

YTTRANDE

DATUM
2003-06-06
ERT DATUM
2003-04-11

DIARIENR
2003/0176-29
ER BETECKNING
Mål nr 998-2003

1 (15)

Regeringsrätten
Avd II
Box 2293
103 17 STOCKHOLM

Yttrande i Regeringsrättens mål nr 998-2003

Regeringsrätten har förordnat att Nämnden för offentlig upphandling (NOU) skall avge yttrande i rubricerade mål. Regeringsrätten har inte angivit närmare vad NOU skall yttra sig över.

NOU anser att ett kontrakt som inte upphandlats i enlighet med gällande bestämmelser inte får förlängas utan att detta strider mot LOU. Även om ett avtal kan vara civilrättsligt bindande mellan parterna, trots att det ingåtts i strid med LOU, får en upphandlande enhet inte vidmakthålla ett avtal som tecknats i strid med upphandlingsbestämmelserna genom att förlänga det. Om en upphandling genomförts i strid med upphandlingsbestämmelserna anser NOU att ett utnyttjande av klausulen är att betrakta som en ny lagstridig upphandling, även om kontraktet, såsom i förevarande fall, innehåller en förlängningsklausul.

Under dessa förhållanden bör den upphandlande enheten avsluta avtalet så snart det går och genomföra en ny upphandling enligt gällande bestämmelser.

Medlemsstaterna inom EU har enligt rättsmedelsdirektivet¹ en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera, att en upphandlande enhets beslut, vad beträffar upphandling, prövas effektivt. Direktivet föreskriver inte någon skyldighet för medlemsstaterna att i de nationella bestämmelserna införa möjligheter att upphäva eller åsidosätta beslut. Inte heller föreligger någon sådan skyldighet enligt svensk lagstiftning. En upphandlande enhet kan således inte enligt svensk rätt åläggas att genast frånträda avtalet och därigenom göra sig skyldig till avtalsbrott. Vid varje förlängningstillfälle får det dock enligt NOU:s uppfattning anses föreligga

¹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten, ändrat genom rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

en skyldighet för upphandlande enheter att bedöma om ett upphandlingskontrakt fortfarande får och bör förlängas. Landstinget har i aktuellt fall en möjlighet, som det bör utnyttja, att frånträda avtalet enligt överenskomna villkor och teckna ett nytt kontrakt efter en regelrätt upphandling.

För det fall att prövningen av målet inte skulle omfatta frågan om det aktuella avtalet tecknats i enlighet med gällande rätt, gör NOU följande bedömning av de grundläggande principerna för offentlig upphandling avseende användningen av förlängningsklausuler och avtalstidens längd. Frågan går nämligen inte att besvara direkt, vare sig utifrån äldre eller nuvarande bestämmelser och inte heller från den rättspraxis som finns på området. Av principen om transparens följer att en upphandling skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Det kan inte anses förenligt med transparensprincipen att en upphandlande enhet ingår avtal som har en förlängningsklausul som medför att avtalet kan löpa i oändlighet. Principen om likabehandling förutsätter också att upphandling sker i konkurrens efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig få möjlighet att konkurrera om det aktuella uppdraget.

Ett avtal som löper på obestämd tid bör därför vid lämpligt tillfälle avslutas. Om avtalet från år 1990 anses gälla i målet har det upphandlats enligt äldre bestämmelser och har redan utnyttjats under 13 år. Dessa skäl talar för att det inte borde ha förlängts.

För det fall det skulle visa sig att en upphandling har genomförts i enlighet med LOU inför tecknandet av tilläggsavtalet 1997 kan ytterligare en förlängning inte hävdas stå i strid med LOU:s bestämmelser. NOU uttalar sig däremot inte om huruvida en sådan lösning skulle vara praktisk och ekonomiskt försvarbar.

1. Bakgrund

I kammarrättsdomen i målet anges bland annat följande. ”Mellan Landstinget Västernorrland och Långseletvätten AB gäller sedan 1990 ett tvättserviceavtal. Ett tillägg till avtalet ingicks den 20 oktober 1997 vilket gäller fr.o.m. den 10 oktober 1997 t.o.m. den 31 december 2001 med tolv månaders ömsesidig uppsägningstid. Sägs avtalet inte upp senast tolv månader före avtalstidens slut fortsätter det att gälla med två år i taget. Avtalet har automatiskt förlängts t.o.m. utgången av år 2003. Fråga är nu om ytterligare en automatisk förlängning av avtalet är förenligt med upphandlingsreglerna.” NOU utgår från den av kammarrätten ställda frågan.

NOU uppmärksammar därutöver att handlingarna i målet synes visa att tilläggsavtalet inte tillkom efter en upphandling i enlighet med LOU.

Av de handlingar som har gjorts tillgängliga för NOU framkommer inte annat än att ett tvättserviceavtal gällt sedan 1990 och att det tilläggsavtal som ingicks 1997 tecknades i samband med att det ursprungliga avtalet från 1990 var föremål för ”justeringar/upphandling i samband med försäljning av Långeletvätten AB 1997 då även Tvättman/Berendsen lämnade in anbud”.

I tvättserviceavtalet från 1990 anges under 7 § att ”Detta avtal gäller under perioden 1990 01 01 – 1999 12 31. Sker ej skriftlig uppsägning av avtalet senast tre år före avtalstidens utgång, förlängs avtalet därefter i perioder om fem år med enahanda uppsägningstid. Om samarbetsgruppen finner det nödvändigt att skriva om avtalet under löptiden skall sådan ändring kunna påkallas av samarbetsgruppen”. Samarbetsgruppen består enligt avtalet av representanter för landstinget och tvätteriet.

Avtalet från 1990 har enligt ansökan om överprövning (2002-12-12) sagts upp den 20 december 1996 och i enlighet härmed upphört att gälla vid utgången av 1999. Av ansökan om överprövning framkommer vidare att Wash It Gruppen AB förvärvade aktierna i Långeletvätten AB under 1997. I samband därmed återtogs uppsägningen och avtalet förlängdes till och med utgången av 2001. Överenskommelsen blev 1997 föremål för det ovan nämnda tilläggsavtalet.

2. Den legala grunden

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandlingar över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandlingar under dessa tröskelvärden samt upphandling av bland annat B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning bygger delvis på tidigare gällande svenska regler². För dessa upphandlingar gäller 6 kap. LOU. Upphandling av tvättjänster är att hänföra till avdelning B i bilaga till LOU³. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bland annat ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). I samband med Sveriges anslutning till WTO och den tillhörande överenskommelsen GPA gjordes vissa ändringar i LOU⁴. LOU inbegriper både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.

² Upphandlingsförordningen (1986:366) och upphandlingsreglementet.

³ Se Regeringsrättens dom (RÅ 1998 not 44) där det konstateras att LOU var tillämplig på en överenskommelse avseende ett tvättserviceavtal. Domen kommenteras i *NOU info juni -98* sid. 17.

⁴ Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

EG-fördraget saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena. Principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande⁵ konstaterat att upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden. Upphandlande myndigheter är därför skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler även vid upphandlingar under tröskelvärdena.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av direktivets bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet.⁶

EG-domstolen har vid bedömning av en upphandling påtalat att en överträdelse inte bara skall bedömas i förhållande till de leverantörer som har deltagit i en upphandling utan även de som inte har deltagit men som kan drabbas av skada p.g.a. överträdelsen⁷.

3. Syftet med upphandlingsdirektiven och utnyttjandet av konkurrensen

Det förutsätts implicit i LOU och EG-direktiven om offentlig upphandling att offentliga upphandlingskontrakt utsätts för konkurrens med jämna mellanrum. Syftet med upphandlingsreglerna skulle sättas ur spel, om det var tillåtet för upphandlande enheter att ingå kontrakt med en avtalstid som var obegränsad. Principen om likabehandling förutsätter också att upphandling i konkurrens sker efter förutbestämda perioder. Konkurrenterna till den kontrakterade leverantören skulle annars aldrig tillåtas konkurrera om det aktuella uppdraget. EG-domstolen har i ett flertal fall, bland annat i Stora Bælt-målet⁸, uppgivit att huvudändamålet med direktiven är att upprätthålla en effektiv konkurrens i offentlig upphandling⁹.

⁵ Mål C-59/00, Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även C-324/98.

⁶ C-28/95, A. Leur Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

⁷ C-359/93, Kommissionen mot Nederländerna, den s.k. Unix-domen.

⁸ C-243/89, Kommissionen mot Danmark.

⁹ Se *NOU info okt.* –96 sid. 17 f.

NOU vill erinra om lydelsen i ingressen till upphandlingsdirektiven, vari det bland annat anges att upphandlande enheter måste annonsera sina upphandlingar inom hela gemenskapen för att en effektiv konkurrens skall kunna utvecklas inom det offentliga upphandlingsområdet.

I Riksrevisionsverkets (RRV) kommentar till 3 § UF anges bland annat att ”I kravet att utnyttja konkurrensmöjligheterna ligger också att avtal med längre varaktighet omprövas med jämna mellanrum.” Detta regelsystem förutsatte således att upphandling skulle ske med jämna mellanrum.

Konkurrenskravet har också kommit till uttryck i ett beslut från Kammarrätten i Göteborg¹⁰ där det uppgivits att det inte torde vara i enlighet med lagstiftarens intentioner att ett vårdavtal med en läkare, som har rätt till ersättning på grund av övergångsbestämmelserna till lagen om läkarvårdsersättning, aldrig skulle behöva utsättas för konkurrens.

4. Avtalstidens längd

Varken EG-direktiven, GPA eller LOU innehåller någon uttrycklig maximigräns för hur lång tid ett avtal få gälla. Inte heller i UF eller UR föreskrevs på sin tid någon maximigräns för överenskommen avtalstid.

NOU har tidigare uttalat följande om avtalstidens längd:

”Avtalstidens längd får bedömas från fall till fall med hänsyn till karaktären av anskaffningen. Stora investeringar som leverantören gör enkom för en viss leverans till den offentliga sektorn måste ha en sådan avtalstid att leverantören får en rimlig avskrivningstid. Upphandling av t.ex. ett redovisningssystem kräver en längre avtalstid för kontinuitetens skull. Detsamma gäller t.ex. drift av sjukhus eller andra avtal där stora investeringar måste göras av leverantören. Efter NOU:s kontakter med England kan nämnas att man där anser att avtalstiden i en kontrakt om sophämtning i en större kommun (250 000 invånare) bör kunna vara fem till sju år.”¹¹

Eftersom LOU reglerar vitt skilda typer av kontrakt måste den lämpliga avtalstiden variera stort med hänsyn till föremålet för upphandlingen och gällande villkor i den bransch som är aktuell.

Den administrativa kostnaden för att genomföra en upphandling bör också påverka avtalstidens längd. En högre administrativ kostnad talar för att avtalstiden blir längre, jämfört med en mer standardiserad upphandling som

¹⁰ Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3165-2001, dom meddelad 2001-06-15.

¹¹ *Sammanställning NOU info 93-95* sid. 65 f.

kan genomföras t.ex. med hjälp av befintliga mallar för förfrågningsunderlag m.m.

Det bör samtidigt observeras att en alltför kort avtalstid som inte är tillräckligt väl avvägd mot de kommersiella omständigheter som en tänkbar leverantör måste ta hänsyn till, kan innebära att den tidigare leverantören gynnas och att upphandlingen härigenom strider mot principen om likabehandling.

5. Avtal skall vara tidsbegränsade

Av principen om transparens följer att en upphandling skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Det kan med dagens regler (från 1994), enligt NOU:s uppfattning, inte anses förenligt med transparensprincipen att en upphandlande enhet ingår avtal som med hjälp av en förlängningsklausul kan löpa utan tidsbegränsning.

Mot uppfattningen att avtal normalt skall vara tidsbegränsade, kan åberopas regeln för avtal på obestämd tid bland reglerna om beräkning av tröskelvärden. I LOU¹² anges en regel om hur värdet skall beräknas för kontrakt som inte anger något totalpris, löper under mer än fyra år eller på *obestämd tid*. Den nu aktuella bestämmelsen är hämtad ur upphandlingsdirektiven¹³. För upphandlingskontrakt som löper på obestämd tid anges att värdet skall beräknas till månadskostnaden multiplicerad med talet 48. Den exakta bakgrunden till att antalet månader här valts som motsvarar fyra år står inte att hitta.

Innebörden av denna bestämmelse torde dock vara att ge information om hur beräkningen av ett kontrakts värde skall ske, i det fall den upphandlande enheten inte har för avsikt att eller inte kan ange en definitiv sluttidpunkt för ett avtal. Avsikten här torde vara, att enheten måste kunna sluta sig till om ett kontrakt skall anses omfattas av EU-bestämmelserna eller inte. NOU anser således att lydelsen inte kan anses innebära, att det generellt är förenligt med upphandlingsbestämmelserna att ingå avtal på obegränsad tid. Begreppet ”obestämd tid” i LOU motsvaras i direktivens olika språkliga versioner av ”indefinite period” (engelska), ”la détermination de leur durée ne peut être définie” (franska) och ”bei unbefristeten” (tyska), vilket inte ger någon ytterligare ledning avseende betydelsen av bestämmelsen.

¹² 5 kap. 7 § LOU

¹³ Artikel 7.2 92/50/EEG.

Även GPA innehåller bestämmelsen om att beräkna värdet på ett kontrakt med obestämd löptid med den månatliga utbetalningen multiplicerad med 48.

Förslaget till nytt direktiv för upphandling inom den klassiska sektorn¹⁴ innehåller en reglering om att ”Ramavtalets löptid bör därför begränsas och bör inte kunna överstiga fyra år, utom i fall som är vederbörligen styrkta av de upphandlande myndigheterna”. Se ingressen (10) och artikel 32. Även denna tidsangivelse anser NOU vara en grund för att avtal, om inte särskilda skäl föreligger, inte bör ha en längre löptid än fyra år.

NOU har rekommenderat upphandlande enheter att ingå tidsbegränsade avtal och inte ingå avtal som löper tills vidare. I *NOU info december -93* uppgavs att upphandlande enheter bör gå igenom sina avtal och säga upp (när så är möjligt) eller att inte förlänga avtal som löper längre tid än vad som varit rekommenderat. Denna rekommendation lämnades mot bakgrund av att LOU skulle träda i kraft inom kort. Avsikten var att gällande kontrakt avseende sådana varor och tjänster som behövs kontinuerligt, om de tecknats enligt tidigare regelsystem successivt skulle upphöra eller sägas upp i enlighet med avtalsvillkoren, så att nya kontrakt skulle kunna upphandlas enligt LOU.

NOU har vidare uppgivit följande ”NOU har i tidigare *NOU info* hävdats att anskaffning av varor eller tjänster (utom avrop) normalt skall konkurransutsättas. Undantagen är få, och över tröskelvärdena särskilt angivna i LOU. Såväl stora som små upphandlingar skall följa dessa regler. Avtal (inkl. överenskommelser om uppdrag) skall därför vara tidsbegränsade och inte löpa tills vidare. Detta krav framgår inte uttryckligen av lagen, men kan anses följa av *huvudregeln om affärsmässighet*”¹⁵ (kursiverat här).

Med ett avtal som innehåller en definitiv sluttidpunkt undviker upphandlande enheter att löpande avtal som inte längre är ekonomiskt förmånliga ändå får fortsätta att löpa av slentrian eller p.g.a. ovilja att genomföra en ny upphandling.

En upphandlande enhet torde inte av praktiska skäl kunna upprätthålla samma avtal under en längre eller obegränsad tid. Ändrade förhållanden torde förr eller senare framtvunga sådana ändringar av avtalsförhållandena att det inte längre kan göras gällande att enheten använder sig av det ursprungliga avtalet.

¹⁴ KOM (2000) 275 slutlig-COD 2000/0115.

¹⁵ *Sammanställning NOU info 1996* sid. 40.

NOU har särskilt kommenterat utnyttjandet av förlängningsklausuler och angivit följande.

”En sådan förlängningsklausul bör helst innehålla ett aktivt moment för att förlängningen av avtalet skall utlösas dvs. vara sådan att den utnyttjas först sedan parterna överenskommit om att utnyttja rätten att förlänga avtalet. Förlängningsklausuler som innebär att avtalet automatiskt förlängs om ingen av parterna säger upp avtalet bör således undvikas. Innehåller en överenskommelse ingen förlängningsklausul får inte avtalet förlängas. Detta har uppenbarligen förekommit exempelvis på området taxi/färdtjänst, bl.a. i samband med byte av huvudman.

Enligt ett rättsligt avgörande i Danmark förklarar Klagenævnet att förlängning av ett avtal utan förlängningsklausul inte är förenligt med upphandlingsdirektivet i fråga. När avtalsperioden är slut, eventuellt efter en avtalad förlängningsperiods utgång, skall en ny upphandling äga rum.

En ytterligare förutsättning är att vid upphandling över tröskelvärdena annonsering av totalbeloppet skett dvs. att förlängningsperioder eller optionsrätter inkluderats vid tröskelvärdesberäkningen.

NOU anser att icke tidsbegränsade avtal snarast skall*) sägas upp. Även avtal med förlängningsklausuler skall*) sägas upp, särskilt om förlängningsklausulen utnyttjats en gång.

*)Kommentar: Systemet förutsätter att anskaffning utsätts för konkurrens med jämna mellanrum

Det är därför viktigt att den upphandlande enheten har ett tillfredsställande bevakningssystem som medger planering och förberedelse i tid för en ny upphandling när tiden för ett gällande avtal lider mot sitt slut.

Uppsägningstidens längd får bedömas från fall till fall såvida uppsägningen inte reglerats i avtalet. Om ett tillsvidareavtal fått löpa en mängd år eller om ett avtal med förlängningsklausul förlängts i årtal eller om enheten kunnat konstatera att leverantören anpassat utrustning enbart för enhetens räkning måste naturligtvis uppsägningstiden anpassas efter detta.”¹⁶

Kammarrätten i Göteborg synes ha godtagit att ett avtal skall tidsbegränsas när den uttalat följande¹⁷. ”Kammarrätten utgår i sin bedömning från att

¹⁶ Sammanställning NOU info 93-95 sid. 65 f.

¹⁷ Mål nr 4069-1998, dom meddelad 1998-08-06.

förlängning av avtal inte får ske om inte avtalet innehåller en förlängningsklausul. Med hänsyn till att anskaffningar förutsätts utsättas för konkurrens med jämna mellanrum skall även avtal med förlängningsklausul sägas upp, särskilt om förlängningsklausulen utnyttjats en gång.” Domen berör ett avtal om tvätteriverksamhet som skulle förlängas automatiskt så länge det inte sades upp av någondera parten.

Beträffande hur lång tid ett avtal skall gälla, anser NOU att skillnad bör göras mellan den ursprungligen avtalade tiden och den tid som avtalet kan göras gällande efter en förlängning (automatisk eller efter en aktiv handling av parterna). När en upphandlande enhet skall genomföra en upphandling där sådana kommersiella omständigheter för tänkbara leverantörer föreligger som motiverar en längre avtalstid än normalt, bör detta om det skall komma leverantören tillgodo vid kalkyleringen *inför* anbudsgivningen, avspeglas i den tid som avtalet skall gälla, *exklusive* eventuell förlängningsmöjlighet. Omständigheter som här åsyftas är t.ex. att viss tid erfordras för leverantören att genomföra avskrivningar för investeringar som är nödvändiga för kontraktet.

Om en otillåten direktupphandling genomförs av en upphandlande enhet och kontraktet innehåller en förlängningsklausul, anser NOU att en förlängning (genom passivitet eller aktivt handlande) av avtalet är att betrakta som en ny lagstridig direktupphandling.

Enligt NOU:s uppfattning antyder de ovan angivna reglerna om beräkning av kontraktsvärdet att den förväntade löptiden inte bör vara för lång och normalt kan beräknas till ca fyra år.

I förevarande fall uppges att förlängning av tilläggsavtalet skett vid ett tillfälle och avtalet gäller fram t.o.m. utgången av 2003, vilket innebär att avtalstiden uppgår till i vart fall sex år. Av handlingarna framkommer inte om avtalet innebär att leverantören har genomfört investeringar enbart för att kunna fullfölja avtalet. Landstinget har inte heller åberopat andra omständigheter som talar för att uppdraget bör utföras under en relativt lång period.

6. LOU i förhållande till civilrättsligt bindande avtal

Det synes som om ett civilrättsligt avtal ingåtts och fortfarande gäller mellan landstinget och Långesetvädden AB. NOU menar dock att ett avtal kan vara civilrättsligt bindande mellan parterna, trots att det ingåtts i strid med LOU. En upphandlande enhet får inte, enligt NOU:s uppfattning, vidmakthålla ett avtal som tecknats i strid med upphandlingsbestämmelserna genom ytterligare en förlängning.

7. Identitet skall föreligga mellan det avtal som upphandlats och det avtal som tillämpas¹⁸

LOU reglerar förfarandet inför tilldelning av ett kontrakt, men regelsystemet förutsätter att kontraktet under avtalstiden används i enlighet med de villkor som angetts både i förfrågningsunderlaget inför upphandlingen och i det ursprungliga kontraktet. Om villkoren behöver ändras i ett löpande avtal, krävs det normalt att en ny upphandling genomförs.

En upphandlande enhet får således inte, enligt NOU:s uppfattning, göra ändringar i ett gällande avtal, annat än sådana som anges i avtalet och som med ett visst mått av exakthet objektivt kan fastställas vid en viss senare tidpunkt. Det får t.ex. anges att en prisuppgift i enlighet med ett angivet index skall räknas upp vid en viss tidpunkt. En sådan total frihet som samarbetsgruppen givits - att skriva om avtalet under löptiden om den ansåg det vara nödvändigt - kan inte anses vara tillåten. Ett nytt förfrågningsunderlag skall i så fall utarbetas och ändringen ske som ovan anförts genom tecknandet av ett nytt kontrakt efter genomförd upphandling.

I ett ärende¹⁹ har NOU ansett att en upphandlande enhet brutit mot LOU genom att på ett väsentligt sätt förändra förutsättningarna för möjligheterna att utta viten från leverantören i deras avtal. NOU uppgav bland annat att det inte föreligger en "...generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att på ett väsentligt sätt förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt, oavsett om kontraktet upphandlats enligt reglerna i den klassiska sektorn eller enligt reglerna i försörjningssektorerna".

Följande utdrag är hämtat ur ärendet (dnr 2000/0320-26):

"Såsom EG-domstolen uttalade i sin dom i Stora Bælt-målet (C-243/89) "...innebär principen om likabehandling av alla anbudsgivare ett krav på att anbudet skall överensstämma med förfrågningsunderlaget. Härav följer att *all förhandling, såväl före som efter tilldelningen av kontraktet* och vilket leder till ändringar i underlaget och av anbudspriset, anses strida mot gemenskapsrättens regler om offentlig upphandling."

Målet Kommissionen mot Frankrike (C-337/98) behandlade bl.a. frågan om en upphandlande enhet vid en upphandling inom försörjningssektorerna brutit mot direktiv 93/38/EEG genom att omförhandla de väsentliga villkoren i ett avtal. EG-kommissionen menade att det förelåg väsentliga skillnader i fråga om teknologi och pris

¹⁸ Se 2 kap. 10 §, 3 kap. 17 § och 5 kap. 19 § LOU avseende väsentlig förändring.

¹⁹ Granskning av AB Storstockholms lokaltrafik och Citypendels AB:s avtal om pendeltågstrafik, NOU dnr 2000/0320-26, *NOU info december -01* sid. 12 ff.

mellan det första och andra skedet i den aktuella upphandlingen, varför en nytt upphandlingsförfarande skulle anses ha kommit till stånd.

EG-domstolen konstaterade emellertid att EG-kommissionen inte kunnat visa att skillnaderna i fråga om teknologi och pris utgjort sådana väsentliga förändringar att ett nytt upphandlingsförfarande skulle ha inletts. De tekniska förändringarna var en naturlig följd av den tekniska utvecklingen och prisutvecklingen följde den tidigare överenskomna. Domstolen konstaterade följaktligen att EG-kommissionen inte förmått visa att nya förhandlingar som visade på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet hade inletts. Av domslutet kan således utläsas att utgången i målet blivit annan för det fall EG-kommissionen faktiskt kunnat påvisa väsentliga förändringar i steg två i upphandlingen.”

I ett annat ärende²⁰ har NOU ansett att det inte längre förelåg identitet mellan de avtal avseende polititransporter som tidigare upphandlats och de avtal som tillämpades efter en prishöjning. NOU uppgav bland annat följande. ”Enligt NOU är en 60 % prishöjning av de upphandlande priserna en så väsentlig ändring av de avtalade förutsättningarna att det inte längre föreligger identitet mellan de avtal som upphandlats och de avtal som tillämpats efter prishöjningarna. Det omförhandlade avtalen får anses utgöra nya avtal. Enligt NOU:s mening skall i sådana situationer, om en extern entreprenör behöver anskaffas, en ny upphandling påbörjas omgående. Detta gäller oavsett om det upphandlingsförfarandet som tillämpats initialt tillåter förhandlingar eller inte.”

8. Pågående brott mot upphandlingsreglerna

NOU har yttrat sig²¹ över en skrivelse från Europeiska kommissionen angående klagomål om bland annat brott mot bestämmelserna om offentlig upphandling. Kommissionen synes i ärendet inte bara påtala att brott skett mot LOU:s bestämmelser, utan kommissionen har också framfört klagomål på att ett kontrakt som har upphandlats i strid mot bestämmelserna får fortsätta att gälla under en lång tid.

Europeiska kommissionen har i ett annat fall riktat ett motiverat yttrande (SG (2002) D/220887) enligt artikel 226 i Fördraget mot Sverige med anledning av Kalmar Läns Trafik AB upphandling av busstransporttjänster. Kommissionen hänvisar till regeringens svar på den formella underrättelsen

²⁰ Polismyndighetens i Stockholms län och Stockholms läns landstings upphandlingar av polititransporter, NOU dnr 2000/0292-26, *NOU info oktober -01*, sid. 9 f.

²¹ NOU dnr 2002/0119-29.

av den 21 maj 2002 och anger att "...[ä]ven om de svenska myndigheterna medgivit att det föreligger en överträdelse mot direktivet är det nödvändigt att avge ett motiverat yttrande därför att effekterna av överträdelsen inte har upphört men fortsätter i form av ett serviceavtal som skall gälla fram till den 20 augusti 2006". Detta innebär enligt kommissionen att överträdelsen inte har upphört.

NOU angav i sitt svar²² bland annat att det i direktiv 93/13/EEG saknas krav på att medlemsstaterna skall införa bestämmelser som stipulerar hävning av kontrakt som ingåtts i strid med försörjningsdirektivet. Den svenska regeringen uppger i sitt svar, att den inte delar kommissionens uppfattning, att den aktuella överträdelsen pågår, så länge avtalet som slutits på grundval av upphandlingsförfarandet gäller mellan parterna.

Eftersom landstinget enligt avtalet i nu aktuellt fall har möjlighet att inte förlänga tvättserviceavtalet, till skillnad mot förhållandena i ovan angivna ärenden, analyserar inte NOU frågan närmare.

Frågan om en direktupphandling som består av förlängning av ett pågående avtal kan angripas med stöd av LOU har prövats av Kammarrätten i Stockholm²³. Målet avser kommunstyrelsens i Haninge kommun beslut att underställa fullmäktige ett förslag till förlängning av ett pågående avtal. Kammarrätten bedömde att beslutet utgjorde en tillräcklig grund för ingripande enligt LOU.

I målet anförde den klagande leverantören att det saknas laglig grund för förlängningen och att denna därför utgör en otillåten direktupphandling. Länsrätten avvisade i beslut ansökan om att ta upp målet till prövning. Domstolen uppgav att det, på grund av att kommunen ännu inte fattat beslut om förlängning i ärendet, saknades förutsättningar att ta upp målet till prövning eller att fatta beslut om att upphandlingen inte utan vidare får avslutas.

Målet överklagades till kammarrätten, som ansåg att det förfarande som inletts genom kommunstyrelsens i Haninge kommun beslut att förlänga ett avtal, är sådant att det kan bli föremål för överprövning enligt LOU. Kammarrätten anförde att det följer av Regeringsrättens avgörande RÅ 1998 not 44²⁴, att ett påbörjat formbundet upphandlingsförfarande inte är en förutsättning för överprövning i allmän förvaltningsdomstol enligt 7 kap. 1 § LOU. Kammarrätten uppgav vidare att regelsystemet får anses förutsätta, att en direktupphandling kan angripas med stöd av LOU.

²² NOU dnr 2002/0211-29.

²³ Mål nr 8029-02, dom meddelad 2002-11-27.

²⁴ Refererat i *NOU info juni -98*, sid. 17f., mål nr 1399-1997, dom meddelad 1998-03-25.

Frågan om att upprätthålla avtal som strider mot regelsystemet har aktualiserats även i allmän domstol²⁵ som i domen konstaterar bland annat att ”Avtalet mellan kommunen och [käranden] står i strid med bestämmelserna om upphandling till följd av att [käranden] inte rättat sig efter förfrågningsunderlaget. Tingsrätten finner att avtalet under föreliggande omständigheter inte har kunnat göras gällande mot kommunen och att [käranden] därför inte heller har någon rätt till skadestånd på grund av avtalsbrott.” Tingsrätten fann att kommunen med riktig tillämpning av LOU från början skulle ha förkastat kärandens anbud.

Situationen i nu aktuellt mål är dock sådan att det finns möjlighet för landstinget att få avtalet att upphöra utan att riskera att göra sig skyldig till avtalsbrott, eftersom möjlighet finns att säga upp avtalet i enlighet med villkoren.

9. NOU:s bedömning

Landstinget har 1996 sagt upp avtalet från år 1990 och detta avtal har därför upphört att gälla vid utgången av den ursprungliga avtalstiden 1999. Uppgiften som återges ovan att ”tilläggsavtalet var föremål för justering/upphandling” tillsammans med uppgifterna i ansökan om överprövning om att avtalet sagts upp, får tolkas så att nu gällande avtal från 1997 inte föregåtts av en upphandling i enlighet med LOU:s bestämmelser. Ett tillägg som medför ändringar av prisnivå och avtalstiden i jämförelse med avtalet från 1990, betraktas inte av NOU som sådan justering som kan göras under avtalstiden utan att ny formbunden upphandling sker.

Det kan inte anses acceptabelt att förlänga ett kontrakt som har ingåtts i strid med LOU. Varje förlängning av avtalet strider mot LOU.

Även om avtalet är civilrättsligt bindande föreskriver det ingen skyldighet att förlänga avtalet. De principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten skulle sättas ur spel om det varit tillåtet att förlänga ett kontrakt som tecknats efter en upphandling som inte genomförts i enlighet med upphandlingsreglerna. De leverantörer som inte får tillfälle att lämna anbud på det som förlängningen avser har enligt NOU ett berättigat intresse av att begära överprövning.

Om Regeringsrätten skulle komma till slutsats att avtalet från år 1990 trots allt anses gälla i målet har det upphandlats enligt äldre bestämmelser och

²⁵ Mora tingsrätt (mål nr T 365-00, dom meddelad 2002-12-20). Målet har överklagats till Svea hovrätt.

redan utnyttjats under 13 år. Dessa skäl talar för att det inte borde ha förlängts. Även i detta fall bör landstinget säga upp avtalet snarast möjligt och teckna ett nytt kontrakt efter genomförd upphandling. Såsom angivits ovan bör landstinget, av affärsmässiga skäl, vid tidpunkten för övervägandet av om avtalet antingen skall förlängas eller sägas upp, välja den sist nämnda lösningen, så att ett nytt kontrakt kan tecknas efter genomförd upphandling. Upphandlande enheter kan inte enligt NOU:s uppfattning fortfarande undanhålla offentlig kontrakt från upphandling enligt nu gällande regelverk.

För det fall det i målet inkommer ny information som visar att en upphandling har genomförts i enlighet med LOU inför tecknandet av tilläggsavtalet 1997, kan ytterligare en förlängning inte hävdas stå i strid med LOU:s bestämmelser. NOU uttalar sig däremot inte om huruvida en sådan lösning skulle vara praktiskt och ekonomiskt försvarbar.

Det som enligt handlingarna åberopas av den klagande leverantören är bland annat att NOU har uppgivit, att förlängningsklausuler inte får användas mer än en gång och att avtal som löper tills vidare snarast skall sägas upp. Det finns dock inte något uttryckligt förbud i LOU mot att förlänga ett avtal mer än en gång. Om en förlängning av ett avtal skall ske, vare sig det gäller att acceptera en automatisk förlängning eller en förlängning som är beroende av ett aktivt handlande av parterna, så skall detta avgöras i varje enskilt fall med hänsyn till affärsmässighetsprincipen. NOU:s avsikt har aldrig varit att hävda att det finns ett generellt förbud mot att använda en förlängningsklausul mer än en gång.

Skälen till att NOU anser att avtal bör vara tidsbegränsade finns angivna ovan under avsnitt 5 med rubriken ”Avtal skall vara tidsbegränsade”.

En förutsättning för förenligheten med LOU avseende utnyttjandet av en förlängningsklausul är att information om förlängningsklausulen fanns angiven i förfrågningsunderlaget, att upphandlingen skett enligt LOU och att villkoren i avtalet inte väsentligen ändrats under avtalstiden.

Om avtalstiden räknas från 1997 anser NOU att en avtalstid på tillsammans åtta år, vilket blir resultatet om ytterligare en förlängning sker, överskrider vad som normalt kan anses vara en lämplig avtalstid. NOU konstaterar att en avtalstid på åtta år givetvis kan vara betingat av affärsmässiga skäl. Sådana skäl som angivits ovan under avsnitt 4 bör komma leverantörer till del i en upphandling genom den först bestämda avtalstiden och inte genom tid som görs åtkomlig genom eventuell förlängning. Av NOU:s redogörelse ovan framkommer olika faktorer som kan medföra att en längre avtalstid än normalt bör övervägas i en upphandling. NOU saknar emellertid utredning i

målet av sådana omständigheter som kan tala för en längre avtalsperiod än vad som normalt är brukligt vid upphandling av varor och tjänster.

NOU anser att en avtalstid, som den i målet, som uppgår till i vart fall sex år normalt är tillräckligt tilltagen. Denna uppfattning stärks ytterligare mot bakgrund av att landstinget redan 1990 tecknat avtal med den nuvarande leverantören och att avsikten med omförhandlingen 1997 uttryckligen anges vara att avkorta det gamla avtalets giltighetstid.

NOU instämmer i Kammarrättens uppfattning i målet att det inte visats några skäl för att genomföra en direktupphandling.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 6 juni 2003, i vilket deltog kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, civilekonomen Jonas Berggren, upphandlingschefen Lisbeth Johnson, rättssakskunnige Gunilla Hulting, juristen Eva Sveman och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze och chefsjuristen Michael Slavicek efter föredragning av jur.kand. Camilla Graf Morin. Beslutet expedieras i enlighet med föredragandens förslag jämte ändringar enligt direktiv som lämnats vid beslutstillfället. Skiljaktig mening har lämnats av ledamoten Eva Sveman (bilaga).

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Camilla Graf Morin

Bilaga

Skiljaktig mening lämnad av Eva Sveman