



KONKURRENSVERKET	
2016-01-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE OCH MOTPART
NCC Roads AB, 556302-3307

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger och
biträdande juristen Hermina Grozdanic Kelly
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART OCH KLAGANDE
Trafikverket
781 89 Borlänge

MOTPART
Svevia AB, 556768-9848

Ombud: Advokaten Kristian Pedersen och
juristen Emma Jarkell
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Faluns dom den 1 oktober 2015
i mål nr 2121-15, se bilaga A

SAKEN
Ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår NCC Roads AB:s och Trafikverkets överklaganden.

YRKANDEN

NCC Roads AB (NCC) yrkar att kammarrätten ska ogiltigförklara entreprenadkontraktet TRV 2014/17522 mellan Trafikverket och Svevia (Svevia) som ingicks den 7 maj 2015. Som grund för yrkandet yrkar NCC att det inte varit absolut nödvändigt att tilldela Svevia kontraktet och att det inte förelåg synnerlig brådska, att kontraktet fick en alltför lång varaktighet samt att det inte finns skäl att tillåta kontraktet bestå.

Trafikverket yrkar att kammarrätten ska förklara att avtalet inte är ogiltigt.

Kammarrätten har givit Svevia tillfälle att inkomma med yttranden och avstyrker bifall till NCC:s överklagande och tillstyrker Trafikverket överklagande.

VAD PARTERNA ANFÖR

NCC anför följande till stöd för sin talan. Den 10 mars 2014 tilldelades Trafikverket Svevia uppdraget enligt upphandlingen av totalentreprenad för utförande av det nu aktuella vägunderhållet. NCC begärde överklagande av upphandlingen och målet prövas för närvarande i Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 6579-14). Trafikverket ingick ett kontrakt med NCC den 8 juli 2014 för att säkerställa vägunderhållet till augusti 2014. Det tillfälliga kontraktet gällde fram till den 31 augusti 2014 och föregicks inte av någon annonsering. I maj 2015 ingick Trafikverket avtal med Svevia om utförandet av vägunderhållet för tiden efter den 31 augusti 2015. Detta kontrakt skulle upphöra att gälla om Högsta förvaltningsdomstolen förordnar att Trafikverket ska göra om upphandlingen. Kontraktet upphör dock inte att gälla omedelbart om Högsta situation. Kontraktet upphör att gälla den 31 augusti det år som Högsta förordnande vinner laga kraft under förutsättning att förordnandet får laga kraft minst sex månader före den 31 augusti. Om laga kraft

mindre än sex månader innan den 31 augusti upphör kontraktet istället den 31 augusti nästföljande år. Svevia erhåller enligt kontraktet en fast ersättning som är nära 9 000 000 kr högre per år än den ersättning NCC erbjuder sig att utföra kontraktsarbetena för. Även engångsersättningen till Svevia är högre än den ersättning som skulle ha utgått till NCC.

Trafikverket har tillämpat undantaget i 4 kap. 5 § första stycket 3 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, för att underlåta annonsering. Det har dock inte varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet på sätt som skett. Den skärpta åtgärdstiden gäller från och med oktober respektive kalenderår och därför har det inte varit absolut nödvändigt att säkerställa basunderhållet direkt den 1 september 2015. Det har inte heller varit absolut nödvändigt att tilldela Svevia kontraktet redan den 7 maj 2015. Inte heller har synnerlig brådska förelegat. Bedömningen av om det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och om synnerlig brådska förelegat måste ske baserat på den tidpunkt då kontrakt tilldelades. Vid tillämpning av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU får kontrakt inte tecknas för en längre tid än vad som är absolut nödvändigt. Ett sådant kontrakt får endast avse akuta och tillfälliga behov. Kontraktet mellan Trafikverket och Svevia ska förklaras ogiltigt eftersom det slutits utan föregående annonsering.

Det saknas skäl att tillåta kontraktet bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. Uttrycket tvingande hänsyn till allmänintresse förekommer på flera områden inom gemenskapsrätten. Eftersom hänsyn till allmänintresse utgör ett skäl för undantag från den fria rörligheten är utgångspunkten att begreppet ska tolkas restriktivt. Det har i rättspraxis inte ansetts tillräckligt att upphandlande myndighet har en skyldighet att utföra ett visst samhällsättagande för att kontrakt ska få bestå. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger ett tvingande allmänintresse. Medlemsstaterna ska säkerställa att det finns snabba och effektiva rättsmedel i händelse av överträdelse av gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling. I den mån tillfälliga kontrakt skulle få bestå

medför detta att överprövningsinstitutet urholkas. Syftet skulle förfelas om kontraktet skulle bestå och få till följd att Svevia får utföra kontraktsarbeten långt efter en dom i mål nr 6579-14. Ett otillåtet direktupphandlat kontrakt vars löptid är längre än vad som fordras för att säkerställa tvingande hänsyn till ett allmänintresse måste alltid kunna ogiltigförklaras.

Trafikverket anför följande till stöd för sin talan. Verket anser att det aktuella avtalet inte ska anses ogiltigt. Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter som han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). NCC har inte åberopat något som hänför sig till några eventuella överväganden Trafikverket borde ha gjort vid tidpunkten för Högsta förvaltningsdomstolens beslut att meddela prövningstillstånd. Förvaltningsrätten har efter eget gottfinnande och utan att NCC åberopat detta lagt en brist till grund för varför det inte finns lagliga förutsättningar att direktupphandla. NCC har inte fört fram några argument avseende frågan om Trafikverket borde kunnat förutse att överprövningsprocessen skulle dra ut på tiden. Redan vid tidpunkten för underrättens avgörande kan det föreligga synnerlig brådska om avgörandet innebär att upphandlingen ska göras om. Det har inte påståtts att Trafikverket i februari eller senare under våren skulle kunnat genomföra en helt ny upphandling. Verket har inte kunnat förutse att processen i Högsta förvaltningsdomstolen skulle dra ut på tiden så länge. En upphandling avseende drift och underhåll av allmänna vägar är omfattande och kräver att anbudsgivarna ges tid för att räkna på sina anbud. Det är därför inte möjligt att tillämpa en så kort anbudstid som anges i 8 kap. 8 § LOU. Även om ett förfarande med förkortad anbudstid skulle ha tillämpats ska verket ha tid för utvärdering av anbud och en eventuell efterföljande överprövning. Därefter ska en ny entreprenör ha tillräckligt med tid för att etablera sig innan kontraktsstart. I den exceptionella situation som varit har det funnits grund för verket att den 7 maj 2015 agera med stöd av den aktuella bestämmelsen i 4 kap. 5 § LOU, varför det ingångna avtalet måste

ses som en tillåten direkttilldelning. I vart fall ska avtalet tillåtas bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Svevia anför följande till stöd för sin inställning. Trafikverket har tilldelat Svevia kontraktet helt i enlighet med bestämmelserna i LOU och det föreligger inte någon rättslig grund att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap. 13 § LOU. Kontraktet bör därför anses giltigt. Det bör i vart fall ändå tillåtas bestå. Det aktuella vägunderhållet innebär ett ansvar för underhållet av en av Sveriges mest trafikerade vägsträckor. Vägunderhållet är grundläggande för en trygg och säker trafikmiljö. Det var absolut nödvändigt för Trafikverket att tilldela ett tillfälligt kontrakt redan av denna anledning för att täcka behovet av vägunderhåll under överprövningsprocessen. Det var även synnerligen brådskande att tilldela kontraktet redan i maj 2015 eftersom det annars inte varit möjligt att försäkra sig om att en ny leverantör skulle hinna etablera sig. I det tillfälliga kontraktet har det även varit nödvändigt att ta höjd för överprövningsprocessen om Högsta förvaltningsdomstolen kommer fram till att upphandlingen ska göras om. Det föreligger under alla omständigheter skäl att låta kontraktet bestå med anledning av tvingande hänsyn till ett allmänintresse.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att det åligger Trafikverket att visa att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är uppfyllda.

Kammarrätten anser i likhet med förvaltningsrätten att det varit absolut nödvändigt att tilldela kontraktet och att det vid tiden för avtalets tecknande förelåg synnerlig brådska.

Fråga blir herefter om Trafikverket kunnat förutse brådskan. Trafikverket har visserligen inte kunnat förutse den långa överprövningsprocessen. Upphandlande myndigheter är trots det skyldiga att vidta alla nödvändiga

åtgärder för att undvika upphandlingar utan föregående annonsering. Trafikverket har vid tidpunkten för Högsta förvaltningsdomstolens beslut att meddela prövningstillstånd haft anledning att ifrågasätta om upphandlingen skulle kunna genomföras som planerat och då i första hand överväga om ett förfarande med förkortade tidsfrister skulle kunna genomföras. Vad Trafikverket anfört i målet visar inte att det inte skulle vara möjligt att genomföra ett sådant förfarande under första halvåret 2015. Den brådskande som uppstått får således hänföras till Trafikverket. Förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU för att underlåta annonsering är därför inte uppfyllda. Det tillfälliga avtal som Trafikverket ingått med Svevia den 7 maj 2015 är således ogiltigt.

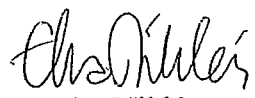
Fråga är slutligen om det ogiltiga avtalet ska tillåtas bestå enligt 16 kap. 14 § LOU. I enlighet med de skäl förvaltningsrätten redovisat finner kammarrätten att det föreligger ett sådant tvingande allmänintresse som innebär att det tillfälliga avtalet ska bestå.

Överklagandena från NCC och Trafikverket ska därmed avslås.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Peter Liff
kammarrättsråd
ordförande



Elsa Nihlén
kammarrättsråd
referent



Elin Sedin
tf. kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Föredragande Ann Liljedal

DOM
2015-10-01
Meddelad i
Falun

Mål nr
2121-15

SÖKANDE

NCC Roads AB, 556302-3307
170 80 Solna

Ombud: Advokat Henrik Seeliger och biträdande jurist Filip Malm
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Trafikverket
781 89 Borlänge

2. Svevia AB, 556768-9848

Ombud för 2: Advokat Kristian Pedersen och biträdande jurist
Emma Jarkell
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119, 103 23 Stockholm

SAKEN

Ogiltighet av avtal vid offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten, som finner att avtalet med Svevia AB är ogiltigt men
att det får bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresset, avslår
NCC Roads AB:s ansökan.

BAKGRUND

Trafikverket genomför upphandling avseende ”Totalentreprenad för utförande av Basunderhåll Väg på allmänna vägar inom område Hudiksvall inom Gävleborgs län” (TRV 2013/60813) genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut meddelades den 10 mars 2014 varvid Svevia AB (Svevia) tilldelades kontraktet. NCC Roads AB (NCC) begärde överprövning av tilldelningsbeslutet och prövning pågår för närvarande i Högsta förvaltningsdomstolen (mål nr 6579-14) där prövningstillstånd meddelats den 6 februari 2015. Högsta förvaltningsdomstolen har i det målet beslutat att Trafikverket inte får ingå avtal i upphandlingen innan något annat har beslutats.

Trafikverket ingick den 8 juli 2014 ett tillfälligt avtal med NCC för att säkerställa basunderhållet efter den 31 augusti 2014. Kontraktet trädde i kraft den 1 september 2014 och skulle gälla som längst till den 31 augusti 2015.

Den 7 maj 2015 ingick Trafikverket ett avtal med Svevia avseende basunderhåll på allmänna vägar inom driftsområde Hudiksvall, där kontraktets arbetena ska påbörjas den 1 september 2015 (TRV 2014/17522). Avtalet är villkorat vad gäller avtalstidens längd på visst angivet sätt i förhållande till den överprövning som pågår.

YRKANDE M.M.

NCC yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att det avtal som Trafikverket träffat med Svevia den 7 maj 2015 ska förklaras ogiltigt.

Trafikverket bestrider bifall till ansökan och yrkar, för det fall förvaltningsrätten skulle finna avtalet ogiltigt, att avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Svevia bestrider bifall till ansökan och yrkar, för det fall förvaltningsrätten skulle finna avtalet ogiltigt, att avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förutsättningar för förvaltningsrättens prövning

Frågan i målet är om Trafikverket haft rätt att direktupphandla det tillfälliga avtalet med Svevia med stöd av 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU eller om avtalet ska anses ogiltigt enligt 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU. Om avtalet ska anses ogiltigt är även fråga om det ska bestå på grund av ett tvingande allmänintresse (16 kap. 14 § LOU).

Avtalet

Av avtalet ingånget mellan Trafikverket och Svevia den 7 maj 2015 framgår bland annat följande.

- § 1 Omfattning
Entreprenören åtar sig att för beställarens räkning i överensstämmelse med i § 1.1 angivna kontraktshandlingar utföra:
Basunderhåll väg på allmänna vägar inom Hudiksvall inom Gävleborgs län, 1 165 km.
/.../
Entreprenören ska ha bevakning av vägnätet och fortlöpande hålla beställaren underrättad om vägnätets tillstånd.
Entreprenören ska ha beredskap dygnet runt. Aktuell beredskapslista ska finnas under hela kontraktstiden.
/.../
- § 2 Utförande
/.../
Reglerbara arbeten som utförs till överenskomna å-priser eller då sådana priser saknas, efter självkostnadsprincipen, ska alltid ske i samråd med beställaren. Samråd erfordras inte i de fall entreprenören bedömer att omedelbar åtgärd krävs för att säkerställa trafiksäkerhet eller framkomlighet. Vid akuta brister och vid konton 81.12 Vinterväghållningsåtgärder, exklusive konto 81.1227 Isrivning, ska åtgärder ske på entreprenörens eget initiativ.
- § 4.1 Kontraktstid
Beställarens tilldelningsbeslut av den 10 mars 2014 i upphandlingen avseende utförande av Basunderhåll Väg på allmänna vägar inom område Hudiksvall inom Gävleborgs län, är föremål för överprövning i Högsta Förvaltningsdomstolen (Domstolen), mål nr 5678-14. Överprövningsprocessen kan medföra att beställarens tilldelningsbeslut står fast, att den upphandling som föregått tilldelningsbeslutet måste göras om eller att beställaren åläggs

att fatta ett nytt tilldelningsbeslut av innebörd att beställaren ska teckna kontrakt med annan anbudsgivare än entreprenören.

Detta kontrakt är mot bakgrund av ovanstående villkorat såtillvida att det upphör att gälla om Domstolen förordnar att den pågående upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Om domstolen förordnar att den pågående upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts upphör kontraktet att gälla den 31 augusti det år som Domstolens förordnande vinner laga kraft, förutsatt att förordnandet vinner laga kraft minst sex månader före detta datum, i annat fall den 31 augusti efterföljande år.
/.../

Vad parterna anför

NCC för fram i huvudsak följande. NCC har haft kontrakt med Trafikverket avseende basunderhåll i driftsområde Hudiksvall för åren 2011 till och med augusti 2014. Trafikverket har påbörjat en upphandling av underhållet och tilldelningsbeslut meddelades den 10 mars 2014 enligt vilket annan leverantör än NCC tilldelades kontraktet. NCC begärde överprövning och målet pågår för närvarande i Högsta förvaltningsdomstolen. För att säkerställa basunderhållet efter den 31 augusti 2014 ingick Trafikverket och NCC den 8 juli 2014 ett tillfälligt kontrakt avseende utförande av drift och underhåll. Det tillfälliga kontraktet motsvarade i huvudsak det kontrakt som gällde mellan parterna vid kontraktstidpunkten. Det tillfälliga kontraktet trädde i kraft den 1 september 2014 och skulle som längst gälla till och med den 31 augusti 2015. Trafikverket ägde rätt att när som helst säga upp kontraktet med en uppsägningstid om fyra månader. Det tillfälliga kontraktet mellan Trafikverket och NCC föregicks inte av något annonserat upphandlingsförfarande. Den 7 maj 2015 ingick Trafikverket kontrakt med Svevia. Kontraktsvillkoren motsvarar inte villkoren i det tillfälliga kontrakt som Trafikverket tidigare ingått med NCC. Kontraktet är i och för sig villkorat i den meningen att det upphör att gälla om Högsta förvaltningsdomstolen förordnar att Trafikverket skall göra om eller rätta upphandlingen, men kontraktet upphör inte att gälla omedelbart. Inte heller har Trafikverket en uppsägningstid om fyra månader. Kontraktet med Svevia upphör i stället att gälla den 31 augusti det år som domstolens förordnande vinner laga kraft, under förutsättning att förordnandet vinner laga kraft minst sex

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

månader före den 31 augusti. Vinner förordnandet laga kraft då mindre än sex månader återstår till den 31 augusti upphör kontraktet i stället att gälla den 31 augusti nästkommande år. Redan då kontraktet ingicks stod det således klart att kontraktet skulle gälla i minst ett år. Beroende på när Högsta förvaltningsdomstolen meddelar dom kan kontraktet komma att gälla i så lång tid som 17 månader och 30 dagar efter det att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat dom. Svevia erhåller en fast ersättning som är nära 9 000 000 kr högre per år än den ersättning som NCC erbjudit sig att utföra kontraktens arbetena för. Därtill erhåller Svevia en engångsersättning som kommer att vara mellan 4 824 000 kr till 6 524 000 kr högre än den engångsersättning som NCC erbjudit sig att utföra kontraktens arbetena för. Detta trots att Svevia är garanterad en avsevärt längre kontraktstid än vad NCC garanterades i det tillfälliga kontraktet mellan NCC och Trafikverket. Inte heller detta kontrakt föregicks av något annonserat upphandlingsförfarande. Det har inte varit absolut nödvändigt för Trafikverket att säkerställa att basunderhåll skulle kunna komma att fortsätta direkt den 1 september 2015 efter det att Trafikverkets tillfälliga kontrakt med NCC löpt ut. Om rätten skulle finna att det är absolut nödvändigt att säkerställa att det inte blir en enda dags uppehåll i basunderhållet var det i vart fall inte absolut nödvändigt att tilldela Svevia kontraktet redan den 7 maj 2015. Någon synnerlig brådska kan inte ha förelegat vid denna tidpunkt. Avtal hade inte behövt ingås redan den 7 maj 2015 om avtal tecknats med en entreprenör som redan var på plats. Därutöver kommer kontraktet att löpa under minst ett år vilket är betydligt längre än vad som fordras för att täcka det akuta behovet av basunderhåll. Dessutom kan kontraktet komma att gälla under så lång tid som 17 månader och 30 dagar efter att domen vinner laga kraft. Trafikverket hade kunnat ingå ett kontrakt med Svevia med kortare uppsägningstid än kontraktet eller, om Svevia motsatt sig detta, kunnat ingå ett tillfälligt kontrakt med NCC med en uppsägningstid om fyra månader. Det saknas skäl att låta kontraktet bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Om kontraktet tillåts bestå skulle detta i princip

innebära att Högsta förvaltningsdomstolens interimistiska beslut blir verkningsslöst.

Trafikverket för fram i huvudsak följande. Trafikverket ansvarar för att hålla med trygga och framkomliga vägar året om. I det här fallet rör det sig om underhållet på bland annat en av Sveriges mest trafikerade vägar och en nödvändig genomfartsled för en stor mängd människor mellan de norra och mellersta/södra landsdelarna, väg E4. I driftsåtagandet ingår underhåll och vintertjänster såsom plogning, snöröjning/bortforsling och halkbekämpning. Oavsett årstidsförhållanden skulle även ett mycket kort avbrott i vägunderhållet allvarligt kunna riskera människors liv och hälsa. Trafikverket upphandlar entreprenörer för utförande av åtagandena och kontraktet löper regelmässigt på fyra år med möjlighet till förlängning. Utan underhåll riskeras framkomligheten och trafiksäkerheten vilket får allvarliga konsekvenser för såväl allmänheten som t.ex. utryckningsfordon. Det rör sig alltså om grundläggande och mycket samhällsviktiga uppdrag. Skötseln och driften av de allmänna vägarna får av säkerhetsskäl inte stanna av och det är därför av största vikt att Trafikverket säkerställer att entreprenör finns på plats. Överprövningsprocessen av Trafikverkets upphandling inleddes i mars 2014. Den har pågått i över ett år och är ännu inte avslutad. Detta har inte kunnat förutses av Trafikverket och medför synnerlig brådska. Mot den bakgrunden har Trafikverket varit tvunget att teckna ytterligare ett korttidsavtal för att säkerställa att underhållet i det aktuella området genomförs. Avtalet med Svevia är baserat på det anbud och de kontraktssummor som Svevia lämnat i den upphandling som är under överprövning. Vad gäller tidpunkten för när avtal tecknas har Trafikverket tagit hänsyn till att en entreprenör behöver tillräcklig tid för förberedelse innan en entreprenad ska börja utföras. Det har inte gjorts sannolikt att uppdraget, med beaktande bland annat av de avsevärda förberedelser som krävs (beställningar av material och etablerandet av kontrakt med underentreprenörer med mera) kunnat resurssättas på kortare tid samt att det

stundar semestertider, har den aktuella tidshorizonten varit högst rimlig. Angående NCC:s anmärkning om att det nu tecknade avtalet är annorlunda utformat än det som tecknades med NCC kan kort konstateras att avtalsutformning kan skilja sig åt beroende på om man tecknar med befintlig entreprenör eller om man tecknar med tilldelad entreprenör. Vad gäller avtalets giltighetstid har den anpassats till när målet slutligt avgörs. Detta har sin bakgrund i dels vikten av att entreprenaden utförs under överprövningsprocessen, dels den inte ringa inställetiden för entreprenören när domslutet väl vunnit laga kraft. Det är viktigt att det inte sker ett tvärt avbrott under tiden för de åtgärder som ska utformas inom ramen för vinterorganisationen eller under den sedvanliga semesterperioden. För det fall förvaltningsrätten skulle finna avtalet ogiltigt yrkar Trafikverket att avtalet ska bestå av tvingande hänsyn till allmänintresset.

Svevia för fram i huvudsak följande. Svevia instämmer i vad Trafikverket anfört med följande tillägg och förtydligande. Svevia uppfattar det som att NCC inte ifrågasätter att Trafikverkets tilldelning av det aktuella kontraktet betingats av omständigheter som inte kunnat förutses av Trafikverket och som gjort det omöjligt att hålla tidsfristerna vid, öppet, selektivt och förhandlat förfarande med föregående annonsering. Tilldelningen av kontraktet har föranletts av Trafikverkets uppdrag att ombesörja det vägunderhåll som den upphandling som är föremål för Högsta förvaltningsdomstolens prövning avser. Betydelsen av vägunderhållet är till sin natur sådant att ett avbrott i underhållet riskerar att medföra fara för människors liv och hälsa. Vägunderhållet måste inkludera en konstant beredskap att utföra insatser för vägunderhållet. Av detta följer att det inte är acceptabelt att under någon period låta Trafikverket stå utan kontrakterad leverantör av vägunderhåll. Av den anledningen står det klart att det var absolut nödvändigt för Trafikverket att tilldela ett tillfälligt kontrakt för att täcka behovet av beredskap avseende vägunderhåll under en period som sträcker sig från det att den nu pågående överprövningsprocessen avseende upphandlingen in-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

DOM

leddes till dess att upphandlingen avslutats och ett kontrakt avseende den aktuella tjänsten kommit till stånd, antingen genom upphandlingens avslutande eller genom en upphandling avseende samma upphandlingsföremål. Till detta ska även läggas den tid det tar för en eventuell ny entreprenör att genomföra den etablering som är nödvändig för underhållets utförande. Mot bakgrund av detta har det varit både rätt och absolut nödvändigt av Trafikverket att i kontraktet ta höjd för hela den eventuella tidsutdräkt en överprövningsprocess rörande en ny upphandling kan medföra, men också låta kontraktet ta vid i direkt anslutning till utgången av det pågående tillfälliga kontraktet. Det har också varit rätt av Trafikverket att betrakta det som synnerligen brådskande att tilldela kontraktet i maj 2015, eftersom det annars inte varit möjligt att försäkra sig om att en ny entreprenör skulle hinna etablera sig för utförande av underhållet, som innebär ett krav på konstant beredskap. I en sådan situation kan en upphandlande myndighet vända sig till den leverantör som med alla omständigheter beaktade, är bäst lämpad att tillsvidare utföra uppdraget. Det föreligger under alla omständigheter skäl att låta kontraktet bestå med anledning av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Det aktuella vägunderhållet utgör ett uppdrag av central vikt för tillgänglighet och säkerhet på den högt trafikerade vägsträcka som underhållet avser. Det finns inga godtagbara argument för att i någon del göra avkall på ombesörjandet av Trafikverkets uppdrag i detta avseende.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det är ostridigt att Trafikverket tilldelat aktuellt kontrakt utan föregående annonsering. Kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdena varför upphandlingen regleras av det bakomliggande direktivet. Det finns inte anledning att ifrågasätta att Trafikverket har för avsikt att följa den dom som Högsta förvaltningsdomstolen kommer att meddela i den pågående upphandlingen. Det nu aktuella avtalet är vidare tidsbegränsat, på visst angivet sätt, kopplat till utgången i den pågående överpröv-

ningsprocessen. Det som särskilt kan noteras är att det aktuella avtalet tar vid tidsmässigt där ett tidigare tillfälligt tidsbegränsat kontrakt, som även det tecknats mot bakgrund av den pågående överprovningen, löper ut.

En upphandlande myndighet får tilldela ett kontrakt utan föregående annonsering bland annat om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering (4 kap. 5 § första stycket 3 LOU). Motsvarigheten till denna bestämmelse finns i artikel 31.1 (c) i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Det finns ingen rättspraxis från vare sig EU-domstolen eller Högsta förvaltningsdomstolen som behandlar frågan om hur undantaget för synnerlig brådska i upphandlingsdirektiven eller den svenska lagstiftningen ska tolkas och tillämpas när en upphandlande myndighet hamnar i tidsnöd på grund av att en annonserad upphandling begärts överprövad i domstol. Det finns inte heller någon enhetlig kammarrättspraxis.

Det är fyra förutsättningar som måste vara uppfyllda för att förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska få användas. Den första förutsättningen är att det ska vara absolut nödvändigt att genomföra upphandlingen, den andra att det på grund av synnerlig brådska ska vara omöjligt att hålla de tidsgränser som gäller för öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering. Den tredje och fjärde förutsättningen är att brådskan ska vara förorsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten och dessa får inte heller ha orsakats av myndigheten själv. Enligt förarbetena är det myndigheten som har bevis-

bördan för att samtliga förutsättningar är uppfyllda (prop. 2001/02:142 s. 99).

Var det absolut nödvändigt att tilldela kontraktet?

Första rekvisitet som ska vara uppfyllt är att det ska vara absolut nödvändigt att tilldela kontraktet. Den nu aktuella tjänsten avser utförande av basunderhåll av 1 165 km allmänna vägar, däribland väg E4 som enligt Trafikverket är en av Sveriges mest trafikerade vägar. Av avtalet framgår att i tjänsten basunderhåll ingår bland annat att entreprenören ska ha beredskap dygnet runt, att omedelbara åtgärder som krävs för att säkerställa trafiksäkerhet eller framkomlighet ska vidtas utan samråd och att vinterväghållningsåtgärder ska ske på entreprenörens eget initiativ. Trafikverket har anfört att utan underhåll riskeras framkomligheten och trafiksäkerheten vilket får allvarliga konsekvenser för såväl allmänheten som till exempel utryckningsfordon. Mot bakgrund av detta finner förvaltningsrätten att Trafikverket visat att det är absolut nödvändigt att tilldela ett kontrakt med hänsyn till kontraktsföremålet.

NCC har invänt att det aktuella kontraktet går utöver vad som är nödvändigt mot bakgrund av avtalets utformning gällande avtalstid och uppsägningstid. NCC har även fört fram att avtalet även kan ifrågasättas utifrån den engångsersättning som Svevia får. Trafikverket har anfört att avtalet är utformat med hänsyn till att det är en ny entreprenör som ska etablera sig och att det inte får bli några tvära avbrott i utförandet av tjänsten. Trafikverket har vidare fört fram att avtalets giltighetstid bestäms på ett sådant sätt att den anpassas till när målet i Högsta förvaltningsdomstolen slutligt avgörs och då det är av vikt att entreprenaden utförs dels under överprövningsprocessen, dels vid ett eventuellt ingripande och inställelsestid för en i så fall ny entreprenör. Förvaltningsrättens bedömning är att Trafikverket i denna del visat, mot bakgrund av de omständigheter som det hänvisat till,

att avtalets utformning inte kan anses gå utöver vad som är nödvändigt (jfr C-6/05 Medipac).

Förelåg synnerlig brådska när kontraktet tilldelades?

Möjligheten att använda ett annonserat förfarande ska undersökas noggrant innan beslut om att tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering tas. Enligt 8 kap. LOU kan de lagstadgade tidsfristerna för öppet, selektivt eller förhandlat förfarande minskas till att bli relativt korta. I 8 kap. 8 § LOU regleras förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist i vissa fall.

NCC har anfört att synnerlig brådska inte förelegat vid tidpunkten då kontraktet tecknades. Trafikverket har anfört att synnerlig brådska förelåg på grund av överprövningsprocessen och att tidpunkten för avtals tecknande valts med hänsyn till att en entreprenör behöver tillräcklig tid för förberedelse med beställningar av material och etablerandet av kontrakt med underentreprenörer m.m., innan en entreprenad ska börja utföras. Svevia har anfört att Trafikverket hade rätt att betrakta det som synnerligen brådskanke att tilldela kontraktet i maj 2015, eftersom det annars inte varit möjligt att försäkra sig om att en ny entreprenör skulle hinna etablera sig för utförande av underhållet. Förvaltningsrätten finner att Trafikverket mot bakgrund av detta visat att det vid tiden för avtalets tecknande förelåg synnerlig brådska.

Hade omständigheterna kunnat förutses av Trafikverket?

Att upphandlande myndigheter råkar i brådska till följd av egen bristande planering grundar inte rätt till upphandling utan föregående annonsering.

Kontrakt som har stor ekonomisk betydelse för vinnande leverantör medför att upphandlande myndigheter måste räkna med att de leverantörer som gått miste om kontraktet begär domstolsöverprövning av upphandlingsför-

farandet (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 november 2014 i mål 1943-14). Även om det inte är möjligt att beräkna hur lång tid en överprövning tar är det alltså nödvändigt att ta hänsyn till en eventuell process i domstol då en upphandling planeras. NCC har inte anfört något i den här delen. Trafikverket har anfört att myndigheten inte kunnat förutse att överprövningsprocessen som inleddes i mars 2014 alltjämt skulle pågå sommaren 2015. Förvaltningsrätten finner att den långa överprövningsprocessen är en omständighet som Trafikverket inte hade kunnat förutse.

I enlighet med de unionsrättsliga bestämmelserna måste dock en upphandlande myndighet vidta alla nödvändiga åtgärder för att undvika ett upphandlingsförfarande utan föregående annonsering (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 februari 2012 i mål nr 821-827-12). Såsom NCC anfört ger inte brådska på grund av egen bristande planering myndigheten rätt att upphandla utan föregående annonsering. Fråga är alltså om Trafikverket, vid något tillfälle, hade bort förutse att den ursprungliga upphandlingen inte skulle kunna genomföras som planerat och därför vidta nödvändiga åtgärder. Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 6 februari 2015 prövningstillstånd i målet angående den ursprungliga upphandlingen. Trafikverket måste då haft visshet i att en sådan process, som innefattar skriftväxling även i den instansen, skulle ta ytterligare tid innan ett avgörande kunde komma att förväntas meddelas. Vidare visste Trafikverket att det tillfälliga avtal som träffats med NCC endast gällde till den 31 augusti 2015. Det skulle kunna föreligga synnerlig brådska vid den tidpunkten med hänsyn till tidsåtgången för att författa ett justerat alternativt ett nytt förfrågningsunderlag, den tid det tar för utvärdering av inkomna anbud och inställetiden för en ny leverantör. Trafikverket har emellertid inte anfört något, varken angående de överväganden man gjort eller vid vilka tidpunkter det skett. Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att samtliga rekvisit i 4 kap. 5 § första stycket 3 LOU är uppfyllda. Eftersom Tra-

fikverket inte visat något i nämnda del föreligger skäl att ogiltigförklara avtalet.

Har Trafikverket orsakat omständigheterna?

Fjärde kriteriet som ska vara uppfyllt är att myndigheten inte själv får ha orsakat omständigheterna som föranlett brådskan. NCC har begärt överprövning av Trafikverkets ursprungliga upphandling. NCC:s ansökan har fått avslag i två instanser och Trafikverkets tilldelningsbeslut har således ännu inte ändrats. Mot bakgrund av detta kan det inte anses föreligga allvarliga och uppenbara överträdelser i Trafikverkets ursprungliga upphandling. Det förhållandet att Högsta förvaltningsdomstolen skulle kunna komma fram till att Trafikverket inte genomfört upphandlingen i enlighet med LOU och de grundläggande principerna medför enligt förvaltningsrättens bedömning inte att det finns stöd för slutsatsen att Trafikverket orsakat omständigheterna som förorsakat brådskan.

Föreligger tvingande allmänintresse?

Enligt den ovan gjorda bedömningen har förvaltningsrätten kommit till slutsatsen att avtalet är ogiltigt då Trafikverket inte visat att det funnits möjlighet att tillämpa ett annonserat upphandlingsförfarande i den aktuella situationen. Vid sådant förhållande ankommer på domstolen att pröva om sådant tvingande allmänintresse som anges i 16 kap. 14 § LOU föreligger och att avtalet mot denna bakgrund trots allt ska bestå. Denna undantagsbestämmelse ska tolkas restriktivt.

Trafikverket har anfört att avtalet ska få bestå med hänvisning till att även ett mycket kort avbrott i vägunderhållet allvarligt skulle kunna riskera människors liv och hälsa. NCC har anfört att något sådant tvingande allmänintresse inte föreligger. NCC har vidare fört fram att rättsmedlen helt skulle förlora sin betydelse om det skulle vara omöjligt att ogiltigförklara varje direktupphandlat avtal avseende en vara eller tjänst som avser att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 2

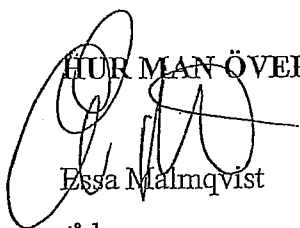
DOM

täcka ett behov som skulle kunna anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse, oavsett hur lång avtalstiden är. Om ett avtals löptid och uppsägningstid inte beaktas vid bedömningen av om avtalet ska bestå eller inte skulle upphandlande myndigheter ges utrymme att direktupphandla avtal med evig löptid utan att riskera annat än upphandlingsskadeavgift om maximalt 10 miljoner kr. Konkurrensen skulle då helt sättas ur spel. Ett otillåtet direktupphandlat avtal vars löptid är längre än vad som fordras för att säkerställa tvingande hänsyn till ett allmänintresse måste därför alltid kunna ogiltigförklaras.

I målet har framkommit att den aktuella tjänsten innefattar dygnetruntbevakning av statusen på en av Sveriges mest trafikerade vägar. Mot bakgrund av att eventuella hinder på de allmänna vägarna, och väg E4 i synnerhet, skulle kunna äventyra trafiksäkerheten samt hindra utryckningsfordon och därmed riskera att skada människors liv och hälsa finner förvaltningsrätten skäl att låta avtalet bestå på grund av allmänintresset. Vad NCC för fram i övrigt om avtalstidens längd medför ingen annan bedömning.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att avtalet är ogiltigt men att det ska få bestå med hänsyn till allmänintresset, varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Essa Malmqvist
rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.