

# HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr  
6525-15

meddelad i Stockholm den 7 juli 2017

## **KLAGANDE**

Örebro kommun  
Box 30070  
701 35 Örebro

## **MOTPART**

Snick-Snack AB, 556627-5276  
c/o Åkesson & Curry AB  
Kammakargatan 22  
111 41 Stockholm

## **ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Kammarrätten i Göteborgs beslut den 28 oktober 2015 i mål nr 5335-15

## **SAKEN**

Offentlig upphandling

---

## **HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE**

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

## **BAKGRUND**

När en upphandlande myndighet har beslutat att tilldela ett kontrakt till en eller flera leverantörer kan de leverantörer som inte omfattas av tilldelningsbeslutet begära att domstol överprövar beslutet. Under tiden som domstolen prövar saken råder en s.k. förlängd avtalsspärr. Myndigheten får då inte sluta avtal. Gör

Dok.Id 182426

**Postadress**  
Box 2293  
103 17 Stockholm

**Besöksadress**  
Birger Jarls torg 13

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

**Telefax**  
08-561 678 20

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:30

myndigheten ändå detta kan domstolen, efter ansökan från en leverantör, förklara att avtalet är ogiltigt. Detta gäller dock endast under förutsättning att de grundläggande principerna i upphandlingslagstiftningen har överträtts och detta medfört skada, eller risk för skada, för den sökande. Om domstolen fastställt att ett avtal får bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, ska Konkurrensverket ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

Regleringen innebär att en domstol kan ge en leverantör rätt i ett påstående om att ett avtal har slutits under avtalsspärr och att avtalet därför borde förklaras ogiltigt, men avgöra saken så att avtalet ändå får fortsätta att gälla eftersom inget brott mot de grundläggande principerna föreligger eller någon skada eller risk för skada inte har visats. 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.

Örebro kommun genomförde en offentlig upphandling av ramavtal avseende kreativ produktionsbyrå för kommunen. I tilldelningsbeslut i juni 2015 angav kommunen att Advant Produktionsbyrå AB (Advant), Blomquist & Co AB och NPP Reklambyrå i Örebro AB, i angiven ordning, hade antagits som leverantörer.

Snick-Snack AB ansökte om överprövning av upphandlingen. Under handläggningen i förvaltningsrätten kom det fram att kommunen redan hade tecknat avtal med Advant, varför Snick-Snack även ansökte om att avtalet skulle förklaras ogiltigt. Förvaltningsrätten fann att det var ostridigt att kommunen hade tecknat avtalet under pågående överprövning och därmed i strid med bestämmelserna om

Mål nr  
6525-15

förlängd avtalsspärr. Eftersom förvaltningsrätten inte ansåg att Snick-Snack hade visat att kommunen överträtt någon av de grundläggande principerna i lagen och inte heller att bolaget hade lidit eller kunde komma att lida skada avslogs dock ansökan om överprövning av avtalets giltighet.

Kommunen överklagade förvaltningsrättens dom. Kammarrätten avvisade överklagandet med motiveringen att förvaltningsrättens dom inte hade gått kommunen emot och att ett överklagande av domskäl inte är tillåtet utom i sådana sällsynta fall då beslutsmotiveringen har självständiga rättsverkningar.

## **YRKANDEN M.M.**

*Kommunen* överklagar kammarrättens beslut och anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten har i domskälen uttalat att kommunen tecknat avtal under pågående överprövning, då förlängd avtalsspärr gällt. Vinner förvaltningsrättens dom laga kraft är Konkurrensverket skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Förvaltningsrättens dom har därmed gått kommunen emot på sätt som medför klagorätt för kommunen.

*Snick-Snack* har inte yttrat sig.

## **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 i strid med bestämmelserna om avtalsspärr. För ogiltighet i dessa fall krävs dessutom att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts och att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 17 kap. 1 och 2 §§ framgår att om domstol fastställt att ett avtal får bestå, trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr, ska tillsynsmyndigheten hos allmän förvaltningsdomstol 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 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).

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

Om en domstol har fastställt att ett avtal får bestå trots att det slutits i strid med bestämmelserna om avtalsspärr ska Konkurrensverket enligt 17 kap. 1 och 2 §§ LOU i egenskap av tillsynsmyndighet ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift. Av rättsfallet HFD 2014 ref. 49 följer att detta även gäller om domstolen inte i domslutet har angett på vilken grund avtalet får bestå utan detta endast framgår av domskälen. Om förvaltningsrättens dom vinner laga kraft medför det således att Konkurrensverket kommer att ansöka om att kommunen 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. Kommunen 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 kommunen 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 upphandlingsreglerna 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 låtit avtalet bestå i avsaknad av t.ex. visad skada och således avslagit ett yrkande om att det ska förklaras ogiltigt.

Till detta kommer att kommunen i avgiftsprocessen kan göra gällande att omständigheterna kring den tidigare konstaterade överträdelsen har varit sådana att avgiften ska sättas ned eller helt efterges. Kommunen 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.

# DOM

Mål nr  
6525-15

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. Kammarrättens beslut att avvisa kommunens talan var därför riktigt och överklagandet ska således avslås.

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Kristina Ståhl, Thomas Bull, Per Classon och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Kristina Linderöth.

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 15 september 2015 i mål nr 2509-15