

HFD 2017 ref. 60

Ett interimistiskt beslut om s.k. avtalsspärr i ett mål om offentlig upphandling har upphävts då den skada och de olägenheter som beslutet medför för den upphandlande myndigheten bedömts vara större än skadan för leverantören av att beslutet upphävs.

16 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 26 oktober 2017 följande beslut i protokoll (mål nr 1968-17).

Bakgrund

Migrationsverket genomför en upphandling i form av avrop från ett ramavtal avseende telefoni och datakommunikation. Genom tilldelningsbeslut i juni 2016 tilldelades Tele2 Sverige AB kontraktet.

Ramavtalet upphör den 31 december 2017 men det finns möjlighet att förlänga det ett år. Det saknas dock uppgift om ramavtalet kommer att förlängas.

Telenor Sverige AB ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten som avslog ansökan.

Telenor överklagade till kammarrätten som på begäran av bolaget inhämtade delar av Tele2:s anbudshandlingar från Migrationsverket. Dessa handlingar kommunicerades inte med Telenor eftersom kammarrätten bedömde att de omfattades av sekretess och att det av hänsyn till enskilt intresse var av synnerlig vikt att innehållet i dem inte röjdes för bolaget. Kammarrätten ansåg inte att domstolens utredningsskyldighet sträckte sig så långt att domstolen var skyldig att låta en sakkunnig granska handlingarna och yttra sig över dem.

Telenor överklagade till Högsta förvaltningsdomstolen som den 20 april 2017 beslutade att Migrationsverket inte får ingå avtal avseende upphandlingen innan något annat har bestämts.

Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 27 juni 2017 att meddela prövningstillstånd i frågan om omfattningen av en förvaltningsdomstols utredningsansvar när domstolen i ett mål om offentlig upphandling har fordrat in sekretessbelagda uppgifter i ett anbud.

Migrationsverket yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva beslutet av den 20 april 2017 om att myndigheten inte får ingå avtal.

Skälen för beslutet

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. Den upphävda lagen gäller dock fortfarande för upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2017 och ska därför tillämpas i detta mål.

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 16 kap. 4 § överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör. Möjligheten till överprövning upphör enligt 6 § när ett avtal sluts.

Ett sätt för domstolen att skaffa sig tid för att kunna genomföra en överprövning av en pågående upphandling är att fatta ett interimistiskt beslut (RÅ 2003 ref. 64).

I 16 kap. 9 § finns bestämmelser som reglerar förutsättningarna för att en domstol ska meddela ett sådant beslut. Enligt första stycket får rätten, i ett fall som det nu aktuella, besluta att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal innan något annat har bestämts. Rätten får enligt andra stycket avstå från att fatta ett sådant beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Enligt paragrafens tredje stycke ska rätten vid sin bedömning ta hänsyn till användarnas intresse, allmänintresset och övriga berörda intressen. Hänsynen till användarnas intresse tar sikte på brukarna eller övriga som använder sig av det som anskaffas, medan hänsynen till övriga berörda intressen främst tar sikte på förlorande och vinnande leverantörer. Med hänsynen till allmänintresset avses både samhällsekonomiska och samhällspolitiska aspekter (se prop. 2015/16:129 s. 18).

Det tredje stycket i 16 kap. 9 § infördes genom lagstiftning som trädde i kraft den 1 juni 2016. Bakgrunden var att domstolarna generellt tycktes luta sig mot RÅ 2003 ref. 64 och regelmässigt stoppade upphandlingar utan att redovisa någon närmare skadeavvägning som stöd för detta och att det förekom att upphandlingar varit stoppade i flera år. Det fanns därmed ett behov av att tydliggöra att allmänintresset ska beaktas i den skadeavvägning som ska ske innan domstolen fattar ett interimistiskt beslut. Ett syfte med den nya bestämmelsen var att användningen av interimistiska beslut skulle minska. Om domstolen avstår från att fatta ett interimistiskt beslut eller upphäver ett tidigare meddelat beslut ansågs en leverantörs berättigade intresse av att få rättsenligheten av en upphandling prövad i stället främst få tillgodoses genom bestämmelserna om överprövning av avtals giltighet, upphandlingsskadeavgift och skadestånd (a. prop. s. 9 ff. och 18).

Högsta förvaltningsdomstolen har efter det interimistiska beslutet meddelat prövningstillstånd i målet. Prövningstillstånd får enligt 36 § första stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291)

meddelas bl.a. om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av Högsta förvaltningsdomstolen. Prövningstillstånd som beviljas på denna grund är uteslutande motiverat av det allmänna intresset av tillgång till vägledande prejudikat. Den klagandes intresse av att få till stånd en prövning i Högsta förvaltningsdomstolen saknar i sammanhanget betydelse.

Möjligheten till överprövning av en upphandling utgör en viktig rättssäkerhetsgaranti för berörda leverantörer. Telenor har fått till stånd en överprövning av upphandlingen i både förvaltningsrätt och kammarrätt. Bolagets intresse av att få upphandlingen prövad i ytterligare en instans väger därför inte särskilt tungt.

Migrationsverket har till stöd för yrkandet om att det interimistiska beslutet ska upphävas anført bl.a. att tidsutdräkten i den pågående prövningen och det förhållandet att nuvarande ramavtal löper ut inom en inte alltför lång tid riskerar att leda till att verket får göra om upphandlingen från början. Processen har redan medfört att Migrationsverket tvingats förlänga avtalet med nuvarande leverantör vilket har lett till avsevärt högre kostnader än annars.

Vid en sammanvägning av de olika intressen som ska beaktas finner Högsta förvaltningsdomstolen att den skada och de olägenheter som beslutet medför för Migrationsverket kan bedömas vara större än skadan för Telenor av att beslutet upphävs. Migrationsverkets yrkande ska därför bifallas.

Högsta förvaltningsdomstolens beslut

Högsta förvaltningsdomstolens interimistiska beslut av den 20 april 2017 upphävs.

I avgörandet deltog justitieråden *Knutsson, Saldén Enérus, Clason, Gäverth* och *Svahn Starrsjö*. Föredragande var justitiesekreteraren Kristina Linderöth.