

HFD 2019 ref. 65

Fråga om det förelegat förutsättningar för att i ett samordnat upphandlingsförfarande använda direktupphandling på grund av att upphandlingens värde inte överstigit direktupphandlingsgränsen eller på grund av synnerlig brådska. Även fråga om en upphandlande myndighet haft rätt att överklaga en domstols beslut att ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Artikel 38 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, 6 kap. 15 § och 19 kap. 7 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 13 december 2019 följande dom (mål nr 6735–6806-18).

Bakgrund

Allmänt om överprövning av avtals giltighet

1. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva giltigheten av ett avtal som har ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Om avtalet har ingåtts genom en otillåten direktupphandling ska rätten besluta att avtalet är ogiltigt.

2. Direktupphandling får användas om upphandlingens värde inte överstiger ett i upphandlingslagstiftningen närmare angivet belopp, direktupphandlingsgränsen, eller om anskaffningen är absolut nödvändig och det föreligger synnerlig brådska att göra anskaffningen.

3. Även om det föreligger förutsättningar för att förklara ett avtal ogiltigt ska rätten besluta att avtalet får bestå, om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. I en sådan situation ska Konkurrensverket ansöka om att den upphandlande myndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift.

4. Upphandlande myndigheter har möjlighet att samordna sina upphandlingar och genomföra dem gemensamt. Upphandlingarna räknas då inte som flera utan som en enda upphandling i lagstiftningens mening, om vissa förutsättningar är uppfyllda.

Avtalen i dessa mål

5. Kommunförbundet Skåne genomförde under 2016 tillsammans med flera andra upphandlande myndigheter en upphandling av ramavtal för fast och mobil telefoni. Befintligt ramavtal med Telenor Sverige AB skulle löpa ut den 15 oktober 2017. Telia

Sverige AB tilldelades ramavtalet. Efter ansökan av Telenor överprövades upphandlingen först av Förvaltningsrätten i Malmö och därefter av Kammarrätten i Göteborg, som beslutade att upphandlingen skulle göras om. Den 16 april 2018 beslutade Högsta förvaltningsdomstolen att avvisa Telias överklagande av kammarrättens dom och att inte meddela prövningstillstånd för myndigheternas överklaganden. Kammarrättens dom stod därmed fast.

6. Medan ramavtalsupphandlingen var föremål för överprövning direktupphandlade flera av de upphandlande myndigheterna de aktuella telefonitjänsterna genom att ingå avtal med Telia om kommunikationstjänster och om ersättning för restvärde (Telia-avtalen). Vart och ett av avtalen undertecknades under perioden 12 oktober–27 november 2017 och kommunikationstjänstavtalen angavs gälla till dess ramavtalsupphandlingen hade avslutats genom att avtal ingåtts med Telia eller, för det fall att avtal inte skulle komma att ingås med Telia, sex månader efter det att avtalen blivit uppsagda. Giltighetstiden för avtalen om ersättning för restvärde kopplades till kommunikationstjänstavtalens giltighetstid. Såvitt framkommit i målen gäller Teliaavtalen fortfarande.

7. Flera upphandlande myndigheter ingick också genom direktupphandling avtal med Telenor om fortsatt tillhandahållande av de aktuella telefonitjänsterna (Telenoravtalen). Dessa avtal gällde från och med den 16 oktober 2017 och längst till och med sex månader efter det att överprövningsprocessen var avslutad.

8. Telenor ansökte om överprövning av Teliaavtalens giltighet hos Förvaltningsrätten i Malmö och yrkade att de skulle ogiltigförklaras. Överprövningen kom att avse de Teliaavtal som ingåtts av 72 upphandlande myndigheter, varav 56 även hade ingått Telenoravtal. Såväl myndigheterna som Telia ansåg att Telenors ansökan om överprövning skulle avslås och att avtalen i vart fall skulle få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

9. Enligt förvaltningsrätten hade myndigheterna inte förmått visa att avtalens värde understeg direktupphandlingsgränsen. Vidare ansåg förvaltningsrätten att det visserligen hade förelegat synnerlig brådska med anskaffningen men att anskaffningen inte hade varit absolut nödvändig eftersom Teliaavtalen innehöll avtalsvillkor som inte var absolut nödvändiga. Det förelåg därför i och för sig förutsättningar för att ogiltigförklara samtliga Teliaavtal. När det gällde de 16 myndigheter som inte ingått Telenoravtal beslutade förvaltningsrätten att Teliaavtalen fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Förvaltningsrätten tog i domslutet in en förklaring av denna innebörd. Övriga 56 myndigheters Teliaavtal förklarades vara ogiltiga.

10. Såväl Telia som de upphandlande myndigheterna överklagade till Kammarrätten i Göteborg och yrkade att Telenors ansökan om överprövning skulle avslås. Telia yrkade i andra hand

att samtliga avtal skulle få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

11. Kammarrätten avvisade Telias överklagande i den del som avsåg de Teliaavtal som fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Enligt kammarrätten hade de 16 myndigheter vars avtal fått bestå klagorätt eftersom förvaltningsrättens uttalande, att det förelåg förutsättningar för att ogiltigförklara avtalen, kunde få betydelse i en eventuell process om upphandlingsskadeavgift. Däremot kunde avgörandet i samma del inte anses ha gått Telia emot.

12. I sak ansåg kammarrätten att Teliaavtalen hade ingåtts i en samlad direktupphandling och att avtalens sammanlagda värde inte understeg direktupphandlingsgränsen. Kammarrätten instämde vidare i förvaltningsrättens bedömning att det fanns grund för att ogiltigförklara samtliga avtal och att det saknades anledning att låta avtalen för de 56 myndigheter som även ingått Telenoravtal bestå. Myndigheternas överklaganden avslogs därför liksom Telias i den del det inte hade avvisats.

Yrkanden m.m.

13. *Telia* yrkar i första hand att Telenors ansökan om överprövning av de 56 avtal som ogiltigförklarats ska avslås och i andra hand att avtalen ska få bestå samt anför följande.

14. De upphandlande myndigheterna har haft rätt att ingå Teliaavtalen eftersom det, på grund av synnerlig brådska som berott på omständigheter som inte kunnat tillskrivas eller förutses av myndigheterna, varit omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid annonserat förfarande och anskaffningen har varit absolut nödvändig. En obruten leverans av telefonitjänster vid ett operatörsbyte till *Telia* förutsatte att myndigheterna ingick övergångsavtal med Telenor.

15. Kravet på absolut nödvändighet omfattar endast anskaffningen som sådan och inte avtalsvillkoren. Inte heller går avtalsvillkoren utöver vad som är absolut nödvändigt i detta fall, med beaktande av Telias implementeringskostnader samt tiderna för överprövning av ramavtalsupphandlingen, genomförande av en ny upphandling inklusive en eventuell överprövningsprocess och portering av abonnemang från *Telia* till en eventuell ny leverantör.

16. Om domstolen skulle finna att förutsättningar för ogiltighet föreligger, finns det sådana tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att domstolen trots detta ska besluta att avtalen får bestå. Om avtalen inte får bestå kan 56 myndigheter komma att stå utan samhällsnödvändiga telefonitjänster på grund av de tekniska förutsättningarna vid portering av abonnemang mellan olika leverantörer.

17. *De upphandlande myndigheterna utom Göingehem AB* yrkar att Telenors ansökan om överprövning ska avslås och anför följande.

18. Myndigheterna har haft rätt att ingå Teliaavtalen eftersom det har förelegat synnerlig brådska och anskaffningen varit absolut nödvändig. Det finns inget stöd i lagen, dess förarbeten eller det bakomliggande direktivet för att en domstol vid bedömningen av om anskaffningen är absolut nödvändig också ska pröva om de enskilda avtalsvillkoren är absolut nödvändiga.

19. Direktupphandling har varit tillåten eftersom det uppskattade värdet av varje myndighets avtal inte överskrider direktupphandlingsgränsen. Kammarrätten har utan motivering eller stöd i upphandlingsregelverket konstruerat ett nytt sätt att beräkna värdet av direktupphandlade avtal. Det förhållandet att kommunförbundet varit behjälpligt med administration ska inte leda till att värdena av de olika avtalen ska räknas samman.

20. *Telenor* anser att överklagandena av de upphandlande myndigheter vars avtal fått bestå ska avvisas och att överklagandena i övrigt ska avslås samt anför följande.

21. Värdet av upphandlingen ska beräknas genom att samtliga avtal läggs samman. Kommunförbundet har ansvarat för såväl den ramavtalsupphandling som kammarrätten beslutat ska göras om som den efterföljande upphandlingen samt instruerat myndigheterna att sluta både Telenoravtalen och Teliaavtalen. Det framgår av kommunförbundets avtalspaket att det samlade avtalsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen och att det därmed är fråga om en otillåten direktupphandling.

22. Efter det att Telenor undertecknat sina avtal kan det inte ha förelegat någon synnerlig brådska för myndigheterna att ingå även Teliaavtalen. Avtalen går dessutom utöver vad som varit absolut nödvändigt. Avtalen har ingåtts av rent ekonomiska skäl, och det finns inga tvingande hänsyn till ett allmänintresse som motiverar att de ogiltigförklarade avtalen ska få bestå. Det är visserligen fråga om viktiga telefonitjänster, men behovet av dem har kunnat tillgodoses genom Telenoravtalen.

23. *Göingehem AB* anser att Telias överklagande ska avslås.

Skälen för avgörandet

Frågorna i målen

24. Målen gäller i första hand förutsättningarna för att i ett samordnat upphandlingsförfarande använda direktupphandling på grund av att upphandlingen har ett lågt värde eller att anskaffningen är absolut nödvändig och det föreligger synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av de upphandlande myndigheterna.

25. Beroende på hur den frågan besvaras uppkommer i andra hand frågan om det är motiverat av tvingande hänsyn till ett allmänintresse att ett avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. I målen uppkommer slutligen även frågan om en upphandlande myndighet har rätt att överklaga rättens beslut att ett avtal får bestå.

Rättslig reglering m.m.

26. I målen är lagen (2016:1145) om offentlig upphandling tillämplig. Om upphandlingens värde beräknas understiga ett visst tröskelvärde är bestämmelserna i 19 kap. tillämpliga. Om värdet beräknas uppgå till minst tröskelvärdet är i stället de direktivstyrda reglerna i 1–18 kap. tillämpliga.

Direktupphandling – värdet överstiger inte direktupphandlingsgränsen

27. Av 19 kap. 4 § framgår att med direktupphandling avses en upphandling utan krav på anbud i viss form. Enligt 7 § tredje stycket får direktupphandling användas om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av tröskelvärdet, direktupphandlingsgränsen.

28. Enligt 19 kap. 8 § ska en upphandlings värde uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå lagens bestämmelser. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Paragrafen har utformats med 5 kap. 3 § som förebild (se prop. 2015/16:195 s. 1141 f.). Sistnämnda lagrum avser upphandlingar på det direktivstyrda området.

Direktupphandling – absolut nödvändig anskaffning och synnerlig brådska

29. Av 19 kap. 7 § tredje stycket framgår att direktupphandling får användas trots att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen om det föreligger sådana förutsättningar som anges i 6 kap. 15 §. Sistnämnda bestämmelse är tillämplig vid direktivstyrda upphandlingar.

30. En upphandlande myndighet får enligt 6 kap. 15 § använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det på grund av synnerlig brådska, som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid ett öppet eller selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

31. Bestämmelsen i 6 kap. 15 § genomför artikel 32.2 c i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling (2014 års direktiv). I skälen

till artikeln anges att undantaget endast får användas under mycket exceptionella omständigheter, och att upphandlande myndigheter som åberopar undantaget bör motivera varför det inte finns några rimliga alternativ eller andra möjliga utvägar (skäl 50).

Tillfällig gemensam upphandling

32. Av artikel 38.2 i 2014 års direktiv framgår förutsättningarna för två eller flera upphandlande myndigheter att genomföra en tillfällig gemensam upphandling. När ett upphandlingsförfarande i sin helhet genomförs gemensamt av de upphandlande myndigheterna för alla upphandlande myndigheters räkning och i deras namn ska de gemensamt ansvara för att fullgöra skyldigheterna i direktivet. Detta gäller också i de fall där en upphandlande myndighet administrerar förfarandet och då agerar för egen och för de andra myndigheternas räkning.

33. Bestämmelserna i direktivet om tillfällig gemensam upphandling har inte införts i lagen om offentlig upphandling. Skälet till det är att upphandlingsbestämmelserna i övrigt inte hindrar tillfällig gemensam upphandling och att det redan tidigare fanns möjlighet att använda sig av sådana tillfälliga samarbeten. När det gäller formerna för och ansvarsfördelningen inom en tillfällig gemensam upphandling får det bedömas i varje enskild upphandling om den i det avseendet är tillåten. (Prop. 2015/16:195 s. 544.)

Överprövning av avtals giltighet

34. Av 20 kap. 13 § första stycket 1 framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling. Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt 14 § besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Klagorätt för de myndigheter vars avtal fått bestå

35. Förvaltningsrätten beslutade att Teliaavtalen för 16 av de upphandlande myndigheterna fick bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Myndigheterna överklagade detta beslut och kammarrätten avsåg överklagandet.

36. En upphandlande myndighet har inte rätt att överklaga ett domstolsavgörande som innebär att ett avtal får bestå enbart av det

skälet att avgörandets motivering medför att en process om upphandlingsskadeavgift ska initieras av Konkurrensverket (HFD 2017 ref. 45 och HFD 2017 not. 22).

37. Situationen i nu aktuella mål skiljer sig från 2017 års avgöranden genom att förvaltningsrätten även i domslutet har angett att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Frågan är vilken betydelse detta uttalande i domslutet har när det gäller myndigheternas klagorätt.

38. Saken i ett mål om överprövning av ett avtals giltighet bestäms av rättsföljden av yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet. En domstols förordnande att avtalet får bestå innebär att yrkandet om ogiltigförklaring av avtalet avslås och det gäller oavsett om domstolen anger att det finns förutsättningar att ogiltigförklara avtalet i själva domslutet eller endast i domskälen (HFD 2014 ref. 49).

39. Av det anförda följer att domslutets utformning saknar betydelse för den upphandlande myndighetens klagorätt. Det förhållandet att domstolen i domslutet uttryckligen anger att förutsättningar för ogiltighet i och för sig är uppfyllda medför därför inte att myndigheten har rätt att överklaga avgörandet.

40. De 16 upphandlande myndigheter, vars Teliaavtal fått bestå, hade därmed inte rätt att överklaga förvaltningsrättens dom och kammarrätten borde således inte ha tagit upp deras överklaganden till prövning.

Tillfällig gemensam upphandling

41. När det gäller övriga 56 upphandlande myndigheter har Högsta förvaltningsdomstolen att ta ställning till om det finns grund för ogiltigförklaring av Teliaavtalen och, i så fall, om avtalen ändå ska få bestå. Den första frågan är därvid om det samordnade upphandlingsförfarande som myndigheterna deltagit i innebär att de ska anses ha genomfört vad som i 2014 års direktiv benämns tillfällig gemensam upphandling.

42. Av handlingarna i målen framgår att Teliaavtalen och Telenoravtalen har utgjort delar i ett och samma avtalspaket. Avtalspaketet har förhandlats fram för samtliga upphandlande myndigheters räkning av Kommunförbundet Skåne med anledning av det löpande ramavtalets förestående upphörande och den pågående överprövningen av ramavtalsupphandlingen. Kommunförbundet, som framhållit att avtalspaketet ska betraktas som odelbart, har alltså administrerat förfarandet och då agerat både för egen och för de andra myndigheternas räkning. Av utredningen framgår också att myndigheternas undertecknande av avtalen är det enda led i förfarandet som varje myndighet genomfört för egen räkning och i eget namn.

43. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening får anskaffningen av de aktuella telefonitjänsterna anses ha skett genom en tillfällig gemensam upphandling. Värdet av samtliga avtal ska därför räknas samman vid bedömningen av om direktupphandlingsgränsen har överskridits.

44. Det är i målen ostridigt att redan Teliaavtalens sammanlagda värde överskrider direktupphandlingsgränsen i 19 kap. 7 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling. Därmed var förutsättningarna för att använda direktupphandling på grund av upphandlingens låga värde inte uppfyllda.

Absolut nödvändig anskaffning och synnerlig brådska

45. Nästa fråga som Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är om direktupphandling fick användas på grund av att det förelåg synnerlig brådska och anskaffningen har varit absolut nödvändig. I den situationen får direktupphandling ske även om upphandlingens värde kan beräknas överstiga direktupphandlingsgränsen. Om upphandlingens värde ligger mellan direktupphandlingsgränsen och tröskelvärdet tillämpas 19 kap. 7 § tredje stycket jämförd med 6 kap. 15 § lagen om offentlig upphandling, se punkterna 29 och 30. Om värdet uppgår till minst tröskelvärdet tillämpas 6 kap. 15 § direkt.

46. Av praxis framgår att undantaget från skyldigheten att annonsera ska tolkas restriktivt. Det är den upphandlande myndigheten som ska visa att samtliga villkor i undantagsbestämmelsen som konstituerar synnerlig brådska är uppfyllda (se HFD 2017 ref. 66 och där anmärkta rättsfall).

47. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är det anskaffningen i sig, dvs. kontraktsföremålet, som ska vara absolut nödvändig för att undantagsbestämmelsen ska kunna tillämpas. Detta innebär dock inte att avtalets innehåll saknar betydelse för bedömningen. Direktupphandling på grund av synnerlig brådska får inte användas för att säkerställa att ett trängande behov inte uppstår i en obestämd framtid, utan endast för att tillgodose ett trängande behov som faktiskt har uppstått eller kan förväntas uppstå inom kort (jfr Kommissionen mot Spanien, C-328/92, EU:C:1994:178, punkt 18). Om det av avtalsvillkoren inte klart framgår att så är fallet utan det i stället vid en tolkning av dessa framstår som om anskaffningen görs för att kringgå reglerna om annonsering av en upphandling kan anskaffningen inte anses vara absolut nödvändig.

48. Av utredningen framgår att den aktuella anskaffningen av telefonitjänster avsåg att tillgodose ett trängande behov av att upprätthålla viktiga samhällsfunktioner efter det att det befintliga ramavtalet inom kort skulle löpa ut. Vidare framgår av utredningen

att det primära syftet med Teliaavtalen var att tillgodose myndigheternas behov av telefonitjänster fram till dess att den pågående och annonserade ramavtalsupphandlingen kunde avslutas.

49. De upphandlande myndigheternas val att ingå Teliaavtalen innebar ett byte av leverantör. I samband med bytet måste myndigheternas abonnemang överföras från den befintliga leverantören Telenor. En sådan portering tar tid att genomföra och syftet med Telenoravtalen var enligt myndigheterna att säkerställa en obruten leverans av telefonitjänster fram till dess att Telia kunde börja leverera. Vid dessa förhållanden påverkar inte förekomsten av Telenoravtalen frågan om det var absolut nödvändigt för myndigheterna att ingå Teliaavtalen.

50. Mot bakgrund av ovanstående får upphandlingen av Teliaavtalen anses ha varit absolut nödvändig. Fråga är då om det förelåg synnerlig brådska för myndigheterna att ingå avtalen och – om så var fallet – om brådskan berodde på omständigheter som inte kunde tillskrivas och inte hade kunnat förutses av myndigheterna.

51. Eftersom det befintliga ramavtalet med Telenor upphörde att gälla saknade myndigheterna möjlighet att med stöd av det avtalet säkerställa fortsatt leverans av telefonitjänster och det fanns inte tid att genomföra en upphandling genom ett annonserat förfarande. På grund härav förelåg det synnerlig brådska för myndigheterna att ingå tillfälliga avtal om telefonitjänster till dess att en ny annonserad ramavtalsupphandling kunde genomföras.

52. Det framgår av utredningen att den annonserade upphandlingen av ramavtal av telefonitjänster påbörjades i juni 2016 och därmed i tillräckligt god tid för att ett nytt ramavtal skulle kunna ingås när det befintliga ramavtalet med Telenor upphörde att gälla den 15 oktober 2017. Den brådska som uppkom i början av oktober 2017 får därmed anses ha berott på en för myndigheterna oförutsedd omständighet, nämligen den utdragna överprövningsprocessen.

53. Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att förutsättningarna för att använda sig av direktupphandling på grund av synnerlig brådska var uppfyllda.

54. Högsta förvaltningsdomstolen finner sammanfattningsvis att det saknas grund för att ogiltigförklara avtalen. Frågan om det finns anledning att låta avtalen bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse aktualiseras därmed inte.

Sammanfattning

55. De 16 upphandlande myndigheter vars avtal fått bestå genom förvaltningsrättens dom hade inte rätt att överklaga den domen. Kammarrätten borde därför ha avvisat deras överklaganden i stället för att avslå dem. Detta saknar emellertid betydelse för utgången i Högsta förvaltningsdomstolens mål och överklagandena hit föranleder därför ingen vidare åtgärd från domstolens sida.

56. När det gäller övriga 56 upphandlande myndigheters Teliaavtal konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att myndigheterna inte hade rätt att tillämpa direktupphandling på den grunden att upphandlingens värde inte översteg direktupphandlingsgränsen. Däremot anser domstolen att det fanns förutsättningar för att direktupphandla avtalen eftersom det förelåg synnerlig brådska och anskaffningen var absolut nödvändig.

57. Överklagandena ska således bifallas på så sätt att underinstansernas avgöranden såvitt avser dessa 56 avtal undanröjs och Telenors ansökan om överprövning avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden vad avser de 56 avtal som förklarats ogiltiga och avslår Telenor Sverige AB:s ansökan om överprövning i den delen.

Kammarrättens avgörande i övrigt står fast.

I avgörandet deltog justitieråden *Knutsson*, *Askersjö*, *Baran*, *Gäverth* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Jack Hillerström-Forsyth.

Förvaltningsrätten i Malmö (2018-06-19, Idarsson):

[text här utelämnad]

Föreligger förutsättningar för direktupphandling under tröskelvärdet?

[...]

Bedömningen av om en direktupphandling får göras tar sin utgångspunkt i värdet av ett avtal utifrån de uppgifter som förelåg när avtalen tecknades. Beräkningen av ett avtals värde ska vidare göras utifrån hela den möjliga avtalstiden oavsett om en kortare avtalstid är trolig, eller om det senare visar sig att avtalstiden de facto kommer att bli kortare än den längsta möjliga. I Avtalen finns ingen garanterad begränsning i tid.¹ Oavsett att det är osannolikt att Avtalen skulle gälla för evig tid medför den omständigheten att Avtalen inte är tidsbegränsade att någon rimligt säker uppskattning om värdet inte kan göras. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis inte att kommunen visat att Avtalens värde vid avtalstecknandet understeg direktupphandlingsgränsen. Detta vinner även visst stöd av den omständigheten att myndigheterna i första hand förefaller ha tillämnat 6 kap. 15 § lagen om offentlig upphandling, LOU, när Avtalen slöts med Telia. De upphandlande myndigheterna har således inte visat att

¹ Avtalen benämns Teliaavtalen i Högsta förvaltningsdomstolens dom (red. anm.).

de haft fog för att genomföra en direktupphandling på grund av upphandlingens värde.

Förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § LOU

De upphandlande myndigheterna har huvudsakligen åberopat att det varit fråga om ett tillåtet förhandlat förfarande utan föregående annonsering som genomförts enligt 6 kap. 15 § LOU. Denna bestämmelse är tillämplig oavsett om det är fråga om en upphandling under eller över tröskelvärdena (se förutom 6 kap. 15 § LOU även 19 kap. 7 § LOU).

Av 6 kap. 15 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det, på grund av synnerlig brådska som beror på omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av myndigheten, är omöjligt att hålla de tidsfrister som gäller vid öppet och selektivt förfarande eller vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, och anskaffningen är absolut nödvändig.

Synnerlig brådska och absolut nödvändig anskaffning

Det framgår av de åberopade omständigheterna i målen att de upphandlande myndigheterna på grund av en utdragen överprövningsprocess som inte kunnat förutses av myndigheterna och som inte heller kan tillskrivas myndigheterna i den bemärkelse som avses i 6 kap. 15 § LOU, inte kunde hålla de tidsfrister som gäller för upphandlingar med föregående annonsering när de tecknade Avtalen. De upphandlande myndigheterna var således i synnerlig brådska. Avtalsföremålet, telefonitjänster, är vidare av allra högsta vikt för de upphandlande myndigheterna för att myndigheternas verksamhet ska fungera på ett tillfredsställande sätt och det var således enligt förvaltningsrätten absolut nödvändigt för de upphandlande myndigheterna att teckna avtal om sådana tjänster.

Frågan är då om det förelåg synnerlig brådska och var absolut nödvändigt att just de aktuella Avtalen med Telia tecknades. Telenor har anfört att det inte förelåg synnerlig brådska och inte var absolut nödvändigt dels för att en tillåten kompletterande beställning har gjorts eller skulle ha gjorts med Telenor, dels för att avtalen med Telenor undertecknades först, dels för att avtalen med Telenor var nödvändiga och kunde tillgodose myndigheternas behov oavsett om Avtalen ingicks med Telia, och dels för att Avtalen inte varit nödvändiga för att säkerställa en obruten leverans. Vidare har Telenor anfört att skälen för att ingå Avtalen med Telia har varit rent ekonomiska och inte motiverade av att samhällskritiska funktioner behövde tillgodoses, eftersom samhällskritiska funktioner hade kunnat tillgodoses av Telenor.

I 17 kap. 9–14 §§ LOU finns bestämmelser om när ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling görs. En av de möjligheter som ges är enligt 17 kap. 11 § LOU möjligheten att under vissa förutsättningar göra en kompletterande beställning från den leverantör som innehar ett kontrakt. Bestämmelserna i 17 kap. 9–14 §§ LOU får enligt förarbetena inte tillämpas på konstgjorda sätt i syfte att kringgå lagen (se prop. 2015/16:195 s. 1127 och 4 kap. 2 § LOU).

Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU förefaller enligt förvaltningsrätten vara avsedd att tillämpas när kompletterande beställningar behöver göras inom ramen för ett befintligt avtal. Den kan däremot inte användas istället för en förlängningsoption när ett avtal löper ut. Vad Telenor anfört om att

de upphandlande myndigheterna har gjort, eller borde ha gjort, kompletterande beställningar med stöd av denna bestämmelse och att Avtalen med Telia därför inte skulle ha varit absolut nödvändiga kan således lämnas utan avseende.

Vad gäller Telenors övriga invändningar så finner förvaltningsrätten inte skäl att ifrågasätta att de upphandlande myndigheterna, när de bedömde att förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering var uppfyllda, beslutade att ta kontakt med Telia och ville teckna kontrakt med den leverantören. Det finns inte heller anledning att ifrågasätta parternas uppgifter om att portering är tidskrävande och att avtal med Telia inte kunde garantera leverans av telefonitjänster om inte avtal också tecknades med Telenor, avtal som skulle gälla till dess att portering kunnat genomföras.

Enligt förvaltningsrätten kan bestämmelsen i 6 kap. 15 § LOU inte läsas på något annat sätt än att upphandlande myndigheter, när synnerlig brådska föreligger och en viss anskaffning är nödvändig, har frihet att välja vilken leverantör avtal ska tecknas med. Det skulle inte vara förenligt med LOU och syftet bakom LOU – bl.a. säkerställandet av fri rörlighet av varor och tjänster och värnandet om konkurrens – om myndigheter skulle vara skyldiga att anlita en viss leverantör på grund av de anlitat denna tidigare, eftersom sådana lösningar skulle innebära hinder för den fria konkurrensen. Även om portering är tidskrävande och myndigheternas val av Telia som leverantör medfört att avtal även behövt tecknas med Telenor för att säkerställa en obruten leverans av telefonitjänster, så anser förvaltningsrätten därför att myndigheterna har haft rätt att välja Telia som leverantör. Avtalen med Telia har således enligt förvaltningsrätten varit tillåtna inom ramen för 6 kap. 15 § LOU trots att avtal i de flesta fall också har behövt ingås med Telenor. Att avtalen mellan de upphandlande myndigheterna och Telenor skrevs på av Telenor innan Telia skrev på Avtalen förändrar inte ovanstående bedömning.

Fråga om avtalsvillkoren är absolut nödvändiga

Som framgår ovan anser förvaltningsrätten att de grundläggande förutsättningarna för att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § LOU är uppfyllda. För att en anskaffning enligt denna bestämmelse ska anses vara absolut nödvändig krävs dock även att avtalsvillkoren varit absolut nödvändiga (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 februari 2016 i mål nr 6421-15).

Telenor har anfört att löptiden, uppsägningstiden och betalnings-skyldigheten i Avtalen går utöver vad som är absolut nödvändigt.

Av ”Avtal om kommunikationstjänster” framgår följande om avtalstiden:

Avtalet gäller från och med Parternas ömsesidiga undertecknande av Avtalet och därefter till dess lagakraftvunnen dom eller beslut föreligger i Upphandlingen varigenom Telia erhåller tilldelning av kontrakt i Upphandlingen och Ramavtal tecknats med Kommunförbundet Skåne för leverans av de tjänster som Upphandlingen omfattar, varvid detta Avtal upphör utan uppsägning. Om lagakraftvunnen dom eller annat beslut skulle föreligga varigenom Telia inte erhåller tilldelning av kontrakt i Upphandlingen, äger envar av Parterna rätt att skriftligen säga upp Avtalet med iakttagande av sex (6) månaders uppsägningstid. Parterna är överens om att Telia skall tillhandahålla tjänster enligt detta Avtal till dess att Kunden implementerat en ny kommunikationslösning. Samtidigt med detta Avtals träffande har Parterna ingått separat avtal om återstående restvärdesersättning.

Av "Avtal om ersättning för restvärde" framgår att avtalet ingås samtidigt som avtalet om kommunikationstjänster. Därutöver framgår bl.a. följande:

Parternas avsikt är att träffa ett leveransavtal i anledning av Upphandlingen så snart en lagakraftvunnen dom eller beslut avseende Upphandlingen föreligger varigenom Telia erhåller tilldelning av kontrakt i Upphandlingen ("Leveransavtalet"), varefter de tjänster som Upphandlingen omfattar skall implementeras hos Kunden, varefter Kommunikationsavtalet upphör att gälla.

(...)

Implementeringskostnaden för Kommunikationsavtalet är av Telia beräknad till X kronor [X = olika belopp för respektive av motparterna 1-72, förvaltningsrättens anmärkning] exklusive mervärdesskatt vilket belopp är baserat på Kundens volymer i anbudsunderlaget. Parterna är medvetna om att Telia endast erhåller full täckning för sina kostnader för implementeringen om Kunden till Telia under 48 månader betalar de avgifter som överenskommit i Kommunikationsavtalet.

Parterna är överens om att Kunden skall ersätta Telia för dess implementeringskostnader enligt ovan för det fall Kunden inte erlägger full betalning till Telia under sammanlagt 48 månader. Restvärdet som initialt är X kr [X = samma belopp som i ovan stycke, förvaltningsrättens anmärkning] för Kunden avskrivs löpande med 1/48 varje månad Kunden erlägger full betalning enligt kommunikationsavtalet till Telia. Kunden saknar dock betalningsskyldighet i det fall Telia erhåller lagakraft vunnen tilldelning vid Överprövningen.

(...)

Detta Finansavtal är giltigt till dess Kunden fullgjort sina åtaganden ovan och äger giltighet oavsett

- om Kommunikationsavtalet upphör eller blir ogiltigförklarat, eller
- Parterna inte träffar Leveransavtalet.

Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Som Telenor anført innehåller Avtalen inget slutdatum, utan löper tills det sägs upp med en sex månaders uppsägningstid. Med tanke på komplexiteten i de tjänster som levereras och den tid det tar att genomföra portering anser förvaltningsrätten att en uppsägningstid om sex månader i och för sig inte går utöver vad som är absolut nödvändigt.

Avtalen om kommunikationstjänster innehåller inte någon bestämd löptid. De är således inte begränsade i tid, även om det är troligt att de kommer att gälla endast under en begränsad tid. Det står dock klart utifrån det avtalets formulering att syftet från båda parternas är att kommunikationstjänster ska tillhandahållas av Telia till dess att myndigheterna implementerat en ny avtalslösning.

Å ena sidan har de upphandlande myndigheterna vid tecknandet av avtalet om kommunikationstjänster inte kunnat veta när en ny avtalslösning skulle kunna implementeras, eftersom det har varit beroende av den pågående domstolsprocessen. Detta talar för att den obestämda löptiden bör godtas. Å andra sidan hade avsikten att så snart som möjligt kunna teckna avtal inom ramen för en konkurrensutsatt upphandling kunnat framgå genom tydligare formulerade avtalsvillkor, och ett så snabbt genomförande som möjligt av en konkurrensutsatt upphandling av tjänsterna hade också kunnat bättre garanteras med annorlunda formulerade avtalsvillkor.

Enligt förvaltningsrätten kan avtalet om kommunikationstjänster inte läsas fristående, utan måste läsas i ljuset av, och tillsammans med, det samtidigt tecknade avtalet om ersättning för restvärde. Av avtalet om ersättning för restvärde framgår att de upphandlande myndigheterna får betala ett restvärde för implementeringskostnaderna om myndigheterna

inte erligger full betalning under sammanlagt 48 månader enligt avtalet om kommunikationstjänster. Om avtalet om kommunikationstjänster sägs upp innan fyra år gått åläggs således en betalningsskyldighet för de upphandlande myndigheterna. Varken de upphandlande myndigheterna eller Telia har framfört några skäl som medför att detta avtalsvillkor i sig är absolut nödvändigt. Förvaltningsrätten anser redan på den grunden att de upphandlande myndigheterna inte gjort sannolikt att det aktuella avtalsvillkoret är absolut nödvändigt. Vidare anser förvaltningsrätten att den omständigheten att implementeringskostnaden är betald först sedan betalning erlagts enligt kommunikationsavtalet under fyra års tid, och att en betalningsskyldighet annars uppstår för de upphandlande myndigheterna, medför att det förefaller troligt de upphandlande myndigheternas avsikt är att även avtalet om kommunikationstjänster ska löpa i fyra år – till dess implementeringskostnaden är betald. Det finns således en i Avtalen inbyggd faktor som riskerar att medföra att de upphandlande myndigheterna inte så snart det är möjligt genomför en ny upphandling.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser förvaltningsrätten att Avtalen innehåller villkor som inte är absolut nödvändiga. Anskaffningen av Avtalen har således inte varit absolut nödvändig på det sätt som avses i 6 kap. 15 § LOU.

Föreligger förutsättningar för direktupphandling på grund av synnerliga skäl?

De upphandlande myndigheterna har som ytterligare en grund för direktupphandling åberopat att det förelegat synnerliga skäl att med stöd av 19 kap. 7 § LOU direktupphandla Avtalen. När det är fråga om en upphandling under tröskelvärdet (se 19 kap. 1 § LOU) kan direktupphandling enligt 19 kap. 7 § LOU vara tillåten om det finns synnerliga skäl.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande om synnerliga skäl. Uttrycket synnerliga skäl överlappar vad som anges om synnerlig brådska i bestämmelserna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I uttrycket ligger dock inte enbart synnerlig brådska. Regeln är avsedd främst för sådana oförutsedda händelser som inte den upphandlande enheten själv kunnat råda över. Att den upphandlande enheten råkat i brådska beroende på egen bristande planering grundar inte rätt till direktupphandling. Extra förmånliga köp vid t.ex. auktioner kan göras genom direktupphandling. Den upphandlande enheten måste dock i sådana fall kunna visa att det varit fråga om ett erbjudande väsentligt under marknadsvärdet. Även vissa hälso- och sjukvårdstjänster liksom socialtjänster bör kunna direktupphandlas (jfr prop. 2009/10:180 s. 344–345).

Enligt förarbetena överlappar uttrycket synnerliga skäl det som avses med synnerlig brådska. Hur uttrycken överlappar varandra, och hur synnerliga skäl ska tillämpas jämfört med hur synnerlig brådska tillämpas, framgår dock inte. För att synnerliga skäl ska anses föreligga bör enligt förvaltningsrätten krävas att någon mer omständighet föreligger än enbart sådana omständigheter som redan medför att direktupphandling kan vara tillåten enligt 6 kap. 12–19 §§ LOU. Det räcker således enligt förvaltningsrätten inte att rekvisitet synnerlig brådska enligt 6 kap. 15 § LOU är uppfyllt för att synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § LOU ska anses föreligga.

Vad de upphandlande myndigheterna anfört om att det förelagat synnerlig brådska och varit absolut nödvändigt att genomföra direktupphandlingar, samt att det skulle få orimliga konsekvenser om Avtalen inte hade ingåtts, är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt för att synnerliga skäl ska anses föreligga.

Tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Eftersom det inte på någon av de åberopade grunderna varit tillåtet för de upphandlande myndigheterna att ingå Avtalen utan föregående annonsering eller att direktupphandla Avtalen föreligger förutsättningar för att ogiltigförklara Avtalen enligt 20 kap. 13 § LOU. Frågan är då om Avtalen ändå ska få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Av 20 kap. 14 § LOU framgår att om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, ska rätten besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet enligt 13 § är uppfyllda.

[text här utelämnad]

Enligt förvaltningsrätten är telefonitjänster absolut oundgängliga för kommuner och kommunala bolag. Utan sådana tjänster kan de upphandlande myndigheterna inte fullgöra sina uppgifter, innefattande viktiga samhällsfunktioner och tillhandahållande av grundläggande service till samhället. Detta gäller oavsett vilken typ av kommunal verksamhet det är fråga om. Enligt förvaltningsrätten kan således telefonitjänster för kommunala myndigheter och bolag rymmas inom ramen för tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Det är i förevarande mål ostridigt att något avtal gällande telefoni och tillhörande tjänster aldrig tecknats mellan Telenor och 16 av de upphandlande myndigheterna. Dessa 16 myndigheter har således, såvitt framgår av utredningen i målen, endast avtal med Telia angående telefoni. Oavsett att Avtalen mellan dessa 16 myndigheter och Telia träffats för en längre tid än vad som varit absolut nödvändigt och oavsett att Avtalen hade kunnat utformas på ett mindre ingripande sätt, är det fråga om tjänster av stor vikt för samhällsfunktionen i de berörda kommunerna och tjänster som kan påverka människors liv och hälsa. Det föreligger således sådana exceptionella omständigheter som medför att dessa avtal måste få bestå. Eftersom partiell ogiltighet inte finns ska Avtalen mellan Telia och dessa 16 upphandlande myndigheter få bestå i sin helhet.

Avseende 56 av de upphandlande myndigheterna har avtal tecknats såväl med Telenor som med Telia. Så länge avtal om telefoni och tillhörande tjänster finns mellan Telenor och dessa upphandlande myndigheter föreligger enligt förvaltningsrätten inte tvingande hänsyn till ett allmänintresse som medför att Avtalen mellan Telia och myndigheterna ska få bestå. Behovet av telefoni borde kunna tillgodoses genom avtalen med Telenor även om Avtalen ogiltigförklaras; i vart fall har de upphandlande myndigheterna inte visat annat.

Telia har anfört att portering redan skett för ett antal av nämnda 56 myndigheter. Någon utredning som visar att avtalen med Telenor har upphört att gälla för några av myndigheterna, eller någon utredning som visar vilka av myndigheterna det i så fall gäller, har dock inte getts in. Eftersom dessa 56 upphandlande myndigheter inte, på befintlig utredning, har visat att de står utan telefoni om Avtalen med Telia skulle ogiltigförklaras finns det inte skäl att låta Avtalen mellan dessa myndigheter och Telia få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde mellan Telia Sverige AB och var och en av de 16 motparterna [...namn...] får bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset, trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Förvaltningsrätten finner vidare att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde mellan Telia Sverige AB och var och en av övriga motparter ska ogiltigförklaras. – Förvaltningsrätten beslutar att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde mellan Telia Sverige AB och var och en av motparterna [...16 stycken...] får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. – Förvaltningsrätten beslutar att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde mellan Telia Sverige AB och var och en av resterande motparter är ogiltiga.

Kammarrätten i Göteborg (2018-12-03, Hagard Linander, Falkendal och Sjögren Samuelsson):

Talerätt

Förvaltningsrätten har fastställt att avtalen mellan Telia och i domslutet angivna motparter får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Det skulle därför kunna hävdas att förvaltningsrättens avgörande i den delen inte gått de upphandlande myndigheterna emot. Eftersom förvaltningsrättens uttalande kan ha betydelse i en eventuell fråga om påförande av upphandlingsskadeavgift får dock avgörandet anses beröra de upphandlande myndigheterna på ett sådant sätt att de får överklaga förvaltningsrättens dom även när det gäller de avtal som fått bestå.

Däremot kan avgörandet i samma del inte anses ha gått Telia emot. Telias talan ska därför delvis avvisas.

Har direktupphandling varit tillåten?

Kommunförbundet Skåne genomförde under 2016 en annonserad upphandling av ramavtal för fast och mobil telefoni för samtliga upphandlande myndigheters räkning. Sedan överprövning begärts bestämde kammarrätten den 29 november 2017 att upphandlingen skulle göras om.

De upphandlande myndigheterna har därefter ingått tillfälliga avtal med Telia. Tecknandet av avtalen får ses som en samlad direktupphandling och värdet på avtalen ska läggas samman. Avtalens värde understiger därmed inte direktupphandlingsgränsen och sådan upphandling har därför inte varit tillåten på den grunden.

Ogiltigförklaring av avtalen

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens slutsats att det inte funnits grund för de upphandlande myndigheterna att ingå avtalen med Telia på det sätt som avses i 6 kap. 15 § LOU eller med åberopande av synnerliga skäl enligt 19 kap. 7 § samma lag. Det finns därmed grund för att ogiltigförklara avtalen. Förvaltningsrätten har dock funnit att 16 avtal får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Frågan är då om även de övriga 56 avtalen ska få bestå till följd av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Inledningsvis kan konstateras att det är de upphandlande myndigheterna som har bevisbördan för att det

föreligger sådana exceptionella omständigheter som gör att avtalen ska bestå av den anledningen.

Som förvaltningsrätten har bedömt är fungerade telefonitjänster nödvändiga för kommuner och kommunala bolag. Tjänsternas karaktär är därmed enligt kammarrättens mening i och för sig sådan att de kan falla in i vad som skulle kunna omfattas av ett tvingande allmänintresse.

De upphandlande myndigheterna har, förutom avtalen med Telia, i nära anslutning valt att även ingå tillfälliga avtal med Telenor. Telenor har varit den dåvarande leverantören av telefonitjänster och borde därmed utan något dröjsmål ha kunnat garantera nödvändig leverans av de efterfrågade tjänsterna i avvaktan på portering till den nya leverantören Telia. Det står därmed klart att det funnits alternativa lösningar för att tillgodose det uppkomna behovet av leverans av telefonitjänster. I den delen ska även beaktas att de upphandlande myndigheterna själva uppgett att en portering till en annan leverantör tar cirka sju månader att genomföra.

Vid tidpunkten för tecknandet av avtalen med Telia kan det därmed, av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, inte anses ha varit absolut nödvändigt för de upphandlande myndigheterna att även ingå avtal med Telia. Med hänsyn härtill finns det inte förutsättningar att låta resterande avtal bestå. Det som de upphandlande myndigheterna anfört om att de kan komma att stå utan nödvändiga telefonitjänster när förvaltningsrättens dom vinner laga kraft kan inte förändra den bedömningen.

- Kammarrätten avvisar Telia Sverige AB:s överklagande i den del som avser de avtal som fått bestå genom förvaltningsrättens dom.
- Kammarrätten avslår överklagandena i övrigt.