

## **HFD 2017 ref. 45**

**En upphandlande myndighet har inte rätt att överklaga ett domstolsavgörande enbart av det skälet att avgörandets motivering medför att en process om upphandlings-skadeavgift ska initieras.**

33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 30 juni 2017 följande dom (mål nr 7285-15).

### **Bakgrund**

Om en upphandlande myndighet i strid med upphandlingslagstiftningen sluter ett avtal med en leverantör utan föregående annonsering kan en domstol besluta att avtalet är ogiltigt. Domstolen ska emellertid om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. I en sådan situation ska Konkurrensverket ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlings-skadeavgift.

Regleringen innebär att en domstol kan ge en leverantör rätt i ett påstående om att en otillåten direktupphandling har skett och att ett avtal därför borde förklaras ogiltigt, men avgöra saken så att avtalet av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ändå får fortsätta att gälla. Ett sådant avgörande kan alltså innebära att domstolen i sina domskäl konstaterar att den upphandlande myndigheten har handlat i strid med lagen, men likväl i sitt domslut avslår yrkandet om att förklara avtalet ogiltigt.

I målet har frågan uppkommit om en upphandlande myndighet kan överklaga ett sådant avgörande.

Förutsättningen för att någon ska få överklaga en dom är att denna gått den klagande emot. Allmänt gäller att talan bara kan föras mot själva domslutet, inte mot vad domstolen uttalar i sina domskäl.

Kommunalförbundet Kollektivtrafikmyndigheten i Västernorrlands län (myndigheten) genomförde en direktupphandling avseende bl.a. skolskjutsar. Under våren 2015 slöt myndigheten avtal med Taxi Holm AB. Taxi Mitt Ekonomisk förening (Taxi Mitt) ansökte om överprövning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterade att myndigheten hade genomfört en upphandling utan föregående annonsering i en situation då detta inte är tillåtet. Det fanns därför förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet. Eftersom upphandlingen avsåg samhällstransporter, med stor påverkan på människors liv och hälsa, ansåg förvalt-

ningsrätten emellertid att det fanns skäl att ändå låta avtalet bestå. Förvaltningsrätten avslag därför Taxi Mitts yrkande om att avtalet mellan myndigheten och Taxi Holm skulle ogiltigförklaras.

Myndigheten överklagade och gjorde gällande att det förelegat särskilda omständigheter för att genomföra upphandlingen utan föregående annonsering. Kammarrätten – som bedömde att förvaltningsrättens dom fick anses gå myndigheten emot på ett sätt som medförde klagorätt – avslag överklagandet.

Myndigheten har överklagat och yrkat att Högsta förvaltningsdomstolen ska förklara att upphandlingen kunde genomföras utan föregående annonsering och att det därmed saknades förutsättningar för förvaltningsrätten att pröva om det fanns anledning att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd såvitt avser frågan om en upphandlande myndighet har rätt att överklaga en dom i vilken förvaltningsrätten har avslagit en sökandes yrkande om att ett avtal som myndigheten har ingått ska förklaras ogiltigt på grund av att det förelegat tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Frågan om prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

### **Yrkanden m.m.**

I den fråga som har föranlett Högsta förvaltningsdomstolen att meddela prövningstillstånd har parterna anfört bl.a. följande.

#### *Myndigheten*

Förvaltningsrättens avgörande medför en skyldighet för Konkursverket att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Om myndigheten inte har klagorätt får den av förvaltningsrätten konstaterade överträdelsen – en otillåten direktupphandling – rättskraft i målet om sådan avgift. Myndigheten kan då inte argumentera för att direktupphandlingen var tillåten utan endast anföra skäl i syfte att reducera avgiften. Myndigheten hamnar därmed i en sämre situation än om domstolen hade beslutat om ingripande och inte låtit avtalet bestå. Förvaltningsrättens dom måste därför anses ha gått myndigheten emot. Ur rättssäkerhetssynpunkt vore det stötande om en part inte kan överklaga en dom vars domslut ger sken av att parten varit vinnande medan domskälen ger helt andra negativa rättsliga och ekonomiska konsekvenser.

#### *Taxi Mitt*

Som grundprincip gäller att domskäl inte kan överklagas. Det medför en stor rättssäkerhet om en part i förvaltningsdomstol

måste beakta inte bara domslutet utan också domskälen. Domstolen ska därtill endast beakta omständigheter som har åberopats av en part. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Vid detta förhållande kan man inte anse att beslutet har gått myndigheten emot.

### **Skälen för avgörandet**

#### *Frågan i målet*

Frågan i målet är om en upphandlande myndighet har rätt att överklaga ett domstolsavgörande när själva avgörandet inte kan anses ha gått myndigheten emot, men avgörandets motivering medför att Konkurrensverket ska ansöka om att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

#### *Rättslig reglering*

Enligt 16 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Rätten ska enligt 13 § besluta att ett sådant avtal är ogiltigt, bl.a. om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt vissa i paragrafen uppräknade bestämmelser.

Om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten enligt 16 kap. 14 § emellertid besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda. Av 17 kap. 1 och 2 §§ framgår att tillsynsmyndigheten i en sådan situation hos allmän förvaltningsdomstol ska ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala upphandlingsskadeavgift.

Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr och får inte överstiga tio procent av kontraktsvärdet. Enligt 5 § ska vid fastställandet av upphandlingsskadeavgiftens storlek särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska någon avgift inte beslutas. Avgiften får vidare efterges om det finns synnerliga skäl.

2007 års lag om offentlig upphandling har upphävts men gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före den 1 januari 2017. Motsvarande bestämmelser som de som beskrivits ovan finns i 20 och 21 kap. i den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

Av 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) följer att ett avgörande av förvaltningsrätt eller kammarrätt får överklagas av den som det angår, om det har gått honom eller henne emot.

### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

Det finns ingen särskild reglering rörande frågan om klagorätt i mål om offentlig upphandling, utan denna fråga får bedömas mot bakgrund av den allmänna bestämmelsen i 33 § förvaltningsprocesslagen. Där anges som nämnts att ett beslut får överklagas av den som det angår, om det har gått honom eller henne emot.

Det är en etablerad rättslig princip att ett domstolsavgörande normalt inte kan överklagas utan att den som klagar yrkar ändring av själva avgörandet. Domskalet som sådana kan således som utgångspunkt inte överklagas, se t.ex. RÅ 1990 not. 45 och RÅ 2006 ref. 21. I det sistnämnda rättsfallet uttalade Högsta förvaltningsdomstolen dock att i sådana sällsynta undantagsfall då motiveringen har självständiga rättsverkningar kan ett överklagande avse enbart denna. Att domstolen öppnade för en sådan möjlighet får anses ha sin grund i den generella hållningen inom förvaltningsprocessen att överklagandeinstitutet ytterst syftar till att ge enskilda rättsskydd när ett beslut har faktiska verkningar av viss betydelse för dem (se t.ex. RÅ 82 2:76, RÅ 1996 ref. 43 och RÅ 2007 ref. 7).

Myndigheten har i sitt överklagande till kammarrätten inte yrkat ändring av förvaltningsrättens domslut. Som skäl för att klagorätt ändå ska anses föreligga har myndigheten hänvisat till de konsekvenser som förvaltningsrättens dom får när det gäller skyldigheten för myndigheten att betala upphandlingsskadeavgift.

Om en domstol har fastställt att ett avtal får bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska Konkurrensverket enligt 17 kap. 1 och 2 §§ LOU i egenskap av tillsynsmyndighet ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Enligt rättsfallet HFD 2014 ref. 49 gäller detta även om domstolen inte i domslutet har angett att avtalet får bestå på denna grund utan detta endast framgår av domskalet. Om förvaltningsrättens dom vinner laga kraft medför det således att Konkurrensverket kommer att ansöka om att myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Av 2014 års rättsfall framgår vidare att det i processen om upphandlingsskadeavgift inte ska ske någon överprövning av det lagakraftvunna avgörande som ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan. Myndigheten kan således inte i den rättegången utverka ett avgörande av innebörd att någon överträdelse av regelverket inte har skett.

Frågan är om dessa omständigheter innebär att förvaltningsrättens dom får anses ha sådana verkningar att myndigheten bör tillerkännas klagorätt, trots att den inte har yrkat någon ändring av domslutet.

Den ordning som innebär att Konkurrensverket ska ansöka om upphandlingsskadeavgift efter konstaterade brott mot upphand-

lingsreglerna syftar till att säkerställa att myndigheterna följer lagen om offentlig upphandling. Ett mål om upphandlingsskadeavgift berör endast Konkurrensverket och den upphandlande myndighet mot vilken talan riktas. Något behov av rättsskydd för någon annan uppkommer således inte till följd av en sådan process.

Att ett mål om upphandlingsskadeavgift ska inledas i ett fall som det nu aktuella är vidare en direkt följd av hur bestämmelserna i 17 kap. LOU har utformats. Det står således klart att det är en avsedd konsekvens av regelverket att ett mål om upphandlingsskadeavgift ska initieras om domstolen i domskälen har funnit att ett avtal har slutits i strid med lagen om offentlig upphandling, men likväl av tvingande hänsyn till ett allmänintresse har avslagit ett yrkande om att det ska förklaras ogiltigt.

Till detta kommer att myndigheten i avgiftsprocessen kan göra gällande att omständigheterna kring den tidigare konstaterade överträdelsen har varit sådana att avgiften ska sättas ned eller helt efterges. Myndigheten kan också hävda att det är fråga om ett ringa fall och att någon avgift därför inte alls ska utgå. Regleringen gör det således möjligt att ta hänsyn även till omständigheter som har legat till grund för det lagakraftvunna avgörande som Konkurrensverket bygger sin ansökan på.

Mot denna bakgrund finns det inte skäl att utsträcka det skydd för enskilda som har motiverat att domskäl undantagsvis får överklagas till att avse också upphandlande myndigheter. Kammarrätten borde därför ha avvisat myndighetens överklagande av förvaltningsrättens dom.

Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd i frågan om klagorätt och förklarat frågan om prövningstillstånd rörande målet i övrigt vilande. Eftersom kammarrätten borde ha avvisat överklagandet bör prövningstillstånd meddelas även i den del som har förklarats vilande och kammarrättens dom undanröjas i sin helhet.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i den del av målet som har förklarats vilande.

Högsta förvaltningsdomstolen undanröjer kammarrättens dom. Förvaltningsrättens dom står därmed fast.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Ståhl, Bull, Classon* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Kristina Linderöth.

*Förvaltningsrätten i Härnösand (2015-06-12, Dalman):*

*Otillåten upphandling*

Förvaltningsrätten konstaterar att en direktivstyrd upphandling utan föregående annonsering har genomförts.

Förvaltningsrätten har då först att ta ställning till om förutsättningarna för undantag från annonseringsplikten, enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 p. LOU, varit uppfyllda.

För att få genomföra en upphandling med förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 p. LOU krävs att det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men att synnerlig brådska som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid ett öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Förfarandet som anges i 4 kap. 5 § LOU får enligt EU-domstolen endast användas undantagsvis och tillämpas restriktivt (se EU-domstolens avgörande, Stadt Halle, C-26/03, p. 44–46).

Den synnerliga brådska som myndigheten anför som skäl för att tillämpa undantaget från annonseringsplikten har, enligt förvaltningsrättens mening, till en inte obetydlig del varit föranledd av myndighetens eget agerande i de tidigare upphandlingsförfarandena. Detta borde ha kunnat förutses av den upphandlande myndigheten. Särskilda omständigheter enligt 4 kap. 5 § första stycket 3 p. LOU har därmed inte förelegat. Myndigheten har därför genomfört upphandlingen i strid med LOU och det finns därmed förutsättningar för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § LOU.

Den frågan som förvaltningsrätten därefter har att pröva är om det ändå finns anledning att låta avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänt intresse.

*Tvingande hänsyn till allmänintresse*

Enligt 16 kap. 14 § LOU ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bestämmelsen ska enligt förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 137 f.) tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal ändå får bestå. EU-domstolen har bedömt allmänintresset som tvingande angående t.ex. allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, samt folk och djurhälsan. Det ligger vidare enligt regeringens mening i sakens natur att den som åberopar en sådan omständighet också har bevisbördan för detta. Det sägs vidare att det ankommer på de allmänna förvaltningsdomstolarna att utifrån de särskilda omständigheterna i ett enskilt mål om överprövning av ett avtals giltighet, att tolka begreppet tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av handlingarna i målet framgår att upphandlingen avser samhällstransporter, däribland sådana som är nödvändiga för den grupp av personer som är beroende av dem för att ta sig till vårdcentral och sjukhus m.m. Tjänsterna ifråga har en stor påverkan på människors liv och hälsa, och det är dessutom till viss del svaga grupper i samhället som berörs såsom äldre och sjuka. Mot denna bakgrund får det, enligt förvaltningsrättens mening, anses föreligga sådana omständigheter som omfattas av begreppet tvingande hänsyn till allmänintresse varför det i detta fall finns

skäl för att låta avtalet bestå. Yrkandet om att förklara det aktuella avtalet ogiltigt ska mot denna bakgrund avslås. – Förvaltningsrätten avslår Taxi Mitt Ekonomisk förenings yrkande om att ogiltigförklara avtalet av den 17 april 2015 mellan Kollektivtrafikmyndigheten i Västernorrlands län och Taxi Holm AB.

***Kammarrätten i Sundsvall (2015-12-03, Lif, Ärlebrant och Törnered):***

*Talerätt*

Den första frågan kammarrätten har att pröva är om myndigheten har talerätt. Ett beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom eller henne emot (33 § andra stycket förvaltningsprocesslagen).

I rättsfallet HFD 2014 ref. 49 rörande upphandlingsskadeavgift hade de upphandlande myndigheterna invänt att Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift skulle avslås med hänsyn till att det saknades ett lagakraftvunnet avgörande där det i domslutet angavs att avtal skulle bestå av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Högsta förvaltningsdomstolen, som inte fann att ansökan skulle avslås på den grunden, uttalade bl.a. följande. En förutsättning för att en förvaltningsrätt ska kunna besluta att ett avtal ska bestå är att rätten funnit att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att så hade skett i det aktuella fallet framgick av förvaltningsrättens dom. Något krav att detta också ska anges i själva domslutet kan inte härledas ur bestämmelserna om upphandlingsskadeavgift.

Med bakgrund av Högsta förvaltningsdomstolens ställningstagande i den ovan angivna domen måste den nu överklagade domen anses angå myndigheten och gå myndigheten emot. Talerätt enligt 33 § förvaltningsprocesslagen föreligger således för myndigheten.

*Förhandlat förfarande utan föregående annonsering*

Frågan är därefter om myndigheten haft rätt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av det tidsbegränsade avtalet om fyra och en halv månad avseende samhällsbetalda resor och transporter.

[text här utelämnad]

Kammarrätten kan således konstatera att den synnerliga brådska som myndigheten hänvisar till, och som är anledningen till varför myndigheten använt ett förhandlat förfarande utan annonsering, får tillskrivas myndighetens bristande planering. Detta är en omständighet som kunnat förutses av myndigheten. Myndigheten har därmed inte haft rätt att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Överklagandet ska därmed avslås.

Taxi Mitt har inte överklagat förvaltningsrättens dom. Det finns således inte något skäl för kammarrätten att bedöma huruvida avtalet bör bestå till följd av tvingande hänsyn till allmänintresset. – Kammarrätten avslår överklagandet.