
Juni 2012

Talerätt för leverantörer vid överprövningar av upphandlingar – vad är det egentligen som gäller?

Många av de aktörer som regelbundet deltar och genomför offentliga upphandlingar känner till den numera utvidgade talerätten för leverantörer i upphandlingsmål. Nästan ett år har gått sedan Högsta förvaltningsdomstolen i ett antal avgöranden stadgade att leverantörer kan få föra sin talan i upphandlingsmål i fler situationer än tidigare. I kölvattnet av denna nya rättspraxis har ett stort antal avgöranden meddelats från såväl kammarrätterna som Högsta förvaltningsdomstolen. Anna Ulfsson, advokat och delägare, och Sara-Li Olovsson, biträdande jurist, redogör för rättsläget såsom det ser ut för närvarande.

Bakgrund

Högsta förvaltningsdomstolen utvidgade, genom tre avgöranden som meddelades i rask följd under sommaren 2011, talerätten i upphandlingsmål till att omfatta fler situationer än tidigare. Genom beslut i den 7 juni 2011 (HFD 2011 ref. 29) kan numera en leverantör vars anbud är föremål för ett yrkande om rättelse från en konkurrerande leverantör, och på så sätt riskerar att påverkas negativt, inom ramen för denna överprövningsprocess få försvara sitt anbud, dvs. tillerkänns talerätt. Detta skiljer sig från tidigare rättsläge när en leverantör vars anbud hade tilldelats kontrakt, inte kunde försvara sitt anbud även om en konkurrerande leverantör påstod att det fanns brister i anbudet som skulle innebära att anbudet skulle diskvalificeras från upphandlingen. Detta ledde till utdragna och upprepade överprövningsprocesser avseende en och samma upphandling.

Nästan direkt efter sitt första banbrytande talerättsavgörande, uttalade Högsta förvaltningsdomstolen i ännu ett mål (mål nr 7311-10) att en leverantör - som inte hade fått möjlighet att bemöta argument avseende sitt eget anbud i domstolen - fick överpröva det nya tilldelningsbeslutet som meddelades till följd av förvaltningsdomstolens dom, och som innebar att anbudet från leverantören i fråga förkastades.

Därpå följde ännu ett avgörande (mål nr 4658-11), i vilket Högsta förvaltningsdomstolen förtydligade att en leverantör som vill utnyttja sin talerätt som berörd part i ett överprövningsmål, måste överklaga redan efter domen i underinstans och inte vänta med att överklaga först till högsta instans.

Juni 2012**Talerätt för leverantörer vid överprövningar av upphandlingar – vad är det egentligen som gäller?****Utveckling av talerätten efter sommaren 2011**

Den utvidgade talerätten, genom Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis, utgjorde en mycket välkommen ändring på upphandlingsområdet. För både upphandlande myndigheter och enheter och leverantörer hade de upprepade och segdragna överprövningarna utgjort ett problem som väsentligt kunde försena ikraftträdandet av ett upphandlat kontrakt.

Dock väcktes nästan minst lika många frågor som besvarades genom Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden sommaren 2011, eftersom avgörandena behandlade långt ifrån alla situationer då en leverantör skulle kunna anses "negativt berörd" av en ansökan om överprövning och därmed eventuellt skulle få talerätt i ett upphandlingsmål. Nästan ett år efter den ändrade talerätten har ett antal avgöranden och beslut meddelats i kammarrätterna, och Högsta förvaltningsdomstolen har dessutom i ytterligare två avgöranden förtydligat i vilka fall en negativt berörd leverantör ska få yttra sig i en överprövning.

Vi redogör nedan för de fall en leverantör har ansetts ha talerätt av domstolarna, respektive de situationer när en leverantör inte har haft talerätt.

Situationer som inneburit talerätt för berörd leverantör:

- Yrkande om rättelse på så sätt att det vinnande anbudet ska förkastas - Anbudet från den vinnande leverantören har talerätt (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i HFD 2011 ref 29).
- Yrkande om rättelse på så sätt att det vinnande anbudet ska förkastas, där den negativt berörde leverantören fått möjlighet att yttra sig men inte inkommit med yttrande pga. omständigheter internt hos leverantören – leverantören vars anbud var föremål för överprövningen fick överklaga förvaltningsrättens dom eftersom denne var negativt berörd av domen (Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 2147-11).
- En leverantör som inte hade fått yttra sig i den första processen, pga. att Högsta förvaltningsdomstolens ändrade talerättspraxis inte förelåg vid den tiden, ansågs ha talerätt avseende det nya tilldelningsbeslutet i vilket denne utslöts till följd av förvaltningsrättsdom (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 7311-10).

Situationer som inte inneburit talerätt för berörd leverantör:

- Yrkande om rättelse med avseende på det egna anbudet, dvs. annan leverantörs anbud kritiseras inte men den praktiska konsekvensen av överprövningen blir att vinnande leverantören förlorar kontraktet - Leverantören som genom yrkandet om rättelse inte längre tilldelas kontrakt, dvs. indirekt påverkas negativt av ansökan om överprövning, har inte talerätt

Juni 2012**Talerätt för leverantörer vid överprövningar av upphandlingar – vad är det egentligen som gäller?**

eftersom anbudet inte kritiseras direkt (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 6288-11).

- Yrkande om rättelse i en ramavtalsupphandling som endast tar sikte på sökande leverantörens egna anbud, men som får som effekt att en leverantör som tilldelats ramavtal får en sämre placering i ramavtalets rangordning - leverantören som får en sämre placering i rangordningen, och indirekt påverkas negativt av överprövningen, har inte talerätt (Kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 5406-11).
- Yrkande om rättelse, men domstolen förordnar att upphandlingen istället ska göras om - leverantören som ansökt om överprövning kan inte överklaga domen eftersom den inte går leverantören emot (Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i mål nr 3129-11 och mål nr 3328-11).
- Yrkande om att upphandlingen ska göras om, varvid alla leverantörer på nytt får tävla om kontraktet – den leverantör som tilldelats kontrakt i upphandlingen som förlorar kontraktet genom överprövningen har inte talerätt eftersom överprövningen inte direkt rör dennes anbud (Kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 6427-11 och mål nr 8732-11, Kammarrättens i Stockholm avgörande i mål nr 3270-11, Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 3247-11).
- Yrkande om att upphandlingen ska göras om, men domstolen förordnar istället att upphandlingen ska rättas på ett visst sätt – leverantören som ansökt om överprövning kan inte överklaga domen eftersom den inte anses gå leverantörens emot (Kammarrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 2347--2352-11).

Sammanfattning

Som framgår ovan, har domstolarna än så länge endast ansett att en leverantör ska vara negativt berörd om en ansökan om överprövning direkt rör brister eller på annat sätt angriper den aktuella leverantörens anbud.

Även om talerätten således har blivit avsevärt mycket tydligare efter Högsta förvaltningsdomstolens första avgöranden på området sommaren 2011, finns det fortfarande ett antal frågor kvar att besvara. Till exempel finns det inte ett tydligt svar på om en leverantör som får yttra sig i egenskap av negativt berörd part i ett överprövningsmål samtidigt kan föra in egna yrkanden och nya omständigheter i målet – såsom brister i anbudet från den leverantör som har ansökt om överprövning. Eller får dessa nya argument vänta tills ett nytt tilldelningsbeslut har meddelats och då föras fram i en separat överprövningsprocess? Just dessa frågor omfattas av ett överklagande som i dagarna har sänts in till Högsta förvaltningsdomstolen, och vi hoppas förstås att domstolen ska meddela prövningstillstånd så att klarhet kan bringas i denna problematik.

Juni 2012
**Talerätt för
leverantörer vid
överprövningar av
upphandlingar – vad
är det egentligen
som gäller?**

Vi rekommenderar således alla aktörer som berörs av offentlig upphandling att fortsätta hålla sig uppdaterade avseende utvecklingen av talerätt i upphandlingsmål eftersom vi är övertygade om att ytterligare principer och ramar för talerätten kommer att utkristallisera sig i framtiden.



Anna Ulfsdotter Forssell,
Partner / Advokat



Sara-Li Olovsson, Associate