

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS BESLUT

Mål nr
1968-17

meddelat i Stockholm den 17 maj 2018

KLAGANDE

Telenor Sverige AB, 556421-0309

Ombud: Advokaterna Mikael Nelson och Emilia Hempel
Time Advokatbyrå KB
Box 590
114 11 Stockholm

MOTPART

Migrationsverket

Ombud: Advokat Toralf Hällen och biträdande jurist Gustav Nittby
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2017 i mål nr 2851-16

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avskriver målet.

Dok.Id 192094

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se
www.hogstaforvaltningsdomstolen.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

BAKGRUND

En förvaltningsdomstol har en utredningsskyldighet som innebär att den ska se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver. Det händer att en part i ett mål om offentlig upphandling på grund av sekretess inte får del av alla uppgifter om det vinnande anbudet från den upphandlande myndigheten och därmed kan få svårt att närmare precisera grunderna för sin talan. Utredningsskyldigheten kan då innebära att domstolen är skyldig att hämta in uppgifterna från myndigheten. I vissa fall medför emellertid sekretessen att parten inte heller från domstolen kan få del av uppgifterna trots att dessa tillförts målet och därmed utgör processmaterial.

Migrationsverket genomförde en upphandling i form av ett avrop från ett ramavtal avseende telefoni och datakommunikation. Tele2 Sverige AB tilldelades kontraktet.

Telenor Sverige AB begärde med stöd av offentlighetsprincipen att hos Migrationsverket få ta del av Tele2:s anbudshandlingar. Såväl Migrationsverket som, efter överklagande av Telenor, kammarrätten bedömde att vissa delar av handlingarna omfattades av sekretess medan andra kunde lämnas ut.

Telenor ansökte om överprövning av upphandlingen hos förvaltningsrätten som avslog ansökan. Sedan Telenor överklagat till kammarrätten beslutade domstolen att från Migrationsverket hämta in merparten av de sekretessbelagda delarna av Tele2:s anbudshandlingar. På grund av bestämmelser om sekretess och eftersom kammarrätten ansåg att Telenors rätt till partsinsyn kunde begränsas kommunicerades inte handlingarna med Telenor.

Kammarrätten avslog senare överklagandet och uttalade att den granskning som en domstol har att göra i en situation där uppgifter som utgör processmaterial inte kan lämnas ut till den ena parten, borde ta sin utgångspunkt i de skäl som legat till grund för domstolens beslut att hämta in handlingarna. Rätten tillade dock att om handlingarna visar sig innehålla uppenbara brister av något annat slag borde även dessa kunna beaktas. Slutligen ansåg kammarrätten att rättens utrednings-

Mål nr
1968-17

skyldighet inte kunde sträckas så långt att domstolen hämtade in ett sakkunnigttrande.

Högsta förvaltningsdomstolen upphävde i oktober 2017 ett av domstolen tidigare meddelat interimistiskt beslut om att Migrationsverket inte fick ingå avtal och avslog av Telenor framställda yrkanden om edition samt om att få ta del av anbudshandlingarna med stöd av antingen bestämmelser om kommunikation eller offentlighetsprincipen. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens bedömning omfattades anbudshandlingarna av sekretess och Telenors rätt till partsinsyn kunde begränsas.

YRKANDEN M.M.

Telenor yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen beslutar om rättelse på så sätt att anbudet från Tele2 inte beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om och i tredje hand att kammarrättens dom undanröjs och målet återförvisas till kammarrätten för fortsatt handläggning.

Bolaget anför bl.a. följande. Det finns omständigheter som tyder på att Tele2 inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen, alternativt inte uppfyller ett antal specificerade tekniska ska-krav. Tele2:s anbud har ett betydligt lägre pris än övriga anbud.

Kontrollen och rätten till effektiva rättsmedel säkerställs bäst genom att anbudsgivare som deltagit i en upphandling ges möjlighet att granska och kontrollera anbudet från den part som tilldelats kontraktet. Om handlingarna hade kommunicerats med Telenor skulle bolaget ha kunnat precisera sin talan och argumentera för varför Tele2:s anbud inte uppfyllde de obligatoriska kraven. När en omfattande sekretessbeläggning har omöjliggjort en sådan granskning krävs att personer med motsvarande kompetens granskar handlingarna i fråga. Om domstolen saknar tillräcklig sakkunskap för att granska handlingarna, måste domstolen låta en sakkunnig yttra sig över dem.

Mål nr
1968-17

Migrationsverket anser att överklagandet ska avslås och upplyser om att myndigheten numera har ingått avtal med Tele2.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

Frågan i målet gäller omfattningen av en förvaltningsdomstols utredningsansvar när domstolen i ett mål om offentlig upphandling har hämtat in uppgifter som omfattas av sekretess och som den ena parten därför inte fått del av.

Rättslig reglering

I 8 § första och andra styckena förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, anges att rätten ska se till att ett mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar. Bestämmelsen ger uttryck för den s.k. officialprincipen.

Enligt 18 § FPL ska part, innan mål avgörs, ha fått kännedom om det som tillförts målet genom annan än honom själv och haft tillfälle att yttra sig över det, om det inte föreligger sådana skäl däremot som anges i 10 § andra stycket. Sådana skäl är bl.a. att det inte finns anledning att anta att talan kommer att bifallas helt eller delvis, att underrättelse annars är uppenbart onödig eller att det kan befaras att en underrättelse skulle avsevärt försvåra genomförandet av beslut i målet.

Enligt 19 § FPL gäller i fråga om underrättelseskyldighet enligt 18 § även de begränsningar som följer av 10 kap. 3 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400), OSL.

I 24 § FPL anges att rätten får hämta in yttrande över fråga, som kräver särskild sakkunskap, från myndighet, tjänsteman eller den, som eljest har att gå till handa med yttrande i ämnet, eller anlita annan sakkunnig i frågan.

Mål nr
1968-17

Av 10 kap. 3 § första stycket OSL framgår bl.a. att sekretess inte hindrar att en enskild eller en myndighet som är part i ett mål hos domstol och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling eller annat material i målet. 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. 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.

Sekretess gäller enligt 36 kap. 2 § OSL hos domstol i mål eller ärende i domstolens rättsskipande eller rättsvårdande verksamhet för uppgift om en myndighets eller en enskilds affärs- eller driftförhållanden, om det kan antas att den som uppgiften rör lider avsevärd skada om uppgiften röjs.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Omfattningen av kammarrättens utredningsansvar

Officialprincipen och bestämmelserna i 8 § FPL tillämpas något olika bl.a. beroende på vad för slags mål saken gäller samt vilka förutsättningar parterna kan anses ha att föra sin talan.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att eftersom mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda parter måste officialprincipen i sådana mål tillämpas på ett försiktigt sätt. Enligt domstolen bör som huvudprincip krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger på vilka omständigheter han eller hon grundar sin talan (se RÅ 2009 ref. 69).

EU-domstolen har uttalat att parterna i ett prövningsförfarande inte har en obegränsad och absolut rätt att få tillgång till all den information avseende den

Mål nr
1968-17

aktuella upphandlingen som lämnats till prövningsorganet utan att det måste göras en avvägning mot andra aktörers rätt till skydd för sin konfidentiella information och sina affärshemligheter. Vidare ska principen om skyddet för konfidentiell information och affärshemligheter genomföras på ett sätt som är förenligt med kraven på ett effektivt rättsligt skydd och som säkerställer att rätten till en rättvis rättegång iaktas under hela förfarandet (se Varec, C-450/06, EU:C:2008:91 p. 51 och 52).

Frågan är således vad som krävs för att en förvaltningsdomstols granskning i ett mål om offentlig upphandling ska anses vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång i det fall den ena parten inte har fått del av samtliga uppgifter i målet.

Mot bakgrund av att mål om offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan olika näringsidkare – i förevarande fall två kommersiella aktörer på telekommarknaden – och officialprincipen därför ska tillämpas på ett försiktigt sätt, ska domstolens granskning av inhämtade handlingar enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening ske utifrån de skäl som medförde att handlingarna hämtades in. Om det i handlingarna framkommer andra brister i förfarandet ska emellertid dessa inte beaktas.

Särskilt om inhämtande av sakkunnigytrande

Syftet med att inhämta ett sakkunnigytrande med stöd av 24 § FPL är att tillföra rätten kunskap avseende särskilda förhållanden; den sakkunnige ska uttala sig om erfarenhetssatser och avge omdömen som förutsätter särskild erfarenhet eller utbildning. Det är rätten som avgör om den behöver biträde av en sakkunnig och om ett yttrande därför ska hämtas in. Hur långt utredningsansvaret sträcker sig får således avgöras från fall till fall med utgångspunkten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång.

BESLUT

Mål nr
1968-17

Sammanfattning

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att kammarrätten uppfyllde sitt utredningsansvar. Eftersom Migrationsverket har ingått avtal med Tele2 ska målet skrivas av.

I avgörandet har deltagit justitieråden Margit Knutsson, Anita Saldén Enéus, Per Classon, Leif Gäverth och Kristina Svahn Starrsjö.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Kristina Linderöth.

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 29 september 2016 i mål nr 4027-16