

PM 2 2013-10-22 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otilåtten direktupphandling (väsentlig ändring av avtalsvillkor).

Karlskrona kommun har efter genomförd offentlig upphandling kommit att efterge villkor i löpande avtal på så sätt den tillhandahållna tjänsten inte uppfyller alla de ursprungliga kraven.

Karlskrona kommun (nedan Kommunen) påbörjade genom bl.a. annons i annonsdatabasen Visma TendSign den 30 mars 2012¹ ett offentligt upphandlingsförfarande avseende ett "[t]elefonparkeringssystem för Karlskrona kommun" (dnr. 2012.370.052). Kommunens aktuella förfrågningsunderlag är daterat samma dag och kompletterat den 16 april 2012.²

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ett tekniskt system för att möjliggöra parkeringsbetalning för allmänheten på av Kommunen upplåtna parkeringsplatser på Trossö i centrala Karlskrona, via en mobil/webbaserad lösning kallad "SmartParkering".

Upphandlingen, som utlysts i ett s.k. förenklat förfarande,³ avser avtal för en period av fyra år, med option på förlängning i två perioder om vardera två år, således till att omfatta maximalt (4+2+2=) åtta år. Vidare framgår, under punkten 4 "Mobil applikation" i underlaget, bl.a. följande obligatoriska s.k. skall-krav för anbudsgivning.

"Tjänsten ska erbjuda parkeringsbetalning med vanliga mobiltelefoner, samt appar för smartphones som t.ex. iPhone och Android. Parkeraren ska ha möjlighet att via en valfri mobiltelefon starta en parkering, checka-in närhelst denne vill".

I samma underlag anges under punkten "Kravspecifikation" att systemet i sin helhet ska driftsättas och drifthållas av leverantören samt att leverans av del 4, som avser *Mobil applikation*, ska ske senast den 1 oktober. I övriga delar ska systemet vara driftsatt och fungera senast 15 juni.⁴

Vid anbudstidens utgång den 23 april 2012 noterades fyra inkomna anbud som av Kommunen upptogs till slutlig prövning. Tilldelning beslutades den 27 april 2012⁵ ske till Fujitsu Sweden AB (nedan Fujitsu), som i sitt anbud avseende kravuppfyllelse enligt punkten 4 angivit bl.a. följande.

"Tjänsten inkluderar 'app' för smartphonesmodellerna iPhone, Android och Windows Mobile där man endast blir belastad kostnad för parkerad tid. I upphandlingsunderlaget står det dock samtidigt att 'vanliga' mobiltelefoner skall kunna användas. Med vanliga mobiltelefoner utgår leverantören från att beställaren menar en mobiltelefon utan internetanslutning. För dessa telefoner inkluderar vår lösning enligt detta anbud en traditionell betal SMS-lösning där parkeraren skickar ett 'vanligt betalsms'. När detta sker anges bilnummer och zon i det betalsms som parkeraren skickar och denna information förs in i parkeringsdatabasen under den tid som parkeringen är giltig".

Kontrakt i upphandlingen (nedan Telefonparkeringsavtalet) tecknades mellan Kommunen och Fujitsu den 29 juni 2012. Av detta framgår (§2) att kontraktshandlingarna utgörs av (1) tillägg till Telefonparkeringsavtalet, (2) Telefonparkeringsavtalet, upprättat den 2012-06-29, (3) beställarens förfrågningsunderlag daterat 2012-03-30 med kompletteringar daterat 2012-04-16, samt (4) leverantörens anbud daterat 2012-04-23. Vidare (§4) framgår att leverans i driftfärdigt skick avseende del 4 ska ske senast den 15 december 2012 och i övriga delar senast den 15 oktober 2012.⁶

¹ Se Visma TendSign, annons rubricerad "Telefonparkeringssystem Karlskrona Kommun", som skickades den 30 mars 2012 för publicering (notis-id: 3078814).

² Se förfrågningsunderlaget "Telefonparkeringssystem för Karlskrona kommun" (dnr. 2012.370.052) daterat den 30 mars 2012.

³ Se punkten "upphandlingsförfarande" i förfrågningsunderlaget, s. 1.

⁴ Den aktuella föreskriften lyder som följer: "[d]e delar av tjänsten och systemet som skall vara driftsatt och fungera senast 15 juni är delarna 1, 2, 3 och 5. Leverans av del 4 skall ske senast 1 oktober".

⁵ Se Karlskrona kommun, protokollet "Tilldelningsbeslut – inköp av Telefonparkeringssystem för Karlskrona kommun" av den 27 april 2012 jämte bilagda anbudsvärderingsprotokoll (dnr. 2012.370.052).

⁶ Den aktuella föreskriften i § 4 av Telefonparkeringsavtalet lyder som följer: "[l]everans i driftfärdigt skick av delarna 1, 2, 3 och 5 ska ske senast 2012-10-15" och "[l]everans i driftfärdigt skick av del 4 ska ske senast 2012-12-15".

I Telefonparkeringsavtalet med tillägg förekommer inte någon avvikelse eller reservation mot det ovan redovisade skall-kravet i kravspecifikationen, punkten 4, om att den avtalade tjänsten ska erbjuda bl.a. parkeringsbetalning med ”vanliga mobiltelefoner” och att parkeraren ska ha möjlighet att via en valfri mobiltelefon starta en parkering och checka-in närhelst denne vill.

Av avtalet följer vidare (§ 16) att ”[o]m ena parten inte uppfyller sina åtaganden enligt detta avtal, inte visar den skicklighet eller omsorg som förutsätts vid avtalets ingående eller på annat sätt brister i sina åtaganden så att motpartens verksamhet blir lidande ska motparten tillskrivas. Om ena parten därefter på väsentliga punkter inte uppfyller avtalet, inte visar den skicklighet och omsorg som förutsätts vid avtalets ingående eller på annat sätt brister i sina åtaganden så att motpartens verksamhet blir lidande, äger parten rätt att säga upp avtalet”. Vidare (§ 18), att under tiden fram till ett avgörande av en eventuell tvist tillämpas gällande avtal enligt beställarens tolkning.⁷

Kommunens aktuella tilldelningsbeslut överklagades av en konkurrerande leverantör, som till grund för överprövning i domstol påtalade bl.a. att en teknisk beskrivning av tjänsten för SMS-lösningar saknades i det vinnande anbudet från Fujitsu, och att anbudet inte uppfyller kravet på att tjänsten ska erbjuda parkeringsbetalning med vanliga mobiltelefoner. Detta påstående tillbakavisades av Kommunen, som hänvisade till att det av anbudet från Fujitsu framgår att den offererade lösningen inkluderar en traditionell betal-SMS-lösning.⁸

Förvaltningsrätten i Växjö⁹ avslog på bl.a. denna grund leverantörens ansökan om överprövning. Av domskälen framgår bl.a. följande.

”Av utredningen framgår att [parterna] betraktar SMS som en grundläggande funktion i ’vanliga mobiltelefoner’. Med hänsyn till att Fujitsu i sitt anbud även beskriver parkeringsbetalning med SMS för de mobiltelefoner som saknar internetanslutning [...] finner förvaltningsrätten det inte visat att Fujitsu inte uppfyller skall-kraven i denna del”.

Avseende det nuvarande förfarandet för parkering på Trossö redovisar¹⁰ Kommunen bl.a. följande: ”på Trossö kan du betala för din parkering i automater eller med hjälp av en app om du har en *smartphone*”. Någon anvisning för hur parkerare med ”vanliga mobiltelefoner” ska gå tillväga lämnas inte och på fråga om en parkerare kan betala för sin parkering med annat än s.k. smarta mobiltelefoner har Kommunen svarat följande.

”Vill man betala med sin mobiltelefon är man hänvisad till att ladda ner en s.k. app, vilket bara är möjligt till modernare mobiltelefoner som Iphone eller telefoner med Android. De automater i stan som finns i röd zon kan också hantera kortbetalning med VISA eller MasterCard. I samtliga automater på stan kan man betala med mynt”.¹¹

Upphandlingens aktuella kontraktswärde kan med ledning av Kommunens sammanställning av inkomna anbud¹² uppskattas till mellan c:a 1,9 och c:a 4,2 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).¹³ Den tekniska lösning från Fujitsu som Kommunen beslutat anta innefattar enligt Kommunens sammanställning ett anbudspris på 2.894.000 kronor.¹⁴

⁷ Till hävningsmöjligheten enligt § 16 finns i Telefonparkeringsavtalet kopplat även (§ 17) en klausul om *force majeure*, samt (§ 18) en forumbestämmelse om att tvist i anledning av avtalet i första hand ska lösas genom förlikning och annars vid allmän domstol på beställarens hemort.

⁸ Se Kommunens yttrande den 11 maj 2012 till Förvaltningsrätten i Växjö (aktbilaga 7 i mål 1704-13) av vilket framgår bl.a. följande: ”Fujitsus anbud [...] erbjuder även parkeringsbetalning med vanliga mobiltelefoner via SMS även kallat premium SMS”.

⁹ Förvaltningsrätten i Växjö, dom av den 16 juni 2012 i mål 1704-12.

¹⁰ Se Kommunens internetsida, www.karlskrona.se, under fliken ”Parkera i Karlskrona”, www.karlskrona.se/Sjalvservice/tjanster/parkera-i-karlskrona/.

¹¹ Se Tekniska förvaltningen, e-postmeddelande av den 25 september 2013 kl. 14.13.

¹² Se Tekniska förvaltningens protokoll ”Anbudsutvärdering inköp av Telefonparkeringsssystem för Karlskrona kommun” daterat den 27 april 2012 och bilagerat till ett samma dag upprättat upphandlingsbeslut.

¹³ Anbudet (nyttjanderätt + kundtjänstersättning) fördelade sig enligt följande: 1.904.000 kr. / 1.122.000 kr. / 2.894.000 kr. / 4.197.450 kr., vilket ger ett genomsnittligt kontraktswärde på 2.529.612,5 kronor.

¹⁴ Angivna beloppsnivåer avser kontraktswärdet under avtalets fulla löptid av åtta år, inklusive förekommande förlängningsår.

Gällande rätt

Upphandling av varu- eller tjänstekontrakt som har påbörjats¹⁵ efter den 31 december 2007 regleras i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Lagen bygger på det nuvarande EUF-fördraget¹⁶ samt Europeiska rådets och parlamentets direktiv om offentlig upphandling.¹⁷

För upphandling efter den 15 juli 2010 har vidare i LOU införts vissa bestämmelser med avseende på bl.a. regleringen av möjligheterna till s.k. direktupphandling samt tillgängliga rättsmedel.

Med *varukontrakt* avses enligt 2 kap. 21 § LOU ett kontrakt som gäller köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, under förutsättning att kontraktet inte skall anses utgöra ett byggtreprenadkontrakt¹⁸ eller ett tjänstekontrakt.¹⁹ Ett kontrakt ska dock behandlas som ett varukontrakt även om det omfattar monterings- och installationsarbeten avseende varorna, om värdet av arbetena är mindre än värdet av varorna. Den närmare bestämningen av ett kontrakt utgår från ett gemensamt klassifikationssystem för varor, tjänster och byggtreprenadarbeten inom de europeiska gemenskaperna som heter *Common Procurement Vocabulary* eller CPV.²⁰

Ett kontrakt avseende system för parkeringsbetalningar kan vid tillämpningen av CPV hänföras till upphandling av såväl varor som tjänster, beroende på kontraktets aktuella utformning i övrigt. Kommunen har i sin annons i Visma TendSign¹ hänvisat till att upphandlingen avser såväl varor i form av *av parkeringsledningssystem* (CPV 34926000-4), *betalkort* (CPV 30163000-9), *parkeringsmätare* (CPV 38730000-1) och *passerkontrollsystem* (CPV 42961100-1) som A-tjänster²¹, för *installation av parkeringsmätare* (CPV 51214000-5) och *betaltelefoni* (CPV 64212800-3).

Om det samlade värdet av ett sådant varu- eller A-tjänstekontrakt som ska upphandlas överstiger vid varje tidpunkt gällande tröskelvärde ska upphandlingen handläggas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1 -14 kap. LOU. Enbart om det aktuella kontraktets värde understiger detta tröskelvärde får upphandlingen genomföras med ledning av de nationella bestämmelser som finns införda i 15 kap. LOU, exempelvis genom *förenklad upphandling*.

Vid kontraktsvärdeberäkningen ska enligt 3 kap. 3 § 1 § första stycket punkten 2 LOU värdet av ett kontrakt som avser varor eller A-tjänster uppskattas till det totala belopp som skall betalas enligt kontraktet. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats.

För närvarande uppgår, sedan den 1 januari 2012, tröskelvärdet för bl.a. kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn till 1.897.540 kronor.²²

¹⁵ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud (se prop. 2006/07:128, s. 447, jfr. Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 17 maj 2013 i mål 5766-12).

¹⁶ Se det tidigare Fördraget om Europeiska gemenskaperna (EG) samt, från och med den 1 december 2009, Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF).

¹⁷ Se direktivet (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet).

¹⁸ Med *byggtreprenadkontrakt* avses enligt 2 kap. 3 § LOU ett kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av byggtreprenadarbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till lagen eller som medför att ett byggnadsverk realiserar, oavsett hur kontraktet utformas, enligt krav som ställs upp av den upphandlande myndigheten.

¹⁹ Med *tjänstekontrakt* avses enligt 2 kap. 18 § ett kontrakt som gäller utförande av tjänster enligt bilagorna 2 eller 3 till lagen och som inte utgör ett byggtreprenadkontrakt eller ett varukontrakt. Ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster skall behandlas som ett tjänstekontrakt, om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna medan ett kontrakt som avser tjänster och även omfattar verksamhet som hänförs till byggtreprenader, men som är underordnad kontraktets ändamål i övrigt, skall också behandlas som ett tjänstekontrakt.

²⁰ *Common Procurement Vocabulary (CPC)*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom de europeiska gemenskaperna (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster i ett åttaställigt kodsysteem. Tanken är att systemet ska ersätta de olika nationella klassifikationerna vid handeln inom såväl som mellan medlemsstaterna. – Se Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), vilken trädde i kraft den 12 december 2003 (numera ändrad genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV, vilken trädde i kraft den 13 september 2008).

²¹ Tjänsten *installation av parkeringsmätare* (CPV 51214000-5) innefattar en A-tjänst kategori 1, *Underhålls- och reparations-tjänster*, och *betaltelefoni* (CPV 64212800-3) en A-tjänst kategori 5, *Telekommunikationstjänster*, enligt Bilaga 2 till LOU.

²² Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Tillkännagivande ska ske angivet till exakt belopp i euro och svenska kronor. Tröskelvärdet för upphandling av bl.a. A-tjänster inom den klassiska sektorn uppgår, om den upphandlande myndigheten inte är en central civil statlig myndighet

Skyldighet att följa bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling omfattar bl.a. kommunala myndigheter och beslutande församlingar i kommuner och landsting. Den som är skyldig att iakttå lagens bestämmelser utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU en s.k. ”upphandlande myndighet”.²³ Tillsyn över den offentliga upphandlingen utövas numera av Konkurrensverket.²⁴

Vilka bestämmelser som ska tillämpas beror ytterst på förutsättningarna för avtalet. Dock ska som huvudregel alltid EU-fördragets²⁵ grundläggande bestämmelser om etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster liksom unionsrättens principer om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)* tillämpas på kontraktstilldelningen.

Av principen om *likabehandling och icke-diskriminering* följer att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få relevant information vid samma tillfälle och på lika villkor. Vissa leverantörer får inte gynnas framför andra. Diskriminerande särbehandling får vidare inte komma ifråga, särskilt inte på grund av nationalitet.

Med principen om *öppenhet (transparens)* avses främst myndigheternas skyldighet att lämna information om sina upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rätten för leverantörer att kunna få tillgång till sådan information i förväg, så att de kan sätta sig in i vad som gäller för upphandlingen.

Enligt fast praxis föreligger det inte någon möjlighet för en upphandlande myndighet att, utan stöd av ett i anbudsförutsättningarna tidigare redovisat system, i efterhand omförhandla, efterge eller på annat sätt medge väsentlig ändring av villkoren i ett redan tecknat kontrakt, om detta medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

Avseende frågan om vad som kan anses medföra ”väsentlig ändring” kan från unionsrättslig praxis nämnas EU-domstolens avgörande i målet C-454/06 (*Pressetext*), av vilket framgår att om de ändrade bestämmelserna i ett kontrakt 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 kan ändringen anses betydande. Enligt domstolen kan en ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid 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 anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs (p. 35). En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet (p. 37).²⁶ Om ett kontrakt således har kommit att undergå en väsentlig ändring kan detta enligt domstolen medföra ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses enligt gällande upphandlingsbestämmelser.

Från svensk nationell praxis kan nämnas att den tidigare Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i ett yttrande från 2006 uttalat att det sannolikt rör sig om en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att lämna anbud.

(se Bilaga IV till det klassiska upphandlingsdirektivet) sedan den 1 januari 2012 till 200.000 euro eller 1.897.540 svenska kronor – se vidare Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden samt regeringens tillkännagivande (2011:1575) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

²³ Tidigare enligt 1 kap. 5 § ÅLOU användes beteckningen *upphandlande enhet*. Genom införandet av 2007 års lagar om upphandling har inom den klassiska sektorn beteckningen *upphandlande enheter* mönstrats ut och ersatts med *upphandlande myndigheter*. Beteckningen *upphandlande enhet* förekommer numera enbart på organ verksamma inom de s.k. försörjningssektorerna. Här i den fortsatta framställningen används genomgående beteckningen *upphandlande myndighet*.

²⁴ Från och med den första september 2007 övergick tillsynsansvaret avseende offentlig upphandling från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) till Konkurrensverket.

²⁵ EU fördragen består sedan den 1 december 2009 av Fördraget om Europeiska unionen (FEU), Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) samt Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (stadgan). De grundläggande principer som här avses följer av avdelningarna II och IV FEU om fri rörlighet av varor och tjänster.

²⁶ Se EU-domstolens dom av den 19 juni 2008 i mål nr C-454/06, *Pressetext*, REU 2008, s. I-4401, pp. 34-36; för liknande resonemang se även domstolens dom av den 5 oktober 2000 i mål C-337/98, *kommissionen mot Frankrike*, REU 2000, s. I-8377, pp. 34, 35 och 37.

Vid en ändring som bedöms medföra ett nytt kontrakt ska i enlighet med principen om lika-behandling hänsyn tas även till potentiella leverantörer som kan vara intresserade att delta med anbud i och med den ändring som är aktuell. Ändringar som bedöms vara marginella bör enligt NOU:s mening däremot kunna göras.²⁷

I ett avgörande från 2009 har Kammarrätten i Jönköping,²⁸ med utgångspunkt i bl.a. NOU:s tidigare yttrande och med tillämpning av den s.k. likabehandlingsprincipen, funnit att den omständigheten att den upphandlande myndigheten frångått ett tidigare uppställt kriterium om leveranssäkerhet medfört sådan väsentlig ändring att ett nytt avtal därmed får anses ha uppkommit.

Kammarrätten i Jönköping²⁹ har även 2013, med ledning av de rättsmedelsbestämmelser som numera införts i LOU, förordnat om ogiltighet av avtal på grund av väsentligen ändrat avtals-innehåll. Av utredningen framgick att avrop skulle ske enligt mellan parterna fastlagda pris- och sortimentlistor, men att dessa listor hade kommit att få ett innehåll som till mindre än tillåtna 90 procent avvek från de för upphandlingen ursprungligen fastställda kraven. Av domskälen framgår bl.a. följande.

”Enligt kammarrättens mening innebär detta att avtalet mellan [parterna] avviker från förfrågningsunderlaget så att det mer än marginellt står i strid med kraven i upphandlingen. Avtalet får därför anses utgöra en ny direktupphandling. Det har inte påståtts att förhållandena varit sådana att direktupphandling fått ske. Således är det fråga om en otillåten direktupphandling”.

En liknande bedömning redovisas även av Kammarrätten i Göteborg³⁰, vilken i ett mål 2013 om ogiltighet av avtal hade att bedöma ett förfarande där de leverantörer som tilldelats kontrakt upphandlingen hade tillåtits av den upphandlande myndigheten att i efterhand, utan stöd i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, justera sina ursprungligen lämnade timpriser så att dessa ökade med mellan 2,73–5,52 procent. Av domskälen framgår bl.a. följande.

”Ändringen av timpriserna får till verkan att ersättningen till de anbudsgivare som tilldelats kontraktet ökar i förhållande till de ursprungliga anbuden, vilket innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för dessa. Vid sådana förhållanden finner kammarrätten att ändringen av timpriserna utgör en sådan ändring av villkoren i kontrakten att en ny upphandling får anses ha inletts. Något undantag från annonseringsskyldigheten har inte framkommit i målet. Redan härav följer att [den upphandlande myndigheten] skulle ha annonserat upphandlingen på nytt. Eftersom detta inte skett ska avtalen förklaras ogiltiga”.

Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande från 2013 uttalat att en ändring i ett skall-krav i förfrågningsunderlaget vanligtvis är att bedöma som en väsentlig ändring, som kan medföra att ny upphandling måste påbörjas genom publicering av meddelande om ny konkurrensutsättning.³¹

²⁷ Nämnden för offentlig upphandling (NOU) yttrande den 21 september 2006 avseende en kommuns godkännande av att ett upphandlat kontrakt om bevakningstjänster överläts på ny leverantör (dnr. 2005/0197-26).

²⁸ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 10 juli 2010 i mål 953-09.

²⁹ Kammarrätten i Jönköping, dom av den 21 februari 2013 i mål 2760-12.

³⁰ Kammarrätten i Göteborg, dom av den 15 mars 2013 i mål 6952-12. Ett kammarrättsråd anmälde skiljaktig mening och angav att ändringarna inte var av den omfattningen att kontraktets ekonomiska jämvikt hade ändrats. En otillåten direktupphandling förelåg därmed inte, varför någon grund att förklara de aktuella avtalen ogiltiga heller inte kunde anses föreligga.

³¹ Kammarrätten i Sundsvall, dom av den 31 maj 2013 i mål 1156-13.

Med stöd av de ändringar som har införts i LOU från och med den 15 juli 2010 ska rätten enligt 16 kap. 13 § LOU, på talan av skadelidande leverantör, besluta att ett avtal som har slutits direkt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.³²

Rätten kan även enligt 16 kap. 16 § LOU förordna om att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud).³³ Talan om ogiltighet måste dock, enligt 16 kap. 17 § LOU, väckas inom sex månader från det att avtalet slöts.

Den upphandlande myndigheten kan i fall av otillåten direkttilldelning även förpliktas utge s.k. upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU. Även denna sanktion har införts i LOU med verkan från och med den 15 juli 2010, och innebär att allmän förvaltningsdomstol på talan av Konkurrensverket kan besluta om att en särskild straffavgift ska betalas av den upphandlande myndighet som har slutit avtal med en leverantör utan iakttagande av föreskrifterna om föregående annonsering i LOU. Upphandlingsskadeavgiften ska enligt 17 kap. 4 § LOU uppgå till lägst 10.000 kronor och högst 10 miljoner kronor. Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktets värde. I rättspraxis har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av aktuellt kontraktets värde.³⁴

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet. Kommunen har genom Tekniska förvaltningen, dock utan att inom angiven tid avge något svar, endast bekräftat mottagande av kommissionens utredningspromemoria.³⁵

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är en sådan upphandlande myndighet som vid sina anskaffningar är skyldig att iaktta regelverket i LOU. Av utredningen i ärendet framgår att Kommunen har genomfört ett förenklat upphandlingsförfarande avseende ett tekniskt telefonparkeringssystem för parkering på Trossö i stadens centrum. I enlighet med de CPV-koder som Kommunen själv hänvisat till i annonsen om upphandling avser denna huvudsakligen en varuupphandling. Vid detta förhållande och med beaktande av att de i upphandlingen inkomna anbuden, bl.a. det anbud som slutligen antagits av Kommunen, uppgår till belopp som väsentligt överstiger gällande tröskelvärdet på drygt 1,9 miljoner kronor ska upphandlingen rätteligen handläggas och bedömas i enlighet med de på EU-direktiv grundade bestämmelserna i 1-14 kap. LOU.

Det har således inte varit möjligt för Kommunen att genomföra upphandlingen i ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I stället skulle upphandlingen ha annonserats i EUT och i databasen TED så att flera leverantörer skulle kunna komma ifråga för anbudsgivning.

Vidare har i upphandlingen uppställts krav på att den avtalade tjänsten ska erbjuda bl.a. parkeringsbetalning med ”vanliga mobiltelefoner” och att parkeraren ska ha möjlighet att via en valfri mobiltelefon starta en parkering och checka-in närhelst denne vill. Av utredningen framgår emellertid att systemet på denna punkt ännu inte är driftsatt, trots att det numera har gått ett år från

³² Rätten får emellertid, enligt 16 kap. 16 § (numera 16 kap. 14 §) LOU, besluta att avtalet trots allt får bestå om det skulle föreligga någon tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Bevisbördan för sådant undantag åvilar den upphandlande myndigheten.

³³ Enligt 16 kap. 16 § andra stycket LOU får rätten avstå från ett sådant interimistiskt förbud om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

³⁴ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, dom av den 9 juli 2012 i mål 4137-12, där Malmö Landsting förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift på 170.000 kronor motsvarande 7,5 procent av kontraktets värde samt Förvaltningsrätten i Umeå, dom av den 30 mars 2012 i mål 3834-11, där Luleå tekniska universitet (LTU) förpliktades att utge upphandlingsskadeavgift med 100.000 kronor, motsvarande c:a 8,5 procent av det aktuella kontraktets värde.

³⁵ Kommunens genom Tekniska förvaltningen skrivelse till Konkurrenskommissionen, daterad den 30 september 2013.

den 1 oktober då upphandlingens del 4, som avser Mobil applikation, ursprungligen skulle vara levererad.

Denna omständighet tillsammans med att Kommunen i Telefonparkeringsavtalet med Fujitsu har ändrat datum för aktuell driftstart och leverans till den 15 december 2012, kan anses innebära att Kommunen har accepterat bristen i nu aktuellt avseende. Kontraktets ekonomiska jämvikt har därvid kommit att ändras till förmån för Fujitsu på ett sätt som medför en betydande ändring av avtalet.

Vid sådant förhållande kan de aktuella ändringarna medföra sådan väsentlig ändring av villkoren i det tidigare upphandlade kontraktet, att ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt i den mening som avses enligt gällande upphandlingsbestämmelser får anses ha inletts. Detta särskilt med beaktande av att Kommunen tidigare har förmått domstol att avslå en talan från en konkurrerande leverantör på den grunden att anbudet från Fujitsu faktiskt innefattar en parkeringsbetalning med SMS för ”vanliga mobiltelefoner” och att anbudet därmed överensstämmer med upphandlingsförutsättningarna.

Frågan om de aktuella ändringarna är tillräckliga för att med stöd av 16 kap. 13 § LOU ogiltigförklara Kommunens nu gällande avtal med Fujitsu avgörs ytterst av allmän förvaltningsdomstol. Kommunen riskerar även att få betala en upphandlingsskadeavgift på uppskattningsvis omkring 200.000 kronor.

Oaktat detta har i vart fall förutsättningarna för konkurrensen i den aktuella upphandlingen av telefonparkeringsystem för Karlskrona kommun kommit att snedvridas. Kommunen kan därför inte undgå kritik.