

## **HFD 2020 ref. 61**

**En leverantör kan ha ett berättigat intresse av att få sin ansökan om överprövning av ett avtals giltighet prövad, även om avtalet har sagts upp av avtalsparterna utan att några prestationer har utväxlats.**

16 kap. 13 § lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 11 november 2020 följande dom (mål nr 1742-20).

### **Bakgrund**

1. Giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör får överprövas av allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada. Om avtalet är ett tilläggsavtal som innebär en väsentlig ändring av ett befintligt avtal kan det vara fråga om en otillåten direktupphandling. I sådant fall ska rätten som huvudregel besluta att tilläggsavtalet är ogiltigt, vilket innebär att eventuella prestationer ska återgå.

2. Karlstads kommun och JCDecaux Sverige AB ingick i september 1991 ett tjänstekoncessionsavtal. Enligt avtalet åtar sig bolaget att tillhandahålla väderskydd, stadsinformationspelare och andra anläggningar åt kommunen i utbyte mot ensamrätt att upplåta dispositionsrätten till reklam i anläggningarna. Avtalsparterna har sedan dess justerat avtalets innehåll och längd genom flera tilläggsavtal. Genom ett tilläggsavtal i januari 2018 kom de överens om att avtalet skulle omfatta bl.a. ytterligare väderskydd och att avtalstiden förlängdes med tolv år.

3. Clear Channel Sverige AB ansökte i februari 2018 om överprövning av tilläggsavtalets giltighet hos Förvaltningsrätten i Karlstad. Bolaget anförde att tilläggsavtalet innebar en väsentlig ändring av tjänstekoncessionsavtalet och att det följaktligen utgjorde en otillåten direktupphandling. Kommunen och JCDecaux ansåg att målet skulle avskrivas och uppgav att de i maj 2018 kommit överens om att tilläggsavtalet inte längre skulle gälla samt att tilläggsavtalet ännu inte till någon del hade verkställts. Förvaltningsrätten bedömde att utredningen i målet inte ensidigt talade för att överenskommelsen utgjorde en uppsägning av avtalet och att det fanns oklarheter avseende huruvida avtalet i vart fall delvis redan hade fullgjorts. Förvaltningsrätten fann därför inte skäl att avskriva målet utan ogiltigförklarade tilläggsavtalet i dom i juni 2019.

4. Kammarrätten i Göteborg avslog kommunens och JCDecaux överklaganden. Kammarrätten konstaterade att det varit fråga om en otillåten direktupphandling, för vilket det finns särskilda rättsmedel som ogiltigförklaring och ansökan om upphandlings-skadeavgift. Enligt domstolen kunde parterna i ett fall som det aktuella inte förfoga över processen på ett sådant sätt att de genom att säga upp avtalet undvek att beslut fattades om ogiltigförklaring av det avtal som slutits med åsidosättande av den upphandlings-rättsliga lagstiftningen.

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

5. *Karlstads kommun* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska undanröja underinstansernas avgöranden och avskryva målet från vidare handläggning samt anför följande.

6. Överenskommelsen mellan kommunen och JCDecaux innebär att tilläggsavtalet har upphört. Inga prestationer har utväxlats mellan dem. Deras civilrättsliga relation är därmed densamma som innan tilläggsavtalet ingicks. Den upphandlings-rättsliga rättsföljd som kan uppnås genom en ogiltigförklaring har redan uppnåtts genom överenskommelsen. Det torde inte vara möjligt att ogiltigförklara ett rättsförhållande som inte längre existerar. Clear Channel lider ingen rättsförlust vid ett beslut om avskrivning och har inget befogat rättsligt intresse av att det redan upphävda tilläggsavtalet förklaras ogiltigt. I en eventuell skadeståndsprocess saknar en dom från allmän förvaltningsdomstol rättskraft.

7. *JCDecaux Sverige AB* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av underinstansernas avgöranden, ska avskryva målet från vidare handläggning alternativt avslå eller avvisa ansökan om överprövning. Bolaget anför följande.

8. Syftet med bestämmelserna om ogiltighet är att återställa den upphandlande myndighetens anskaffningsbehov så att en regelrätt upphandling kan ske för det fall behovet kvarstår. Eftersom avtalet redan upphört att gälla och inga prestationer utväxlats finns det inget anskaffningsbehov att återställa och inga transaktioner som kan återgå. Clear Channel har inte något rättsligt intresse av att få sin talan prövad och lider inte heller någon rättsförlust om dess talan avvisas.

9. *Clear Channel Sverige AB* anser att överklagandena ska avslås och anför följande.

10. Att ett avtal har hävts kan inte innebära att ändamålet med en ansökan om överprövning av avtalets giltighet har förfallit, även om en ogiltigförklaring i vissa fall inte får särskilt stor praktisk betydelse. Principen om rätt till en effektiv prövning talar emot att det ska vara möjligt för en upphandlande myndighet att skapa ett prövningshinder efter att ha genomfört en otillåten direkt-

upphandling och därigenom undandra sig påföljder som upphandlingsskadeavgift och skadestånd för ombudskostnader.

### **Skälen för avgörandet**

#### *Frågan i målet*

11. Frågan i målet är om ändamålet med en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet har förfallit när avtalet har sagts upp av avtalsparterna utan att några prestationer har utväxlats.

#### *Rättslig reglering m.m.*

12. I målet är lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner tillämplig.

13. Enligt 16 kap. 13 § första stycket ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §.

14. Enligt 16 kap. 20 § första stycket ska en upphandlande myndighet eller enhet som inte har följt bestämmelserna i lagen ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör. Enligt 21 § ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten eller enheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 13 § genom ett avgörande som har fått laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

15. I 17 kap. finns bestämmelser om upphandlingsskadeavgift. Av 1 § 3 och 7 § första stycket framgår att när en ansökan om upphandlingsskadeavgift grundas på att en upphandlande myndighet eller enhet har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 § och en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet inom de tidsfrister som anges i 16 kap. 17 §, får ansökan inte göras förrän fristen har löpt ut och samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från den tidpunkt då samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft.

#### *Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

16. Clear Channel vidhåller sin begäran om att få tilläggsavtalet mellan Karlstads kommun och JCDecaux ogiltigförklarat trots att Karlstads kommun och JCDecaux har kommit överens om att avtalet ska upphöra att gälla utan att det till någon del har verkställts. Frågan är om Clear Channel ändå kan ha ett berättigat

intresse av att ansökan prövas. Clear Channel har anfört att överprövningen av tilläggsavtalets giltighet har betydelse i fråga om upphandlingsskadeavgift och skadestånd för ombudskostnader.

17. Överprövning av ett avtals giltighet, upphandlingsskadeavgift och skadestånd är rättsmedel på upphandlingsområdet. EU-domstolen har slagit fast att det ankommer på medlemsstaterna att se till att den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektiven inte påverkas när de bestämmer villkoren för rättsmedel avsedda att skydda de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter (se *Hochtief*, C-300/17, EU:C:2018:635, punkt 38 och där angiven praxis).

18. En ansökan om upphandlingsskadeavgift avseende en otillåten direktupphandling behöver inte föregås av överprövning av det ingångna avtalets giltighet utan det krävs endast att den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett civilrättsligt bindande avtal med leverantören (prop. 2009/10:180 s. 189 och 367 f.). Om en eller flera leverantörer har ansökt om överprövning av avtalets giltighet får emellertid en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte göras förrän samtliga beslut med anledning av överprövningen har fått laga kraft. Syftet med det är att undvika parallella processer (se a. prop. s. 207 f. och 371 f.). Ett beslut att avskryva ett mål om överprövning för att ändamålet med ansökan förfallit påverkar alltså inte möjligheterna att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Det finns därför inte av den anledningen skäl att pröva frågan om det upphävda avtalets giltighet.

19. Frågor om skadestånd prövas av allmän domstol. Enligt Högsta domstolens praxis kan den kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess utgöra en ersättningsgill skada under vissa omständigheter (se NJA 2018 s. 1127, punkterna 28–32 och där angiven praxis).

20. Rätten till skadestånd går förlorad om talan inte väcks vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har fått laga kraft. Om allmän förvaltningsdomstol avskriver målet utan sakprövning finns en risk att tidsfristen för att väcka talan om skadestånd löper ut. Det skulle kunna innebära att leverantören i dessa fall fråntas rätten till ett effektivt rättsmedel.

21. Det aktuella tilläggsavtalet slöts i januari 2018. När Clear Channel ansökte om överprövning av avtalets giltighet gällde tilläggsavtalet fortfarande. Tidsfristen för att väcka talan om skadestånd med utgångspunkt från tidpunkten då avtalet slöts gick ut i januari 2019. Förvaltningsrätten meddelade dom i juni 2019. Clear Channels enda möjlighet att väcka skadeståndstalan var därmed att ansökan om överprövning av avtalets giltighet bifölls och att tidsfristen för skadeståndstalan således räknas från tidpunkten för när beslutet om ogiltigförklaring vunnit laga kraft.

Mot denna bakgrund och då skadestånd är ett av rättsmedlen på upphandlingsområdet, får Clear Channel anses ha ett berättigat intresse av att få ansökan prövad. Målet ska därför inte avskrivas.

22. Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i underinstansernas bedömning att tilläggsavtalet som slutits mellan kommunen och JCDecaux utgör en otillåten direktupphandling och att det följaktligen ska ogiltigförklaras. Överklagandena ska därför avslås.

### **Högsta förvaltningsdomstolens avgörande**

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandena.

I avgörandet deltog justitieråden *Jäderblom, Bull, Baran, Gäverth* och *Jönsson*. Föredragande var justitiesekreteraren Jack Hillerström-Forsyth.

---

#### ***Förvaltningsrätten i Karlstad (2019-06-28, Ludvigsson):***

##### *Fråga om ogiltighetsförklaring*

##### Förvaltningsrättens bedömning

Det har inte framkommit några omständigheter som ger skäl för annan bedömning än att Tilläggsavtal 4 ska bedömas utifrån de regler som gäller för upphandlingar vars värde uppgår till minst tröskelvärdet.<sup>1</sup> Huvudregeln är då att koncessionen inte får ändras utan en ny upphandling.

Det finns dock undantag från kravet på ny upphandling enligt bestämmelserna i 14 kap. 9–14 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK. Ett av undantagen är om ändringarna, oberoende av dess värde, inte är väsentliga i den mening som avses i artiklarna 43.1.E och 43.4 i LUK-direktivet (Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner). Enligt dessa artiklar ska en ändring alltid anses vara väsentlig om ändringen innebär att koncessionen till sin art skiljer sig väsentligt från den koncession som ursprungligen ingicks. En ändring anses i alla händelser vara väsentlig om bland annat ändringen medför att kontraktets omfattning utvidgas betydligt och ett nytt koncessionsförfarande krävs vid materiella ändringar av den ursprungliga koncessionen, särskilt i fråga om omfattningen och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla väsentliga koncessionsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet (prop. 2015/16:195 s. 845 f. och

---

<sup>1</sup> Tilläggsavtal 4 slöts den 4 januari 2018 (red. anm.).

LUK-direktivets preambel punkt 75–76, se även EU-domstolens dom den 19 juni 2008 i mål C-454/06 ”Presstext”).

Tilläggsavtal 4 innebär en förlängning av avtalstiden för koncessionen med 12 år. Enligt förvaltningsrätten har kommunen inte visat att det är fråga om en kompletterande beställning eller att oförutsedda omständigheter ligger bakom förlängningen. Förutom att avtalstiden förlängs med 12 år och därmed löper fram till och med den 31 juli 2041 tillkommer dessutom ett antal prestationer som avtalsparterna har att utföra. Bland annat åtar sig JCDecaux att leverera, installera och underhålla ytterligare, i förhållande till Huvudavtalet, ett stort antal väderskydd på nya platser och att kommunen äger rätt att använda ett visst antal gamla väderskydd på nya platser. Dessutom övergår ett antal papperskorgar i kommunens ägo mot viss ersättning.

Tilläggsavtal 4 inför därmed i förhållande till Huvudavtalet förlängd avtalstid samt nya avtalsvillkor som enligt förvaltningsrättens bedömning sammantaget innebär en sådan utvidgning av avtalets omfattning att det utgör en väsentlig ändring. Kommunen har inte genom vad den anfört visat att det funnits förutsättningar för en ändring av avtalet utan att en ny upphandling görs. Tilläggsavtal 4 utgör därmed inte någon tillåten ändring enligt ovan angivna bestämmelser och har således tillkommit utan att en föregående annonsering gjorts i enlighet med bestämmelserna i LUK. Kommunen har inte visat att något undantag från skyldigheten att annonsera har varit tillämpligt. Det har vidare inte framkommit omständigheter som motiverar att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda. Tilläggsavtal 4 ska därför förklaras ogiltigt. – Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att avtalet mellan Karlstads kommun och JCDecaux Sverige AB, undertecknat den 4 januari 2018, är ogiltigt.

**Kammarrätten i Göteborg** (2020-03-24, *Classon, Henriksson och Berglund*):

Kammarrätten ska pröva om det finns skäl att ogiltigförklara avtalet eller om målet ska skrivas av.

Vad gäller frågorna om LUK är tillämplig och om tilläggsavtal 4 utgör en väsentlig ändring i förhållande till den ursprungliga koncessionen, gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten.

Angående frågan om det finns förutsättningar att skriva av målet eller om det ska ogiltigförklaras har kommunen och JCDecaux gjort gällande att eftersom en giltig uppsägning av avtalet har skett och inga prestationer har utväxlats mellan parterna, finns inte något avtal att ogiltigförklara.

Kammarrätten konstaterar att eftersom tilläggsavtalet har utgjort en väsentlig ändring i förhållande till den tidigare avtalade koncessionen utan att en ny upphandling har genomförts har det varit fråga om en otillåten direktupphandling. För otillåtna direktupphandlingar finns särskilda rättsmedel som ogiltigförklaring och ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Om avtalet som ingåtts genom otillåten direktupphandling förklaras ogiltigt innebär det att avtalet är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Enligt kammarrätten kan parterna i ett fall som detta inte förfoga över processen på ett sådant sätt att de genom att säga upp avtalet kan

undvika att beslut fattas om ogiltigförklaring av det avtal som ingåtts med åsidosättande av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.

Oberoende av om prestationer har utväxlats mellan parterna anser kammarrätten därför att det finns skäl att ogiltigförklara tilläggsavtalet. Överklagandena ska därför avslås. Då det inte är avgörande för bedömningen om prestationer enligt avtalet har utväxlats finns inte skäl att hålla muntlig förhandling. Vid denna utgång finns inte heller anledning att inhämta yttrande från Konkurrensverket. – Kammarrätten avslår överklagandena.