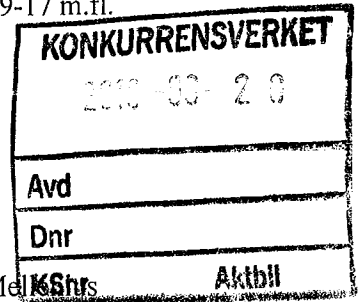




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-06-19
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 12879-17 m.fl.



SÖKANDE

Telenor Sverige Aktiebolag, 556421-0309

Ombud: advokaten Mikael Nelson och biträdande juristen Johan Melander
 Time Advokatbyrå KB
 Box 590
 114 11 Stockholm

MOTPARTER

Upphandlande myndigheter
 1-72. Se bilaga 1.

Ombud för 1-72: advokaten Maria Lidbom och jur.kand. Alexander Rappe
 Advokatfirman LA Partners Aktiebolag
 Box 487
 201 24 Malmö

Avtalspart
 73. Telia Sverige AB, 556430-0142

Ombud för 73: advokaterna Joakim Lavér och Erik Gadman samt biträdande juristen Livia Elveljung
 Hannes Snellman Advokatbyrå AB
 Box 7801
 103 96 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde mellan Telia Sverige AB och var och en av motparterna 35, 37-38, 40, 47, 49, 53-58, 60-62 och 64 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.

Dok.Id 438295

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se	040-97 24 90	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Kommunförbundet Skåne har, tillsammans med 95 andra upphandlande myndigheter, genomfört en samordnad upphandling av ramavtal för fast och mobil telefoni ("Upphandlingen"). Sedan Telenor Sverige Aktiebolag (Telenor) ansökt om överprövning av upphandlingen beslutade förvaltningsrätten i dom den 14 juli 2017, mål 12426-17 m.fl., att upphandlingen skulle rättas. Förvaltningsrättens dom överklagades till Kammarrätten i Göteborg som i dom den 29 november 2017, mål 4234-17 m.fl., ändrade förvaltningsrättens dom och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Domen överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som den 16 april 2018 beslutade att inte meddela prövningstillstånd, mål nr 7311-17 m.fl.

Telenor ansökte den 29 november 2017 om ogiltigförklaring av avtal ingångna mellan Telia Sverige AB (Telia) och de 96 upphandlande myndigheter som genomfört ovan nämnda samordnade upphandling. Hos förvaltningsrätten fick målen mål nr 12878-17—12972-17 och 13047-17. I samband med ansökan yrkade Telenor att förvaltningsrätten interimistiskt skulle besluta att avtalen inte får fullgöras innan något annat bestämts. Förvaltningsrätten avlog det interimistiska yrkandet i beslut den 4 december 2017.

Telenor har härefter återkallat ansökan avseende ett antal av målen, varefter dessa mål har avskrivits. Vidare har förvaltningsrätten avslagit Telenors ansökan avseende ett antal av målen, se dom den 24 januari 2018 i mål nr 12878-17 m.fl.

I förevarande dom prövar förvaltningsrätten de 72 mål återstående målen (se bilaga 1 för översikt).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Telenor ansöker om överprövning av avtals giltighet och yrkar att avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde ("Avtalen") mellan Telia och motparterna 1-72 (hädanefter "de upphandlande myndigheterna") ska ogiltigförklaras.

De upphandlande myndigheterna bestrider Telenors yrkanden och anser att ansökan ska avslås. Om förvaltningsrätten skulle finna att förutsättningar föreligger för att ogiltigförklara Avtalen yrkar de upphandlande myndigheterna att Avtalen ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Telia ansluter sig till de upphandlande myndigheternas inställning.

VAD PARTERNA ANFÖR TILL STÖD FÖR SIN TALAN

Telenor

Telenor var inför Upphandlingen leverantör till de upphandlande myndigheterna av de tjänster som omfattades av Upphandlingen. Den 15 oktober 2017 upphörde de avtalen att gälla på grund av att avtalstiden löpte ut. Möjlighet till ytterligare förlängning saknades. För att kommunförbundet skulle kunna tillgodose sitt behov av telefoni fram till dess att Upphandlingen lagligen kunde avslutas skickade Kommunförbundet Skåne i juni 2017 ett antal avtal till Telenor för signering, av vilka det framgick att avtalen skulle gälla från och med den 16 oktober 2017 till och med sex månader efter att dom avseende Upphandlingen vunnit laga kraft. Uppsägningstiden var satt till en månad för de upphandlande myndigheterna. Telenor undertecknade snarast dessa avtal som därefter skickades till de upphandlande myndigheterna för signatur.

Telenor erhöll i oktober 2017 information från Kommunförbundet Skåne att tillfälliga avtal – Avtalen – även träffats med Telia avseende motsvarande leverans. Avtalen med Telia har, i strid med LOU, ingåtts utan föregående annonsering.

De upphandlande myndigheterna har inte haft rätt att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § LOU

På grund av att avtal fanns med Telenor har det inte varit absolut nödvändigt att ingå Avtalen med Telia

Telenor vitsordar att avtalsföremålet och Avtalen är viktiga för de upphandlande myndigheterna. Utgångspunkt måste dock tas i de faktiska omständigheterna. Telenor undertecknade avtal med 56 av myndigheterna i slutet av juni 2017. Oavsett när myndigheternas företrädare undertecknade avtalen med Telenor har det från detta tillfälle inte funnits något behov att teckna Avtalen med Telia, eftersom myndigheterna enkelt hade kunnat låta Telenor fortsätta leverera sina tjänster. Avtalen med Telia ingicks först i oktober 2017. När Avtalen ingicks hade det alltså i nästan fyra månader funnits avtal enligt vilka Telenor hade kunnat fortsätta leverera såsom under det tidigare upphandlade ramavtalet. Att de upphandlande myndigheterna ingått avtal med Telenor påverkar de faktiska och rättsliga omständigheter som ska tas i beaktande vid bedömning av Avtalens ogiltighet. Den absoluta nödvändigheten – och den synnerliga brådskan – upphörde senast när Telenor returnerade de undertecknade avtalen, eftersom de upphandlande myndigheterna i och med detta hade en lösning som täckte deras behov för perioden fram till att Upphandlingen kunnat avslutas och ett nytt ramavtal tecknas.

Under dessa omständigheter, dvs. när det sedan flera månader tillbaka existerar ett färdigt förlängningsavtal, kan det inte vara absolut nödvändigt för

myndigheterna att också teckna Avtalen. Det finns inget behov av att teckna ett avtal när det redan existerar ett annat avtal avseende samma sak. Eftersom de upphandlande myndigheterna har kunnat förlita sig på leveransen enligt avtalen med Telenor har Avtalen aldrig varit absolut nödvändiga. Någon leverans från Telia har heller inte varit absolut nödvändig. Oavsett i vilken ordning avtalen med Telenor respektive Telia har tecknats har myndigheterna känt till att Telenors leverans varit absolut nödvändig, antingen till dess att portering skett till Telia eller till dess att Upphandlingen avslutats. Det är i direkt strid med de upphandlingsrättsliga principerna att ha parallella avtal. Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller direktupphandling kan inte tillämpas när det första avtalet finns på plats. Eftersom förlängningsavtal fanns med Telenor var det inte absolut nödvändigt att ingå Avtalen.

Kommunförbundet Skåne, som administrerade kommunikeringen av avtalen med Telenor, refererade uttryckligen till dessa avtal som ”förlängningsavtalen”, vilket ger stöd till att myndigheterna agerade på ett sätt som var förenligt med LOU, nämligen genom att göra en sådan kompletterande beställning som möjliggörs under 17 kap. 11 § LOU. Denna kompletterande beställning har skett under ramavtalet som skulle ersättas genom Upphandlingen. Det har i och för sig inte funnits någon legal skyldighet för myndigheterna att ingå avtal med Telenor, däremot har det inte varit tillåtet att teckna Avtalen med Telia under de omständigheter som förelegat i denna situation.

Att en portering behöver ske för att Telias leverans ska vara möjlig bekräftar att leverantören – Telenor – av tekniska skäl inte kan bytas. Detta bekräftar också att det varit fråga om en sådan kompletterande beställning som möjliggörs genom 17 kap. 11 § LOU. Avseende denna kompletterande beställning kan konstateras att det inte är något ramavtal som förlängts utan enskilda avrop under ett ramavtal.

Skälen för att ingå Avtalen med Telia har varit rent ekonomiska och inte alls motiverade av att tillgodose samhällskritiska funktioner. Samhällskritiska funktioner hade ju kunnat tillgodoses av Telenor. Avtalen med Telenor har varit nödvändiga för att säkerställa en obruten leverans. Dessutom innebär Avtalen med Telia att en portering behövde göras. Avtalen med Telia har således inte varit nödvändiga för att garantera en obruten leverans av telefonitjänster. Ekonomiska skäl kan vidare inte tas i beaktande vid bedömningen av om kontraktstilldelningen är absolut nödvändig. Eftersom porteringen dessutom kostar tiotals miljoner kan den ekonomiska besparingen som sådan också starkt ifrågasättas.

Avtalen med Telia har ingåtts av myndigheterna i nära anslutning till att myndigheterna undertecknade avtalen med Telenor. Kommunerna har således använt det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering för att genomföra en beräknad och metodisk övergång från Telenor till Telia.

Absolut nödvändigt – villkoren i Avtalen

Vid bedömningen av om rekvisitet rörande absolut nödvändighet är uppfyllt ska hänsyn inte bara tas till om det varit absolut nödvändigt att ingå Avtalen, utan också till om Avtalens villkor i övrigt varit nödvändiga. Avtal som direktupphandlats på grund av att det varit absolut nödvändigt får endast vara av absolut nödvändig omfattning.

Löptiden i Avtalen är obegränsad och uppsägningstiden är hela sex månader lång. För det fall möjligheten till uppsägning nyttjas inom fyra år från Avtalens undertecknande aktiveras en omfattande betalningsskyldighet för de upphandlande myndigheterna genom restvärdesavtalen. Myndigheterna är bundna av Avtalen till dess att en ny lösning implementerats.

Avtalen har inte anpassats efter vad en dom från kammarrätten i den överprövade Upphandlingen skulle kunna innebära. Avtalsvillkoren gäller i alla situationer utom om Telenors ansökan om överprövning av Upphandlingen skulle avslås av Högsta förvaltningsdomstolen. Att de upphandlande myndigheterna har för avsikt att agera på vissa sätt beroende på utfallet i Högsta förvaltningsdomstolen kan bortses ifrån.

Avtalen är inte tillfälliga utan är konstruerade så att de kan löpa i all oändlighet om myndigheterna skulle önska det. Avtalens skrivning är vidare sådan att de inte kan sägas upp till ett tidigare upphörande än när myndigheterna implementerat en ny kommunikationslösning. Det framstår inte som sannolikt att myndigheterna gjort sitt yttersta för att avtala en så begränsad avtalstid som möjligt. Uppsägningstiden borde även ha varit kortare än sex månader för att öka flexibiliteten för myndigheterna.

Den ”straffavgift” i Avtalen med Telia som aktualiseras vid en uppsägning inom fyra år från avtalstecknandet rör betydande belopp och är en av många omständigheter som myndigheterna valt att bortse från. Vidare framgår av Avtalen att Telia ska genomföra sådana implementeringsåtgärder som Telenor, mot bakgrund av att Telenor är den leverantör som tilldelats de befintliga avtalen med de upphandlande myndigheterna, inte hade behövt genomföra. Även om avtalen om kommunikationstjänster sägs upp omgående löper restvärdesavtalen i fyra år. Det är högst osannolikt att avtalen om kommunikationstjänster kommer att gälla i fyra år, vilket innebär att det är troligt att betalningsskyldighet uppstår i enlighet med avtalen om restvärdesersättning. Avtalen löper således en längre tid än vad de upphandlande myndigheterna bör behöva för att genomföra en ny upphandling. Att ingå Avtalen med Telia kommer sannolikt leda till att en ny upphandling försenas. Detta visar på att de upphandlande myndigheterna har en ovilja att genomföra en ny upphandling och vilken inlåsnings effekt avtalen medför.

Eftersom avtalsvillkoren inte är absolut nödvändiga är rekvisitet om absolut nödvändighet inte uppfyllt.

Det saknas synnerlig brådska

Eftersom något behov av att teckna Avtalen inte förelegat – på grund av de redan befintliga avtalen med Telenor – har det inte heller förelegat någon synnerlig brådska, eftersom de upphandlande myndigheterna kunnat låta Telenor fortsätta leverera. Utan något behov kan någon brådska inte föreligga. Avtalen med Telenor säkerställer leverans fram till att sex månader gått från det att dom avseende överprövningen av Upphandlingen vunnit laga kraft.

Avtalsvärdet överstiger direktupphandlingsgränsen

De upphandlande myndigheterna har inte angett vilka av myndigheterna som fått göra en direktupphandling med anledning av lågt avtalsvärde. Att en uppskattning av Avtalens värde gjorts är inte tillräckligt för att de upphandlande myndigheterna ska uppfylla sin bevisbörda för att Avtalens värde understiger direktupphandlingsgränsen. Det åligger de upphandlande myndigheterna att redogöra för beräkningen av Avtalens värde. Vidare bör samtliga Avtalens värden räknas samman, eftersom det är fråga om en gemensam upphandling med separat kontraktstilldelning. Även värdet av Telenors avtal bör tas i beaktande vid bedömningen av om myndigheterna på grund av lågt värde fått ingå Avtalen.

Oavsett om värdet av Avtalen ska beräknas per myndighet eller gemensamt ska hela avtalstiden tas i beaktande. Som Avtalen är utformade kan avtalstiden vara obegränsad, beroende på utfallet i Högsta förvaltningsdomstolen. Avtalsvärdet ska beräknas på hela den potentiella avtalstiden, vilken i detta

fall är oändlig. Ett tillsvidareavtal bör inte under annat än mycket exceptionella omständigheter kunna anses understiga direktupphandlingsgränsen..

Även om myndigheternas sätt att räkna tillämpas – dvs. per avtalspart, under en skönsmässigt begränsad avtalstid och oaktat avtalen med Telenor – kommer det endast vara kommunala bolag vars avtalsvärden understiger direktupphandlingsgränsen. Även bland bolagen kommer det finnas Avtal vars värden överstiger direktupphandlingsgränsen.

Det föreligger inte synnerliga skäl

Bestämmelsen om direktupphandling på grund av synnerliga skäl ska tillämpas restriktivt och i särskilda situationer, t.ex. om myndigheten kan göra extra förmånliga köp vid en auktion. Eftersom det inte varit nödvändigt för de upphandlande myndigheterna att ingå Avtalen kan de inte heller motiveras av synnerliga skäl.

Upphandlingen har genomförts i strid med 4 kap. 1 § LOU

Det har varit fråga om en konkurrensutsatt direktupphandling som genomförts i strid med 4 kap. 1 § LOU. Telia har fått möjlighet att erbjuda avtal som endast omfattar de mest kritiska och nödvändiga tjänsterna. Någon sådan möjlighet har inte Telenor fått. Hade Telenor känt till vad avtalen skulle omfatta hade Telenor kunnat lämna andra priser än vad bolaget gjorde när det endast var fråga om förlängning av befintliga avtal. När en direktupphandling konkurrensutsätts har de upphandlande myndigheterna att följa 4 kap. 1 § LOU. Eftersom förfarandet brister i transparens och likabehandling ska Avtalen förklaras ogiltiga även på denna grund. Eftersom något tilldelningsbeslut inte meddelats har Telenor inte kunnat ansöka om överprövning av den konkurrensutsatta direktupphandlingen. Det vore orimligt om Avta-

len inte kunde ogiltigförklaras när det är fråga om en upphandling som genomförts i strid med 4 kap. 1 § LOU.

Avtalen ska inte få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse

Regeln om att avtal kan få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska tillämpas restriktivt och endast exceptionella omständigheter kan medföra att ett avtal får bestå. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen inom ramen för allmänintresset. Det är myndigheterna som har bevisbördan för att ett tvingande allmänintresse föreligger.

För de myndigheter som ingått avtal med Telenor, dvs. 56 av 72 av motparterna, kan myndigheterna låta Telenor fortsätta leverera kommunikationstjänster. Samtliga kommuner som är motparter i målen skulle därmed få telefonin säkerställd.

De 16 upphandlande myndigheter som inte tecknat avtal med Telenor är samtliga kommunala bolag. Telenor anser inte att något tvingande allmänintresse motiverar att dessa aktiebolag ska få fortsätta ta emot leverans under Avtalen trots att Avtalen ingåtts i strid med LOU. Om det finns något tvingande allmänintresse ska det inte bedömas gemensamt utan från fall till fall, då de 16 myndigheterna utövar vitt skilda verksamheter.

De upphandlande myndigheterna

Det har varit tillåtet enligt LOU att teckna Avtalen med Telia. Om förvaltningsrätten trots det finner att förutsättningar för ogiltigförklaring av Avtalen är uppfyllda ska Avtalen få bestå av hänsyn till ett tvingande allmänintresse.

Förutsättningarna för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. 15 § LOU är uppfyllda

Det förelåg synnerlig brådska

De upphandlande myndigheterna har genomfört en annonserad upphandling enligt LOU i god tid innan det befintliga avtalet löpte ut. På grund av en utdragen överprövningsprocess av Upphandlingen löpte det tidigare gällande ramavtalet ut innan den annonserade Upphandlingen var färdig. Det blev därför nödvändigt att säkerställa leverans av telefonitjänster fram till dess att Upphandlingen kan avslutas. Det för sådana situationer som LOU innehåller undantaget för synnerlig brådska.

Den synnerliga brådskan är orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av, och som inte beror på, de upphandlande myndigheterna. Kommunförbundet Skåne, som administrerat Upphandlingen, har tagit tillräcklig höjd för att Upphandlingen skulle kunna komma att överprövas i två instanser. De upphandlande myndigheterna kunde inte förutse att överprövningen enbart i första instans skulle ta mer än sju månader, vilket kraftigt avviker från de genomsnittliga handläggningstiderna för överprövningsmål i förvaltningsrätterna.

Den synnerliga brådskan har inte upphört för att myndigheterna konstaterar att man sannolikt kommer att hamna i en situation där det kommer att bli nödvändigt att ingå tillfälliga avtal och börjar förbereda sig inför detta, t.ex. genom att kontakta Telenor. Myndigheternas lösning var att ingå tillfälliga avtal både med Telia och med Telenor, för att på detta sätt säkerställa en obruten leverans av nödvändig telefoni. Den synnerliga brådskan upphörde därför inte i och med att det konstaterades att tillfälliga avtal behövdes med Telenor. Avtalen med Telia är en tillfällig lösning som krävdes på grund av

den synnerliga brådska som uppstod till följd av den utdragna överprövningsprocessen.

Anskaffningen var absolut nödvändig

Den utdragna överprövningsprocessen har lett till att det blivit absolut nödvändigt för de upphandlande myndigheterna att ingå de tillfälliga Avtalen med Telia för att tillförsäkra myndigheterna telefoni från den 16 oktober 2017, och för att tillförsäkra invånarna fungerande viktiga kommunala samhällsfunktioner. Kommunerna och deras bolag behöver telefoni för att bedriva sina verksamheter. De tjänster som omfattas av Avtalen är samhällskritiska och har direkt påverkan på kommunal verksamhet som berör människors liv och hälsa. Det är ostridigt att föremålet för såväl Avtalen med Telia som för avtalen med Telenor är samhällsviktigt och absolut nödvändigt. Myndigheternas val av leverantör saknar betydelse för bedömningen av om det som anskaffas var absolut nödvändigt eller inte. Någon hänsyn till alternativa avtalslösningar ska inte heller tas vid bedömningen.

Det är den situation som uppstått som berättigar att förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan tillämpas. Skälet till att ingå tillfälliga avtal var således exakt desamma oavsett om avtal ingicks med Telenor eller Telia eller båda. I den uppkomna situationen var det absolut nödvändigt att hitta en tillfällig avtalslösning.

De tillfälliga avtalen med Telenor och Telia skickades ut samtidigt till de upphandlande myndigheterna för undertecknande, då båda avtalen behövdes undertecknas för att säkerställa leveransen av nödvändig telefoni. Att Telenor undertecknade sina respektive avtal med myndigheterna i juni 2017 förändrar inte det faktum att de avtalen ingicks först i oktober 2017 när även myndigheterna undertecknat dessa avtal. Att Telenor undertecknat avtalen och därigenom erbjudit myndigheterna att tillhandahålla tjänsten innebär

inte att myndigheten är tvungen att acceptera erbjudandet eller att anskaffningen inte längre skulle vara absolut nödvändig, eller att det inte längre skulle föreligga synnerlig brådska i LOU:s mening.

Telia var den anbudsgivare som i den annonserade ramavtalsupphandlingen hade lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Erbjudandet från Telia innebar enorma ekonomiska besparingar för de upphandlande myndigheterna. Detta var skälet till att myndigheterna, var för sig, ingick Avtalen med Telia. Telenor har försökt få myndigheterna att tillämpa ekonomiskt ofördelaktiga avtalsvillkor genom att försöka få myndigheterna att fortsätta tillämpa de avtalsvillkor som fanns i ramavtalet som skulle löpa ut och som innehöll priser som inte var marknadsmässiga.

Det ramavtal som fanns med Telenor innehöll ingen möjlighet till ytterligare förlängning. Telenors påstående att det är fråga om kompletterande beställningar enligt 17 kap. 11 § LOU stämmer således inte. Bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU är inte heller tillämplig på ramavtal. En bestämmelse som inte är tillämplig på ramavtal är inte heller tillämplig på avrop från ramavtal.

Det är inte rimligt att det under de aktuella omständigheterna endast skulle vara möjligt att ingå avtal med befintlig leverantör så som Telenor gör gällande. Det finns inte heller någon bestämmelse i LOU som innebär en skyldighet att ingå avtal med den befintliga leverantören. Tvärtom skulle detta kunna anses strida mot syftet bakom LOU då det skulle begränsa konkurrensen och begränsa den upphandlande myndighetens möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och på så sätt hantera skattemedel på det bästa sättet. En sådan ordning skulle också medföra att den tidigare leverantören alltid skulle vinna på att begära överprövning och försöka förhåla överprövningsprocessen i syfte att tvinga myndigheten att ingå ett tillfälligt avtal. Det finns inget hinder i LOU mot att i den aktuella situationen köpa tjänster av någon annan än befintlig leverantör. De upphandlande myndig-

heterna anser att en myndighet även i en situation då synnerlig brådskande föreligger måste kunna byta leverantör även om den befintliga leverantören behöver leverera tjänsten under en kortare övergångsperiod. Ett byte av operatör kräver bland annat omställning i form av överflyttning av telefonnummer, s.k. portering. För att inte stå utan avtal och därmed utan leverans av nödvändig telefoni var det nödvändigt att, utöver Avtalen med Telia, ingå tillfälliga avtal även med Telenor som befintlig leverantör.

Telenor förväxlar anskaffning och val av leverantör. Behovet av anskaffa tjänsten är inte motiverat av ekonomiska skäl. Det finns dock inga hinder mot att valet av leverantör vid en direktupphandling på grund av synnerlig brådskande motiveras av ekonomiska skäl. Vid bedömningen av om Avtalen är tillåtna saknar det betydelse vilken besparing myndigheterna gör genom att ingå avtal med Telia istället för Telenor.

Det har varit förenligt med LOU att ingå såväl avtalen med Telenor som Avtalen med Telia, och det har varit nödvändigt att göra så för att garantera en obruten leverans av telefonitjänsterna. Att anskaffningen varit nödvändig beror inte på ekonomiska skäl utan på att samhällskritiska funktioner inte kan säkerställas utan telefonitjänsterna.

Avtalsvillkoren är absolut nödvändiga

Avtalsvillkoren är absolut nödvändiga. Avtalen med Telia har utformats för att säkerställa leverans av telefonitjänsterna till dess att Upphandlingen kan avslutas. Villkoren innebär att Avtalen upphör utan uppsägning om Högsta förvaltningsdomstolen avslår Telenors ansökan om överprövning. För det fall Högsta förvaltningsdomstolen inte beviljar prövningstillstånd eller avslår överklagandet står kammarrättens avgörande fast och ramavtalsupphandlingen ska göras om.

Om utfallet blir att Upphandlingen ska göras om kommer de upphandlande myndigheterna givetvis att rätta sig efter domslutet. I en sådan situation behöver Avtalen gälla till dess att Upphandlingen gjorts om och ett nytt avtal tecknats. Avtalens avtalstid har begränsats och utformats med beaktande av detta. Därför har Avtalen utformats så att Telia ska tillhandahålla tjänster till dess att myndigheterna implementerat en ny kommunikationslösning. Avtalens löptid är alltså inte oändlig eller obegränsad. Att göra om den omfattande Upphandlingen och få ett undertecknat ramavtal kommer att ta längre tid än sex månader, varför en uppsägningstid om sex månader är rimligt begränsad. Det är inte möjligt att tillämpa en kortare uppsägningstid. Avtalen med Telenor har en kortare uppsägningstid eftersom dessa avtal ska vara möjliga att säga upp så snart en portering av telefonnummer har kunnat ske.

Avtalen med Telia har utformats för att säkerställa leverans av nödvändig telefoni under överprövningsprocessen. Det har inte varit möjligt att begränsa avtalstiden i de tillfälliga Avtalen på något mindre ingripande sätt. De nödvändiga leveranserna kan inte säkerställas med en kortare avtalstid.

Telenor är inte part i Avtalen och har inte varit delaktig i framförhandlandet av Avtalen. Telenors egna, felaktiga, tolkning av avtalsvillkoret är ingenting som kan eller ska beaktas. Telenor kan inte bestämma hur Avtalen ska tolkas.

Direktupphandling under direktupphandlingsgränsen

Värdet på Avtalen med Telia ska fastställas utifrån det belopp som varje enskild upphandlande myndighet ska betala enligt Avtalen. Att Kommunförbundet Skåne har bidragit med administrativ hjälp inför avtalstecknandet innebär inte att värdet på alla enskilda Avtal ska beräknas tillsammans istället för separat. Telenor har inte heller kunnat ange någon rättslig grund för att värdet ska beräknas gemensamt för alla Avtal. Avtalen har ingåtts av

varje myndighet för sig. Det är inte fråga om något ramavtal utan separata tillfälliga Avtal för att säkerställa leverans av nödvändig telefoni till respektive myndighet.

Telenor har inte visat att värdet på Avtalen, sett enskilt eller tillsammans med Telenors avtal, överstiger direktupphandlingsgränsen. Flera av de tillfälliga Avtalen understiger till sitt värde gränsen för direktupphandling. Det har därför varit tillåtet att direktupphandla tjänsterna.

Om värdet beräknas på en avtalstid om två år är det myndigheternas bedömning att värdet för respektive myndighets direktupphandling understiger direktupphandlingsgränsen i vart fall för de myndigheter som har färre än ca 600 användare av telefonitjänsterna, vilket omfattar samtliga de kommunala bolag som är föremål för denna process och även en del av de mindre kommunerna. Om värdet av Avtalen beräknas på 48 månader kommer värdet understiga direktupphandlingsgränsen för de myndigheter som har färre än ca 300 användare av telefonitjänsterna vilket omfattar de kommunala bolag som är föremål för denna process. Det saknas därför även på denna grund skäl att ogiltigförklara flera av de tillfälliga Avtalen.

För de minsta bolagen var den faktiska kostnaden för telefonitjänster under föregående år endast ca 10 000 kr. Det är uppenbart att Avtalens värde understiger direktupphandlingsgränsen för dessa upphandlande myndigheter. Eftersom Högsta förvaltningsdomstolen beslutat att inte bevilja prövningstillstånd i målet avseende Upphandlingen är det vidare tydligt att avtalstiden, och därmed värdet på avtalen, är begränsat.

Beräkningen av värdet av en upphandling är en uppskattning. Först i efterhand kan det korrekta värdet på Avtalen fastställas, eftersom det är helt beroende på vilka volymer som köps. Myndigheterna har dock gjort en beräkning och uppskattning av värdet och har därmed uppfyllt sin bevisbörda.

Eftersom Avtalens värde för respektive upphandlande myndighet inte överskrider det för direktupphandling tillåtna tröskelvärdet enligt LOU kan Avtalen inte förklaras ogiltiga.

Det föreligger synnerliga skäl

För upphandlingar som understiger det så kallade tröskelvärdet är det även tillåtet att genomföra en direktupphandling om det föreligger synnerliga skäl. Synnerliga skäl är ett vidare begrepp än synnerlig brådska. Att förhindra stora skador och stora kostnader kan t.ex. utgöra synnerliga skäl för att genomföra en direktupphandling. I den nu aktuella situationen har det på grund av den långdragna överprövningsprocessen varit absolut nödvändigt att genomföra direktupphandlingar för att tillförsäkra invånarna fungerande kommunala samhällsfunktioner. Att inte ingå de tillfälliga Avtalen skulle få orimliga konsekvenser. Det har därmed förelegat synnerliga skäl.

Avtalen kan inte ogiltigförklaras med stöd av 4 kap. 1 § LOU

De legala förutsättningarna för att ogiltigförklara ett avtal framgår av 20 kap. 13 § LOU. Paragrafen innehåller en uttömmande uppräkningslista av de fall som kan föranleda att ett avtal ogiltigförklaras. Ett brott mot de upphandlingsrättsliga principerna eller brister vid genomförandet av ett tillåtet förhandlat förfarande utan föregående annonsering är inte i sig en grund för ogiltighet. Någon konkurrensutsättning av de direktupphandlade Avtalen har inte skett, och myndigheterna har inte heller brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna och 4 kap. 1 § LOU. Avtalen kan därmed inte ogiltigförklaras på denna grund.

Avtalen ska bestå av hänsyn till tvingande allmänintresse

De tillfälliga avtalen med Telia och Telenor har ingåtts för att säkerställa

nödvändig fast och mobil telefoni i myndigheterna till dess att Upphandlingen kan avslutas. Tjänsterna som omfattas av Avtalen är absolut nödvändiga för att myndigheternas verksamheter ska fungera. Utan Avtalen kan obruten leverans av nödvändig och samhällskritisk telefoni inte säkerställas. Att telefonin fungerar är helt avgörande för kommunernas och deras bolags verksamheter. Annars finns det risk för mycket allvarliga samhällsstörningar i kommunerna. Om inte kommunerna och deras bolag med all deras verksamhet som innefattar hemtjänst, äldreboenden, förskolor, skolor, kommunal krisberedskap, räddningstjänst, avfallshantering, boende m.m. kan kommunicera med telefoni skulle inte samhället i dessa kommuner fungera. Utan fungerande telefoni skulle de upphandlande myndigheternas tillhållande av allmän service till samhället, inklusive samhällelig krisberedskap, vilket inkluderar tjänster som påverkar människors liv och hälsa, begränsas. Många kommuninvånare och verksamheter riskerar att drabbas om Avtalen ogiltigförklaras. Telenor påstår även att det inte föreligger något tvingande allmänintresse för att låta Avtalen bestå avseende de 16 myndigheterna som inte har något tillfälligt avtal med Telenor. Hur Telenor motiverar detta är oklart.

Sammanfattningsvis anser de upphandlande myndigheterna att även om förvaltningsrätten skulle finna att Avtalen med Telia är ogiltiga ska Avtalen få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Telia

Telia instämmer huvudsakligen i vad de upphandlande myndigheterna anfört, och gör därutöver bl.a. följande tillägg.

17 kap. 11 § LOU

Det framgår tydligt av förarbetena till LOU att det ligger i sakens natur att

17 kap. 11 § LOU inte kan avse ramavtal, och att bestämmelsen inte får användas i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen. Telenor har uppgett att Telenoravtalen är en förlängning av Ramavtalet. Samtidigt anser Telenor att Telenoravtalen bör räknas samman med Teliaavtalen och hänvisar till 19 kap. 8 § LOU där det anges att direktupphandlingar av samma slag gjorda av en myndighet under ett räkenskapsår ska beaktas vid beräkningen av upphandlingens värde. Påståendet att avtalen mellan Telenor och de upphandlande myndigheterna skulle utgöra kompletterande beställningar enligt 17 kap. 11 § LOU är en föga övertygande efterhandskonstruktion. Förlängningar av avtal som saknar stöd i avtalsvillkoren utgör direktupphandlingar, och den väletablerade huvudregeln är att det inte är tillåtet att förlänga upphandlade avtal utöver vad som följer av förlängningsoptioner. Avsikten med bestämmelsen i 17 kap. 11 § LOU är inte att tillåta att avtalstiden kompletteras.

Avtalen mellan Telenor och de upphandlande myndigheterna har ingåtts med stöd av 6 kap. 15 § LOU, på samma sätt som Avtalen mellan Telia och de upphandlande myndigheterna.

Det har förelegat förutsättningar för att använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering

I juni 2017 fick Telia frågan om bolaget hade möjlighet att under tillfälliga avtal leverera telefonitjänster till dess att Upphandlingen avslutats och nytt ramavtal kunnat ingås. Telia svarade jakande men meddelade samtidigt att det enligt Telias bedömning skulle ta ca nio månader att genomföra en portering av de upphandlande myndigheternas samtliga abonnemang.

För att en organisation av de upphandlande myndigheternas sammanlagda storlek på ett tryggt och säkert sätt ska kunna byta leverantör av telefonitjänster är det nödvändigt att under en övergångsperiod ha överlappande

avtal med både den befintliga leverantören och den nya leverantören. Om en portering av abonnemang från den befintliga leverantören till den nya leverantören inte kan ske före det att avtalet med den befintliga leverantören löper ut riskerar beställaren att stå utan telefoni, eftersom den befintliga leverantören i den situationen inte har någon skyldighet att tillhandahålla telefoni, samtidigt som abonnemangen inte finns på plats hos den nya leverantören. Mot den bakgrunden kontaktade de upphandlande myndigheterna även Telenor och ingick avtalen med Telenor i tillägg till Avtalen. Myndigheterna avsåg hela tiden att ingå Avtalen för att lösa leveransen av telefoni till dess att Upphandlingen kunde slutföras och ett nytt ramavtal var på plats. En förutsättning för att dessa skulle fylla sitt syfte var att även avtalen med Telenor ingicks. Det är således inte riktigt att Telenor först ingick avtal med myndigheterna och att Telia först en lång period senare ingick avtal med myndigheterna.

Avtalen med Telia respektive Telenor kan inte ses som två separata avtal, utan utgör integrerade delar i en samlad, tillåten avtalslösning för att säkerställa de upphandlande myndigheternas tillgång till telefonitjänster. Inom telekomsektorn är det helt nödvändigt – och dessutom ett lagstadgat krav – att befintlig leverantör samarbetar med den nya leverantören beträffande portering.

Den upphandlande myndigheten är fri att ingå avtal med användande av förhandlat förfarande utan föregående annonsering med den leverantör som myndigheten finner lämplig, förutsatt att förutsättningarna i övrigt är uppfyllda. Vilka alternativa lösningar som kunde använts saknar betydelse för tillåtligheten.

Avtalsvillkoren är absolut nödvändiga

Telenor hävdar felaktigt att Avtalen är oändliga. Att parterna är överens om

att Telia ska tillhandahålla tjänster till dess att myndigheterna implementerat en ny avtalslösning innebär givetvis inte att de upphandlande myndigheterna skulle vara bundna av Avtalen trots uppsägning, och långt mindre i oändlighet. Det går inte att säga med säkerhet när leverans kan påbörjas av vinnande leverantör enligt nytt ramavtal. Det är därför nödvändigt att knyta löptiden i Avtalen till att en ny kommunikationslösning implementerats snarare än till att en specificerad tid förflutit. Anledningen till att avtalen med Telenor kan ha en kortare löptid är att de endast är relevanta tills portering genomförts. Av samma skäl är det nödvändigt med en längre uppsägningstid i Avtalen med Telia, vilket säkerställer att försörjningen av telefonitjänster inte upphör med kort varsel. Det finns inte heller någon mening med att föreskriva en kortare ensidig uppsägningstid för den upphandlande myndigheten, eftersom ett byte av leverantör skulle nödvändiggöra en portering.

Ett avtals innehåll styrs ytterst av partsviljan. Den gemensamma partsviljan är i detta fall att Avtalen ska gälla tills myndigheterna har implementerat en ny kommunikationslösning eller tills Avtalen sägs upp.

Avtalen ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse

Mer än två tredjedelar av de berörda myndigheterna har i dagsläget porterats till Telia. Det innebär att för det fall Avtalen ogiltigförklaras skulle en ny portering behöva genomföras. Under den perioden är de upphandlande myndigheterna helt beroende av fortsatt leverans från Telia eftersom det inte är möjligt för en annan leverantör att förse myndigheterna med nödvändiga telefonitjänster. Konsekvensen av en ogiltigförklaring av Avtalen skulle alltså inte endast vara att myndigheterna fick leverans från Telenor istället. Avtalen med Telia måste således bestå för att myndigheterna inte ska stå helt utan telefoni.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**Några utgångspunkter för prövningen**

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på, och att domstolens prövning begränsas till de åberopade omständigheterna (se RÅ 2009 ref. 69). Domstolarnas utredningsansvar i dessa mål är därmed begränsat.

Huvudregeln i LOU är att upphandlingar ska annonseras. Det är ostridigt att de upphandlande myndigheterna utan föregående annonsering slutit Avtalen – bestående av avtal om kommunikationstjänster och avtal om ersättning för restvärde – med Telia. De frågor som ska prövas av förvaltningsrätten är om Avtalen ska förklaras ogiltiga på någon av de grunder som anförts av sökanden, samt, om så är fallet, om Avtalen trots det ska bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det har förelegat förutsättningar för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eller att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling. Det är även den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett avtal ska få bestå trots att förutsättningarna för att förklara avtalet ogiltigt i och för sig är uppfyllda (jfr prop. 2001/02:142 s. 99 och prop. 2009/10:180 s. 139).

Förutsättningar för ogiltigförklaring av avtal

Av 20 kap. 13 § LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt bl.a. om det har slutits utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §,

18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.

Kan Avtalen ogiltigförklaras på grund av brister i transparens och likabehandling?

Telenor har anfört att de upphandlande myndigheterna genomfört en konkurrensutsatt direktupphandling och att denna genomförts i strid med 4 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen om ogiltigförklaring av avtal är uttömmande. Ogiltigförklaring av Avtalen på den av Telenor anförda grunden kan således inte bli aktuellt.

Föreligger förutsättningar för direktupphandling under tröskelvärdet?

Direktupphandling får enligt 19 kap. 7 § LOU användas bl.a. om upphandlingens värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och som gäller för en upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet vid upphandling av varor och tjänster.

Av 19 kap. 8 § LOU framgår att värdet av en upphandling ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen.

De upphandlande myndigheterna har åberopat att myndigheterna uppskattat upphandlingarnas värde till under 28 procent av tröskelvärdet (direktupphandling under direktupphandlingsgränsen) och anser sig därigenom uppfyllt sin bevisbörda.

Den upphandlande myndigheten har som nämnts bevisbördan för att det föreligger sådana omständigheter som medger direktupphandling. Enligt förvaltningsrättens mening ligger i detta att den upphandlande myndigheten bör kunna visa hur uppskattningen av upphandlingens värde gjorts. Bestämmelsen i 19 kap. 8 § LOU om uppskattningen av en upphandlings värde medför alltså inte att myndigheterna kan undkomma sin bevisbörda genom att hänvisa till att en allmän uppskattning av en upphandlings värde har gjorts, utan att presentera någon beräkning som stödjer påståendet. Vad myndigheterna anfört och vad som i övrigt framkommit i denna del visar enligt förvaltningsrätten inte att värdet på Avtalen understiger direktupphandlingsgränsen.

De upphandlande myndigheterna har även hävdatt att i vart fall värdet på de avtal som har färre än 300 eller färre än 600 användare understiger direktupphandlingsgränsen. Några beräkningar eller andra handlingar som stödjer detta påstående har dock inte inkommit. Inte heller i detta avseende har således de upphandlade myndigheterna uppfyllt sin bevisbörda.

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. 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 tillämpat 6 kap. 15 § LOU när Avtalen slöts med Telia. De upphandlande myndigheterna har således inte

visat att 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 tillfredställande sätt och det var således enligt förvaltningsrät-

ten 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 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 betalningsskyldigheten 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 anfört 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 erlägger 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 genomföra 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 förelegat 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.

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande. Begreppet tvingande hänsyn till allmänintresset förekommer inom olika områden i EU-rätten och har även utvecklats i EU-domstolens praxis. Eftersom det utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten, tolkar EU-domstolen begreppet restriktivt. Endast exceptionella omständigheter ska medföra att ett avtal får bestå. Den som åberopar att en sådan undantagssituation föreligger, dvs. den upphandlande myndigheten eller enheten, har också bevisbördan för detta. Inom ramen för tvingande hänsyn till allmänintresset kan hänsyn exempelvis tas till allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa, folkhälsa, bibehållen ekonomisk jämvikt i det sociala trygghetssystemet, konsumentskydd och skydd av såväl tjänstemottagare som arbetstagare, rättvisa handelstransaktioner, kamp mot bedrägerier, skydd av miljö och stadsmiljö, djurhälsa, im-

materiella rättigheter, bevarande av det nationella historiska och konstnärliga kulturarvet, socialpolitiska och kulturpolitiska mål. Begränsad vikt får läggas vid ekonomiska intressen. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga ska t.ex. inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Ekonomiska intressen av att avtalets giltighet upprätthålls får dock beaktas om ogiltighet skulle leda till orimliga eller oproportionerliga följder. Stor vikt bör här läggas vid myndigheternas tillhandahållande av allmän service till samhället. Det ankommer på domstolarna att göra en skäligen vägning mellan detta allmänna intresse och leverantörens intresse av att det ingångna avtalet förklaras ogiltigt i syfte att en ny upphandling ska företas (prop. 2009/10:180, s. 137-139 och 362-363).

När det gäller frågan om avtal ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset kan det finnas situationer där endast en del av avtalet måste bestå av denna hänsyn. Om motivet att upprätthålla avtalet av hänsyn till allmänintresset endast är hänförligt till den inledande delen av ett långvarigt avtal skulle tidsaspekten också kunna vägas in. En prövning av om så är fallet skulle emellertid medföra ytterligare komplexitet, både i befintligt regelverk och vid prövningen av ett enskilt fall. Undantaget som ger möjlighet att låta ett avtal bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset föreslås därför genomföras på samma enhetliga sätt som andra frågor rörande ogiltighet. Domstolen ska således kunna välja att ogiltigförklara hela avtalet eller låta hela avtalet bestå om tvingande hänsyn kan anses föreligga (prop. 2009/10:180, s. 139).

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 myn-

digheter 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

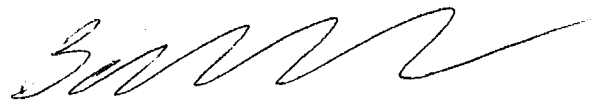
att låta Avtalen mellan dessa myndigheter och Telia få bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

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 Staffanstorps Centrum AB, Staffanstorps Fibernät AB, Staffanstorps Kommunfastigheter AB, Helsingborgs Hamn AB, Krinova AB, Landskrona Energi AB, Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB, Perstorps Bostäder AB, Perstorps Näringslivs AB, Rederi Ventrifiken AB, Räddningstjänsten Skåne Nordväst, Simrishamns Bostäder AB, Skurups Elverk AB, Skurups Jordbruks AB, Sydöstra Skånes Räddningstjänstförbund och Vellinge Stadsnät AB 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.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (DV 3109/1B LOU)



Bertil Idarsson

Susanne Axelsson har föredragit målet.

Bilaga 1

MOTPARTER

1. Bjuvs kommun	mål nr 12879-17
2. Burlövs kommun	mål nr 12880-17
3. Båstads kommun	mål nr 12881-17
4. Eslövs kommun	mål nr 12882-17
5. Helsingborgs stad	mål nr 12883-17
6. Hässleholms kommun	mål nr 12884-17
7. Höganäs kommun	mål nr 12885-17
8. Hörby kommun	mål nr 12886-17
9. Höörs kommun	mål nr 12887-17
10. Klippans kommun	mål nr 12888-17
11. Kristianstads kommun	mål nr 12889-17
12. Kävlinge kommun	mål nr 12890-17
13. Landskrona stad	mål nr 12891-17
14. Lomma kommun	mål nr 12892-17
15. Lunds kommun	mål nr 12893-17
16. Osby kommun	mål nr 12895-17
17. Perstorps kommun	mål nr 12896-17
18. Simrishamns kommun	mål nr 12897-17
19. Sjöbo kommun	mål nr 12898-17
20. Skurups kommun	mål nr 12899-17
21. Staffanstorps kommun	mål nr 12900-17
22. Svalövs kommun	mål nr 12901-17

23. Svedala kommun	mål nr 12902-17
24. Tomelilla kommun	mål nr 12903-17
25. Trelleborgs kommun	mål nr 12904-17
26. Vellinge kommun	mål nr 12905-17
27. Ystads kommun	mål nr 12906-17
28. Åstorps kommun	mål nr 12907-17
29. Ängelholms kommun	mål nr 12908-17
30. Örkeljunga kommun	mål nr 12909-17
31. Östra Göinge kommun	mål nr 12910-17
32. Eslövs Bostads AB, 556095-2391	mål nr 12911-17
33. Göingehem AB, 556166-9481	mål nr 12912-17
34. Osbybostäder AB, 556483-4751	mål nr 12914-17
35. Staffanstorps Centrum AB, 556189-1622	mål nr 12915-17
36. Staffanstorps Energi AB, 556447-6736	mål nr 12916-17
37. Staffanstorps Fibernät AB, 556498-7245	mål nr 12917-17
38. Staffanstorps Kommunfastigheter AB, 556671-7491	mål nr 12918-17
39. Bostads AB Svedalahem, 556201-2517	mål nr 12922-17
40. Helsingborgs Hamn AB, 556024-0979	mål nr 12924-17
41. Hässleholms Miljö AB, 556555-0349	mål nr 12927-17
42. Höganäs Energi AB, 556440-2401	mål nr 12929-17
43. AB Höganäshem, 556104-9551	mål nr 12930-17
44. Hörby Bostäder AB, 556507-3235	mål nr 12931-17
45. Hörby Industrifastigheter AB, 556093-6667	mål nr 12932-17
46. KKB Fastigheter AB, 556186-6673	mål nr 12934-17
47. Krinova AB, 556572-8812	mål nr 12935-17

48. Kristanstads Renhållnings AB, 556002-3136	mål nr 12937-17
49. Landskrona Energi AB	mål nr 12938-17
50. Lunds kommuns Fastighets AB, 556050-4341	mål nr 12941-17
51. Mellanskånes Renhållningsaktiebolag, 556214-7800	mål nr 12942-17
52. Nordvästra Skånes Renhållnings AB, 556217-4580	mål nr 12943-17
53. Nordvästra Skånes Vatten och Avlopp AB, 556765-3786	mål nr 12944-17
54. Perstorps Bostäder AB, 556072-8213	mål nr 12945-17
55. Perstorp Näringlivs AB, 556156-3791	mål nr 12946-17
56. Rederi Ventrafiken AB, 556236-8620	mål nr 12947-17
57. Räddningstjänsten Skåne Nordväst, 222000-3087	mål nr 12948-17
58. Simrishamns Bostäder AB, 556100-8417	mål nr 12949-17
59. Aktiebolaget Sjöbohem, 556650-0665	mål nr 12950-17
60. Skurups Elverk AB, 556934-1687	mål nr 12951-17
61. Skurups Jordbruks AB, 556934-1653	mål nr 12952-17
62. Sydöstra Skånes Räddningstjänstförbund	mål nr 12956-17
63. Vellingebostäder AB, 556705-1809	mål nr 12958-17
64. Vellinge Stadsnät AB, 556940-3107	mål nr 12959-17
65. Ystad Energi AB, 556527-2936	mål nr 12961-17
66. Ystad Hamn Logistik AB, 556008-2652	mål nr 12962-17
67. Ystads teater AB, 556001-2576	mål nr 12963-17
68. Ystad Österlenregionens Miljöförbund, 222000-2626	mål nr 12964-17
69. Österlenhem AB, 556056-3792	mål nr 12969-17
70. AB Ystadbostäder, 556073-8857	mål nr 12970-17
71. Ystads Industrifastigheter AB, 556081-7271	mål nr 12971-17
72. Ljungby kommun	mål nr 13047-17



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.