

## **HFD 2019 ref. 18**

**Fråga om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt är uppfyllda.**

16 kap. 14 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 9 maj 2019 följande dom (mål nr 2768-18).

### **Bakgrund**

1. En leverantör kan ansöka hos förvaltningsrätten om att ett avtal som en upphandlande myndighet har ingått med en annan leverantör ska förklaras vara ogiltigt. Det kan ske exempelvis om den upphandlande myndigheten har ingått ett avtal utan att följa reglerna i upphandlingslagstiftningen om annonsering, dvs. har genomfört en s.k. otillåten direktupphandling. Trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda ska domstolen besluta att avtalet får bestå om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar detta.

2. Örebro läns landsting har genomfört en upphandling av serviceresor. Serviceresorna inkluderade s.k. särskilda persontransporter i form av sjukresor, färdtjänstresor och skolskjuts. Upphandlingen genomfördes som en följd av att landstinget i förtid hade sagt upp ett tidigare avtal om serviceresor.

3. Upphandlingen omfattade fem fordonspaket inom Örebro kommun. Landstinget beslutade i december 2015 att anta AB Trendtaxi som leverantör av två av fordonspaketen. I det ena ingick tio fordon och i det andra femton, varav fem utgjorde s.k. tidszonsfordon vilka ersattes endast för utnyttjad tid. Efter en avslutad överprövningsprocess ingick landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 ett avtal om dessa fordonspaket. Samma dag ingick parterna ett tilläggsavtal om att de fem tidszonsfordonen skulle utgå ur avtalet.

4. Cabonline Region Mitt AB ansökte därefter om att landstingets avtal med Trendtaxi skulle förklaras ogiltigt. Förvaltningsrätten i Karlstad biföll ansökningsen. Ogiltigförklaringen gällde såväl det grundläggande avtalet om de två fordonspaketen som tilläggsavtalet om att de fem tidszonsfordonen skulle utgå ur det avtalet. Enligt förvaltningsrätten innebar tilläggsavtalet en så väsentlig ändring av de utannonserade villkoren att en ny upphandling fick anses ha inletts. Eftersom den nya upphandlingen inte hade annonserats var förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet uppfyllda. Förvaltningsrätten ansåg vidare

att landstinget inte hade visat att avtalet hade en sådan betydelse för allmänintresset att det skulle få bestå.

5. Landstinget och Trendtaxi överklagade domen till Kammarrätten i Göteborg som biföll överklagandena. Kammarrätten ansåg att det fanns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebar att både det grundläggande avtalet och tilläggsavtalet skulle få bestå trots att förutsättningarna för ogiltigförklaring var uppfyllda.

#### **Yrkanden m.m.**

6. *Cabonline* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och förklara att avtalet mellan landstinget och Trendtaxi är ogiltigt. Bolaget anför följande. De fordon som omfattas av avtalet är inte en förutsättning för att serviceresor ska kunna utföras eftersom dessa kan genomföras med landstingets övriga fordon. Det saknas därför sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som krävs för att rätten ska förordna att avtalet ska få bestå.

7. *Landstinget* anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Landstinget är kollektivtrafikmyndighet och har en skyldighet att bereda färdtjänst åt de medborgare som har behov av det. Serviceresor av god kvalitet är ett samhällsviktigt intresse som påverkar människors liv och hälsa. Uppdraget kan inte utföras med färre fordon utan en väsentlig försämring av kvaliteten och med stor påverkan på samhällsapparaten. Det finns därför sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar att avtalet ska få bestå.

8. Även *Trendtaxi* anser att överklagandet ska avslås.

#### **Skälen för avgörandet**

##### *Frågan i målet*

9. Frågan i målet är om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt är uppfyllda.

##### *Rättslig reglering*

10. I målet är den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

11. I 16 kap. 13 § LOU anges förutsättningarna för att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt.

12. Enligt 14 § ska rätten, om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse, besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda. Bestämmelsen genomför

artikel 2d.3 i direktiv 89/665/EEG (det första rättsmedelsdirektivet). I nu gällande lag (2016:1145) om offentlig upphandling finns motsvarande bestämmelse i 20 kap. 14 §.

### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

#### Processramen

13. Kammarrätten har kommit fram till att det finns grund för att förklara avtalet mellan landstinget och Trendtaxi ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU men har med tillämpning av 14 § förordnat att avtalet får bestå. Kammarrättens dom har överklagats av Cabonline. Processen i Högsta förvaltningsdomstolen gäller enbart frågan om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att avtalet, dvs. det grundläggande avtalet inklusive tilläggsavtalet, ska få bestå.

Allmänt om undantaget från ogiltigförklaring på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

14. Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU är ett undantag från huvudregeln att ett avtal som har ingåtts i strid mot upphandlingsreglerna ska förklaras vara ogiltigt. Som nämnts i punkt 12 syftar bestämmelsen till att genomföra artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet. Den artikeln infördes i direktivet genom direktiv 2007/66/EG (ändringsdirektivet). Av beaktandesats 22 i ändringsdirektivet framgår att undantaget är avsett att tillämpas om exceptionella omständigheter i det aktuella fallet gör det nödvändigt att respektera vissa tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Att undantagsbestämmelsen ska tillämpas restriktivt och att det endast är under exceptionella omständigheter som ett avtal, trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara det, ska få bestå framgår även av förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 138 f.).

15. I artikel 2d.3 i det första rättsmedelsdirektivet anges att ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får betraktas som tvingande hänsyn endast om ogiltighet i undantagsfall skulle leda till oproportionerliga följder. Vidare anges att ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga inte ska utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Detta upprepas i förarbetena och i det sammanhanget sägs också att stor vikt bör läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det anges vidare att det ankommer på domstolarna att göra en skäligen avvägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (a. prop. s. 362).

16. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer även inom andra områden av unionsrätten och har utvecklats i EU-

domstolens praxis. I artikel 36 i EUF-fördraget finns t.ex. en uppräknning av de skäl som kan utgöra grund för att inskränka den fria rörligheten för varor och i artikel 4.8 i tjänstedirektivet (2006/123/EG) anges exempel på vad som EU-domstolen i sin rättspraxis har bedömt som tvingande hänsyn på grund av ett allmänintresse. Dessa bestämmelser, samt EU-domstolens praxis i allmänhet när det gäller tvingande hänsyn till allmänintresset, bör kunna tjäna som vägledning även när begreppet används i upphandlingssammanhang.

17. För att ett avtal ska få bestå trots att det finns förutsättningar för att ogiltigförklara det räcker det inte att det som upphandlas genom avtalet kan anses vara av allmänintresse. De åtgärder som i det enskilda fallet har vidtagits av den upphandlande myndigheten måste också vara förenliga med proportionalitetsprincipen (se t.ex. *Medipac*, C-6/05, EU:C:2007:337, p. 60 och där anmärkta rättsfall).

18. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som gör att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara det ogiltigt är uppfyllda. I detta ligger att den upphandlande myndigheten ska visa att de vidtagna åtgärderna är proportionerliga (prop. 2009/10:180 s. 139 och *Medipac*, p. 61).

#### Bedömningen i detta fall

19. Det aktuella avtalet avser serviceresor och innefattar kollektivtrafik i form av särskilda persontransporter, dvs. sådana som kräver ett särskilt beslut eller genomförs under särskilda förutsättningar. De särskilda persontransporterna avser bl.a. sjukresor, färdtjänst och skolskjuts.

20. Sjukresor används för att hjälpa människor att ta sig till vårdinrättningar och är ett led i skyddet av folkhälsan. Färdtjänstresor är till för personer som till följd av funktionsnedsättning har väsentliga svårigheter att förflytta sig på egen hand eller att resa med allmänna kommunikationsmedel. Skolskjuts tillhandahålls elever om det behövs med hänsyn till t.ex. skolvägens längd eller att eleven har en funktionsnedsättning. Samtliga dessa resor får anses utgöra sådana allmänintressen som avses i 16 kap. 14 § LOU.

21. För att avtalet ska få bestå krävs dock också att avtalet verkligen är en nödvändig förutsättning för att transporter ska kunna genomföras. När det gäller den frågan har landstinget gjort gällande att den minskning av antalet fordon som en ogiltigförklaring av avtalet skulle innebära medför att det inte är möjligt att utföra transporter utan försämrad kvalitet och effektivitet.

22. Att de aktuella tjänsterna ska kunna utföras med rimligt hög kvalitet är något som bör beaktas när det ska avgöras om avtalet ska få bestå (jfr *Spezzino*, C-113/13, EU:C:2014:2440, p. 57). En minskning av fordonskapaciteten kan alltså innebära att avtalet inte

ska ogiltigförklaras om detta skulle leda till en oacceptabel kvalitetsförsämring.

23. I målet är det ostridigt att landstinget har tillgång till 147 fordon inom Örebro kommun. Det aktuella avtalet rör 20 av dessa, vilket motsvarar cirka 14 procent av den tillgängliga fordonskapaciteten. Landstinget har inte konkretiserat på vilket sätt och i vilken omfattning som utförandet av de särskilda persontransporterna försämras och ineffektiviseras om fordonskapaciteten minskar med dessa 20 fordon, utan har endast i allmänna ordalag angett att samtliga 147 fordon behövs för att upprätthålla en skälig kvalitet för brukarna. Utredningen ger snarare stöd för att det finns en viss överkapacitet under delar av dygnet även om avtalet ogiltigförklaras. Landstinget har inte heller visat att det saknas möjlighet att planera verksamheten så att övriga fordon kan användas för resor som måste genomföras vid en viss tidpunkt.

24. Även om en minskning med 14 procent av den tillgängliga fordonskapaciteten inte är oväsentlig, finner Högsta förvaltningsdomstolen att landstinget inte har visat att det föreligger sådana exceptionella omständigheter som motiverar att avtalet ska få bestå med tillämpning av 16 kap. 14 § LOU.

25. Överklagandet ska därmed bifallas.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens domslut.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom, Ståhl, Baran, Gäverth* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Daniel Sandberg.

---

#### ***Förvaltningsrätten i Karlstad (2017-05-02, Berglund):***

[text här utelämnad]

Det aktuella avtalet innehåller vissa möjligheter till omförhandling av uppdragets omfattning under avtalstiden i form av volymförändringsklausulen i punkt 5.1.14, som avser varaktiga förändringar av trafikvolymen, och omförhandlingsklausulen i punkt 8.5, som avser väsentliga eller oförutsägbara förändringar av de förutsättningar som avtalet baseras på. Dessa klausuler kan dock inte anses ha varit tillämpliga i den nu aktuella situationen.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den förändring av villkoren som skett genom tilläggsöverenskommelsen mellan landstinget och Trendtaxi är att betrakta som väsentlig i förhållande till vad som

ursprungligen krävts enligt förfrågningsunderlaget. Denna förändring innebär att en ny upphandling får anses ha inletts. Det har inte framkommit att något undantag från skyldigheten att annonsera den nya upphandlingen är aktuellt.

Det ställs inte upp något skaderekvisit i 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Förutsättningarna för ogiltigförklaring enligt denna bestämmelse är således uppfyllda. Det saknar härvid betydelse om avtalet mellan landstinget och Trendtaxi ska betraktas som ett ramavtal, eller hur motsvarande avtal tillämpats tidigare av olika aktörer. Utförandet av serviceresor kan visserligen utgöra ett sådant allmänintresse som avses i 16 kap. 14 § LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2011 i mål nr 5819-11). Det ankommer emellertid på den upphandlande myndigheten att visa att en sådan undantagssituation föreligger. Landstinget har enligt förvaltningsrättens uppfattning inte visat att det aktuella avtalet är av sådan betydelse för det aktuella allmänintresset av serviceresor att undantaget enligt 16 kap. 14 § LOU är tillämpligt.

Landstinget har anfört att motsvarande avtalsjustering gällande tidszonfordon gällde även för Taxi Kurir, under den tid då Taxi Kurir var leverantör. Även om så skulle vara fallet saknar det enligt förvaltningsrättens mening rättslig betydelse för den nu aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner således att avtalet mellan landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 ska förklaras ogiltigt. – Förvaltningsrätten beslutar att avtalet mellan landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 är ogiltigt. Detta gäller både det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen samma dag.

***Kammarrätten i Göteborg (2018-04-25, Kraft, Röambo och Panofsky):***

[text här utelämnad]

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Frågan är slutligen om landstinget och Trendtaxi har visat att avtalet ändå ska bestå med hänsyn till tvingande allmänintresse.

Bestämmelsen i 16 kap. 14 § LOU ska enligt förarbetena tolkas restriktivt och det är endast exceptionella omständigheter som ska medföra att ett avtal ändå får bestå på grund av hänsyn till ett tvingande allmänintresse. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden inom EU-rätten och har även utvecklats i EU-domstolens praxis. Som exempel på situationer där det har ansetts att ett tvingande allmänintresse föreligger kan nämnas när avtalet rör allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt folkhälsan (prop. 2009/10:180 s. 137-139).

Det finns viss kammarrättspraxis på området. Kammarrätten i Göteborg fann i dom den 2 december 2011 (mål nr 5819-11) att avtal om hjälptjänster till sjuk- och färdtjänstresor, bl.a. en beställningscentral och planeringsverksamhet, måste bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Kammarrätten beaktade konsekvenserna av att avtalet inte fullföljdes och fann att tjänsterna i stor utsträckning påverkade människors liv och hälsa och att det till viss del var svaga grupper i samhället som skulle drabbas om tjänsterna inte kunde utföras.

I ett annat mål, som rörde upphandling av skolvikarier, fann Kammarrätten i Sundsvall i dom den 7 juli 2014 att det förelåg tvingande hänsyn till ett allmänintresse i form av en fungerande skolverksamhet, men att kommunen hade kunnat tillgodose detta intresse med mindre ingripande åtgärder t.ex. genom att ingå ett tillfälligt avtal fram till dess att en ny upphandling hade genomförts. Kammarrätten ansåg därför att det inte förelåg sådana exceptionella omständigheter att avtalet skulle få bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse (mål nr 522-14).

Kammarrätten konstaterar att landstinget skulle ha 20 fordon färre till sitt förfogande om hela avtalet inte skulle gälla (fordonspaket 3, 6 och tilläggsöverenskommelsen). Cabonline anför att landstinget bör kunna optimera användandet av fordonen och justera tiderna för resorna utan att människors liv och hälsa riskeras. Landstinget anför att samtliga fordon som regel krävs för att möta behovet av serviceresor och upprätthålla skäligen väntetider och att för få fordon tillgängliga skulle leda till sämre kvalitet och effektivitet. Det är brukarnas behov av serviceresor som styr när resorna ska ske, vilket enligt landstinget innebär att landstinget inte kan planera om resor och på så sätt optimera användandet av fordonen.

Landstinget har ansvar för och erfarenhet av att organisera serviceresor i egenskap av huvudman. Landstingets uppgifter om vilka problem som skulle uppstå om avtalet blir ogiltigt väger därför tungt. Serviceresorna innefattar sjuktransporter och färdtjänstresor. Resornas karaktär innebär att människors liv och hälsa riskeras om resorna inte kan utföras på ett effektivt sätt. Av landstingets uppgifter får anses framgå att dessa resor skulle påverkas negativt på så sätt att oskäliga dröjsmål uppstår om avtalet blir ogiltigt. Kammarrätten beaktar härvid att fordonskapaciteten skulle minska med 20 fordon av drygt 200, vilket får anses vara en betydande minskning. Oskäliga väntetider eller uteblivna transporter för färdtjänstresor innebär risker från ett folkhälsoperspektiv.

Cabonline har anført att det är möjligt för landstinget att som en tillfällig lösning direktupphandla 20 fordon och hänvisar till Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 522-14. Enligt kammarrättens mening måste emellertid beaktas att ifrågavarande uppdrag har en annan komplexitet än vad uppdraget hade i nämnda mål, som gällde skolvikarier. Det är dessutom osäkert om något företag skulle vilja ta på sig ansvaret för en så kort period. Därutöver finns det risk för ytterligare överprövningar. Direktupphandling kan därför inte ses som en realistisk tillfällig lösning.

Vidare har Cabonline anført att det vore möjligt för landstinget att se till att övriga leverantörer tillhandahåller fler fordon. Med hänsyn till utformningen av volymförändringsklausulen i punkt 5.1.14 i avtalet, som enligt kammarrätten tar sikte på brukarnas behov, utgör inte heller detta en framkomlig väg.

**Kammarrättens slutsats**

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att avtalet är ogiltigt men att det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen som träffats mellan landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 ska bestå i enlighet med 16 kap. 14 § LOU. – Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom på så sätt att det grundläggande avtalet och tilläggsöverenskommelsen som träffats

mellan landstinget och Trendtaxi den 4 juli 2016 får bestå med hänsyn till 16 kap. 14 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.