

HFD 2017 ref. 62

En leverantör har rätt att få en upphandling överprövad endast om denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

16 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 10 november 2017 följande dom (mål nr 4876-16).

Bakgrund

En leverantör som anser sig ha lidit skada eller kunna komma att lida skada vid en offentlig upphandling har rätt att ansöka om överprövning av den.

Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet genomför en ramavtalsupphandling av IT-drift. Upphandlingen genomförs som förhandlat förfarande med föregående annonsering och ramavtalets giltighet är 36 månader med möjlighet till förlängning med upp till 48 månader, dvs. maximalt 7 år.

Net at Once Sweden AB, som inte deltog i upphandlingen, ansökte om överprövning av den. Bolaget gjorde gällande att Kammarkollegiet brutit mot lagstiftningen genom att upphandla ramavtalet för att löpa under totalt sju år trots att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl. Den längre avtalstiden riskerar att begränsa konkurrensen på marknaden för IT-drifttjänster.

Förvaltningsrätten avvisade bolagets ansökan om överprövning på grund av att bolaget ansågs sakna talerätt eftersom det varken lämnat anbud eller avsett att lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

Kammarrätten avslög bolagets överklagande dit. Beslutet motiverades med att begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft för avsikt att lämna anbud i en viss upphandling. Eftersom bolaget inte haft intresse av att få kontrakt i upphandlingen ansågs det inte ha talerätt.

Yrkanden m.m.

Net at Once Sweden AB yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta att bolaget har talerätt, upphäva underinstansernas avgöranden och återförvisa målet till förvaltningsrätten för prövning i sak. Bolaget yrkar även att domstolen vid tvivel om innebörden av begreppet ekonomisk aktör – som motsvarar begreppet

leverantör i svensk rätt – ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende tolkningen av begreppet.

Bolaget anför bl.a. följande. Vid Kammarkollegiets kommande ramavtalsupphandlingar av motsvarande tjänster vill bolaget kunna lämna anbud. För att säkerställa sin rätt att inom den i lagen angivna fyraårsfristen komma i fråga för anbudsgivning har bolaget ansökt om överprövning. Bolagets skada hänför sig till att det riskerar att stängas ute från möjlighet till anbudsgivning under längre tid än fyra år.

Bolaget är direkt verksamt med att tillhandahålla IT-tjänster av det aktuella slaget på marknaden och är därmed att betrakta som leverantör av sådana tjänster som omfattas av upphandlingen. Bolaget hade, ensamt eller tillsammans med andra leverantörer, kunnat lämna anbud i upphandlingen men har av affärsmässigt betingade skäl avstått från sådan anbudsgivning.

Skaderekvisitet är lågt satt och det är tillräckligt att en leverantör subjektivt anser sig lida skada. Bestämmelsen om att ramavtal får avse maximalt fyra år syftar inte bara till att skydda den som lämnat eller haft för avsikt att lämna anbud utan den avser också att skydda leverantörer som inte deltar i anbudsgivningen från att under alltför lång tid stängas ute från marknaden och från möjligheten till framtida anbudsgivning.

Kammarkollegiet anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.

Eftersom bolaget varken lämnat eller avsett att lämna någon anbudsansökan i upphandlingen och inte heller lidit skada är bolaget inte en sådan leverantör som har rätt att ansöka om överprövning.

Överprövning avser ett visst kontrakt och den aktuella upphandlingen saknar rättslig verkan på en eventuell framtida upphandling. Det är oklart om nya liknande upphandlingar kommer att göras eftersom det inte rör sig om någon återkommande standardiserad tjänst och mycket talar för att det inte blir någon ny ramavtalsupphandling av IT-drift som bolaget kan delta i.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

Frågan i målet är om en leverantör har rätt att få en upphandling överprövad trots att denne inte har eller har haft något intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Rättslig reglering m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har upphävts men gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före

den 1 januari 2017 och är därmed tillämplig i målet. I den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns bestämmelser som motsvarar de i målet aktuella lagrummen.

Enligt 2 kap. 11 § första stycket avses med begreppet leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

Enligt 16 kap. 4 § får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling liksom giltigheten av ett avtal som slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Bestämmelserna om talerätt i 16 kap. 4 § har sin bakgrund i artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektivet). I den artikeln anges att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

Enligt artikel 1.1 fjärde stycket rättsmedelsdirektivet ska medlemsstaterna vidta nödvändiga åtgärder för att upphandlande myndighets beslut om kontrakt enligt upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Definitionen i 2 kap. 11 § LOU av begreppet leverantör innehåller inte något mer än att leverantören på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Något krav på att leverantören ska ha för avsikt att lämna anbud i en viss upphandling finns således inte.

Det finns inte heller i den bakomliggande unionsregleringen eller i EU-domstolens praxis stöd för att det i regleringen använda begreppet ekonomisk aktör – som motsvarar lagens begrepp leverantör – ska tolkas på så sätt att det innefattar något krav på att aktören ska ha ett intresse av att lämna anbud i en viss upphandling.

Det finns därför inte skäl att göra annan bedömning än att bolaget är leverantör i den mening som avses i lagen om offentlig upphandling. Anledning saknas därmed att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen om begreppets innebörd och bolagets yrkande föranleder inte någon åtgärd.

För att få en upphandling överprövad krävs att leverantören anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Bolaget anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada på grund av att ramavtalets möjliga längsta löptid är så lång att bolaget stängs ute från möjligheten att lämna anbud i en ny upphand-

ling under längre tid än fyra år. Frågan är om detta är tillräckligt för att bolaget ska ha rätt att ansöka om överprövning av upphandlingen eller om det därutöver krävs att bolaget ska ha haft ett intresse av att delta i den.

Enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet krävs att det ska finnas ett prövningsförfarande åtminstone för den som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Regleringen av talerätten i 16 kap. 4 § LOU skiljer sig från direktivet genom att det i lagtexten inte finns något uttryckligt krav på att den som ansöker om överprövning ska ha eller ha haft intresse av att få ingå det aktuella upphandlingsavtalet.

Av förarbetena till bestämmelsen om talerätt framgår att avsikten var att den skulle motsvara artikel 1.3 i direktivet och att ordet leverantör valdes i stället för anbudsgivare och anbudssökande för att omfatta också den som velat vara med i en upphandling, men inte kunnat delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt (Ds 1992:62 s. 94 och prop. 1992/93:88 s. 101 och 139). Det finns därför anledning att tolka bestämmelsen i ljuset av direktivets krav på att en leverantör ska ha haft intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen för att ha talerätt.

En sådan tolkning stöds av att medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektivet ska vidta nödvändiga åtgärder för att beslut ska kunna prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt (artikel 1.1 fjärde stycket). Även detta talar således för att talerätten inte bör tolkas så extensivt att bolag som inte önskar eller önskat delta i en viss upphandling ska kunna få den överprövad.

Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling.

Bolaget har inte haft något sådant intresse och det är därmed inte taleberättigat. Överklagandet ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Nord*, *Knutsson*, *Classon*, *Andersson* och *Gäverth*. Föredragande var justitiesekreterarna *Sofia Lönnberg* och *Lena Forsmark*.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2016-06-17, Eberhardt):

Vad avgörandet gäller

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolaget är en sådan leverantör som har talerätt enligt LOU.

Rättslig reglering och praxis

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att en allmän förvaltningsdomstol får överpröva en upphandling efter en ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Enligt 2 kap. 11 § LOU avses med leverantör den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.

Enligt förarbetena (prop. 1992/93:88 s. 101) riktar sig bestämmelsen främst till den som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Bestämmelsen motsvarar art. 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG och i 92/13/EEG av vilka det framgår bl.a. att medlemsstaterna ska se till att ett prövningsförfarande införs och kan återopas av var och en som har eller har haft intresse av att få kontrakt om viss offentlig upphandling och som har lidit skada eller riskerat att lida skada.

I förarbetena till nuvarande LOU (prop. 2006/07:128 s. 150) angavs bl.a. följande. I andra stycket i artikel 1.8 i det klassiska direktivet respektive artikel 1.7 i försörjningsdirektivet anges att begreppet ”ekonomisk aktör” betecknar såväl en varuleverantör som en tjänsteleverantör och en entreprenör och att termen används endast i syfte att förenkla texten. Regeringen delar utredningens uppfattning att det väl inarbetade begreppet ”leverantör” alljämt bör användas som en samlingsbeteckning för entreprenörer och leverantörer och alltså – i enlighet med vad som normalt tillämpas i Sverige – få beteckna alla som ingår ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet eller en upphandlande enhet. Det innebär ingen ändring i sak i förhållande till LOU men definitionen av begreppet ”leverantör” i respektive lag bör utformas i nära överensstämmelse med direktiven.

Kammarrätten i Göteborg har uttalat att begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft avsikt att lämna anbud i upphandlingen (jfr. Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 23 maj 2016 i mål 1625-16).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är i målet ostridigt att bolaget inte har lämnat något anbud i upphandlingen och inte heller haft avsikt att lämna anbud i den aktuella upphandlingen. Med hänsyn till detta och mot bakgrund av vad som angetts under rättslig reglering och praxis finner förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses ha talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU och bolagets ansökan om överprövning av upphandlingen ska därför avvisas.

– Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Kammarrätten i Stockholm (2016-09-05, Silfverhjelm, Bohlin och Kärnell):

Begreppet leverantör förutsätter att det är fråga om någon som i vart fall haft för avsikt att lämna anbud i en viss upphandling. Enligt bolagets egna uppgifter har bolaget varken lämnat eller haft för avsikt att lämna

anbud i den aktuella upphandlingen. Det har inte haft intresse av att få kontrakt i upphandlingen. Kammarrätten gör därför, i likhet med förvaltningsrätten, bedömningen att bolaget inte kan anses ha talerätt enligt 16 kap. 4 § LOU. Att bolaget har för avsikt att lämna anbud i en eventuell framtida upphandling påverkar inte bedömningen.

- Kammarrätten avslår överklagandet.