



Juridisk Publikation

STOCKHOLM - UPPSALA - LUND - GÖTEBORG - UMEÅ

Hanna Rappmann

Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten vid en försiktig
tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål

Särtryck ur häfte 2/2019

ANSVARSFÖRDELNINGEN MELLAN PROCESS-SUBJEKTEN VID EN FÖRSIKTIG TILLÄMPNING AV OFFICIALPRINCIPEN I UPPHANDLINGSMÅL

Av Hanna Rappmann¹

Mål om överprövning av tilldelningsbeslut enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), överprövningsmål eller upphandlingsmål, beskrivs ibland som kommersiella förvaltningsmål. I något avseende befinner de sig i gränslandet mellan förvaltningsmål och dispositiva tvistemål och i brytpunkten uppstår frågan om hur ansvarsfördelningen ska se ut mellan parterna och domstolen för att införskaffa processmaterial och dra upp processramen. Förenklat går det att tala om att det i den processrättsliga doktrinen förekommer två principer som reglerar i vilken mån domstolen respektive parterna på eget initiativ ska vara aktiva i processen: officialprincipen och förhandlingsprincipen. I praxis har Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) anført att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål, vilket torde innebära att domstolarnas ansvar minskar medan parternas ansvar ökar. I denna artikel använder jag mig av processrättsliga begrepp för att undersöka ansvarsfördelningen och kommer till slutsatsen att rättspraxis visserligen har inneburit en förskjutning mot ett ökat ansvar för parterna och ett minskat ansvar för domstolen för att införskaffa processmaterial och dra upp processramen. Ansvaret har emellertid inte helt lagts över på parterna. I stället gäller en ansvarsfördelning som visserligen skiljer överprövningsmål från andra måltypen som återfinns i förvaltningsdomstolarna, men som inte utesluter domstolarnas ansvar i dessa delar.

Officialprincipen respektive förhandlingsprincipen är, förenklat, de två principer som kan sägas reglera i vilken utsträckning domstolen respektive parterna på eget initiativ ska vara aktiva i processen. I sina renodlade former kan dessa principer sägas representera två ytterligheter. I en process som präglas av officialprincipen spelar domstolen en huvudroll medan parterna intar biroller. I en process präglad av förhandlingsprincipen är rollerna de omvända.² Det här kommer till uttryck genom att domstolen i en process präglad av officialprincipen självständigt får, eller ibland ska, vara verksam för

¹ Artikeln utgör en omarbetning av författarens examensuppsats vid Göteborgs universitet med titeln *Finns i sjön? – Om officialprincipen, överopsbörda och tillgång till information i upphandlingsmål*. Stort tack till universitetslektor Sebastian Wejedal för värdefull handledning under uppsatsarbetet och till advokat Johan Rappmann för synpunkter på tidigare utkast till denna artikel. För de fel och brister som finns kvar svarar jag ensam.

² Peter Westberg, *Civilrättskipning*, Norstedts Juridik, 2013, s. 136–137; Sebastian Wejedal, *Rätten till biträde – Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*, 2017, s. 807.

att införskaffa processmaterial och utvidga processramen.³ Det här i kontrast till en process präglad av förhandlingsprincipen som i stället ålägger, eller tillåter, parterna att företa processhandlingar och på så sätt påverka processmaterialet respektive processramen.⁴

Det är nu nästan tio år sedan HFD i rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 anförde att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål och ålade den leverantör som ansökt om överprövning något som kan liknas vid en åberopsbörd, vilket avviker från vad som gäller enligt förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL).⁵ I senare avgöranden har HFD återkommit till att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål och då uttalat sig om domstolars utredningsansvar vid handläggning av målen.⁶ I denna artikel avser jag diskutera vad den här rättsutvecklingen innebär för processsubjektens ansvar för att införskaffa processmaterial och dra upp processramen. Diskussionen kommer föras med utgångspunkt i de vanligaste grunderna till överprövningar av offentliga upphandlingar: att en leverantör gör gällande att det finns brister i förfrågningsunderlaget och/eller att leverantören anser att det vinnande anbudet inte uppfyller alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.⁷

Artikeln har följande disposition. I avsnitt ett ges dels en närmare presentation av officialprincipen respektive förhandlingsprincipen, dels en redogörelse för de rättsregler i FPL och rättegångsbalken (1942:740) (RB) som anvisar hur processramen ställs upp. Officialprincipen kan sägas bestå av två delar: domstols officialprövningsrätt och rättens officialansvar. I avsnitt två behandlas vad en begränsning av rättens officialprövningsrätt, d.v.s. domstolens möjlighet att gå utanför parternas yrkanden och åberopade grunder, innebär för de olika processsubjekten i upphandlingsmål. Avsnitt tre behandlar rättens officialansvar, d.v.s. domstolens utredningsansvar, och vad en begränsning av officialprincipen innebär för domstolens respektive parternas ansvar för att inhämta utredning. I avsnitt fyra presenteras avslutningsvis artikelns slutsatser avseende hur ansvarsfördelningen ser ut mellan processsubjekten mot bakgrund av att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål.

3 Per Olof Ekelöf, Henrik Edelstam, Lars Heuman & Mikael Pauli, *Rättegång. Första häftet*, Norstedts Juridik, 2016, s. 74.

4 Wejedal, 2017, s. 809.

5 Jfr 30 § FPL.

6 Se HFD 2015 ref. 55 och HFD 2018 ref. 28.

7 Se Upphandlingsmyndigheten, *Kartläggning och analys av mål om överprövning*, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, december 2017, s. 55–56.

I. PROCESSENS RAM – BEGREPPSMÄSSIGA OCH RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER

I.1 OFFICIALPRINCIPEN OCH FÖRHANDLINGSPRINCIPEN

Processens ram dras som utgångspunkt upp av parternas yrkanden och grunder för talan.⁸ Domstolens bundenhet vid ramen parterna målat upp varierar dock mellan olika måltyper, vilket hänger samman med om det är parterna eller domstolen som kan sägas ha den dominerande ställningen i processen. Som presenterats i inledningen har det i den processrättsliga doktrinen framförallt förekommit två principer för att beskriva i vilken mån domstolen respektive parterna på eget initiativ ska vara aktiva i processen: officialprincipen och förhandlingsprincipen.⁹

Officialprincipen behandlas ofta både i litteraturen och i förarbeten som om den vore en erkänd princip med ett allmänt vedertaget och väldefinierat innehåll. Termen fylls dock med något varierande innehåll av olika författare. I någon mån handlar officialprincipen i vart fall om domstolens ansvar för utredningens fullständighet.¹⁰ En annan beskrivning av officialprincipen är att principen innebär att domstolen får, eller ska, vara självständigt verksam i processen. I det ingår att rätten har möjlighet att ex officio leda processen och anskaffa processmaterial. Framförallt handlar det dock om att domstolen har möjlighet att förmå parterna att anskaffa processmaterial och utvidga processramen.¹¹

Att officialprincipen är tillämplig kan syfta på två skilda aktiviteter från domstolens sida. Den första är att domstolen har ett större eller mindre *officialansvar*, vilket syftar till rättens ansvar för utredningens fullständighet. Med begreppet utredning avses då främst bevisfakta och utredningsansvaret utövas, som utgångspunkt, inom den processram som parterna har dragit upp genom sina yrkanden och anförda grunder. Den andra aktiviteten som åsyftas är att domstolen har en större eller mindre *officialprövningsrätt*. Med detta avses domstolens rätt att vidga processramen genom att, vid målets prövning, gå utanför parternas yrkanden och anförda grunder. Har domstolen en sådan prövningsrätt utvidgas officialansvaret i motsvarande mån. I dess renodlade form innebär officialprincipen att rätten ska se till att utredningen i målet blir så fullständig som krävs för att domstolen ska kunna fälla avgörandet, utan att

⁸ Ulrik von Essen, *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*, Wolters Kluwer, 2016, s. 185.

⁹ Westberg, 2013, s. 136–137; Wejedal, 2017, s. 807.

¹⁰ Bertil Wennergren, *Förvaltningsprocesslagen m.m. : en kommentar*, Norstedts Juridik, 2005, s. 146; Wejedal, 2017, s. 807–808.

¹¹ Ekelöf, Edelstam, Heuman & Pauli, 2016, s. 74.

vara bunden av parternas respektive processhandlingar och den processram som parterna har dragit upp.¹²

Officialprincipen kan ställas i kontrast till förhandlingsprincipen som ålägger, eller tillåter, parterna att själva företa processhandlingar och på så sätt påverka processmaterialet respektive processramen.¹³ Parterna är således verk-samma i processen på ett sådant sätt att det är tal om en förhandling.¹⁴ Att förhandlingsprincipen är tillämplig kan, precis som officialprincipen, åsyfta två skilda företeelser: dels att det är parterna som bär ansvaret för att målet är fullständigt utrett, dels att parterna bestämmer domstolens prövningsram genom sina yrkanden och åberopade grunder. I dess renodlade form innebär således förhandlingsprincipen att domstolen ska avgöra målet utifrån den bevisning som parterna har presenterat i förhållande till den processram som parterna har dragit upp genom sina yrkanden/medgivanden och åberopanden/erkännanden.¹⁵ Det kan dock vara missvisande att ställa officialprincipen och förhandlingsprincipen mot varandra eftersom de inte representerar någon speciell typ av process, utan båda principerna tillämpas i någon mån i alla processer.¹⁶ I stället pekar de båda principerna framförallt ut vilket processsubjekt, parterna eller domstolen, som ska inta den dominerade ställningen i rättegången.¹⁷

1.2 PROCESSENS RAM ENLIGT FÖRVALTNINGSPROCESSLAGEN OCH RÄTTEGÅNGSBALKEN

Som påpekats i föregående avsnitt dras processens ram som utgångspunkt upp av parternas yrkanden och grunder för talan. I 4 § FPL föreskrivs att det i en ansökan, ett överklagande eller en därmed jämförlig handling ska anges vad som yrkas och de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Bestäm-melsen kompletteras av 29 § FPL, som stadgar att domstolens avgörande som huvudregel inte får gå utöver vad som yrkas, samt av 30 § FPL, som anger att rättens avgörande ska grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet. Även om huvudregeln i 29 § FPL är att domstolen inte får gå utöver vad som yrkas i målet, anges i bestämmelsen att rätten även utan yrkande får besluta till den enskildes fördel, när det kan ske utan men för enskilt motstående intresse. Då rättens avgörande, enligt 30 § FPL, ska grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommer

12 Wejedal, 2017, s. 809–810.

13 A.a., s. 809.

14 Ekelöf, Edelstam, Heuman & Pauli, 2016, s. 74.

15 Wejedal, 2017, s. 809–810.

16 Ulrik von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m. : en kommentar* (7 sep. 2017, Zeteo), kommentaren till 8 § FPL under rubriken Officialprincipens förhållande till förhandlingsprincipen.

17 Wejedal, 2017, s. 810.

i målet, följer det att någon åberopsbörda inte åvilar parterna. Enligt FPL har domstolen således en officialprövningsrätt och är inte bunden av den processram parterna har dragit upp.

I dispositiva tvistemål, som präglas av förhandlingsprincipen, gäller till viss del en annan ordning än i förvaltningsprocessen. Enligt 17 kap. 3 § RB får domstolen ej meddela dom över annat, eller mer, än vad part i behörig ordning har yrkat. Vidare fastställer bestämmelsen att domstolen i dispositiva tvistemål inte får lägga en omständighet, som part inte har åberopat till grund för talan, till grund för avgörandet. Förutom att domstolen således är bunden av parternas yrkanden är rätten också bunden av de faktiska omständigheter parterna lagt till grund för yrkandet. Domstolen är därmed helt bunden av den processram parterna har dragit upp. Att domstolen är bunden av de åberopade grunderna brukar uttryckas som att parterna har en *åberopsbörda*.

2. EN BEGRÄNSNING AV OFFICIALPRÖVNINGSRÄTTEN I UPPHANDLINGSMÅL

2.1 RÅ 2009 REF. 69 – INFÖRANDET AV EN ÅBEROPSBÖRDA

I RÅ 2009 ref. 69 resonerar HFD om upphandlingsmålets likhet med dispositiva tvistemål, i vilka förhandlingsprincipen tillämpas. Konsekvensen av upphandlingsmålets likhet med dispositiva tvistemål är att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt vid domstolens prövning av målen. I förhållande till detta inför HFD något som kan liknas vid en åberopsbörda för den leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktig. Som tidigare berörts är förhandlingsprincipen ett uttryck för att det är parterna i processen som vidtar processhandlingar. I dess renodlade form skulle förhandlingsprincipen innebära att det är parterna som är aktiva i processen och presenterar tvisten och beslutsunderlaget för en passivt lyssnande domare.¹⁸ Detta i kontrast till officialprincipen som i en renodlad form innebär att rättegången gestaltas som en av domstolen bedriven undersökning.¹⁹

Bakgrunden till rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 var följande. En upphandlande myndighet hade bjudit in entreprenörer att lämna anbud avseende rörinfordring av spillvattenledningar. Tre anbud kom in och den upphandlande myndigheten antog Proline AB:s anbud. En av de andra anbudsgivarna, Svensk Rörinfordring AB, ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkade i första hand att länsrätten skulle förordna att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering skulle ske.

¹⁸ Peter Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik, 2010, s. 67.

¹⁹ Göran Dahlgren, *Tvåpartsprocess i allmän förvaltningsdomstol*, Juridisk Tidskrift, nr. 2 1991/92, s. 249.

I samband med det skulle det vinnande anbudet förkastas och Svensk Rörinfordrings anbud skulle i stället antas. Länsrätten prövade målet i sak och fann bl.a. att det i förfrågningsunderlaget inte kunde utläsas vad den upphandlande myndigheten hade tillmätt betydelse vid utvärderingen och att förfrågningsunderlaget därför brast i transparens. Utvärderingen skulle därför göras om. Den upphandlande myndigheten överklagade dock länsrättens avgörande, först till kammarrätten och sedan till HFD, och anförde bl.a. att länsrätten hade grundat sitt avgörande på att förfrågningsunderlaget var otydligt, vilket de menade att Svensk Rörinfordring inte hade anført.

I målet hos HFD var frågan om en domstol i upphandlingsmål får lägga omständigheter, som sökandebolaget²⁰ inte angett som grund för att upphandlingen var felaktig, till grund för avgörandet. HFD redogör i avgörandet för EU-domstolens praxis vad gäller om nationella domstolar i upphandlingsmål ex officio får pröva felaktigheter som en part inte åberopat eller om domstolarna är bundna till parts åberopanden. Svaret på frågan var, enligt EU-domstolen, att det är något som regleras i de nationella rättsordningarna och inte inom unionsrätten. Vidare ansågs det inte strida mot syftet med det tillämpliga direktivet, att säkerställa efterlevnaden av unionsrättsliga regler genom att tillhandahålla snabba och effektiva rättsmedel, att en domstol ex officio prövar felaktigheter i ett anbuds förfarande som en part inte åberopat.²¹ HFD konstaterar mot bakgrund av det att frågan om domstol får lägga en omständighet som en part inte har åberopat till grund för domen, således får regleras i svensk rätt, men att det inte finns några regler om det i LOU. HFD går sedan över till att konstatera att upphandlingsmål i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare och därmed har en större likhet med dispositiva tvistemål inom den allmänna processen, inom vilken förhandlingsprincipen tillämpas, än typiska förvaltningsmål. Mot bakgrund av det menar HFD att:

”[O]fficialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör krävas att den [leverantör] som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på.”²²

HFD konstaterar också att länsrätten grundat sitt avgörande på bedömningen att förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt transparent. Eftersom leverantören inte hade angett den omständigheten till grund för talan borde

20 Detta begrepp används i artikeln för den leverantör/anbudsgivare som är sökande i målet. Den sökande kan dock vara ett annat subjekt än ett bolag, t.ex. en fysisk person med enskild firma.

21 Dom av den 19 juni 2003, GAT, C-315/01, p. 45–49.

22 RÅ 2009 ref. 69, s. 469.

länsrätten inte lagt omständigheten till grund för avgörandet. I RÅ 2009 ref. 69 plockar HFD således ut upphandlingsmålen från de ”vanliga” förvaltningsmålen och placerar dessa i en egen kategori som har likheter med dispositiva tvistemål i vilka förhandlingsprincipen tillämpas. Måltypens särart innebär att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet. En part som gör gällande att upphandlingen är felaktig måste därför som utgångspunkt ange de omständigheter denne grundar sin talan på. I och med RÅ 2009 ref. 69 avviker HFD således från den normala ordningen vad gäller ansvarsfördelningen mellan domstolen och parterna för att dra upp processramen i förvaltningsprocessen genom att inskränka domstolarnas officialprövningsrätt.

Även om HFD gör en parallell till dispositiva tvistemål återfinns dock inte termen *åberopsbörda* i domskälen. Nordback poängterar att HFD inte uttrycker att omständigheterna ska *åberopas* utan att de ska *anges*. Mot bakgrund av det ställer han sig frågan om det är någon skillnad mellan en åberopsbörda och en angivelsebörda.²³ Boman menar att åberopsbördan i dispositiva tvistemål innebär att en part som underlåter att åberopa en omständighet medför olägenhet för sig själv eftersom omständigheten då inte kan läggas till grund för domen.²⁴ Eftersom länsrätten grundat sitt avgörande på en omständighet som leverantören inte lagt till grund för talan gick länsrätten utanför målets prövningsram. En leverantör som inte anger en omständighet riskerar således att medföra olägenhet för sig eftersom omständigheten som huvudregel då inte kan beaktas. Angivelsebördan i upphandlingsmål liknar således åberopsbördan i dispositiva tvistemål. Även von Essen noterar dock att HFD inte argumenterar kring en åberopsbörda lik den i 17 kap. 3 § RB, som stadgar att domstolen bara får grunda domen på det part åberopat, utan i stället knyter avgörandet till en försiktig tillämpning av officialprincipen.²⁵ Även om HFD jämför upphandlingsmålen med dispositiva tvistemål knyter HFD således inte argumentationen till RB:s bestämmelse om åberopande.

Av RÅ 2009 ref. 69 framgår vidare att *huvudprincipen* är att part ska ange vad denne lägger till grund för talan, vilket tyder på att parterna inte har fullständig dispositionsrätt över vilka omständigheter rätten ska pröva i upphandlingsmål. Det är således inte en direkt tillämpning av en åberopsbörda i måltypen. Eftersom HFD inte relaterar åberopsbördan till ett åsidosättande av 30 § FPL, att rättens avgörande ska grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet, utesluts inte att passusen att en leverantör på ett

23 Kenneth Nordback, *Relevanta ”omständigheter” vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 2 2010, s. 159.

24 Robert Boman, *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*, Norstedts Juridik, 1964, s. 7.

25 von Essen, 2016, s. 60.

klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på, kan ges olika innebörd. Att klart ange omständigheter som grund för talan behöver rent språkligt inte innebära att domstolen inte får lägga andra omständigheter till grund för avgörandet än de som part åberopat, vilket gäller i dispositiva tvistemål. Det kommer i stället till uttryck i egen passus i rättsfallet och då i förhållande till att länsrätten lade en omständighet i förfrågningsunderlaget till grund för avgörandet, när parten grundat sin talan på att det vinnande anbudet inte uppfyllde de obligatoriska kraven.

Även om RÅ 2009 ref. 69 inte ger uttryck för att sökandebolaget alltid har en åberopsbörd i upphandlingsmål framgår av rättsfallet att domstolen har en begränsad officialprövningsrätt i förhållande till omständigheterna i målet, d.v.s. i förhållande till grunderna för talan. Det är dock viktigt att notera att rättsfallet inte behandlar domstolarnas officialprövningsrätt i förhållande till de yrkanden leverantören framfört. I 20 kap. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU och det har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Enligt praxis är det domstolen som väljer mellan att besluta att en upphandling ska göras om eller rättas.²⁶ Det innebär att rätten inte är bunden av de yrkanden den sökande leverantören framställt, utan kan gå utanför vad som har yrkats i målet utan den begränsning som följer av 29 § FPL. Vid bedömningen av vilken rättsföljd som är lämpligast ska domstolen ta ställning till vilket skede av upphandlingen som överträdelsen har påverkat. Vid brister i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om medan brister i tilldelnings- eller utvärderingsfasen oftast kan avhjälpas genom rättelse.²⁷ Domstolen har således en officialprövningsrätt i förhållande till det eller de yrkanden sökandebolaget framställt vad gäller om upphandlingen ska rättas eller göras om. Ansvaret för att dra upp processramen har därmed inte helt lagts över på sökandebolaget.

Nedan ska analyseras vad en leverantör ska åberopa i upphandlingsmål, d.v.s. vad som avses med att en leverantör ska ange de omständigheter denne lägger till grund för talan, innan ansvarsfördelningen mellan processsubjekten berörs ytterligare, men då med fokus på den upphandlande myndighetens och tredje-mansinträdande leverantörers ansvar för att dra upp processramen.

²⁶ Se RÅ 2005 ref. 47.

²⁷ Anders Asplund, Magnus Ehn, Daniel Johansson & Erik Olsson, *Överprövning av offentlig upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, 2012, s. 216–217.

2.2 ÅBEROPSBÖRDANS OMFATTNING – VAD INNEFATTAR BEGREPPET OMSTÄNDIGHET?

I RÅ 2009 ref. 69 anförde HFD att sökandebolaget ska ange de omständigheter denne vill lägga till grund för talan. Frågan är dock vad som menas med termen omständighet i sammanhanget. I den processrättsliga doktrinen delas termen *omständigheter* in i två huvudkategorier, *rättsfakta* och *bevisfakta*. Med rättsfakta avses faktiska omständigheter som ensamma eller tillsammans med andra rättsfakta kan leda till en rättsföljd.²⁸ Rättsfakta går alltid att koppla till de rekvisit som leder till en viss rättsföljd och utgörs av de, till stöd för yrkandena, åberopade omständigheterna.²⁹ Dessa omständigheter är då de *sakförhållanden* som innebär att rekvisit är uppfyllda.³⁰ Rättsfakta måste skiljas från bevisfakta, vilka avser olika förhållanden som kan tjäna som bevis för att faktiska omständigheter föreligger eller inte föreligger.³¹ Eftersom bevisningen ska styrka de rättsfakta, som enligt den materiella rättsens rekvisit är relevanta, utgör alltid olika rättsfakta olika *bevisteman* i målet.³²

Som tidigare anförts innebär åberopsbördan i dispositiva tvistemål att en part som underlåter att åberopa en omständighet kommer orsaka olägenhet för sig själv eftersom omständigheten då inte kan läggas till grund för domen. Detta gäller dock endast omständigheter i funktionen av *rättsfakta*. Domstolen kan ta hänsyn till omständigheter i funktionen av bevisfaktum utan att vara begränsad av vad parterna åberopat.³³ När en åberopsbörda tillämpas i dispositiva tvistemål innebär det således att domstolen inte får gå utanför den processram parterna dragit upp genom de åberopade omständigheterna och att de omständigheter som *införts* i målet, men inte åberopats, endast får beaktas vid bevisvärderingen. Det här eftersom de bevisfaktum som införts i målet inte utgör en del av processramen, utan endast en del av *processmaterialet*. Processmaterialet utgörs nämligen av omständigheter som rätten fått kunskap om under processens gång och som domstolen får lägga till grund för domen.³⁴ När det talas om att parterna ska åberopa omständigheter avses således omständigheter i funktionen rättsfakta. Förutom att bevisfakta inte måste åberopas, utan endast införas, i dispositiva tvistemål finns det inte heller något ansvar för

28 Roberth Nordh, *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, lustus, 2012, s. 41–42.

29 von Essen, 2016, s. 89–90.

30 A.a., s. 190.

31 A.a., s. 190; Nordh, 2012, s. 43.

32 von Essen, 2016, s. 190–192.

33 Boman, 1964, s. 7 och 46–48.

34 Per Henrik Lindblom, *Processens arkitektur: Jakten på det slutliga bevisemat i ett funkishus med flera våningar*, i *Vänbok till Torleif Bylund*, Andersson & Lindell (red.), lustus, 2003, s. 179.

parterna att åberopa den *rättsliga kvalificeringen* av en omständighet, utan domstolen förväntas känna till lagen.³⁵

Frågan är om samma distinktion av vad som avses med de omständigheter en part ska åberopa i dispositiva tvistemål kan anses gälla för de omständigheter en part ska ange i upphandlingsmål. Mot bakgrund av en passage i domskälen i RÅ 2009 ref. 69 uppstod en diskussion om vad som avsågs med termen omständighet och således vad en leverantör ska åberopa, eller ange, i upphandlingsmål: rättsfakta eller den rättsliga kvalificeringen. Passagen som föranledde diskussionen var följande:

”Länsrätten har grundat sitt avgörande på bedömningen att förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt *transparent*. Svensk Rörinfodring hade inte lagt denna *omständighet* till grund för sin talan, och länsrätten borde alltså inte ha prövat om ett ingripande skulle göras på grund av den.”³⁶

I förhållande till detta ställde sig Melvås frågande till vad som menas med en omständighet, samt om förfrågningsunderlagets transparens är en sakfråga eller en rättsfråga.³⁷ Förutom att skilja på omständigheter i funktionen av rättsfakta och bevisfakta är det nämligen viktigt att skilja mellan vad som utgör sakfrågor respektive rättsfrågor. Till sakfrågan brukar hänföras frågan om vad som inträffat eller inte inträffat i verkligheten. Det innebär att begreppet bevisfakta är sammanlänkat med sakfrågan medan rättsfakta utgör föremålet för bevisningen.³⁸ Om leverantör Y vinner en upphandling och leverantör X gör gällande att leverantör Y inte uppfyllt alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget är frågan om leverantören gjort detta ett exempel på en sakfråga eftersom det är något som kan inträffa, eller har inträffat i verkligheten, som går att föra bevisning om. De rättsligt relevanta omständigheter leverantör X anfört för att leverantör Y inte uppfyllt alla obligatoriska krav utgör rättsfakta. Rättsfrågor söker däremot svar på vilken rättslig betydelse de faktiska omständigheterna har.³⁹ I förhållande till det tidigare exemplet är rättsfrågan om den upphandlande myndigheten har brutit mot likabehandlingsprincipen som antagit anbudet trots att det inte uppfyllde alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget. Rättsfrågan svarar således på frågan vilken rättslig betydelse rättsfaktum har.

35 Nordh, 2012, s. 48–50.

36 RÅ 2009 ref. 69, s. 469. Kursiveringarna i citatet är gjorda av Boris Melvås, se Boris Melvås, *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2013, s. 33.

37 A.a., s. 33.

38 Nordh, 2012, s. 17; Bengt Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Iustus, 1987, s. 26.

39 Nordh, 2012, s. 17.

Även Nordback har lyft fram att den formulering HFD använt sig av är otydlig eftersom frågan om förfrågningsunderlaget är transparent är en rättslig bedömning av det enskilda förfrågningsunderlaget.⁴⁰ Frågan är således om återopsbördan i offentlig upphandling, vid brister i förfrågningsunderlaget, ska anses omfatta *rättsliga kvalificeringar*. I förarbetena till FPL utslöt departementschefen inte att begreppet omständighet i 4 § FPL, att klagande ska uppge de omständigheter som återopas, kunde anses ta sikte både på sakförhållanden och rättsliga kvalificeringar.⁴¹ En ordning som således skulle avvika från vad som gäller för återopsbördan i dispositiva tvistemål samt från vad som typiskt sätt avses med termen omständighet inom den allmänna processen.⁴²

Melvås förespråkar dock att man i stället för att bara läsa formuleringen ”transparent” för sig ska läsa frasen som ”transparent förfrågningsunderlag”. Det skulle innebära att HFD avser just ett sakförhållande och inte ett rättsförhållande, och därmed inte frångår den klassiska synen på återopsbördan.⁴³ Att inte avvika från den klassiska synen på vad som ska återopas motiverar Melvås bl.a. med att en precisering av vad målet handlar om bäst görs med sakfrågor, som rättens ledamöter inte kan ifrågasätta, eftersom de måste godta utomstående expertisbedömningar av sakfrågan. Det här i kontrast till rättsfrågor som domstolens ledamöter i stället har auktoritet att göra bedömningar av. En ordning där återopsbörda omfattar rättsfakta är därför lämpligare eftersom parterna då sätter ramen för omständigheterna i målet och att domstolen prövar rättsfrågorna inom den. Melvås förespråkar därför att HFD:s avgörande ska tolkas som att återopsbördan i mål om offentlig upphandling ska avse rättsfakta och att det inte finns något krav på att återopa den rättsliga kvalificeringen.⁴⁴ Också Nordback anser att det som utgångspunkt är de faktiska omständigheterna som ska återopas och inte den rättsliga bedömningen.⁴⁵

Jag instämmer med Melvås om att en syn på begreppet återopsbörda som inte omfattar rättsliga kvalificeringar utan sakförhållanden, eftersom sakförhållanden bättre än rättsfrågor preciserar ramen för processen, är ett starkt argument för att tolka RÅ 2009 ref. 69 som att det är rättsfakta som ska återopas. Eftersom HFD lyfter upphandlingsmålens likheter med dispositiva tvistemål och en tillämpning av förhandlingsprincipen, och därmed en återopsbörda, ligger det nära till hands att det är den typen av återopande som också åsyftas, även om begreppet återopsbörda inte används. Nordback

40 Nordback, FT 2/2010, s. 155.

41 Prop. 1971:30, s. 519.

42 Jfr Nordh, 2012, s. 41–42.

43 Melvås, FT 1/2013, s. 33–34.

44 A.a., s. 39.

45 Nordback, FT 2/2010, s. 156.

lyfter att HFD inte är ute efter att klargöra begreppet ”omständighet”. I stället används begreppet i en passage mellan angivandet av en åberopsbörda som huvudprincip, och det som är avgörandet för målets utgång, att klagande åberopat en annan grund än den länsrätten grundat sitt avgörande på.⁴⁶ Eftersom HFD inte tydliggör att den skulle använda begreppet på ett annat sätt än inom den allmänna processen ligger det nära till hands att termen åsyftas användas på samma sätt som i dispositiva tvistemål.⁴⁷ Förarbetsuttalandet som öppnat upp för en annan betydelse av begreppet omständighet i förvaltningsprocessen pekar visserligen åt att ”förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt transparent” skulle kunna avse åberopande av omständigheter i betydelsen av en rättslig kvalificering och inte bara sakförhållanden. Jag menar dock att de andra argumenten för hur HFD:s domskäl ska tolkas väger tyngre och då framförallt mot bakgrund av att HFD inte torde varit ute efter att klargöra vad som avsågs med begreppet omständighet. Ett sådant synsätt har också anlagts av Kammarrätten i Göteborg i förhållande till ett annat rekvisit än att den upphandlande myndigheten ska ha brutit mot någon av de grundläggande principerna, nämligen att sökandebolaget lidit skada eller kan komma att göra det. Kammarrätten anförde att det räckte att leverantören åberopat sådana *omständigheter* som innebar att leverantören lidit eller kunde komma att lida skada, d.v.s. rättsfakta, och inte att leverantören åberopat att de lidit eller skulle kunna komma att lida skada.⁴⁸ I kammarrättsavgörandet ansågs leverantören således inte behöva åberopa den rättsliga bedömningen. Det torde således vara så att åberopsbörda i upphandlingsmål, precis som inom dispositiva tvistemål, tar sikte på att den sökande leverantören ska åberopa rättsfakta till stöd för talan, men inte behöver åberopa bevisfakta eller rättsliga kvalificeringar.

2.3 ÅBEROPANDE AV MOTFAKTA

Som konstaterats i tidigare avsnitt åligger sökandebolaget att anföra de grunder, d.v.s. åberopa de rättsfakta, denne vill att domstolen ska pröva. I dispositiva tvistemål gäller att parterna också har en åberopsbörda för omständigheter som de gör gällande för att motpartens åberopade omständigheter inte stämmer.⁴⁹ Om den svarande parten åberopar faktiska omständigheter till stöd för sin inställning kallas dessa omständigheter för *motfakta*. Den svarande parten kan dock nöja sig med att endast förneka existensen av de omständigheter kående åberopat, utan att åberopa egna motfakta.⁵⁰ Genom att den svarande åberopar egna motfakta, eller förnekar existensen av kärandes åberopande grund, kan det

46 A.a., s. 155–156.

47 Jfr a.a., s. 156.

48 Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 mars 2011 mål nr 5481-5486-10.

49 Boman, 1964, s. 63.

50 Nordh, 2012, s. 41.

den svarande anför verka rättshindrande eller rättsupphävande genom att det medför att det den käre anför inte får den betydelse det skulle haft om svarande inte anför något.⁵¹

Om sökandebolaget uppfyllt sin åberopsbörda och åberopat faktiska omständigheter i upphandlingsmål menar Asplund m.fl. att den upphandlande myndigheten har anledning att åberopa motfakta eller förneka existensen av det leverantören anför. Detta eftersom om den upphandlande myndigheten inte bemöter sökandebolagets åberopade omständigheter så riskerar myndigheten att domstolen lägger omständigheterna leverantören åberopat till grund för prövningen i målet.⁵² Om sökandebolaget i ett upphandlingsmål uppfyllt sin åberopsbörda och åberopat de faktiska omständigheter denne vill att rätten ska lägga till grund för avgörandet har den upphandlande myndigheten därmed anledning att åberopa motfakta eller förneka existensen av det leverantören anför. Detta motsvarar förfarandet dispositiva tvistemål. Om den upphandlande myndigheten motsätter sig de faktiska omständigheter leverantören åberopat ska domstolen pröva vem av parterna som har bevisbördan för att omständigheterna föreligger. Domstolen ska då, efter bevisvärderingen, avgöra målet genom att applicera gällande rätt på de åberopade omständigheterna.⁵³ För att bevaka sina egna intressen har således både leverantören och den upphandlande myndigheten ansvar för att berika processmaterialet med avseende på rättsfakta. Domstolen ska sedan pröva målet inom den ram parterna målat upp genom sina åberopanden.

I vissa upphandlingsmål har sökandebolaget ytterligare en eller flera motparter, utöver den upphandlande myndigheten – en eller flera inträdande leverantörer. Inträdande leverantörers ansvar och möjlighet att berika processmaterialet med rättsfakta, samt även deras möjlighet att vidga processramen, berörs i det följande avsnittet.

2.4 TREDJEMANSINTRÄDE I UPPHANDLINGSMÅL

I vissa fall aktualiseras tredjemansinträde i upphandlingsmål, vilket innebär att det inte endast är den sökande leverantören och den upphandlande myndigheten som är parter i målet. Denna situation kan uppstå om sökandebolaget har yrkat att en annan leverantör ska uteslutas från en upphandling och t.ex. anför att leverantören inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Då ska domstolen, om rätten överväger att lägga de av sökandebolaget

51 Patrik Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, 2009, s. 357.

52 Asplund, Ehn, Johansson & Olsson, 2012, s. 285.

53 Magnus Ehn, *Kan du bevisa det? – åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål*, *Upphandlingsrättslig Tidskrift*, nr. 4 2017, s. 256.

åberopade omständigheterna till grund för avgörandet, bereda den eller de leverantörer som riskerar att uteslutas tillfälle att träda in i målet och yttra sig.⁵⁴ En leverantör som i en sådan situation har yttrat sig har kommit att anses vara part i målet.⁵⁵ Det innebär att även en inträdande leverantör har möjlighet att anföra rättsupphävande eller rättshindrande omständigheter mot de åberopanden som sökandebolaget anför.

Det är dock oklart om inträdande leverantörer, förutom att åberopa motfakta, också har möjlighet att vidga prövningsramen, som sökandebolaget dragit upp genom sina åberopanden, genom att åberopa omständigheter som innebär att sökandebolaget eller dess anbud har brister. I rättsfallet HFD 2013 ref. 24 hade förvaltningsrätten berett den leverantör som hade lämnat det anbud som sökandebolaget ifrågasatt tillfälle att yttra sig över uppgifterna i ansökningen om överprövning. Leverantören som fått möjlighet att yttra sig framställde i målet fyra yrkanden som alla avvisades av förvaltningsrätten, eftersom domstolen ansåg att bolaget inte hade en sådan partsställning som innebar att rätten skulle kunna pröva yrkandena. HFD menade att två av de fyra ”yrkandena” inte kunde ses som en del av den inträdande leverantörens argumentation mot uppgifter i ansökan om överprövning, utan att dessa yrkanden i stället avsåg självständiga frågor. Det innebar att förvaltningsrätten inte hade möjlighet att pröva dem. De två yrkandena som hänförde sig till innehållet i sökandebolagets ansökan ansågs dock av HFD vara sammanfattningar av leverantörens invändningar mot vad som anförts mot deras eget anbud. Eftersom dessa två yrkanden gav uttryck för leverantörens inställning till sökandebolagets ansökan om överprövning borde de inte ha avvisats av förvaltningsrätten.

Johansson menar att HFD:s uttalanden om vad som ansågs vara självständiga frågor och därför låg utanför prövningsramen kan tolkas på flera sätt. En tolkning är att skrivningen innebär att *eftersom* yrkandena avsåg självständiga frågor, utanför den inträdande leverantörens försvar av sig själv och sitt anbud, var det inte möjligt för förvaltningsrätten att pröva dem. Med en sådan tolkning kan den inträdande leverantören inte vidga processramen genom att göra invändningar mot sökandebolaget eller dennes anbud.⁵⁶ Den här tolkningen styrks av ett antal kammarrättsavgöranden.⁵⁷

54 HFD 2011 ref. 29.

55 HFD 2013 ref. 24.

56 Daniel Johansson, *Tredjemansinträde i upphandlingsmål*, Förvaltningsrättslig tidskrift, häfte nr 1 2016, s. 83.

57 Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 maj 2013 i mål nr 388-13; Kammarrätten i Göteborgs dom den 21 november 2014 i mål nr 1569-1572-14; Kammarrätten i Jönköpings dom den 29 oktober 2015 i mål nr 705-15.

En annan tolkning av avgörandet är att domstolar ska beakta omständigheter, vilka anförts av en inträdande leverantör, som utgör bemötande av uppgifter i sökandebolagets talan, oberoende av vad sökandebolaget anført i målet. En sådan tolkning menar Johansson innebär att inträdande leverantörer inte kan vidga prövningsramen i målet eftersom saken i överprövningsmål, enligt HFD 2013 ref. 5, är om det mot bakgrund av sökandes talan finns skäl för ingripande enligt LOU. Även om den inträdande leverantören inte har möjlighet att vidga prövningsramen skulle en sådan tolkning av rättsfallet ändå innebära större möjligheter för leverantörer att framföra argument eftersom denne inte är begränsad till att försvara sig själv och sitt anbud. Den inträdande leverantören har, vid en sådan tolkning, möjlighet att bemöta allt sökandebolaget anført och inte bara omständigheter som hänför sig till dem själva.⁵⁸ Kammarrätten i Göteborg har mot bakgrund av HFD 2013 ref. 24 och HFD 2013 ref. 5 uttalat att den vinnande leverantörens invändningar ska beaktas i den del de utgör bemötanden av sökandebolagets talan, vilket skulle kunna stödja en sådan tolkning av HFD:s avgörande.⁵⁹

En tredje tolkning av rättsfallet är att de två yrkanden som förvaltningsrätten inte kunde pröva i det specifika målet, som syftade till att den upphandlande myndigheten skulle hindras att omedelbart verkställa ett eventuellt motgångsbeslut när domstolen skilt målet ifrån sig, var så udda och avsåg sådana självständiga frågor att de därför inte kunde prövas. En sådan tolkning besvarar dock inte frågan om en invändning från en inträdande leverantör om brister hos sökandebolaget eller dennes anbud får beaktas i andra fall, d.v.s. om inträdande leverantörer kan vidga prövningsramen genom att anföra brister i förhållande till sökandebolaget eller dess anbud på ett sätt som inte endast utgör ett bemötande av det sökandebolaget anført.⁶⁰

Betydelsen av HFD:s avgörande för inträdande leverantörers möjlighet att vidga prövningsramen i upphandlingsmål är således inte helt klar. Det finns dock ett flertal kammarrättsavgöranden som stödjer uppfattningen att en domstol *inte* ska pröva återopanden av omständigheter från inträdande leverantörer som går ut på att sökandebolaget inte uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Det har bl.a. motiverats med att anförande av sådana omständigheter inte är ett uttryck för bolagets inställning till sökandebolagets ansökan om överprövning, utan en självständig fråga.⁶¹ Mot bakgrund av det här menar jag att den mest logiska tolkningen av HFD:s avgörande är att inträdande leverantörer inte kan

58 Johansson, FT 1/2016, s. 83–84.

59 Se Kammarrätten i Göteborgs dom den 6 november 2015 i mål nr. 1641-15.

60 Johansson, FT 1/2016, s. 83–84.

61 Se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 maj 2013 i mål nr. 388-13.

vidga prövningsramen genom att åberopa omständigheter som ligger utanför saken i målet, utan endast har möjlighet att åberopa motfakta och förneka existensen av det sökandebolaget anfört. Om den inträdande leverantören är begränsad till att försvara sig själv och sitt anbud eller kan bemöta allt sökandebolaget anfört är mig veterligen dock inte helt klarlagt. Eftersom inträdande leverantörer emellertid kan åberopa motfakta och förneka existensen av de omständigheter sökandebolaget anfört har både den sökandebolaget, eventuella inträdande leverantörer samt den upphandlande myndigheten ansvar och möjlighet att berika processmaterialet med rättsfakta.

2.5 EN BEGRÄNSAD OFFICIALPRÖVNINGSRÄTT I UPPHANDLINGSMÅL OCH PROCESSSUBJEKTENS ANSVAR FÖR ATT DRA UPP PROCESSRAMEN

Att officialprincipen är begränsat tillämplig i upphandlingsmål innebär att den klagande leverantören som huvudprincip har en åberopsbörda, vilket begränsar domstolens officialprövningsrätt. Det innebär att leverantören måste åberopa de grunder den vill att domstolen ska pröva och att rätten som huvudregel inte får pröva något annat än det leverantören anfört till stöd för talan. För att bevaka sitt eget intresse bör också den upphandlande myndigheten antingen åberopa motfakta eller förneka existensen av det leverantören anfört, på samma sätt som i dispositiva tvistemål. Även andra leverantörer än den som ansökt om överprövning kan beredas tillfälle att träda in i processen. De inträdande leverantörerna ska då ges tillfälle att yttra sig, och bli parter i processen. Det innebär att även inträdande leverantörer kan åberopa motfakta eller förneka existensen av de omständigheter sökandebolaget har anfört. I detta avseende har således alla parter ett ansvar för att berika processmaterialet med rättsfakta, för att bevaka sina egna intressen. Vad gäller frågan om inträdande leverantörer kan vidga processramen som sökandebolaget dragit upp är detta dock inte helt klarlagt. De torde dock inte kunna göra det, utan vara begränsade till att anföra motfakta och förneka existensen av det sökandebolaget anfört.

Att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet innebär emellertid inte att domstolens officialprövningsrätt är helt utesluten, eftersom domstolen inte är bunden av leverantörens yrkande avseende om upphandlingen ska göras om eller rättas. Ansvaret för att dra upp processramen är således delad mellan processsubjekten. Dessutom skulle en ordning där leverantören inte behöver åberopa omständigheter till grund för talan kunna gälla i vissa fall. Det här mot bakgrund av att HFD anför att det är en huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig ska ange de omständigheter som ligger till grund för talan. HFD förtydligar dock inte när undantag från huvudprincipen skulle kunna tillämpas.

Inledningsvis presenterades att officialprincipen anses bestå av två delar: rättens officialprövningsrätt och rättens officialansvar. I det nästkommande avsnittet behandlas vad en försiktig tillämpning av officialprincipen innebär för domstols officialansvar i upphandlingsmål.

3. DOMSTOLS OFFICIALANSVAR OCH ANSVARET FÖR EN EFFEKTIV ÖVERPRÖVNING

En begränsning av officialprincipen är inte helt oproblematisk ur den förlorande leverantörens synvinkel. För att en leverantör ska kunna bedöma om det är något som inte gått rätt till i en upphandling, och anföra de brister leverantören menar finns, har leverantören ett behov av att granska det vinnande anbudet. Om den upphandlande myndighetens verksamhet omfattas av offentlighetsprincipen kan leverantörer begära ut det vinnande anbudet (eller i praktiken alla anbud från anbudsgivare som rankats högre i utvärderingen) från den upphandlande myndigheten. Inte sällan står dock sekretess i vägen för att anbud ska lämnas ut i sin helhet. Anledningen till det är att även efter att myndigheten har fattat ett tilldelningsbeslut, eller anbudet offentliggjorts, gäller sekretess både för det allmännas och enskildas ekonomiska intressen.⁶² Sekretess kan t.ex. gälla priser, redogörelser som bevis på uppfyllande av specifika krav eller som utgör grund för värdering av utvärderingskriterier. Om den förlorande leverantören inte får del av andra leverantörers anbud i sin helhet kan det bli svårt, för att inte säga omöjligt, för leverantören att precisera de omständigheter som ligger till grund för ansökan om överprövning. Vidare blir det svårt för sökandebolaget att lägga fram bevisning för domstolen för de påståenden leverantören gör. Det var den här problematiken som låg bakom HFD:s avgörande HFD 2015 ref. 55, Avonova-domen, som behandlade frågan om förhållandet mellan förvaltningsdomstolars utredningsansvar enligt 8 § FPL och edition i 20 § FPL i mål om offentlig upphandling, samt det uppföljande rättsfallet HFD 2018 ref. 28. Innan dessa rättsfall presenteras närmare ska det dock kort redogöras för hur rättens officialansvar kommer till uttryck i FPL respektive RB.

3.1 DOMSTOLS OFFICIALANSVAR

Förvaltningsdomstolarnas officialansvar återfinns i 8 § FPL som stadgar att rätten ska se till att målet blir så utrett som *dess beskaffenhet kräver* och att domstolen genom frågor och påpekanden ska verka för att parterna

⁶² Under en offentlig upphandling råder som huvudregel absolut sekretess fram till att myndigheten har fattat ett tilldelningsbeslut eller fram till att anbudet offentliggjorts, enligt 19 kap. 3 § 2 st. offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL). När den absoluta sekretessen släpps gäller i stället sekretess till förmån för det allmännas ekonomiska intresse enligt 19 kap. 3 § 1 st. OSL respektive sekretess till förmån för enskildas ekonomiska intresse enligt 31 kap. 16 § 1 st. OSL.

avhjälper otydligheter och ofullständigheter. Begreppet *vad målets beskaffenhet kräver* anses inbegripa både vad målet materiellt gäller och partsförhållandena.⁶³ I förarbetena uttrycker departementschefen att det är sedan gammalt att domstolens ansvar sträcker sig olika långt i olika mål.⁶⁴ Målen behöver således inte vara fullständigt utredda, utan det är tillräckligt att omständigheterna är klarlagda i sådan grad att målet kan avgöras på ett godtagbart sätt.⁶⁵

Bestämmelsen i 8 § FPL utformades med 43 kap. 4 § 2 st. RB, som avser tvistemål, och 46 kap. 4 § 2 st. RB, som avser brottmål, som förebilder. 43 kap. 4 § 2 st. RB lyder:

”Rätten ska också se till att målet blir utrett efter vad dess beskaffenhet kräver och att inget onödigt dras in i målet. Genom frågor och påpekanden skall rätten försöka avhjälpa otydligheter och ofullständigheter i de uttalanden som görs.”

Enligt 35 kap. 6 § RB ankommer det dock på parterna att svara för bevisningen och i dispositiva tvistemål får domstolen inte självmant hämta in bevisning. Likalydande bestämmelser, som reglerar domstols officialansvar, kommer således till uttryck både i RB avseende dispositiva tvistemål och i FPL avseende förvaltningsmål. Frågan är i stället hur aktiv domstolen ska vara i processen, vilket varierar med hänsyn till processföremålets natur och partsförhållandena i målet.⁶⁶

3.2 HFD 2015 REF. 55: AVONOVA-DOMEN

Bakgrunden till Avonova-domen var följande. Malmö kommun hade genomfört en upphandling och tilldelat kontraktet till leverantören Feelgood. Före-taget som placerade sig på andra plats i utvärderingen, Avonova, begärde att få ut Feelgoods anbud från kommunen. Vissa uppgifter lämnades emellertid inte ut eftersom de ansågs omfattas av sekretess. Avonova ansökte också om överprövning av upphandlingen och yrkade i samband med det om editionsföreläggande avseende Feelgoods anbud i de delar som detta inte lämnats ut. Den fråga som senare togs upp av HFD var om det följde redan av domstolens utredningsansvar att rätten borde fordra in de aktuella uppgifterna, utan att yrkandet om edition prövades.

63 von Essen, 2017, kommentaren till 8 § FPL under rubriken Allmänt.

64 Prop. 1971:30, s. 529.

65 von Essen, 2017, kommentaren till 8 § FPL under rubriken Officialprincipens syfte och förhållande till bevisbördreglerna.

66 Wennergren, 2005, s. 146; Vvejedal, 2017, s. 816–817.

I målet uttalar HFD att när det kommer till förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar i upphandlingsmål måste hänsyn tas till EU-domstolens uttalanden i Varec-målet⁶⁷. Målet rörde skydd för konfidentiell information i upphandlingsmål och som en del av problemet med skydd för den typen av information låg bland annat domstolens tillgång till informationen och det klagande bolagets rätt att ta del av uppgifterna. Flera intressen stod således emot varandra och EU-domstolen gör i domen uttalanden om hur de olika intressena ska tillgodoses. Domstolen konstaterade bl.a. att prövningsorganet behöver ha tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet,⁶⁸ men att den kan besluta att inte lämna ut information i handlingar om det är nödvändigt för att upprätthålla skyddet för en sund konkurrens eller till skydd för ekonomiska aktörernas legitima intressen.⁶⁹ Mot bakgrund av EU-domstolens uttalanden konstaterade HFD att det väl kan krävas att part klart anger på vilka omständigheter denne grundar sin talan, liksom den bevisning som åberopas. Om sökandebolaget inte fått del av uppgifter från den upphandlande myndigheten, som denne velat åberopa till stöd för sin talan, ankommer det dock på domstolen att pröva om rätten måste hämta in uppgifterna för att kunna utföra en effektiv granskning. Ifall domstolen anser att det finns ett sådant behov behöver domstolen, inom ramen för utredningsansvaret, fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. I det aktuella fallet ansågs Avonova gjort vad som rimligen kunde anses ankomma på dem för att få del av de uppgifter som de ansåg utgöra stöd för deras talan. Det ankom därför på förvaltningsrätten att ta ställning till om rätten behövde den information som fanns i handlingarna för att kunna utföra en effektiv överprövning. Mot bakgrund av den bedömningen anförde HFD att det saknades anledning för domstolen att ta ställning till yrkandet om edition. Domstolens ska således hämta in nödvändiga uppgifter inom ramen för utredningsansvaret, framför att pröva om uppgifterna ska hämtas in efter att en part framställt ett yrkande om edition.

I Avonova-domen klargör dock HFD inte hur eventuella inhämtade uppgifter ska behandlas av rätten vid prövningen av målet. Frågan är om de inhämtade uppgifterna omständigheter ska anses ha ställning som rättsfakta i målet eller om de endast kan beaktas vid bevisvärderingen? Avonova-domen följdes sedermera upp av HFD 2018 ref. 28, som behandlar de inhämtade uppgifternas ställning vid domstolens prövning av målet.

67 Dom av den 14 februari 2008, Varec, C-450/06.

68 Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 53.

69 Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 43.

3.3 HFD 2018 REF. 28

Bakgrunden till avgörandet var följande. En upphandlande myndighet hade genomfört en upphandling i form av ett avrop från ett ramavtal och tilldelat Tele2 kontraktet. En annan leverantör, Telenor, begärde ut Tele2:s anbudshandlingar, men fick inte ut dessa i sin helhet eftersom vissa uppgifter ansågs omfattas av sekretess. Så långt liknar målet alltså bakgrunden i Avonovadomen. Telenor ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten och anförde bl.a. att Tele2 inte uppfyllde de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Ansökan avslogs bl.a. eftersom det inte framkommit konkreta omständigheter som talade för att Tele2:s anbud inte uppfyllt ska-kraven. När Telenor överklagade till kammarrätten beslutade domstolen att hämta in merparten av de sekretessbelagda delarna av Tele2:s anbudshandlingar. Mot bakgrund av reglerna om sekretess kunde dock Telenors rätt till partsinsyn begränsas och handlingarna kommunicerades därför inte med bolaget. Kammarrätten granskade handlingarna mot bakgrund av de skäl som medförde att de hämtats in och anförde att om det fanns uppenbara brister av något annat slag borde även de bristerna kunna beaktas. Kammarrätten fann dock inte något som tydde på annat än att samtliga obligatoriska krav uppfyllts. Därmed avslogs överklagandet.

Kammarrättens avgörande överklagades och frågan i HFD handlade om omfattningen av förvaltningsdomstolars utredningsansvar i upphandlingsmål när domstolen hämtat in handlingar som omfattades av sekretess, vilket medfört att den ena parten inte fått ta del av dessa handlingar. HFD återkommer i domskälen till uttalandena från RÅ 2009 ref. 69 och anför att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan olika näringsidkare och att officialprincipen därför ska tillämpas med försiktighet. Mot bakgrund av det ska domstolens granskning av de inhämtade handlingarna ”ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in”. Om det i handlingarna framkommer andra brister i förfarandet ska de inte beaktas.

Även om HFD i avgörandet förtydligar hur inhämtade uppgifter ska behandlas när domstolen prövar målet använder sig HFD inte av begreppen rättsfakta eller bevisfakta för att förtydliga uppgifternas ställning i processen. I det följande avsnittet argumenterar jag för att formuleringen att domstolens granskning av de inhämtade handlingarna ”ska ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in” innebär att de uppgifter domstolen hämtat in blir en del av processmaterialet i funktionen av *bevisfakta*.

3.4 EN FÖRSIKTIG TILLÄMPNING AV OFFICIALPRINCIPEN OCH DOMSTOLS OFFICIALANSVAR I UPPHANDLINGSMÅL

Som tidigare presenterats så hänvisar HFD i Avonova-domen till EU-domstolens avgörande i Varec-målet. I domen uttalar EU-domstolen bl.a. följande. För att kravet på effektivt rättsligt skydd och rätten till en rättvis rättegång ska tillgodoses behöver prövningsorganet ha ”tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig kännedom om fakta”.⁷⁰ Vad som avses med termen fakta klargörs dock inte i Varec-målet. Ur ett språkligt perspektiv skulle detta kunna avse att domstolar i överprövningsmål ska ha fullständig kännedom om fakta både i betydelsen *rättsfakta* och i betydelsen *bevisfakta*. I Avonova-domen, när HFD hänvisar till Varec-målet, anför domstolen att det väl kan krävas att en part klart anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på, liksom den bevisning som åberopas. Om parten inte fått del av handlingarna där uppgifter som denne önskar åberopa till stöd för talan återfinns, ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att kunna utsätta den överprövade upphandlingen för en effektiv granskning. Om så är fallet har domstolen en skyldighet att inom ramen för utredningsansvaret fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Precis som i EU-domstolens avgörande klargör HFD dock inte uttryckligen om de uppgifter domstolen har en skyldighet att hämta in utgör rättsfakta eller bevisfakta. Eftersom HFD anför att inhämtandet av uppgifterna ska ske inom ramen för domstolens officialansvar torde uppgifterna som inhämtas vara uppgifter som utgör bevisfakta i målet. Det mot bakgrund av att bevisfakta är det som först och främst anses vara en del av den utredning som domstolen har ett ansvar för. Wennergren menar dock att domstols ansvar för utredningen i målet inte endast utgörs av bevisning, utan också kan omfatta omständigheter som är relevanta för rättsföljden, d.v.s. rättsfakta.⁷¹ Omständigheten att det är domstolen som hämtar in uppgifter utesluter således inte att uppgifterna kan ha funktionen rättsfakta. Att uppgifter en domstol hämtar in inom ramen för utredningsansvaret i ett upphandlingsmål utgör bevisfakta stöds dock av att HFD anför att parten klart ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på, d.v.s. anföra rättsfakta, liksom presentera den bevisning som åberopas. Ett betraktelsesätt som innebär att domstolen har ansvar för att hämta in uppgifter i funktionen bevisfakta korrelerar med att leverantören ska ange de omständigheter, i betydelsen rättsfakta, som denne grundar sin talan på. Det eftersom en sådan ordning skulle innebära att leverantören har ansvar för att åberopa rättsfakta, medan domstolen kan ha ett ansvar för att inhämta uppgifter i betydelsen bevisfakta. Processsubjekten får då ett delat ansvar för olika delar av processmaterialet på ett sätt som också, under förutsättning att

70 Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 53.

71 Wennergren, 2005, s. 149.

parten tar initiativ till att bevisning hämtas in, tillämpas i dispositiva tvistemål. Denna tolkning av vad HFD menar med att domstolen ska hämta in de uppgifter som krävs för att kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning får också stöd av det uppföljande rättsfallet HFD 2018 ref. 28.

I HFD 2018 ref. 28 behandlar HFD frågan hur de uppgifter en domstol hämtat in ska behandlas vid rättens prövning. HFD använder sig inte heller i detta avgörande av klassiska processrättsliga begrepp för att klassificera de uppgifter, eller omständigheter, som inhämtats. På så sätt klargörs inte uttryckligen om de inhämtade uppgifterna utgör bevisfakta eller rättsfakta. Nord menar dock att den skrivning HFD använder sig av, att handlingarna som inhämtas ska granskas utifrån de skäl som medförde att de hämtades in och att andra brister inte får beaktas, torde avse att andra *omständigheter* än de som åberopats i målet inte får ligga till grund för avgörandet.⁷² Att uppgifterna som inhämtats förs in i målet i betydelsen bevisfakta ligger i linje med det Nord anför om att endast åberopade omständigheter, i avseendet rättsfakta, får ligga till grund för avgörandet. Det innebär att Avonova-domen, i ljuset av HFD 2018 ref. 28, torde innebära att de uppgifter domstolen hämtar in inom ramen för utredningsansvaret utgör omständigheter i funktionen *bevisfakta*. Vidare innebär det att HFD:s formulering, att granskningen av uppgifterna domstolen inhämtat ska ske mot bakgrund av de skäl som medförde inhämtandet, kan beskrivas som att de inhämtade uppgifterna ska prövas mot bakgrund av de *bevisteman* som uppgifterna har inhämtats för att styrka, eftersom åberopade rättsfakta utgör bevisteman i målet. För en leverantör innebär det att om denne inte åberopat en omständighet som domstolen uppmärksammar i de inhämtade handlingarna, kommer omständigheten inte kunna ligga till grund för avgörandet.

Eftersom de uppgifter domstolen hämtar in har funktionen bevisfakta i målet, och domstolen inte får pröva uppgifterna i handlingarna mot andra omständigheter än de sökandebolaget åberopat, behandlar Avonova-domen och HFD 2018 ref. 28 domstols officialansvar. Det till skillnad från RÅ 2009 ref. 69 som behandlar rättens möjlighet till officialprövning i upphandlingsmål. De två senare rättsfallen förtydligar på så sätt vad en försiktig tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål innebär för ansvarsfördelningen mellan processsubjekten avseende *utredningen* i målet.

Sammanfattningsvis kan sägas att den praxis som utvecklas innebär att den sökande leverantören har ett ansvar för att ange de grunder denne stödjer sin

⁷² Eskil Nord, Lagen om offentlig upphandling (2016:1145) kommentaren till 20 kap. 6 §, Karnov 2018-07-01.

talans på samt den bevisning som åberopas. Om leverantören inte fått del av uppgifterna från den upphandlande myndigheten kan en begränsad tillämpning av officialprincipen inte anses innebära att domstolens officialansvar är begränsat på ett sådant sätt att rätten inte har ett ansvar för att fordra in uppgifter i funktionen bevisfakta. von Essen menar att även i situationen som behandlas i detta senare rättsfall är det sökandebolaget som ska begära att uppgifterna ska läggas till grund för avgörandet, vilket innebär att det inte sker någon modifiering av vad som gällde efter RÅ 2009 ref. 69.⁷³ Det kan jämföras med 35 kap. 6 § RB som stadgar att rätten inte *själv* får inhämta bevisning i dispositiva tvistemål. Leverantören måste klart ha angett vilka omständigheter denne grundar sin talan på liksom den bevisning som åberopas, även om leverantören inte fått del av uppgifterna, för att domstolens ansvar ska träda in.

4. SLUTSATSER

För att sammanfatta vad en begränsad tillämpning av officialprincipen innebär för ansvarsfördelningen mellan processsubjekten kan sägas att den leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktig har ansvaret för att dra upp ramen för vad domstolen ska pröva. Den upphandlande myndigheten och eventuella inträdande leverantörer bör dock, i syfte att bevaka sina egna intressen, åberopa motfakta eller förneka existensen av de rättsfakta den sökande leverantören anför. En inträdande leverantör torde dock inte ha möjlighet att vidga den processram sökandebolaget dragit upp, och kan således inte åberopa brister i förhållande till sökandebolaget, utan är begränsad till att anföra rättshindrande omständigheter. Beträffande ansvaret för att berika processmaterialet med avseende på rättsfakta ligger det således helt på parterna i målet att göra det för att bevaka sina egna intressen, eftersom domstolen som huvudprincip endast får pröva de omständigheter som åberopats för att avgöra om ett ingripande ska göras. Även om rättens officialprövningsrätt är begränsad i detta avseende är rätten dock inte bunden av den sökande leverantörens yrkande huruvida upphandlingen ska göras om eller rättas. Domstolarnas officialprövningsrätt är således inte helt utesluten.

Förutom att åberopa grunder för talan måste sökandebolaget också åberopa den bevisning denne vill att domstolen ska pröva. Det kan dock ankomma på domstolen att hämta in uppgifterna om leverantören inte själv har möjlighet att lägga fram dem för rätten. Både domstolen och leverantören har därigenom ett ansvar för att införa bevisfakta i målet, vilket innebär att ansvaret för att berika processmaterialet i detta avseende är delat.

⁷³ von Essen, 2017, kommentaren till 8 § FPL under rubriken Domstolens möjligheter att själv föra in utredning.

Det har tidigare påpekats att officialprincipen och förhandlingsprincipen visserligen kan sägas stå i kontrast till varandra, men att de båda tillämpas i någon mån i alla processer. Även om upphandlingsmålen liknar dispositiva tvistemål, i vilka förhandlingsprincipen tillämpas, menar jag att man bör vara försiktig med att säga att principen gäller i överprövningsmål. I stället befinner sig måltypen i gränslandet mellan förvaltningsmål och dispositiva tvistemål, och ansvaret för olika delar av processramen och processmaterialet skiftar mellan processsubjekten, mot bakgrund av att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet. När en åberopsbörda inte ska tillämpas, eftersom den utgör en huvudprincip, har HFD dock, mig veterligen, inte uttalat sig om det såhär tio år efter att domstolen tillämpade den första gången. 