

HFD 2019 ref. 58

I en offentlig upphandling får en upphandlande myndighet förlänga en avtalsspärr under en pågående spärrperiod.

12 kap. 12 § första stycket, 19 kap. 29 §, 20 kap. 1 och 11 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 6 december 2019 följande dom (mål nr 6326-18).

Bakgrund

1. När en upphandlande myndighet har fattat ett beslut om att tilldela en leverantör ett avtal i en offentlig upphandling ska myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudsgivarna om beslutet. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal (avtalsspärr). Om underrättelsen skickas elektroniskt ska avtalsspärren gälla i minst tio dagar från det att underrättelsen skickades. En leverantör som vill ansöka om överprövning av en upphandling ska ge in ansökan till förvaltningsrätten innan avtalsspärren löper ut.

2. Falköpings kommun genomför en upphandling av projektering och utförande av en temalekplats i parkmiljö genom ett s.k. förenklat förfarande.

3. Den 20 juni 2018 fattade kommunen ett tilldelningsbeslut och den 25 juni skickade kommunen ut en underrättelse om beslutet till samtliga anbudsgivare med uppgift om att avtalsspärren löpte fram till utgången av den 5 juli 2018. Den 4 juli, dvs. dagen innan avtalsspärren löpte ut, skickade kommunen ett e-postmeddelande till Lappset Sweden AB. I meddelandet angav kommunen att den tillämpade en förlängd avtalsspärr fram till och med den 9 juli 2018 eftersom det tagit tid för bolaget att få ut information från kommunen.

4. Bolaget ansökte den 9 juli 2018 om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten i Jönköping avvisade ansökningsen som för sent inkommen. Enligt förvaltningsrätten finns ingen laglig möjlighet för kommunen att besluta om en längre avtalsspärr efter det att en underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats ut. Meddelandet kan inte heller ses som ett nytt tilldelningsbeslut som medför att en ny avtalsspärr börjat gälla.

5. Kammarrätten i Jönköping avslog därefter bolagets överklagande med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

Yrkanden m.m.

6. *Lappset Sweden AB* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva underinstansernas avgöranden och visa målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak.

7. *Kommunen* medger yrkandet.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

8. Frågan i målet är om en upphandlande myndighet får förlänga en avtalsspärr under en pågående spärrperiod.

Rättslig reglering

9. Enligt 12 kap. 12 § första stycket lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt. Underrättelsen ska innehålla skälen för beslutet och uppgift om den period under vilken avtal enligt 20 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr). Bestämmelsen i 12 kap. 12 § första stycket gäller enligt 19 kap. 29 § första stycket även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området, t.ex. vid ett förenklat förfarande.

10. Av 20 kap. 1 § första stycket framgår att om underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades. Av tredje stycket framgår att om en upphandlande myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen om tio dagar, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

11. Enligt 20 kap. 11 § ska en ansökan om överprövning av en upphandling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av en sådan avtalsspärr som avses i 1 §.

12. Bestämmelsen i 12 kap. 12 § första stycket genomför artikel 55.1 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling. Den bestämmelsen genomför tillsammans med bestämmelserna i 20 kap. 1 och 11 §§ också artiklarna 2a och 2c i direktiv 89/665/EEG (det första rättsmedelsdirektivet), vilka infördes genom direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Av artikel 2f.2 i det första rättsmedelsdirektivet framgår att tidsfristerna för ansökan om prövning ska fastställas i nationell lagstiftning, om inte annat föreskrivs i artikel 2c.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Får en avtalsspärr förlängas?

13. Avtalsspärren syftar till att garantera berörda anbudsgivare och anbudssökande en rätt till en effektiv överprövning av beslut i upphandlingen innan upphandlingen avslutas genom att avtal ingås (se beaktandesats 4 i ändringsdirektivet). Denna rätt säkerställs genom den i lagen föreskrivna minimifristen om tio dagar.

14. En upphandlande myndighet har vanligtvis intresse av att få ingå avtal så snart som möjligt efter det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet har skickats och därmed av att tillämpa minimifristen i lagen (prop. 2009/10:180 s. 109). Det finns emellertid inte någon i lagen föreskriven maximifrist för avtalsspärren. Den upphandlande myndigheten har därför frihet att bestämma en lämplig längre spärrperiod än den lagreglerade minimifristen. Myndigheten kan ha anledning att bestämma en längre period, t.ex. om den anser att leverantörerna med hänsyn till upphandlingens omfattning och komplexitet kan behöva en längre tid på sig för att överväga behovet av en överprövning av upphandlingen. Mot bakgrund av att syftet med avtalsspärren är att leverantörerna ska ges möjlighet att ansöka om överprövning anses en längre avtalsspärr inte innebära någon nackdel för leverantörerna (a. prop. s. 110).

15. Lagstiftaren har av dessa skäl överlämnat åt den upphandlande myndigheten att i underrättelsen om tilldelningsbeslutet bestämma en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen. Den fråga som Högsta förvaltningsdomstolen ska ta ställning till är om myndigheten också får förlänga den spärrperiod som har angetts i underrättelsen.

16. Lagen om offentlig upphandling reglerar hur upphandlande myndigheter ska förfara när de inhämtar anbud i syfte att ingå ett kommersiellt avtal. Syftet med upphandlingsregelverket är att främja konkurrensen och den fria rörligheten inom EU genom att säkerställa att upphandlande myndigheter agerar på ett öppet, marknadsmässigt och icke-diskriminerande sätt (jfr t.ex. beaktandesatserna 1, 90 och 92 samt artikel 18.1 i 2014 års upphandlingsdirektiv, 4 kap. 1 och 2 §§ och 19 kap. 2 § LOU samt prop. 2015/16:195 s. 302 f., 356, 427 och 434). Inom regelverkets ramar har en upphandlande myndighet relativt stor frihet att genomföra upphandlingen på det sätt den finner affärsmässigt lämpligt.

17. Avtalsspärren utlöses genom att den upphandlande myndigheten skickar en underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket LOU. Varken direktiven eller lagen om offentlig upphandling innehåller något uttryckligt förbud för en upphandlande myndighet att förlänga en pågående avtalsspärr. Det kan inte heller

utläsas av förarbetena till den svenska lagstiftningen att en upphandlande myndighet skulle sakna en sådan möjlighet. Till detta kommer att en upphandlande myndighet redan från början får besluta om en längre avtalsspärr än minimifristen. En ordning som innebär att en upphandlande myndighet får förlänga en pågående spärrperiod är vidare förenlig med syftet med de bakomliggande direktivreglerna, nämligen att garantera berörda anbudsgivare och anbudssökande en rätt till en effektiv överprövning av beslut i upphandlingen (se punkterna 13 och 14).

18. Mot denna bakgrund gör Högsta förvaltningsdomstolen bedömningen att en upphandlande myndighet får förlänga den spärrperiod som myndigheten tidigare har angett. En sådan förlängning får dock bara ske genom att myndigheten skickar ut en ny underrättelse enligt 12 kap. 12 § första stycket LOU till samtliga anbudssökande och anbudsgivare innan den pågående spärrperioden har löpt ut. När det gäller informationen i den nya underrättelsen är det tillräckligt att den kompletterar den tidigare underrättelsen med uppgift om den förlängda spärrperioden. Om en avtalsspärr förlängs ska en ansökan om överprövning i upphandlingen ske före utgången av den förlängda spärrperioden (20 kap. 1 och 11 §§).

Bedömningen i detta fall

19. Av utredningen framgår inte annat än att den underrättelse som kommunen skickade ut den 25 juni 2018 uppfyller kraven i 12 kap. 12 § första stycket LOU. Underrättelsen utlöste därför den avtalsspärr som framgick av underrättelsen och som löpte ut den 5 juli 2018.

20. Eftersom e-postmeddelandet den 4 juli 2018 endast skickades till bolaget och inte till samtliga anbudsgivare har meddelandet inte medfört att avtalsspärren förlängts.

21. Varken det förhållandet att bolaget har ansett sig behöva mer information för att kunna ta ställning till om det skulle ansöka om överprövning eller att kommunen genom e-postmeddelandet har gett bolaget information om förlängning av avtalsspärren, har betydelse för frågan om när avtalsspärren och överprövningsfristen löpte ut.

22. Avtalsspärren löpte således ut den 5 juli 2018. I likhet med underinstanserna finner Högsta förvaltningsdomstolen därför att bolagets ansökan om överprövning har kommit in för sent. Överklagandet ska således avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom, Ståhl, Askersjö, Baran* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreterarna Daniel Sandberg och Esin Tubluk.

Förvaltningsrätten i Jönköping (2018-07-09, Pettersson):

I underrättelsen om tilldelningsbeslut angavs samma tid för avtalsspärren som följer av 20 kap. 1 § LOU, d.v.s. att den gäller t.o.m. den 5 juli 2018. Enligt förvaltningsrättens uppfattning medför 20 kap. 1 och 11 §§ LOU att det inte finns någon laglig möjlighet för en upphandlande myndighet att besluta om en längre avtalsspärr efter att en underrättelse om tilldelningsbeslut har skickats ut. Eftersom e-brevet som kommunen skickade ut den 4 juli 2018 inte kan ses som ett nytt tilldelningsbeslut, har det inte heller medfört att en ny avtalsspärr börjat gälla. Lappsets ansökan om överprövning har således kommit in för sent. Den ska därför avvisas. – Förvaltningsrätten avvisar Lappset Sweden AB:s ansökan.

Kammarrätten i Jönköping (2018-11-22, Stelzer, Hallbäck och Jöngren):

I tilldelningsmeddelande från Falköpings kommun anges att ”Avtalsspärr löper under tiden 2018-06-26 – 2018-07-05, kl. 23:59”. Falköpings kommun har därefter i e-postmeddelande till Lappset Sweden AB den 4 juli 2018 bl.a. skrivit att ”vi tycker [...] att det är rimligt att ni får ett par dagar på er att begrunda ytterligare, då det tog tid att få ut informationen. Mot bakgrund av det inträffade tillämpar vi därför förlängd avtalsspärr t.o.m. måndagen den 9 juli 2018 kl. 23:59”.

Kammarrätten konstaterar att Falköpings kommuns e-postmeddelande inte innehåller någon underrättelse om beslut att tilldela kontrakt samt att meddelandet, trots att det finns flera andra anbudsgivare, endast är ställt till Lappset Sweden AB. E-postmeddelandet kan inte ses som ett nytt tilldelningsbeslut och den tidsfrist som anges i meddelandet kan därför inte beaktas vid prövningen av om Lappset Sweden AB:s ansökan om överprövning har kommit in i rätt tid enligt 20 kap. 11 § LOU.

Lappset Sweden AB:s ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 9 juli 2018, d.v.s. efter det att avtalsspärren angiven i tilldelningsmeddelandet gått ut. Förvaltningsrätten har därför haft fog för sitt beslut att avvisa bolagets ansökan. Överklagandet ska således avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.