därför betraktas som ny bevisning.

Den mängdförteckning och de kalkyler som NCC åberopat får antas ha upprättats i vart fall innan processen i förvaltningsrätten avslutades och för ett annat ändamål än att utgöra inlagor i förevarande mål. Vissa av uppgifterna i kalkylerna återfinns i och för sig i mängdförteckningar som tidigare åberopats i målen, men

flertalet kolumner anger belopp som inte har presenterats i underinstanserna och dokumenten som sådana är nya. Handlingarna utgör därför ny bevisning.

Huvudregeln i 37 § FPL om att ny bevisning inte får åberopas i Högsta förvaltningsdomstolen har visserligen generell räckvidd men bör, liksom regeln om den s.k. officialprincipen och domstols utredningsansvar i 8 § samma lag, ges något olika tillämpning bl.a. beroende på vad slags mål saken gäller samt vilka förutsättningar parterna kan anses ha att föra sin talan. I mål om offentlig upphandling utgörs parterna normalt av den upphandlande myndigheten och en eller flera näringsidkare som lämnat anbud inom ramen för sin verksamhet. Under sådana förutsättningar finns skäl att låta huvudregeln i 37 § FPL få särskild tyngd. I vart fall i mål av detta slag bör således part som innehar bevis till stöd för sin ståndpunkt inte kunna avvakta med att åberopa beviset tills målet når högsta instans, med mindre än att motpartens processföring i underinstansen ger anledning till det.

Det har inte framkommit annat än att de nu aktuella handlingarna har varit tillgängliga för respektive part redan under tiden för målets handläggning i underinstanserna och i huvudsak är avsedda att styrka samma uppgifter som anförts tidigare.

Vid nu angivna förhållanden samt då det inte har angetts några skäl till varför bevisningen inte åberopats tidigare finner Högsta förvaltningsdomstolen att det saknas särskilda skäl att beakta bevisningen. Den ska därför avvisas.

Högsta förvaltningsdomstolens beslut

1. Högsta förvaltningsdomstolen avvisar den bevisning Trafikverket gett in i Högsta förvaltningsdomstolen i form av tjänsteanteckning den 11 februari 2014.
2. Högsta förvaltningsdomstolen avvisar den bevisning NCC gett in i Högsta förvaltningsdomstolen i form av mängdförteckning avseende tidigare kontrakt för driftsområde Hudiksvall och NCC:s kalkyler avseende aktuella upphandlingar.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Nord, Rynning, Askersjö* och *Baran*. Föredragande var justitiesekreteraren Sofia Lönnberg.