



Ogiltigförklaring av ett uppsagt avtal med hänsyn till rätten till effektiva rättsmedel – analys

Analys

Högsta förvaltningsdomstolen 2020-11-11, mål nr [1742-20](#)

Joakim Lavér och Sarah Ek från Hannes Snellman Advokatbyrå analyserar en ny dom från Högsta förvaltningsdomstolen som behandlar frågan om huruvida ändamålet med en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet förfaller om avtalet är uppsagt utan att några prestationer har utväxlats.

1. SAMMANFATTNING

Högsta förvaltningsdomstolen har fastslagit att ändamålet med en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet inte förfaller när avtalet har sagts upp av avtalsparterna utan att några prestationer har utväxlats. Detta då en avskrivning av en sådan överprövning kan riskera att leverantören fråntas sin rätt till ett effektivt rättsmedel, närmare bestämt rätten väcka talan om skadestånd.

2. BAKGRUND

Karlstads kommun ("Kommunen") och JCDecaux Sverige AB ("JCDecaux") ingick i september 1991 ett tjänstekoncessionsavtal. Enligt avtalet åtog sig JCDecaux att tillhandahålla väderskydd, stadsinformationspelare och andra anläggningar åt Kommunen i utbyte mot ensamrätt att upplåta dispositionsrätten till reklam i anläggningarna. Avtalsparterna har sedan dess justerat avtalets innehåll genom flera tilläggsavtal. I januari 2018 ingicks ett tilläggsavtal till tjänstekoncessionsavtalet utan föregående annonsering där parterna kom överens om bland annat att avtalstiden förlängdes med tolv år.

Clear Channel Sverige AB ("Clear Channel") ansökte i februari 2018 om överprövning av tilläggsavtalets giltighet hos Förvaltningsrätten i Karlstad. Bolaget anförde att tilläggsavtalet innebar en väsentlig ändring av tjänstekoncessionsavtalet och att det följaktligen utgjorde en otillåten direktupphandling.

Kommunen och JCDecaux gjorde gällande att de i maj 2018, efter Clear Channels ansökan om överprövning, träffat en överenskommelse som innebar att tilläggsavtalet upphävts utan att några prestationer utväxlats och att målet därför skulle avskrivas.

3. PRÖVNING I FÖRVALTNINGSRÄTTEN OCH KAMMARRÄTTEN

Både förvaltningsrätten och kammarrätten konstaterade att det rörde sig om en otillåten direktupphandling.

Avseende frågan om avskrivning ansåg förvaltningsrätten att det inte var utrett om överenskommelsen var att betrakta som en uppsägning samt att det fanns oklarheter avseende huruvida avtalet i vart fall delvis redan hade fullgjorts. Förvaltningsrätten tog därför upp målet till prövning i sak och avtalet förklarades således ogiltigt av förvaltningsrätten i dom i juni 2019.

Kommunen och JCDecaux överklagade domen till kammarrätten, som avlog överklagandet. Kammarrätten ansåg att parterna i ett fall som det aktuella inte kunde förfoga över processen på ett sådant sätt att de genom att säga upp avtalet undvek att beslut fattades om ogiltigförklaring av det avtal som slutits med åsidosättande av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen. Detta med hänsyn till att det för otillåtna direktupphandlingar finns särskilda rättsmedel såsom ogiltigförklaring och ansökan om upphandlingsskadeavgift.

Kammarrätten prövade inte frågan om det de facto hade utväxlats några prestationer mellan Kommunen och JCDecaux innan det ifrågasatta tilläggsavtalet bringades att upphöra. Anledningen till att den frågan inte prövades var att Kammarrätten ansåg att det oavsett om prestationer hade utväxlats mellan parterna eller inte så fanns det skäl att ogiltigförklara tilläggsavtalet. Oberoende av huruvida prestationer utväxlats mellan parterna ansåg således kammarrätten att det fanns skäl att ogiltigförklara tilläggsavtalet.

4. HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLEN

Högsta förvaltningsdomstolen prövade inte heller frågan om det de facto hade utväxlats några prestationer mellan Kommunen och JCDecaux innan det ifrågasatta tilläggsavtalet bringades att upphöra. I domen utgår

HFD från att avtalet mellan Kommunen och JCDecaux var uppsagt utan att det till någon del verkställts och anförde att frågan är om Clear Channel ändå kan ha ett berättigat intresse av att ansökan prövas.

Den civilrättsliga relationen mellan parterna var därmed densamma som innan tilläggsavtalet hade ingåtts och frågan för domstolen var således att besvara huruvida ändamålet med en ansökan om överprövning av avtals giltighet har förfallit när avtalet har sagts upp av avtalsparterna utan att några prestationer har utväxlats.

Clear Channel anförde i HFD att överprövningen av tilläggsavtalets giltighet har betydelse i fråga om upphandlingsskadeavgift och skadestånd för ombudskostnader.

Inledningsvis framhöll domstolen att EU-domstolen har fastslagit att det ankommer på medlemsstaterna att se till att den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektiven inte påverkas när de bestämmer villkoren för rättsmedel avsedda att skydda de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter.

Avseende en ansökan om upphandlingsskadeavgift med anledning av en otillåten direktupphandling konstaterade HFD att en sådan ansökan inte behöver föregås av överprövning av det ingångna avtalets giltighet. För en ansökan om upphandlingsskadeavgift krävs endast att den upphandlande myndigheten eller enheten har slutit ett civilrättsligt bindande avtal med leverantören. Följaktligen påverkar inte ett beslut att avskriva ett mål om överprövning möjligheterna att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Domstolen framhöll därför att det inte av den anledningen förelåg skäl att pröva frågan om det upphävda avtalets giltighet.

Avseende frågan om skadestånd konstaterade HFD först att en kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess enligt Högsta domstolens praxis under vissa omständigheter kan utgöra en ersättningsgill skada.

Vidare uttalade HFD att det för talan om skadestånd föreligger en tidsfrist om ett år från den tidpunkt då avtal har slutits eller har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har fått laga kraft. Om allmän förvaltningsdomstol avskriver målet utan sakprövning finns en risk att tidsfristen för att väcka talan om skadestånd löper ut. HFD konstaterade därför att detta skulle kunna innebära att leverantören fräntas rätten till ett effektivt rättsmedel.

Tilläggsavtalet i fråga slöts i januari 2018. När Clear Channel ansökte om överprövning av avtalets giltighet var tilläggsavtalet ännu inte uppsagt, innebärande att tidsfristen för att väcka talan om skadestånd med utgångspunkt från tidpunkten då avtalet slöts gick ut i januari 2019. Förvaltningsrätten meddelade dom i juni 2019. Mot denna bakgrund framhöll HFD att ett bifall av ansökan om överprövning av avtalets giltighet var Clear Channels enda möjlighet att väcka skadeståndstalan. Tidsfristen för skadeståndstalan skulle då räknas från tidpunkten för när beslutet om ogiltigförklaring vunnit laga kraft. HFD slog därför fast att Clear Channel hade ett berättigat intresse av att få ansökan prövad och att målet därför inte skulle avskrivas. Överklagandet avsågs således.

5. ANALYS

Såsom HFD framhöll har EU-domstolen fastslagit att det ankommer på medlemsstaterna att se till att den ändamålsenliga verkan av rättsmedelsdirektiven inte påverkas när de bestämmer villkoren för rättsmedel avsedda att skydda de rättigheter som unionsrätten tillerkänner anbudssökande och anbudsgivare som förfördelats genom beslut av upphandlande myndigheter.

Mot bakgrund av detta ankom det på HFD att pröva huruvida möjligheterna att nyttja de rättsmedel som finns att tillgå påverkades av att målet avskrevs och därtill huruvida Clear Channel hade ett berättigat intresse av att få sin ansökan prövad.

Såsom HFD konstaterade påverkar inte ett mål om ogiltigförklaring Konkurrensverkets möjlighet att ansöka om upphandlingsskadeavgift. Även om ett mål avskrivs kan Konkurrensverket lämna in en ansökan om upphandlingsskadeavgift, det som krävs är enbart att den upphandlande myndigheten slutit ett civilrättsligt bindande avtal.

Däremot framhöll HFD att en avskrivning av målet skulle fränta Clear Channel möjligheten att väcka skadeståndstalan då tidsfristen för en sådan talan i det aktuella fallet därmed skulle anses förfallen. Om avtalet emellertid ogiltigförklarades skulle tidsfristen för skadeståndstalan räknas från tidpunkten för när beslutet om ogiltigförklaring vunnit laga kraft, innebärande att Clear Channels möjlighet att söka skadestånd tillförsäkrades.

Tidsfristen för att driva en talan om skadestånd när ett avtal ingåtts regleras i [16 kap. 21 § LUK](#). Enligt bestämmelsen ska talan om skadestånd väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör, eller har förklarats ogiltigt. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

HFDs slutsats ger enligt vår mening upphov till viss tolkningsproblematik eftersom det inte tydligt framgår vilken typ av skadeståndsanspråk HFD menar kan förfalla.

Utöver möjligheten att erhålla ersättning för rättegångskostnader i en överprövningsprocess så finns det i samband med en felaktig upphandling olika typer av kostnader som kan bli föremål för ett ersättningsgillt skadeståndsanspråk. Dels kostnader för utebliven handelsvinst (det s.k. positiva kontraktsintresset), dels ersättning för kostnader för att t.ex. lägga anbud (det s.k. negativa kontraktsintresset).

När HFD framhåller att en avskrivning av målet skulle frånta Clear Channel möjligheten att väcka skadeståndstalan så är det enligt vår uppfattning rimligt att anta att HFD med detta uttalande enbart avser möjligheten att väcka talan om skadestånd för utebliven handelsvinst, dvs. det positiva kontraktsintresset.

Det kan här nämnas att när det gäller en skadeståndstalan med anledning av att en upphandling avbrutits så är det vår bedömning att det inte föreligger någon upphandlingsrättslig preskriptionsfrist för en sådan talan eftersom det vid en avbruten upphandling inte har ingåtts ett avtal, vilket förutsätts enligt i 16 kap. 21 § LUK.

På samma sätt så är det vår uppfattning att 16 kap. 21 § LUK (och motsvarande bestämmelser i LOU och LUF) inte reglerar preskriptionstiden för en talan om ersättning för kostnader som uppkommit för en anbudsgivare till följd av en framgångsrik överprövningsprocess. Detta eftersom lydelsen i 16 kap. 21 § LUK inte heller innehåller uttryckliga preskriptionsregler avseende en talan som rör ersättning för kostnader i en överprövningsprocess.

Därutöver kan det nämnas att det av [NJA 2013 s. 909](#) följer att det som huvudregel inte finns något som hindrar att en skadeståndstalan som bottnar i en offentlig upphandling grundas på allmänna skadeståndsrättsliga principer istället för på de specialbestämmelser som återfinns i LOU. Av domen följer även att en sådan talan som grundar sig på allmänna skadeståndsrättsliga bestämmelser som huvudregel inte omfattas av LOU:s preskriptionsbestämmelser.

Enligt vår mening får det anses inte helt oproblematiskt att den enda tänkbara lösningen för att säkerställa Clear Channels möjlighet att söka ersättning för det positiva kontraktsintresset förutsätter ett ogiltigförklarande av ett rättsförhållande som inte längre existerar. Säsom kommunen framhåller i sitt bestridande torde detta inte vara möjligt. Av vad som framkommer i domskälen i HFDs och underrätternas domar kan man dra slutsatsen att frågan om Clear Channel borde ha väckt en skadeståndstalan innan ettårsfristen löpte ut för att undvika rättsförlust inte var uppe till bedömning. Rimligen borde Clear Channel ha kunnat väcka en skadeståndstalan parallellt med att bolaget begärde överprövning av tilläggsavtalets giltighet. En fråga man kan ställa sig är om utgången i så fall hade blivit annorlunda.

Vidare är det inte helt lätt att förutse hur utgången i målet hade sett ut om den första tidsfristen enligt 16 kap. 21 § LUK inte hade löpt ut, till exempel om målet hade avgjorts skyndsamt efter att ansökan om överprövning kommit in och ett slutligt avgörande hade fallit väl inom ramen för ettårsfristen. En avskrivning i ett sådant fall skulle inte ha påverkat Clear Channels möjlighet att söka ersättning för det positiva kontraktsintresset, även om det finns en risk att den återstående tidsfristen i praktiken skulle vara mycket kort.

Frågan kan ställas om skälen att ogiltigförklara ett avtal som inte längre finns blir starkare ju närmre utgången av denna tidsfrist man kommer.

Tillskillnad från rätten att driva en talan om skadestånd avseende det positiva kontraktsintresset förutsätter inte rätten till ersättning för överprövningskostnader i form av skadestånd att avtal har ingåtts. En sådan talan förutsätter enligt praxis från Högsta domstolen att leverantören framgångsrikt drivit en överprövningsprocess, att leverantören trots framgång inte får möjlighet att tilldelas kontraktet, och att detta beror på omständigheter på den upphandlande myndighetens sida (Spinator, [NJA 2018 s. 1127](#)). Som ovan nämnts föreligger inte någon tidsfrist för en talan om ersättning för överprövningskostnader i form av skadestånd då, enligt vår bedömning, en sådan talan inte omfattas av preskriptionstiden i 16 kap. 21 § LUK (och motsvarande bestämmelser i LOU och LUF).

Vår bedömning är därför att ett avskrivningsbeslut i detta fall inte nödvändigtvis hade haft som följd att Clear Channels möjlighet att väcka talan om ersättning för överprövningskostnader skulle gå förlorad. Det kan enligt vår uppfattning inte uteslutas att en avskrivning på grund av att den upphandlande myndigheten sagt upp avtalet till följd av en överprövningsprocess skulle kunna betraktas som en sådan framgång som krävs för att den sökande leverantören ska ha möjlighet att som skadestånd begära ersättning för sina överprövningskostnader. Denna fråga behandlas däremot inte av HFD i domskälen.

Sammanfattningsvis bedömer vi att flera olika typer av skadestånd kan aktualiseras till följd av upphandlingsfel och att förutsättningarna för att väcka talan för dessa skiljer sig åt. Det hade därför varit fördelaktigt om HFD tagit tillfället i akt att vara mer tydlig och klagörande i sina domskäl, särskilt avseende vilken rätt till skadestånd domstolen avsett skydda genom sitt avgörande.

Det kan avslutningsvis konstateras att HFD genom sin dom bekräftar att ändamålet med en ansökan om överprövning av avtals giltighet inte förfaller även om avtalet har sagts upp utan att några prestationer har utväxlats. Detta med hänsyn till anbudsgivares rätt till effektiva rättsmedel, särskilt möjligheten att väcka skadeståndstalan enligt 16 kap. 21 § LUK ([20 kap. 21 § LOU](#)). Vid första anblick kan detta tyckas klart och tydligt, enligt vår mening väcker dock domen dessvärre fler frågor än vad den besvarar.

Joakim Lavér och Sarah Ek
Hannes Snellman Advokatbyrå

OM DOKUMENTET

Senast uppdaterad
2020-12-15

Utgivare
JP Infonet

Författad av

[Joakim Lavér](#)

Advokat och
partner,
Hannes
Snellman
Advokatbyrå



Kommentarer

Lägg till kommentar

Kommentaren är synlig för

- Alla (publik) För min organisation Bara för mig

Visa alla kommentarer

Inga kommentarer