

HFD 2018 ref. 28

Fråga om 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.

8, 18, 19 och 24 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291), 10 kap. 3 § första stycket och 36 kap. 2 § offentlighets- och sekretesslagen (2009:400)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 17 maj 2018 följande beslut (mål nr 1968-17).

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 utredningsskyldighet inte kunde sträckas så långt att domstolen hämtade in ett sakkunnigyttrande.

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.

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.

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 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 iakttas 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 sakkunnigyttrande

Syftet med att inhämta ett sakkunnigyttrande 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 utgångspunkt

ten att domstolens granskning ska vara effektiv och säkerställa rätten till en rättvis rättegång.

Sammanfattning

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

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avskriver målet.

I avgörandet deltog justitieråden *Knutsson, Saldén Enéerus, Classon, Gäverth* och *Svahn Starrsjö*. Föredragande var justitisekreteraren Kristina Linderoth.

Förvaltningsrätten i Linköping (2016-09-29, Edsgården):

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter parten grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69).

Telenor har angett att Tele2:s anbud inte uppfyller de tekniska skräven i förfrågningsunderlaget. Telenor, som inte har tillgång till Tele2:s anbud i omaskerat skick, har angett att anbudet är så lågt i vissa delar att det finns skäl att anta att anbudet inte uppfyller alla obligatoriska krav. I målet har dock inte framkommit några konkreta omständigheter som talar för att Tele2:s anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget eller att det låga anbudspriset annars skulle ha ett samband med brister i anbudet. Det har således inte framkommit skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Såvitt avser det låga priset i sig gör förvaltningsrätten följande bedömning. Bestämmelsen i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling är fakultativ. I princip är det alltså upp till den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud är onormalt lågt eller inte. Det finns, enligt nuvarande praxis, inte någon möjlighet för en missnöjd anbudsgivare att föra talan baserad på uppfattningen att konkurrentens anbud är så lågt att den upphandlande myndigheten rimligen ska förkasta det. Att Tele2:s anbud är lågt utgör alltså inte skäl att ingripa mot upphandlingen.

Telenor har även anfört att Migrationsverket genom sin sekretessbeläggning och bristande motivering till tilldelningsbeslutet brutit mot transparensprincipen.

Syftet med underrättelsen om ett tilldelningsbeslut är att den ska ge anbudsgivarna information om vinnande leverantör och skälen för

beslutet. Av förarbetena (prop. 2009/10:180 s.114) framgår att vilka upplysningar som bör lämnas för att uppfylla detta måste avgöras med hänsyn till omständigheterna i varje enskild upphandling.

Tilldelningsbeslutet bör innefatta den relevanta information som är nödvändig för att anbudsgivarna ska kunna ansöka om effektiv prövning. Det innebär att avgörande kriterier för kontraktstilldelning – däribland det totala anbudspriset och slutsatser om kvalitetskriterier – som regel bör redovisas. Om en anbudsgivare anser att det behövs ytterligare information har denne möjlighet att därutöver, inom ramen för en överprövningsprocess eller en skadeståndstalan, begära edition eller begära att få del av ytterligare handlingar genom reglerna i tryckfrihetsförordningen om allmänna handlingar.

Migrationsverket har i upphandlingsprotokoll angett att kvalificering och utvärdering har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Skälen varför anbud har förkastats har redovisats i upphandlingsprotokollet. I utvärderingssammanställningen har Migrationsverket redovisat anbudssummorna, anbudens totalbetyg, samlad kvalitetsavvikelse och jämförelsepris. Myndigheten har därtill sekretessbelagt ett antal anbudshandlingar. Migrationsverkets sekretessbeslut har prövats – och till stora delar fastställts – av Kammarrätten i Jönköping. Vidare har frågan om edition prövats av förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten finner att Migrationsverkets beslut får anses tillräckligt motiverat och att Migrationsverket inte har förfarit på ett sätt som kan anses strida mot transparensprincipen på ett sådant sätt att det motiverar ett ingripande mot upphandlingen.

Sammantaget föreligger alltså inte skäl att ingripa mot upphandlingen på de av Telenor angivna grunderna. Ansökan ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Kammarrätten i Jönköping (2017-04-11, Stelzer, Mattsson och Davidsson):

Kan målet avgöras utan ytterligare kommunikering?

Innan ett mål avgörs, ska en part som huvudregel ha fått kännedom om det som tillförts målet av annan än parten själv och fått möjlighet att yttra sig över det. Denna underrättelseskyldighet begränsas dock av 10 kap. 3 § OSL. Detta framgår av 18 och 19 §§ FPL.

Av 10 kap. 3 § OSL framgår att sekretess inte hindrar att en enskild som är part i ett mål i en domstol och som på grund av sin partsställning har rätt till insyn i handläggningen, tar del av en handling i målet. En sådan handling 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.

De delar av Tele2:s anbudshandlingar som kammarrätten beslutat att hämta in har tidigare bedömts omfattas av sekretess enligt 31 kap. 16 § OSL. Denna sekretessbestämmelse tillämpas emellertid inte, enligt 43 kap. 3 § OSL, hos en domstol i dess rättskipande eller rättsvårdande

verksamhet. Däremot gäller, enligt 36 kap. 2 § OSL, sekretess hos domstol i mål i domstolens rättskipande 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.

De inhämtade handlingarna från Tele2:s anbud är i huvudsak av sådan karaktär att de omfattas av underrättelseskyldighet enligt 18 § FPL. För att kammarrätten ska kunna avgöra målet utan att Telenor fått kännedom om dem och möjlighet att yttra sig över dem, krävs således dels att de omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL, dels att det av hänsyn till enskilt intresse är av synnerlig vikt att uppgifterna i dem inte röjs för Telenor. Dessa bestämmelser ska här tolkas i ljuset av EU-rätten så långt det är möjligt utan att tolkningen strider mot deras ordalydelse (jfr HFD 2015 ref. 55).

Dåvarande EG-domstolen har i dom den 14 februari 2008 i mål C-450/06 (Varec) uttalat bl.a. följande. De ekonomiska aktörerna ska kunna lämna all användbar information till de upphandlande myndigheterna utan att befara att dessa lämnar ut sådana uppgifter till tredje man som skulle kunna vara till skada för nämnda aktörer (p. 36). I samband med en prövning av en offentlig upphandling ska prövningsorganet kunna besluta att inte lämna ut information i handlingar till parter och deras advokater, om detta är nödvändigt för att säkerställa skyddet för en sund konkurrens eller för de ekonomiska aktörernas legitima intressen (p. 43). Det ska göras en avvägning mellan parternas rätt att få tillgång till information och andra ekonomiska aktörers rätt till skydd för sin konfidentiella information och sina affärshemligheter (p. 51).

Enligt kammarrättens mening skulle det inte strida mot ordalydelsen av bestämmelserna i 10 kap. 3 § och 36 kap. 2 § OSL att tolka dem i enlighet med dessa uttalanden. Det innebär att utrymmet för att avstå från kommunikering med hänvisning till sekretess i den aktuella situationen i upphandlingsmål är större än i många andra typer av mål som förekommer i förvaltningsdomstolar.

Kammarrätten har gett Telenor möjlighet att yttra sig över vissa delar av handlingarna från Tele2:s anbud, men bedömt att de i övrigt, bortsett från försättsblad, allmänt hållna inledningar och liknande, omfattas av sekretess enligt 36 kap. 2 § OSL samt att det av hänsyn till enskilt intresse är av synnerlig vikt att de inte röjs för Telenor. Kammarrätten finner inte anledning att nu göra någon annan bedömning i denna del. Vidare bedömer kammarrätten att det inte är möjligt att utan allvarlig skada för Tele2 på annat sätt ge Telenor ytterligare upplysningar om handlingarnas innehåll.

Mot bakgrund av det anförda och med hänsyn till att Telenor uppgett att man överlämnar till kammarrätten att pröva huruvida Tele2:s anbud uppfyller samtliga obligatoriska krav, anser kammarrätten att ytterligare kommunikering inte är nödvändig.

Prövning i sak

I mål om överprövning av upphandling är huvudprincipen att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter den grundar sin talan. Domstolens prövning är normalt begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (se RÅ

2009 ref. 69). I rättsfallet HFD 2015 ref. 55 har Högsta förvaltningsdomstolen emellertid uttalat att om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som den önskar åberopa, ska domstolen pröva om uppgifterna krävs för att upphandlingsförfarandet ska kunna utsättas för en effektiv granskning.

Frågan är hur en granskning av detta slag ska utformas om domstolen funnit skäl att hämta in sådana uppgifter, men bedömt att de inte kunnat lämnas ut till parten. Enligt kammarrättens mening bör utgångspunkten vara de skäl som legat till grund för domstolens beslut att hämta in handlingarna. Om handlingarna visar sig innehålla uppenbara brister av något annat slag, bör emellertid även dessa kunna beaktas. Granskningen kan försvåras om det krävs särskild sakkunskap för att till fullo förstå handlingarnas innehåll. Kammarrätten anser emellertid ändå att utredningsskyldigheten inte bör sträckas så långt att domstolen hämtar in sakkun- nigttrande enligt 24 § FPL.

Handlingarna från Tele2:s anbud hämtades in mot bakgrund av Tele- norns påstående om att Tele2:s låga priser tyder på att alla obligatoriska krav inte är uppfyllda. Utgångspunkten för kammarrättens granskning har därför varit Tele2:s förklaring till de låga priserna, men även övriga handlingar har granskats. Kammarrätten har vid granskningen inte funnit något som tyder på annat än att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda.

Enligt kammarrättens mening kan Migrationsverket inte anses ha brutit mot transparensprincipen genom att inte närmare ha förklarat hur det resonerat avseende Tele2:s låga anbudspris.

Mot denna bakgrund konstaterar kammarrätten att det inte har fram- kommit skäl för ingripande mot upphandlingen. Överklagandet ska där- för avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.