



KLAGANDE

1. Karlstads kommun

Ombud: Stadsjurist Diana Davidsson

2. JCDecaux Sverige AB, 556551-2661

Ombud: Advokat Carolina Gustavsson

MOTPART

Clear Channel Sverige AB, 556426-2680

Ombud: Advokaterna Lukas Granlund och Olof Hallberg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 28 juni 2019 i mål nr 524-18,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandena.

YRKANDEN M.M.

Karlstads kommun yrkar att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens dom och avskriva målet från vidare handläggning. Karlstads kommun anför följande. Kommunen och JCDecaux Sverige AB tecknade den 31 maj 2018 en överenskommelse om upphörande av det tilläggsavtal som ingicks den 4 januari 2018. Av tilläggsavtalet framgår att 151 papperskorgar skulle ha övergått i kommunens ägo till en ersättning motsvarande det bokförda

restvärdet om 392 000 kr. Utdrag ur kommunens reskontra visar att kommunen inte erlagt någon betalning till JCDecaux från det att tilläggsavtalet tecknades till dags dato. Clear Channel har utöver detta varken visat eller påstått att någon annan prestation enligt tilläggsavtalet har skett. Det kan således konstateras att tilläggsavtalet genom överenskommelsen har sagts upp i behörig ordning och att någon påstådd prestation enligt avtalet inte har fullgjorts. Den civilrättsliga relationen mellan kommunen och JCDecaux är densamma som innan tilläggsavtalet tecknades. Mot bakgrund av detta har inte överenskommelsen behövt kompletteras med en reglering avseende retroaktiv verkan. En sådan reglering skulle inte ha haft någon rättsverkan parterna emellan. Den upphandelsrättsliga följd som kan uppnås genom en ogiltigförklaring är därmed redan uppnådd.

Vid tidpunkten för förvaltningsrättens dom fanns det inget avtal eller annat rättsförhållande att ogiltigförklara. Clear Channel har därför inget rättsligt intresse av att tilläggsavtalet förklaras ogiltigt och lider ingen rättsförlust om så inte skulle ske. Kommunen har inte skapat ett prövningshinder genom att teckna överenskommelsen om upphörande av tilläggsavtalet. Tecknandet av tilläggsavtalet föregicks av en bedömning av om det omfattades av bestämmelserna i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK. Förvaltningsrätten kom vid sin interimistiska prövning fram till att LUK inte var tillämplig på tilläggsavtalet. Kammarrätten tog ställning i denna fråga och eftersom kommunen vinnlägger sig om att följa upphandlingslagstiftningen ansåg kommunen det vara bäst att upphäva tilläggsavtalet. Kammarrätten ska därför upphäva förvaltningsrättens dom och avskriva målet från vidare handläggning.

Om den felaktiga domen står fast innebär det att denna kan komma att ligga till grund för en ansökan om upphandlingsskadeavgift. Vidare sker skadeståndsrättsliga prövningar i allmän domstol. I en sådan process ska domstolen göra en självständig bedömning av om det har begåtts något

upphandlingsfel som är skadestandsgrundande. En dom från allmän förvaltningsdomstol saknar rättskraft i ett sådant avgörande.

JCDecaux Sverige AB yrkar att kammarrätten i första hand ska avvisa och i andra hand avslå Clear Channels talan. JCDecaux anför följande. Syftet med Clear Channels talan är att avtalet ska förklaras civilrättsligt ogiltigt. Parterna har i nu aktuellt mål civilrättsligt överenskommit att uppsägning har skett och att det har samma effekt som en ogiltigförklaring av avtalet. Beträffande den retroaktiva effekten av Tilläggsavtal 4 har uppsägningen inte behövt reglera den frågan eftersom avtalet aldrig kom att genomföras. Clear Channel har inte presenterat någon bevisning till stöd för att det skulle ha utväxlats några prestationer i enlighet med Tilläggsavtal 4. JCDecaux och kommunen är beredda att åberopa muntlig bevisning i den delen. Det föreligger hinder att pröva målet i sak. Den upphandelsrättsliga följd som Clear Channel kan uppnå genom en ogiltigförklaring är redan uppnådd genom att avtalet med JCDecaux har sagts upp i och med uppsägningen.

Det framgår av uppsägningen att tilläggsavtalet inte har verkställts. JCDecaux har inte levererat någon av de nyttigheter avseende väderskydd, stadsinformationstavlor och toaletter som ingår i tilläggsavtalet och har inte heller sålt några papperskorgar till kommunen enligt avtalet. Kommunen har inte heller utgett någon ersättning. Clear Channel har inte något rättsligt intresse av att få sin talan prövad och lider ingen rättsförlust om målet avskrivs eftersom förutsättningarna är som tidigare, dvs. att kommunen och JCDecaux har ett avtal som löper till och med den 1 augusti 2029.

Clear Channel Sverige AB anser att överklagandena ska avslås och anför följande. Det är numera ostridigt att JCDecaux har undertecknat överenskommelsen om upphörande av tilläggsavtalet. Det kan dock inte vitsordas att det får samma rättsverkan som en ogiltigförklaring. Varken kommunen eller JCDecaux påstår att överenskommelsen får retroaktiv verkan, vilket är det avgörande momentet i en ogiltigförklaring till skillnad

från upphävande, uppsägning eller liknande uttryckssätt. Att kommunen kan drabbas av upphandlingsskadeavgift talar för att målet inte ska avskrivas av det skälet att den upphandlande myndigheten under tiden för prövning skapar ett prövningshinder genom att försöka återta rättshandlingen. Dessutom sätts de regler som finns, om möjligheten för en leverantör att söka skadestånd för processkostnader vid ett bifall till sin talan, ur spel om en upphandlande myndighet kan skapa ett prövningshinder på det sätt som nu är aktuellt. Mot bakgrund av vilken effekt en avskrivning får för Konkurrensverkets verksamhet borde domstolen inhämta yttrande från Konkurrensverket i denna fråga.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

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

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

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

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

Om avtalet som ingåtts genom otillåten direktupphandling förklaras ogiltigt innebär det att avtalet är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande. Enligt kammarrätten kan parterna i ett fall som detta inte förfoga över processen på ett sådant sätt att de genom att säga upp avtalet kan undvika att beslut fattas om ogiltigförklaring av det avtal som ingåtts med åsidosättande av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.

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

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Petter Classon

Birgitta Henriksson
referent

Lennart Berglund

/Emelie Herou



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2019-06-28
Meddelad i Karlstad

Mål nr
524-18

SÖKANDE

Clear Channel Sverige AB, 556426-2680

Ombud: Advokaterna Lukas Granlund och Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPARTER

1. Karlstads kommun

Ombud: Catrin Karlsson Westergren
Advokatfirman Wählin AB
Östra Hamngatan 5
411 10 Göteborg

2. JCDecaux Sverige AB, 556551-2661

Ombud: Advokat Carolina Gustavsson
Landahl Advokatbyrå AB
Box 19143
104 32 Stockholm

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förklarar att avtalet mellan Karlstads kommun och JCDecaux Sverige AB, undertecknat den 4 januari 2018, är ogiltigt.

BAKGRUND

Karlstads kommun ingick den 12 september 1991 ett tjänstekoncessionsavtal (Grundavtalet) med JCDecaux Sverige AB. Därefter har tilläggsavtal ingåtts den 6 oktober 1992, den 4 juli 2000, den 14 september 2007 (grundavtalet och dessa tilläggsavtal benämns här efter Huvudavtalet). Vidare ingicks den 4 januari 2018 ytterligare ett tilläggsavtal (Tilläggsavtal 4). Genom Grundavtalet överenskom Karlstads kommun och JCDecaux att JCDecaux skulle sätta upp väderskydd, stadsinformationstavlor, stadspelare, gatutoaletter och papperskorgar av visst slag och antal inom kommunen. All utrustning skulle kvarstå i JCDecauxs ägo. Kommunen förband sig att utan kostnad låta JCDecaux nyttja erforderlig mark tillhörande kommunen eller som kommunen har förfoganderätt till. Vidare beviljade kommunen JCDecaux ensamrätt att upplåta dispositionsrätten till reklam i anläggningarna.

Clear Channel Sverige AB (Clear Channel) har i ansökan om överprövning yrkat att avtalen som Karlstads kommun ingått med JCDecaux Sverige AB ska ogiltigförklaras samt begärt att förvaltningsrätten interimistiskt ska förordna att Tilläggsavtal 4 inte får fullgöras till dess något annat har bestämts.

Förvaltningsrätten beslutade den 26 februari 2018 att avslå yrkandet om interimistiskt beslut. Som skäl angavs huvudsakligen följande. Av de olika avtal som det är fråga om har Tilläggsavtal 4 ingåtts efter den 1 januari 2017, dvs. efter det att aktuell lagstiftning om överprövning av koncessioner trädde i kraft. Förvaltningsrätten bedömer i nuläget inte sannolikt att Tilläggsavtal 4 har en så självständig ställning gentemot tidigare avtal eller annars sådan karaktär att det bör betraktas som en koncession i sig själv, vid tillämpningen av denna övergångsbestämmelse. Det är därmed i nuläget inte sannolikt att Clear Channels talan kan prövas enligt nuvarande lagstiftning.

Sedan Clear Channel överklagat förvaltningsrättens avgörande beslutade Kammarrätten i Göteborg (mål nr 972-18) i avgöranden den 6 mars och 4 april 2018 att Tilläggsavtal 4 inte får fullgöras innan något annat har bestämts. Som skäl angavs huvudsakligen följande. Enligt kammarrättens mening innebär bestämmelserna i punkterna 1 och 3 i ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) att lagen i och för sig inte gäller för en upphandling av en koncession som påbörjats före ikraftträdandet den 1 januari 2017, oavsett om kontraktet varigenom upphandlingen har slutförts har ingåtts före eller efter ikraftträdandet. Om en upphandling har slutförts genom ett kontrakt kan emellertid en därefter avtalad ändring av kontraktet inte anses vara del av samma upphandling som det ursprungliga kontraktet. Kammarrätten anser därför att LUK är tillämplig i den situationen att ett kontrakt ändras efter ikraftträdandet. Utifrån vad som hittills kommit fram bedömer kammarrätten att det är sannolikt att tilläggsavtalet som helhet inte utgör en tillåten ändring enligt någon av bestämmelserna som enligt 14 kap. 8 § LUK möjliggör ändring utan ny upphandling.

YRKANDEN M.M.

Clear Channel yrkar att Tilläggsavtal 4 som Karlstads kommun ingått med JCDecaux Sverige AB (JCDecaux) ska ogiltigförklaras. Clear Channel anför bl.a. följande.

En upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession ska enligt 8 kap. 1 § LUK informera om detta genom att annonsera upphandlingen. En upphandlande myndighet får under vissa förutsättningar enligt 8 kap. 3 § första stycket LUK tilldela en koncession utan föregående annonsering om det som ska upphandlas kan tillhandahållas endast av en viss leverantör. En koncession får vidare, enligt 14 kap. 8 § LUK, ändras utan en ny upphandling om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 14 kap. 9–14 §§.

En ändring ska, enligt 14 kap. 14 § LUK anses vara väsentlig, bl.a. om den (1) inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra anbudssökande bjudits in att delta, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen, (2) innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren, (3) medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller (4) innebär byte av koncessionshavare. Det är den upphandlande myndigheten som åberopar en bestämmelse för en direkttilldelning som har bevisbördan för att den är tillämplig i en viss situation, bl.a. bevisbördan för att kontraktsvärdet gör att en anskaffning kan undantas från bestämmelserna om annonsering.

Tilldelningen av Tilläggsavtal 4 sker efter LUK:s ikraftträdande. Det är detta avgörande moment som gör LUK tillämplig, inklusive dess rättsmedel. Med kommunens argumentation kan upphandlande myndigheter och enheter undandra alla koncessioner som i ett tidigare skede (dvs. innan den 1 januari 2017) någon gång varit under ett kontrakt, med hänvisning till att det bara är en ändring av en befintlig koncession och således inte omfattas av LUK. Hela syftet med LUK och särskilt bestämmelserna om väsentliga ändringar av kontrakt skulle förfelas med ett sådant synsätt. Clear Channel har noggrant beskrivit sina angivna uträkningar i målet och lämnat underlag till stöd för beräkningarna. Detta trots att det snarast är kommunen som har att visa att ändringen är godtagbar enligt 14 kap. LUK. Istället vittnar detta med tydlighet om att kommunen inte gjort någon beräkning av värdet överhuvudtaget, sannolikt på basis av uppfattningen att LUK inte var tillämplig.

Att parterna avtalar om att avtalet gäller ända till år 2041, är en stor förändring av Huvudavtalet. Värdet på avtalet förändras väsentligen. Värdeökningen av Huvudavtalet efter Tilläggsavtal 4, endast på grund av förlängningen, uppskattas till minst någonstans mellan cirka 80–90 miljoner kronor. Avtalsförlängningen som skett genom Tilläggsavtal 4 är således att anse

som en väsentlig förändring, tillika en ny tilldelning av kontrakt. Eftersom denna ändring skett efter LUK:s ikraftträdande ska LUK tillämpas, även om Grundavtalet ingicks innan LUK trädde i kraft (jfr prop. 2015/16:195 s. 851). Genom Tilläggsavtal 4 utökas Huvudavtalet vidare med 80 väderskydd. Därtill kommer ytterligare stadsinformationstavlor. Totalt är de möjliga ytterligare intäkterna för JCDecaux med anledning av Tilläggsavtal 4 cirka 99 miljoner kronor över hela avtalstiden. Enbart värdet på de nya reklamplatserna innebär att Tilläggsavtal 4 är en otillåten direktupphandling. Majoriteten av förändringarna som Huvudavtalet genomgått genom Tilläggsavtal 4 är var för sig över det tröskelvärde för när en oannonserad upphandling kan göras. Tilläggsavtal 4 utgör på grund av väsentliga ändringar i förhållande till Huvudavtalet en otillåten direktupphandling.

Karlstads kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Tilläggsavtal 4 har tecknats som en följd av Grundavtalet från den 12 september 1991. Grundavtalet innehåller en avtalsklausul om att det måste sägas upp skriftligen för att upphöra att gälla. Vidare återfinns i avtalet regleringar om vad som gäller om kommunen önskar installera ytterligare reklamfinansierade nyttigheter som exempelvis väderskydd. I samband med införandet av en ny snabbusslinje i Karlstad finns ett behov av att uppföra nya väderskydd samt flytta vissa av de installationer som JCDecaux ansvarar för enligt Grundavtalet. Dessa omständigheter har utgjort skäl för att ingå Tilläggsavtal 4. Tilläggsavtal 4 utgör en kompletterande beställning. Kommunen gör genom tilläggsavtalet en nödvändig beställning mot bakgrund av det nya behov som uppstått.

Då kommunen har ett giltigt avtal med JCDecaux finns det ekonomiska skäl att inte byta koncessionshavare. Det hade inte heller varit möjligt att anskaffa reklamfinansierade nyttigheter på annat sätt med tanke på utformningen av Grundavtalet. Med stöd av 14 kap. 1 § LUK och mot bakgrund av oförutsebara omständigheter anser kommunen vidare att tilläggsavtalet inte

behöver annonseras. Det är givetvis så att kommunen omöjligt kunde förutse vilka behov som skulle kunna uppstå redan när grundavtalet tecknades 1991. Den övergripande karaktären av koncessionen ändras inte i och med tilläggsavtalet och inte heller balansen mellan avtalsparterna. Då bestämmelserna ovan om undantag från upphandling är tillämpliga är det oväsentligt om det skett en väsentlig förändring på det sätt som Clear Channel anför. Det är omöjligt att 2018 ta ställning till om avtalet skulle komma att sägas upp till upphörande 2029 av kommunen eller JCDecaux. Denna reglering utgör inte en ny tilldelning av ett kontrakt.

Clear Channel gör gällande att vissa rättigheter har ekonomiska värden vilket är svårt för kommunen att bemöta. Klart är dock att tillkommande reklamtytor inte har samma värde som den första med tanke på hur marknaden för utomhusreklam fungerar. Det finns helt enkelt ett tak för hur mycket reklam som är möjligt att sälja i en stad av Karlstads storlek. Tillkommande reklamtytor är inte på långa vägar så många som Clear Channel gör gällande. Enligt tilläggsavtalet får JCDecaux uppföra ytterligare elva stadsinformationstavlor. Eftersom ena sidan får disponeras av kommunen medför dessa stadsinformationstavlor att JCDecaux erhåller ytterligare elva reklamtytor. När det gäller tillkommande väderskydd är det varken kommunens eller JCDecaux:s avsikt att antalet väderskydd ska utökas med 80 utan tanken är att ersätta befintliga väderskydd med andra varianter. Detta eftersom det inte finns behov av 215 väderskydd.

Vidare har det inte angetts i tilläggsavtalet att JCDecaux erhåller rättigheter att sätta upp reklam i dessa nya väderskydd. Ändringen av antalet reklamtytor kan inte beskrivas som väsentlig. Inte heller de övriga justeringar som gjorts kan beskrivas som väsentliga ändringar. Kommunens uppfattning är att dessa ändringar är sådana som endast kan göras i förhållande till JCDecaux och därför inte föranleder någon annonseringsplikt. De värden som Clear Channel åsatt dessa mindre förändringar kan inte vitsordas.

Medgivandet av så kallad fullmotion är endast en anpassning till den tekniska utveckling som förevarit sedan grundavtalet ingicks 1991. Vidare finns alltid möjligheten att uppföra reklam på mark som inte ägs av kommunen vilket ytterligare talar för att de värden som Clear Channel försöker åsätta tilläggsavtalet inte är korrekta.

Av förarbetena framgår att LUK inte ska gälla för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före lagens ikraftträdande den 1 januari 2017 (prop. 2015/2016:195 s. 919). Det enda undantaget från denna bestämmelse, vilket framgår av såväl lagen som förarbetena (prop. 2015/2016:195 s. 918) är bestämmelserna i 3 kap. 13–20 §§ och som avser intern upphandling. Enligt förarbetena gäller i övrigt följande "övriga bestämmelser i de nya lagarna bör gälla enbart för upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet". Det framgår vidare att ett upphandlingsförfarande enligt HFD och EU-domstolen får anses ha påbörjats när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat att inleda ett upphandlingsförfarande och detta beslut kommit till kännedom utåt. Vid förfarandet i flera steg innebär detta att det är det inledande steget som påbörjar upphandlingen. Av förarbetena framgår även att eftersom övriga bestämmelser om upphandling inte kommer att vara tillämpliga på koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet anser regeringen att en ordning som skulle innebära att rättsmedelsbestämmelserna skulle gälla för koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet skulle vara tillämplig varför regeringen inte lämnar ett sådant förslag. Av förarbetena framgår att det enligt regeringens mening är lämpligt att de nya bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal även tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal. Lämpligheten avser inte koncessioner som tidigare inte varit reglerade. Det ska även erinras om EU-rättens företräde vid konflikt. Ett EU-direktiv är bindande för medlemsstaterna och ska införlivas i nationell lag. Såväl Clear Channels påståenden som kammarrättens bedömning följer dessutom en ordning som leder till fel resultat. Det första fråga man ska ställa sig är om koncessionen påbörjad

efter ikraftträdandet. Om svaret på frågan är nekande gäller inga bestämmelser i LUK. Om svaret på frågan är jakande gäller LUK och även bestämmelserna om ändring av koncessioner. Det är när LUK är tillämplig som bestämmelserna om ändring ska motsvara bestämmelserna om ändring av kontrakt enligt LOU och LUF.

Kommunen har härefter anfört bl.a. följande. Kommunen och JCDecaux har träffat en överenskommelse innebärande att Tilläggsavtal 4 ska upphävas. Tilläggsavtal 4 har inte verkställts. Några prestationer har inte utväxlats. Tilläggsavtal 4 är därmed inte längre gällande och målet kan därför avskrivas.

Clear Channel tillägger följande. I överenskommelsen mellan kommunen och JCDecaux anges att parterna överenskommit "att tilläggsavtal nr 4, som ännu inte verkställts, upphör att gälla". Redan ordalydelsen i sig reser frågetecken om den egentliga innebörden såvitt avser tiden mellan ingåendet av Tilläggsavtal 4 och träffandet av överenskommelsen. Att ett avtal "upphör att gälla" innebär inte, i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse därom, med nödvändighet att redan utförda avtalsprestationer ska återgå. En ogiltighet av ett avtal torde däremot med automatik få den följden. Av protokoll från driftmöte mellan kommunen och JCDecaux den 10 april 2018 framgår att parterna dels konstaterat att tilläggsavtal 4 inte gäller eftersom det överklagats av Clear Channel, dels beslutat att parterna "kör vidare på den planen trots att inte tilläggsavtalet är giltigt ännu". Det är anmärkningsvärt eftersom bl.a. tilläggsavtal 4 då var föremål för förvaltningsrättens prövning och vars fullgörande, genom särskilt interimistiskt beslut av kammarrätten den 6 mars 2018 förklarats icke få fullgöras. Det anges i protokollet att papperskorgarna "nu är våra" (dessa skulle överlåtas från JCDecaux till kommunen genom tilläggsavtal 4), något som inte kan tolkas på annat sätt än att denna prestation har utförts. Således är begreppet "inte verkställt" i

överenskommelsen uppenbarligen oförenligt med innebörden att *ingen prestation* har utförts.

Kommunen har härefter tillagt bl.a. följande. Protokoll från driftsmöte utgör inte någon del av parternas överenskommelse. De som närvarade vid mötet har inte heller någon behörighet att ingå avtal. Vad avser anteckningen i protokollet avseende papperskorgarna är formuleringen olycklig. Vad som ska förstås är emellertid endast att det ska göras en inventering om vilka papperskorgar som ska skrotas och vika som ska användas. Detta gäller oavsett ägarförhållandena. Kommunen har inte utgett någon betalning för de aktuella papperskorgarna.

JCDecaux Sverige AB yrkar i första hand att överklagandet ska avskrivas, i andra hand att det ska avvisas och i tredje hand att det ska avslås och anför bl.a. följande. Tilläggsavtal 4 är inte längre gällande varför någon prövning av detta avtal inte kan ske och det finns inte längre skäl att pröva giltigheten av ett avtal som det träffats överenskommelse om ska upphävas. Tilläggsavtal 4 har inte verkställts. Tilläggsavtalet är en del av ett större avtal och det finns därför inte möjlighet att bifalla en talan beträffande en del. LUK ska inte gälla för upphandling av koncessioner som påbörjats före lagens ikraftträdande. Det ska göras en noggrann prövning av frågan om förutsättningar att pröva äldre avtal föreligger jämlikt LUK.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Fråga om avskrivning

Karlstads kommun och JCDecaux gör gällande att målet kan avskrivas med hänvisning till den överenskommelse om avtalets upphörande som kommunen gjort med JCDecaux. Clear Channel har gjort gällande att delar

av avtalet har fullgjorts och att den överenskommelse som träffats mellan parterna inte visar att redan utförda avtalsprestationer ska återgå.

Förvaltningsrätten bedömer att utredningen i målet inte ensidigt talar för att den överenskommelse som åberopats utgör en uppsägning av avtalet. Överenskommelsen är daterad redan den 9 maj 2017 och endast undertecknad av ena parten (kommunen) den 31 maj 2018. Det finns vidare kvarstående oklarheter avseende huruvida avtalet i vart fall delvis redan har fullgjorts, t.ex. avseende de papperskorgar som i och med Tilläggsavtal 4 skulle övergå i kommunens ägo. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund inte skäl att avskriva målet utan tar upp ansökan om överprövning till prövning i sak.

Fråga om tillämplig lag

Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna till LUK gäller lagen inte för upphandlingar av koncessioner som påbörjats före ikraftträdandet.

Enligt 1 kap. 13 § LUK avses med koncession ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet eller enhet och en koncessionshavare, där

1. kontraktet utgör antingen en byggkoncession enligt 8 § eller en tjänstekoncession enligt 19 §,
2. ersättningen för arbetet eller tjänsten utgörs antingen av enbart rätten att utnyttja föremålet för koncessionen eller av dels en sådan rätt, dels betalning, och
3. kontraktet innefattar att en sådan verksamhetsrisk som avses i 22 § övertas av koncessionshavaren.

Enligt 14 kap. 8 § LUK får en koncession ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Av förarbetena (prop. 2015/16:195 s. 851 och s. 919) framgår att de nya bestämmelserna i LUK om ändring av koncessioner även ska tillämpas på befintliga koncessioner. Övergångsbestämmelserna är alltså tillämpliga på själva upphandlingen och omfattar därmed inte ändringar i den koncession som upphandlingen har resulterat i. Någon ändring av övergångsbestämmelserna är således inte nödvändig för att de nya lagarna ska tillämpas på befintliga koncessioner i detta avseende.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 4 april 2018 (mål nr 972-18) uttalat att övergångsbestämmelserna till LUK innebär att lagen i och för sig inte gäller för en upphandling av en koncession som påbörjats före ikraftträdandet den 1 januari 2017. Om en upphandling har slutförts genom ett kontrakt kan emellertid en därefter avtalad ändring av kontraktet inte anses vara del av samma upphandling som det ursprungliga kontraktet. LUK är därför tillämplig i den situationen att ett kontrakt ändras efter ikraftträdandet. Det gäller även om upphandlingen av kontraktet, dvs. det ursprungliga kontraktet, påbörjades före ikraftträdandet och i princip oavsett ändringens karaktär eller omfattning.

Av grundavtalet framgår att JCDecaux inom kommunen ska sätta upp väderskydd, stadsinformationstavlor, stadspelare, gatutoaletter och papperskorgar och att all utrustning kvarstår i företagets ägo. Vidare framgår att kommunen förbinder sig att utan kostnad låta företaget nyttja härför erforderlig kommunen tillhörig mark samt att kommunen beviljar företaget ensamrätt att upplåta dispositionsrätten till reklam i företagets anläggningar. Genom Tilläggsavtal 4 överenskoms att JCDecaux åtar sig att leverera, installera och underhålla ytterligare utrusningar i form av bl.a. väderskydd och stadsinformationstavlor. Vidare framgår att JCDecaux erhåller rätten att

sätta upp stadsinformationstavlor på platser med befintlig reklam och att ha s.k. ”full motion” animerad reklam på de digitala skyltar som ingår i avtalet.

Förvaltningsrätten bedömer att utformningen av Grundavtalet och Tilläggsavtal 4 visar att kommunen och JCDecaux har ingått ett tjänstekoncessionsavtal där kommunen anskaffar tjänster i form av uppsättande av ett antal anläggningar i kommunen och där JCDecaux som ersättning erhåller rätten att utnyttja anläggningarna för reklamändamål. Liksom anförts i ovan nämnda förarbeten samt i Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 972-18 kan en avtalad ändring av ett tjänstekoncessionskontrakt inte anses vara del av samma upphandling som det ursprungliga kontraktet varför LUK är tillämplig i den situationen att ett kontrakt ändras efter ikraftträdandet. Förvaltningsrätten bedömer mot denna bakgrund att LUK är tillämpligt på den ändring av Huvudavtalet som skett den 4 januari 2018 genom Tilläggsavtal 4.

Fråga om ogiltighetsförklaring

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 8 kap. 1 § LUK ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela en koncession informera om detta genom att annonsera upphandlingen. I 3 och 4 §§ finns bestämmelser om undantag, som inte är aktuella i målet, från denna skyldighet.

Enligt 14 kap. 8 § LUK får en koncession ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.

Enligt 14 kap. 9 § får en koncession ändras utan en ny upphandling bland annat om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och ökningen

eller minskningen av koncessionens värde är lägre än det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och 10 procent av koncessionens värde.

Enligt 14 kap. 11 § LUK får en kompletterande beställning av tjänster eller byggentreprenader göras från koncessionshavaren utan att en ny upphandling måste genomföras, om

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. koncessionshavaren av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av koncessionshavare skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Enligt 14 kap. 12 § får en koncession ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela koncessionen och ändringen inte medför att koncessionens övergripande karaktär ändras.

Enligt 14 kap. 14 § får en koncession ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig. En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra anbudssökande bjudits in att delta, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. innebär att koncessionens ekonomiska jämvikt ändras till förmån för koncessionshavaren,
3. medför att koncessionens omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av koncessionshavare.

Enligt 16 kap. 13 § LUK ska rätten besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 8 kap. 1 eller 2 § eller 15 kap. 5 §. Om det motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten enligt 14 § besluta att avtalet får bestå trots att förutsättningarna för ogiltighet är uppfyllda.

Förvaltningsrättens bedömning

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

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

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

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

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

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (FR-05).

Carina Ludvigsson
Rådman

Föredragande: Lars Överström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

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.

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.