

**SÖKANDE**

Konkurrensverket

MOTPART

Tibro kommun

SAKEN

Ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Tibro kommun ska betala 1 900 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

BAKGRUND

Tibro kommun (kommunen) annonserade en upphandling avseende skolskjuts i november 2022. I upphandlingsdokumenten anges att bussar som används för uppdragets utförande, vid avtalsstart och löpande under avtalstiden, ska ha en högsta ålder om tio år. Vidare framgår att samtliga bussar som används i uppdraget, vid avtalsstart och löpande under avtalsperioden, ska uppfylla kraven enligt avtalet. Tre anbud inkom under anbudstiden. Kommunen meddelade beslut om tilldelning den 30 januari 2023. Avtal undertecknades den 2 mars 2023 med beräknad avtalsstart 1 augusti 2023 med avtalstid 2023-08-01-2027-07-31. Efter tilldelning av kontraktet meddelade leverantören att den tänkta planen avseende bussarna behövde omarbetas på grund av fordonsbrist i branschen. Leverantören skulle gå från att använda nya bussar till begagnade bussar, vilket skulle medföra avsteg från ålderskravet. Leverantören önskade genomföra uppdraget med en alternativ fordonslösning som innebar ett avsteg från ålderskravet avseende fyra av sex bussfordon. Kommunen

beviljade därefter dispens från kravet på att bussarna som används inte får vara äldre än tio år, genom ett tilläggsavtal. Dispens beviljas för tiden 2023-08-01 – 2024-12-31 i enlighet med leverantörens förslag. Tre av sex bussar kommer att ha en ålder på 12–13 år och en av sex bussar kommer att ha en ålder på 16 år vid avtalsstart. Leverantören ska vidare utge en ekonomisk kompensation för detta om 20 procent av fasta fordonskostnader, att regleras månadsvis i samband med fakturering. Tilläggsavtalet undertecknades den 30 juni 2023. Tilläggsavtalet ligger till grund för Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift.

VAD PARTERNA ANFÖR

Konkurrensverket

Kommunen har anfört att den har gjort en tillåten ändring av det upphandlade avtalet och att det därför inte har funnits en skyldighet att genomföra en annonserad upphandling med anledning av ändringen. Kommunen har hänvisat till 17 kap. 9 §, 17 kap. 12 § samt 17 kap. 14 § LOU. Tillämpningen av såväl 17 kap. 9 § som 17 kap. 12 § förutsätter att ändringen inte ändrar kontraktets övergripande karaktär för att anses vara en tillåten ändring.

Tilläggsavtalet utgör inte en tillåten ändring av det upphandlade avtalet. Av tilläggsavtalet framgår att kommunen, på förfrågan från leverantören, ändrade ålderskravet på bussarna som skulle användas för skolskjuts i det ursprungliga kontraktet. I upphandlingar av skolskjuts är det vanligt förekommande att ställa krav på åldern på bussar. Det noteras även att ska-krav avseende åldern på bussar tycks vara ett centralt krav i sådana upphandlingar och att det inte är ovanligt att kravet ska upprätthållas under hela avtalstiden. Genom att kommunen frångick kravet på att bussarna skulle ha en ålder om högst tio år, har den gjort avsteg från tillämpningen av ett centralt krav och avtalsvillkor. Ändringen avser en omförhandling av kontraktens grundläggande villkor. Detta visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla väsentliga

villkor i kontraktet. Det har inte varit möjligt att vid tiden för anbud inse att den aktuella ändringen kunnat aktualiseras. Det kan antas att resultatet i den annonserade upphandlingen skulle ha påverkats om ändringen hade varit känd från början. I bedömningen har beaktats att åldersskillnaden mellan de bussar som omfattas av tilläggsavtalet och den åldersgräns som angavs som ett krav i upphandlingen är relativt stor. Till det kommer att leverantören har funnit det lönsamt att nöja sig med minskad ersättning för att använda äldre bussar, vilket talar för att även andra potentiella anbudsgivare hade kunnat finna det lönsamt och därmed hade kunnat lämna anbud. Av leverantörens uppgifter framgår också att den normala leveranstiden för nya bussar var sådan att det redan vid tidpunkten för upphandlingen måste ha varit känt för leverantören att det, även utan det speciella omvärldsläget, inte var möjligt att uppfylla ålderskravet vid inledningen av uppdraget. Det finns därför skäl att anta att även andra leverantörer har känt till att det inte har varit möjligt att lösa kravet genom en anskaffning av nya bussar först i samband med en eventuell tilldelning av kontraktet. Även detta kan antas ha påverkat andra leverantörers möjlighet och vilja att delta i upphandlingen. Bilden av att det hade varit möjligt för andra leverantörer att lämna anbud i den annonserade upphandlingen, om de nya villkoren hade gällt i den, stärks av en skrivelse från ett konkurrerande bussbolag. Av skrivelsen framgår att ålderskravet avseende bussarna som ställdes i upphandlingen var avgörande för konkurrentens beslut att avstå från att lämna anbud. De ändrade villkoren hade kunnat påverka konkurrentens möjligheter att delta i den upphandling som ledde fram till ursprungsavtalet. Mot bakgrund av detta måste kontraktet anses ha ändrats på ett sådant sätt att det ändrade kravet, om det hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle kunna ha medfört att andra anbud hade ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen. Ändringen leder med andra ord till att konkurrensen vid tidpunkten för upphandlingen har snedvridits till nackdel för övriga befintliga och potentiella anbudsgivare. Mot bakgrund av det anförda har det upphandlade avtalets övergripande karaktär ändrats. De anförda omständigheterna medför även att ändringen måste anses

vara väsentlig i den mening som avses i 17 § 14 § andra stycket 1 LOU. Det kan därmed konstateras att det genomförts en ändring av kontraktet som inte varit tillåten. Några andra skäl för att göra undantag från kravet på annonserad upphandling har varken åberopats eller framkommit. Även med de snäva tidsramar som har funnits, torde det ha varit möjligt att genomföra upphandlingen genom ett påskyndat förfarande. Kommunen har således saknat stöd i LOU för att genomföra den aktuella ändringen utan att genomföra en annonserad upphandling.

Upphandlingens totala värde (exklusive mervärdesskatt) har uppskattats till 26 889 524 kronor. Tilläggsavtalet innebär att leverantören har getts möjlighet att genomföra ursprungsavtalet med dispens från ålderskravet mot avdrag för den minskning av ersättning som ska ske enligt Tilläggsavtalet. Kommunen har under utredningen uppgett att det uppskattade värdet av ändringen är 255 000 kr. Konkurrentverket utgår därför i bedömningen från att värdet på ändringen uppgår till minst 255 000 kr. Konkurrentverket har bedömt att det sammanlagda värdet av upphandlingen efter ändringarna uppgår till 26 634 524 kronor. Det medför att upphandlingsskadeavgiften avseende avtalet kan uppgå till högst 2 663 452 kronor. I detta fall är fråga om en otillåten direktupphandling, vilket i sig talar för ett högt sanktionsvärde. Såvitt framkommit föreligger inte några förmildrande omständigheter. Med hänsyn till ovan är bedömningen att 1 900 000 kr utgör en proportionerlig sanktion för den otillåtna direktupphandlingen.

Kommunen

Det aktuella avtalsvillkoret gällande bussarnas ålder är ett enstaka avtalsvillkor som inte på något sätt är centralt för avtalet och inte alls påverkar avtalets övergripande karaktär, och därmed är en tillåten ändring förenligt med 17 kap. 9 § LOU såväl som 17 kap. 12 § LOU och 17 kap. 14 § LOU. En upphandling av detta slag innehåller ett stort antal obligatoriska krav som omsätts i avtalsvillkor. Det handlar exempelvis om krav som avser ersättningsnivåer,

fakturerings, servicenivåer och krav på föremålet. Samtliga obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Det går inte att utesluta att anbudsgivarkretsen kan påverkas av förekomsten av vart och ett av dessa krav. Respektive krav har därmed i förhållande till andra krav jämförbar tyngdpunkt, oavsett kravets karaktär. Berörda lagstiftare har genom lag och direktiv lämnat utrymme för ändring av krav. Till stöd för sin ståndpunkt har Konkurrensverket bilagt tre exempel på skolskjutsupphandlingar. Kommunen har undersökt ytterligare ett antal upphandlingar och konstaterar att variationen är mycket stor vad gäller kommunernas ställda ålderskrav. Fyra kommuner ställer inga krav alls avseende fordonets ålder. Resterande kommuner ställer krav på maximal ålder mellan 4,99 år och 17 år. Det ligger i begreppets karaktär att bara ett fåtal krav kan vara centrala. Det framgår inte på vilken grund Konkurrensverket påstår att ålderskraven skulle vara mer centrala än andra krav. För att ett krav överhuvudtaget ska vara centralt anser kommunen att även kravnivån, det vill säga maximal ålder, bör vara någorlunda enhetlig i merparten av upphandlingarna. Annars tycks det endast vara centralt att ställa själva kravet medan kravets nivå har stor variation beroende på vilken kommun som ställer kravet.

Det har inte skett någon förändring av avtalets övergripande karaktär. Någon förändring av den ekonomiska jämvikten till förmån för leverantören har inte skett i aktuellt ärende. Inte heller har det varit fråga om något annat än tjänster, skolbussresor, och några dramatiska förändringar av parternas förpliktelser har det inte heller varit fråga om. Upphandlingens övergripande karaktär är en tjänsteupphandling i form av skolskjuts med buss. Tilläggsavtalet har inte inneburit att de tjänster som upphandlats ersättas med något annat. Inte heller har typen av upphandling förändrats i grunden. Det saknas därför rättsligt stöd för inställningen att avtalets övergripande karaktär skulle ha ändrats genom den lämnade dispensen. Vid tiden för anbudet hade alla leverantörer lika möjlighet att inse att aktuell ändring av avtalet (inte) skulle kunna komma i fråga. Det var aldrig avsikten vid upphandlingstillfället och inte ens den antagna leverantören

hade vid tiden för anbud kunnat räkna med att kommunen skulle acceptera en dispens. När leverantören insåg att de inte skulle kunna uppfylla ålderskravet i tid för avtalsstart och meddelade kommunen detta så gjorde kommunen en undersökning av vilka andra alternativ som stod till buds. Först därefter, när kommunen konstaterat att sannolikt ingen annan leverantör skulle kunna ta på sig uppdraget med så kort varsel, och inga andra lösningar stod till buds, beviljades dispensen. Hade kommunen kunnat förutse dessa omständigheter redan i samband med upphandlingen så hade kommunen sannolikt reglerat möjligheterna att använda äldre fordon under upphandlingen avtalsvägen, exempelvis i form av option, eller infört vite kopplat till avvikelsen redan i upphandlingsdokumentet och i det ursprungliga kontraktet.

Sammanfattningsvis har kravet som sådant inte påverkat upphandlingens övergripande karaktär. Det handlar om en tidsbegränsad dispens, från ett enda inte centralt avtalsvillkor, orsakad av oförutsebara omständigheter och i ett läge med stor brådska. Det justerade avtalsvillkoret enligt tilläggsavtalet motsvarar dessutom en liten del av mindre än en sjättedel av den ursprungliga volymen. Det justerade avtalsvillkoret kompenseras ekonomiskt till ett värde som uppgår till mindre än en procent av bedömt avtalsvärde. Det ursprungliga avtalet uppfylls alltså till mer än 5/6 sett till volym och betydligt mer sett till avtalsvillkor. I och med att förändringen är tillåten så har det inte skett en otillåten direktupphandling, vilket är en förutsättning för den upphandlingsskadeavgift som ansökts om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

Den 1 januari 2024 trädde nya bestämmelser i 21 kap. LOU i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock de äldre bestämmelserna fortfarande för sådana upphandlingar som har påbörjats före det datumet. Det innebär att LOU i dess lydelse före den 1 januari 2024 ska tillämpas i detta mål.

Av 17 kap. 8 § LOU framgår att ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9 – 14 §§ LOU.

Av 17 kap. 9 § LOU följer att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggentreprenad. När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap. Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Av 17 kap. 12 § LOU följer att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent. Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Av 17 kap. 14 § andra stycket 1 LOU framgår att ett kontrakt eller ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om ändringen inte är väsentlig. En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen.

En ändring som inte har stöd i någon av undantagsbestämmelserna utgör en otillåten direktupphandling (jfr prop. 2015/16:195 s. 1127).

Allmän förvaltningsdomstol får enligt 21 kap. 1 § 3 LOU besluta att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift om myndigheten bl.a. har slutit avtal med en leverantör utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 6 §.

Enligt 21 kap. 4 § LOU ska en upphandlingsskadeavgift uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kr. Avgiften får inte överstiga tio procent av upphandlingens värde.

I 21 kap. 5 § LOU anges att vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. I ringa fall ska inte någon avgift beslutas. Avgiften får efterges, om det finns synnerliga skäl.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har anfört att den har gjort en tillåten ändring av det upphandlade avtalet, och att det därför inte har funnits en skyldighet att genomföra en annonserad upphandling med anledning av ändringen. Kommunen har hänvisat till att undantagsreglerna i 17 kap. 9 §, 17 kap. 12 § eller 17 kap. 14 § LOU är tillämpliga. Förvaltningsrätten tar därför först ställning till denna fråga.

Tillämpningen av såväl 17 kap. 9 § som 17 kap. 12 § LOU förutsätter att ändringen, för att vara tillåten, inte får medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras. I LOU saknas en rättslig definition av begreppets innebörd. Viss ledning kan dock hämtas från LOU-direktivets skäl 109. Där framgår att en ändring kan medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras, exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom det i en sådan situation kan antas att resultatet

skulle ha påverkats. Förvaltningsrätten anser, i likhet med Konkurrensverket, att bedömningen av om den aktuella ändringen har förändrat upphandlingen i grunden på ett sådant sätt att det kan antas att resultatet skulle ha påverkats, därmed måste göras mot bakgrund av vilken betydelse det ändrade villkoret hade haft för den ursprungliga upphandlingen. Vid en sådan bedömning ska, i enlighet med principen om likabehandling, hänsyn tas till potentiella leverantörer, både de som har deltagit i upphandlingen inför det aktuella kontraktet, och de som kan vara intresserade i och med den ändring som är aktuell.

I förevarande upphandling har uppställts ett krav på att bussarna som används för skolskjutsens utförande, vid avtalsstart och löpande under avtalstiden, ska ha en högsta ålder om tio år. Kommunen har efter att det att anbudet utvärderats och det offentligt upphandlade kontraktet ingåtts, gått ifrån det uppställda ålderskravet på bussarna som ska utföra uppdraget, på det sätt som framgått av tilläggsavtalet. Ändringen av avtalsvillkoren genom tilläggsavtalet innebär att leverantören under perioden 2023-08-01 – 2024-12-31 får en lättnad i att uppfylla ålderskraven avseende fyra av sex bussfordon. Dispensen innebär att tre av bussarna kommer att ha en ålder på 12–13 år och en av bussar kommer ha en ålder på 16 år vid avtalsstart. Kommunen erhåller ekonomisk kompensation om 20 procent av den fasta fordonskostnaden som regleras månadsvis per fordon i samband med faktureringen.

Förvaltningsrätten anser, utifrån vad Konkurrensverket anfört, att ålderskrav på bussar framstår som ett centralt krav i upphandlingar av skolskjuts. Det har vidare av upphandlingsdokumenten, såvitt framgår, inte varit möjligt för leverantörerna att utläsa att en sådan förändring av ålderskravet som nu skett genom tilläggsavtalet varit möjlig. Anbudsgivarna har således vid bedömningen av om det fanns möjlighet att lämna anbud i upphandlingen haft att utgå från att det inte fanns möjlighet att använda äldre fordon än 10 år när avtalet skulle genomföras. Genom tilläggsavtalet har kommunen frånfallit

ålderskravet som uppställts i upphandlingen. Konkurrensverket har anfört att om villkoren i tilläggsavtalet hade varit gällande i den ursprungliga upphandlingen hade andra potentiella leverantörer varit villiga att lämna anbud i upphandlingen. Konkurrensverket har i denna del hänvisat till att den normala leveranstiden för bussar var sådan att det redan vid tidpunkten för upphandlingen sannolikt var känt för flera potentiella leverantörer att det inte var möjligt att uppfylla ålderskravet vid inledningen av uppdraget, samt att den nu aktuella leverantören funnit det lönsamt med mindre ersättning, vilket även talar för att andra leverantörer skulle ha funnit det lönsamt med en sådan lösning.

Enligt förvaltningsrättens mening framstår det som sannolikt att om villkoren i tilläggsavtalet varit gällande i den ursprungliga upphandlingen skulle detta ha medfört att ett större antal leverantörer skulle ha ansett sig ha kapacitet och funnit det lönsamt att fullgöra kontraktet och därmed lämnat anbud i upphandlingen. Den ändring som skett genom tilläggsavtalet kan därmed antas ha medfört att upphandlingen skulle ha fått en annan utgång om vad som anges däri hade varit en del av förutsättningarna för anbud gällande ursprungsavtalet. Eftersom det kan antas att resultatet har påverkats av att kommunen har frånfallit kravet, har kravet varit ett sådant betydande krav som medfört att det upphandlade avtalets övergripande karaktär har ändrats. Ändringen har därför inte varit tillåten med stöd av 17 kap. 9 § och 17 kap. 12 § LOU. Med samma motivering måste ändringen även anses vara väsentlig i den mening som avses i 17 kap. 14 § andra stycket 1 LOU. Eftersom tillägget till avtalet inte har kunnat göras med stöd av någon av de undantagsbestämmelser som kommunen har gjort gällande har tillägget utgjort en otillåten direktupphandling.

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som kommunen har gjort sig skyldig till inte kan anses som ringa. Det har inte heller framkommit sådana omständigheter som medför att det skulle framstå som orimligt eller stötande att ta ut en avgift. Det finns därmed grund för att påföra kommunen en

upphandlingsskadeavgift. Det är det uppskattade värdet av en upphandling som är föremål för beräkningen av en upphandlings värde i mål om upphandlingsskadeavgift. Konkurrensverket har ansökt om en upphandlingsskadeavgift om 1 900 000 kr. Beloppet har beräknats utifrån det av kommunen uppskattade värdet av upphandlingen. Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling bör upphandlingsskadeavgiften ligga i det högre skiktet. Några förmildrande omständigheter har inte framkommit. Den yrkade upphandlingsskadeavgiften får därmed anses vara en sådan effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till allvaret av överträdelsen. Förvaltningsrätten bifaller därmed ansökan och kommunen ska betala en upphandlingsskadeavgift i enlighet med det yrkade beloppet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga (FR-05).

Sofia Blomkvist

Rådmannen Sofia Blomkvist har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.