

**SÖKANDE**

VTG Entreprenad AB, 556192-4555
Företagsvägen 5
872 34 Kramfors

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Kramfors kommun
872 80 Kramfors

SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förklarar att avtalen från den 27 september 2017 och den 31 maj 2018 mellan Kramfors kommun och Örnfrakt Ekonomisk Förening avseende maskinentreprenad och vinterväghållning i upphandlingen KS 2017/27 är ogiltiga.

SAMMANFATTNING AV MÅLET

Kommunen har tecknat två avtal avseende maskinentrepenad och vinterväghållning. Förvaltningsrätten anser att VTG Entreprenad AB:s (VTG) ansökan om överprövning av avtalens giltighet har inkommit i rätt tid. Med anledning av att avtalet från den 27 september 2017 och övriga överenskommelser innehåller väsentliga ändringar som innebär att direktupphandlingar har skett ska avtalet ogiltigförklaras. Med hänsyn till att de övriga överenskommelserna kvarstår och kan göras gällande genom avtalet från den 31 maj 2018 ska även det avtalet upphävas. Det har inte framkommit några tvingande hänsyn till allmänintresset som gör att avtalen ändå ska bestå.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunen genomförde en upphandling av maskin- och transporttjänster samt vinterväghållning (dnr KS 2017/27). Två anbudsgivare, VTG och Örnfrakt Ekonomisk Förening (Örnfrakt), kvalificerade sig till utvärderingsfasen. Genom tilldelningsbeslut den 24 maj 2017 antogs Örnfrakt som leverantör.

VTG ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Härnösand som genom dom den 12 september 2017 i mål nr 2142-17 avslog ansökan. Kommunen ingick avtal med Örnfrakt den 27 september 2017 (*Avtalet*). VTG ansökte den 13 mars 2018 om ogiltigförklaring av Avtalet.

Kommunen ingick ett nytt avtal med Örnfrakt den 31 maj 2018 vilket registrerades i kommunens diarium den 4 juni 2018 (*Avtal 2*). VTG justerade därefter sina yrkanden i målet till att omfatta även Avtal 2.

VTG ansöker nu om ogiltigförklaring av Avtalet och Avtal 2.

Kommunen anser att ansökan ska avvisas alternativt att målet ska avskrivast. För det fall att så inte sker, bestrids att Avtalet och Avtal 2 ska ogiltigförklaras.

UTVECKLING AV TALAN

VTG anför bl.a. följande.

Rättidsprövning

Kommunen gör gällande att ansökan kommit in försent eftersom en efterannons publicerats den 9 augusti 2017. Efterannonsen uppfyller dock inte de krav som ställs på en efterannons enligt 10 kap. 4 § LOU. Upphandlingen var föremål för överprövning hos förvaltningsrätten när efterannonsen publicerades. Resultatet av upphandlingen var alltså inte fastställt när efterannonsen publicerades. Det innebär att efterannonsen inte uppfyller kraven enligt 10 kap. 4 § LOU eftersom det är *upphandlingsresultatet* som ska rapporteras i en efterannons.

Avtalet var inte heller slutet när efterannonsen publicerades eftersom den publicerades den 9 augusti 2017 och avtalet slöts den 27 september 2017. Eftersom efterannonsen publicerades innan avtalet slöts, har efterannonsen även av detta skäl brutit i förhållande till vad som krävs enligt 10 kap. 4 § LOU. Sammantaget uppfyller efterannonsen inte kraven i LOU dels därför att efterannonsen publicerades innan det fanns ett resultat i upphandlingen, dels därför att efterannonsen publicerades innan avtalet slöts. Därmed är den längre tidsfristen enligt LOU tillämplig, dvs. att ansökan om överprövning ska göras inom sex månader från det att avtalet slöts. Ansökan har därmed kommit in i rätt tid och ska prövas i sak.

Om förvaltningsrätten anser att efterannonsen uppfyller kraven i LOU och att tidsfristen för överprövning av avtalet därmed startat vid tidpunkten för efterannonsens publicering, innebär det att VTG skulle ha varit tvungna att ansöka om överprövning av avtalets giltighet sju veckor innan avtalet slöts. En sådan ordning förhindrar i praktiken VTG att överhuvudtaget kunna få till stånd en överprövning av avtalets giltighet.

Avtalet

Vissa bestämmelser i Avtalet har i samband med avtalets ingående förändrats väsentligt i förhållande till avtalsutkastet. Vidare har Avtalet efter dess ingående förändrats väsentligt i förhållande till hur Avtalet var utformat vid tidpunkten för avtalets ingående. Ändringarna var för sig eller i vart fall tillsammans är otillåtna enligt LOU och medför att kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling. Avtalet ska därför ogiltigförklaras. VTG lider skada av att kommunen genomfört otillåtna ändringar av villkoren i Avtalet. Om kommunen redan vid upphandlingen hade angett att dessa villkor i Avtalet skulle gälla, hade VTG offererat ett helt annat anbud och således kunnat vinna upphandlingen. Även om Avtalet har upphört att gälla ska förvaltningsrätten pröva om Avtalet har förändrats på ett sätt som strider mot LOU. Det framgår av förarbeten och kammarrättspraxis.

Påföljd vid fel och skadeersättning

I avtalsutkastet har kommunen reglerat bl.a. hur påföljder vid eventuella fel i den utförda tjänsten ska hanteras genom punkten 9.5. I den punkten anges bl.a. följande.

9.5 Påföljd vid fel

”Uppkomna fel ska i första hand bekostas av entreprenören, utan kostnad. /.../

Beställaren har rätt till ersättning för ekonomisk skada som felet orsakat.”

Vid en jämförelse mellan punkten 9.5 i avtalsutkastet och punkten 9.5 i Avtalet kan det konstateras att formuleringarna i flera avseenden har ändrats. Rubriken har ändrats från ”Påföljd vid fel” till ”Påföljd vid mindre fel”. Vidare har den första meningen i punkten 9.5 i Avtalet följande lydelse. ”Uppkomna fel *upp till ett prisbasbelopp* ska i första hand bekostas av entreprenören, utan kostnad.” Slutligen har den sista meningen i punkt 9.5 i avtalsutkastet angående rätt till ersättning för ekonomisk skada helt tagits bort i Avtalet.

Redan ändringen av rubriken belyser tydligt att omfattningen av punkt 9.5 inskränkts markant genom de ändringar som gjorts i själva villkoren. Kommunen har kraftigt inskränkt omfattningen av den skyldighet som åvilar leverantören avseende ansvar för fel i tjänsten. Att ändra från ett felansvar utan beloppsbegränsning till ett felansvar för fel upp till ett prisbasbelopp är en omfattande förändring. I och med att den rätt till ersättning för ekonomisk skada som felet orsakat har tagits bort i Avtalet, kan leverantören inte bli skadeståndsskyldig för ekonomisk skada som orsakas av ett fel. Avtalsändringarna har inte stöd i någon av bestämmelserna i LOU. Om ändringarna anses vara väsentliga medför de att en otillåten direktupphandling i strid med LOU har genomförts.

Bestämmelser om ansvar för fel och rätt till skadestånd påverkar en anbudsgivares prissättning av sitt anbud i en upphandling. Anbudsgivaren kalkylerar vid utformningen av sitt anbud på vilka kostnader som kan drabba denne om fel i tjänsten uppstår. Om ansvaret är omfattande kommer en anbudsgivare att offerera tjänster på ett sådant sätt att riskerna för fel minimeras och/eller offerera högre priser i sitt anbud. Om kommunen hade minskat leverantörens kostnadsansvar vid fel samt skadeståndsskyldigheten enligt ovan redan under upphandlingen, hade anbudsgivarna sannolikt lämnat andra anbud eller offererat andra priser. Det är dessutom möjligt att potentiella anbudsgivare i upphandlingen har avstått från att lämna anbud eftersom de har bedömt det, i avtalsutkastet angivna, fel- och skadeståndsansvaret vara för långtgående. Vidare har den ekonomiska jämvikten i Avtalet ändrats till förmån för Örnfrakt. Detta eftersom Örnfrakt efter ändringarna tar en betydligt mindre ekonomisk risk jämfört med om Avtalet utformats enligt avtalsutkastet.

Ovan nämnda ändringar avseende felansvar och skadeersättning är mer genomgripande än att t.ex. avstå från en vitesbestämmelse vid bristande leveranssäkerhet, vilket i kammarrättspraxis ansetts utgöra en väsentlig ändring. Sammantaget är ändringarna avseende felansvar och skadeersättning väsent-

liga. Eftersom ändringarna inte heller har stöd i 17 kap. 9 – 13 §§ LOU är de otillåtna. Därmed har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling och Avtalet ska ogiltigförklaras.

Fordonskraven

Under hösten/vintern 2017 – 2018 har kommunen och Örnfrakt genomfört en rad förändringar av Avtalet avseende vilka krav som ska gälla för de fordon Örnfrakt ska använda vid genomförandet av Avtalets tjänster. Dessa förändringar har bl.a. genomförts vid möten mellan kommunen och Örnfrakt och befästs i protokoll från dessa möten.

I punkt 3.1 i Maskinkraven anges vilka miljökrav som ska gälla för de fordon Örnfrakt ska använda för utförande av maskin- och transporttjänster. I punkten anges också bl.a. följande möjlighet till avsteg från dessa miljökrav. ”Reservmaskin/lastbil med lägre miljöklass, dock lägst steg 2 eller Euro 3, får användas men maximalt 100 timmar per år”. Även i Vinterkraven, dvs. kravspecifikationen som gäller för vinterväghållningstjänsterna i Avtalet, finns miljökrav uppställda. I Vinterkraven finns emellertid inte den möjlighet till avsteg från miljökraven som finns i Maskinkraven. Enligt Avtalet är det alltså tillåtet att använda fordon med lägre miljöklass under 100 timmar per år avseende maskin- och transporttjänster, men inte för vinterväghållningstjänster.

I protokoll från möte i oktober 2017 mellan kommunen och Örnfrakt anges dock bl.a. följande. ”KN meddelar att det är ok med väghyvel för snöröjning och avjämning på område 1. Miljöklass 2 fungerar i 100 timmar.” Snöröjning är en tjänst som omfattas av vinterväghållning, vilket framgår av punkt 1 i Vinterkraven. Ändringen innebär således att det är möjligt att använda fordon med lägre miljöklass under 100 timmar per år även för vinterväghållningstjänster.

Det är mer kostsamt för en leverantör att använda fordon som uppfyller de miljökrav som uppställts i upphandlingen avseende vinterväghållning, än att använda fordon som inte uppfyller dessa miljökrav. Om de faktiska anbudsgivarna såväl som potentiella anbudsgivare vid upphandlingens genomförande hade känt till att man kunnat göra avsteg från fordonens miljökrav under 100 timmar per år i fråga om vinterväghållning, hade prissättningen och därmed utgången i upphandlingen kunnat påverkas. Dessutom medför den ändring som gjorts i denna del att den ekonomiska jämvikten i avtalet ändrats till förmån för Örnfrakt, eftersom Örnfrakt har lägre kostnader efter ändringen än vad som följer av avtalet.

Vidare har kommunen i efterhand godkänt att andra fordon än de som specifikt efterfrågats i upphandlingen används av Örnfrakt. Ett exempel på detta är att det i prisbilagan anges, under samtliga plogområden, att ett fordon benämnt hjullastare ska användas. En hjullastare som uppfyller de miljökrav som uppställts i upphandlingen har ett inköpsvärde som är ca dubbelt så högt som en hjultraktor. Det är alltså en väsentlig skillnad både ekonomiskt och funktionsmässigt mellan en hjullastare och en hjultraktor.

I protokoll från möte i november 2017 mellan kommunen och Örnfrakt anges bl.a. följande. "(...) resursen som benämns som hjullastare i plogområde 9. Är av typen hjultraktor kod 14 i ME." Kommunen har således ändrat Avtalet på så sätt att en hjultraktor kan användas istället för en hjullastare. Eftersom en hjultraktor är mindre kostsam än en hjullastare har ändringen i denna del kunnat påverka prissättningen i upphandlingen och därmed upphandlingens utgång. Dessutom medför den ändring som gjorts i denna del att den ekonomiska jämvikten i avtalet ändrats till förmån för Örnfrakt, eftersom Örnfrakt har lägre kostnader efter ändringen än vad som följer av Avtalet.

Sammantaget är ändringarna avseende avsteg från miljökraven för vinterväghållning samt användning av andra fordon än de som efterfrågats att be-

trakta som väsentliga enligt 17 kap. 14 § LOU. Eftersom ändringarna inte heller har stöd i 17 kap. 9 – 13 §§ LOU är de otillåtna. Därmed har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling och Avtalet ska ogiltigförklaras.

Ytterligare ersättning till Örnfrakt

Den ersättning som leverantören i Avtalet har rätt till anges i prisbilagans olika prisposter. Dessa prisposter stämmer överens med de prisposter som fanns angivna i upphandlingens underlag, och således även med den prisättning Örnfrakt och VTG tillämpat i upphandlingen. Koderna för prisposterna i prisbilagan är numrerade mellan 1 – 70. Under möten mellan kommunen och Örnfrakt har ytterligare prisposter tillkommit.

I protokoll från möte i november 2017 anges i punkt 6 bl.a. följande. ”Beslut tas vid mötet att överenskomna priser utanför anbudslistan som tillkommer under resans gång. Ska dokumenteras under kod. 80 Övriga tjänster. Utanför grundavtal i bilaga 1.” I protokoll från möte i december 2017 anges i punkt 8 bl.a. följande. ”Mötet beslutar att lägga in tillkommande priser utanför avtal i reviderad version av anbudslista.”

Ovan nämnda ändringar avseende ersättning till Örnfrakt har befasts i en ny version av prisbilagan, benämnd ”Prisbilaga 2”. Under nya kod 80 i prisbilaga 2, benämnd ”Övriga priser. Tjänster utanför grundavtal” finns tre nya poster angivna. En av dessa, ”Maskinfäst hydraulisk packningsmaskin”, är dessutom prissatt till 130 kr/tim. Vidare finns totalt 40 ytterligare nya prisposter mellan plogområde 1 och 27. Dessa prisposter är bl.a. benämnda ”säsongersättning hjullastare 2017” och ”säsongersättning lastbil 2017”. Dessa prisposter är även prissatta till 2 775 kr per vecka avseende hjullastare och 3 984 kr per vecka avseende lastbil. Vilken totalkostnad varje prispost får beror på hur många veckor hjullastaren respektive lastbilen används för det aktuella området.

Det är uppenbart att Avtalets ekonomiska jämvikt har förskjutits till Örnfrakts förmån genom de ytterligare prisposter som lagts till i prisbilaga 2, eftersom Örnfrakt har möjlighet att ta ut mer ersättning än vad som följer av Avtalet. Här ska understrykas att redan de nya prisposter som avser säsongersättning för hjullastare respektive lastbil uppgår till åtminstone 1 300 000 kr. Den ersättning som faktiskt kommer att utbetalas med stöd av dessa nya prisposter kan emellertid bli betydligt högre än så eftersom priserna är reglerbara, ”R”. Dessutom vill VTG understryka att om dessa prisposter funnits i upphandlingen hade VTG, samt övriga potentiella anbudsgivare, kunnat utforma sin prissättning på ett helt annat sätt. Det hade kunnat påverka utgången i upphandlingen.

Sammantaget är ändringarna avseende tillkommande ersättning till Örnfrakt att betrakta som väsentliga enligt 17 kap. 14 § LOU. Eftersom ändringarna inte heller har stöd i 17 kap. 9 – 13 §§ LOU är de otillåtna. Därmed har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling och Avtalet ska ogiltigförklaras. I och med att Avtalet ogiltigförklaras upphör samtidigt det tilldelningsbeslut som fattats i upphandlingen att gälla. Det följer av ett flertal rättskällor.

Avtal 2

Kommunen har inte fattat något nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen, varigenom Örnfrakt antas som leverantör i upphandlingen, innan Avtal 2 ingicks. Avtal 2 har därmed slutits utan något giltigt tilldelningsbeslut. Avtal 2 ska därför ogiltigförklaras.

Såsom VTG får förstå det är Avtal 2 enligt kommunens uppfattning utformat på ett sätt som är likalydande med avtalsutkastet, dvs. på exakt det sätt som framgick av kommunens underlag. VTG kan konstatera att, vilket kommunen också anför, *punkt 9.5* i Avtal 2 överensstämmer med *punkt 9.5* i

avtalsutkastet. De förändringar i Avtalet som kommunen gjort i denna del föreligger således inte Avtal 2.

Härutöver har VTG emellertid gjort gällande ändringar av Avtalet som uppkommit under Avtalets löptid. I och med att Avtalet har sagts upp av kommunen och Örnfrakt följer, enligt VTG:s uppfattning, att även de förändringar och överenskommelser som gjorts avseende Avtalet mellan parterna också har sagts upp och inte längre gäller. VTG hemställer att kommunen bekräftar att samtliga överenskommelser, ändringar och tillägg till Avtalet som gjorts under dess löptid är uppsagda fr.o.m. den 31 maj 2018 och således inte i någon del gäller för Avtal 2. För det fall någon av de ändringar som VTG gjort gällande beträffande Avtalet alljämt enligt kommunens uppfattning gäller även för Avtal 2, vidhåller VTG att Avtal 2 ska förklaras ogiltigt på samma grunder som VTG anfört beträffande Avtalet i dessa delar.

Även om inga av de förändringar som påpekats avseende Avtalet gäller för Avtal 2, ska dock Avtal 2 ogiltigförklaras. Följden av att ett avtal ogiltigförklaras blir att tilldelningsbeslutet i den underliggande upphandlingen upphör att gälla. En ogiltigförklaring av Avtalet medför alltså att tilldelningsbeslutet i upphandlingen, varigenom Örnfrakt antogs som leverantör, inte längre gäller. Eftersom Avtalet ska ogiltigförklaras, innebär det således att Avtal 2 har ingåtts utan att ett giltigt tilldelningsbeslut förelegat. För att Avtal 2 ska kunna ingås har det alltså först krävts att kommunen meddelar ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen, innebärande att Örnfrakt antas som leverantör. Något sådant nytt tilldelningsbeslut har emellertid inte fattats av kommunen. Eftersom Avtal 2 alltså har slutits utan att ett giltigt tilldelningsbeslut förelegat, ska Avtal 2 förklaras ogiltigt.

Kommunen anför bl.a. följande.

Rättidsprövning

Tidsfristen för att komma in med ansökan om överprövning av avtals giltighet har passerat. Kommunen har skickat en efterannons till Europeiska kommissionen, vilket ska ske för alla upphandlingar som omfattas av direktivet. Efterannonsen publicerades den 9 augusti 2017 och innebär att den kortare tidsfristen om 30 dagar blir tillämplig.

Av 10 kap. 4 § LOU följer att en upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt *eller* ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Bestämmelsen innebär två olika tillämpningsalternativ varav kommunen valt följande. En upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks. Det är ostridigt att kommunen har efterannonserat inom tiden. Efterannonsen är inskickad efter kommunens tilldelning av kontraktet den 24 maj 2017 och före utgången av den 30-dagarsperiod efter att avtalet eller ramavtalet ingicks som anges i lagen. Det finns inga lagliga hinder mot att hantera efterannonsen på det sätt som gjorts. Den kortare tidsfristen för ansökan om överprövning ska därför tillämpas.

Avtalet

Avtalet har sagts upp och gäller inte längre. Det är därför inte möjligt att ogiltigförklara det, vilket följer av kammarrättspraxis. De påstådda ändringarna i Avtalet medför i vart fall inte att kommunen har gjort en otillåten direktupphandling.

Påföljd vid fel och skadeersättning

Punkten 9.5 i Avtalet ändrades i syfte att förtydliga ansvaret för entreprenören. Punkten diskuterades mellan kommunen och Örnfrakt och den ändring

som föreslogs i förhållande till avtalsutkastet skulle göra det enklare om det blev diskussion om hur parterna skulle kunna gå vidare vid fel. Den ändring som gjordes ifrågasattes av VTG varför ett nytt avtal, Avtal 2, skrevs med den gamla lydelsen, alltså enligt ursprungligt avtalsutkast. Under den tid som gått har punkten inte behövt användas en enda gång.

Syftet med lydelsen i Avtalet var att förtydliga att små fel inte skulle behöva hanteras alls av kommunen. Med små fel avsågs en bortplogad postlåda, en kantsten som följt med i snöskottningen eller en gräsmatta där det blivit spår från fordonet eller liknande fel. Tanken var att kommunen bara behövde få veta att det skett en skada, hur den skulle åtgärdas och att det var genomfört. Örnfrakt ville att om det rörde sig om en högre kostnad skulle åtgärden föregås av en diskussion mellan kommunen och Örnfrakt.

I nästa punkt, 9.6 i Avtalet, tydliggörs att entreprenören ansvarar för skador som uppkommit i samband med tjänsten som entreprenören orsakat. Där finns ingen beloppsbegränsning. Även i punkt 9.4 framgår att "[f]ör fel som beror på brist i tjänstens utförande ansvarar entreprenören". Inte heller där finns någon beloppsbegränsning. Med beaktande av detta kan ändringen, som inte har använts under avtalstiden och inte har ändrat den ekonomiska jämvikten i Avtalet utan endast förtydligat hur fel ska hanteras, inte anses vara otillåten. Ändringen är inte väsentlig enligt LOU. Dessutom är den av mindre värde, om den alls kan anses ha något värde.

Fordonskraven

Möjligheten i punkt 3.1 i Maskinkraven att använda lägre miljöklass i maximalt 100 timmar per år gäller även för vinterväghållningstjänsterna. Kommunen delar alltså inte VTG:s uppfattning om innehållet i Avtalet och någon ändring har därmed inte skett.

När det gäller frågan om hjullastaren har kommunen i prisbilagan för plogområde angett ”hjullastare”. Det ska dock inte ses som ett krav på att offerera en hjullastare. Det ska ses som ett förslag på en arbetsmaskin. Kommunen har i underlaget (4.1 i avtalsutkastet) angett att rätt maskintyp ska användas och, underförstått, att entreprenören måste ange vilken maskin de tänker använda på området för tjänsten. I den medföljande bilagan finns ett exempel på maskintyp, hjullastare. Kommunen angav exempel på fordon för respektive område för att det skulle vara tydligt om området bör snöröjas av traktor eller om det är ett område där plogbil ska användas. Entreprenören är fortfarande skyldig att ange vad denne tycker är ett lämpligt fordon för att lösa uppgiften. Under punkt 4.1 i Avtalet står att ”[f]ordonen ska vara avsedda och lämpliga för uppdraget och anpassade efter verksamheten. Fordonsstorlek ska vara anpassad på ett sätt så att befintliga vägar, egendom eller fastigheter inte tar skada”. Kommunen har begärt in pris på hjullastare men därmed inte stängt ute andra fordonstyper med ett ska-krav på hjullastare.

Även om användningen av andra fordon än hjullastare skulle ses som en avtalsändring, är denna eventuella ändring under alla omständigheter inte väsentlig, och dessutom av mindre värde. Plogområde 9 sköts av kommunen själv och var inte med i anbudsunderlaget, utan det var en beskrivning för att ge en helhetsbild.

Ytterligare ersättning till Örnfrakt

VTG anför att ”[d]et är uppenbart att Avtalets ekonomiska jämvikt förskjutits till Örnfrakts förmån genom de ytterligare prisposter som lagts till i Prisbilaga 2”. Vad gäller den första posten, Maskinfäst hydraulisk packningsmaskin, så är det korrekt att den posten från början inte ingick i upphandlingen eller Avtalet. Eftersom det rör sig om uppskattningsvis 30-40 timmar på ett år med ett timpris på 130 kr, är dock tillägget så litet att det inte kan anses utgöra en väsentlig avtalsändring eller en otillåten direktupphandling.

Vad gäller de två andra posterna, ”Maskininfäst hydraulisk packningsmaskin. Säsongersättning” och ”Lastbil med kran. [REDACTED]”, så bör de snarare ses som anteckningar i ett arbetsmaterial än en del av Avtalet. Posterna är inte prissatta och har aldrig använts. De kan därför inte anses utgöra otillåtna avtalsändringar.

Vad gäller prisposterna per vecka avseende säsongersättning hjullastare 2017, säsongersättning hjullastare 2018, säsongersättning lastbil 2018, så innebär dessa inga ändringar. Det beror på att veckopriset ingår i totalpriset. VTG anför att ”[v]idare finns totalt 40 ytterligare nya prisposter mellan plogområde 1 och 27”. Dessa prisposter ska dock ses som en uppdelning av den totala säsongersättningen. Den totala ersättningen är uppdelad per vecka och Örnfrakt har fått betalt i förhållande till hur många veckor de varit tillgängliga. Ersättningen har dock inte överstigit den offererade säsongersättningen när det gäller exempelvis hjullastare. Inte heller på något annat område har ersättningen överstigit den totala säsongersättningen. Örnfrakt har inte haft möjlighet att ta ut mer ersättning än vad som följer av Avtalet. Någon otillåten avtalsändring har därmed inte gjorts.

Avtal 2

Avtal 2 har föregåtts av en upphandling och ett tilldelningsbeslut. Det föreligger inte förutsättningar för ogiltighet eftersom rekvisiten som räknas upp i 20 kap. 13 § andra stycket LOU inte är uppfyllda.

VTG påstår att ”[i] och med att Avtalet ogiltigförklaras, upphör samtidigt det tilldelningsbeslut som fattats i upphandlingen att gälla”. Påståendet är dock felaktigt. Om förutsättningar för att ogiltigförklara Avtalet föreligger, innebär det inte att tilldelningsbeslutet i den nu aktuella upphandlingen upphör att gälla. När det gäller Avtalet baseras VTG:s talan på att Avtalet ska ha ingåtts utan föregående annonsering enligt 20 kap. 13 § p 1 LOU. Om

förvaltningsrätten delar denna bedömning bör Avtalet, för att resonemanget ska vara konsekvent, ses som frikopplat från upphandlingen, dvs. som ett avtal som på grund av gjorda ändringar får anses ha ingåtts utan annonsering eller upphandling. Tilldelningsbeslutet i upphandlingen påverkas i så fall inte av att Avtalet ogiltigförklaras.

Under alla omständigheter gällde tilldelningsbeslutet vid tecknandet av Avtal 2, oavsett om tilldelningsbeslutet skulle upphöra som en följd av förvaltningsrättens dom i detta mål. Därutöver krävs, för att avtal ska ogiltigförklaras enligt 20 kap. 13 § andra stycket, att någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU har överträtts samt att detta har lett till att leverantören lidit skada. Detta har inte ens påståtts, än mindre bevisats, av VTG.

Kommunen kan bekräfta att Avtalet är uppsagt från och med den 31 maj 2018. Avtal 2 är ändrat på så sätt att kommunen har ändrat regleringen i punkt 9.5 om *Påföljd för felansvar och skadeersättning* så att den stämmer överens med avtalsutkastet. När det gäller de övriga av VTG påstådda ändringarna anser inte kommunen att dessa utgör otillåtna avtalsändringar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Har VTG:s ansökan kommit in i rätt tid?

Den första frågan förvaltningsrätten ska ta ställning till är om VTG:s ansökan om överprövning av avtals giltighet har kommit in i rätt tid.

Det framgår av handlingarna att kommunen skickade en efterannons, benämnd ”Meddelande om tilldelning av kontrakt”, som publicerades den 9 augusti 2017 i databasen TED. Vid denna tidpunkt var upphandlingen föremål för överprövning vid förvaltningsrätten som genom dom i september 2017 avslog ansökan. Avtalet mellan kommunen och Örnfrakt ingicks den

27 september 2017 och VTG:s ansökan om överprövning av Avtalets giltighet inkom till förvaltningsrätten den 13 mars 2018.

Av 20 kap. 17 § första stycket LOU följer att en ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska, om inte annat följer av andra stycket, ha kommit in till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Av bestämmelsens andra stycke följer att ansökan ska ha kommit in till förvaltningsrätten innan 30 dagar har gått från det att Europeiska kommissionen har publicerat en annons enligt 10 kap. 4 § första stycket LOU.

Av 10 kap. 4 § LOU följer att en upphandlande myndighet som har tilldelat ett kontrakt eller ingått ett ramavtal ska skicka en efterannons om upphandlingsresultatet senast 30 dagar efter det att avtalet eller ramavtalet ingicks.

De krav som uppställs för en efterannons eller ett meddelande om resultatet av en upphandling måste vara uppfyllda för att den kortare tidsfristen i 20 kap. 17 § LOU ska vara tillämplig. I annat fall gäller den tidsfrist som framgår av första stycket (prop. 2009/10:180 s. 364).

Av betydelse för frågan om VTG:s ansökan har kommit in i rätt tid, är hur bestämmelsen i 10 kap. 4 § första stycket LOU ska tolkas, dvs. vilka krav som ställs på en efterannons. Viss ledning kan hämtas ur Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 u, s. 275 vari följande framgår. ”Tidpunkten när ett kontrakt tilldelas är tvetydig. Vad som avses är tidpunkten när det tilldelade kontraktet slöts, inte när beslutet om att tilldela kontraktet togs.” Vidare framgår av förarbetena till LOU att tidsfristen för att efterannonsera räknas från det att avtalet ingicks, vilket innebär från den tidpunkt då det civilrättsliga avtalet ingicks mellan parterna (jfr prop. 2015/16:195 s. 1052).

Bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU får således tolkas på så sätt att det krävs, inte endast ett beslut om tilldelning av avtal, utan också ett ingånget avtal mellan myndighet och leverantör, för att kraven på efterannonsen ska vara uppfyllda. Om bestämmelsen istället tolkas på så sätt att en myndighet kan efterannonsera så fort ett beslut om tilldelning av kontrakt fattats, får det till följd att en leverantör kan behöva ansöka om överprövning av avtals giltighet innan ett avtal har slutits. Det kan i praktiken förhindra en leverantör att få till stånd en överprövning av avtalets giltighet.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovanstående att efterannonsen inte uppfyller kraven enligt 10 kap. 4 § LOU, eftersom den publicerades innan Avtalet slutits. Tidsfristen i 20 kap. 17 § första stycket LOU ska därmed gälla och VTG:s ansökan har kommit in i rätt tid.

Avtalet har redan upphävts

Kommunen har anfört att Avtalet upphävdes den 31 maj 2018 och inte längre gäller, varför det inte är möjligt att ogiltigförklara Avtalet.

Av förarbetena till LOU framgår att om ett avtal förklaras ogiltigt innebär det att det är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande mellan parterna (prop. 2009/10:180 s. 361). Den omständigheten att Avtalet är civilrättsligt ogiltigt och inte kan göras gällande mellan parterna, utgör enligt förvaltningsrättens mening inget hinder mot att pröva giltigheten av Avtalet i sak. Mot bakgrund av att Avtalet upphävdes efter att VTG framställt sin talan hos förvaltningsrätten samt att Avtalet upphävdes med anledning av vad VTG anfört till stöd för sin talan, finns det enligt förvaltningsrättens mening särskild anledning att ändå pröva målet i sak i denna del (jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom från den 27 oktober 2011, mål nr 3759-11).

Finns grund för ogiltigförklaring av Avtalet?

Av 17 kap. 8 § LOU följer att ett kontrakt får ändras utan en ny upphandling, om ändringen görs med stöd av någon bestämmelse i 17 kap. 9-14 §§ LOU. Regleringen i 9-14 §§ anger uttömmande i vilka situationer ett kontrakt får ändras, utan att en ny upphandling behöver genomföras. En ändring utan stöd av någon bestämmelse i 9-14 §§ utgör med andra ord en otillåten direktupphandling (jfr prop. 2015/16:195 s. 1127).

VTG har till stöd för sin talan anfört att ett antal otillåtna ändringar av Avtalet och andra överenskommelser gjorts mellan kommunen och Örnfrakt. Vad förvaltningsrätten ska ta ställning till är om de åberopade ändringarna är sådana att de ska föregås av en ny upphandling. De ändringar som VTG åberopar avser *Påföljd vid fel och skadeersättning, Fordonskraven* samt *Ytterligare ersättning till Örnfrakt*. VTG anför att ändringarna var för sig eller i vart fall tillsammans står i strid med LOU. Den första ändringen skedde i samband med Avtalets ingående, de två efterföljande ändringarna har skett efter Avtalets ingående vid möten mellan kommunen och Örnfrakt.

VTG gör i huvudsak gällande att kommunen kraftigt har inskränkt omfattningen av den skyldighet som åvilar leverantören avseende ansvar för påföljd vid fel i tjänsten och skadeersättning enligt punkt 9.5. Vidare anføres att ändringar i fordonskraven avseende miljökrav och möjlighet att använda andra, billigare fordon, förskjuter den ekonomiska jämvikten till Örnfrakts fördel. Slutligen görs gällande att Örnfrakt haft möjlighet att ta ut mer ersättning än vad som följer av avtalet, vilket även det förskjuter den ekonomiska jämvikten till Örnfrakts fördel. Kommunen gör i sin tur gällande att ändringarna i punkt 9.5 endast innebär ett förtydligande avseende leverantörens ansvar och att villkoren avseende miljökrav och fordonsslag inte innebär några egentliga ändringar. Slutligen anføres att Örnfrakt inte har kunnat ta ut mer ersättning än vad som följer av avtalet och att övriga ändringar är så små att de endast kan anses ha ett mindre värde.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i målet inte har framkommit tydligt att de åberopade ändringarna avseende *Påföljd vid fel och skadeersättning, Fordonskraven* samt *Ytterligare ersättning till Örnfrakt* har varit möjliga att göra med stöd av någon bestämmelse i 17 kap. 9-13 §§ LOU. Ändringarna ska därmed föregås av en ny upphandling om de inte är oväsentliga, vilket framgår av 17 kap. 14 § första stycket LOU. Av bestämmelsens andra stycke följer att en ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. 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,
2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet eller,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt.

Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet anser förvaltningsrätten att ändringarna avseende *Påföljd vid fel och skadeersättning, Fordonskraven* samt *Ytterligare ersättning till Örnfrakt* inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, hade medfört att andra leverantörer skulle ha kunnat delta i upphandlingen, både med hänsyn till de mer begränsade miljökraven och till möjligheten att använda andra, billigare, fordon. Det är också rimligt att anta att faktiska eller potentiella anbudsgivare skulle ha lämnat andra anbud om de nya villkoren förelegat i förfrågningsunderlaget med hänsyn till det mer begränsade ansvaret för leverantören vid skador enligt 9.5. Villkoren medför vidare att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för Örnfrakt eftersom ytterligare prisposter har lagts till och en ny prisbilaga har utformats. De anförda ändringarna är därmed väsentliga och har medfört krav på en ny upphandling. Ändringarna har inte föregåtts av

någon ny upphandling. Det föreligger därmed grund för ogiltigförklaring av Avtalet enligt 20 kap. 13 § första stycket 1.

Det har inte framkommit skäl för att låta Avtalet bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Avtalet är därmed ogiltigt.

Finns grund för ogiltigförklaring av Avtal 2?

Kommunen har anfört att Avtal 2 är ändrat på så sätt att kommunen har ändrat regleringen i punkten 9.5 om *Påföljd för felansvar och skadeersättning* så att den stämmer överens med avtalsutkastet. Vidare anför kommunen att när det gäller de övriga av VTG påstådda ändringarna anser inte kommunen att dessa utgör otillåtna avtalsändringar varför ingen ändring har skett i dessa delar. VGT har anfört att om några ändringar och överenskommelser kvarstår från Avtalet ska Avtal 2 ogiltigförklaras på samma grunder som det första avtalet.

Ovan har angetts att även övriga ändringar och överenskommelser angående *Fordonskraven* samt *Ytterligare ersättning till Örnfrakt* innebär väsentliga ändringar som medfört krav på ny upphandling. Det föreligger därmed grund för ogiltigförklaring av Avtal 2 enligt 20 kap. 13 § första stycket 1. Det har inte framkommit skäl för att låta Avtal 2 bestå på grund av tvingande hänsyn till allmänintresse. Avtalet är därmed ogiltigt

Slutsats

Mot bakgrund av vad som kommit fram i målet ska avtalen från den 27 september 2017 och den 31 maj 2018 mellan Kramfors kommun och Örnfrakt förklaras ogiltiga. VTG:s ansökan om ogiltighetsförklaring ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Lina Bergkvist
förvaltningsrättsfiskal

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Sanna Lindmark Starcken-
berg.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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 beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.

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.