

Västerås stad överklagar ogiltighetsdom till Högsta förvaltningsdomstolen

Kammarrätten i Stockholm har i en dom från slutet av oktober 2015 beslutat att ogiltigförklara ett ramavtal om köp av IT-hårdvara som staden träffat med Atea Sverige AB efter en offentlig upphandling som genomfördes under 2013. Staden har nu valt att överklaga domen till Högsta förvaltningsdomstolen, eftersom staden anser att det finns ett stort behov av ett vägledande avgörande (prejudikat) från Högsta förvaltningsdomstolen i den fråga om valfrihet mellan LOU:s två olika överprövningsformer som aktualiseras i målet.

Bakgrund

Lagen om offentlig upphandling innehåller två sätt för leverantörer att juridiskt klaga på en offentlig upphandling, dels överprövning av upphandling, dels överprövning av avtals giltighet. Den senare formen har införts för att ge leverantörer ett rättsmedel mot s.k. otillåtna direktupphandlingar, som sker utan föregående inbjudan att lämna anbud.

Upphovet till rättsprocessen är att staden under 2013, under genomförandet av en annonserad offentlig upphandling om inköp av IT-hårdvara, publicerade en för långtgående ändring av förfrågningsunderlaget. Ändringen, som genomfördes ca fyra veckor före sista dag att lämna anbud, bestod av att en option om ytterligare volymer av hårdvara lades till i upphandlingen. Upphandlingen borde då, enligt lagen om offentlig upphandling, ha avbrutits och annonserats om från början. Så skedde dock inte, utan upphandlingen fortgick och avslutades med detta uppdaterade förfrågningsunderlag.

Ett antal av marknadens aktörer hade, genom sin medverkan i upphandlingens anbudsskede, ett affärsmässigt intresse i den fullföljda upphandlingens resultat. Av olika loggar i upphandlingssystemet går det också att utläsa när de olika aktörer som bevakade upphandlingen har tagit del av publicerad information.

Normalt sett krävs att en leverantör, som anser att en offentlig upphandling inte har genomförts enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling, framför sina klagomål i domstol innan upphandlingen avslutas och ett kontrakt med vinnaren ingås. Regelverket innehåller därför en central tidsfrist, s.k. avtalsspärr, som hindrar myndigheten från att ingå avtal samtidigt som den ger leverantörerna en möjlighet att klaga på upphandlingen.

Det framfördes vissa klagomål mot stadens upphandling, vilket ledde till en överprövningsprocess i förvaltningsrätt och kammarrätt. Ingen leverantör klagade dock på ändringen av förfrågningsunderlaget. Sedan domen vunnit laga kraft kunde staden ingå avtal med vinnande leverantören Atea Sverige AB den 13 januari 2014, ca elva månader efter att upphandlingen annonserats.

En av de leverantörer, som enligt stadens uppfattning hade ett affärsmässigt intresse i den fullföljda upphandlingens resultat, och som enligt upphandlingsloggen tog del av meddelandet om ändring av förfrågningsunderlaget redan under anbudstiden, har i juni 2014 gått till domstol och använt överprövningsformen överprövning av avtals giltighet mot det avtal som träffades efter upphandlingen. Både Förvaltningsrätten i Uppsala och Kammarrätten i Stockholm har bedömt att denna aktör har rätt att använda sig av denna överprövningsform, eftersom stadens ändring av förfrågningsunderlaget under anbudstiden ger upphov till en otillåten direktupphandling i lagens mening.

Staden anser att den leverantör som inlett överprövningen av avtalets giltighet inte bör ges rätt att klaga på upphandlingen på detta sätt, eftersom aktören har haft möjlighet att klaga på upphandlingen tidigare genom en överprövning av upphandlingen. Den bedömningen baserar staden på att aktören, enligt upphandlingsloggen, tagit del av meddelandet av ändring av förfrågningsunderlaget redan under anbudstiden i upphandlingen. Dessutom anser staden att det måste beaktas att aktören, genom sin medverkan i upphandlingens anbudsskede såsom underleverantör, har haft ett affärsmässigt intresse i den fullföljda upphandlingens resultat.

Stadens skäl för att överklaga till Högsta förvaltningsdomstolen

Skälen till att staden nu vänder sig till Högsta förvaltningsdomstolen är följande.

Det är av stor vikt att få ett vägledande avgörande när det gäller leverantörers möjlighet att i domstol, genom en ansökan om överprövning av avtals giltighet, klaga på ett upphandlingsfel av den typ som målet handlar om (en för långtgående ändring av förfrågningsunderlaget som öppet meddelas under genomförandet av en i sig korrekt offentliggjord offentlig upphandling).

Förvaltningsrätten och kammarrätten har genom sina domar funnit att en sådan möjlighet finns och att den är *obegränsad*. Det spelar alltså ingen roll om leverantören känt till felet så tidigt under det genomförda upphandlingsförfarandet att leverantören har haft möjlighet att klaga på upphandlingen tidigare, innan kontraktet ingicks. Detta betyder att det finns en *valfrihet* mellan överprövningsformerna överprövning av upphandling, och överprövning av avtals giltighet, för denna typ av upphandlingsfel. Denna obegränsade valfrihet möjliggör att överprövningsformerna kombineras. En klagande leverantör kan då först, genom överprövning av upphandling, framföra klagomål som avser upphandlingens *avslutande* skede (där vinnaren utses), för att sedan, efter att vinnaren utsetts, framföra klagomål mot upphandlingens *inledande* skede genom överprövning av avtals giltighet.

Staden anser att en ren valfrihet mellan överprövningsformerna allvarligt skulle hämma effektiviteten i offentliga upphandlingar på ett sätt som inte överensstämmer med lagstiftningens intentioner och EU-domstolens vägledande avgöranden. Staden anser därför att Högsta förvaltningsdomstolen måste klargöra om valfrihet råder mellan överprövningsformerna eller om det finns en skyldighet för leverantörer att klaga på upphandlingar så snabbt som möjligt och i första hand genom att ansöka om överprövning av upphandlingen.

Staden anser att frågan inte får något tydligt svar i den svenska lagstiftningen eller i den EU-lagstiftning som den svenska lagstiftningen bygger på. Staden har därför begärt att Högsta förvaltningsdomstolen, såsom sista domstolsinstans, inhämtar ett besked

(förhandsavgörande) från EU-domstolen rörande hur EU-lagstiftningen ska tolkas i denna del.

Om Högsta förvaltningsdomstolen skulle anse att det finns en skyldighet att klaga på upphandlingar så snabbt som möjligt och i första hand genom att ansöka om överprövning av en upphandling, blir det också upp till Högsta förvaltningsdomstolen att bestämma hur långtgående denna skyldighet är i juridiska termer. Därefter återstår i så fall att tillämpa dessa principer på omständigheterna i målet för att avgöra om leverantörens överprövning av avtalets giltighet ska tillåtas eller inte.

Övrigt

För att målet ska prövas av Högsta förvaltningsdomstolen krävs prövningstillstånd. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning.

För ytterligare information, vänligen kontakta:

Anders Teljebäck, kommunstyrelsens ordförande, 021-39 12 62

Casper Tham, stadsjurist, 021-39 12 62

Robert Moldén, EU-advokat vid Gärde Wesslau Advokatbyrå och rättegångsombud, 0702-52 44 00