

Juridiska Institutionen  
Examensarbete HRO800, 30 hp  
Juristprogrammet  
Höstterminen 2018

# Finns i sjön?

*Om officialprincipen, åberopsbörda och tillgång till information i upphandlingsmål*

Hanna Rappmann

Handledare: Sebastian Wejedal



UNIVERSITY OF GOTHENBURG  
SCHOOL OF BUSINESS, ECONOMICS AND LAW

## Förkortningar

a.a.	anfört arbete
BrB	brottsbalk (1962:700)
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna (Europakonventionen)
EU	Europeiska unionen
FEU	Fördraget om europeiska unionen
FT	Förvaltningsrättslig Tidskrift
FPL	förvaltningsprocesslag (1971:21)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HFD [årtal] ref.	Högsta förvaltningsdomstolens årsbok [årtal] referat
jfr	jämför
JT	Juridisk Tidskrift
LOU	lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
not.	notis
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OSL	offentlighets- och sekretesslag (2009:400)
p.	punkt
prop.	proposition
RB	rättegångsbalk (1942:740)
ref.	referat
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
s.	sida
st.	stycke
TF	tryckfrihetsförordning (1949:105)
uppl.	upplaga
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

# INNEHÅLLSFÖRTECKNING

<b>1 OM UPPSATSEN</b>	<b>1</b>
<b>1.1 PROBLEMFÖRMULERING</b>	<b>1</b>
<b>1.2 SYFTE OCH DISPOSITION</b>	<b>2</b>
<b>1.3 AVGRÄNSNINGAR</b>	<b>3</b>
<b>1.4 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER, METOD OCH MATERIAL</b>	<b>3</b>
1.4.1 TEORETISKA UTGÅNGSPUNKTER	3
1.4.2 METOD- OCH MATERIALVAL	4
<b>2 UTGÅNGSPUNKTER</b>	<b>8</b>
<b>2.1 OFFENTLIG UPPHANDLING</b>	<b>8</b>
2.1.1 OFFENTLIG UPPHANDLING I SITT SAMMANHANG	8
2.1.2 ÖVERPRÖVNING AV OFFENTLIG UPPHANDLING	9
2.2.3 OFFENTLIG UPPHANDLING OCH SEKRETESS	12
<b>2.2 OFFICIALPRINCIPEN</b>	<b>13</b>
2.2.1 OFFICIALPRINCIPEN OCH FÖRHANDLINGSPRINCIPEN	13
2.2.2 PROCESSENS RAM	14
2.2.3 DOMSTOLS OFFICIALANSVAR	18
<b>3 EN FÖRSIKTIG TILLÄMPNING AV OFFICIALPRINCIPEN I UPPHANDLINGSMÅL</b>	<b>20</b>
<b>3.1 EN FÖRSIKTIG TILLÄMPNING AV OFFICIALPRINCIPEN OCH INFÖRANDET AV ÅBEROPSBÖRDA</b>	<b>20</b>
3.1.1 RÅ 2009 REF. 69 – EN BEGRÄNSNING AV OFFICIALPRÖVNINGSRÄTTEN I UPPHANDLINGSMÅL	20
3.1.3 VAD INNEFATTAR BEGREPPET OMSTÄNDIGHET?	24
3.1.4 ÅBEROPANDE AV MOTFAKTA OCH ANSVARSFÖRDELNINGEN MELLAN PROCESSSUBJEKTEN	26
3.1.4.1 Den upphandlande myndighetens ”ansvar” för att åberopa motfakta	26
3.1.4.2 Tredjemansinträde, åberopande av motfakta och prövningsramen	27
3.1.4.3 Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten	29
<b>3.2 DOMSTOLENS OFFICIALANSVAR OCH ANSVARET FÖR EN EFFEKTIV ÖVERPRÖVNING</b>	<b>29</b>
3.2.1 VAREC-MÅLET	30
3.2.2 UTVECKLING I SVENSK RÄTTSPRAXIS	31
3.2.2.1 HFD 2015 ref. 55: Avonova-domen	31
3.2.2.2 HFD 2018 ref. 28	32

3.2.3 EN FÖRSIKTIG TILLÄMPNING AV OFFICIALPRINCIPEN OCH DOMSTOLS OFFICIALANSVAR I UPPHANDLINGSMÅL	32
<b>4 NÄR ÄR EN OMSTÄNDIGHET ÅBEROPAD?</b>	<b>35</b>
4.1 OMFATTAS NEGATIVA RÄTTSAKTA AV ÅBEROPSBÖRDAN?	35
4.2 DOMSTOLS MÖJLIGHET ATT TOLKA ÅBEROPADE GRUNDER OCH ÅBEROPSBÖRDANS PRECISERING	37
4.2.1 ÅBEROPANDEN I FÖRHÅLLANDE TILL BRISTER I FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET	38
4.2.2 ÅBEROPANDEN I FÖRHÅLLANDE TILL ATT EN ANNAN LEVERANTÖR INTE UPPFYLLER SKA-KRAVEN	40
4.2.3 GRÄNSEN FÖR NÄR EN LEVERANTÖR ANSES HA ÅBEROPAT OMSTÄNDIGHETER	42
<b>5 INFORMATIONSIHÄMTNING I UPPHANDLINGSMÅL</b>	<b>43</b>
5.1 INHÄMTANDE AV UPPGIFTER INOM RAMEN FÖR DOMSTOLS UTREDNINGSANSVAR	44
5.1.1 KOMMUNIKATION, PARTSINSYN OCH SEKRETESS	45
5.1.2 INHÄMTANDE AV UPPGIFTER INOM RAMEN FÖR UTREDNINGSANSVARET – MÖJLIGHET TILL INFORMATIONANSKAFFANDE ELLER EN METOD FÖR BEVISUPPTAGNING?	48
5.2 EDITION	49
5.3 FÖRHÅLLET MELLAN DOMSTOLS UTREDNINGSANSVAR OCH EDITION	50
5.4 SAKKUNNIGUTLÅTANDEN	52
5.5 FISHING EXPEDITION – ETT BEGREPP FÖR ATT FÖRSTÅ BEGRÄNSNINGEN AV HUR PART KAN ANVÄNDA DOMSTOLEN FÖR ATT FÅ TILLGÅNG TILL INFORMATION?	53
<b>6 AVSLUTNING</b>	<b>56</b>
6.1 SLUTSATSER	56
6.2 SLUTORD	58
<b>AVGÖRANDEN</b>	<b>60</b>
<b>KÄLLOR</b>	<b>63</b>

# 1 Om uppsatsen

Denna uppsats handlar om ansvarsfördelningen mellan processsubjekten i överprövningar av offentliga upphandlingar. I denna inledande del presenteras problemet, uppsatsens syfte, teoretiska utgångspunkt, metod och material.

## 1.1 Problemformulering

Det finns ungefär 4 000 olika organisationer i Sverige som är skyldiga att tillämpa upphandlingsreglerna.<sup>1</sup> Värdet av de offentliga upphandlingarna uppgick 2016 till ungefär 684 miljarder kronor, d.v.s. en knapp sjättedel av Sveriges BNP.<sup>2</sup> Bland dessa upphandlande myndigheter och enheter finns statliga myndigheter, kommuner, landsting, offentligt ägda eller kontrollerade bolag och dotterbolag samt privata företag i försörjningssektorerna med en omsättning över 10 miljoner kronor.<sup>3</sup>

Det övergripande syftet med de svenska reglerna om upphandling är att säkerställa att skattemedel används på bästa sätt. Reglerna ska vara en garanti för att finansierarna, d.v.s. skattebetalarna, ska få tjänster och varor till rätt pris och kvalitet samt att myndigheter gör effektiva inköp utifrån samhällliga mål. Lagstiftningen ska främja konkurrens, motverka korruption och bidra till effektiv användning av offentliga medel.<sup>4</sup> Mot bakgrund av både omfattningen av offentliga upphandlingar och reglernas syfte är det inte svårt föreställa sig att regelverket har stor betydelse både för samhället och enskilda leverantörer.

Enligt 20 kap. 4 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) får en allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kommer kunna lida skada. Överprövningen kan ses som en kvalitetskontroll och en viktig del i upphandlande myndigheter och enheters arbete för att skapa förtroende.<sup>5</sup> För att en leverantör ska kunna bedöma om det är något som inte gått rätt till i upphandlingen finns ett behov av att granska det vinnande anbudet. Om den upphandlande myndigheten 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, det kan t.ex. gälla priser, redogörelser som bevis på uppfyllande av specifika krav eller som utgör grund för värdering av utvärderingskriterier. Det är särskilt problematiskt eftersom det i praxis utvecklats en huvudregel om vad som brukar kallas en ”åberopsbörsa” för den leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktig. Leverantören måste som

---

<sup>1</sup> Konkurrensverket & Upphandlingsmyndigheten, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Konkurrensverkets rapport 2017:11, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5, november 2017, s. 42–43.

<sup>2</sup> Konkurrensverket, *Procurement Monitoring report 2018 – Sveriges rapport enligt EU:s upphandlingsdirektiv*, Konkurrensverket dnr 768/2018, april 2018a, s. 15.

<sup>3</sup> Konkurrensverket & Upphandlingsmyndigheten (2017) s. 42–43.

<sup>4</sup> Konkurrensverket, *Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017*, Konkurrensverkets rapport 2018:2., april 2018b, s. 5.

<sup>5</sup> SOU 2018:44 s. 374.

huvudregel på ett klart sätt *ange* vilka omständigheter denne grundar sin talan på.<sup>6</sup> Att inte få del av det vinnande anbudet i sin helhet kan dock göra det svårt, för att inte säga omöjligt, att precisera omständigheter. Vidare blir det svårt för leverantören att lägga fram bevisning inför domstolen för de påstående leverantören gjort.

När det gäller upphandlingar av varor och tjänster med värde över det som kallas tröskelvärdena är upphandlingsreglerna direktivstyrda och måste därför vara i enlighet med tillämpliga EU-direktiv. Parallellt med utvecklingen av en åberopsbörda i svensk praxis har EU-domstolen uttalat att det finns krav på att överprövningar ska vara effektiva och att domstolen måste ha tillgång till underlag för att kunna göra en sådan prövning. Samtidigt har anbudsgivare rätt att få konfidentiella uppgifter i anbud behandlade som sådana i förhållande till leverantören som ansökt om överprövning.<sup>7</sup> Det finns således flera motstående intressen som gör sig gällande i upphandlingsmål. Å ena sidan den vinnande leverantörens, samt den upphandlande myndighetens, intressen av att vissa uppgifter inte lämnas ut, å andra sidan förlorande leverantörers intresse av att få tillgång till information för att därigenom kunna föra sin talan på ett ändamålsenligt vis. Här mellan en domstol som har att balansera dessa intressen och på så vis säkerställa att överprövningen blir effektiv.

Överprövningsmål kan beskrivas som kommersiella förvaltningsmål,<sup>8</sup> och i något avseende befinner de sig i gränslandet mellan förvaltningsmål och dispositiva tvistemål. I brytpunkten uppstår frågor om vilken processrättslig princip – officialprincipen eller förhandlingsprincipen – som ska karaktärisera överprövningsmålen och därmed hur ansvarsfördelningen ska se ut mellan parterna respektive domstolen för att införskaffa processmaterial och dra upp processramen.

## 1.2 Syfte och disposition

Uppsatsens övergripande syfte är att undersöka hur ansvarsfördelningen ser ut mellan parterna respektive domstolen för att införskaffa processmaterial samt för processramen i överprövningsmål, mot bakgrund av att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet. Det med utgångspunkt i de två 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.

Det övergripande syftet går att bryta ner i tre delar, vilka hanteras i tre olika kapitel enligt följande disposition.

I kapitel 3 *analyseras sådan rättspraxis* från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD), där domstolen uttryckt att en försiktig tillämpning av officialprincipen gäller i upphandlingsmål.

---

<sup>6</sup> Se RÅ 2009 ref. 69.

<sup>7</sup> Se dom av den 14 februari 2008, Varec, C-450/06.

<sup>8</sup> Asplund, Ehn, Johansson & Olsson, *Överprövning av offentlig upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012, s. 7.

Syftet med detta kapitel är att klargöra vad en sådan försiktig tillämpning av officialprincipen innebär för domstolens officialprövningsrätt och officialansvar, samt för parterna.

Eftersom en försiktig tillämpning av officialprincipen innebär att leverantören som gör gällande brister i upphandlingen har en åberopsbörda analyseras i kapitel 4 *hur preciserat ett åberopande bör vara* för att omständigheterna leverantören åberopat ska ligga inom processramen.

I kapitel 5 undersöks sedan domstolens ansvar för att leverantören ska ha möjlighet att anskaffa information för att uppfylla sin åberopsbörda respektive bevisbörda d.v.s. domstolens ansvar för att möjliggöra berikande av processmaterialet. Denna del analyserar *om* och *hur* domstolen och den sökande leverantören kan anskaffa information inom processen. Vidare analyseras *i vilket syfte* information kan anskaffas samt hur de olika metoderna för informationsinhämtning förhåller sig till varandra. I detta kapitel diskuteras avslutningsvis *hur det går att förstå* leverantörens möjligheter och begränsningar till informationsinhämtning inom processen i förhållande till överprövningsmålens likheter med dispositiva tvistemål.

Tillsammans ska de tre delarna analysera olika aspekter av processsubjektens ansvar för processmaterialet och processramen och på så sätt bidra till att fullgöra det övergripande syftet med uppsatsen. En sammanfattning av mina slutsatser presenteras i kapitel 6.

### 1.3 Avgränsningar

Uppsatsen är avgränsad till att behandla LOU, och i den mån det är relevant, de EU-rättsliga direktiv som LOU bygger på. Det innebär att uppsatsen förutom i bakgrunden, där de svenska upphandlingsreglerna sätts i sitt sammanhang, inte berör andra upphandlingslagstiftningar, d.v.s. främst lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Vidare avgränsas upphandlingens syfte till att omfatta sådana upphandlande myndigheter som omfattas av offentlighetsprincipen. Det här innebär att frågor om utlämnande av uppgifter samt möjligheterna och svårigheterna att överpröva upphandlingsbeslut som upphandlande myndigheter som inte omfattas av bilagan i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) (OSL) inte kommer beröras. Dessa avgränsningar görs för att renodla de problem uppsatsen behandlar.

Vidare omfattar syftet endast de två vanligaste grunderna för 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. Andra grunder för en leverantörs talan kommer därför inte beröras.

### 1.4 Teoretiska utgångspunkter, metod och material

#### 1.4.1 Teoretiska utgångspunkter

Min syn på rätten, vilken får betydelse för hur jag argumenterar och således är viktig för att förstå uppsatsens premisser, är att rätten *inte* är en autonom företeelse som existerar fritt från moraliska och politiska värderingar. Rätten existerar således inte i sig självt. Det innebär att jag som uppsatsförfattare inte kan ägna mig åt att söka efter gällande rätt och beskriva rätten på ett

objektivt sätt. Trots det anser jag att det finns en funktion med att systematisera och argumentera för vad som kan betraktas som ”gällande rätt”, nedan ska jag försöka förklara varför.

Glavå och Petrusson menar att rättsliga konstruktioner såsom rättsregler och rättsprinciper är fundamentala beståndsdelar i samhällsbygget. Vi behöver vara lojala mot dem eftersom de är strukturella verktyg som kan användas vid konstruktionen av samhället. Det innebär dock inte att man ska behandla dem som något givet.<sup>9</sup> Istället handlar det om att designa eller skapa rättskonstruktioner.<sup>10</sup> För att tolka vad som utgör den tänkta rättskonstruktionen, den tänkta ”gällande rätten”, har de kunskapskällor som benämns rättskällor stor betydelse. Lagar och förarbeten utgör kunskapskällor för vad som utgör tänkta rättskonstruktioner och rättspraxis utgör en viktig källa för att analysera och göra prognoser över vilka rättskonstruktioner som kommer upprätthållas av domstol.<sup>11</sup> Genom att analysera kunskapskällor/rättskällor går det således att göra prognoser över hur en domstol kommer fördela ansvaret mellan parterna respektive domstolen för processmaterialet och processramen i överprövningsmål.

Vidare går det att tänka sig att skapandet av ett motsägelsefritt *rättssystem*, där jurister och andra aktörer, designar en ”gällande rätt”. Målsättning för rättssystemet är att rätten ska vara heltäckande och motsägelsefri eftersom det är viktig för att upprätthålla idén om en rättsstat,<sup>12</sup> då en rättsstat kännetecknas av att domstolars maktutövning inte är godtycklig utan förutsägbar.<sup>13</sup> Det är såklart inte genomförbart men en tanke om ett förutsägbart system utan motsägelser fyller en funktion i vår idé om rättsstaten.<sup>14</sup> Att systematisera rättsliga konstruktioner kan därför bidra till förståelsen och skapandet av rättssystemet och därmed idén om rättsstaten genom att få rättssystemet att framstå som koherent och genom att synliggöra brister i det.

Dessa tankar om vad som utgör ”gällande rätt” och vad som kan vara funktionen med att diskutera ”gällande rätt” är de teoretiska utgångspunkter jag har när jag i denna uppsats försöker systematisera ansvarsfördelningen mellan parterna respektive domstolen för processmaterialet och processramen i överprövningsmål. Även om jag inte kommer ”finna gällande rätt” i meningen att den finns där ute för att upptäckas, fyller systematiseringen av reglerna ett syfte genom att föreslå hur rätten kan förstås. Systematiseringen bidrar till att göra prognoser för hur en domstol förmodligen kommer fördela ansvaret i en överprövningsprocess och kan bidra till att systemet framstår som förutsägbart och koherent.

#### 1.4.2 Metod- och materialval

Eftersom syftet med uppsatsen är avgörande för metoden, och syftet med denna uppsats i någon mån är att beskriva, eller bidra till att konstruera, ”gällande rätt”, kommer jag som utgångspunkt

---

<sup>9</sup> Glavå & Petrusson, *Illusionen om rätten! Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, i Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet [1954–2000], Askeland & Bernt (red.), 2002, s. 113.

<sup>10</sup> A.a. s. 140.

<sup>11</sup> A.a. s. 143.

<sup>12</sup> Södergren, *Vem dömer i gråzonen*, 2009 s. 37–39.

<sup>13</sup> Peczenik, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995, s. 50–51.

<sup>14</sup> Södergren (2009) s. 37–39.



förhålla mig till de rättskällor som anses ge uttryck för gällande rätt: lag, förarbeten, praxis och doktrin. Det säger dock inte så mycket om vad en uppsatsförfattare *egentligen har gjort*. I detta avsnitt ska jag därför beskriva hur jag gått till väga för att komma fram till uppsatsens resultat.

Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten i överprövningsmål avviker från vad som ”normalt” gäller i förvaltningsmål eftersom officialprincipen ska tillämpas med försiktighet. Det innebär bl.a. att en leverantör har att ange omständigheter som denne grundar sin talan på vid en överprövning, i betydelsen av att leverantören annars riskerar att lida förlust, för att domstolen inte kan lägga omständigheten till grund för avgörandet. En sådan tillämpning av vilka grunder domstolen får beakta går dock inte att finna uttryckligen i förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL). Det innebär att jurister (och icke-jurister) behöver tolka den åberopsbörda som HFD konstruerat i förhållande till officialprincipen. Resultatet av den analysen eller tolkningen kan beskrivas som ”gällande rätt” men enligt min uppfattning inte i betydelsen en objektivt gällande rätt. För att göra anspråk på att min undersökning och analys konstruerar något som kan vara ”gällande rätt” tar jag utgångspunkt i den juridiska argumentation Peczenik förespråkar, vilken har till syfte att visa att en normativ utsaga är förnuftig inom gällande rätt.<sup>15</sup> Genom att jag använder en juridisk argumentation som jurister godtar som ett uttryck för gällande rätt är det möjligt att diskutera rättsfrågor med samma utgångspunkter som andra jurister vilket bidrar till att min argumentation och mina slutsatser blir kontrollerbara.<sup>16</sup>

Inom juridisk argumentation menar Peczenik att både juridiska auktoritetsskäl (rättskällor) och olika slags sakskäl är relevanta argument. Rättskällor, såsom lagtext, prejudikat, förarbeten m.m. har en särställning inom denna juridiska argumentation eftersom de förutsätts. De kan endast sättas ur spel om mycket starka sakskäl talar för att så ska ske. Stödet för sakskäl bygger på en sats innehåll och inte på andra omständigheter, till exempel på vem som har uttalat något. Detta står i kontrast till rättskällorna som har tyngd som argument i en juridisk argumentation för att de har auktoritet i sig, oberoende av dess innehåll.<sup>17</sup>

Peczenik menar att rättskällor kan delas in i sådana som ska beaktas, bör beaktas och sådana som får beaktas, av auktoritetsskäl i juridisk argumentation. Lagar och andra föreskrifter *ska* tolkas som auktoritetsskäl i juridisk argumentation medan högsta domstolsinstansers avgöranden *bör* beaktas som auktoritetsskäl i väsentligt liknande fall både i rättspraxis och i rättsvetenskap.<sup>18</sup> Vad gäller en åberopsbörda i upphandlingsmål går denna, som tidigare konstaterats, inte att utläsa i lagtext utan har tillämpats i praxis från högsta instans. Jag har därför analyserat de rättsfall, RÅ 2009 ref. 69, HFD 2015 ref. 55 (s.k. Avonova-domen) och HFD 2018 ref. 28, där HFD uttryckt att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål. Eftersom åberopsbördan kommit till uttryck i praxis lägger jag stor vikt vid de formuleringar HFD använder sig av i domskälen och tolkar dem utifrån förarbeten, som Peczenik menar *bör* beaktas,<sup>19</sup> men också utifrån rättsvetenskaplig doktrin, vilket Peczenik

---

<sup>15</sup> Jfr Peczenik (1995) s. 204–208.

<sup>16</sup> Jfr a.a. s. 225.

<sup>17</sup> A.a. s. 204–208.

<sup>18</sup> A.a. s. 209–215 och 232.

<sup>19</sup> A.a. s. 215.

anser *får* beaktas.<sup>20</sup> Han menar att huvuduppgiften för den systematisering och tolkning som genomförs i doktrin består i att beskriva rättsordningen som ett system av normer som hänger samman.<sup>21</sup> Två rättsvetenskapliga artiklar<sup>22</sup> som analyserar åberopsbördan i upphandlingsmål, skrivna av Boris Melvås respektive Kenneth Nordback, får stort utrymme för att analysera vad en part ska åberopa.<sup>23</sup> Eftersom ämnet är begränsat behandlat har jag försökt att sätta författarnas åsikter i relation till varandra i den mån det är möjligt för att förhålla mig kritiskt till deras uppfattningar. Även Ulrik von Essens, tidigare professor och nu justitieråd i HFD, arbeten<sup>24</sup>, samt Bertil Wennergrens, som bl.a. varit regeringsråd, kommentar till förvaltningsprocessen från 2005, används i hög grad, men också annan litteratur. I denna uppsats får den systematisering och tolkning av normer som återfinns i doktrin således stor betydelse eftersom domstols bundenhet till grunder som åberopats, som tillämpas i upphandlingsmål, inte behandlas uttryckligen i lagtext eller förarbeten.

Peczenik menar att även kammarrättsavgöranden *får* beaktas i juridisk argumentation i väsentligt liknande fall.<sup>25</sup> I uppsatsen används därför, förutom HFD:s praxis, kammarrättsavgöranden för att bl.a. beskriva hur tydligt leverantörer har ansetts behöva göra åberopanden för att domstolen ska få lägga omständigheterna till grund för avgörandet. Rättskällor av lägre rang än lagtext får därför i detta arbete stort utrymme för att beskriva hur det går att betrakta gällande rätt. Dessa rättskällor relateras i möjligaste mån till de förarbetsuttalanden och den lagtext som finns för att konstruera argument för hur rätten kan betraktas för att framstå som enhetlig.

Eftersom offentlig upphandling i hög grad är direktivstyrd behandlas också EU-rättsliga principer och praxis från EU-domstolen. I uppsatsen analyseras därför också hur EU-rätten påverkat de svenska reglerna när det kommer till bl.a. domstols officialansvar och därmed ansvarsfördelningen i förhållande till processmaterialet. En begränsning sker således inte till de ”klassiska” rättskällorna i en svensk kontext.

När HFD menar att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål och tillämpar en åberopsbörda gör domstolen det genom att likna måltypen med dispositiva tvistemål. Eftersom det finns förhållandevis lite skrivet i doktrin om vad detta innebär för parterna respektive domstolens ansvar för processmaterialet samt processramen i överprövningsmål och i förvaltningsprocessen, har jag valt att använda mig av litteratur från

---

<sup>20</sup> A.a. s. 216.

<sup>21</sup> A.a. s. 262.

<sup>22</sup> Melvås, *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2013 och Nordback, *Relevanta ”omständigheter” vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 2 2010.

<sup>23</sup> Dessa två författares artiklar får stort utrymme eftersom det finns begränsat med material vad gäller åberopsbörda i överprövningsmål. Jag anser dock att den argumentation de för är underbyggd och därför utgör bra utgångspunkter.

<sup>24</sup> I detta fall *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar* (7 sep. 2017, Zeteo) samt *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och avslutande frågor*, 2016.

<sup>25</sup> Peczenik (1995) s. 232.

dispositiva tvistemål för att systematisera och skapa förståelse för uppsatsens ämne.<sup>26</sup> Detta bl.a. genom att använda mig av processrättsliga begrepp från sådan litteratur och de sammanhang de används i där. Eftersom överprövningsmål inte fullständigt går att jämföra med dispositiva tvistemål finns det tillfällen när jämförelsen skaver. Jag försöker förhålla mig till det genom att vara tydlig med när jag som uppsatsförfattare anser att det uppstår problem att använda sig av begrepp hämtade från tvistemål. Eftersom det finns likheter mellan processtyperna anser jag ändå att jämförelsen kan göras och att bl.a. begrepp från den allmänna processen kan användas för att systematisera reglerna och därmed skapa förståelse för tillämpningen i upphandlingsmål.

Uppsatsens senare del behandlar informationsinhämtning. I denna del beskriver jag de metoder för informationsinhämtning som är tillämpliga under processen, utifrån rättsregler i lagtext och praxis, i förhållande till en leverantörs åberopsbörda samt bevisbörda. I den här delen utgör professor Peter Westbergs bok *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* från 2010 ramen för diskussionen. Det kan uppfattas som problematiskt att en persons verk får så stort utrymme. I boken åskådliggör dock Westberg den processuella konstruktionen i dispositiva tvistemål och dess sammanhang på ett sätt som passar bra för hur jag velat skapa förståelse för möjligheten till informationsanskaffning i upphandlingsmål.

---

<sup>26</sup> Ett av de arbeten som återkommande används i uppsatsen och som behandlar dispositiva tvistemål är Robert Bomans avhandling *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*. Jag har valt Bomans avhandling eftersom den ofta refereras till i andra arbeten.

## 2 Utgångspunkter

I det här kapitlet ges en kort bakgrund till reglerna om offentlig upphandling och sekretessregler som aktualiseras vid upphandlingar samt överprövningar. Tanken är att dessa avsnitt ska skapa en grundläggande förståelse för upphandlingsreglerna och introducera principer som diskuteras i uppsatsens materiella kapitel. Vidare introduceras officialprincipen i kontrast till förhandlingsprincipen samt andra processrättsliga begrepp och regler som används i uppsatsens analys.

### 2.1 Offentlig upphandling

#### 2.1.1 Offentlig upphandling i sitt sammanhang

De svenska reglerna om offentlig upphandling bygger i huvudsak på EU-direktiv som i sin tur, i vissa delar, bygger på Världshandelsorganisationens Government Procurement Agreement. Syftet med direktiven är att motverka hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster, vilket ska möjliggöra förverkligandet av den inre marknaden.<sup>27</sup> Bland direktiven återfinns bland annat det s.k. klassiska direktivet<sup>28</sup>, försörjningsdirektivet<sup>29</sup> och koncessionsdirektivet<sup>30</sup>. Vidare finns rättsmedelsdirektiv som lägger en grund för rättsskyddsbestämmelser i medlemsstaternas nationella lagstiftning; det första rättsmedelsdirektivet<sup>31</sup>, det andra rättsmedelsdirektivet<sup>32</sup> och ändringsdirektivet<sup>33</sup>. Det är endast upphandlingar med kontraktswärde över vissa beloppsgränser, de s.k. tröskelvärdena, som är direktivstyrda. För upphandlingar under tröskelvärdena gäller mindre omfattande regler vilket innebär att vissa andra regler för annonsering och val av förfaranden är tillämpliga.<sup>34</sup> Reglerna om tröskelvärden bygger på att upphandlingar under tröskelvärdena inte påverkar konkurrensen och den fria rörligheten inom EU i sådan omfattning att de behöver omfattas av direktiven.<sup>35</sup>

Upphandlingsreglerna bygger på fem grundprinciper som kommer till uttryck i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och som utvecklats i EU-domstolens praxis: likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Principerna har också implementerats i den svenska lagstiftningen och återfinns bl.a. i 4 kap. 1 § LOU.

Även upphandlingar under tröskelvärdena omfattas av allmänna principer i EU-fördragen enligt EU-domstolens praxis.<sup>36</sup> Vidare har EU-domstolen uttalat att nationella bestämmelser som

---

<sup>27</sup> Pedersen, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2017, s. 22–26.

<sup>28</sup> Direktiv 2014/24/EU.

<sup>29</sup> Direktiv 2014/25/EU.

<sup>30</sup> Direktiv 2014/23/EU.

<sup>31</sup> Direktiv 89/665/EEG.

<sup>32</sup> Direktiv 92/13/EEG.

<sup>33</sup> Direktiv 2007/66/EG.

<sup>34</sup> Se 19 kap. LOU och Nord, lagen om offentlig upphandling (2016:1145) kommentaren till 5 kap. 1 §. Karnov.

<sup>35</sup> Nord, lagen om offentlig upphandling (2016:1145) kommentaren till 5 kap. 1 §, Karnov; HFD:s dom 2018-10-19 i mål nr. 3830-17.

<sup>36</sup> Dom av den 7 december 2000, Telaustria och Telefonadress, C-324/98, p. 60; beslut av den 3 december 2001, Vestergaard, C-59/00, p. 19–21.

bygger på unionsrättsliga regler bör tolkas i enlighet med unionsrätten eftersom det ligger i unionsrättens intresse att begrepp och bestämmelser tolkas på ett enhetligt sätt.<sup>37</sup> Detta gäller särskilt de allmänna principerna som är direkt hämtade från unionsrätten,<sup>38</sup> vilket innebär att deras närmare innebörd bestäms av EU-domstolens praxis.<sup>39</sup> EU-rättens krav på offentliga upphandlingar omfattar därför både de direktivstyrda upphandlingsreglerna och de som inte är det. HFD har dock uttalat att det är "[e]n annan sak att relevansen och den faktiska innebörden av de allmänna principerna naturligen varierar med hänsyn till varje enskilt upphandlingsärendes karaktär och föremål."<sup>40</sup>

LOU tillämpas av de organisationer som tillhör den klassiska sektorn, de organisationerna kallas upphandlande myndigheter. De organisationer som tillhör försörjningssektorerna, d.v.s. är verksamma i områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och som tillämpar LUF, kallas upphandlande enheter.<sup>41</sup> De offentligt styrda organ som benämns upphandlande myndighet behöver dock inte omfattas av myndighetsbegreppet i regeringsformen. I denna uppsats berörs endast LOU, såsom tidigare angetts i avsnitt 1.3, vilket innebär att begreppet upphandlande myndigheter kommer att användas.

### 2.1.2 Överprövning av offentlig upphandling

Processen i mål om överprövning enligt LOU styrs av flera olika regelverk. Framförallt handlar det om bestämmelserna i 20 kap. LOU och de allmänna bestämmelserna i FPL. Vidare aktualiseras vissa regler i rättegångsbalken (1942:740) (RB) och de tidigare nämnda rättsmedelsdirektiven samt unionsrättsliga principer om bl.a. effektiv rättslig prövning.<sup>42</sup> Enligt EU-domstolens praxis är rättsmedelsdirektivens syfte att säkerställa att upphandlande myndigheters beslut ska kunna prövas effektivt och skyndsamt för att på så sätt säkerställa att direktiven om offentlig upphandling iakttas.<sup>43</sup>

I 20 kap. 4 § LOU stadgas att en allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kommer kunna lida skada. Det är endast leverantörer som kan ansöka om överprövning av en upphandling. Begreppet leverantör omfattar emellertid inte endast leverantörer som lämnat anbud i en specifik upphandling utan också en leverantör som hade kunnat lämna ett anbud.<sup>44</sup> Överprövningsprocessen är således leverantörsdriven. Motparten i överprövningsmål enligt LOU är upphandlande myndigheter, d.v.s. de myndigheter eller bolag som omfattas av reglerna och har genomfört upphandlingen.<sup>45</sup> I vissa fall är det dock möjligt för andra leverantörer än den som ansökt om överprövning att

---

<sup>37</sup> Dom av den 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, p. 32.

<sup>38</sup> Prop. 2006/07:128 s. 156–157.

<sup>39</sup> Se dom av den 7 december 2000, Telaustria och Telefonadress, p. 60; beslut av den 3 december 2001, Vestergaard, p. 19–21; Högsta förvaltningsdomstolens dom 2018-10-19 i mål nr 3830-17.

<sup>40</sup> HFD:s dom 2018-10-19 i mål nr 3830-17.

<sup>41</sup> Pedersen (2017) s. 39 och 63.

<sup>42</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 7.

<sup>43</sup> Dom av den 28 oktober 1999, Alcatel Austria AG m.fl., C-81/98, p. 34.

<sup>44</sup> Pedersen (2017) s. 188–189.

<sup>45</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 81.

träda in i processen, s.k. tredjemansinträde, och dessa blir då parter i målet.<sup>46</sup> Det gäller när sökandeleverantören begärt att en eller flera andra leverantörers anbud inte ska få delta i en ny utvärdering och domstolen överväger att bifalla den ansökande leverantörens yrkande om att utesluta anbudet eller anbudena.

I 20 kap. 6 § LOU stadgas att för att domstolen ska bifalla en ansökan om överprövning ska den upphandlande myndigheten ha brutit mot någon av de grundläggande principerna – likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet – eller någon annan bestämmelse i LOU vilket har medfört att leverantören har lidit, eller kan komma, att lida skada. Vid bifall till ansökan ska domstolen besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Den vanligaste grunden för överprövning är att en leverantör menar att det finns brister i förfrågningsunderlaget.<sup>47</sup> Det kan vara att förfrågningsunderlaget är otydligt, diskriminerande eller på annat sätt utformat på ett sätt som innebär att det hindrar leverantören från att lämna ett optimalt anbud. En sådan grund för ansökan om överprövning hänför sig till det som brukar benämnas *upphandlingens konkurrensuppsökande skede*. Med upphandlingens konkurrensuppsökande skede avses som utgångspunkt överträdelser som är hänförliga till beslut som fattats, eller åtgärder som vidtagits, fram till att tidpunkten för att komma in med anbud löpt ut. När det föreligger brister i det konkurrensuppsökande skedet innebär det att upphandlingen ska göras om.<sup>48</sup>

Upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan ställas i kontrast till *upphandlingens kvalificering- eller utvärderingsfas*.<sup>49</sup> Med det förstås vanligen de fel som avser åtgärder den upphandlande myndigheten vidtagit efter att anbud inkommit vilket innebär att åtgärderna inte har någon påverkan på upphandlingens konkurrensuppsökande skede.<sup>50</sup> Ett exempel på det är brister i utvärderingen av ska-kraven. Ett förfrågningsunderlag innehåller nämligen ett antal krav som ett anbud måste uppfylla för att kunna vara möjligt att anta. Dessa avser bl.a. de obligatoriska kraven på den vara som ska upphandlas, som brukar benämnas ska-krav.<sup>51</sup> Utgångspunkten är att ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven måste förkastas eftersom det strider mot principen om likabehandling om anbudena inte kan jämföras på ett garanterat objektivt sätt.<sup>52</sup> Att en eller flera leverantörer inte uppfyller ett eller flera ska-krav är den näst vanligaste anledningen till att en upphandling överprövas,<sup>53</sup> och är en brist hänförlig till upphandlingens kvalificeringsfas.<sup>54</sup> När domstolen finner att det finns brister i

---

<sup>46</sup> Se HFD 2011 ref. 29 och HFD 2013 ref. 24.

<sup>47</sup> Upphandlingsmyndigheten, *Kartläggning och analys av mål om överprövning*, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, december 2017, s. 55.

<sup>48</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 216.

<sup>49</sup> A.a. s. 189.

<sup>50</sup> A.a. s. 203.

<sup>51</sup> A.a. s. 197 och 208.

<sup>52</sup> A.a. s. 208.

<sup>53</sup> Upphandlingsmyndigheten (2017) s. 56.

<sup>54</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 189.

kvalificerings- eller utvärderingsfasen kan det oftast avhjälpas genom att rätten förordnar om rättelse.<sup>55</sup>

Eftersom upphandlingar över tröskelvärdena är direktivstyrda, och upphandlingar under tröskelvärdena omfattas av de allmänna principerna i EU-fördragen, aktualiseras allmänna EU-rättsliga principer vid överprövningar av offentliga upphandlingar. EU:s medlemsstater har ett övergripande ansvar för att tillhandahålla effektiva rättsskydd enligt 19(1) 2 st. FEU.<sup>56</sup> Det finns däremot ingen harmoniserad processrätt utan det, är som EU-domstolen uttryckt det, upp till ”varje medlemsstat att i sin interna rättsordning utse de behöriga domstolarna och fastställa de processuella regler som gäller för de förfaranden som är avsedda att säkerställa skyddet av de rättigheter som enskilda har till följd av den direkta effekten av unionsrätten.”<sup>57</sup> Det brukar benämnas medlemsstaternas processuella autonomi.<sup>58</sup> Medlemsstaternas handlingsutrymme begränsas dock i processuellt hänseende av bl.a. effektivitetsprincipen, som egentligen rymmer flera olika principer.<sup>59</sup> Två av dessa är effektivitets- och likvärdighetsprinciperna som etablerades i EU-domstolens avgöranden *Rewe* och *Comet*.<sup>60</sup> EU-domstolen anser att effektivitets- och likvärdighetsprinciperna ger ”uttryck för medlemsstaternas allmänna skyldighet att säkerställa ett domstolskydd för enskildas rättigheter enligt gemenskapsrätten”.<sup>61</sup> Den processuella autonomin begränsas också av att alla medlemsstater är skyldiga att leva upp till de minimikrav som följer av rätten till domstolsprövning, vilket har erkänts som en allmän rättsprincip i praxis.<sup>62</sup> Även lojalitetsprincipen, som kommer till uttryck i 4(3) FEU, och som innebär att de nationella domstolarna måste underlätta EU-rättens genomslag och underlåta att vidta åtgärder som hindrar unionsrättens genomslag begränsar medlemsstaternas processuella autonomi.<sup>63</sup> Dessa principer syftar till att genomföra eller förstärka materiella unionsrättsliga bestämmelser,<sup>64</sup> i det här fallet upphandlingsreglerna. Det är således inte endast de upphandlingsrättsliga principerna som ska tolkas i enlighet med EU-rätten utan även allmänna unionsrättsliga principer kan innefatta krav på genomförandet av svenska överprövningsprocesser.

Något ska också sägas om bevisbördan i överprövningsmål. En förenklad förklaring av vad som avses med bevis är att bevis utgör den information som ska användas för att utreda vilken av parternas versioner av någonting som domaren ska tro på och lägga till grund för avgörandet.<sup>65</sup> Mot bakgrund av denna förklaring är det lätt att förstå att frågan vem som har bevisbördan är

---

<sup>55</sup> A.a. s. 216.

<sup>56</sup> Termen i den svenska översättningen av FEU är ”överklagande” vilket har ansetts missvisande eftersom det som avses egentligen är ”rättsmedel”, se Wallerman, *Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*, 2015, s. 87 med hänvisningar.

<sup>57</sup> Dom av den 14 december 1995, van Schijndel och van Veen, C-430/93 och C-431/93, p. 17.

<sup>58</sup> Se dom av den 7 januari 2004, *Wells*, C-201/02, p. 65; Wallerman (2015) s. 88–89.

<sup>59</sup> A.a. s. 89–93.

<sup>60</sup> Dom av den 16 december 1976, *Rewe*, C-33/76, p. 5; dom av den 16 december 1976, *Comet*, C-45/76, p. 13 och 16.

<sup>61</sup> Dom av den 15 april 2008, *Impact*, C-268/06, p. 47.

<sup>62</sup> Se Dom av den 15 maj 1986, *Johnston*, C-222/84, p. 17–19; dom av den 15 oktober 1987, *Heylens*, C-222/86, p. 14–15.

<sup>63</sup> Se Wallerman (2015) 107.

<sup>64</sup> A.a. s. 91.

<sup>65</sup> Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, 2010, s. 297–298.

central både i överprövningar och andra domstolsprocesser. Generellt gäller inom förvaltningsrätten att den som söker en förmån från det allmänna har bevisbördan för att förutsättningarna är uppfyllda, medan det allmänna har bevisbördan vid ingripanden och betungande beslut för den enskilda. Överprövningsmål passar dock inte in i någon av dessa två typsituationer.<sup>66</sup> Som huvudregel gäller att den leverantör som ansökt om överprövning har bevisbördan för att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökandebolaget lidit skada av det.<sup>67</sup> Det innebär att det är den sökande leverantören som ska bevisa att det finns brister i förfrågningsunderlaget eller att en annan anbudsgivare inte uppfyllt alla obligatoriska krav. När det gäller att en upphandlande myndighet har fått göra undantag från upphandlingsreglerna, t.ex. genom att genomföra upphandling utan föregående annonsering gäller dock enligt praxis från EU-domstolen att det är myndigheten som har bevisbördan för att förutsättningarna för undantag var uppfyllda.<sup>68</sup> Denna frågeställning diskuteras dock inte i denna uppsats.

### 2.2.3 Offentlig upphandling och sekretess

Om den upphandlande myndigheten omfattas av offentlighetsprincipen kan leverantörer begära ut andra leverantörers anbud från den upphandlande myndigheten. Handlingsoffentligheten kommer till uttryck i 2 kap. tryckfrihetsförordningen (1949:105) (TF). En allmän handling kan antingen vara offentlig eller sekretessbelagd, d.v.s. hemlig.<sup>69</sup> Som konstaterades i inledningen står dock ofta sekretess i vägen för möjligheten att få del av uppgifter som finns hos myndigheter under och efter upphandlingar.

Under en offentlig upphandling råder som huvudregel absolut sekretess fram till att myndigheten har fattat ett tilldelningsbeslut eller fram till att anbuden offentliggjorts, enligt 19 kap. 3 § 2 st. OSL. När den absoluta sekretessen släpps gäller istället 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.

Sekretessen till förmån för det allmänna innehåller ett rakt skaderekvisit vilket innebär att det råder presumtion för offentlighet. Exempel på när sekretess föreligger kan vara när myndighetens ställning i förhandlingar kan komma att försvagas,<sup>70</sup> eller att kommande anbuds-förfarande kan påverkas negativt om uppgifter från ett avslutat anbuds-förfarande lämnas ut.<sup>71</sup> Sekretess till förmån för enskildas ekonomiska intresse gäller för uppgift om en enskilds affärs- eller driftförhållanden när denne har trätt i affärsförbindelse med en myndighet, om det av särskild anledning kan antas att den enskilde lider skada om uppgiften röjs. Stor vikt läggs vid att anbudsgivare uppger att ett utlämnande skulle innebära skada, under förutsättningen att anbudsgivaren motiverar sitt ställningstagande.<sup>72</sup> Sekretessen kan t.ex. röra vilka varor en

---

<sup>66</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 291.

<sup>67</sup> Se t.ex. HFD 2013 ref. 53; Kammarrätten i Jönköpings dom 2017-02-21 i mål nr. 2632-16.

<sup>68</sup> Dom av den 18 maj 1995, Kommissionen mot Italien, C-57/94, p. 23.

<sup>69</sup> Strömberg & Lundell, *Handlingsoffentlighet och sekretess*, 2009, s. 13.

<sup>70</sup> Se RÅ 1990 not. 9.

<sup>71</sup> Se RÅ 1988 not. 236.

<sup>72</sup> Söderqvist, *Offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) kommentaren till 31 kap. 16 §*, Karnov.



anbudsgivare erbjuder till vilket pris eftersom anbudsgivaren anser att uppgifterna utgör företagshemligheter.<sup>73</sup>

Huvudregeln när ett mål hamnar hos domstol är att samma sekretessbestämmelse som gällde hos myndigheten följer med till domstolen och att sekretessprövningen görs där istället, enligt 43 kap. 2 § OSL. Undantag från detta räknas dock upp i 43 kap. 3 §, där både 31 kap. 16 § och 19 kap. OSL räknas upp. Det innebär att när en upphandling överprövas gäller inte sekretessreglerna som ska skydda det allmänna respektive enskildas ekonomiska intresse i målet hos domstolen. Istället gäller enligt 36 kap. 2 § 1 st. OSL sekretess hos domstolen, i mål i domstolens rättskipande verksamhet, för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftsförhållande om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs.

I förhållande till en leverantör som ansökt om överprövning har domstolen en kommunikations-skyldighet enligt 18 § FPL för uppgifter som tillförts målet genom annan än leverantören själv och enligt 43 § har sökande rätt att ta del av vad som tillförts målet genom den s.k. partsinsynen. Båda dessa rättigheter begränsas dock av 10 kap. 3 § OSL där det stadgas att en handling eller annat material i målet inte får lämnas ut till parten i den utsträckning det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs.

## 2.2 Officialprincipen

I detta avsnitt presenteras processrättsliga regler, principer och begrepp kommer användas i uppsatsens analys för att diskutera hur ansvarsfördelningen mellan processsubjekten för processramen och processmaterialet ser ut.

Processens ram dras som utgångspunkt upp av parternas yrkanden samt grunder för talan.<sup>74</sup> Domstols 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. Förenklat går det att tala om att den processrättsliga doktrinen har laborerat med två principer som reglerar i vilken mån domstolen respektive parterna på eget initiativ ska vara aktiva i processen: officialprincipen och förhandlingsprincipen. I en renodlad form kan dessa principer sägas representera två ytterligheter. I en process som präglas av officialprincipen spelar domstolen en huvudroll medan parterna intar en biroll. I en process präglad av förhandlingsprincipen är rollerna de omvända.<sup>75</sup> Vilken av principerna som präglar processen spelar också roll för omfattningen av rättens officialansvar.

### 2.2.1 Officialprincipen och förhandlingsprincipen

Både i litteraturen och förarbeten hänvisas det ibland till officialprincipen som om den vore en erkänd och, i förhållande till sitt innehåll, känd princip. Det är dock inte fallet utan termen fylls med något varierande innehåll av olika författare. I någon mån handlar officialprincipen i vart

<sup>73</sup> Se HFD:s dom 2018-10-19 i mål nr 3830-17.

<sup>74</sup> von Essen, *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*, 2016, s. 185.

<sup>75</sup> Westberg, *Civilrättskipningen*, 2003, s. 136–137; Wejedal, *Rätten till biträde – Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*, 2017, s. 807.

fall om domstolens ansvar för utredningens fullständighet.<sup>76</sup> En annan beskrivning av officialprincipen är att principen innebär att domstolen får, eller ska, vara självständigt verksam i processen. I det ingår att domstolen har möjlighet att ex officio anskaffa processmaterial och processleda samt framförallt har möjlighet att förmå parterna att anskaffa processmaterial och utvidga processramen.<sup>77</sup>

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 domstolens ansvar för utredningens fullständighet. Med begreppet ”utredning” avses då främst bevisfakta och utredningsansvaret utövas som utgångspunkt inom den processram parterna dragit upp genom sina yrkanden och anförda grunder. Den andra aktivitet som åsyftas är att domstolen har en större eller mindre *officialprövningsrätt*. Med detta avses domstols rätt att vidga processramen genom att vid målets prövning gå utanför parternas yrkanden och åberopade grunder. Har domstolen en sådan prövningsrätt utvidgas officialansvaret i motsvarande mån. I en renodlad form innebär officialprincipen att domstolen ska se till att utredningen i målet blir så fullständig som krävs för att domstolen ska kunna fälla avgörandet utan att vara bunden av parternas respektive processhandlingar och den processram parterna dragit upp.<sup>78</sup>

Officialprincipen kan ställas i kontrast till förhandlingsprincipen som ålägger eller tillåter parterna att själva företa processhandlingar och på så sätt påverka processmaterialet respektive processramen.<sup>79</sup> Parterna är verksamma i processen på ett sådant sätt att det är tal om en ”förhandling”.<sup>80</sup> 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 en renodlad form innebär således förhandlingsprincipen att domstolen ska avgöra målet utifrån den bevisning parterna presenterat i förhållande till den processram parterna dragit upp genom sina yrkanden/medgivanden och åberopanden/erkännanden.<sup>81</sup> von Essen påpekar dock att det kan vara olämpligt att ställa principerna mot varandra eftersom de inte representerar någon speciell typ av process utan att officialprincipen tillämpas i någon mån i alla processer.<sup>82</sup> Detta gäller också förhandlingsprincipen. Istället pekar principerna ut vilket processsubjekt, parterna eller domstolen, som ska inta den dominerade ställningen i rättegången.<sup>83</sup>

## 2.2.2 Processens ram

Som tidigare berörts dras som utgångspunkt processens ram upp av parternas yrkanden och grunder för talan.<sup>84</sup> I 4 § FPL föreskrivs att i en ansökan, ett överklagande eller därmed

<sup>76</sup> Wennergren, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, 2005, s. 146; Wejedal (2017) s. 807–808.

<sup>77</sup> Ekelöf, Edelstam, Heuman & Pauli, *Rättegång. Fösta häftet*, 2016, s. 74.

<sup>78</sup> Wejedal (2017) s. 808–810.

<sup>79</sup> A.a. s. 809.

<sup>80</sup> Ekelöf m.fl. (2016) s. 74.

<sup>81</sup> Wejedal (2017) s. 809–810.

<sup>82</sup> von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar* (7 sep. 2017, Zeteo), kommentaren till 8 § FPL under rubriken Officialprincipens förhållande till förhandlingsprincipen.

<sup>83</sup> Wejedal (2017) s. 810.

<sup>84</sup> von Essen (2016) s. 185.

jämförlig handling ska anges vad som yrkas och de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Bestämmelsen 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 att rätten även utan yrkande får besluta till det bättre för enskild, när det kan ske utan men för enskilt motstående intresse. Av 30 § följer därtill, att någon åberopsbörd inte åvilar någon part. Enligt förvaltningsprocesslagen har domstolen således en officialprövningsrätt och är inte bunden av den processram parterna dragit upp.

I förvaltningsprocessen har parterna möjlighet att anföra nya omständigheter till stöd för sin talan under processens gång. Frågan om den möjligheten är begränsad i tid, i samma instans, är inget som regleras i FPL eller behandlas i förarbetena till lagen. von Essen menar bl.a. därför att det i förvaltningsprocessen inte finns någon sådan begränsning utan att en part under processen är oförhindrad att anföra nya omständigheter som ska ligga till grund för domstolens prövning.<sup>85</sup> När det kommer till att anföra omständigheter, som inte anförts i förvaltningsrätten, i kammarrätten anses det vara en allmän förvaltningsrättslig princip att det är möjligt så länge *saken* inte blir en annan än den som prövades i den tidigare instansen.<sup>86</sup>

I några avgöranden, utöver upphandlingsmål som kommer beröras senare, har HFD funnit att endast omständigheter en part åberopat kan läggas till grund för en förvaltningsdomstols prövning, trots att det inte framgår av FPL. Domstolarnas officialprövningsrätt har således begränsats. Målen har gällt återkallelse av läkarlegitimation<sup>87</sup>, disciplinpåföljd för läkare<sup>88</sup> och körkortsingripande<sup>89</sup>. I dessa måltyper har HFD ansett att domstolens prövningsram inte kan vara så omfattande att det ersätter en offentlig parts ansvar för att åberopa grunder för sin talan när det har rört mål där det allmänna vidtagit långtgående ingripande åtgärder mot enskilda.

I anslutning till detta ska också några av de begrepp som aktualiseras i förhållande till yrkanden och grunder presenteras. Med begreppet *yrkanden* avses *den rättsföljd som den som överklagat vill ska inträffa*,<sup>90</sup> medan begreppet *grunden för talan* avser *de faktiska omständigheter* som åberopas till stöd för att rättsföljden ska inträffa, d.v.s. att yrkandet ska bifallas. I förhållande till de faktiska omständigheterna går det att föra bevisning om existensen eller icke-existensen av förhållandena.<sup>91</sup>

Termen *omständigheter* kan delas in i två huvudkategorier, *rättsfakta* och *bevisfakta*. Med rättsfakta avses faktiska omständigheter som ensamma eller tillsammans med andra rättsfakta

---

<sup>85</sup> von Essen (2016) s. 239.

<sup>86</sup> RÅ 2003 ref. 1 I förhållande till omständighet som klagande åberopar först i HFD gäller att i mål där prövningstillstånd krävs så får omständighet eller bevis, som klagande åberopar först där, endast beaktas om det finns särskilda skäl, se 37 § FPL.

<sup>87</sup> RÅ 1989 ref. 67; 1990 ref. 64.

<sup>88</sup> RÅ 1990 ref. 108.

<sup>89</sup> RÅ 1991 ref. 67.

<sup>90</sup> Nordh, *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, 2012, s. 41 och von Essen (2016) s. 121 och 189.

<sup>91</sup> Nordh (2012) s. 41–42.

kan leda till en rättsföljd.<sup>92</sup> Rättsfakta går alltid att koppla till de rekvisit som leder till en viss rättsföljd och utgörs av de till stöd för yrkandena åberopade omständigheterna.<sup>93</sup> Omständigheterna är då de *sakförhållanden* som innebär att rekvisit är uppfyllda.<sup>94</sup> Rättsfakta måste skiljas från bevisfakta, vilket avser olika förhållanden som kan tjäna som bevis för att faktiska omständigheter föreligger eller inte föreligger.<sup>95</sup> Eftersom bevisningen ska avse rättsfakta, som enligt den materiella rättens rekvisit är relevanta, utgör alltid olika rättsfakta olika *bevisteman* i målet.<sup>96</sup>

Det är också 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.<sup>97</sup> 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.<sup>98</sup> 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. Lindell menar dock att dessa distinktioner inte alltid går att göra, utan att sak- och rättsfrågor kan flyta ihop. Så sker när bevisteman i mål inte kan fixeras. Att bevisteman inte kan fixeras beror på att komplexa rättsfaktum görs till föremål för bevisning och att värdebegrepp kan vara svåra att upplösa till beskrivande satser. Exempel på ett sådant komplext rättsfaktum är rekvisitet ”störande”. Ponera att det görs gällande att en hyresgäst varit ”störande” för att denne har spelat musik ”väldigt högt”. En fråga som då uppstår är om vittnena är särskilt lättstörda? En annan fråga är hur stor en störning måste vara för att en annan hyresgäst inte ska behöva tåla den? Den senare frågan är en rättsfråga, men det blir svårt att skilja frågan om hur stark bevisningen för störningen ska vara (rättsfråga) från frågan om beviskravet ska anses vara uppfyllt (sakfråga), när styrkan av störningen inte objektivt kunnat bestämmas. Eftersom bevistemat inte kunnat fixeras flyter således sak- och rättsfrågan ihop. Lindell menar vidare att vaga begrepp som inte kan reduceras till konkreta termer gör att det blir svårt att skilja mellan bevis- och rättsfakta. Om ett vittne säger att någon ”spelat väldigt högt” – är det en utsaga som utgör bevisfaktum för att personen varit ”störande”, eller är det rättsfakta som konstituerar rekvisitet ”störande”?<sup>99</sup>

---

<sup>92</sup> A.a. s. 43

<sup>93</sup> von Essen (2016) s. 189–190.

<sup>94</sup> A.a. s. 190.

<sup>95</sup> A.a. s. 190; Nordh (2012) s. 43.

<sup>96</sup> von Essen (2016) s. 190–192.

<sup>97</sup> Nordh (2012) s. 17; Lindell, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, 1987, s. 26.

<sup>98</sup> Nordh (2012) s. 17.

<sup>99</sup> Lindell (1987) s. 190–195.

Som tidigare berörts ska en klagande i förvaltningsprocessen ange de *omständigheter* som åberopas till stöd för yrkandet, men domstolen är enligt FPL inte bunden av de åberopanden parten gör. I förarbetena till 4 § FPL, som stadgar att part ändå ska uppge de grunder som åberopas, uttalar departementschefen att huvudsaken är att part redogör för de *sakförhållanden* som denne vill åberopa till stöd för sina yrkanden. Enligt departementschefen utesluter regeln dock inte en tolkning av begreppet *omständigheter* att åberopande av *rättsliga kvalificeringar* kan inkluderas.<sup>100</sup> Av 4 § 2 st. FPL framgår vidare att sökande *bör* uppge de bevis denne vill åberopa och vad som ska styrkas med varje särskilt bevis, d.v.s. vilket bevistema varje bevis ska styrka.

I dispositiva tvistemål 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 yrkat. Domstolen är således bunden av parternas yrkanden. Vidare fastställer bestämmelsen att i dispositiva tvistemål får domstolen inte lägga en *omständighet*, som part ej åberopat till grund för sin talan, till grund för avgörandet. Enligt 13 kap. 3 § RB gäller vidare att väckt talan inte får ändras. Med det avses dock inte att kärke åberopar ny omständighet, utan att saken ändras. Förutom att domstolen således är bunden av parts yrkanden är rätten också bunden av de faktiska omständigheter part lagt till grund för yrkandet och är således bunden av den processram parterna dragit upp. Kärke har vidare begränsade möjligheter att åberopa nya omständigheter, om det innebär att saken ändras.

Att domstolen är bunden av de grunder parterna åberopat brukar uttryckas som att parterna har en *åberopsbörda*. Boman har beskrivit att åberopsbördan i dispositiva tvistemål innebär 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 rättsfaktum*, domstolen kan ta hänsyn till omständigheter som bevisfaktum utan att vara begränsade av vad part åberopat.<sup>101</sup> Förutom att endast rättsfakta måste åberopas så finns det som utgångspunkt inte någon åberopsbörda för negativa rättsfakta.<sup>102</sup> Detta gäller dock inte när en rättsregel innehåller ett rekvisit som korrelerar med ett negativt sakförhållande, d.v.s. att rekvisitet innebär frånvaron av ett sakförhållande. Denna huvudregeln innebär att part inte behöver åberopa icke-existensen av en stor mängd positiva rättsfaktum utan endast det relevanta positiva rättsfaktumet.<sup>103</sup> Vidare finns inget krav på att ange rättsregler till stöd för talan, vilket hänger samman med principen om *jura novit curia* (domstolen känner rätten).<sup>104</sup>

Både rättsfaktum som åberopats och bevisfaktum som införts i målet inryms i begreppet *processmaterial*. Processmaterialet utgörs nämligen av omständigheter rätten fått kunskap om under processen gång och som domstolen får lägga till grund för domen.<sup>105</sup> Det är dock viktigt

---

<sup>100</sup> Prop. 1971:30 s. 519.

<sup>101</sup> Boman, *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*, 1964, s. 7 och 46–48.

<sup>102</sup> A.a. s. 78–80.

<sup>103</sup> Melvås, *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2013, s. 36.

<sup>104</sup> Nordh (2012) s. 48–50.

<sup>105</sup> Lindblom, *Processens arkitektur: Jakten på det slutliga bevistemåtet i ett funkishus med flera våningar*, i *Vänbok till Torleif Bylund*, Andersson & Lindell (red.), 2003, s. 179.

att notera skillnaden mellan omständigheter som åberopats i avseende rättsfaktum respektive omständigheter som införts i avseende bevisfaktum eftersom åberopsbördan innebär att endast åberopade omständigheter, tillsammans med yrkandena i målet, utgör processramen. Omständigheter som införts men inte åberopats får endast beaktas vid bevisvärderingen och utgör inte en del av processramen.

I dispositiva tvistemål innebär åberopsbördan att grunden för ett käromål måste preciseras för att avgöra frågor om ändring av talan, *litis pendens* och rättskraft. Det krävs därför att kärande individualiserar sakförhållandet, t.ex. ett köpekontrakt, som ligger till grund för talan.<sup>106</sup> När det gäller komplexa rättsfaktum, d.v.s. ett rättsfaktum som innehåller flera skilda moment, anför Boman att allmänna åberopanden inte kan godtas om det komplexa rättsfaktumet vanligen är tvistigt. Det räcker således inte att kärande åberopar att svarande har varit vållande till en specifik skada eftersom vållandefrågan ofta är tvistig. Vid ett sådant åberopande skulle domstolen ofta kunna vänta sig att svarande kommer anföra att denne inte kan presteras något detaljerat svaromål eftersom denne inte vet vad kärande lägger denne till last. Åberopandet behöver därför som utgångspunkt vara preciserat på ett sådant sätt att svarande konkret kan svara på åberopandet, vilket hänger ihop med syftet med åberopsbördan.<sup>107</sup> Syftet med en åberopsbörda är nämligen bl.a. att parterna ska kunna disponera över processen som de vill och kunna planera sin processföring.<sup>108</sup> Genom att en part åläggs en åberopsbörda preciseras saken målet handlar om och motparten får på så sätt klart för sig vad denne ska försvara sig mot.<sup>109</sup> Vidare begränsar åberopsbördan vilka omständigheter domstolen ska bedöma och begränsar således processen till det som verkligen är tvistigt.<sup>110</sup>

### 2.2.3 Domstols officialansvar

I 8 § FPL stadgas att rätten ska se till att målet blir så utrett som *dess beskaffenhet kräver* och att rätten genom frågor och påpekanden ska verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter, d.v.s. rättens officialansvar. Till detta fogas vidare frågan om domstols officialprövning.<sup>111</sup> Begreppet ”vad målets beskaffenhet kräver” anses inbegripa både vad målet materiellt gäller och partsförhållandena.<sup>112</sup> I förarbetena uttrycker departementschefen att det är sedan gammalt att domstolens ansvar sträcker sig olika långt i olika mål.<sup>113</sup> 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.<sup>114</sup>

Bestämmelsen i 8 § FPL har utformats med 43 kap. 4 § 2 st. RB, som angår tvistemål, och 46 kap. 4 § 2 st. RB, som angår 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

---

<sup>106</sup> Boman (1964) s. 69–70.

<sup>107</sup> A.a. s. 73–74.

<sup>108</sup> A.a. s. 18–25.

<sup>109</sup> Melvås (FT 1/2013) s. 39.

<sup>110</sup> Boman (1964) s. 18–25.

<sup>111</sup> Wennergren (2005) s. 145.

<sup>112</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Allmänt.

<sup>113</sup> Prop. 1971:30 s. 529.

<sup>114</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Officialprincipens syfte och förhållande till bevisbördereglererna.

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 rättegångsbalken avseende dispositiva tvistemål och förvaltningsprocesslagen avseende förvaltningsmål. Frågan är istället *hur* aktiv domstolen ska vara i processen, vilket varierar med hänsyn till processföremålets natur och partsförhållandena i målet.<sup>115</sup>

---

<sup>115</sup> Wennergren (2005) s. 146; Wejedal (2017) s. 816–817.

## 3 En försiktig tillämpning av officialprincipen i upphandlingsmål

Som tidigare berörts är förhandlingsprincipen ett uttryck för att det är parterna i processen som vidtar processhandlingar och att processen kan karaktäriseras som en ”förhandling”.<sup>116</sup> I en renodlad form skulle förhandlingsprincipen innebära att det är parterna som är aktiva i processen och presenterar tvisten och beslutsunderlaget för en passivt lyssnande domare.<sup>117</sup> Detta i kontrast till officialprincipen som i en renodlad form innebär att rättegången gestaltas som en av domstolen bedriven undersökning.<sup>118</sup> I RÅ 2009 ref. 69 resonerar HFD om upphandlingsmålens likhet med dispositiva tvistemål, som tillämpar förhandlingsprincipen, vilket medför att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt. I förhållande till detta inför HFD något som kan liknas vid en ”åberopsbörd” för den som gör gällande att en upphandling är felaktig. I detta kapitel ska analyseras dels vad upphandlingsmålens likheter med dispositiva tvistemål, dels vad en begränsad tillämpning av officialprincipen, innebär för parterna respektive domstolens ansvar i processen. Det här framförallt i förhållande till hur långtgående domstolens officialprövningsrätt är och hur omfattande rättens officialansvar är i upphandlingsmål. Först ska dock kommenteras domstolens bundenhet av den ansökande leverantörens yrkanden.

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 upphandlingen ska göras om eller rättas.<sup>119</sup> Det innebär att domstolen *inte* är bunden av de yrkande parterna framställt utan kan gå utanför vad som har yrkats i målet utan den begränsning som följer av 29 § FPL.<sup>120</sup> 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.<sup>121</sup> Domstolen har således en officialprövningsrätt i förhållande till det eller de yrkanden sökandebolaget framställt vad gäller om upphandlingen ska rättas eller göras om.

### 3.1 En försiktig tillämpning av officialprincipen och införandet av åberopsbörd

#### 3.1.1 RÅ 2009 ref. 69 – En begränsning av officialprövningsrätten i upphandlingsmål

I RÅ 2009 ref. 69 aktualiserades frågan om en domstol i upphandlingsmål får lägga omständigheter, som sökandebolaget inte angett till grund för att upphandlingen var felaktig, till grund för avgörandet. HFD redogör i avgörandet för EU-domstolens praxis vad gäller om

---

<sup>116</sup> Ekelöf m.fl. (2016) s. 74.

<sup>117</sup> Westberg (2010) s. 67.

<sup>118</sup> Dahlgren, *Tvåpartsprocess i allmän förvaltningsdomstol*, Juridisk Tidskrift, nr. 2 1991/92, s. 249.

<sup>119</sup> RÅ 2005 ref. 47.

<sup>120</sup> Jfr Asplund m.fl. (2012) s. 217.

<sup>121</sup> A.a. s. 216.



nationella domstolar i upphandlingsmål ex officio får pröva felaktigheter som en part inte åberopat eller om domstolarna är bundna till parts åberopanden. Enligt EU-domstolen är det 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 anbudsförfarande som en part inte åberopat.<sup>122</sup> HFD konstaterar mot bakgrund av det att frågan om domstol får lägga en omständighet, som en part inte åberopat, till grund för domen, således får regleras i svensk rätt, men att det inte finns några regler om det i LOU. Vidare redogörs i rättsfallet för allmänna regler i FPL, domstolens utredningsansvar samt för förvaltningsmål där det tillämpas en åberopsbörd.

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, som tillämpar förhandlingsprincipen, än typiska förvaltningsmål. Mot bakgrund av det menar HFD att *officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt*. Som *huvudprincip* bör därför krävas att den leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktigt på ett *klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på*. HFD konstaterar också att länsrätten grundat sitt avgörande på en bedömning att förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt transparent. Eftersom leverantören inte hade angett den omständigheten till grund för sin talan borde 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 som tillämpar förhandlingsprincipen. Måltypens särart innebär att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet och att en part som gör gällande att upphandlingen är felaktig därför som utgångspunkt måste ange de omständigheter denne grundar sin talan på. Dessa skäl för tillämpningen av en åberopsbörd i upphandlingsmål skiljer sig således från de tidigare mål där HFD tillämpat en sådan. I de tidigare måltyperna har det istället motiverats utifrån att det rört sig om ingripande åtgärder för en enskild individ från det allmännas sida.<sup>123</sup>

Sandin menar att hänvisningen till att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare innebär att argumentet knyter an både till processföremålets natur (såsom affärsrelationer och starka motstående intressen) och till partsförhållandena i målet (till exempel jämbördiga parter). Detta eftersom ekonomiska relationer korrelerar med processföremålets natur och att det i princip handlar om enskilda näringsidkare korrelerar med partsförhållandena i målet.<sup>124</sup> Lindkvist anför att HFD:s referens till dispositiva tvistemål och förhandlingsprincipen indikerar att intresset av materiellt korrekta

---

<sup>122</sup> Dom av den 19 juni 2003, GATT, C-315/01, p. 45–49.

<sup>123</sup> Se RÅ 1989 ref. 67; RÅ 1990 ref. 64; RÅ 1990 ref. 108; RÅ 1991 ref. 67.

<sup>124</sup> Sandin, *Åberopsbörd i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt*, Juridisk Tidskrift, nr. 4 2009/10, s. 925.

avgöranden inte blir lika framträdande i upphandlingsmål som i typiska förvaltningsmål. Istället är det processekonomiska hänsyn som gör sig gällande.<sup>125</sup>

Även om HFD gör en parallell till dispositiva tvistemål använder de sig dock inte av termen ”åberopsbörda”. 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.<sup>126</sup> Boman menar att åberopsbördan i dispositiva tvistemål innebär att en part som underlåter att åberopa ett rättsfaktum medför olägenhet för sig själv eftersom det då inte kan läggas till grund för domen.<sup>127</sup> Eftersom länsrätten hade grundat sitt avgörande på en omständighet som leverantören inte lagt till grund för sin talan gick länsrätten utanför målets prövningsram. I rättsfallet inskränker således HFD domstolarnas officialprövningsrätt genom att anföra att utgångspunkten i upphandlingsmål är att endast anförda omständigheter får ligga till grund för domstolarnas avgörande på ett sätt som liknar åberopsbördan i dispositiva tvistemål. Även von Essen noterar dock att HFD inte argumenterar kring en åberopsbörda likt den i 17 kap. 3 § RB, som stadgar att domstolen bara får grunda domen på det part åberopat, utan istället knyter avgörandet till en försiktig tillämpning av officialprincipen.<sup>128</sup> Även om HFD jämför upphandlingsmålen med dispositiva tvistemål som tillämpar förhandlingsprincipen knyter HFD således inte argumentationen till rättegångsbalkens bestämmelse om åberopande.

Av RÅ 2009 ref. 69 framgår att *huvudprincipen* är att part ska ange vad denne lägger till grund för sin talan. Även detta talar för att det inte handlar om en direkt tillämpning av en åberopsbörda i upphandlingsmål. 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 kravet på en leverantör att klart ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på, kan tolkas på flera sätt. 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. Detta kommer istället 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 istället hade grundat sin talan på att vinnande anbudet inte uppfyllde de obligatoriska kraven.

Sandin lyfter vidare att HFD inte besvarar frågan när huvudprincipen, som innebär att en part måste ange omständigheter denne grundar sin talan på, inte ska tillämpas utan när domstolarna istället ska falla tillbaka på den generella huvudregeln i FPL. Eftersom upphandlingslagstiftningen inte endast är ett verktyg för att enskilda leverantörer ska uppnå rättvisa utan också ska göra konkurrensen på den inre marknaden mer effektiv menar Sandin att frågan om vilket skyddsintresse som kan motivera ett undantag från huvudprincipen och därmed innebära en avvikelse från denna bör ställas. Handlar det om att avvika från huvudprincipen när små

---

<sup>125</sup> Lindkvist, *Utredningsansvar, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, 2018, s. 157–158.

<sup>126</sup> Nordback, *Relevanta ”omständigheter” vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 2 2010, s. 159.

<sup>127</sup> Boman (1964) s. 7.

<sup>128</sup> von Essen (2016) s. 60.

företag bedriver en process mot en stor kommun? Eller för att skydda generella samhällliga intressen?<sup>129</sup>

Oavsett ger rättsfallet uttryck för en begränsning av domstols officialprövningsrätt, i förhållande till grunderna, som en del av en officialprincipens begränsade tillämplighet i upphandlingsmål. Domstolarna har dock fortfarande en officialprövningsrätt i förhållande till om upphandlingar ska göras om eller rättas. Begränsningen av officialprincipen innebär ett större ansvar på leverantören som gör gällande att upphandlingen är felaktig eftersom denne som huvudprincip måste ange omständigheter för att domstolen ska kunna pröva dem. Vad gäller en försiktig tillämpning av officialprincipen tydliggör HFD dock inte i vilken betydelse domstolen använder begreppen officialprincipen respektive förhandlingsprincipen i vidare mån än att HFD anför att förhandlingsprincipen i dess renodlade form innebär att ansvaret för utredningen ligger helt på parterna. Eftersom HFD inte förtydligar hur begreppet officialprincipen används tydliggörs inte vad principens begränsade tillämplighet innebär för domstolens officialansvar och därmed rättens ansvar för utredning av framförallt bevisfakta i upphandlingsmål. Att HFD menar att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål, mot bakgrund av både processföremålets natur och partförhållandena i målet,<sup>130</sup> pekar mot att domstols officialansvar torde vara mindre i upphandlingsmål än i många andra förvaltningsmål. Detta eftersom domstols ansvar för utredningens fullständighet varierar med hänsyn till målets beskaffenhet både i förvaltningsmål och i dispositiva tvistemål. von Essen menar att domstolar måste vara förhindrade att ex officio berika processmaterialet i upphandlingsmål eftersom en part måste ange de omständigheter som ska bli föremål för domstolens prövning.<sup>131</sup> Även Asplund, Ehn, Johansson och Olsson menar att återopsörda i upphandlingsmål innebär att domstols skyldighet, och möjlighet, att berika processmaterialet ex officio samt utöva materiell processledning blir mindre än i många andra förvaltningsmål.<sup>132</sup> RÅ 2009 ref. 69 kan således ses som ett uttryck för att förhandlingsprincipen karakteriserar upphandlingsmål i större utsträckning, och officialprincipen i mindre utsträckning, än många andra förvaltningsmål, eftersom HFD begränsar tillämpningen av officialprincipen. von Essen menar dock att principerna inte ska betraktas som motsatser till varandra eftersom de alltid finns i någon mån, oavsett processtyp.<sup>133</sup> Att officialprincipen är begränsat tillämplig och att upphandlingsmål i högre grad karakteriseras av förhandlingsprincipen innebär ett större ansvar för parterna och ett mindre för domstolen.

Eftersom återopsörda i upphandlingsmål inte knyts till RB:s bestämmelse om återopsörda, utan till officialprincipen, skulle användningen av termen ”återopsörda” kunna vara missvisande eftersom en ”angivelsebörda” inte nödvändigtvis måste vara samma sak som en ”återopsörda”. I den fortsatta framställningen används ändå begreppet återopsörda eftersom

---

<sup>129</sup> Sandin (JT 4/2009–10) s. 926.

<sup>130</sup> Jfr Sandin (JT 4/2009–10) s. 925.

<sup>131</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Domstolens möjligheter att själv föra in utredning.

<sup>132</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 287.

<sup>133</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Officialprincipens förhållande till förhandlingsprincipen.

det är det begrepp som kommit att användas i den juridiska debatten,<sup>134</sup> men här med en notering om att läsaren bör uppmärksamma att termen kanske inte alltid ställer samma krav på parternas åberopanden i de båda processtyperna.

Nedan ska analyseras vad en leverantör ska åberopa i upphandlingsmål, d.v.s. vad som avses med begreppet omständighet, innan ansvarsfördelningen för processsubjekten kommenteras mot bakgrund av en försiktig tillämpning av officialprincipen och därmed tillämpningen av en åberopsbörda i upphandlingsmål. Detta med beaktande av om den upphandlande myndigheten bör åberopa motfakta och andra leverantörers möjlighet till tredjemansinträde och till följd därav, möjlighet att yttra sig.

### 3.1.3 Vad innefattar begreppet omständighet?

För att diskutera vad åberopsbördan i mål om offentlig upphandling anses omfatta lyfter Melvås upp följande citat från domskälen i HFD:s avgörande RÅ 2009 ref. 69.

”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.”<sup>135</sup>

I förhållande till det ställer Melvås frågan vad som menas med omständighet och om frågan om förfrågningsunderlaget är transparent är en sakfråga eller rättsfråga.<sup>136</sup> Också Nordback menar att formuleringen är otydlig eftersom frågan om förfrågningsunderlaget är transparent är en rättslig bedömning av det enskilda förfrågningsunderlaget.<sup>137</sup> Frågan är således om åberopsbördan i offentlig upphandling, vid brister i förfrågningsunderlaget, ska anses omfatta rättsliga kvalificeringar, till skillnad från vad som klassiskt sätt ansetts gälla för åberopsbördan i dispositiva tvistemål, eller om åberopsbördan tar sikte på rättsfakta. Som tidigare lyfts utslöt departementschefen inte att begreppet omständighet i 4 § FPL, att klagande ska uppge de omständigheter som åberopas, kunde anses ta sikte inte bara på sakförhållanden utan också rättsliga kvalificeringar.<sup>138</sup>

Melvås förespråkar dock att man istället för att bara läsa formuleringen ”transparent” för sig ska läsa frasen som ”transparent förfrågningsunderlag”, så att HFD avser just ett sakförhållande och inte ett rättsförhållande, och därmed inte frångår den klassiska synen på åberopsbördan.<sup>139</sup> Att inte avvika från den klassiska synen på vad som ska åberopas motiverar Melvås bl.a. med att en precisering av vad målet handlar om bäst görs med just sakfrågor, som rättens ledamöter inte kan ifrågasätta, eftersom de måste godta utomstående expertisbedömningar av sakfrågan. Vad gäller rättsfrågor har domstolens ledamöter istället auktoritet att göra den bedömningen och det är därför lämpligare att parterna sätter ramen för omständigheterna och domstolen

---

<sup>134</sup> Se t.ex. Sandin, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt* (JT 4/2009–10) och Melvås, *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål* (FT 1/2013).

<sup>135</sup> Kursiveringarna i citatet är gjorda av Melvås, se Melvås (FT 1/2013) s. 33.

<sup>136</sup> Melvås (FT 1/2013) s. 33–34.

<sup>137</sup> Nordback (FT 2/2010) s. 155.

<sup>138</sup> Prop. 1971:30 s. 519.

<sup>139</sup> Melvås (FT 1/2013) s. 33–34.

prövar rättsfrågorna inom den ramen. Han förespråkar därför att HFD:s avgörande inte ska tolkas som att åberopsbördan i offentlig upphandling innebär ett krav på att åberopa den rättsliga kvalificeringen utan att åberopandet ska avse rättsfakta.<sup>140</sup> Också Nordback anser att det är de faktiska omständigheterna som ska åberopas och inte den rättsliga bedömningen.<sup>141</sup>

Jag instämmer med Melvås om att en syn på begreppet åberopsbörda 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 åberopas. Eftersom HFD lyfter upphandlingsmålens likheter med dispositiva tvistemål och en tillämpning av förhandlingsprincipen, och därmed en åberopsbörda, ligger det nära till hands att det är den typen av åberopande som också åsyftas, även om begreppet åberopsbörda inte används. Nordback lyfter att HFD inte är ute efter att klargöra begreppet ”omständighet”. Istället 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.<sup>142</sup> Eftersom HFD inte tydliggör att de 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 de dispositiva tvistemålen.<sup>143</sup> Förarbetsuttalande 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.

Både i HFD 2015 ref. 55 och HFD 2018 ref. 28, som berörs i nästkommande avsnitt, återkommer HFD till uttalandet att i upphandlingsmål bör som huvudprincip gälla att den leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktigt ”klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan”. I övrigt förekommer dock inga klargöranden om vad som åsyftas med begreppet omständighet. Då hittills inga klargöranden gjorts i senare praxis från HFD torde det därför vara omständigheter i betydelsen av rättsfakta, och inte i betydelsen av rättsliga kvalificeringar, som ska åberopas i mål om offentlig upphandling, precis som inom den klassiska synen på åberopsbördan i dispositiva tvistemål. Ett sådant synsätt har också anlagts av Kammarrätten i Göteborg i förhållande till ett annat rekvisit i 20 kap. 6 § LOU. Förutom att den upphandlande myndigheten ska ha brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, för att en överprövning ska kunna bifallas, krävs att sökandebolaget lidit skada eller kan komma att göra det. I förhållande till det rekvisitet har Kammarrätten i Göteborg anfört att det räckte att leverantören åberopat sådana *faktiska omständigheter*, d.v.s. rättsfakta, som innebar att leverantören lidit eller kunde komma att lida skada.<sup>144</sup> Det ställdes således inget krav på att leverantören uttryckligen angett att de lidit skada

---

<sup>140</sup> A.a. s. 39.

<sup>141</sup> Nordback (FT 2/2010) s. 153.

<sup>142</sup> A.a. s. 155–156.

<sup>143</sup> Jfr a.a. s. 156.

<sup>144</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom 2014-11-19 i mål nr. 5735-14; se också Kammarrätten i Göteborgs dom 2011-03-14 i mål nr. 5481–5486-10.

eller skulle kunna göra det av den upphandlande myndighetens agerande för att domstolen skulle kunna lägga det till grund för avgörandet. Leverantören behövde således inte åberopa den rättsliga bedömningen.

En begräsning av officialprincipen i upphandlingsmål innebär således att en leverantör som gör gällande att en upphandling är felaktig som utgångspunkt bör åberopa faktiska omständigheter, *rättsfakta*, till grund för sin talan, och att domstolen som huvudprincip är förhindrad att pröva andra rättsfakta än de som åberopats vid avgörandet av målet.

### 3.1.4 Åberopande av motfakta och ansvarsfördelningen mellan processsubjekten

#### 3.1.4.1 Den upphandlande myndighetens "ansvar" för att åberopa motfakta

I dispositiva tvistemål, där parterna åläggs en åberopsbörda, gäller att parterna bör åberopa den grund som de gör gällande för att de åberopanden motparten anfört till grund för yrkandena inte stämmer.<sup>145</sup> Om svarande åberopar faktiska omständigheter till stöd för sin inställning kallas de omständigheterna *motfakta*. Svarande kan dock nöja sig med att inte åberopa egna motfakta utan endast förneka existensen av de omständigheter kärande åberopat.<sup>146</sup> Svarandes åberopade grund kan då verka "rättshindrande" eller "rättsupphävande" genom att den medför att kärandes åberopade grund inte får den betydelse den skulle haft om svarande inte anförde någon grund.<sup>147</sup> 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 anfört. Detta eftersom om leverantörens åberopade omständigheter inte bemöts riskerar den upphandlande myndigheten att domstolen lägger omständigheterna leverantören åberopat till grund för prövningen i målet. Det uttrycks ibland som att motparten, i detta fall den upphandlande myndigheten, får en processuell eller falsk åberopsbörda.<sup>148</sup>

Jag instämmer med Asplund m.fl. att den upphandlande myndigheten antingen bör åberopa motfakta eller förneka existensen av det leverantören anfört på samma sätt som i dispositiva tvistemål för att bevaka sina egna intressen. Om den upphandlande myndigheten motsätter sig de faktiska omständigheter leverantören åberopat ska domstolen pröva vem av dessa som har bevisbördan för att omständigheterna föreligger, och efter bevisvärderingen, avgöra målet genom att applicera gällande rätt på de åberopade omständigheterna.<sup>149</sup> I detta avseende har således både leverantören och den upphandlande myndigheten ansvar för att berika processmaterialet med avseende på rättsfakta, för att bevaka sina egna intressen.

---

<sup>145</sup> Boman (1964) s. 63.

<sup>146</sup> Nordh (2012) s. 41.

<sup>147</sup> Södergren (2009) s. 357.

<sup>148</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 285.

<sup>149</sup> Ehn, *Kan du bevisa det? – åberopsbörda och bevisbörda i upphandlingsmål*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr. 4 2017, s. 256.

### 3.1.4.2 Tredjemansinträde, åberopande av motfakta och prövningsramen

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. Det kan ske om sökandebolaget har yrkat att en annan leverantör ska uteslutas från en upphandling och t.ex. anfört att leverantören inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Då ska domstolen, om rätten överväger att lägga de av sökandebolaget åberopade omständigheterna till grund för avgörandet, bereda den eller de leverantörer som riskerar att uteslutas tillfälle att träda in i målet och yttra sig.<sup>150</sup> En leverantör som har förelagts att yttra sig anses vara part i målet.<sup>151</sup> Det innebär att även tredjemansleverantörer har möjlighet att åberopa motfakta eller förneka existensen av omständigheter och på så sätt också kan anföra rättsupphävande eller rättshindrande omständigheter mot de åberopanden som sökandebolaget anfört.

Tredjemansinträde aktualiseras däremot inte när sökandebolaget gör gällande brister i förfrågningsunderlaget och domstolen överväger att lägga omständigheterna till grund för avgörandet. Det beror på att brister i förfrågningsunderlaget är en brist som är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet och domstolen därför vid bifall till ansökan ska besluta att upphandlingen ska göras om,<sup>152</sup> vilket i ett antal kammarrättsavgöranden inte ansetts innebära att leverantören som först vann upphandlingen har haft rätt att träda in.<sup>153</sup>

Om tredjemansleverantören, 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 är dock oklart. I HFD 2013 ref. 24 uttalade HFD att två av de yrkanden som tredjemansleverantören framfört, som avvisats av förvaltningsrätten, inte kunde ses som en del av tredjemansleverantörens argumentation mot uppgifter i ansökan om överprövning utan avsåg självständiga frågor som förvaltningsrätten inte hade möjlighet att pröva. De två ”yrkandena” som hänförde sig till innehållet i sökandebolagets ansökan ansågs dock av HFD som en sammanfattning av leverantörens invändningar av vad som hade anförts mot leverantörens anbud. Eftersom de gav uttryck för leverantörens inställning till sökandebolagets ansökan 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. Antingen kan det anses innebära att då yrkandena avsåg självständiga frågor, utanför tredjemansleverantörens försvar av sig själv och sitt anbud, kunde förvaltningsrätten inte pröva dem. Med en sådan tolkning faller tredjemansleverantörens invändningar om sökandebolaget och dennes anbud utanför prövningsramen i

---

<sup>150</sup> HFD 2011 ref. 29.

<sup>151</sup> HFD 2013 ref. 24.

<sup>152</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 216.

<sup>153</sup> Kammarrätten i Stockholms beslut 2011-06-14 i mål nr. 3270-11; Kammarrätten i Göteborgs beslut 2011-11-09 i mål nr. 6427-11; Kammarrätten i Sundsvalls beslut 2012-01-09 i mål nr. 3247-11.

målet och leverantören som trätt in i målet kan således inte vidga processramen.<sup>154</sup> En sådan tolkning av avgörandet styrks av ett antal kammarrättsavgöranden.<sup>155</sup>

Johansson menar att en annan tolkning av avgörandet är att domstolen ska beakta sådana omständigheter som tredjemansleverantören anför som utgör bemötande av uppgifterna i sökandebolagets talan, oavsett vad den sökande leverantören anført i målet. En sådan tolkning menar han innebär att tredjemansleverantören inte kan vidga prövningsramen eftersom saken i överprövningsmål enligt HFD 2013 ref. 5 är om det mot bakgrund av sökandes talan finns skäl för ingripande enligt LOU, men innebär ändå större möjligheter för leverantören att argumentera.<sup>156</sup> 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.<sup>157</sup> Leverantören har i så fall möjlighet att bemöta allt sökandebolaget anført och inte bara omständigheter som hänför sig till tredjemansleverantören.

En tredje tolkning av rättsfallet Johansson menar är möjlig är att yrkandena i målet var så udda och avsåg sådana självständiga frågor att de inte kunde prövas i det specifika målet. En sådan tolkning besvarar dock inte frågan om en invändning från en tredjemansleverantör om brister hos sökandebolaget eller dennes anbud får beaktas i andra fall d.v.s. om tredjemansleverantören kan vidga prövningsramen genom att anføra brister i förhållande till sökandebolaget eller dess anbud.<sup>158</sup>

Vad HFD:s avgörande, HFD 2013 ref. 24, betyder för om tredjemansleverantörer har möjlighet att vidga processramen i upphandlingsmål är således inte helt klart. Det finns dock ett flertal kammarrättsavgöranden som stödjer uppfattningen att en domstol inte ska pröva återopanden av omständigheter från en tredjemansleverantör som går ut på att sökandebolaget inte uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen. Det har bl.a. motiverats med att anførande av sådana omständigheter inte är ett uttryck för bolagets inställning till sökandebolagets ansökan om överprövning utan en självständig fråga.<sup>159</sup> Mot bakgrund av det menar jag att en tolkning av HFD:s avgörande som innebär att en tredjemansleverantör inte kan vidga processramen genom att återropa omständigheter som ligger utanför saken i målet, utan endast kan återropa motfakta och förneka existensen av det sökandebolaget anført, är rimlig att göra. Eftersom tredjemansleverantören kan återropa motfakta och förneka existensen av de omständigheter sökandebolaget anført har dock både den ansökande leverantören och tredjemansleverantören ansvar och möjlighet att berika processmaterialet med rättsfakta.

---

<sup>154</sup> Johansson, *Tredjemansinträde i upphandlingsmål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2016, s. 83.

<sup>155</sup> Se Kammarrätten i Sundsvalls dom 2013-05-21 i mål nr 388-13; Kammarrätten i Göteborgs dom 2014-10-21 i mål nr 1569-1572-14; Kammarrätten i Jönköpings dom 2015-09-29 i mål nr 705-15.

<sup>156</sup> Johansson (FT 1/2016) s. 83-84.

<sup>157</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom 2015-10-06 i mål nr. 1641-15.

<sup>158</sup> Johansson (FT 1/2016) s. 83-84.

<sup>159</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom 2013-05-21 i mål nr 388-13.



### 3.1.4.3 Ansvarsfördelningen mellan processsubjekten

Att officialprincipen är begränsat tillämplig i upphandlingsmål innebär att den klagande leverantören som huvudprincip har en åberopsbörda vilket begränsar domstolens officialprövningsrätt. För att bevaka sina egna intressen i upphandlingsmål bör 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 andra 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 avseende på rättsfakta för att bevaka sina egna intressen. Det gäller dock endast i de fall när en leverantör anfört att andra anbud inte uppfyller ska-kraven och domstolen överväger att lägga de omständigheterna till grund för avgörandet, vid brister i förfrågningsunderlaget aktualiseras inte tredjemansinträde.

Att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet innebär dock inte att domstolens officialprövningsrätt är helt utesluten. Detta eftersom domstolen inte är bunden av leverantörens yrkande avseende om upphandlingen ska göras om eller rättas och att leverantörens åberopsbörda endast utgör en *huvudprincip*. Ansvaret för processramen är således delad mellan processsubjekten. Dessutom skulle en ordning där leverantören inte behöver åberopa omständigheter till grund för sin talan kunna gälla i vissa fall, dock att RÅ 2009 ref. 69 inte förtydligar under vilka förutsättningar så får ske.

## 3.2 Domstolens officialansvar och ansvaret för en effektiv överprövning

I detta avsnitt ska diskuteras vad en begränsad tillämpning av officialprincipen innebär för domstolens officialansvar och därmed också för parterna. Bakgrunden till utvecklingen av den rättspraxis som kommer diskuteras är bl.a. följande. När en leverantör menar att en eller flera andra leverantörers anbud inte uppfyller ska-kraven är det svårare för sökandebolaget att ange de omständigheter, i betydelsen rättsfakta, som utgör grund för talan samt att lägga fram bevisning för påståendena, än när leverantören gör gällande brister i förfrågningsunderlaget. Det beror på att uppgifter om t.ex. pris, kvalitetsbeskrivningar, tekniska lösningar m.m. i det vinnande anbudet kan sekretessbeläggas med hänsyn till enskildas eller myndighetens ekonomiska intressen. Detta innebär att leverantören inte får tillgång till uppgifterna och inte kan kontrollera huruvida de andra leverantörernas anbud uppfyller ska-kraven.

I EU-domstolens avgörande *Varec* rörde saken skydd för konfidentiell information i upphandlingsmål. 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. I HFD:s avgörande HFD 2015 ref. 55, som följdes av HFD 2018 ref. 28, hänvisar domstolen till *Varec*-målet och de krav som ställs upp i rättsfallet. Som tidigare redogjorts för är upphandlingsreglerna över tröskelvärdena direktivstyrda men även de andra upphandlingsreglerna påverkas av EU-rätten. I kommande

avsnitt redovisas EU-domstolens mål Varec som knyter an till processuella EU-rättsliga principer i upphandlingsmål, samt praxis från HFD.

### 3.2.1 Varec-målet

Bakgrunden till EU-domstolens avgörande i målet Varec var följande. Den belgiska staten hade genomfört en offentlig upphandling där två anbudsgivare hade inkommit med anbud. Staten fann att Varecs anbud inte uppfyllde de tekniska urvalskriterierna medan den andra leverantören, Diehl, gjorde det. Den belgiska staten antog därför Diehls anbud. Varec överklagade tilldelningsbeslutet och yrkade att det skulle upphävas.

Inför prövningen av upphandlingen lämnade belgiska staten in handlingar till prövningsorganet men Diehls anbud var inte med bland de inlämnade handlingarna. Varec begärde därför att även Diehls anbud skulle läggas till akten hos prövningsorganet varpå belgiska staten lämnade in anbudet, med undantag för vissa av handlingarna som återlämnats till Diehl. Till följd av det skickade Diehl en skrivelse till prövningsorganet och upplyste om att handlingarna som belgiska staten skickat in innehöll konfidentiella uppgifter och information som utgjorde affärshemligheter samt motsatte sig att tredjeman, inbegripet Varec, skulle få tillgång handlingarna. Tolkningsfrågan hos EU-domstolen handlade om prövningsorganet är skyldig att iaktta skyddet av rätten för affärshemligheter i handlingar som inkommit till prövningsorganet.

EU-domstolen uttalar i målet att prövningsorganet, i samband med en prövning av en offentlig upphandling, ska kunna besluta att inte lämna ut information i handlingar avseende en sådan upphandling till parter och deras advokater, om detta är nödvändigt för att säkerställa det skydd för en sund konkurrens eller för de ekonomiska aktörernas legitima intressen som avses i gemenskapsrätten.<sup>160</sup> Nästa fråga var sedan om en sådan ordning, där en part inte får del av alla handlingar, är förenligt med begreppet rätten till en rättvis rättegång i artikel 6 i Europakonventionen (EKMR). Domstolen anförde att en av de omständigheter som ska beaktas för att avgöra om ett förfarande är rättvist, är att förfarandet är kontradiktoriskt och att parterna därför får möjlighet att bemöta uppgifter i akten. EU-domstolen lyfter dock fram att det i Europadomstolens praxis framkommer att det är möjligt att göra en avvägning med hänsyn också till andra rättigheter och intressen. Det ska därför göras en avvägning mellan intresset att få del av information och andra aktörers rätt till skydd för konfidentiell information och affärshemligheter.<sup>161</sup> En sådan ordning där leverantören inte får del av uppgifter i akten kunde därför vara i enlighet med EKMR.

EU-domstolen uttalade vidare att "[p]rincipen om skyddet för konfidentiell information och affärshemligheter skall genomföras på så sätt att den är förenlig med kraven på ett effektivt rättsligt skydd och rätten till försvar för parterna i förfarandet och, när det är fråga om ett domstolsförfarande eller ett förfarande vid en instans som är en domstol i den mening som avses i artikel 234 EG, på ett sätt som säkerställer att rätten till en rättvis rättegång iakttas under hela förfarandet."<sup>162</sup> Mot bakgrund av det uttalade EU-domstolen att prövningsorganet måste ha

---

<sup>160</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 43.

<sup>161</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 44–51.

<sup>162</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 52.

tillgång till den information som krävs för att avgöra målet med fullständig kännedom och fakta, inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter. Prövningsorganet måste dock samtidigt se till att säkerställa konfidentiell behandling och rätten till skydd för affärshemligheter beträffande den information som finns i handlingarna.<sup>163</sup>

EU-rätten ställer således krav på att domstolar vid överprövningar av offentliga upphandlingar har tillgång till information för att kunna avgöra mål på ett sätt som tillgodoser kravet på att ett effektivt rättsligt skydd och en rättvis rättegång. I Avonova-målet lyfter HFD upp EU-domstolens uttalanden och uttalar sig om förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar i upphandlingsmål mot bakgrund av de krav som uppställs av EU-domstolen.

### 3.2.2 Utveckling i svensk rättspraxis

#### 3.2.2.1 HFD 2015 ref. 55: Avonova-domen

I HFD 2015 ref. 55, Avonova-målet, behandlas frågan om förhållandet mellan förvaltningsdomstolarnas utredningsansvar enligt 8 § FPL och edition i 20 § FPL i mål om offentlig upphandling. Malmö kommun hade genomfört en upphandling och tilldelat kontrakt till leverantören Feelgood. Företaget som placerade sig på andra plats i utvärderingen, Avonova, begärde att få ut Feelgoods anbud från kommunen, men vissa uppgifter lämnades 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. Frågan i målet hos HFD var om det följde redan av domstolens utredningsansvar att rätten borde fordra in de aktuella uppgifterna utan att yrkandet om edition prövades.

I målet uttalar HFD att när det kommer till domstolens utredningsansvar måste hänsyn tas till EU-domstolens uttalanden i Varec-målet. HFD konstaterar 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. Om 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 göra en effektiv överprövning. Mot bakgrund av den bedömningen anförde HFD att det saknades anledning för domstolen att ta ställning till yrkandet om edition.

HFD gör också uttalanden om partsinsyn och sekretess för uppgifter som inhämtats av domstol i förhållande till EU-domstolens praxis om behandling av konfidentiell information. Partsinsyn och sekretess berör domstols inhämtande av information och en leverantörs möjlighet att

---

<sup>163</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 49–53.

anskaffa information för att kunna utforma sin talan samt lägga fram bevisning. Dessa frågor behandlas därför närmare i kapitel 5 som rör informationsinhämtning, där även frågan om edition behandlas närmare.

### 3.2.2.2 HFD 2018 ref. 28

Avonova-domen följdes av HFD 2018 ref. 28. Bakgrunden till avgörandet var att 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 dem i sin helhet eftersom vissa uppgifter ansågs omfattas av sekretess. Så långt liknar målet alltså bakgrunden i Avonova-domen. Telenor ansökte också om överprövning hos förvaltningsrätten och anförde bland annat 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<sup>164</sup> 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 hämtades in och anförde att om det fanns uppenbara brister av något annat slag borde även de bristerna kunna beaktas. Domstolen fann dock inte något som tydde på annat än att samtliga obligatoriska krav uppfyllts och överklagandet avslogs.

Frågan i målet hos HFD gällde omfattningen av förvaltningsdomstolars utredningsansvar i upphandlingsmål när domstolen hämtat in handlingar som omfattas av sekretess för att tillgodose kravet på att domstolsprövningen ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång. 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 inhämtade handlingar *ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in*. Om det i handlingarna framkommer andra brister i förfarandet ska de *inte* beaktas.

### 3.2.3 En försiktig tillämpning av officialprincipen och domstols officialansvar i upphandlingsmål

I RÅ 2009 ref. 69 hänvisar HFD till EU-domstolens praxis vad gäller om det är förenligt med unionsrätten att nationella domstolar prövar omständigheter en part inte har åberopat. EU-domstolen hänvisar till att detta inte är något som regleras i unionsrätten och att det därför är upp till de nationella rättsordningarna att reglera det, så länge de tillhandahåller snabba och effektiva rättsmedel. I Varec-domen berör EU-domstolen ytterligare processuella frågor som gör sig gällande i upphandlingsmål. För att kravet på effektiv rättsligt skydd och rätten till en rättvis rättegång ska tillgodoses behöver domstolen ha tillgång till information med fullständig kännedom om fakta. Vad som avses med termen ”fakta” klargörs dock inte i målet. Språkligt

---

<sup>164</sup> Se avsnitt 2.2.3 för en redogörelse av sekretessregler som aktualiseras i upphandlingsmål.

sett skulle det kunna avse att domstolen ska ha fullständig kännedom om fakta både i betydelsen rättsfakta och bevisfakta.

I Avonova-domen hänvisar HFD till Varec-domen och anför att det väl kan krävas att en part klart anger vilka omständigheter denne grundar in 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 förfarandet för en effektiv granskning. Om så är fallet har domstolen en skyldighet att inom ramen för utredningsansvaret fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Eftersom HFD anför att inhämtandet av uppgifterna ska ske inom ramen för domstolens officialansvar torde uppgifterna som ska hämtas in vara uppgifter som utgör framförallt bevisfakta i målet, då bevisfakta är det som först och främst anses vara en del av den ”utredning” som domstolen har ett ansvar för. Wennergren anför 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.<sup>165</sup> Ett betraktelsesätt som innebär att domstolen har ansvar för att hämta in uppgifter i funktionen bevisfakta korrelerar med att leverantören ska ange de omständigheter denne grundar sin talan på, i betydelsen rättsfakta. Det eftersom en sådan ordning innebär att leverantören har ansvar för att åberopa rättsfakta medan domstolen kan ha ett ansvar för att inhämta uppgifter i betydelsen bevisfakta.

I det senare rättsfallet, HFD 2018 ref. 28, där kammarrätten inhämtat uppgifter inom ramen för utredningsansvaret, lyfter HFD återigen fram att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt eftersom upphandlingsmål i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan näringsidkare. Granskningen av de uppgifter domstolen inhämtat ska därför ske *utifrån de skäl som medförde inhämtandet av uppgifterna*. HFD poängterar också att om det skulle framkomma andra brister än de som angetts ska de inte beaktas. Nord menar att detta torde avse att andra *omständigheter* än de som åberopats i målet inte får ligga till grund för avgörandet.<sup>166</sup> Att uppgifterna som inhämtats förs in i målet i betydelsen bevisfakta ligger i linje med det Nord anför om att endast åberopade omständigheter, i betydelsen rättsfakta, får ligga till grund för avgörandet. Det innebär att Avonova-domen i ljuset av HFD 2018 ref. 28 bör innebära att de uppgifter domstolen hämtar in inom ramen för utredningsansvaret är 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, kommer omständigheten inte kunna ligga till grund för avgörandet.

Den sökande leverantören har således ett ansvar för att ange de grunder denne stödjer sin talan på samt den bevisning som åberopas. Om leverantören inte fått del av uppgifterna från den upphandlande myndigheten kan dock en begränsad tillämpning av officialprincipen inte innebära att domstolens officialansvar är begränsat på ett sådant sätt att rätten inte har ett ansvar

---

<sup>165</sup> Wennergren (2005) s. 149.

<sup>166</sup> Nord, Lagen om offentlig upphandling (2016:1145) kommentaren till 20 kap. 6 §, Karnov.

för att fordra in uppgifterna. I Avonova-domen berörs således en annan del av officialprincipen än vad som uttryckligen berördes i RÅ 2009 ref. 69. von Essen menar att även i situationen som behandlas i dessa 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.<sup>167</sup> Det kan jämföras med 35 kap. 6 § RB som stadgar att rätten inte *självmant* får inhämta bevisning i dispositiva tvistemål. Rätten får inte självmant inhämta uppgifterna utan leverantören måste klart ha angett vilka omständigheter denne grundar sin talan på liksom den bevisning som åberopas, men inte fått del av uppgifterna som denne vill ska ligga till grund för talan.

Det har tidigare anförts att åberopsbördan i RÅ 2009 ref. 69 uttrycktes som en huvudprincip. Varken i Avonova-domen eller HFD 2018 ref. 28 förtydligar HFD om det finns tillfällen när en åberopsbörda inte ska tillämpas i upphandlingsmål. I de båda avgörandena refererar domstolen i domskälen till RÅ 2009 ref. 69 och anger att det som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger grunder för sin talan, men HFD förtydligar inte när så inte krävs.

För att återknyta till vad en begränsad tillämpning av officialprincipen innebär för ansvarsfördelningen mellan parterna respektive domstolen kan sägas att leverantören, som gör gällande att en upphandling är felaktig, har ansvaret för att dra upp grunderna domstolen ska pröva. Den upphandlande myndigheten och en eventuell inträdande leverantör bör dock åberopa motfakta eller förneka existensen av de rättsfakta den sökande leverantören anført för att bevaka sina egna intressen. Domstolen är däremot inte bunden av leverantörens yrkanden vad gäller om upphandlingen ska göras om eller rättas. Vidare måste leverantören åberopa den bevisning denne vill ska ligga till grund för avgörandet, men det kan ankomma på domstolen att hämta in uppgifterna om leverantören inte själv har möjlighet att lägga fram dem för domstolen. I de fall en leverantör har svårt att uppfylla sitt ansvar för att föra in utredning, i betydelsen bevisfakta, har domstolen ett ansvar för att göra det. Både domstolen och leverantören har således ett ansvar för att införa bevisfakta i målet, vilket innebär att ansvaret för att berika processmaterialet i detta avseende är delat. Beträffande ansvaret för att berika processmaterialet med avseende på rättsfakta ligger det 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.

---

<sup>167</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Domstolens möjligheter att själv föra in utredning.

## 4 När är en omständighet åberopad?

I föregående kapitel har diskuterats vad en begränsad tillämpning av officialprincipen innebär. En slutsats jag har dragit är att det medför att domstolen, som utgångspunkt, är bunden av de grunder en leverantör åberopar till stöd för att en upphandling är felaktig, vilket innebär att den leverantör som anfört det har en åberopsbördan. En annan slutsats är att åberopsbördan i mål om offentlig upphandling torde avse rättsfakta, precis som inom den klassiska synen på åberopsbördan.<sup>168</sup> Efter att dessa slutsatser dragits uppstår dock nya frågor. När är en omständighet åberopad? Vad för typ av rättsfakta måste leverantören åberopa för att uppfylla sin åberopsbördan? Räcker det att ange positiva rättsfakta eller krävs det angivanden av negativa rättsfakta när det är ett rekvisit som korrelerar med ett negativt sakförhållande t.ex. *bristande transparens* eller att den upphandlande myndigheten har *handlat i strid med* lika-behandlingsprincipen? Frågorna är viktiga eftersom en domstol som lägger omständigheter en leverantör inte åberopat till grund för talan går utanför processramen och de ska därför diskuteras i detta kapitel.

### 4.1 Omfattas negativa rättsfakta av åberopsbördan?

Nordback menar att det viktigaste vid åberopande av brister i förfrågningsunderlaget i mål om offentlig upphandling är att leverantören pekar ut de delar av förfrågningsunderlaget som denne har invändningar emot.<sup>169</sup> När en leverantör menar att en annan leverantörs anbud inte uppfyller ska-kraven går det på motsvarande sätt att se det som att den faktiska omständigheten är det vinnande anbudet och att delar av det därför ska pekas ut.<sup>170</sup> Det innebär att sökandebolaget endast skulle ha en åberopsbördan för positiva rättsfakta men inte negativa, även när det är ett rekvisit som korrelerar med ett negativt sakförhållande.<sup>171</sup> Räcker det därför att ”blankt” ange delar av det vinnande anbudet eller förfrågningsunderlaget för att ha uppfyllt åberopsbördan i förhållande till att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna och alltså ha angett de omständigheter som ligger till grund för talan?

Melvås delar inte Nordbacks syn på åberopsbördan när det gäller brister i förfrågningsunderlaget eftersom det skulle innebära att en leverantör bara behöver åberopa *var* felet är och inte *varför* det är fel. Om en leverantör menar att felet ligger i att förfrågningsunderlaget brister i transparens menar Melvås att det endast går att konkretisera genom ett konkretiserande av vad som menas med intransparens. Eftersom det är ett negativt formulerat ord skulle det ske genom åberopande av negativa rättsfakta.<sup>172</sup> Motsvarande kan anföras när grunden är brister i ett annat anbud. Utgångspunkten är att ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven måste förkastas eftersom det strider mot principen om likabehandling om anbudet inte kan jämföras på ett garanterat objektivet sätt.<sup>173</sup> Varför den upphandlande myndigheten har handlat i strid med likabehandlingsprincipen kan också bara konkretiseras genom en redogörelse för vilka

---

<sup>168</sup> Se avsnitt 3.1.3.

<sup>169</sup> Nordback (FT 2/2010) s. 157.

<sup>170</sup> Jfr a.a. s. 146 och 157.

<sup>171</sup> Melvås (FT 1/2013) s. 40.

<sup>172</sup> A.a. s. 40.

<sup>173</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 208.

omständigheter som innebär att likabehandlingsprincipen inte har beaktats. Som tidigare presenterats är utgångspunkten att negativa rättsfakta inte måste åberopas i dispositiva tvistemål, men att undantag från detta görs när en rättsregel korrelerar med ett negativt sakförhållande,<sup>174</sup> som i detta fall. Melvås menar därför att en ordning där åberopsbördan i upphandlingsmål som innebär att leverantören måste åberopa negativa rättsfakta, när rättsregeln korrelerar med ett negativt sakförhållande, ligger i linje med den klassiska synen på åberopsbördan, vilket i sig är en fördel. Vidare anför Melvås att saken blir mer preciserad med ett sådant synsätt och att starka skäl därför talar för att när det finns brister i förfrågningsunderlaget torde åberopsbördan innebära en skyldighet att åberopa negativa rättsfakta och inte endast positiva.<sup>175</sup>

Lavér och Larsberger anför att ett ”blankt” påstående om brister i en annan leverantörs anbud, mot bakgrund av HFD 2015 ref. 55, skulle innebära att ett stort ansvar läggs på domstolen eftersom det skulle kunna vara vilka brister som helst.<sup>176</sup> Att negativa rättsfakta innefattas i åberopsbördan, när rättsregeln korrelerar med ett negativt sakförhållande, begränsar domstolens arbete till en bedömning av den specifika brist som parterna tvistar om och inte till att leta efter möjliga brister i den utpekade delen av förfrågningsunderlaget eller i ett anbud. En ordning där negativa rättsfakta måste åberopas i denna situation begränsar således målet till en tydligt utmärkt grupp av omständigheter och håller andra utanför. Ett blankt angivande av motpartens anbud eller ett utpekande av en del av förfrågningsunderlaget utgör inte heller någon begränsning av vad i anbudet eller förfrågningsunderlaget som kan ligga till grund för prövningen. Det innebär att motparten inte vet vad den ska försvara sig mot och är därmed i strid med ett av syftena med åberopsbördan.

I HFD 2018 ref. 28 uttryckte HFD att granskningen av de uppgifter domstolen inhämtat ska ske utifrån de skäl som medförde inhämtandet av uppgifterna och att om det framkommer andra brister i förfarandet ska de inte beaktas. Mot bakgrund av det tidigare anförda och att officialprincipen ska tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål talar mycket för att ett blankt angivande av en annan leverantörs anbud inte konstitutionerar skäl som medför inhämtande av uppgifter utan det krävs också i vart fall, i någon grad, av angivande av vad som är problemet i anbudet.

Ett synsätt på åberopsbördan som innebär att leverantören måste åberopa negativa rättsfakta och på så sätt förklara varför det finns fel i förfrågningsunderlaget eller en annan leverantörs anbud begränsar domstolens ansvar genom att begränsa omfattningen av omständigheter som domstolen prövar. Det innebär att intresset av materiellt korrekta domar får stå i bakgrunden och att intresset av processekonomi får större genomslag. Vad som talar emot att anlägga det här synsättet på åberopsbördan är att det övergripande syftet med de svenska upphandlingsreglerna bland annat är att skattemedel ska användas på bästa sätt.<sup>177</sup> I förarbetena menar man att överprövningen kan ses bl.a. som en kvalitetskontroll.<sup>178</sup> Även i det nya klassiska direktivet

---

<sup>174</sup> Melvås (FT 1/2013) s. 36.

<sup>175</sup> A.a. s. 40.

<sup>176</sup> Lavér & Larsberger, *Utökad utredningsskyldighet i överprövningsmål*, Upphandling24, 11 december 2015.

<sup>177</sup> Se Konkurrensverket (2018b) s. 5.

<sup>178</sup> SOU 2018:44 s. 374.



framgår att en av anledningarna till att det antogs var att offentliga medel ska användas effektivare.<sup>179</sup> Upphandlingsmålen liknar visserligen dispositiva tvistemål på så sätt att måltypen gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda ekonomiska parter men ett allmänt intresse gör sig också gällande och överprövningen fyller en funktion av att kontrollera att myndigheternas upphandlingar följer reglerna. HFD:s återkommande uttalanden i rättspraxis om att upphandlingsmålen i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda parter och att officialprincipen därför ska tillämpas på ett försiktigt sätt,<sup>180</sup> pekar dock mot att intresset av materiella domar ska stå i bakgrunden till förmån för att parterna ska disponera processen. Jag ansluter mig därför till Melvås slutsats att det finns skäl att tolka RÅ 2009 ref. 69 som att åberopsbördan, när en leverantör anför att det finns brister i förfrågningsunderlaget, omfattar positiva rättsfakta men också negativa rättsfakta i vissa situationer, enligt den klassiska synen på åberopsbörda.<sup>181</sup> Jag menar att även senare rättspraxis pekar i den riktningen och att samma syn på åberopsbördan bör gälla när domstolen ska lägga brister i ett annat anbud till grund för avgörandet. En leverantör som ansöker om överprövning torde därför behöva konkretisera varför ett förfrågningsunderlag brister i transparens eller varför en upphandlande myndighet har brutit mot likabehandlingsprincipen. Utgångspunkten torde därför vara att ett sådant åberopande krävs för att domstolen ska kunna lägga omständigheterna till grund för avgörandet.

## 4.2 Domstols möjlighet att tolka åberopade grunder och åberopsbördans precisering

Diskussionen om hur preciserat ett åberopande ska vara för att leverantören ska ha uppfyllt sin åberopsbörda måste analyseras mot bakgrund av att domstolen innan ett mål avgörs måste fastställa vilka omständigheter domstolen ska lägga till grund för avgörandet, d.v.s. vilka omständigheter leverantören åberopat. I förvaltningsmål finns det som utgångspunkt ett stort utrymme för tolkning av det parterna anför. Om det inte är möjligt att tolka materialet i akten har domstolen ett ansvar för att genom processledning försöka förmå parterna att förtydliga vilka omständigheter de grundar sin talan på. von Essen menar dock att domstolens möjlighet att tolka vilka omständigheter en part gjort gällande måste vara begränsad i t.ex. upphandlingsmål eftersom part ålagts en åberopsbörda.<sup>182</sup> Även om det krävs att en part konkretiserar vad en brist består i, och därmed åberopar negativa rättsfakta, finns det en gränsdragningsproblematik i förhållande till när parten gjort det tillräckligt tydligt mot bakgrund av domstolens begränsade möjlighet att tolka de åberopade omständigheterna.

I dispositiva tvistemål gäller en ordning som innebär att ett allmänt hållet åberopande inte kan godtas för ett komplext rättsfaktum, om detta är tvistigt, utan att åberopandet måste preciseras på ett sådant sätt att svarande i målet kan svara på det som påstås.<sup>183</sup> Ett komplext rättsfaktum är ett sådant som konstitutionernas av flera faktiska omständigheter i förening vilket innebär att innehållet och omfånget av rekvisitet i hög grad är ovisst.<sup>184</sup> Bristande transparens, brott mot

---

<sup>179</sup> Direktiv 2014/24/EU under 2 p. till att direktivet antagits.

<sup>180</sup> Jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2018 ref. 28.

<sup>181</sup> Jfr Melvås (FT 1/2013) s. 40.

<sup>182</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Omständigheter och bevisning.

<sup>183</sup> Boman (1964) s. 73–74.

<sup>184</sup> Lindell (1987) s. 27.

proportionalitetsprincipen och brott mot likabehandlingsprincipen utgör komplexa rättsfaktum eftersom de kan innehålla flera moment och omfånget av rekvisiten i hög grad är ovissa. Vid en analogi till dispositiva tvistemål skulle det innebära att utgångspunkten torde vara att allmänna åberopanden i förhållande till dessa rekvisit därför inte kan vara tillräckliga eftersom den upphandlande myndigheten inte kan svara på det som påstås och att domstolen därför inte ska tolka in omständigheter i allt för vagt anförda grunder.<sup>185</sup> Utgångspunkten är istället att leverantören ska anförda de faktiska omständigheter i förening som innebär att förfrågningsunderlaget t.ex. brister i transparens. Nedan kommer tidigare berörd praxis från HFD samt kammarrättspraxis analyseras för att ytterligare diskutera hur gränsen ska dras för vad en part kan anses ha åberopat.

#### 4.2.1 Åberopanden i förhållande till brister i förfrågningsunderlaget

I RÅ 2009 ref. 69 hade sökandebolaget uppgett att det vinnande anbudet inte uppfyllde samtliga ställda ska-krav och att den upphandlande myndigheten genom att anta anbudet hade särbehandlat det. Vidare anfördes att upphandlingen inte uppfyllde kravet på transparens eftersom förutsättningarna för upphandlingen hade ändrats när en lägre standard för det vinnande anbudet hade godkänts. Länsrätten hade dock gjort ingripandet i upphandlingen mot bakgrund av bedömningen att förfrågningsunderlaget inte var tillräckligt transparent, vilket HFD menade var en omständighet sökandebolaget inte lagt till grund för talan. Sökandebolaget kunde inte ha ansetts åberopat förfrågningsunderlagets brister och det var därför inte något länsrätten fick lägga till grund för avgörandet.

Liknande omständigheter förelåg i ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping. I avgörandet hade förvaltningsrätten kommit fram till att förfrågningsunderlaget inte innehöll något uttryckligt krav på utfästelser eller andra bindande uppgifter på individnivå vad avsåg tilldelningskriterierna leveransförmåga och kontinuitet. Förvaltningsrätten menade dock att vissa konkreta bedömningspunkter i förfrågningsunderlaget talade för att sådana krav ändå fanns i det. Mot bakgrund av det menade förvaltningsrätten att *utformningen av förfrågningsunderlaget stred mot proportionalitetsprincipen*. Förvaltningsrättens dom överklagades och den upphandlande myndigheten anförde att förvaltningsrätten gått utanför vad som åberopats av leverantören eftersom denne inte hade anført att det fanns brister i förfrågningsunderlaget. Vid kammarrättens prövning kom de fram till att det *inte gick att utläsa att leverantören åberopat att förfrågningsunderlaget innehöll brister* på så sätt att de aktuella kraven fanns i förfrågningsunderlaget. Leverantören hade istället anført att *tillämpningen av tilldelningskriterierna* som den upphandlande myndigheten hade använt sig av *inte gick att utläsa ur förfrågningsunderlaget*. Leverantören anförde också att om sådana tilldelningskriterier användes skulle det strida mot proportionalitetsprincipen. Kammarrätten menade mot bakgrund av det att leverantörens åberopande av dessa omständigheter inte kunde innebära ett sådant tydligt och klart angivande av *brister i förfrågningsunderlaget* som krävs för att förvaltnings-

---

<sup>185</sup> Jfr Asplund m.fl. (2012) s. 283.

rätten skulle kunna lägga det till grund för sin prövning. Förvaltningsrätten ansågs därför ha gått utanför prövningsramen i målet.<sup>186</sup>

Kammarrättsavgörandet har beröringspunkter med RÅ 2009 ref. 69 på så sätt att sökandebolagen angett brister i hur anbud utvärderats mot bakgrund av de kriterier som ställts upp. I förhållande till det anförde i båda fallen sökandebolagen att den upphandlande myndigheten brutit mot en specifik grundläggande princip. Länsrätten respektive förvaltningsrätten anförde dock att den upphandlande myndigheten brutit mot principerna om transparens respektive proportionalitet eftersom det fanns brister i förfrågningsunderlaget, vilket leverantörerna inte uttryckt. Överrätterna menar i båda fallen att underrätterna gått utanför processramen. Att notera är att kammarrätten menar att åberopandet av att den tillämpning av kriterierna som den upphandlande myndigheten använt sig av stred mot en specifik grundläggande princip inte kunde anses vara ett åberopande av att förfrågningsunderlaget innehöll kriterierna och att det stred mot principen. Rättsfallet illustrerar att åberopsbördan innebär att domstolen är bunden av de *faktiska omständigheter* leverantören uttryckligen anført till grund för talan och inte rättsliga kvalificeringar. Uttrycker leverantören att den upphandlande myndigheten tillämpat kriterier som inte framgår av förfrågningsunderlaget är det de omständigheterna domstolen ska pröva. För att leverantören ska undvika att domstolen är förhindrad att pröva den grund leverantören vill få prövad bör leverantören därför så tydligt som möjligt ange de faktiska omständigheter denne menar utgör grund för talan. Ett resonemang om att myndigheten brutit mot en grundläggande princip torde således inte räcka för att en leverantör ska ha uppfyllt sin åberopsbörda utan omständigheterna behöver preciseras utförligare i förhållande till *vad* bristen består i. I förhållande till det tidigare sagda om att det inte torde räcka att endast åberopa positiva rättsfakta, d.v.s. peka ut en del av förfrågningsunderlaget, bör leverantören också konkretisera vad som utgör bristen i förfrågningsunderlaget, t.ex. att något saknas.<sup>187</sup>

Två åberopanden av leverantörer i andra kammarrättsavgöranden kan illustrera åberopanden där leverantören konkretiserat *vad* som utgjort brister i förfrågningsunderlaget genom att åberopa negativa rättsfakta, omständigheter som domstolarna sedan prövat. I ett avgörande från Kammarrätten i Sundsvall anförde leverantören att den ”vidhåller sin talan och anför att utvärderingsmodellen vad gäller kriteriet pris *inte* framgår av förfrågningsunderlaget”.<sup>188</sup> Även i förhållande till en leverantörs åberopande, i ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg, framgår hur ett åberopande av negativa rättsfakta i förhållande till brister i förfrågningsunderlaget kan utformas på ett sätt så att domstolen kunnat pröva de omständigheter leverantören åberopat. Leverantören hade där angivit ”[i] punkten Pris finns *inte* angivet att priset ska anges inklusive en extra omgång rör och drivdon.”<sup>189</sup>

I dessa två kammarrättsavgöranden har leverantörerna konkretiserat bristen i förfrågningsunderlaget genom att åberopa negativa rättsfakta på ett sätt som innebär att grunden preciseras.

---

<sup>186</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom 2017-10-24 i mål nr. 795–796-17.

<sup>187</sup> Jfr Melvås (FT 1/2013) s. 41.

<sup>188</sup> Kammarrätten i Sundsvalls dom 2010-02-17 i mål nr. 168-10. Kursiveringen i citatet är min egen.

<sup>189</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom 2011-03-14 i mål nr. 6077-10. Kursiveringen i citatet är min egen.

Det innebär att den upphandlande myndigheten har haft möjlighet att svara på det som åberopats och den typen av åberopanden ligger därför inom syftet med åberopsbördan.

När det kommer till förfrågningsunderlaget, och formuleringarna i detta, är det sakförhållanden som den klagande leverantören har tillgång till. Det uppstår därför inte en ojämn tillgång till information mellan den upphandlande myndigheten och sökandebolaget. Leverantören har tillgång till förfrågningsunderlaget och bör efter en granskning av det kunna förklara bristerna. När omständigheterna som utgör grund för talan är att en anbudsgivare inte uppfyller ska-kraven är det däremot svårare för leverantören att på ett klart sätt förklara varför den andra leverantören inte uppfyllt kraven eftersom uppgifter i anbud om t.ex. pris kan sekretessbeläggas och leverantören därför inte har tillgång till uppgifterna för att granska dem. Nedan kommer därför rättspraxis där en leverantör gjort gällande att en annan anbudsgivare inte uppfyller ska-kraven i förfrågningsunderlaget analyseras för att diskutera gränsdragningen för vad som kan anses vara åberopat i de fallen.

#### 4.2.2 Åberopanden i förhållande till att en annan leverantör inte uppfyller ska-kraven

I tidigare behandlade Avonova-domen hade leverantören, Avonova, gjort gällande att en annan leverantör inte uppfyllde ett antal av de utpekade kraven i förfrågningsunderlaget när det kom till att lämna utförliga redogörelser. HFD menade att Avonova gjort tillräckligt för att förvaltningsrätten skulle pröva om rätten behövde inhämta uppgifterna för att kunna genomföra en effektiv prövning. Den typen av åberopanden leverantören gjort genom att peka ut att det vinnande anbudet inte uppfyllde vissa utpekade krav i förfrågningsunderlaget och i vilket avseende anbudet inte gjorde detta var således tillräckligt för att domstolen skulle ha en skyldighet att hämta in uppgifter om de behövdes.

I HFD 2018 ref. 28 konkretiserar HFD hur uppgifter domstolen inhämtat ska granskas. Granskningen av de uppgifter domstolen inhämtat ska ske *utifrån de skäl som medförde inhämtandet av uppgifterna*. HFD poängterar också att om det skulle framkomma andra brister än de som angetts ska de inte beaktas, vilket jag tidigare dragit slutsatsen innebär att de inhämtade uppgifterna ska prövas mot de bevissteman som uppställts i målet mot bakgrund av leverantörens åberopanden. Det innebär att en leverantör måste vara noggrann i förhållande till de omständigheter denna åberopar eftersom det endast är de som kan prövas i målet. Lavér och Larsberger menar att eftersom sökandebolaget inte känner till vilka brister som finns i det vinnande anbudet kan man inte ställa för höga krav på att grunden ska preciseras när ett annat anbud inte uppfyller ska-kraven.<sup>190</sup> Två kammarrättsavgöranden kan mot bakgrund av Avonova-domen illustrera åberopanden som kammarrätten ansett varit tillräckligt tydliga för att domstolen skulle ha en skyldighet att hämta in uppgifterna och därefter pröva dem mot bakgrund av målets bevissteman.

I en dom från Kammarrätten i Stockholm hade leverantören anfört att det fanns brister i en annan anbudsgivares anbud men inte fått del av hela anbudet eftersom vissa delar ansågs omfattas av sekretess. Förvaltningsrätten hade dock inte inhämtat uppgifterna i anbudet i

---

<sup>190</sup> Lavér & Larsberger, Upphandling24, 2015-12-11.

enlighet med Avonova-domen. I målet hade leverantören anfört att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens genom att utvärdera och anta en annan leverantörs anbud trots att anbudet inte uppfyllde samtliga ska-krav och anfört varför kraven inte var uppfyllda. Kammarrätten menade att leverantören hade uppgett de brister som fanns i utvärderingen och klart angett de omständigheter som bolaget grundade sin talan på samt den bevisning som bolaget ansåg skulle beaktas i målet. Eftersom uppgifterna som domstolen inte hade tillgång till krävdes för att göra en effektiv överprövning av upphandlingen skulle förvaltningsrätten ha hämtat in handlingarna.<sup>191</sup>

Även Kammarrätten i Jönköping har prövat ett mål där leverantören anfört att det fanns brister i en annan anbudsgivares anbud men inte fått del av hela anbudet eftersom vissa delar ansågs omfattas av sekretess men förvaltningsrätten inte inhämtat uppgifter i anbudet. Leverantören hade uppgett att två andra anbudsgivare inte uppfyllt kraven avseende en viss typ av ska-krav. Detta gjorde leverantören gällande mot bakgrund av vad de visste om de andra anbudsgivarnas produkter och mot bakgrund av vad som framgick om produkterna på tillverkarnas hemsidor. Kammarrätten ansåg att leverantören hade angett de omständigheter de grundade sin talan på samt uppgifter som de ansåg utgjorde stöd för denna. Eftersom det inte framgick om förvaltningsrätten tagit ställning till om de uppgifter som leverantören begärt få del av behövdes för att göra en effektiv prövning återförvisades målet.<sup>192</sup>

I de redovisade avgörandena har leverantören pekat ut vissa typer av ska-krav. Vidare har de anfört vilka omständigheter som pekar mot att kraven inte är uppfyllda. Domstolarna har dock inte uppställt krav på att leverantören ska förklara precis vilka faktiska omständigheter som innebär att kraven inte uppfyllts för att förvaltningsrätterna skulle prövat om de skulle hämtat in handlingarna. Istället har leverantörerna anfört omständigheter som *pekar* mot att den andra leverantören inte uppfyllt ska-kraven. I HFD 2018 ref. 28 hade t.ex. den klagande leverantören anfört att det vinnande anbudet inte uppfyllt en viss typ av ska-krav och det mot bakgrund av det låga priset, vilket medfört att kammarrätten inhämtat uppgifter. Ytterligare ett kammarrättsavgörande kan illustrera motsatsen, vad som inte ansetts utgöra ett tillräckligt åberopande av grunder för att domstolen skulle hämta in handlingarna.

I domen från Kammarrätten i Jönköping hade leverantören bl.a. anfört att ett av de andra anbuderna inte uppfyllt samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget. Detta mot bakgrund av att det fanns 321 enskilda ska-krav och att det därför var lätt för den upphandlande myndigheten att göra misstag vid utvärderingen. Vidare anförde leverantören att den upphandlande myndigheten hade handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att utvärdera anbudet som inte uppfyllde samtliga krav. Dessa påståenden om vad som tydde på att leverantören inte uppfyllde samtliga ska-krav ansågs dock inte vara tillräckliga för att domstolen skulle vara skyldig att hämta in uppgifterna och granska dem mot de åberopade omständigheterna.<sup>193</sup>

Kammarrätten ansåg således att det inte räckte att påstå att utvärderingen av anbuderna stred mot likabehandlingsprincipen. Vidare var ett åberopande av att något av alla de enskilda ska-kraven

---

<sup>191</sup> Kammarrätten i Stockholms dom 2017-03-10 i mål nr. 358-17.

<sup>192</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom 2016-04-19 i mål nr. 2523-15.

<sup>193</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom 2016-02-11 i mål nr. 2568-15.

inte uppfyllts mot bakgrund av att det är lätt att göra misstag i utvärderingen inte ett tillräckligt preciserat påstående för att domstolen skulle ha en skyldighet att inhämta uppgifter och pröva dem mot bakgrund av de åberopade omständigheterna. En sådan tillämpning av åberopsbörda ligger i linje med att den upphandlande myndigheten ska kunna svara på åberopandet och att sådana krav ställs på åberopandet att en åberopsbörda gör målet mer preciserat.

#### 4.2.3 Gränsen för när en leverantör anses ha åberopat omständigheter

Det sist redovisade avgörandet i föregående avsnitt, ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping<sup>194</sup>, stödjer slutsatsen att en leverantör inte kan nöja sig med att blankt åberopa delar av en annan leverantörs anbud för att ha fullgjort sin åberopsbörda. Det är dock svårt (eller kanske omöjligt?) att beskriva var gränsen går för när en leverantör ska ha ansetts ha åberopat omständigheter på ett sådant sätt att de kan ligga till grund för domstolens prövning, då det är en bedömning rätten ska göra i varje enskilt fall.

Om domstolen ska lägga brister i förfrågningsunderlaget till grund för avgörandet torde det krävas att leverantören har anfört att det finns sådana brister och vad de består i. Det räcker *inte* att leverantören för ett resonemang om att den upphandlande myndigheten har handlat i strid med en grundläggande princip för hur de agerat under utvärderingen, för att domstolen ska kunna tolka en brist i förfrågningsunderlaget i strid med principen som åberopad. Det innebär att domstolen i någon mån ska pröva de *faktiska omständigheter* leverantören åberopat. Vidare bör leverantören åberopa negativa rättsfakta när rekvisitet i regeln korrelerar med ett negativt sakförhållande för att konkretisera vad bristen består i.

När en annan leverantör inte uppfyller ska-kraven har resonemang om vilka ska-krav som inte uppfylls och vad som tyder på att så inte är fallet har godtagits som åberopanden för att domstolen ska hämta in uppgifter som ska prövas mot bakgrund av de åberopanden leverantören gjort. Det har således inte ställts krav på uppgivande av precis vilka faktiska omständigheter som föreligger, utan istället har det varit tillräckligt med ett resonemang om vilka omständigheter som pekar mot att vissa ska-krav inte är uppfyllda för att domstolen ska hämta in uppgifterna. Domstolen ska sedan pröva uppgifterna, som utgör bevisning, mot leverantörens åberopanden. Det torde innebära att kraven på åberopandet är lägre när grunden är att en annan anbudsgivare inte uppfyller ska-kraven och leverantören inte fått del av det aktuella anbudet än när det föreligger brister i förfrågningsunderlaget.

Om domstolen hämtat in uppgifterna inom ramen för utredningsansvaret och, trots att sekretess ansetts föreligga, väljer att kommunicera uppgifterna med den klagande leverantören är det rimligt att sökandebolaget behöver förtydliga åberopandet genom att på ett utförligare sätt förklara vilka faktiska omständigheter denne åberopar. Skälet till det är att en anledning till den begränsade skyldigheten att förtydliga åberopandet då inte längre gör sig gällande.

---

<sup>194</sup> Kammarrätten i Jönköpings dom 2016-02-11 i mål nr. 2568-15.

## 5 Informationsinhämtning i upphandlingsmål

I tidigare kapitel har konstaterats att en leverantör som ansöker om överprövning av en upphandling som utgångspunkt har bevisbördan samt åberopsbörda för de omständigheter denne lägger till grund för sin talan, i de två typer av fall denna uppsats behandlar. Om vi ponerar att en leverantör misstänker att någonting är fel i en upphandling, i förhållande till någon av de andra anbudsgivarnas anbud, men inte kan granska dessa i förhållande till förfrågningsunderlaget uppkommer frågan hur leverantören ska åberopa en omständighet, som finns i ett material denne inte kunnat granska. I tidigare kapitel har konstaterats att domstolen kan ha ett ansvar för att inhämta uppgifter som ska prövas mot de bevissteman som föreligger i målet. Kan domstolens inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret, eller andra regler om informationsinhämtande, möjliggöra för en leverantör att komma med nya åberopanden? Har domstolen ett ansvar för att leverantören ska kunna åberopa omständigheter? I detta kapitel ska dessa frågor beröras.

Westberg anför i sin bok *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål* att en domare inte bara ska fastslå juridiska konsekvenser av det parter tvistar om utan också ska bestämma vilken av parternas versioner – vilka fakta – som ska ligga till grund för domen.<sup>195</sup> För att en part ska ha en rimlig chans att framgångsrikt bevaka sina intressen behöver denne ha tillgång till all information, både bevisning och fakta, som krävs för att kunna presentera sin version av saken. Med ett sådant synsätt sätter Westberg parts anskaffning av information i centrum. I att anskaffa information ligger då både att *efterforska* det en part tror finns och *insamling* av det en part känner till eller får kännedom om vid efterforskningen.<sup>196</sup> Vikten av att få tillgång till information kommer dock i konflikt med andra intressen. Om en part ska få tillgång till information innebär det att en annan måste lämna inifrån sig den. Mot intresset av tillgång till information står således intresset av att lämnas ifred.<sup>197</sup>

I förhållande till intresset av information och intresset av att lämnas i fred ska kort anmärkas att upphandlingsmål visserligen har likheter med dispositiva tvistemål men att det också finns omständigheter som skiljer dem åt. Såväl en leverantörs intresse av att få del av information för att bevaka sitt intresse, som intresset av att inte lämna ut handlingar som innehåller konfidentiell information gör sig gällande, men också andra övergripande intressen. Eftersom överprövningar måste ses mot bakgrund av syftena med upphandlingsreglerna, vilka bl.a. är att uppnå en icke-snedvriden konkurrens i alla medlemsstater inom EU,<sup>198</sup> och att offentliga medel ska användas effektivare,<sup>199</sup> behöver reglerna skydda även dessa intressen och inte ”bara” tillgodose ekonomiska aktörers rätt att bevaka sina *egna* intressen. Trots denna anmärkning i förhållande till de intresseavvägningar som aktualiseras vid informationsanskaffning i dispositiva tvistemål i förhållande till upphandlingsmål handlar det alltså om en avvägning mellan att tillåta informationsanskaffning och att skydda känslig information.

---

<sup>195</sup> Westberg (2010) s. 10.

<sup>196</sup> A.a. s. 24.

<sup>197</sup> A.a. s. 41.

<sup>198</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 34.

<sup>199</sup> Direktiv 2014/24/EU under p. 2 till att direktivet antagits.

I detta kapitel är utgångspunkten, mot bakgrund av uppsatsens avgränsningar och i tidigare kapitel skisserade problem, att den information en part vill ta del av finns i andra anbudsgivares anbud och att dessa utgör allmänna handlingar som finns hos en upphandlande myndighet. Det finns tre metoder för inhämtande, eller anskaffande, av information som gör sig gällande för den typen av uppgifter. Den första metoden är den redan nämnda, att domstolen hämtar in handlingar inom ramen för sitt utredningsansvar i 8 § FPL. Den andra metoden är edition av en allmän handling enligt 20 § FPL med hänvisningar till RB. Den tredje är att rätten inhämtar yttrande över en fråga i handlingen, d.v.s. ett sakkunnigutlåtande enligt 24 § FPL, också den bestämmelsen med hänvisningar till RB.

Westberg anför att det går en tydlig teoretisk skiljelinje mellan sådan information som utgör bevisning för något och information som anses angå någonting annat.<sup>200</sup> Ett rättspolitiskt problem är att bestämma i vilket syfte en domstol ska medverka till informationsanskaffning för parterna. Handlar det om information som ska möjliggöra att framgångsrikt föra konflikten närmare en lösning, oavsett om informationen utgör bevisning eller eftersöks i ett annat syfte, eller handlar det om anskaffning av bevisning för en omständighet part åberopat? I tvistemål har uteslutande fokus lagts på anskaffning av bevisning.<sup>201</sup> Gäller samma sak i upphandlingsmål? I tidigare kapitel har dragits slutsatsen att de uppgifter domstolen inhämtar utgör bevisfakta och ska prövas mot målets bevisteman. Kan domstolen ändå möjliggöra för en leverantör att efterforska omständigheter i en annan anbudsgivares anbud för att leverantören ska kunna åberopa dessa?

Om en leverantör har möjlighet att efterforska information och efter en sådan efterforskning vill göra nya åberopanden har leverantören stora möjligheter att göra det under processen. Som tidigare konstaterats menar von Essen att det i förvaltningsprocessen inte finns någon begränsning i tid, i samma instans, att anföra nya omständigheter.<sup>202</sup> Det innebär att en leverantör som får reda på information som innebär att denne vill åberopa nya omständigheter inte begränsas av processuella regler. Vidare anses det i förhållande till åberopanden av nya omständigheter i kammarrätt vara en allmän förvaltningsrättslig princip att det är möjligt så länge *saken* inte blir en annan än den som prövades i förvaltningsrätten.<sup>203</sup> Enligt rättspraxis är *saken* i upphandlingsmål om det finns skäl för ingripande enligt LOU.<sup>204</sup> Eftersom det är en bred definition av *saken* har en leverantör mycket stora möjligheter att åberopa nya omständigheter även i kammarrätt.<sup>205</sup>

## 5.1 Inhämtande av uppgifter inom ramen för domstols utredningsansvar

HFD:s avgörande Avonova-domen innebär att förvaltningsdomstolar i vissa fall har en skyldighet att fordra in uppgifter när en leverantör inte fått ta del av uppgifter som denne vill åberopa till stöd för sin talan eftersom dessa omfattas av sekretess.<sup>206</sup> I domen går det att utläsa

---

<sup>200</sup> Westberg (2010) s. 394.

<sup>201</sup> A.a. s. 271.

<sup>202</sup> von Essen (2016) s. 239.

<sup>203</sup> Se t.ex. RÅ 2003 ref. 15.

<sup>204</sup> HFD 2013 ref. 5.

<sup>205</sup> von Essen (2016) s. 261.

<sup>206</sup> HFD 2015 ref. 55.



fyra kriterier för när domstolen ska göra det. Sökandebolaget ska klart ha angett vilka omständigheter denne grundar sin talan på samt ha uppgett den bevisning som åberopas. Vidare ska sökandebolaget ha begärt att få ut uppgifterna från den upphandlande myndigheten utan framgång. Till sist måste domstolen ha gjort bedömningen att uppgifterna krävs för att rätten ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning.<sup>207</sup> von Essen menar att det centrala är om uppgifterna *krävs* för att rätten ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning, eller att utredningen inte är fullgod utan det efterfrågade materialet.<sup>208</sup> Domstolen uppfyller således inte sitt officialansvar om rätten inte hämtar in uppgifterna. Kravet går också att förstå mot bakgrund av artikel 1 i det rättsmedelsdirektiv som kallas ändringsdirektivet<sup>209</sup> som föreskriver att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt.

Avgörandet behandlar således domstolens informationsinhämtning i upphandlingsmål och öppnar upp för leverantörer att införskaffa och efterforska information genom domstolens försorg i överprövningar av offentlig upphandling. Som huvudregel ska uppgifter som inhämtas kommuniceras med parterna enligt 18 § FPL vilket innebär att leverantören kan efterforska information. Eftersom möjligheten att ta del av den information domstolen fordrat in begränsas av regler om sekretess, vilket berörs i nästkommande avsnitt, torde det dock i de flesta fall *inte* handla om en möjlighet för leverantören att *efterforska information* utan betoning ligger på inhämtande av uppgifter i funktionen bevisning för det som redan åberopats.

### 5.1.1 Kommunikation, partsinsyn och sekretess

Som tidigare berörts begränsas parts möjlighet till informationsanskaffning av andra aktörers intressen. I EU-domstolens avgörande Varec gör domstolen uttalanden om hur intresseavvägningen mellan rätten till information och ekonomiska aktörers intressen av skydd för konfidentiell information ska göras. De svenska reglerna som berör detta återfinns dels i 18 § FPL som rör domstolens kommunikationsskyldighet, dels i 43 § FPL som rör partsinsyn samt i OSL som begränsar möjligheten att ta del av vissa uppgifter.

I Avonova-domen anför HFD att när en domstol hämtat in uppgifter inom ramen för rättens utredningsansvar har part som huvudregel rätt att ta del av vad som tillförts målet. Domstolen måste dock pröva om materialet omfattas av sekretess, om kommunikation kan underlåtas enligt 18 § FPL och, om så inte är fallet, pröva om parts rätt till insyn kan begränsas med stöd av 10 kap. 3 § 1 st. OSL, som ska tolkas i ljuset av unionsrättens krav.

Av 18 § FPL framgår att innan ett mål avgörs ska parterna ha fått kännedom om det som tillförts målet genom någon annan än parten själv samt få tillfälle att yttra sig om det, om det inte föreligger sådana särskilda skäl som anges i 10 § 2 st. samma lag. Regeln ska utgöra en garanti för materiellt riktiga avgöranden,<sup>210</sup> och en rättssäkerhetsgaranti genom att part får tillfälle att

---

<sup>207</sup> Se HFD 2015 ref. 55.

<sup>208</sup> von Essen (2017) kommentaren till 8 § FPL under rubriken Domstolens möjligheter att själv föra in utredning.

<sup>209</sup> Direktiv 2007/66/EG.

<sup>210</sup> von Essen (2017) kommentaren till 18 § FPL under rubriken Allmänt.

tillvarata sina intressen samt bemöta det som anförs.<sup>211</sup> Förutom de särskilda skäl som anges i 10 § 2 st. för när kommunikation inte behöver ske finns ytterligare begränsningar av under rättelseskyldigheten i 19 § FPL. Där stadgas att kommunikation inte ska utifrån de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL.

I 43 § FPL finns regler om partsinsyn vilket innebär att en part har rätt att ta del av vad som tillförts målet, med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL, d.v.s. samma begränsningar som gäller för domstols kommunikationsskyldighet. I 43 § FPL regleras endast de fall när part själv begärt att få del av material i målet medan 18 § FPL innebär en skyldighet för domstolen att kommunicera oberoende av parts begäran.<sup>212</sup> I 10 kap. 3 § OSL föreskrivs en begränsning av det som brukar kallas partsoffentligheten, d.v.s. den insyn som part i ett mål har för att sekretess inte gäller emot denne själv. Bestämmelsen syftar till att lösa konflikten mellan intresset av insyn och sekretess men ger inte någon rätt till insyn i sig utan insynen följer av t.ex. reglerna om kommunikation och partsinsyn.<sup>213</sup>

10 kap. 3 § 1 st. OSL lyder:

Sekretess hindrar inte att en enskild eller en myndighet som är part i ett mål eller ärende hos domstol eller annan myndighet och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet eller ärendet. En sådan handling eller ett sådant material får dock inte lämnas ut till parten i den utsträckning *det av hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs* (min kursivering). I sådana fall ska myndigheten på annat sätt lämna parten upplysning om vad materialet innehåller i den utsträckning det behövs för att parten ska kunna ta till vara sin rätt och det kan ske utan allvarlig skada för det intresse som sekretessen ska skydda.

De unionsrättsliga principer som denna regel ska läsas i ljuset av kommer till uttryck i det tidigare berörda målet Varec. I målet anför EU-domstolen att huvudsyftet med de unionsrättsliga upphandlingsreglerna är att området ska öppnas upp för icke snedvriden konkurrens. För att målet ska uppnås menar EU-domstolen att det är väsentligt att upphandlande myndigheter inte lämnar ut information avseende offentliga upphandlingsförfaranden vars innehåll skulle kunna snedvrída konkurrensen. Vidare bygger reglerna på att ekonomiska aktörer ska kunna lämna information till upphandlande myndigheter inom ramen för förfarandet utan att befara att informationen lämnas vidare på ett sätt som innebär skada för leverantören. Det finns också regler om att den upphandlande myndigheten inte behöver lämna vidare viss information till en anbudsgivare om det skulle skada legitima kommersiella intressen eller skulle snedvrída konkurrensen.<sup>214</sup> EU-domstolen anför vidare att dessa regler behandlar den upphandlande myndighetens agerande men att den ändamålsenliga verkan allvarligt skulle äventyras om ett prövningsorgan skulle lämna ut informationen. Mot bakgrund av det ska prövningsorganet vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att bestämmelserna i direktiven får ändamålsenligt verkan och därigenom säkerställer upprätthållanden av en sund konkurrens

---

<sup>211</sup> Prop. 1971:30 s. 544.

<sup>212</sup> von Essen (2017) kommentaren till 43 § FPL under rubriken Allmänt.

<sup>213</sup> von Essen (2017) kommentaren till 19 § FPL.

<sup>214</sup> Se artikel 21 i det nya klassiska direktivet, Direktiv 2014/24/EU.

och skydd för berörda ekonomiska aktörers legitima intressen. I samband med en offentlig upphandling ska prövningsorganet kunna besluta att inte lämna ut handlingar till parter och advokater om det är nödvändigt för att säkerställa skyddet för dessa intressen inom gemenskapsrätten.<sup>215</sup>

När en förvaltningsdomstol inhämtat uppgifter ligger det på rätten att pröva om uppgifterna omfattas av sekretess och om kommunikation av materialet kan underlåtas enligt 18 § FPL. Om dessa regler inte hindrar ett utlämnande ska rätten pröva om det med hänsyn till allmänt eller enskilt intresse är av synnerlig vikt att sekretessbelagd uppgift i materialet inte röjs, vilket måste läsas i ljuset av kraven EU-domstolen ställt upp. En domstol som hämtat in uppgifter måste således säkerställa att ett utlämnande av uppgifterna till leverantören inte skadar en sund konkurrens och de berörda aktörernas legitima intressen. Det torde innebära en relativt långtgående begränsning av utlämnande av uppgifterna vilket innebär en begränsning för den sökande leverantören att få del av uppgifter. I förhållande till att Westberg anför att en part behöver ha tillgång till all information som krävs för att denne ska kunna presentera sin version av saken för att ha en rimlig chans att framgångsrikt bevaka sina intressen,<sup>216</sup> begränsas leverantörens möjlighet till detta, till förmån för att tillgodose skyddet för affärshemligheter och konkurrens vid offentliga upphandlingar.

I 10 kap. 4 § OSL finns dock en viss möjlighet för domstol att lämna ut uppgifter enligt 10 kap. 3 § OSL med ett förbehåll för t.ex. parten och/eller ombudet som inskränker dessas rätt att lämna uppgiften vidare eller utnyttja den. I förarbetena till förvaltningsprocesslagen anföras att det ibland kan vara lämpligt att lämna ut hemligt material till en parts ombud men inte till parten personligen.<sup>217</sup> Ett sådant förbehåll i förhållande till ombudet får dock inte innebära ett förbud att lämna en muntlig upplysning till parten. Förbehållet i paragrafen innebär att det uppstår en tystnadsplikt som medför att det kan inträda straffansvar för brott mot tystnadsplikt i 20 kap. 3 § brottsbalken (1962:700) (BrB) för den som inte följer villkoren.<sup>218</sup> Detta innebär att ett förbehåll endast kan göras i förhållande till fysiska personer och inte till en juridisk person.<sup>219</sup> Det finns således en viss möjlighet för domstolen att t.ex. lämna ut uppgifter till ett ombud men inte till parten själv om domstolen bedömer att ett utlämnande av uppgifter är möjligt med förbehåll, i ljuset av de EU-rättsliga principerna om bl.a. skyddet för sund konkurrens och parts legitima kommersiella intresse. Lindblom och Rappe menar dock att det är svårt att se situationer där det skulle vara lämpligt att så sker. Ombuden saknar ofta kunskap om de tekniska eller kommersiella aspekterna och deras granskning av handlingarna skulle förmodligen inte tillföra något mer än om domstolen granskade handlingarna. Vidare menar Lindblom och Rappe att det skulle innebära att ett stort ansvar som bör ligga på domstolen istället placeras på ombuden.<sup>220</sup> Ett annat möjligt förfaringsätt är att rätten beslutar att handlingarna ska lämnas ut

---

<sup>215</sup> Dom av den 14 februari 2008, Varec, p. 34–55.

<sup>216</sup> Westberg (2010) s. 24.

<sup>217</sup> prop. 1971:30 s. 444.

<sup>218</sup> Lenberg, Geijer, & Tansjö, offentlighet- och sekretesslagen (2009:400) (29 maj 2018, Zeteo), kommentaren till 10 kap. 4 § under rubriken Första stycket.

<sup>219</sup> Geijer, Liljeqvist, & Lundahl, *Sekretess m.m. hos allmän förvaltningsdomstol – en handbok*, 2011, s. 42.

<sup>220</sup> Lidbom & Rappe, *Möjligheten till en effektiv överprövning när bevisning omfattas av sekretess*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr. 4 2018, s. 244.

till både parten och ombudet men att det ställs upp förbehåll som innebär att de inte får lämna vidare uppgifterna eller utnyttja dem i ett annat sammanhang än den förevarande processen. Lindblom och Rappe lyfter dock att även ett sådant förbehåll kan vara problematiskt eftersom det riskerar att urvattna motpartens rätt till skydd för affärshemligheter då det är svårt att i efterhand visa att uppgifterna använts felaktigt.<sup>221</sup>

### 5.1.2 Inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret – möjlighet till informationsanskaffande eller en metod för bevisupptagning?

Även om en leverantörs möjlighet till informationsanskaffning öppnas upp genom att domstolen i vissa fall ska hämta in uppgifter inom ramen för utredningsansvaret avgränsas informationsanskaffandet genom de begränsningar som finns i domstols kommunikations-skyldighet samt partsinsynen. Uppgifter som finns i de handlingar som inhämtas blir visserligen en del av materialet i målet, men eftersom leverantören som ansökt om överprövning fortfarande måste åberopa omständigheterna för att de ska kunna ligga till grund för domstolens avgörande handlar det inte om en möjlighet för leverantören att få nya omständigheter prövade om leverantören inte kan granska handlingarna. Westberg anför i förhållande till edition i dispositiva tvistemål att den avgörande skillnaden för att klassificera en metod som bevisupptagning eller informationsinhämtning för en part är till vem den editionspliktige ska leverera ett dokument eller på annat sätt bereda ett subjekt tillfälle att ta del av dokumentet. Om den editionspliktige ska leverera dokumentet till domstolen inom reglerna för bevisupptagning handlar det om en metod för just bevisupptagning. Ska dokumentet istället göras tillgängligt för den som sökt om edition så att denne kan ta ställning till om och hur dokumentet ska användas i processföringen är det snarare fråga om en metod för parts inhämtande av information.<sup>222</sup> Motsvarande kan användas för att klassificera vad för typ av metod det rör sig om när domstolen hämtat in uppgifter inom ramen för utredningsansvaret. En leverantör torde i de flesta fall inte få del av uppgifterna i handlingarna och kan därför inte granska dem för att komma med nya åberopanden mot bakgrund av handlingarnas innehåll. Det innebär att leverantören inte kan efterforska information i handlingarna. Då domstolen som inhämtat handlingarna ska granska dessa utifrån de skäl som medförde att de hämtades in,<sup>223</sup> vilket tidigare konstaterats innebär att omständigheterna ska prövas mot bakgrund av målets bevisteman, utgör inhämtandet av uppgifterna främst en metod för bevisupptagning. Det i kontrast till att parten skulle fått del av informationen och haft möjlighet att själv bestämma hur den ska användas i processen. Det här behöver dock inte gälla i samtliga fall utan domstolens bedömning av frågan om sekretess öppnar upp för möjligheten att infordrandet av uppgifter också kan utgöra en metod för inhämtande av information för parten.

Det intellektuella innehåll som finns i handlingarna domstolen hämtat in får således betydelse för domstolen att bedöma om leverantörens, eller de andra parternas version, av vad som hämt ska ligga till grund för avgörandet av målet. På detta sätt får en leverantör en möjlighet att uppfylla sin bevisbörda men ska inte ges tillfälle att eftersöka information som kan ligga till

---

<sup>221</sup> A.a. s. 244.

<sup>222</sup> Westberg (2010) s. 561.

<sup>223</sup> HFD 2018 ref. 28.

grund för nya åberopanden. Eftersom det uttrycks som en skyldighet för domstolen att inhämta uppgifter när vissa förutsättningar är uppfyllda så ska domstolen, under vissa förutsättningar, möjliggöra för leverantören att införa bevisfakta i målet genom domstolens försorg.

## 5.2 Edition

Ett mer klassiskt sätt för informationsinhämtning i processen, än att rätten hämtar in uppgifter inom ramen för utredningsansvaret, är genom editionsinstitutet. Förvaltningsprocesslagen innehåller inte egna processuella regler om edition utan istället hänvisar 20 § FPL till 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ RB i ”tillämpliga delar”, vilka reglerar bl.a. den processuella och materiella editionsplikten i allmän domstol. von Essen menar dock att det är svårt att tänka sig att den materiella editionsplikten i 38 kap. 3 § RB aktualiseras i förvaltningsprocessen som någon tillkommande editionsplikt utöver den processuella editionsplikten i 38 kap. 2 § RB.<sup>224</sup> Reglerna i 38 kap. RB möjliggör för en part att i en rättegång få ut skriftliga handlingar från motparten och tredje man, om handlingarna har betydelse som *bevis* i målet.<sup>225</sup> Den processuella editionsplikten i 38 kap. 2 § RB gäller för privata handlingar medan 38 kap. 8 § RB är tillämplig på allmänna handlingar. Reglerna liknar varandra i många delar och nedan kommer kort redogöras för 38 kap. 8 § RB.

För att domstolen ska kunna utfärda ett editionsföreläggande avseende en allmän handling måste handlingen parten vill ta del av vara just en allmän handling.<sup>226</sup> Vidare måste handlingen ha relevans som *bevis* i målet och den måste förvaras hos myndigheten. Det finns ett visst identifikationskrav för den som sökt om edition. Den sökande måste precisera sin begäran på ett sådant sätt att det avser i vart fall en grupp av handlingar.<sup>227</sup> När det handlar om att en leverantör vill ta del av uppgifter i andra anbudsgivares anbud bör identifikationskravet dock inte vålla några större problem eftersom leverantören kan peka ut vilka delar av anbudet denne inte fått del av tidigare. 38 kap. 8 § RB stadgar vidare att rätten får besluta att handlingen ska tillhandahållas, vilket pekar ut att domstolen ska göra en behovs- och proportionalitetsbedömning. Rätten ska således göra en avvägning mellan intresset att klarlägga sakomständigheter i målet och innehavarens intresse att inte behöva lämna ut handlingen.<sup>228</sup>

Huvudregeln är att domstolen kan utfärda ett editionsföreläggande avseende en allmän handling oavsett om den är sekretessbelagd eller inte. Det finns dock vissa undantag från detta. Det undantag som torde bli mest relevant i förhållande till överprövningar av offentliga upphandlingar är undantaget i tredje punkten som rör företagshemligheter. Undantaget från att handlingen kan omfattas av ett editionsföreläggande gäller så länge det inte förekommer synnerligen anledning att handlingen företes. Vid bedömningen ska domstolen göra en

---

<sup>224</sup> von Essen (2017) kommentaren till 20 § FPL under rubriken Den materiella editionsplikten; se också Ribbing, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, 2018, s. 138 & 143.

<sup>225</sup> Ekelöf, Edelstam & Heuman, *Rättegång. Fjärde häftet*, 2009, s. 260.

<sup>226</sup> Se 2 kap. 3 § TF för vad som avses med en allmän handling.

<sup>227</sup> Hjertstedt, *Tillgången till handlingar för brottsutredare*, 2011, s. 470–473.

<sup>228</sup> A.a. s. 470–473.

avvägning mellan intresset av att yrkeshemligheten inte röjs och intresset av en fullständig utredning.<sup>229</sup>

Som redogjorts i förhållande till att en domstol hämtat in en handling inom ramen för rättens utredningsansvar går det att betrakta edition som en metod för bevisupptagning eller som en metod för parts inhämtning av information. Westberg menar att edition i svensk rätt ursprungligen skulle vara en metod för bevisupptagning men att det bl.a. beror på hur domstolen agerar.<sup>230</sup> I förhållande till att en allmän handling tillhandahålls domstolen genom edition i ett upphandlingsmål bör det i många fall vara så att möjligheten för den editionssökande att ta del av handling begränsas genom sekretessregler, vilket innebär att leverantören inte själv kan bestämma hur informationen som inhämtats ska användas. Det innebär att edition främst får betydelse som en metod för bevisupptagning även om det är parten som yrkat att uppgifterna ska hämtas in. Det i kontrast till om domstolen lämnar ut uppgifterna till leverantören så denne kan ta del av informationen och välja hur den ska användas i processen. Detta innebär att varken när domstol inhämtar information inom ramen för utredningsansvaret eller när rätten gör det genom edition möjliggörs det för leverantörer att komma med nya åberopanden. Istället kan förfarandena betraktas som metoder för bevisupptagning vilka innebär att uppgifter inhämtas, i funktionen bevisfakta, utan att leverantören får del av informationen för att utforma sin processföring.

### 5.3 Förhållandet mellan domstols utredningsansvar och edition

Både inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret och edition av allmän handling möjliggör för leverantörer att uppfylla sin bevisbörda i upphandlingsmål men inte komma med nya åberopanden. Avonova-domen går att betrakta som att HFD behandlar förhållandet mellan de två förfaringssätten. Under rubriken ”vad målet gäller” anför HFD att det i målet har begärts edition avseende vissa uppgifter vilka bedömts omfattas av sekretess. HFD menar dock att det emellertid först måste avgöras om det följer redan av domstolens utredningsansvar att hämta in uppgifterna. HFD konstaterar sedan att det är upp till förvaltningsrätten att bedöma behovet av ett inhämtande av uppgifterna inom ramen för utredningsansvaret och att HFD därför saknade anledning att ta ställning till editionsyrkandet. HFD tar således inte ställning till den fråga som medförde att prövningstillstånd meddelades och gör inte några uttalanden om det innebär att editionsförelägganden inte blir aktuella i upphandlingsmål eller om det bara inte fanns anledning att ta ställning till yrkandet i det specifika fallet. Ribbing menar att inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret i vart fall går före en prövning av ett editionsföreläggande om inhämtandet krävs för att domstolens ska ha fullgjort sitt utredningsansvar.<sup>231</sup> I Avonova-domen uttrycker HFD sig i termer av att en leverantör inte fått ta del av uppgifter från den *upphandlande myndigheten* respektive att domstolen inom ramen för utredningsansvaret i vissa fall ska fordra in uppgifter från den *upphandlande myndigheten*. I förhållande till det torde edition vara ett bredare instrument eftersom ett editionsföreläggande också kan rikta sig mot tredje man, t.ex. en annan

---

<sup>229</sup> A.a. s. 454–455.

<sup>230</sup> Westberg (2010) s. 561–562.

<sup>231</sup> Ribbing (2018) s. 144.

anbudsgivare.<sup>232</sup> Mot bakgrund av det menar jag att edition inte är uteslutet i upphandlingsmål utan framförallt bör kunna aktualiseras när uppgifter, som en leverantör vill åberopa som bevisning, finns hos ett annat subjekt än den upphandlande myndigheten.

Både edition och inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret är därför tillämpliga i upphandlingsmål för att möjliggöra inhämtande av bevisning. I förhållande till ansvarsfördelningen mellan processsubjekten innebär det att domstolen har ansvar för att sökandebolaget ska ha möjlighet att lägga fram bevisning för att uppfylla sin bevisbörda när leverantören inte haft tillgång till handlingen och därför inte själv kunnat införa uppgifterna som bevisning i målet, men att domstolen inte har ett ansvar för att möjliggöra åberopanden av nya omständigheter.

Om domstolen har beslutat att en handling ska hämtas in, antingen inom ramen för domstolens utredningsansvar eller genom ett editionsföreläggande, krävs det en uppmaning gentemot den upphandlande myndigheten att denne ska lämna in handlingen till rätten. von Essen menar att när det gäller edition behöver ett formligt editionsföreläggande dock inte alltid tillgripas. Redan i kommunikationsskrivelsen kan rätten *anmoda* innehavaren av handlingen att lämna in denna, om innehavaren inte har något att invända. Först om anmodan inte efterkoms eller om det framställs invändningar behöver domstolen utfärda ett formligt editionsföreläggande, om subjektet i fråga har funnits vara editionspliktig.<sup>233</sup>

Vad gäller inhämtande av uppgifter inom ramen för utredningsansvaret finns inga regler i FPL om att domstolen ska förelägga part att inkomma med handlingar eller andra regler om hur domstolen får inhämta utredning inom ramen för 8 § FPL, förutom det allmänna stadgandet att rätten ska se till att målet blir så utrett sin dess beskaffenhet kräver. I förarbetena talas endast om att domstolen får vidta åtgärder, t.ex. skaffa in upplysningar och annat material från andra myndigheter,<sup>234</sup> och inte heller HFD benämner det på annat sätt än att domstolar ska fordra in uppgifter. HFD klargör dock att domstolen inom ramen för sitt utredningsansvar har en *skyldighet* att fordra in uppgifterna under vissa förutsättningar. Samma ordning torde därför gälla när en domstol avser att hämta in uppgifter inom utredningsansvaret som när den rättsliga bakgrunden till inhämtande är edition. Domstolen bör därför kunna välja mellan att genom en skrivelse anmoda den upphandlande myndigheten att inkomma med handlingar eller att upprätta ett formellt beslut. En sådan anmodan innebär då endast en uppmaning mot den upphandlande myndigheten att inkomma med handlingarna och om myndigheten inte följer denna bör domstolen kunna upprätta ett formellt beslut.

Om en myndighet trotsar domstolens beslut om att den upphandlande myndigheten ska lämna in handlingar finns det dock inte något egentligt påtryckningsmedel för domstolen att tillgripa. Editions-förelägganden kan förenas med vite men 38 kap. 5 § RB, där möjligheten till vitesföreläggande och handräckning av kronofogdemyndigheten stadgas, anses inte tillämplig i fråga om edition av allmänna handlingar.<sup>235</sup> I förhållande till infordrande av handlingar inom

---

<sup>232</sup> Jfr Lavér & Larsberger, Upphandling24, 2015-12-11.

<sup>233</sup> von Essen (FPL) kommentaren till 20 § FPL under rubriken Editionsbeslut och domstolens maktbefogenheter.

<sup>234</sup> Prop. 1971:30 s. 530.

<sup>235</sup> Hjertstedt (2011) s. 476

ramen för utredningsansvaret finns inga processuella regler om hur det ska ske. När det kommer till att förena ett föreläggande med vite utan stöd i lag har allmän domstol och specialdomstol inte ansetts kunna göra det i förhållande till föreläggande om en processuell prestation.<sup>236</sup> Det har bl.a. motiverats med att det är en vedertagen uppfattning att processuella tvångsmedel inte får tillgripas utan uttryckligt stöd i författning,<sup>237</sup> vilket innebär att det inte heller torde vara möjligt för en förvaltningsdomstol att göra det. Domstolens möjlighet att berika processmaterialet med uppgifter i funktionen bevisfakta förutsätter således att den upphandlande myndigheten följer domstolens anmaningar eller beslut. Det åvilar således ett ansvar på den upphandlande myndigheten att möjliggöra berikandet av processmaterialet. Om den upphandlande myndigheten utövar domstolstrots och inte lämnar in handlingarna till domstolen blir frågan istället om domstolen kan utfärda ett editionsföreläggande mot de leverantörer som lämnat anbuden för att få del av informationen i anbudshandlingarna. Min slutsats är att det torde vara möjligt i förhållande till att edition inte är helt uteslutet i upphandlingsmål men att det förutsätter att rekvisiten för editionsföreläggande är uppfyllda, vilket bl.a. innefattar att ett editionsföreläggande ska anses vara proportionerligt. Ett editionsföreläggande som riktar sig mot en annan leverantör kan, till skillnad från editionsföreläggande avseende en allmän handling, förenas med vite och rätten har dessutom möjlighet att förordna att handlingen ska tillhandahållas genom kronofogdemyndighetens försorg.<sup>238</sup>

## 5.4 Sakkunnigutlåtanden

Som konstaterats i tidigare avsnitt åvilar det domstolen ett visst ansvar för att inhämta uppgifter som framförallt utgör bevisning för det en leverantör åberopat i upphandlingsmål. Förfrågningsunderlag och anbud i upphandlingsmål kan dock vara tekniskt komplicerade och kräva kunskap om den specifika branschen för att en person som granskar handlingarna ska kunna upptäcka felaktigheter.<sup>239</sup> Liljedal menar t.ex. det i entreprenadupphandlingar kan förekomma anbud som är orena på så sätt att det lämnats otillåtna reservationer från anbudsgivarens sida men att en sådan brist kan var svår för domstolen att upptäcka om domaren/domarna inte är insatta i vad som ingår i standardavtal såsom AB 04.<sup>240</sup> Westberg menar att en persons kunskap eller vetande kan vara det som behövs för att förstå ett bevis eller annan information,<sup>241</sup> t.ex. uppgifterna i ett förfrågningsunderlag eller anbud i en offentlig upphandling. Lösningen på det problemet kan vara att domstolen anlitar en sakkunnig som ska vara behjälplig med den intellektuella tankeoperation som brukar kallas bevisvärdering genom att denne i ett utlåtande redogör för vilka slutsatser som kan dras av en handlingens innehåll.<sup>242</sup>

Möjligheten att inhämta sakkunnigutlåtanden i förvaltningsprocessen stadgas i 24 § FPL som hänvisar till 40 kap. 2–7 och 12 §§ RB i tillämpliga delar. I 24 § FPL föreskrivs att rätten får inhämta yttrande över fråga som kräver särskild sakkunskap medan det i 40 kap. 1 § RB talas

---

<sup>236</sup> Se NJA 1975 s. 461; NJA 1995 s. 176.

<sup>237</sup> NJA 1975 s. 461.

<sup>238</sup> 20 § FPL jfr 38 kap. 2 och 5 §§ RB.

<sup>239</sup> Lidbom & Rappe (UrT 4/2018) s. 245.

<sup>240</sup> Liljedal, *Dags för sakkunniga i upphandlingsmål?*, Foyen nyhetsbrev september 2018.

<sup>241</sup> Westberg (2010) s. 409.

<sup>242</sup> A.a. s. 412; Edelstam, *Sakkunnigbeviset: En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet*, 1991, s. 114.



om särskild ”fackkunskap”. I doktrin har skillnaden i ordval dock inte ansetts ha någon betydelse.<sup>243</sup> Syftet med ett sakkunnigutlåtande är att tillföra uttalanden om erfarenhetssatser och omdöme som kräver särskild sakkunskap, utbildning eller erfarenhet. Det utlåtande en sakkunnig meddelar är inte att betrakta som ett skriftligt bevis utan ska tillföra rätten kunskap.<sup>244</sup>

I HFD 2018 ref. 28 uttalar HFD att det är rätten som avgör om den behöver biträde av en sakkunnig och om sakkunnigyttrande därför ska hämtas in. Om utredningsansvaret sträcker sig så långt att ett sakkunnigutlåtande ska inhämtas får avgöras från fall till fall mot bakgrund av att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång. Återigen aktualiseras således EU-rättsliga principer för att avgöra hur långt domstols utredningsansvar sträcker sig. Domstolen behöver bedöma om rätten har den kompetens som krävs för att granska de handlingar som inhämtat mot bakgrund av det leverantören åberopat eller om rätten behöver en sakkunnigs omdömen för att kunna bedöma handlingarnas innehåll. I de fall en leverantör inte fått del av handlingarna domstolen infordrat har leverantören inte möjlighet att argumentera utförligt kring de påstådda felaktigheterna utan i tidigare kapitel har dragits slutsatsen att en leverantör måste åberopa att en annan leverantör inte uppfyller skalkraven och vad som tyder på det men att kravet inte torde ställas allt för högt på att leverantören måste förklara precis vad som är fel. Det innebär att det ställs relativt högra krav på domstolen att upptäcka brister mot bakgrund av leverantörens åberopanden. Mot bakgrund av det kan sakkunnigutlåtanden vara ett sätt att tillgodose behovet av att värdera handlingar som innehåller komplex information och på så sätt tillgodose behovet av en effektiv granskning av upphandlingar.

Om domstolen inhämtat ett sakkunnigutlåtande är det material som tillförts målet och part har rätt att yttra sig över det enligt 18 § FPL men med de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § OSL. Sakkunnigutlåtanden ska dock inte möjliggöra för en leverantör att införskaffa information för att komma med nya åberopanden eller införa bevisning utan är ett hjälpmedel för domstolen vid bevisvärderingen.

## 5.5 Fishing expedition – ett begrepp för att förstå begränsningen av hur part kan använda domstolen för att få tillgång till information?

Trots att domstolen har ett ansvar för att inhämta uppgifter en leverantör åberopat till grund för sin talan är möjligheten för en leverantör att få del av handlingar för att granska dessa och komma med nya åberopanden begränsade. För att förstå parts begränsade möjlighet att använda sig av domstolen för att efterforska information ska jag göra en jämförelse med begreppet ”fishing expedition”, hämtat från dispositiva tvistemål.

Som tidigare lyfts i detta kapitel menar Westberg att en part inte endast har behov av information för att bevisa sin talan och motbevisa motpartens, det finns också ett behov av information för att beskriva vad tvisten handlar om.<sup>245</sup> Inom den klassiska synen på det

---

<sup>243</sup> Se Ribbing (2018) s. 151 med hänvisningar.

<sup>244</sup> Ribbing (2018) s. 151.

<sup>245</sup> Westberg (2010) s. 222.

kontradiktoriska förfarandet har rättegången dock ansetts gälla en i princip färdig tvist där parterna redan har all information de behöver för att stödja sina anspråk. Att en part har ett behov av att skaffa sig information för att beskriva tvisten har förbisetts och utgångspunkten har snarare varit att tvister rör omständigheter som ligger inom de berörda parternas kontroll.<sup>246</sup> Mot bakgrund av det har fishing expeditions i betydelsen av ett förbud mot att söka efter viss typ av bevisning som kan avslöja grunder eller invändningar som en part ännu inte har åberopat, ansetts vara något icke-önskvärt i svensk rätt.<sup>247</sup> Informationssökning som grundas på allmänna, lösa och vaga påståenden eller misstankar, gissningar och vaga antaganden har i svensk rätt, vad gäller dispositiva tvistemål, inte ansetts utgöra något som ska främjas. Processföringen har setts som spekulativ och undersökningen som planlöst svepande. Westberg anför dock att det bakom detta inte behöver vara en samvetslös chanstagare eller lycksökare utan kan finnas en informationsfattig part. Som tidigare lyfts står dock motpartens intresse av att slippa bli utsatt för efterforskningar av information mot den informationsfattigparts intresse. I svensk rätt menar Westberg att rättspolitiska önskemål har fått avgöra vilket intresse som ska främjas. Parter ska skyddas från efterforskningar som grundas på vaga misstankar och ska inte besvärmas av rättegångar som bygger på gissningar av att rättigheter kan ha kränkts. Detta ställningstagande har grundats på liberala idéer. Medborgarna ska skyddas från statliga tvångsingrepp. Det ska ske ett upprätthållande av den självrådiga och fredade informationsanskaffningen. Rättegångar är ett nödvändigt ont som bör minimeras till antalet och det är viktigt att det sker en god hushållning med enskilda och statliga resurser. Det gör man genom att omöjliggöra och stävja eftersökning av information som inte utgör bevisning för bestämda påståenden om rättsfakta.<sup>248</sup>

Möjligheten till en spekulativ processföring i upphandlingsmål avskärs dels genom att en leverantör måste åberopa grunder för sin talan samt presentera den bevisning som åberopas, sekretessregler som begränsar parts möjlighet att granska handlingar och att uppgifter domstolen inhämtat ska granskas mot bakgrund av skälen till att de hämtades in. Istället utgör möjligheten till informationsinhämtning genom domstolens försorg främst införande av bevisning för redan åberopade grunder. Eftersom domstolen är bunden av de grunder leverantören åberopat och ett sådant åberopande måste preciseras kan ett sökandebolag inte anföra allt för svepande grunder i hopp om att domstolen hämtar in uppgifter och hittar fel i handlingarna.

Domstolsverket har framhållit att överprövningar av upphandlingar generellt är resurskrävande,<sup>249</sup> att domstolen skulle granska hela anbud för att leta fel i dessa torde i komplicerade upphandlingar vara ett tungrovt arbete som skulle kunna medföra stora kostnader. Sandin menar att den åberopsbörda som innan RÅ 2009 ref. 69 utvecklats i underrättspraxis torde kunna beskrivas som ett sätt att göra en rimlig avgränsning av domstolens arbetsbörda i upphandlingsmål, som både kan vara av tekniskt komplicerad natur och innehålla ett omfattande material.<sup>250</sup> Westberg anför att det bakom idén om att den svepande processföringen är något av ondo finns bl.a. tankar om att rättegångar bör minimeras och att det är viktigt att det sker ett hushållande

---

<sup>246</sup> A.a. s. 226–227.

<sup>247</sup> Westberg (2010) s. 30.

<sup>248</sup> A.a. s. 277–278.

<sup>249</sup> Domstolsverket, Budgetunderlag 2019–2021, februari 2018, s. 16.

<sup>250</sup> Sandin (JT 4/2009–10) s. 926.

med enskilda och statliga resurser vilket ska genomföras genom att stävja svepande informationssökning.<sup>251</sup> Att begränsa ”onödiga processer” där leverantören inte har en konkret grund utan endast misstankar kan betraktas som att det skulle kunna utgöra en del av förverkligandet av tanken om en god hushållning med enskilda och statliga resurser.

Förhållandet att det i svensk rätt finns en allmän skepsis mot fishing expeditions och att det generellt betraktas som en styggelse och de rättspolitiska intressen som ligger bakom synsättet kan skapa förståelse för att leverantörer måste komma med åberopanden och att domstolen endast ska granska inhämtade handlingar mot bakgrund av målets beviseman. Tankesättet blir tillämpligt på upphandlingsmål eftersom dessa har ansetts vara tvistemålsliknande.

Frågan kvarstår dock, *hur ska en leverantör som har en magkänsla om att något är fel men inte kan granska andra anbudsgivares anbudshandlingar kunna åberopa omständigheter som finns i dessa?* Svaret på frågan får anses vara att det finns situationer när leverantören inte har något vapen att ta till för att kunna granska dessa anbudshandlingar för att kunna åberopa omständigheter som finns där i. Domstolen har således inte ett ansvar för att möjliggöra en leverantörs efterforskning av information för att denne ska kunna komma med nya åberopanden.

---

<sup>251</sup> Westberg (2010) s. 277–278.

## 6 Avslutning

Det här avslutande kapitlet syftar till att ge en sammanfattning av uppsatsens centrala slutsatser, som redovisats löpande i uppsatsen, samt relatera dessa slutsatser till varandra för att knyta an till uppsatsens övergripande syfte – att undersöka ansvarsfördelningen mellan processsubjekten mot bakgrund av en försiktig tillämpning av officialprincipen. Avslutningsvis lämnas ett slutord.

### 6.1 Slutsatser

Officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål eftersom måltypen i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. Det relaterar både till processföremålets natur och partsförhållandena i målet och innebär att upphandlingsmål har likheter med dispositiva tvistemål. Eftersom officialprincipen ska tillämpas med försiktighet är huvudprincipen att en leverantör måste ange de omständigheter, i betydelsen rättsfakta, denne grundar sin talan på för att domstolen ska få lägga omständigheterna till grund för avgörandet. Motparten, den upphandlande myndigheten, bör åberopa motfakta eller förneka existensen av de omständigheter leverantören åberopat. Detsamma gäller en eventuell tredjemansleverantör som tillåtits träda in i målet. Det innebär att alla parter i målet har ansvar för att berika processmaterialet med avseende på rättsfakta, för att bevaka sina egna intressen. För domstolens del innebär en tillämpning av åberopsbörda i upphandlingsmål att domstolen har en begränsad officialprövningsrätt och att endast de omständigheter som åberopats får ligga till grund för avgörandet. Även om leverantören som ansökt om överprövning ska framställa yrkanden i målet är rätten dock inte bunden av dem i avseendet om upphandlingen ska rättas eller göras om.

Eftersom det i upphandlingsmål har kommit att tillämpats en åberopsbörda, ett begrepp hämtat från dispositiva tvistemål, som HFD dock inte använt sig av, blir domstolens möjlighet att tolka de åberopanden leverantören gjort för att upphandlingen är felaktig, begränsad. Det innebär att leverantören på ett så klart sätt som möjligt bör uppge de *faktiska omständigheter*, rättsfakta, denne vill att rätten ska pröva. Det räcker dock inte för leverantören att blankt ange en annan leverantörs anbud eller förfrågningsunderlaget för att ha åberopat dessa utan leverantören måste åberopa negativa rättsfakta eftersom rekvisiten korrelerar med negativa sakförhållanden. Det innebär att leverantören måste förklara vad felet ligger i. När det kommer till att en eller flera andra leverantörer inte uppfyllt de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget hindrar dock ofta sekretess sökandebolaget från att granska anbuden och därmed komma med precisa åberopanden av vilka faktiska omständigheter domstolen ska pröva. I de fallen torde det därför räcka att leverantören anger att vissa ska-krav inte är uppfyllda och vad som tyder på det t.ex. att priset i anbudet är lågt, till skillnad från när bristen finns i förfrågningsunderlaget, då leverantören så klart som möjligt bör beskriva de faktiska omständigheter i förening som utgör bristen.

Officialprincipen består av två delar, dels domstols officialprövningsrätt, dels rättens officialansvar. Att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet i upphandlingsmål innebär att också domstolens officialansvar blir mindre än i många andra förvaltningsmål. Om en leverantör inte

får del av uppgifter denne vill åberopa till stöd för talan har domstolen dock en skyldighet att inhämta uppgifter från den upphandlande myndigheten om det krävs för att förfarandet ska kunna utsättas för en effektiv granskning. De uppgifter domstolen hämtar in torde leverantören i de flesta fall inte ha möjlighet att ta del av eftersom domstolens kommunikationsskyldighet och leverantörens partsinsyn begränsas av sekretess till skydd för andra aktörers kommersiella intressen, t.ex. den upphandlande myndigheten eller andra anbudsgivare. Eftersom de inhämtade uppgifterna ska granskas mot bakgrund av de åberopanden leverantören gjort har uppgifterna funktionen bevisfakta i målet. De ska således granskas mot bakgrund av målets bevisteman. Leverantören har dock fortfarande ett ansvar för att anföra att denne vill att uppgifterna ska ligga till grund för domstolens prövning. Det finns således också en fördelning av ansvar för processmaterialet i förhållande till bevisfakta mellan leverantören, som ska anföra att uppgifterna ska ligga till grund för prövningen, samt domstolen som i vissa fall har en skyldighet att inhämta uppgifterna. Eftersom domstolen inte har tillgång till något sanktionsmedel för att inhämta uppgifter från den upphandlande myndigheten har den upphandlande myndigheten ett ansvar att följa domstols anmaning eller beslut om att lämna ut uppgifterna så att de kan läggas till processmaterialet i målet.

Leverantören har således en åberopsbörda i upphandlingsmål men sekretess hindrar i många fall leverantören från att granska andra leverantörers anbud och därmed komma med åberopanden om brister i dessa. Uppsatsens sista del behandlar något som redan tangerats, nämligen informationsinhämtning i upphandlingsmål, och om inhämtande av uppgifter inom processen ska eller kan möjliggöra för leverantören att komma med nya åberopanden. Slutsatsen i den delen är att inhämtande av information, antingen genom att domstolen fordrar in uppgifter inom ramen för utredningsansvaret eller genom edition, tar sikte på inhämtande av omständigheter i funktionen bevisfakta mot bakgrund av åberopade rättsfakta. Informationsinhämtandet avser inte att möjliggöra för en leverantör att framställa nya åberopanden utan endast uppfylla sin bevisbörda. En leverantör har således som utgångspunkt inte möjlighet att efterforska information för att kunna framställa nya åberopanden i upphandlingsmål. Det kan förstås mot bakgrund av att svepande processföring, s.k. ”fishing expeditions”, inte anses önskvärt i en svensk kontext och att överprövningsprocesser är dyra och därför bör begränsas.

I upphandlingsmål har domstolen vidare ett ansvar för att inhämta sakkunnigutlåtande om det krävs för att rättens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång. Eftersom upphandlingsmål kan innehålla komplex information kan det vara en sakkunnig persons kunskap eller vetande som är det som krävs för att domstolen ska kunna värdera bevisningen i målet. Det är domstolen som har ansvar för att se till att granskningen blir effektiv mot bakgrund av de åberopanden leverantören gjort och den bevisning som införts.

Eftersom en leverantör inte har något verktyg för att fiska efter omständigheter kan konstateras att omständigheterna kanske finns där, *någonstans i sjön*, men att det är upp till leverantören att hitta dem. Domstolen ska endast vara behjälplig med att inhämta bevisning i förhållande till målets bevisteman som leverantören pekat ut genom sina åberopanden. Det är således parterna som har huvudansvaret för att dra upp processramen genom att anföra vilka grunder domstolen ska pröva. Domstolen är dock inte bunden av de yrkanden leverantören framställt utan kan gå

utanför dessa. På detta sätt görs en avvägning mellan processsubjektens ansvar för processramen samt processmaterialet i en måltyp som inte är typisk för förvaltningsprocessen men inte heller är en del av de dispositiva tvistemålen.

Ansvar för olika delar av processramen och processmaterialet skiftar således mellan processsubjekten i upphandlingsmål mot bakgrund av att officialprincipen ska tillämpas med försiktighet. När den nu omtalade åberopsbördan inte ska tillämpas – eftersom den utgör en huvudprincip – har HFD, mig veterligen, inte uttalat sig om det såhär nio år efter att domstolen tillämpade den första gången.

## 6.2 Slutord

När jag inför starten av uppsatsarbetet berättade för en åklagare, som tjänstgjorde som adjungerad ledamot i en förvaltningsdomstol, att jag skulle skriva min examensuppsats i förvaltningsprocessrätt svarade han lite ironiskt "[f]inns det rättsområdet ens?".

När jag nu ägnat de senaste månaderna åt processuella regler och principer som aktualiseras i överprövningsmål, som handläggs enligt FPL, kan jag konstatera att det onekligen finns regler i förvaltningsprocesslagen, närmare bestämt ca 50 paragrafer (vilket kan jämföras med ungefär 750 stycken i rättegångsbalken). HFD förhåller sig dock inte strikt till det processuella ramverket lagen ställer upp. I överprövningsmål har domstolen istället gjort en jämförelse med dispositiva tvistemål och bl.a. tillämpat en "åberopsbörda" som inte går att utläsa i FPL. Dock utan att begreppet åberopsbörda använts och utan en hänvisning till RB:s bestämmelse om domstols bundenhet vid parternas åberopanden. I domskälen i RÅ 2009 ref. 69 anför HFD att leverantören inte hade lagt omständigheten att förfrågningsunderlaget brast i transparens till grund för sin talan och att förvaltningsrätten därför inte fick lägga omständigheten till grund för avgörandet. HFD förtydligade dock inte om det avsåg att leverantören skulle angett en rättslig kvalificering (vilket det vid en första anblick kan se ut som) eller rättsfakta, som är det som klassiskt ansetts omfattats av åberopsbördan.

I den här uppsatsen har jag analyserat ansvarsfördelningen för processramen och processmaterialet för processsubjekten i överprövningsmål i förhållande till två grunder. För att göra det har jag bl.a. använt mig av processrättsliga begrepp för att kategorisera HFD:s uttalanden i processrättsliga fack såsom rättsfakta, bevisfakta, processmaterial etc., eftersom jag tror att processen (juridiken) kan uppfattas som (mer?) koherent och förutsägbar om det processuella ramverket förklaras genom att vedertagna processuella begrepp används. Mot bakgrund av min förvaltningsprocessrättsliga undersökning kan jag konstatera att det i vart fall går att urskilja en processrättslig ram i upphandlingsmål. Den ramen innebär en prognos om hur rollfördelningen för processsubjekten i processen troligen kommer gestalta sig och processsubjekten i överprövningsmål bör därför förhålla sig till den. Om det innebär att förvaltningsprocess är ett rättsområde som finns eller inte, och vad som överhuvudtaget finns eller inte, får bli en annan diskussion. "Gällande rätt" är som jag anförde i uppsatsens inledande kapitel, enligt min uppfattning, inte något som existerar i sig självt. Jag tror dock det är användbart att använda sig av processrättsliga begrepp för att förklara processrättsliga konstruktioner. Detta eftersom en sådan strukturering av rättsliga konstruktioner med hjälp av termer, som fylls med innehåll som

jurister gemensamt kan förstå, kan vara sätt att tydliggöra subjektens ansvar i processen. På så sätt kan rätten framstå som förutsägbar och förvaltningsprocessrätt som något som finns. Eftersom överprövningsmål är en ”advokattät” måltyp tror jag att överprövningsprocessen kommer fortsätta utvecklas i snabb takt.

## Avgöranden

### Svenska domstolar

#### Högsta domstolen

NJA 1975 s. 461

NJA 1995 s. 176

#### Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 1988 not. 236

RÅ 1989 ref. 67

RÅ 1990 not. 9

RÅ 1990 ref. 64

RÅ 1990 ref. 108

RÅ 1991 ref. 67

RÅ 2003 ref. 15

RÅ 2005 ref. 47

RÅ 2009 ref. 69

HFD 2011 ref. 29

HFD 2013 ref. 5

HFD 2013 ref. 24

HFD 2015 ref. 55

HFD 2018 ref. 28

Högsta förvaltningsdomstolens dom 2018-10-19 i mål nr. 3830-17

#### Kammarrätten i Göteborg

Kammarrätten i Göteborgs dom 2011-03-14 i mål nr. 5481–5486-10

Kammarrätten i Göteborgs dom 2011-03-14 i mål nr. 6077-10

Kammarrätten i Göteborgs beslut 2011-11-09 i mål nr. 6427-11

Kammarrätten i Göteborgs dom 2014-10-21 i mål nr 1569–1572-14



Kammarrätten i Göteborgs dom 2014-11-19 i mål nr. 5735-14

Kammarrätten i Göteborgs dom 2015-10-06 i mål nr. 1641-15

### Kammarrätten i Jönköping

Kammarrätten i Jönköpings dom 2015-09-29 i mål nr 705-15

Kammarrätten i Jönköpings dom 2016-04-19 i mål nr. 2523-15

Kammarrätten i Jönköpings dom 2017-02-21 i mål nr. 2632-16

Kammarrätten i Jönköpings dom 2017-10-24 i mål nr. 795–796-17

### Kammarrätten i Stockholm

Kammarrätten i Stockholms beslut 2011-06-14 i mål nr. 3270-11

Kammarrätten i Stockholms dom 2017-03-10 i mål nr. 358-17

### Kammarrätten i Sundsvall

Kammarrätten i Sundsvalls dom 2010-02-17 i mål nr. 168-10

Kammarrätten i Sundsvalls beslut 2012-01-09 i mål nr. 3247-11

Kammarrätten i Sundsvalls dom 2013-05-21 i mål nr 388-13

### EU-domstolen

Dom av den 16 december 1976, Rewe, C-33/76, EU:C:1976:167

Dom av den 16 december 1976, Comet, C-45/76, EU:C:1976:191

Dom av den 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, EU:C:1997:369

Dom av den 15 maj 1986, Johnston, C-222/84, EU:C:1986:206

Dom av den 15 oktober 1987, Heylens, C-222/86, EU:C:1987:442

Dom av den 18 maj 1995, Kommissionen mot Italien, C-57/94, EU:C:1995:150

Dom av den 14 december 1995, van Schijndel och van Veen, C-430/93 och C-431/93, EU:C:1995:441

Dom av den 28 oktober 1999, Alcatel Austria AG m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534

Dom av den 7 december 2000, Telaustria och Telefonadress, C-324/98, EU:C:2000:669

Dom av den 19 juni 2003, GATT, C-315/01, EU:C:2003:360

Dom av den 7 januari 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12

Dom av den 14 februari 2008, Varec, C-450/06, EU:C:2008:91

Dom av den 15 april 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223

Beslut av den 3 december 2001, Vestergaard, C-59/00, EU:C:2001:654

## Källor

### Offentligt tryck

#### Propositioner

Prop. 1971:30 *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om allmänna förvaltningsdomstolar, m.m.*

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

#### Statens offentliga utredningar

SOU 2018:44. *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål*

#### Övrigt offentligt material

Domstolsverket, *Budgetunderlag 2019–2021*, februari 2018

Konkurrensverket, *Procurement Monitoring report 2018 – Sveriges rapport enligt EU:s upphandlingsdirektiv*, Konkurrensverket dnr 768/2018, april 2018a

Konkurrensverket, *Konkurrensverkets upphandlingstillsyn 2017*, Konkurrensverkets rapport 2018:2., april 2018b

Konkurrensverket & Upphandlingsmyndigheten, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Konkurrensverkets rapport 2017:11, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:5, november 2017

Upphandlingsmyndigheten, *Kartläggning och analys av mål om överprövning*, Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:7, december 2017

#### Fysiska och digitala böcker och artiklar

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av offentlig upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm: Jure Förlag, 2012

Boman, Robert, *Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål*, Stockholm: Norstedts, 1964

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

Edelstam, Henrik, *Sakkunnigbeviset: En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet*, Uppsala: Iustus Förlag, 1991

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

- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik & Heuman, Lars, *Rättegång. Fjärde häftet*, Stockholm: Nordstedts juridik, 7:e uppl., 2009
- Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, Heuman, Lars & Pauli, Mikael, *Rättegång. Fösta häftet*, Stockholm: Wolter Kluwer, 9:e uppl., 2016
- Geijer, Ulrika, Liljeqvist, Peder & Lundahl, Göran, *Sekretess m.m. hos allmän förvaltningsdomstol – en handbok*, Lund: Lund domar akademi, 2:a uppl., 2011
- Glavå, Mats & Petrusson, Ulf, *Illusionen om rätten! Juristprofessionen och ansvaret för rättskonstruktionerna*, i Erkjennelse og engasjement: minneseminar for David Roland Doublet [1954–2000], Askeland, Bjarte & Bernt, Jan Fridthjof (red.), Bergen: Fagbokforlaget, 2002
- Hjertstedt, Mattias, *Tillgången till handlingar för brottsutredare*, Uppsala: Iustus förlag, 2011
- Johansson, Daniel, *Tredjemansinträde i upphandlingsmål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2016
- Lidbom, Maria & Rappe, Alexander, *Möjligheten till en effektiv överprövning när bevisning omfattas av sekretess*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, nr. 4 2018
- Lindblom, Per Henrik, *Processens arkitektur: Jakten på det slutliga bevisemat i ett funkishus med flera våningar*, i *Vänbok till Torleif Bylund*, Andersson, Torbjörn & Lindell, Bengt (red.), Uppsala: Iustus förlag, 2003
- Lindell, Bengt, *Sakfrågor och rättsfrågor: en studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt*, Uppsala: Iustus förlag, 1987
- Lindkvist, Gustav, *Utredningsansvar, bevisbörda och beviskrav i förvaltningsprocessen*, Stockholm: Norstedts Juridik, 2018
- Lavér, Joakim & Larsberger, Olof, *Utökad utredningsskyldighet i överprövningsmål*, Upphandling24, 11 december 2015, <https://upphandling24.se/utokad-utredningsansvar-overprovningssmal/> (hämtad: 2018-09-18)
- Lenberg, Eva, Geijer, Ulrika & Tansjö, Anna, Offentlighet- och sekretesslagen (2009:400) (29 maj 2018, Zeteo), <http://www.nj.se/zeteo>
- Liljedal, Ann, *Dags för sakkunniga i upphandlingsmål?*, Foyen nyhetsbrev september 2018, [https://www.foyen.se/dags-for-sakkunniga-i-upphandlingsmal\\_nb/](https://www.foyen.se/dags-for-sakkunniga-i-upphandlingsmal_nb/) (hämtad 2018-10-29)
- Melvås, Boris, *En åberopsbörda för negativa rättsfakta i LOU-mål*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 1 2013
- Nord, Eskil, *Kommentaren till lagen om offentlig upphandling (2016:1145)*, Karnov 2018-07-01, <https://www.karnovgroup.se/>
- Nordh, Roberth, *Processens ram i tvistemål: om yrkande och grunder, ändring av talan m.m.*, Uppsala: Iustus förlag, 3:e uppl., 2012
- Nordback, Kenneth, *Relevanta "omständigheter" vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen?*, Förvaltningsrättslig Tidskrift, häfte nr. 2 2010

- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Stockholm: Jure förlag, 4:e uppl., 2017
- Peczenik, Alexander, *Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Stockholm: Fritzes förlag, 1995
- Ribbing, Michaela, *Förvaltningsprocessen och rättegångsbalken*, Stockholm: Jure förlag, 2018
- Sandin, Erik, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling – två steg framåt, ett steg bakåt*, Juridisk Tidskrift, nr. 4 2009/10
- Strömberg, Håkan & Lundell, Bengt, *Handlingsoffentlighet och sekretess*, Lund: Studentlitteratur, 11:e uppl., 2009
- Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen*, Uppsala: Iustus förlag, 2009
- Söderqvist, Ulrika, *kommentaren till offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)*, Karnov 2018-07-01, <https://www.karnovgroup.se/>
- von Essen, Ulrik, *Processramen i förvaltningsmål: ändring av talan och anslutande frågor*, Stockholm: Wolters Kluwer, 2:a uppl., 2016
- von Essen, Ulrik, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar (7 sep. 2017, Zeteo)*, <http://www.nj.se/zeteo>
- Wallerman, Anna, *Om fakultativa regler: En studie av svensk och unionsrättslig reglering av skönmässigt beslutsfattande i processrättsliga frågor*, Uppsala: Iustus förlag, 2015
- Wejedal, Sebastian, *Rätten till biträde – Om biträdeskostnaders hantering vid svenska domstolar*, Göteborg: Juridiska institutionens skriftserie, 2017
- Wennergren, Bertil, *Förvaltningsprocesslagen m.m.: en kommentar*, Stockholm, Nordstedts Juridik, 5:e uppl, 2005
- Westberg, Peter, *Civilrättsskipningen*, Stockholm: Nordstedts Juridik, 2:a uppl., 2003
- Westberg, Peter, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, Stockholm: Nordstedts Juridik, 2010