

BILAGAMål nr
2752-23**Begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF angående tolkningen av artikel 72.2 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet)****Inledning**

1. Högsta förvaltningsdomstolen önskar genom förhandsavgörande få klarlagt de närmare förutsättningarna för att en sådan ändring i ett tidigare upphandlat ramavtal som sett till sitt värde skulle kunna omfattas av artikel 72.2 i upphandlingsdirektivet ändå ska anses föranleda en skyldighet att vidta ett nytt upphandlingsförfarande på den grunden att ramavtalets övergripande karaktär ändras. Frågan har uppkommit i ett mål om upphandlingsskadeavgift.

Tillämpliga unionsrättsliga bestämmelser

2. Enligt artikel 72.1 i upphandlingsdirektivet får kontrakt och ramavtal ändras utan nytt upphandlingsförfarande i ett antal situationer. En av dessa är om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mening som avses i punkt 4 i artikeln. I den punkten anges att en ändring av ett kontrakt eller ett ramavtal under dess löptid ska anses vara väsentlig om ändringen innebär att kontraktet eller ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. Vidare anges i 4 a att en ändring i alla händelser ska anses vara väsentlig om det i och med ändringen införs nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet.

BILAGAMål nr
2752-23

3. Av artikel 72.2 framgår att ett kontrakt dessutom får ändras, utan att någon kontroll behöver göras av att villkoren i leden 4 a–d är uppfyllda, utan något nytt upphandlingsförfarande, om värdet av ändringen är lägre än både tröskelvärdena i artikel 4 och, för tjänste- och varukontrakt, 10 procent av det ursprungliga kontraktets värde. Ändringen får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.
4. I artikel 72.5 anges att ett nytt upphandlingsförfarande i enlighet med direktivet ska krävas för andra ändringar av bestämmelserna i ett offentligt kontrakt eller ett ramavtal under löptiden än de som avses i punkterna 1 och 2.
5. I skäl 107 i 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. Det anges att ändringar av detta slag visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor, och att detta särskilt är fallet om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.
6. Vidare anges i skäl 107 att ändringar av kontraktet som leder till smärre förändringar av kontraktsvärdet upp till ett visst värde alltid bör gå att göra utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras.
7. I skäl 109 behandlas det undantag från skyldigheten att genomföra en ny upphandling som gäller när en upphandlande myndighet behöver ändra ett befintligt kontrakt till följd av oförutsebara omständigheter. Det anges att det undantaget inte kan tillämpas i de fall då en ändring leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de bygg-entreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat

BILAGAMål nr
2752-23

eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats.

Tillämpliga nationella bestämmelser

8. Enligt 17 kap. 8 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, får ett kontrakt eller ett ramavtal ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 9–14 §§.
9. Av 9 § första stycket framgår 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 dels föreskrivet tröskelvärde, dels 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst.
10. I 14 § första stycket anges att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig. Av andra stycket 1 framgår att 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.

Omständigheterna i målet*Bakgrund*

11. Polismyndigheten genomförde under 2020 en upphandling av bärgningstjänster enligt lagen om offentlig upphandling. Det sammanlagda kontraktsvärdet beräknades till 15 miljoner kr och anbudsutvärderingen gjordes på basis av

BILAGAMål nr
2752-23

tilldelningskriteriet lägsta erbjudet pris. 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 återlämnas. För transporter utanför radien om 10 km skulle anbudsgivarna ange ett särskilt tilläggspris per kilometer för resterande del av körsträckan. Priserna skulle enligt upphandlingsdokumenten gälla oförändrade för hela avtalstiden.

12. Upphandlingen avslutades genom att Polismyndigheten i början av 2021 ingick två ramavtal, ett med Lidköpings Biltjänst Hyr AB och ett med en annan leverantör.
13. I mitten av 2021 kom Polismyndigheten överens med de båda leverantörerna om att ändra ersättningsvillkoren i ramavtalen. Ändringsavtalen innebar att radien inom vilken kilometerpris inte skulle utgå utökades från 10 till 50 km. Samtidigt ändrades – såvitt avser Lidköpings Biltjänst Hyr AB – det fasta priset per uppdrag från 0 kr till 4 500 kr medan kilometerpriserna utanför radien för vissa transporter ändrades från 185 kr till 28 kr och för andra från 275 kr till 55 kr.
14. Polismyndigheten har uppgett att bakgrunden till ändringarna var att det fanns ett behov av att jämna ut kostnadsfördelningen internt i myndigheten mellan olika polisområden med varierande geografisk storlek och bebyggelse. Utgångspunkten var att ändringarna inte skulle leda till någon förändring av ramavtalens sammanlagda kontraktsvärde. Myndigheten har i efterhand, baserat på faktureringen, kommit fram till att ändringsavtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB har lett till en marginell minskning av den totala ersättningen jämfört med den som skulle ha utgått enligt de ursprungliga villkoren.

BILAGAMål nr
2752-23*Ansökan om upphandlingsskadeavgift*

15. Konkurrensverket ansökte hos Förvaltningsrätten i Stockholm om att Polismyndigheten skulle betala en upphandlingsskadeavgift med motiveringen att ändringsavtalen borde ha föregåtts av ett nytt upphandlingsförfarande.
16. Polismyndigheten bestred bifall till ansökan. Myndigheten gjorde gällande att den inte hade haft någon skyldighet att genomföra ett nytt upphandlingsförfarande eftersom ändringarna inte var väsentliga i den mening som avses i 17 kap. 14 § LOU. När det gäller ändringarna i avtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB gjorde myndigheten dessutom gällande att de var tillåtna enligt 17 kap. 9 § LOU eftersom det var fråga om ändringar av mindre värde.
17. Förvaltningsrätten biföll Konkurrensverkets ansökan och beslutade att Polismyndigheten skulle betala 1 200 000 kr i upphandlingsskadeavgift. Domstolen konstaterade att ändringarna, som inneburit att anbudsgivarna skulle ha behövt göra en annan avvägning mellan de priser som avsett fast respektive rörlig ersättning, inte varit möjliga att förutse utifrån uppgifterna i de ursprungliga upphandlingsdokumenten, vilket inneburit att övriga anbudsgivare inte getts samma möjligheter som de vinnande leverantörerna att göra korrekta beräkningar av lönsamheten i de potentiella beställningarna enligt de nya villkoren. Det framstod enligt domstolen som sannolikt att ändringarna av villkoren, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha kunnat medföra att ytterligare leverantörer hade deltagit i upphandlingen eller att utfallet av utvärderingen hade blivit annorlunda. Mot den bakgrunden fann domstolen att ändringarna var att betrakta som väsentliga och därmed inte tillåtna enligt 17 kap. 14 § LOU. Av samma skäl fann domstolen att ändringarna i avtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB medförde att ramavtalets övergripande karaktär ändrades och att de därmed inte heller var tillåtna enligt bestämmelserna om ändringar av mindre värde i 17 kap. 9 § LOU.

BILAGAMål nr
2752-23

18. Polismyndigheten överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm. I fråga om ändringarna i avtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB anförde Polismyndigheten att en ändring av mindre värde kan vara tillåten även om ändringen i och för sig skulle anses som väsentlig. Vidare hänvisade myndigheten till skäl 109 i upphandlingsdirektivet och gjorde gällande att det måste vara fråga om ändringar av mer kvalificerat slag än en justering av ersättningsvillkoren för att avtalets övergripande karaktär ska anses ha ändrats.
19. Kammarrätten avslog överklagandet. Även kammarrätten ansåg att ändringarna var att betrakta som väsentliga och därmed inte tillåtna enligt 17 kap. 14 § LOU. Vidare menade kammarrätten att begreppet ”avtalets övergripande karaktär” och de exempel som ges i skälen till upphandlingsdirektivet inte kan uppfattas som att ändringar i ersättningsvillkoren skulle vara uteslutna från att anses som ändringar av den övergripande karaktären. Enligt domstolen får det i stället i varje enskilt fall bedömas om en ändring av ersättningsvillkoren 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. I det aktuella fallet kunde det enligt kammarrättens mening antas att resultatet av den ursprungliga upphandlingen skulle ha påverkats om de ändrade ersättningsvillkoren hade funnits med från början. Ändringarna i avtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB ansågs därför utgöra en sådan förändring av ramavtalets övergripande karaktär som avses i 17 kap. 9 § LOU.
20. Polismyndigheten har överklagat kammarrättens dom och yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska avslå Konkurrensverkets ansökan om upphandlingsskadeavgift eller i vart fall bestämma avgiften till ett lägre belopp. Konkurrensverket anser att överklagandet ska avslås.

BILAGAMål nr
2752-23

21. Polismyndigheten gör även i Högsta förvaltningsdomstolen gällande att ändringsavtalen var tillåtna med stöd av 17 kap. 14 § LOU. Myndigheten vidhåller också att ändringarna i avtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB i vart fall var tillåtna med stöd av 17 kap. 9 § LOU.
22. Denna begäran om förhandsavgörande tar sikte på den sistnämnda bestämmelsen och motsvarande bestämmelse i upphandlingsdirektivet, artikel 72.2, närmare bestämt vad som avses med att ett ramavtals övergripande karaktär ändras.

Parternas ståndpunkter*Polismyndigheten*

23. Polismyndigheten anför följande. Ändringarna är inte av det slaget att de kan ha medfört att ramavtalets övergripande karaktär har ändrats. I artikel 72.2 i upphandlingsdirektivet anges att ett kontrakt som uppfyller kraven i bestämmelsen får ändras utan att någon kontroll görs av att villkoren i 4 a–d är uppfyllda. Det innebär att den omständigheten att en annan leverantör skulle ha kunnat tilldelas kontraktet om de nya villkoren hade gällt från början inte kan tas till intäkt för att avtalets övergripande karaktär har ändrats. Av EU-domstolens praxis (Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634) framgår vidare att även väsentliga avtalsändringar kan vara tillåtna om möjligheten att göra dessa har angetts på förhand. Numera regleras ändringsklausuler i artikel 72.1 a i upphandlingsdirektivet och är förbehållna ändringar som inte påverkar den övergripande karaktären, vilket innebär att detta begrepp inte kan vara synonymt med väsentliga ändringar utan måste avse ändringar av mer kvalificerat slag. I skäl 109 i upphandlingsdirektivet anges som exempel på en ändring av den övergripande karaktären att upphandlingsföremålet ersätts med något annat eller att typen av upphandling förändras i grunden.

BILAGAMål nr
2752-23*Konkurrensverket*

24. Konkurrensverket anför följande. Ändringar av mindre värde i ett redan upphandlat avtal kan göras eftersom sådana ändringar generellt sett inte kan förväntas snedvrída konkurrensen eller tráda principerna om likabehandling och transparens förnár i någon högre grad. Upphandlingsreglernas systematik skulle dock förfelas om ändringar, som i och för sig medför en enbart marginell värdeförändring i absoluta tal, men som står i strid med principerna av andra skál án att det sker en förändring i värde, skulle tillátas. Bedömningen av om en sådan ändring medför att ramavtalets övergripande karaktár ändras ska alltså ta sikte pá om resultatet av den ursprungliga upphandlingen hypotetiskt kunde ha blivit annorlunda med bortseende av páverkan från den marginella värdeförändringen. I detta fall saknar värdet betydelse för frågan huruvida ändringarna strider mot principerna. Ändringarna har avsett de grundläggande ekonomiska förutsättningarna för den ursprungliga anbudsgivningen och páverkat attraktiviteten i upphandlingen utifrån ett riskperspektiv som inte varit möjligt att förutse när anbudet lämnades. Det kan antas att resultatet av upphandlingen skulle ha páverkats om ändringarna hade varit kända från början eftersom en annan leverantör under andra förutsättningar hade kunnat erbjuda det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Ändringsavtalet strider pá dessa grunder mot principerna om likabehandling och transparens och innebär att den övergripande karaktären av ramavtalet har ändrats. Att bedömningen av om ramavtalets övergripande karaktár ändrats ligger nära den bedömning som enligt EU-domstolens praxis ska göras i fråga om huruvida en ändring är väsentlig ligger i sakens natur eftersom båda begreppen är utflöden av de nämnda principerna.

BILAGAMål nr
2752-23**Behovet av förhandsavgörande**

25. Polismyndigheten har beräknat värdet av de ändringar som gjorts i det upphandlade ramavtalet med Lidköpings Biltjänst Hyr AB till ett lägre belopp än de värden som anges i 17 kap. 9 § LOU och artikel 72.2 i upphandlingsdirektivet. För att avgöra om det med detta som utgångspunkt varit tillåtet för Polismyndigheten att ingå ändringsavtalet måste Högsta förvaltningsdomstolen ta ställning till om den ändring av ersättningsmodellen som gjorts kan sägas ha ändrat ramavtalets övergripande karaktär.
26. EU-domstolen har i sin tidigare praxis – som föregår införandet av det nuvarande upphandlingsdirektivet – uttalat att principerna om likabehandling och transparens utgör hinder mot att bestämmelserna i ett befintligt kontrakt, utan ett nytt upphandlingsförfarande, ändras så att de uppvisar väsentliga skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet (presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34). En ändring ska anses väsentlig bl.a. om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (punkt 35 i samma avgörande). En ändring som är väsentlig får i princip inte göras efter tilldelningen om inte möjligheten att göra ändringen har angetts i villkoren i det ursprungliga upphandlade kontraktet (Finn Frogne, punkterna 30 och 36). Även ändringar som görs med stöd i befintliga avtalsbestämmelser kan i undantagsfall kräva ett nytt upphandlingsförfarande för det fall de villkor som ändras med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag har varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande (Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39).
27. Bestämmelserna i artikel 72 i upphandlingsdirektivet är delvis ägnade att kodifiera denna praxis. I artikel 72.4 uttrycks principen om att det endast är väsentliga ändringar som påkallar ett nytt upphandlingsförfarande. I artikel

BILAGAMål nr
2752-23

72.1 och 72.2 regleras i sin tur en rad situationer där ändringar får göras oavsett om de är väsentliga eller inte, i flera fall under förutsättning att de inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Det rekvisitet gäller förutom i fråga om undantaget för ändringar av mindre värde, även för ändringar med stöd i klara, exakta och entydiga ändringsklausuler samt för ändringar till följd av oförutsebara omständigheter.

28. Undantaget för ändringar av mindre värde, såsom det kommer till uttryck i artikel 72.2, har ingen direkt grund i EU-domstolens praxis. I målet *Kommissionen mot Tyskland (C-160/08, EU:C:2010:230, punkterna 99–101)* bedömdes en ändring ha varit väsentlig på basis av att dess värde översteg tröskelvärdet i de tillämpliga direktiven, och i målet *pressetext Nachrichten-agentur (punkterna 61–63)* konstaterades att en obetydlig justering av priset till leverantörens nackdel inte var en väsentlig ändring av kontraktsvillkoren. Det förhållandet att en ändring som i och för sig bedöms vara väsentlig ändå kan vara tillåten på grund av sitt låga värde synes emellertid vara nytt i och med det nuvarande upphandlingsdirektivet.
29. EU-domstolen har inte uttalat sig om vilka förutsättningarna är för att en ändring av ett ramavtal ska kräva en ny upphandling på den grunden att ändringen medför att ramavtalets övergripande karaktär ändras, vare sig när det gäller ändringar av mindre värde (artikel 72.2) eller i fråga om ändringar i enlighet med ändrings- eller optionsklausuler eller till följd av oförutsebara omständigheter (artikel 72.1). Domstolen har inte heller uttalat sig om de motsvarande bestämmelserna i direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner eller direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

BILAGAMål nr
2752-23

30. I ingressen till upphandlingsdirektivet (skäl 109, som behandlar ändringar till följd av oförutsebara omständigheter) ges exempel på ändringar som kan medföra att ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär ändras. Dessa exempel tar sikte på ändringar av själva kontraktsföremålet och typen av upphandling. I övrigt finns det ingen tydlig vägledning i ingressen när det gäller frågan om vad som avses med att den övergripande karaktären ändras.
31. Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att det är nödvändigt att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

Fråga

32. Kan en ändring av ersättningsmodellen i ett ramavtal som ursprungligen upphandlats på grundval av tilldelningskriteriet lägsta erbjudet pris, varigenom tyngdpunkten mellan fast och rörlig prissättning ändras samtidigt som prisnivåerna justeras i sådan mån att det totala kontraktsvärdet inte förändras i mer än marginell omfattning, medföra att ramavtalets övergripande karaktär ska anses ha ändrats på det sätt som avses i artikel 72.2 i upphandlingsdirektivet?