

## Ref 44

**I ett mål som gäller om en upphandling är undantagen från tillämpningsområdet för lagen om upphandling inom försörjningssektorerna får en domstol inte grunda sitt avgörande på att den upphandlande myndigheten inte har visat att andra förutsättningar för undantag är uppfyllda än de som har aktualiserats av den som har ansökt om överprövning av upphandlingen (jfr RÅ 2009 ref. 69).**

3 kap. 17 § lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 4, 8 och 30 §§ förvaltningsprocesslagen (1971:291)

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 9 oktober 2023 följande dom (mål nr 7104-22).

### Bakgrund

1. I lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna finns bestämmelser om upphandling av bl.a. transporttjänster. Där finns regler som innebär att upphandlingar mellan upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar är undantagna från lagens tillämpningsområde. En av dessa förutsättningar är att upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna.

2. Region Kalmar län beslutade att lämna sitt befintliga rese-system för kollektivtrafik och i stället ansluta sig till ett annat rese-system som Skånetrafiken hade utvecklat i samverkan med andra aktörer.

3. Infospread Euro AB ansökte hos Förvaltningsrätten i Växjö om överprövning och yrkade att upphandlingen – vilket bolaget ansåg att det var fråga om – skulle göras om. Bolaget anförde att regionens anslutning till det nya resesystemet var ett köp och inte ett samarbete och därför inte omfattades av undantaget från upphandlingsplikt.

4. Förvaltningsrätten ansåg att bolaget inte hade gjort sannolikt att förutsättningarna för undantag inte var uppfyllda och avslog ansökan.

5. Bolaget överklagade till Kammarrätten i Jönköping som upphävde förvaltningsrättens dom och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten ansåg att regionen inte hade visat att samtliga förutsättningar för att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde var uppfyllda.

**Yrkanden m.m.**

6. *Region Kalmar län* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska avslå ansökan om överprövning och anför att kammarrätten har bedömt omständigheter som bolaget inte har åberopat i sin ansökan och som därmed legat utanför målets prövningsram.

7. *Infospread Euro AB* anser att överklagandet ska avslås och anför att det är regionen som har såväl åberopsbördan som bevisbördan för att undantagsregeln är tillämplig och att regionen då – oavsett hur bolaget har utformat sin argumentation – självständigt måste åberopa och bevisa att samtliga kriterier för undantagsregelns tillämplighet är uppfyllda.

**Skälen för avgörandet***Frågan i målet*

8. Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen får enligt 36 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) begränsas till att gälla en viss fråga i målet, vars prövning är av vikt för ledning av rättstillämpningen (prejudikatfråga).

9. Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd såvitt avser frågan om en domstol i ett mål som gäller huruvida en upphandling med stöd av 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är undantagen från lagens tillämpningsområde, får grunda sitt avgörande på att den upphandlande myndigheten inte har visat att de tre rekvisiten för undantag i bestämmelsen är uppfyllda, trots att endast ett av rekvisiten har aktualiserats av parterna i processen.

10. Frågan om meddelande av prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

*Rättslig reglering m.m.*

11. Enligt 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna gäller lagen inte för upphandling mellan två eller flera upphandlande myndigheter, om 1. upphandlingen syftar till att upprätta eller reglera formerna för ett samarbete mellan myndigheterna som ska säkerställa att de offentliga tjänster som myndigheterna ska utföra tillhandahålls för att uppnå myndigheternas gemensamma mål, 2. samarbetet styrs endast av överväganden som hänger samman med allmänintresset, och 3. myndigheterna på den öppna marknaden utövar mindre än 20 procent av den verksamhet som berörs av samarbetet.

12. Enligt 4 § första stycket förvaltningsprocesslagen ska i en ansökan eller ett överklagande anges vad som yrkas samt de omständigheter som åberopas till stöd för yrkandet. Av 8 § första

stycket framgår att rätten ska se till att målet blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och enligt andra stycket ska rätten genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar. Bestämmelserna i 8 § ger uttryck för den s.k. officialprincipen. I 30 § första stycket anges att rättens avgörande ska grundas på vad handlingarna innehåller och vad som i övrigt förekommit i målet.

#### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

13. Av 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna framgår de förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en upphandling ska vara undantagen från lagens tillämpningsområde. Kammarrätten har grundat sitt avgörande på att regionen inte tydligt har argumenterat för, eller fört fram utredning för att visa, att rekvisiten i paragrafens andra och tredje punkt är uppfyllda och att regionen redan av den anledningen inte har visat att förutsättningarna för att undanta upphandlingen från lagens tillämpningsområde är uppfyllda. Enligt kammarrätten gäller detta oavsett vilken bedömning som görs av rekvisiten i den första punkten. Kammarrätten prövade därmed inte om rekvisiten i paragrafens första punkt var uppfyllda.

14. I rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 var frågan om en domstol i ett mål om ingripande mot en upphandling har rätt att lägga omständigheter som sökanden inte har åberopat till grund för prövningen av om upphandlingen har varit felaktig. Högsta förvaltningsdomstolen fann att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i mål om offentlig upphandling samt att det som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter parten grundar sin talan på.

15. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening finns inte skäl att frånga den princip som uttalades i rättsfallet av den anledningen att det i detta mål rör sig om tillämpningen av en undantagsbestämmelse.

16. Den prejudikatfråga som Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd i ska därmed besvaras på följande sätt. I ett mål som gäller om en upphandling är undantagen från tillämpningsområdet för lagen om upphandling inom försörjningssektorerna får en domstol inte grunda sitt avgörande på att den upphandlande myndigheten inte har visat att andra förutsättningar för undantag är uppfyllda än de som har aktualiserats av den som har ansökt om överprövning av upphandlingen.

17. I det nu aktuella fallet har bolaget förvisso angett att förutsättningarna enligt 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte har varit uppfyllda, men de omständigheter som bolaget har åberopat till stöd för sin ansökan har endast

avsett paragrafens första punkt. Bolaget har överhuvudtaget inte argumenterat kring den andra eller tredje punkten. Kammarrätten gjorde därför fel som grundade sitt avgörande på att regionen inte tydligt argumenterat för, eller fört fram utredning för att visa, att rekvisiten i punkterna 2 och 3 var uppfyllda.

18. Mot den bakgrunden ska prövningstillstånd meddelas i målet i övrigt och målet visas åter till kammarrätten för ny prövning.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar att en domstol i ett mål som gäller om en upphandling är undantagen från tillämpningsområdet för lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte får grunda sitt avgörande på att den upphandlande myndigheten inte har visat att andra förutsättningar för undantag är uppfyllda än de som har aktualiserats av den som har ansökt om överprövning av upphandlingen.

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i målet i övrigt, upphäver kammarrättens dom och visar målet åter till kammarrätten för ny prövning.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom*, *Knutsson*, *Ståhl*, *Askersjö* och *Nilsson*. Föredragande var justitiesekreteraren *Mårten Olsson*.

---

### ***Förvaltningsrätten i Växjö (2022-03-28, Örnerheim):***

[text här utelämnad]

Bolaget gör gällande att såsom det aktuella samarbetet beskrivs i bl.a. sammanträdesprotokoll, regionens beslut avseende nuvarande biljett-system och Skånetrafikens utredningar gällande samverkan med regionen, är anslutningen till resesystemet inte en form av samarbete utan ett köp av Skånetrafikens redan utvecklade resesystemet. Förutsättningarna för att undantaget i 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är därmed inte uppfyllda. Region framhåller å sin sida att undantaget är tillämpligt på upphandlingen, eftersom avtalet kommer att utformas som ett samarbete mellan parterna.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i nuläget inte finns något utkast till slutligt avtal mellan regionen och Skånetrafiken om anslutning till resesystemet. Enligt uppgift från regionen pågår fortsatta förhandlingar mellan regionen och Skånetrafiken om ett sådant avtal. Bolaget anför att förvaltningsrätten ska förelägga regionen att – när förhandlingarna är avslutade och det finns en slutlig version av avtalet – ge in det slutliga utkastet till förvaltningsrätten för att möjliggöra en prövning i sak av bolaget ansökan om överprövning av regionens upphandling. Förvalt-

ningsrätten anser emellertid att prövningen i målet inte kan vara avhängig framtida förhållanden som ännu inte är kända, utan prövningen i det här skedet måste ta sikte på om regionen, när den aktuella upphandlingen inleddes, agerade i strid med lagen om upphandling inom försörjningssektorerna på sätt som bolaget gör gällande. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget, genom vad som framförts, inte gjort sannolikt att förutsättningarna för undantag enligt 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte är uppfyllda. Det saknas därför skäl att ingripa mot upphandlingen, varför bolagets ansökan om överprövning ska avslås. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 24 februari 2022 upphör därmed att gälla.

– Förvaltningsrätten avslår ansökan.

*Kammarrätten i Jönköping (2022-11-14, Gavelin, Hallbäck och Hansson):*

Frågan i målet är om den tänkta samverkan med övriga regionala kollektivtrafikmyndigheter avseende resesystem faller under det s.k. samarbetsundantaget i 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna.

[text här utelämnad]

Förvaltningsrätten har avslagit Infospreads ansökan med hänvisning till att bolaget inte hade gjort sannolikt att förutsättningarna för undantaget enligt 3 kap. 17 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna inte var uppfyllda. Det är dock regionen som har bevisbördan för att förutsättningar för undantag från upphandlingsreglerna föreligger. Undantagsbestämmelserna ska vidare tillämpas med restriktivitet (se bl.a. prop. 2015/16:195 s. 396 och EU-domstolens mål C-26/03 p. 46 samt C-15/13 p. 23). En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § lagen om upphandling inom försörjningssektorerna).

Parternas argumentation i målet avser i huvudsak 3 kap. 17 § 1 lagen om upphandling inom försörjningssektorerna. För att undantaget i bestämmelsen ska vara tillämpligt krävs dock att samtliga kriterier, dvs. även p. 2 och 3, är uppfyllda. Som Infospread oemotsagt har anfört, tycks regionen inte ha genomfört en fullständig upphandlingsrättslig analys av den tilltänkta samverkan inför beslutet. Regionen har inte tydligt argumenterat för, eller fört fram utredning för att visa, att kriterierna i 3 kap. 17 § 2 och 3 lagen om upphandling inom försörjningssektorerna är uppfyllda. Det kan inte heller i sig anses uppenbart att dessa kriterier är uppfyllda. Redan i och med detta kan kammarrätten konstatera att regionen inte har visat att förutsättningarna för att undanta upphandlingen från lagen om upphandling inom försörjningssektorernas tillämpningsområde är uppfyllda. Detta gäller oavsett vilken bedömning som görs avseende uppfyllelsen av kriteriet i bestämmelsens första punkt.

Sammanfattningsvis har regionen brutit mot lagen om upphandling inom försörjningssektorerna genom att inleda ett upphandlingsförfarande som syftar till direkttilldelning av ett kontrakt utan stöd i lagen. Infospread, som marknadsför tjänster som hade kunnat nyttjas för samma syften som

**Ref 44**

HFD 2023

resesystemet, får därmed anses ha lidit skada. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Det finns därmed skäl att besluta att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska således bifallas.

- Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen ska göras om.