

Kammarrätten i Sundsvall

Överklagande av dom**Klagande**

Västerbottens läns landsting, org. nr 232100-0222
901 89 Umeå

Motpart

AVARN Security Services AB, org. nr 556095-6772
Warfinges väg 39
Box 49017
100 28 Stockholm

Överklagad dom

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 2017-02-15 i mål nr 1962-16 gällande offentlig upphandling.

I egenskap av företrädare för Västerbottens läns landsting (nedan benämnt Landstinget) får undertecknad inkomma med överklagande av förvaltningsrättens dom den 15 februari 2017 i mål 1962-16 enligt följande.

Yrkande

Landstinget yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och med ändring av förvaltningsrättens dom meddelar att AVARN Security Services AB:s (nedan benämnt Bolaget) ansökan om överprövning avslås. I andra hand yrkar Landstinget att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och återförvisar målet till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Skäl för prövningstillstånd

Det föreligger skäl att ändra förvaltningsrättens dom mot bakgrund av vad som anförs nedan. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) avgörande RÅ 2009 ref. 69 gäller som huvudprincip i upphandlingsmål att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Förvaltningsrätten har grundat sin dom på omständigheter som inte angivits på ett klart sätt av den part som gjort gällande att upphandlingen är felaktig, dvs. Bolaget. Det finns därför skäl att meddela prövningstillstånd då det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten kommit till då det strider mot gällande praxis. Därutöver är det även av vikt för rättstillämpningen att avgöra om Bolaget på ett klart sätt har angivit de omständigheter på vilka förvaltningsrätten har grundat sin dom.

I det fall att kammarrätten anser att Bolaget har anfört de omständigheter som förvaltningsrätten grundat sin dom på, menar Landstinget att kravet ifråga inte är diskriminerande. I enlighet med vad som anförs nedan finns skäl att betvivla riktigheten i förvaltningsrättens dom. Det är även av vikt för rättstillämpningen att avgöra om upphandlande myndighet är skyldig att ta hänsyn till myndighetsbeslut och domar riktade mot enskilda potentiella leverantörer.

Omständigheter

Bakgrund

Landstinget upphandlar bevakningstjänster avseende anbudsområde A (Umeå). Två anbud inkom. Landstinget tilldelade först Bolaget kontraktet, varpå det framkom att Bolaget inte avser att leverera enligt krav 1.0.14 avseende bemanning av uppdraget på dagtid. Landstinget återkallade då tilldelningsbeslutet med motiveringen att Bolaget lämnat oriktiga uppgifter i sitt anbud. Landstinget meddelade därefter nytt tilldelningsbeslut där annan leverantör tilldelades kontraktet. Bolaget ansökte om överprövning av Landstingets beslut. Förvaltningsrätten meddelade i dom den 15 februari 2017 att upphandlingen ska göras om. Landstinget motsätter sig Förvaltningsrättens beslut.

RÅ 2009 ref. 69

HFD har i RÅ 2009 ref. 69 avgjort förhållandet mellan en domstols utredningsskyldighet och en parts åberopsbörda i upphandlingsmål.

HFD ansåg att den klagande parten inte hade åberopat de omständigheter som förstainstansen grundat sin dom på. I sin dom fastslog HFD att huvudprincipen i upphandlingsmål är att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på.

Officialprincipen ska tillämpas restriktivt

Av förvaltningsprocesslagen följer officialprincipen, dvs. att domstolen i förvaltningsmål kan lägga alla omständigheter som framgår av utredningen till grund för avgörandet. Tillämpningen av officialprincipen har diskuterats ingående i förarbetena till förvaltningsprocesslagen. Där uttalades att domstolarnas aktivitet måste växla beroende på vad för slags mål det gäller. Vidare anförde HFD i sin slutsats i RÅ 2009 ref. 69 att mål om offentlig upphandling gäller i princip ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare och har alltså en större likhet med sådana mål där man inom den allmänna processrätten tillämpar förhandlingsprincipen än med mål som är typiska i förvaltningsdomstolarna och för vilka förvaltningsprocesslagen konstruerats. Officialprincipen måste därmed tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling.

I de fall ena parten anses vara i underläge i förhållande till den andra parten kan officialprincipen få ökad betydelse. Landstinget noterar dock att parterna i detta mål får anses vara jämbördiga då Bolaget är ett stort rikstäckande bolag och har stora möjligheter att tillvarata sina intressen. Domstolen borde även av denna anledning – utöver att Bolaget inte angivit några omständigheter till grund för att upphandlingen ska göras om – ha hållit sig passiv och ålagt parterna åberopsbörda, dvs. tillämpat officialprincipen restriktivt.

Förvaltningsrättens dom grundar sig på omständigheter som inte på ett klart sätt åberopats

Bolaget har i sin ansökan om överprövning av upphandlingen yrkat i första hand att utvärderingen ska göras om där Bolagets anbud inkluderas i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sitt förstahandsyrkande har Bolaget anført att de lämnat korrekta och kompletta uppgifter i sitt anbud. Bolaget har dock inte på ett klart sätt anført några omständigheter till varför upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har i sin dom ansett att det klart framgår att Bolaget inte avser att leverera enligt krav 1.0.14. Förvaltningsrätten går sedan vidare och menar att frågan är om Landstinget haft fog för att ställa upp och upprätthålla kravet ifråga.

Förvaltningsrätten anför i sin dom att Bolaget "får anses ha" ifrågasatt att kravet kan uppställas då Bolaget hänvisat till ett beslut från Arbetsmiljöverket där beslutet innebär att de inte kan leverera enligt kravet. Denna omständighet har Bolaget inte på ett klart sätt angivit till stöd för sin talan. Förvaltningsrätten tar även upp att det Bolaget "anför" "får även anses innefatta" ett åberopande av att Landstingets krav i upphandlingen är diskriminerande mot Bolaget på grund av det beslut Arbetsmiljöverket meddelat och som Landstinget varit medveten om. Förvaltningsrätten har här tolkat innehållet i processmaterialet till Bolagets fördel trots att Bolaget inte angivit några omständigheter till stöd för sin talan i denna del, vilket strider mot etablerad praxis. Landstinget noterar att Bolaget inte anført något överhuvudtaget om att kravet är diskriminerande, varför det är märkligt av förvaltningsrätten att tolka att det Bolaget "anför" innefattar något åberopande överhuvudtaget.

Förvaltningsrätten menar i domen att krav 1.0.14 är diskriminerande då Bolaget direkt fräntas möjligheten att lämna anbud och att Bolaget lidit, eller kunnat komma att lida, skada till följd av Landstingets agerande. Förvaltningsrätten anser att bristen bl.a. är hänförlig till utformningen av förfrågningsunderlaget, dvs. upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Därför ska upphandlingen, såvitt avser anbudsområde A (Umeå), göras om.

Förvaltningsrätten har enligt det ovan anförda grundat sin dom på omständigheter som Bolaget inte på ett klart sätt har åberopat, i strid med den princip som fastslagits i RÅ 2009 ref 69.

Visserligen förekommer beslutet från Arbetsmiljöverket (IRN 2014/36623) och den senare domen från förvaltningsrätten i Umeå (mål nr 172-15) i processmaterialet men det är inte tillräckligt att det endast förekommer i processmaterialet (von Essen, Ulrik, Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor (2016), s. 60 f). En part ska på ett klart sätt åberopa de omständigheter han grundar sin talan på.

På grund av att förvaltningsrätten tagit hänsyn till omständigheter som Bolaget inte på ett klart sätt har åberopat som grund till varför upphandlingen ska göras om, har Landstinget gått miste om möjligheten att anföra de omständigheter som Landstinget åberopar som grund till varför upphandlingen inte ska göras om. Den omständigheten är allvarlig ur ett rättssäkerhetsperspektiv.

Krav 1.0.14 är inte diskriminerande

För det fall att kammarrätten skulle anse att Bolaget på ett klart sätt har åberopat de omständigheter som förvaltningsrätten grundat sin dom på, anför Landstinget följande omständigheter som grund till varför ansökan om överprövning ska avslås.

I målet anses det vara ostridigt att Bolaget inte avser att leverera enligt krav 1.0.14, varför de lämnat oriktiga uppgifter i sitt anbud som därmed rätteligen ska förkastas.

Vad gäller frågan om Landstinget haft fog för att ställa upp och upprätthålla krav 1.0.14 anför Landstinget följande. Beslutet från Arbetsmiljöverket (IRN 2014/36623) och senare domen från förvaltningsrätten i Umeå (mål nr 172-15) riktar sig enbart till Bolaget. Förvaltningsrätten uttalar tydligt i sin dom (mål nr 172-15) att det är Bolaget som är ordningsvakternas arbetsgivare och Bolaget som har skyddsansvar enligt arbetsmiljölagen. Förvaltningsrätten godtog alltså inte Landstingets argumentation att Arbetsmiljöverkets beslut får effekter på Bolagets möjligheter att fullgöra sitt avtal med Landstinget samt att Landstinget i realiteten är arbetsgivare och arbetsmiljöansvarig och att beslutet därigenom egentligen är riktat mot Landstinget. Enligt förvaltningsrättens resonemang borde således Landstinget vara fritt att upphandla bevakningstjänster utifrån den miljö Landstinget bedömer existerar på Norrlands universitetssjukhus (NUS), eftersom beslutet av allt att döma inte riktar sig mot Landstinget utan enbart mot Bolaget. Att beslut har fattats gentemot Bolaget ska således inte inverka på Landstinget och dess utformning av upphandlingar.

Att Landstinget ska behöva beakta samtliga myndighetsbeslut eller domar som potentiella leverantörer ålagts i sin verksamhetsutövning från tredje part vore orimligt, för att inte säga omöjligt. Det ställer alldeles för långtgående krav på Landstinget vid utformningen av upphandlingar. Att Landstinget råkar vara

medvetet om beslutet i detta fall är oväsentligt, då Landstinget enligt förvaltningsrätten uppenbarligen inte har något med Bolagets verksamhetsutövning att göra samt att beslutet inte riktar sig mot Landstinget och inte heller ålägger Landstinget några skyldigheter. Rent teoretiskt behöver inte ens Landstinget ha fått kännedom om det här beslutet då Landstinget inte är part i ärendet.

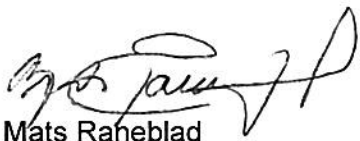
Att i ett sådant här fall göra gällande att kravet är diskriminerande mot Bolaget är både orimligt och orättvist mot Landstinget. Landstinget är bäst lämpade att göra en bedömning av den miljö som finns på NUS och vilka krav som ska ställas i en upphandling, oaktat vilka myndighetsbeslut eller domar enskilda potentiella leverantörer ålagts från tredje part. Att ställa upp och upprätthålla krav 1.0.14 är inte diskriminerande mot Bolaget då samma krav ställts på samtliga anbudsgivare.

Värt att notera i sammanhanget är att Bolaget lämnade anbud och accepterade kravet utan att ställa en enda fråga eller påtala något överhuvudtaget angående kravet under anbudstiden. Inte heller innehöll Bolagets anbud någon information om att de skulle ha problem att leverera enligt kravet. Detta talar ytterligare för att kravet inte är diskriminerande.

Slutsats

Förvaltningsrätten har grundat sin dom på att krav 1.0.14 är diskriminerande. Bolaget har inte lagt denna omständighet till grund för sin talan. Förvaltningsrätten borde alltså inte ha prövat om ett ingripande enligt 16 kap. LOU skulle göras på grund av den. För det fall att kammarrätten finner att Bolaget har lagt omständigheten till grund för sin talan, ska krav 1.0.14 inte anses vara diskriminerande och således uppställt i enlighet med LOU. Det är med anledning av det ovan anförda angeläget att Kammarrätten tar upp målet till prövning.

Umeå som ovan



Mats Raheblad

Verksamhetschef

Basenhet Logistik