



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Avdelning 6

**DOM**  
2022-12-01  
Meddelad i Stockholm

Mål nr  
9813-22

**SÖKANDE**  
Konkurrensverket

**MOTPART**  
Polismyndigheten

Ombud: Advokaterna [REDACTED] och [REDACTED]

**SAKEN**  
Upphandlingsskadeavgift

---

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Polismyndigheten ska betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift.

**BAKGRUND**

Polismyndigheten har genomfört en ramavtalsupphandling benämnd *Bärgningstjänster och destruktions m.m. till Region Väst* enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Upphandlingen var indelad i fem avtalsområden bestående av Fyrbodal, Skaraborg, Storgöteborg, Älvsborg och Halland. Polismyndigheten har i upphandlingen använt sig av en viss modell för beräkning av ersättning. Modellen innebar bl.a. att anbudsgivarna skulle ange ett fast pris för uppdrag, där hämtningsplatsen för det fordon som skulle bärgas låg inom en radie av 10 km från den plats där fordonet sedan skulle avlämnas. För transporter utanför radien om 10 km skulle ett särskilt tilläggspris per kilometer för resterande del av körsträckan anges.

Den 15 januari 2021 ingick Polismyndigheten ramavtal med Assistancekåren Sweden AB (Assistancekåren) omfattande tre områden och den 10 februari 2021 ingicks ramavtal med Lidköpings Biltjänst Hyr AB (Biltjänsten) omfattande två områden.

Polismyndigheten har den 7 juni 2021 och den 12 juli 2021 ingått nya avtal med Assistancekåren och Biltjänsten avseende fyra av fem avtalsområden. Genom de nya avtalen justerades ramavtalen på så sätt att bl.a. fast pris utgår för en radie om 50 km istället för 10 km. Även priserna för bl.a. fast pris och kilometerpris har ändrats.

**YRKANDEN M.M.**

**Konkurrensverket** ansöker om upphandlingsskadeavgift och yrkar att förvaltningsrätten, med stöd av 21 kap. 1 § 3 LOU, förpliktigar Polismyndigheten att betala en upphandlingsskadeavgift om 1 200 000 kr. Till stöd för ansökan anför Konkurrensverket i huvudsak att tilläggsavtalen utgör otillåtna direktupphandlingar eftersom ändringarna i avtalen är väsentliga.

**Polismyndigheten** bestrider bifall till ansökan och yrkar i första hand att ansökan ska avslås. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten fastställer avgiften till ett avsevärt lägre belopp än det yrkade. Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Det är Konkurrensverket som har bevisbördan och som ska visa att ändringsavtalen har varit i strid med LOU. Omförhandlingen med leverantörerna påkallades för att uppnå en mer utjämnande effekt mellan de olika polisområdena. Förändringen av radien leder automatiskt till att betydligt fler uppdrag ska utföras enligt leverantörernas fasta priser och det blev då nödvändigt att kompensera leverantörerna genom en justering uppåt av deras fasta pris inom radien 50 km. Sett till upphandlingen i dess helhet var dock den sammanlagda kostnaden för tjänsterna i enlighet med vad som ursprungligen hade kalkylerats och budgeterats. Ändringsavtalen har varit tillåtna enligt 17 kap. 14 § första stycket LOU. Avtalet med Biltjänsten har även varit tillåtet enligt 17 kap. 9 § LOU. Upphandlingen behövde därför inte annonseras på nytt. För det fall domstolen anser att ändringsavtalen ingått i strid med LOU anser Polismyndigheten att det föreligger förmildrande omständigheter som medför att avgiften ska bedömas avsevärt lägre än vid överträdelser av normalgraden.

**Konkurrensverket** vidhåller ansökan och tillägger i huvudsak följande. Ändringsavtalen har varit i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. Avtalen har inte heller varit tillåtna enligt 17 kap. 14 § eller 17 kap. 9 § LOU. Upphandlingen skulle därför ha annonserats på nytt. Eftersom Polismyndigheten har genomfört en otillåten direktupphandling ska myndigheten betala en upphandlingsskadeavgift. Det finns inga förmildrande omständigheter som medför skäl att sänka avgiften.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Utgångspunkter för prövningen

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 § LOU.

Offentliga upphandlingar ska som huvudregel annonseras (jfr 10 kap. 1 § LOU). Ett kontrakt eller ramavtal får emellertid ändras enligt 17 kap. 8 § LOU, utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt. En ändring som inte har stöd i 9–14 §§ utgör en otillåten direktupphandling (jfr prop. 2015/16 :195 s. 1127). Exempel på en otillåten direktupphandling är när en upphandlande myndighet förlänger, utvidgar eller ändrar ett avtal med befintlig leverantör, trots att en sådan option inte finns i det ursprungliga avtalet. I realiteten innebär en sådan ändring av avtal att ett nytt avtal sluts, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande (jfr prop. 2009/10:180 s. 188).

Konkurrensverket har gjort gällande att ändringsavtalen innebär sådana väsentliga ändringar i förhållande till vad som ursprungligen föreskrivits att de är att betrakta som nya avtal som skulle ha ingåtts först efter en förnyad upphandling. Polismyndigheten har invänt att ändringsavtalen har varit tillåtna enligt 17 kap. 14 § första stycket LOU eftersom ändringen inte varit väsentlig. Vidare anser Polismyndigheten att i vart fall ett av ändringsavtalen har varit av mindre värde och därför tillåtet även med stöd av 17 kap. 9 § LOU.

Utgångspunkten är att det är Konkurrensverket som har bevisbördan för de omständigheter som läggs till grund för att påföra en upphandlingsskadeavgift.

Eftersom det saknas bestämmelser i upphandlingslagarna angående frågan om beviskrav och bevismedel ska förvaltningsprocesslagen och allmänna förvaltningsrättsliga principer tillämpas. Beviskraven kan därför variera med hänsyn till sakens beskaffenhet. En upphandlande myndighet som invänder mot Konkurrensverkets uppgifter, genom att hävda att ett visst undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt, kan inte förhålla sig passiv till ansökan utan måste presentera omständigheter som ger stöd för ett sådant påstående. Det kan sedan, beroende på tyngden i den upphandlande myndighetens invändning bli aktuellt för Konkurrensverket att motbevisa en sådan invändning (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 15 februari 2022 i mål nr 1304-20).

Förvaltningsrätten har mot denna bakgrund inledningsvis att ta ställning till om ändringsavtalen har varit tillåtna med stöd av de återopade undantagen.

### **Har ändringsavtalen varit tillåtna med stöd av 17 kap. 14 § första stycket LOU?**

#### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 17 kap. 14 § första stycket LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig. I andra stycket anges att en ändring ska anses vara väsentlig om den bl.a. 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.

Bestämmelsen genomför artikel 72.1 första stycket e i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Uppräkningen i 17 kap. 14 § andra stycket LOU är exemplifierande

och anknyter till EU-domstolens dom presstext Nachrichtenagentur, C-454/06 (jfr prop. 2015/16:195 s. 1132). Av domen framgår bl.a. att ändringar i avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt, om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet (p. 34). Vidare framgår 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 dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35).

En förutsättning för att ett betydande villkor ska kunna ändras efter tilldelning är att det i upphandlingsdokumenten uttryckligen anges att villkoren kan komma att justeras och på vilka villkor detta kan ske. Varken den omständigheten att en väsentlig ändring i villkoren i ett avtal inte beror på avtalsparternas avsiktliga vilja att omförhandla avtalsvillkoren eller den objektiva osäkra karaktären hos vissa avtal kan rättfärdiga att en sådan ändring görs utan iakttagande av likabehandlingsprincipen (se Finn Frogne, C-549/14 p. 32 och 37).

EU-domstolens praxis innebär att en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga och att då beakta detta. Den likabehandlingsprincip som gäller inom upphandlingsrätten (jfr HFD 2016 ref. 37 och där anmärkta rättsfall) är således av avgörande betydelse även för denna fråga (jfr HFD 2016 ref. 85).

*Vad parterna anför*

**Polismyndigheten** har i huvudsak anfört följande. Förutsättningarna som uppräknas i 17 kap. 14 § är uttömmande. Vad som anges i förarbetena innebär inte skäl att frångå principen om direktivkonform tolkning. Samtliga prisförändringar är tillåtna, utan en ny upphandling, så länge den ekonomiska jämvikten inte har ändrats till leverantörens fördel. I det aktuella fallet har ramavtalens samlade värde endast påverkats marginellt av ändringsavtalen. Detta eftersom den totala ersättningen för utförda uppdrag väsentligen är densamma oavsett vilken av de två debiteringsmodellerna som används. Övergången har dessutom lett till en lägre ersättning för vissa bärgningsuppdrag, dvs. de som kräver en längre körsträcka. Å andra sidan utgår en högre ersättning för uppdrag med kortare körsträcka. Dessa tar dock ut varandra. De ändrade villkoren har inte heller påverkat konkurrenssituationen. Kontraktsföremålet är oförändrat och det är högst osannolikt att det existerar någon potentiell leverantör på marknaden som har avstått från att lämna anbud i upphandlingen enbart av det skälet att priserna skulle offereras enligt den nya debiteringsmodellen. Varje bärgningsföretag får vidare förutsättas ha så god kännedom om marknaden att företaget har tillräcklig förmåga att vid anbudsgivningen offerera ett pris som, med rimligt risktagande, är anpassat till de förutsättningar som gäller i en viss given upphandling. Debiteringsmodellen har varit av underordnad betydelse för utfallet i upphandlingen eftersom varje anbudsgivares naturliga utgångspunkt är att totalt erhålla en ersättning som täcker kostnaderna och ger en rimlig vinst. Polismyndigheten ifrågasätter emellertid inte att skillnaderna mellan debiteringsmodellerna innebär att anbudsgivarna behöver göra en annan avvägning mellan priser som avser fast respektive rörlig ersättning. Detta gäller dock för samtliga anbudsgivare och det är därför inte troligt att den inbördes rangordningen mellan anbudsgivarna hade påverkats.

**Konkurrensverket** har i huvudsak anfört följande. Bestämmelserna kring ändring av kontrakt och EU-domstolens praxis på området har sitt stöd i de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. EU-domstolens avgöranden visar att ändringar som snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna och som åsidosätter likabehandlingsprincipen är väsentliga. EU-direktivets ordalydelse talar för att artikel 72.4, i likhet med 17 kap. 14 § LOU, är exemplifierande. Ändringsavtalens prismodell uppvisar betydande skillnader i förhållande till prismodellen i de ursprungliga avtalen. Medan den ursprungliga modellen byggde på kilometerdebitering med fast pris av mindre värde baseras den nya modellen på fast pris med kilometerdebitering av mindre värde. Det har saknats reglering i de ursprungliga avtalen om att prismodellen skulle kunna ändras och det har därför inte framgått att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor. Det angivna syftet med ändringsavtalen och den omständigheten att den totala kostnaden för tjänsterna inte påverkats av förändringarna eller att ändringarna inte varit till förmån för leverantörerna saknar i sammanhanget betydelse. Polismyndighetens slutsats om att förändringarna inte har påverkat upphandlingen bygger vidare på premissen att alla potentiella konkurrenter i budgivningen är riskneutrala, dvs att de väljer strategi utifrån förväntad vinst eller åtminstone att alla uppvisar samma känslighet för vinstrisker. Många företag är dock olika i hur riskskygga de är. Riskskygga företag beaktar inte bara förväntad vinst utan även hur starkt vinsten kan förväntas variera. Utvidgningen av radien för fastpriserna leder till att vinstspridningen ökar markant jämfört med utgångsläget. I den utsträckning företagen är riskskygga påverkar detta upphandlingens attraktivitet, vilket typiskt sett påverkar både antalet deltagare och anbud. I den utsträckning företagen dessutom är heterogena avseende hur känsliga de är för risk påverkar ändringarna företagen olika, vilket innebär att utfallet vid en ny upphandling kunde ha ändrats i förhållande till den ursprungliga upphandlingen.



*Förvaltningsrättens bedömning*

I den ursprungliga upphandlingen skulle avtal enligt punkt 9.1 i anbuds-  
inbjudan tilldelas den leverantör som för varje enskilt avtalsområde hade  
lämnat det anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån pris.

Leverantören skulle vidare enligt punkt 9.2 i anbudsinbjudan ange fast pris och  
kilometerpris för transport. Om av Polismyndigheten anvisad avlämningsplats  
var inom radien av 10 km skulle leverantören debiteras enligt sitt uppgivna  
fasta pris och om avlämningsplatsen var utanför radien om 10 km så skulle  
leverantören debiteras fast pris i 10 km och sedan kilometerpris resterande del  
av sträckan. Priset skulle gälla oförändrat för hela avtalstiden. Leverantörens  
angivna priser skulle vidare viktas utifrån volym och typ av transport. De  
viktade priserna skulle sedan räknas ihop till ett totalpris och den leverantör  
som lämnade det lägsta totalpriset per avtalsområde skulle antas.

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsgivarnas priser har varit avgörande för  
utvärderingen av vilka av dessa som slutligen skulle tilldelas ramavtal.

Anbudsgivarna har då utgått från de villkor som har uppställts i den ursprung-  
liga upphandlingen vid bedömningen av vilka anbudspriser som skulle lämnas.  
Ändringsavtalen innebär en förändring i villkoren för fast pris och kilometer-  
pris och medför att fast pris kommer att tillämpas inom en radie om 50 km i  
stället för 10 km och därmed i betydligt större utsträckning än tidigare.

Polismyndigheten har dessutom till följd av detta höjt ersättningen för bl.a. de  
fasta priserna. Det har av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upp-  
handlingen, såvitt framgår, inte varit möjligt för leverantörerna att utläsa att en  
sådan förändring av villkoren i ramavtalen varit möjlig. Även om Polis-  
myndigheten anser att förändringen inte utgör en väsentlig ändring, är det i  
målet ostridigt att ändringen innebär att anbudsgivarna behöver göra en annan  
avvägning mellan priser som avser fast respektive rörlig ersättning. För-  
valtningsrätten delar denna uppfattning och anser därutöver i likhet med  
Konkurrensverket att den förändrade debiteringsmodellen innebär att samtliga

deltagande leverantörer i upphandlingen inte har givits samma möjligheter som Assistancekåren och Biltjänsten att göra korrekta beräkningar av lönsamheten i de potentiella beställningarna enligt villkoren i de nya ramavtalen. Även med beaktande av vad Polismyndigheten har fört fram anser förvaltningsrätten att det redan av denna anledning framstår som sannolikt att de ändrade villkoren, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle kunna medföra att ytterligare leverantörer hade deltagit i upphandlingen eller att utfallet av utvärderingen hade blivit annorlunda. Förvaltningsrätten finner därför att ändringarna är att betrakta som väsentliga och att undantaget i 17 kap. 14 § LOU därmed inte har varit tillämpligt.

### **Har ändringsavtalet avseende Biltjänsten varit tillåten enligt 17 kap. 9 § LOU?**

*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

I 17 kap. 9 § LOU anges 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 1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och 2. 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 byggtreprenad. 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.

Bestämmelsen genomför artikel 72.2 i LOU-direktivet och omfattar såväl ökning som minskning av kontraktets eller ramavtalets värde. Värdet av en ändring ska jämföras med kontraktets eller ramavtalets totala värde före

ändringen (jfr prop. 2015/16:195 s. 1128). Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär framgår i viss mån av uttalanden i skäl 107 och 109 i LOU-direktivet. I förarbetena, som hänvisar till skäl 109, anges bl.a. att ett kontrakt eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Så kan vara fallet om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, exempelvis avseende vite (se även a. prop. s. 850). Av skäl 109 framgår vidare att om en ändring leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär kan undantag inte tillämpas eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats.

*Vad parterna anför*

**Polismyndigheten** har i huvudsak anfört följande. Upphandlingens uppskattade värde är baserad på statistik över tidigare utförda uppdrag inom ramen för andra avtal. Polismyndigheten hade vid det tillfället inte tagit fram några uppgifter som grundade sig på de bärgningsuppdrag som faktiskt utförts under den tid som de båda ramavtalen nyttjats. Genom att studera samtliga bärgningsuppdrag som de facto har utförts under avtalstiden och sedan jämföra vad utfallet skulle ha blivit vid respektive debiteringsmodell kan frågan om ändringen medfört en mindre ändring av ramavtalets värde besvaras. Värdet av en avtalsändring ska därmed inte uppskattas enligt 5 kap. LOU, så som Konkurrensverket har gjort gällande. Polismyndigheten har sammanställt och analyserat samtliga fakturor som grundas på utförda bärgningsuppdrag under perioden den 16 februari 2021–17 maj 2022 enligt ramavtalet med Biltjänsten. Förutom uppgifter om de belopp som faktiskt har fakturerats har Polismyndigheten därtill beräknat vilken ersättning leverantören skulle ha erhållit om den gamla respektive nya debiteringsmodellen hade tillämpats på varje enskilt uppdrag. Vid en beräkning av ersättning enligt den gamla modellen uppgår den sammanlagt till 3 478 110 kr och enligt den nya modellen till

3 363 985 kr. Ersättningen har enligt beräkningen medfört en minskning av ersättningen till leverantören med cirka 3,3 procent. Även Konkurrensverket har vid upprepade tillfällen använt sig av metoden att utgå ifrån vad som faktiskt utförts och fakturerats under en viss tidsperiod och utifrån dessa siffror sedan fastställt värdet på hela avtalet. Om den beräkningsmetod som Konkurrensverket förordar ska gälla, blir dock även justeringen av ramavtalet med Assistancekåren en tillåten ändring av mindre värde eftersom ramavtalens värde är oförändrat även efter justeringarna. Inte heller ramavtalets övergripande karaktär har ändrats genom ändringsavtalet. Förarbetena måste läsas med viss försiktighet men viss vägledning av vad som avses med en ändring av ramavtalets övergripande karaktär kan hittas i skäl 109 i LOU-direktivet. Där framgår att det avser grundläggande förändringar som innebär att det som ursprungligen upphandlats helt eller delvis ersätts. Skäl 107 tar sikte på väsentliga ändringar av det ursprungliga kontraktet som är något annat än den övergripande karaktären. Oaktat detta är avtalsföremålet med Biltjänsten helt oförändrat såväl vad gäller de uppdrag som ska utföras som omfattningen av dem och hur uppdragen ska utföras.

**Konkurrensverket** har i huvudsak anfört följande. Polismyndigheten har under Konkurrensverkets utredning endast gjort gällande att myndigheten genomfört ändringarna med stöd av 17 kap. 14 § första stycket LOU. Att Polismyndigheten numera gör gällande att avtalet med Biltjänsten ingåtts med stöd av 17 kap. 9 § LOU utgör en efterhandskonstruktion. Att beräkna värdet av en ändring på så sätt som myndigheten gör, i efterhand och utifrån fakturerade belopp är inte heller i enlighet med LOU. Beräkningen baseras på fakturerade belopp under en period av drygt ett år trots att de ursprungliga avtalen och ändringsavtalen gäller under en period av två år med två års förlängningsmöjlighet. Värdet av en ändring ska uppskattas utifrån samma principer som gäller för beräkning av värdet av en upphandling enligt 5 kap. LOU. Detta för att utröna om en tänkt upphandling uppgår till ett sådant belopp att den kan antas vara av intresse för leverantörer på marknaden och därmed omfattas av

annonseringsskyldigheten. En sådan bedömning behöver av naturliga skäl ske i inledningen av förfarandet. På motsvarande sätt behöver en uppskattning av värdet av en ändring ske på ett tidigt stadium för att bedöma om värdet är så högt att en förnyad annonsering behöver ske. Det är förvisso korrekt att Konkurrensverket ibland måste avvika från huvudprincipen. Det har i dessa fall handlat om att fastställa ett värde på upphandlingen för att uppgifter om uppskattat värde vid relevant tidpunkt inte funnits tillgängliga. Det har emellertid inte handlat om att fastställa värdet på en ändring. Polismyndigheten har under utredningen uppgett att ramavtalens uppskattade värde uppgår till cirka 15 miljoner kr och myndigheten har vidare uppgett att ramavtalens uppskattade värde är detsamma efter omförhandlingen. Värdet bygger på ett uppskattat värde för hela regionens avtalsområden och då det är en händelsestyrd tjänst finns ingen exakt uppskattning per avtalsområde. Oavsett värdet har de aktuella ändringarna förändrat avtalens övergripande karaktär. Den övergripande karaktären av ett ramavtal kan förändras även vid ändringar av lågt värde i det fall ändringen skulle ha haft en stor inverkan på den ursprungliga potentiella konkurrenssituationen. I föreliggande fall hade andra leverantörer kunnat vara intresserade av att lämna anbud och ett annat anbud hade kunnat vinna om ändringarna hade varit kända från början. Ändringarna avser en omförhandling av kontraktens grundläggande villkor och viktningen av tilldelningskriterier. För att den övergripande karaktären ska anses ha ändrats krävs det inte att avtalsföremålet förändras.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Parterna är oense om på vilket sätt ändringens värde ska beräknas enligt 17 kap. 9 § LOU. I det fall ändringen medför att ramavtalets övergripande karaktär förändras är ändringen, oavsett om ändringens värde skulle ligga under de angivna gränserna, inte tillåten.

Av skäl 109 i LOU-direktivet framgår att vissa ändringar kan leda till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär eftersom det i sådana situationer kan antas att resultatet skulle ha påverkats. Avgörande för om en ändring har medfört att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär är därmed, enligt förvaltningsrätten, om det kan antas att resultatet av upphandlingen har påverkats. Som förvaltningsrätten redogjort för tidigare är det domstolens bedömning att samtliga leverantörer och potentiella anbudsgivare inte har haft samma förutsättningar och lika möjligheter att vid tiden för anbudslämnande förstå att en ändring av villkoren i ramavtalen skulle kunna komma att bli aktuell och utforma sitt anbud utifrån de förutsättningarna. Eftersom ändringarna är väsentliga i den mening att de kan antas ha påverkat anbudsgivarnas utformning av sina anbud och i förlängningen även resultatet av upphandlingen, anser förvaltningsrätten sammantaget att det ändringsavtal som ingåtts med Biltjänsten även innebär en ändring av ramavtalets övergripande karaktär. Ändringen har därför, oavsett värdet på ändringen, inte varit tillåten. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att undantaget i 17 kap. 9 § LOU inte har varit tillämpligt.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att ändringarna i ramavtalen har varit av sådan karaktär att de är att betrakta som nya avtal som skulle ha ingåtts först efter en förnyad upphandling.

### **Finns det skäl för upphandlingsskadeavgift?**

#### *Utgångspunkter för prövningen*

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.

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

I förarbetena till LOU framgår bl.a. följande om fastställande av upphandlingskadeavgiftens storlek. Sanktionerna ska vara effektiva, proportionerliga och avskräckande. Beslutande instans har ett betydande utrymme att inom givna beloppsramar fastställa avgiftens storlek. Ju allvarligare överträdelsen anses vara desto högre belopp bör avgiften bestämmas till. En otillåten direktupphandling är en sådan förseelse som anses höra till de allvarligare formerna av överträdelser och motiverar en avgift hänförlig till den högre skalan av avgiftsramen. Vid bedömningen av sanktionsvärdet bör även vägas in hur klar överträdelsen kan anses vara. Avtalstidens längd och avtalets värde kan också påverka sanktionsvärdet. Även förhållanden hos den upphandlande myndigheten bör tillmätas betydelse vid bedömningen av sanktionsvärdet. Omständigheter såsom att det är fråga om t.ex. upprepat beteende avseende att företa otillåtna direktupphandlingar bör ses som försvårande omständigheter (se prop. 2009/10:180 s. 197f. och 369).

*Vad parterna anför*

**Polismyndigheten** har i huvudsak anfört följande. Det föreligger förmildrande omständigheter som medför att sanktionsvärdet ska bedömas avsevärt lägre än vid överträdelser av normalgraden. Behovet av bärgningstjänster har konkurrensutsatts helt i enlighet med LOU och intresserade leverantörer har fått möjlighet att delta i förfarandet. Ändringsavtalen var endast påkallade av Polismyndighetens interna budgetskäl och syftade inte på något sätt till att kringgå LOU. Den eventuella överträdelsen av upphandlingslagstiftningen som avtalen kan anses utgöra är inte på något sätt klar och tydlig. Det saknas vägledande avgöranden om vilka ändringar som är tillåtna enligt LOU och mer specifikt exempel som belyser frågan om en prisändring, som inte är till

förmån för leverantören, kan utgöra en väsentlig ändring. Det saknas vidare försvårande omständigheter. Ändringsavtalen kan inte ses som en upprepning av Polismyndighetens tidigare agerande, där det var ostridigt att det var fråga om otillåtna direktupphandlingar.

**Konkurrensverket** har i huvudsak anfört följande. Den omständigheten att det ursprungliga avtalet har föregåtts av annonsering eller att ändringsavtalen varit föranledda av Polismyndighetens budgetskäl utgör inte förmildrande omständigheter vid den nu aktuella överträdelsen. Rättsläget i förevarande fall är vidare klart och det har varit fullt möjligt för Polismyndigheten att, utifrån lagstiftningen och praxis, bilda sig en uppfattning om upphandlings-skyldigheten. Det föreligger vidare försvårande omständigheter i form av ett upprepat beteende av att göra otillåtna direktupphandlingar. För att det ska föreligga ett upprepat beteende krävs det inte att agerandet är av en viss typ. Polismyndigheten har enligt en dom meddelad för endast sju månader sedan gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling. Att de närmare faktiska omständigheterna skiljer sig åt mellan direktupphandlingarna är naturligt och saknar betydelse.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten anser att den överträdelse av LOU som Polismyndigheten 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 Polismyndigheten 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 1 200 000 kr. Beloppet har beräknats utifrån det av Polismyndigheten uppskattade värdet av



upphandlingen om 15 miljoner kr. Eftersom det är fråga om en otillåten direktupphandling bör upphandlingsskadeavgiften som utgångspunkt ligga i det högre skiktet. Förvaltningsrätten anser att de omständigheter som Polismyndigheten har gjort gällande inte kan anses förmildrande på så sätt att de kan påverka avgiften i sänkande riktning. Rättsläget kan vidare inte anses vara oklart vad gäller skyldigheten att upphandla avtalen. Förvaltningsrätten ifrågasätter inte att Polismyndigheten syfte inte varit att kringgå regelverket. Enligt förvaltningsrättens mening utgör detta emellertid inte skäl för en mindre ingripande åtgärd. Även med beaktande av vad Polismyndigheten har anfört anser förvaltningsrätten, i likhet med Konkurrensverket, att det i försvårande riktning ska beaktas att Polismyndigheten tidigare har genomfört en otillåten direktupphandling och att det därför rör sig om ett upprepat beteende.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att den yrkade upphandlingsskadeavgiften om 1 200 000 kr får anses vara en effektiv och avskräckande sanktion som står i proportion till allvaret av överträdelsen. Konkurrensverkets ansökan ska därför bifallas och Polismyndigheten ska betala en upphandlingsskadeavgift till det yrkade beloppet.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Nils Västberg

Rådman

Specialistföredraganden Narin Demirel har föredragit målet.



## 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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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](http://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.