



KLAGANDE

Polismyndigheten

Ombud: Advokat [REDACTED] och advokat [REDACTED]

MOTPART

Konkurrensverket

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 1 december 2022
i mål nr 9813-22, se bilaga A

SAKEN

Upphandlingsskadeavgift

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Polismyndigheten yrkar i första hand att kammarrätten ska avslå Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift. I andra hand yrkar Polismyndigheten att upphandlingsskadeavgiften ska fastställas till ett avsevärt lägre belopp än 1 200 000 kr. Polismyndigheten hänvisar till vad den tidigare har fört fram samt tillägger och framhåller i huvudsak följande.

Justeringarna av de ursprungliga ramavtalen är inte väsentliga på det sätt som avses i 17 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och justeringen av ramavtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB (Biltjänsten) var tillåten även enligt bestämmelsen i 17 kap. 9 § LOU om ändringar av mindre värde.

Konkurrensverkets och förvaltningsrättens bedömningar har inte stöd i ordalydelsen i 17 kap. 14 § LOU. Vidare är det osannolikt att det funnits potentiella leverantörer som har avstått från att delta i upphandlingen enbart av det skälet att priserna skulle offereras utifrån debiteringsmodellen i upphandlingen, men som hade varit intresserade av att delta om den debiteringsmodell som finns i ändringsavtalen hade använts från början. Ändringarna måste snarare ha gjort avtalen mindre attraktiva ur ett leverantörsperspektiv eftersom de inneburit minskad ersättning utan någon förändring av uppdraget som sådant. Visserligen skulle den nya debiteringsmodellen ha haft betydelse för utformningen av anbuden, på så sätt att varje anbudsgivare skulle ha ändrat sin avvägning mellan det fasta priset och den rörliga kilometerersättningen. Det hade dock gällt på exakt samma sätt för alla anbudsgivare och det är därför inte sannolikt att den inbördes rangordningen mellan anbudsgivarna hade påverkats.

Bedömningen enligt 17 kap. 9 § LOU av om ett ramavtals övergripande karaktär har ändrats är inte densamma som den bedömning som ska göras i frågan huruvida en viss ändring är att anse som väsentlig enligt 17 kap. 14 §

LOU. En ändring av mindre värde kan vara tillåten enligt 17 kap. 9 § även om ändringen i och för sig skulle anses vara väsentlig enligt 17 kap. 14 §. Som exempel på vad som avses med ändringar av den övergripande karaktären anges i LOU-direktivets¹ skäl 109 ändringar där själva upphandlingsföremålet, eller delar av det, bytts ut mot något annat än vad som från början konkurrensutsatts. Så är inte fallet i de aktuella ändringsavtalen där tjänsterna, deras omfattning och villkoren för utförandet är helt oförändrade.

I vart fall föreligger det sådana förmildrande omständigheter att sanktionsvärdet är mycket lågt.

Konkurrensverket anser att överklagandet ska avslås. Verket vidhåller vad det fört fram i förvaltningsrätten samt tillägger och framhåller i huvudsak följande.

Verket har visat att andra leverantörer hade kunnat delta eller att ett annat anbud hade kunnat vinna om ändringarna varit kända genom den ursprungliga upphandlingen. Det ska erinras om att tilldelningen har grundats på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ändringsavtalen strider mot principerna om likabehandling och transparens och utgör en väsentlig ändring av befintliga avtal.

Vid avgörande av i vilka fall den övergripande karaktären av ett avtal har ändrats kan ledning hämtas från såväl skäl 107 som skäl 109 till LOU-direktivet. Gemensamt för de situationer som exemplifieras i skäl 109 är att resultatet kan antas ha påverkats. De vidtagna ändringarna i avtalen är genomgripande då de innebär en omförhandling av kontraktets grundläggande villkor och viktningen av tilldelningskriterier. Att

¹ Direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

upphandlingsföremålet ändras är inte någon förutsättning för att den övergripande karaktären av ett avtal ska anses ha ändrats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 17 kap. 8 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling om ändringen görs med stöd av någon av bestämmelserna i 9–14 §§. Regleringen i 17 kap. 9–14 §§ LOU anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring som inte omfattas av någon av dessa bestämmelser utgör en otillåten direktupphandling (prop. 2015/16:195 s. 844 och 1127).

Den första frågan kammarrätten har att ta ställning till är om de ändringsavtal som Polismyndigheten ingått med Biltjänsten och Assistancekåren Sweden AB (Assistancekåren) utgör otillåten direktupphandling. Om så är fallet har kammarrätten att ta ställning till om det finns skäl för en upphandlingsskadeavgift och storleken på en sådan avgift.

Tillämpning av 17 kap. 14 § LOU

Polismyndigheten har i första hand gjort gällande att ändringsavtalen med såväl Biltjänsten som Assistancekåren omfattas av undantaget i 17 kap. 14 § LOU eftersom ändringsavtalen inte har medfört någon väsentlig ändring av ramavtalen.

Bestämmelsen i 17 kap. 14 § LOU innebär att ändringar som inte är väsentliga alltid är tillåtna. Uppräkningen i bestämmelsens andra stycke är exemplifierande och knyter an till EU-domstolens dom den 19 juni 2008 i mål C-454/06 (Pressetext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351). I den

domen uttalas bl.a. att en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35). I skäl 107 till LOU-direktivet anges att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.

Polismyndigheten har bl.a. fört fram att såväl Konkurrensverket som förvaltningsrätten gjort en felaktig bedömning när de funnit att ändringarna hade kunnat medföra ett annat utfall av utvärderingen, dvs. att andra anbud hade kunnat vinna vid utvärderingen. En sådan bedömning är enligt Polismyndigheten inte förenlig med ordalydelsen i 17 kap. 14 § LOU eftersom det är en annan sak att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen, dvs. att ändringar skett av så kallade ska-krav, än att andra anbud hade kunnat vinna vid utvärderingen. Kammarrätten kan dock konstatera att uppräkningsregeln i 17 kap. 4 § andra stycket LOU är exemplifierande, vilket innebär att även andra situationer än de som uttryckligen nämns i bestämmelsen kan utgöra väsentliga ändringar. Det förhållandet att 17 kap. 14 § LOU innehåller en sådan exemplifierande uppräkningsregel står inte i strid med LOU-direktivet, vilket Polismyndigheten gjort gällande. Frågan om en direktivkonform tolkning av 17 kap. 14 § LOU på sätt Polismyndigheten gjort gällande aktualiseras därför inte.

Mot denna bakgrund och med hänsyn till vad som i övrigt framkommit i målet finner kammarrätten inte anledning att göra någon annan bedömning

än den förvaltningsrätten har gjort i denna del. Ändringarna som skett genom ändringsavtalen är att betrakta som väsentliga och undantaget i 17 kap. 14 § LOU har därmed inte varit tillämpligt.

Tillämpning av 17 kap. 9 § LOU

Polismyndigheten har även gjort gällande att ändringsavtalet med Biltjänsten omfattas av undantaget i 17 kap. 9 § LOU eftersom avtalet avsett en ändring av mindre värde som inte medfört att ramavtalets övergripande karaktär har förändrats.

Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär framgår enligt förarbetena till bestämmelsen (prop. 2015/16:195 s. 849 f.) i viss mån av uttalanden i skäl 107 och 109 till LOU-direktivet. I skäl 107 anges bl.a. följande. Ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet. I skäl 109 anges bl.a. följande. En ändring som leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär är exempelvis att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats.

I förarbetena anges även bl.a. följande. Ett kontraktets eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening, exempelvis om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor. Allt för dramatiska förändringar av

parternas förpliktelser ändrar avtalets övergripande karaktär. Det är ytterst en fråga för rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär (a. prop. s. 850).

Enligt kammarrättens mening kan begreppet ”avtalets övergripande karaktär” och de exempel som ges i skälen till LOU-direktivet inte uppfattas som att ändringar vad gäller ersättningsvillkor skulle vara uteslutna från att anses som ändringar av ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär. Det får i stället i varje enskilt fall bedömas om en ändring av ersättningsvillkor är en alltför dramatisk förändring av parternas förpliktelser och innebär att det kan antas att resultatet av den tidigare upphandlingen hade påverkats på något relevant sätt.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. I den ursprungliga ramavtalsupphandlingen skedde anbudsutvärderingen enligt lägsta pris utifrån en modell där offererade prisposter viktades för att sedan läggas samman i ett utvärderingspris. Modellen innebar bl.a. att anbudsgivarna skulle ange ett fast pris för uppdrag inom en radie av 10 km från en viss plats. För transporter utanför radien skulle ett särskilt tilläggspris per kilometer för resterande del av körsträckan anges. De offererade priserna i upphandlingen låg inom intervallet 0–2 000 kr i fast pris för normal-tidsbärgning inom radien och inom intervallet 1–1 000 kr för kilometerpris. Flertalet anbudsgivare hade utformat sina anbud med fokus på kilometerdebitering. I ändringsavtalet har bl.a. beräkningen av ersättningen justerats på så sätt att fast pris utgår inom en radie om 50 km och priserna för fast pris respektive kilometerpris har ändrats. Det fasta priset för transporter har ändrats från 0 kr inom radien 10 km till 4 500 kr inom radien 50 km. Kilometerpriserna utanför radien har för vissa transporter ändrats från 185 kr till 28 kr och för andra från 275 kr till 55 kr. Även vissa ytterligare förändringar av ersättningsvillkoren har gjorts i ändringsavtalet.

Ersättningsvillkor är viktiga kontraktsvillkor och har dessutom särskilt stor betydelse när ramavtalstilldelningen, såsom i förevarande fall, har skett på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom ändringsavtalet har det bl.a. skett en dramatisk förändring av radien för fast pris samt av storleken på det fasta priset och kilometerpriset. Det kan enligt kammarrättens mening antas att resultatet av den ursprungliga upphandlingen skulle ha påverkats om de ändrade ersättningsvillkoren hade funnits med från början. Uppgifterna om hur pris offererades i den tidigare upphandlingen stödjer detta ställningstagande. Vad Polismyndigheten anfört medför ingen annan bedömning. De ändrade ersättningsvillkoren utgör därför en sådan förändring av ramavtalets övergripande karaktär som avses i 17 kap. 9 § LOU. Undantaget i denna bestämmelse är alltså inte tillämpligt vad gäller Polismyndighetens ändringsavtal med Biltjänsten.

Slutsats

Eftersom ändringarna i Polismyndighetens ramavtal med Assistancekåren respektive Biltjänsten inte har kunnat göras med stöd av någon av de undantagsbestämmelser som Polismyndigheten gjort gällande varit tillämpliga har ändringsavtalen utgjort otillåtna direktupphandlingar.

Upphandlingsskadeavgift

Det som Polismyndigheten har fört fram och det som i övrigt framgår av utredningen ger inte kammarrätten anledning att göra någon annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort i denna del. Kammar-rätten finner därmed att det finns grund för att påföra Polismyndigheten en upphandlingsskadeavgift och att den av Konkurrensverket yrkade avgiften framstår som väl avvägd.

Överklagandet ska därför avslås.

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

Eva Östman Johansson
kammarrättsråd
ordförande

Astrid Eke
kammarrättsråd
referent

Anette Briheim Fällman
kammarrättsråd

/Emma Fransson
föredragande jurist