



SÖKANDE

HRM Software AB, 556600-0807

Ombud: advokaten Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB

MOTPARTER

1. Osby kommun

Ombud: advokaten Maria Lidbom och jur.kand. Alexander Rappe
Advokatfirman LA Partners Aktiebolag

2. Visma Enterprise AB, 556329-3280

Ombud: jur.kand. Maria Silfverberg
TED Law AB

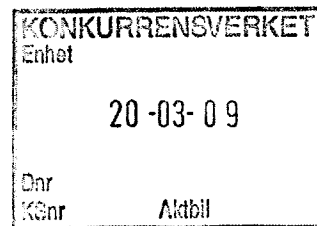
SAKEN

Överprövning av avtals giltighet enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Osby kommuns yrkande om HRM Software AB:s ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten bifaller HRM Software AB:s ansökan om överprövning och förklarar att avtalet mellan Osby kommun och Visma Enterprise AB avseende HR-system, dnr KS/2018:286 050, är ogiltigt.



BAKGRUND

Osby kommun och Östra Göinge kommun har genomfört en samordnad och gemensam upphandling av HR-system. Östra Göinge kommun var samordnare av den gemensamma upphandlingen men avtal skulle tecknas separat av respektive kommun. Upphandlingen genomfördes initialt med öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Efter att något anbud inte inkommit i upphandlingen beslutade kommunerna att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Avtal tecknades den 24 augusti 2019 mellan Osby kommun och Visma Enterprise AB (Visma), dnr KS/2018:286 050.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

HRM Software AB (HRM) ansöker om överprövning av avtalets giltighet och yrkar att avtalet ska förklaras ogiltigt. HRM bestrider Osby kommuns yrkande om att ansökan ska avvisas på grund av bristande talerätt. Som grund för sin ansökan anför HRM bl.a. följande.

Talerätt

HRM är leverantör i den mening som avses i 20 kap. 4 § LOU. HRM har lidit skada genom att felaktigt har berövats möjligheten att tilldelas kontakt på de villkor som gäller enligt kommunens avtal med Visma. HRM har därför talerätt såvitt avser ansökan om överprövning av avtalets giltighet. Det förhållandet att HRM i den föregående annonserade men resultatlösa upphandlingen, i likhet med samtliga övriga leverantörer, valde att avstå från att lämna anbud, betyder inte att HRM också skulle vara ointresserat av att delta i konkurrensen om ett avtal på de väsentligt annorlunda villkor som sedermera kom att gälla för det nu aktuella avtalet. Avtalet innebär kritiska förändringar i förutsättningarna och om HRM hade fått kännedom om ändringarna hade företaget definitivt haft ett intresse av att tilldelas

kontraktet. I jämförelse med upphandlingsdokumenten har avtals- och driftstart senarelagts samt avtals- och drifttid förlängts i avtalet. Senareläggning av avtals- och driftstart ger mer tid för systemutveckling av kravställda funktioner och den förlängda avtals- och drifttiden ger avsevärt bättre möjlighet att skriva av och få betalt för systemutvecklingskostnader.

När HRM avböjde att delta i förhandlingarna var det i förlitan på att villkoren skulle vara oförändrade och att den enda förskjutning i tid som skulle kunna komma att ske var den som var nödvändigt betingad av de förestående förhandlingarna. Att HRM avböjde att delta i förhandlingarna kan inte anses ge stöd för att HRM skulle sakna intresse av att tilldelas kontrakt på de villkor som senare erbjöds Visma. Inte heller förhållandet att HRM i sitt mejl till Östra Göinge kommun den 4 april 2018, sedan kommunerna efterlyst feedback från leverantörerna på marknaden i anledning av den misslyckade upphandlingen, uttryckt en uppfattning om att det hade varit lämpligare att utforma eller hantera vissa villkor på annat sätt, kan ge stöd för att HRM har en sådan avsaknad av intresse. HRM har både haft möjlighet och intresse av att tilldelas det kontrakt som tecknades med Visma.

Ändringar i upphandlingsdokumenten

Det aktuella avtalet och därtill hörande SaaS-villkor överensstämmer i stora delar med vad som annonserats under det öppna förfarandet. Avtalet avviker dock i centrala avseende väsentligt från de villkor som angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Avvikelserna är hänförliga till dels avtals- och drifttid och dels kraven på funktionalitet.

Av upphandlingsdokumenten, § 4 avtalsdokumentet, framgår att avtalet skulle träda ikraft vid undertecknandet och gälla fram till och med den 31 december 2022. Kommunen gavs enligt villkoren en ensidig rätt men inte en skyldighet att påkalla treårsförlängning vid högst tre tillfällen. Med ett

antaget planerat undertecknade av avtalet i början av april 2018 (införande-projektet skulle enligt SaaS-villkoren påbörjas den 2 maj 2018) skulle det innebära en garanterad avtalstid om fyra år och nio månader. Beräknad driftstart var enligt SaaS-villkoren den 1 oktober 2019, vilket skulle innebära en garanterad drifttid fram till avtalets upphörande om tre år och tre månader.

Det mellan kommunen och Visa ingångna avtalet trädde ikraft vid undertecknandet i slutet av augusti 2019 och löper för en garanterad inledande period till och med den 31 mars 2025, vilket innebär en avtalstid om fem år och sju månader. Beräknad driftstart är enligt avtalets SaaS-villkor den 1 april 2020 och det ger därmed en garanterad drifttid om fem år. Avtalstiden är således tio månader längre och drifttiden 21 månader längre än vad som föreskrevs i den annonserade upphandlingen, vilket innebär att avtalstiden har utökats med 18 procent och drifttiden med 54 procent. Förlängningarna är redan ur ett tidsperspektiv att betrakta som väsentliga förändringar av avtalsvillkoren.

Utgångspunkten för bedömningen av den relativa storleken på förlängningen av avtals- och drifttiden ska vara den ömsesidigt förpliktande tiden utan beaktande av förlängningsoptioner eftersom ingen av parterna som utgångspunkt kan räkna med att optionerna kommer att göras gällande. Vid beaktande av samtliga tre förlängningsoptioner förlängs emellertid drifttiden i det ingångna avtalet enligt kommunen med 14 procent, vilket även det får anses vara en väsentlig förlängning.

De längre avtals- och drifttiderna i det ingångna avtalet innebär i sak väsentliga förbättrade ekonomiska villkor för leverantören eftersom en mycket betydande del av ersättningen för leveransen utgår i form av löpande ersättningar över tid baserad på nyttjande av systemet s.k. hyrpriser och i form av löpande avrop på konsulttjänster. Nivån av hyrpriser och konsultarvoden påverkas i princip inte alls av längden på avtals- och drifttider, och

utbetalas till leverantören från det att system tas i drift till avtalet upphör. Eftersom det månatliga hyrpriset liksom timpriset för beställda konsulttjänster är densamma oavsett om avtalets beräknade sammanlagda drifttid uppgår till tre år och tre månader eller till fem år, ökar den totala rörliga ersättningen till leverantören i rak proportion med ökningen i drifttid. De längre avtals- och drifttiderna resulterar helt enkelt i väsentligt större intäkter för leverantören jämfört med vad som hade gällt enligt de annonserade avtalsvillkoren och den ekonomiska jämnvikten har således ändrats till förmån för leverantören.

Förhållandet innebär också att förutsättningarna för anbudsgivningen har rubbats väsentligt. Med den större intäktbas som följer av det ingångna avtalet ges leverantören väsentligt bättre möjligheter att få betalt för investeringar i projektet.

Kravspecifikationen som ingick i de ursprungliga upphandlingsdokumenten innehöll betydande och obligatoriska krav och villkor på funktionalitet för områdena schema/bemanning, vikarieanskaffning och hantera närvaro/frånvaro. Endast mycket avgränsade delar härav omfattades av den option som ensidigt kunde ropas av från kommunens sida, medan samtliga och mer omfattande krav som angavs under punkterna 4.3.3-4.3.14 och 6.2.2-6.3.2 i kravspecifikationen utgjorde förpliktande krav och avtalsvillkor redan från början.

I det ingångna avtalet reducerades kraven och avtalsvillkoren i punkterna 4.3.3-4.3.14 och 6.2.2-6.3.2 i kravspecifikationen som tidigare hade varit förpliktande redan från början till en option för kommunerna. Det som tidigare utgjorde en säker förpliktelse har genom optionen ändrats till enbart en möjlig sådan. Leverantören kan därmed kalkylera med sannolikheten att funktionerna inte behöver tillhandahållas, något som ger direkt betydelse för leverantörens prissättning samt intresse och förutsättning för att delta i

upphandlingen. Detta gäller i synnerhet om det i anslutning till eventuellt påkallande av optionerna kan förutsättas ske förhandlingar mellan kontraktsparterna om omfattningen av och villkor för genomförandet av de optionsbaserade delarna, vilket förmodas vara den faktiska orsaken till att absoluta skyldigheter omvandlats till optioner. Om kommunen skulle påkalla optionen är det även högst osäkert i vilken utsträckning detta skulle ske, dvs. vilka av de funktionella kraven som skulle aktualiseras. Omvandlingen av definitiva förpliktelse i de beställda funktionerna innebär en förskjutning av den ekonomiska jämnvikten till leverantörens fördel och att förutsättningarna för anbudsgivning ändras väsentligt. Ändringen avser centrala funktioner i systemet och måste vara att anse som väsentlig.

Hade villkoren i det ingångna avtalet gällande avtals- och drifttid samt kraven på funktionalitet gällt redan i den annonserade upphandlingen kan det antas att intresset att delta i upphandlingen hade varit större. HRM hade under sådana förhållande valt att inkomma med anbud. På grund av de väsentliga ändringar som skett av upphandlingsdokumentet har avtalet ingåtts genom en otillåten direktupphandling och ska därmed ogiltigförklaras.

Osby kommun bestrider HRM:s yrkande och yrkar för egen del att HRM:s ansökan ska avvisas på grund av bristande talerätt och anför bl.a. följande.

Talerätt

HRM uppfyllde inte alla obligatoriska krav och lämnade inte anbud i den annonserade upphandlingen. Genom e-postmeddelande den 4 april 2018 har HRM redovisat de skäl som låg till grund för att HRM avstod från att lämna anbud i upphandlingen. Av e-postmeddelandet framgår att HRM inte uppfyllde kvalificeringskraven avseende referens och att det fanns flera obligatoriska krav som HRM istället ansåg skulle utgöra frivilliga krav. Förevarande krav har i det förhandlade förfarandet utan föregående

annonsering inte tagits bort eller gjorts frivilliga. Kommunerna bjöd in HRM till förhandling vid det förhandlande förfarandet utan förgående annonsering men HRM var inte intresserad av att delta. En leverantör som inte uppfyller kvalificeringskraven och därmed inte kan komma i fråga för tilldelning av kontrakt och som dessutom har avböjt från att delta vid förhandlingarna har inte heller haft ett verkligt intresse av att tilldelas kontraktet.

Det är uppenbart att HRM, även med beaktande av de ändringar som skett, inte haft möjlighet eller intresse av att lämna anbud eller tilldelas ett kontrakt med de obligatoriska krav och villkor som finns i avtalet. HRM har därmed inte lidit skada i den bemärkelse som avses i 20 kap. 4 § LOU och är således inte taleberättigad.

Ändringar i upphandlingsdokumenten

Eftersom det inte inkom några anbud och kommunerna behövde genomföra förhandlingar med intresserade leverantörer blev projektet fördröjt jämfört med den tidsplan som presenterades i upphandlingen. Detta innebar att det krävdes justeringar i avtalstiden i förhållande till den avtalstid som hade angetts i den annonserade upphandlingen. Den justerade avtalstiden påverkar givetvis planerad driftstart. Enligt till avtalet hörande SaaS-villkor fastställer kontraktsparterna datum för driftstart först vid införandeprojektet. Den justering som skett av driftstart är således baserad på den justerade avtalstiden och är inte en fristående ändring.

Vid beräkning av till exempel värdet på en upphandling eller värdet på ändringar i upphandlade avtal ska alla eventuella förlängningsperioder medräknas vid beräkningen. Utgångspunkten måste därför vara att eventuella ändringar ska jämföras med hela kontraktet, dvs. kontraktet inklusive alla förlängningsmöjligheter och optioner. Det framgår av de

ursprungliga upphandlingsdokumenten att den totala avtalstiden inklusive förlängningsoptioner var ca 13,66 år. Den justerade avtalstiden i avtalet är ca 14,6 år. Detta är en ökning på endast 6,9 procent, vilket inte kan anses vara en väsentlig ändring. Inte heller utgör den ändrade drifttiden om ca 14 procent utgör en sådan väsentlig förändring som åsyftas i LOU.

Avtalstiden kan givetvis ha betydelse för vilket anbudspris som lämnas, det kan antas att ju kortare avtalstid desto högre anbudspris. En ändring av avtalstiden innebär däremot inte väsentligt förbättrade ekonomiska villkor eller att den ekonomiska jämnvikten ändrats till förmån för leverantören. Sådana påståenden blir bara relevanta om en ändring av avtalstiden skulle ske efter det att leverantörerna inkommit med sina anbudspriser.

Att längre avtalstid skulle leda till ökade intäkter behöver inte vara sant. Intäkterna på ett avtal är helt beroende på leverantörens anbudspriser. Leverantören kan lägga höga anbudspriser om det är en kortare avtalstid och lägre anbudspriser om det är en längre avtalstid och därmed få samma intäkter. HRM:s argument om att den ekonomiska jämnvikten har ändrats till förmån för leverantören blir härvid bara relevant om priset har fastställts redan i den ursprungliga upphandlingen, t.ex. i en upphandling där det angetts ett fast pris för upphandlingsföremålet, eller om priset har fastställts i ett avtal och detta pris ändrats. Detta har inte skett i den nu aktuella situationen.

HRM har inte i sin redogörelse till kommunen över skäl för att bolaget valde att inte lämna anbud påstått att avtalstiden skulle ha varit en faktor som påverkade bolagets vilja att vara med i upphandlingen.

De av HRM åberopade funktionskraven har inte tagits bort i avtalet. Inte heller har funktionskrav som tidigare varit obligatoriska gjorts frivilliga. Den enda ändring som har skett är att något av de aktuella funktionskraven

numera är en option istället för att ingå redan från början. Flera av de krav som HRM framför har omvandlats till optioner är dessutom detaljkrav till krav som redan vid den annonserade upphandlingen var optioner. Funktionerna avseende schema, bemanning och vikaranskaffning utgjorde optioner redan i den annonserade upphandlingen. Dessa har alltså inte gjort om till optioner vid förhandlingen. Det är kommunen som ensidigt kan påkalla optionen när som helst under avtalstiden. Leverantören måste därför fortfarande uppfylla kraven och kunna leverera optionen under hela avtalstiden. Någon ändring av leverantörens skyldigheter har därmed inte skett. Det borde även anses vara uppenbart att det är till fördel för en leverantör att få leverera en tjänst eftersom leverantören då säkras en intäkt. Att omvandla funktionerna till optioner medför en risk att leverantören inte får denna intäkt.

Att det skulle ske förhandlingar vid påkallande av optionerna och att detta skulle vara anledningen till att funktionerna numera är optioner bestrids. Att leverantören eventuellt kan kalkylera med en viss sannolikhet att inte behöva tillhandahålla dessa funktioner påverkar bara leverantörens anbudspris. Det påverkar inte leverantörens åtagande eller leverantörens möjlighet eller vilja att lämna anbud eller tilldelas kontrakt.

De justeringar som här skett i upphandlingsdokumentet under det förhandlade förfarande avseende avtals-, drifttid och funktionskrav utgör inte väsentliga ändringar i LOU:s mening. De har inte inneburit att det införts nya villkor som har påverkat HRM:s, eller någon annan leverantörs, möjlighet eller vilja att lämna anbud i upphandling eller att tilldelas kontrakt. Avtalet utgör därmed inte en otillåten direktupphandling och det saknas således grund för ingripande enligt 20 kap. LOU.

Visma bestrider HRM:s yrkande och åberopar samma grunder som kommunen med bl.a. följande tillägg och förtydliganden.

Att avtalstiden i det slutliga avtalet är något längre än vad som ursprungligen angivits i den annonserade upphandlingen utgör inte en väsentlig ändring. Drifttiden i det slutliga avtalet kan inte fastställas eller ens uppskattas till 21 månader längre än avtalet i den annonserade upphandlingen. En beräkning av drifttiden är vanskelig eftersom den inte kan fastställas förrän implementeringen är gjord. Både i den annonserade upphandlingen och i det slutliga avtalet anges därför preliminära datum för driftstart. Exakt tid beslutas enligt § 4 SaaS-villkoren parterna emellan i projektplanen för införandeprojektet. Detta innebär att driftstart för den annonserade upphandlingen enligt överenskommelse mycket väl hade kunnat ske före den 1 oktober 2019, vilket då hade resulterat i en längre drifttid än 39 månader. Det går därför inte att dra den slutsatsen att drifttiden kommer att bli 21 månader längre.

Visma och kommunen har utifrån villkoren i avtalet beslutat att driftstart för kommunen tidigast kommer att ske den 1 oktober 2020 dvs. sex månader senare än preliminär start. Detta innebär att drifttiden endast kan uppgå till 54 månader och inte 60 månader. Under förutsättning att driftstarten i den annonserade upphandlingen inte tidigare lagts och att driftstarten i avtalet mellan Visma och kommunen inte senareläggs så blir skillnaden på drifttiden maximalt 15 månader.

Vid bedömningen om en ändring är tillåten vid ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ska ledning sökas i 17 kap. 9-15 §§ LOU. Det är inte möjligt att enbart lägga en förändring av tiden till grund för om en väsentlig förändring föreligger eller inte. Det är värdet av ändringen som ska jämföras med kontraktets totala värde innan ändringen genomfördes. Enligt 17 kap. 9 § LOU utgör en ändring om maximalt tio procent av kontraktets totala värde, inklusive eventuella optioner, inte en väsentlig ändring. Med en

antagen driftstart den 1 oktober 2020 uppgår värdet av ändringen i det slutliga avtalet inte till tio procent. De ändringar som är gjorda avseende avtals-tiden, under förutsättning att drifttiden inte flyttas fram ytterligare, vilket i sådana fall skulle resultera i ännu lägre intäkter för Visma, är endast en ändring av mindre värde. Den annonserade upphandlingens värde har därmed inte ändrats väsentligt i förhållande till det nya kontraktet. Ändringarna överstiger inte heller det tröskelvärde som gällde för kommuner år 2019.

De krav som HRM menar har reducerats till optioner inom områdena schema/bemanning och hantera närvaro/frånvaro utgjorde optioner redan från början, vilka kommunen kunde avropa enligt de kommersiella villkoren i den annonserade upphandlingen. Av § 3 i de kommersiella villkoren framgår det gällande schema/bemanning och vikarieanskaffning att de delar som avses under positionerna 3.3, 4.3.2 och 6.2.1 i kravspecifikationen ska finnas tillgängliga som option för kommunen under avtalsperioden. Kraven avseende schema/bemanning och vikarieanskaffning beskrivs i den ursprungliga kravspecifikationen under punkterna 4.3.2 respektive 6.2.1. Liksom kravet på schema/bemanning under punkt 3.3 skulle kommunen istället ha kunnat formulera kravet så att punkterna 4.3 respektive 6.2 skulle avse optioner eftersom de övriga delkraven var avhängiga kraven som de anges under punkt 4.3.2 respektive 6.2.1. Att övriga krav under punkterna 6.2 samt 4.3 avser optioner som de beskrivs under punkterna 4.3.2 respektive punkt 6.2.1 framgår även av prisbilagan till den annonserade upphandlingen.

I det slutliga avtalet ingår fortfarande förevarande krav och de är alltjämt obligatoriska. Oavsett om optionerna skulle ha ändrats från ett förpliktande avtalsvillkor till att istället utgöra en obligatorisk option så medför det inte en väsentlig ändring av avtalet. Leverantören är fortsatt skyldig att konstruera ett system som medför att optionen kan implementeras och

sedermera tillhandahålla optionen för avrop. Ett sådant krav, att en tjänst eventuellt i framtiden ska kunna avropas, är mer betungande för en leverantör än ett krav som från början ingår som en tjänst som med säkerhet kommer att avropas. Det är således inte korrekt att detta skulle få någon nämnvärd positiv påverkan på anbudspriset, snarare tvärtom. Skälet till detta är att leverantören lättare kan kalkylera de faktiska kostnaderna respektive vinster när tjänsterna direkt ingår i avtalet. När det rör som en obligatorisk option måste dock utveckling ske utan att leverantören med säkerhet kan räkna hem någon vinst på utvecklingen som kravet på optionen medför. Någon ändring är inte vidtagen, eller i vart inte en sådan väsentlig ändring som medför att avtalet ska förklaras ogiltigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Talerätt

Enligt 20 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Med leverantör avses enligt 1 kap. 16 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader.

För talerätt krävs inte att leverantören har ingett anbud eller anbudsansökan i den aktuella upphandlingen (jfr EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle punkt 40). Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2017 ref. 62 funnit att det för talerätt enligt 20 kap. 4 § LOU inte är tillräckligt att leverantören anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada utan att det krävs även att leverantören har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

I målet framgår att HRM är leverantör på den aktuella marknaden och att bolaget anser sig ha lidit skada på grund av de ändringar som har skett i det ursprungliga upphandlingsdokumentet. Frågan är således om HRM har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen. HRM har gjort gällande att företaget hade lämnat anbud i den första och resultatlösa upphandlingen om de villkor förelegat som sedermera kom att gälla i det mellan kommunen och Visma ingångna avtalet. Att HRM inte valt att lämna anbud i den resultatlösa upphandlingen eller delta i det förhandlande förfarandet kan enligt förvaltningsrättens mening härvid inte leda bolaget till förfång. Inte heller kan förhållandet, att de villkor kvarstår som HRM lämnat anmärkning på vid den resultatlösa upphandlingen, anses medföra att HRM saknar intresse av att tilldelas det aktuella kontraktet.

I fråga om talerätt görs ingen prövning om huruvida HRM faktiskt uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen eller inte. Att HRM har efterkommit kommunernas begäran om synpunkter på upphandlingen kan enligt förvaltningsrättens mening istället anses tala för att HRM har ett intresse av upphandlingen.

Utifrån de omständigheter som framkommit i målet finner förvaltningsrätten vid en sammantagen bedömning att HRM får anses ha ett sådant intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen som krävs för att bolaget ska ha talerätt i målet. Kommunens avvisningsyrkande ska därmed avslås.

Ändring av upphandlingsdokumentet

Enligt 6 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumentet inte har ändrats väsentligt.

Att det inte lämnats någon anbudsansökan eller anbud innebär enligt förarbetena till bestämmelsen att några lämpliga anbudsansökningar eller anbud inte har lämnats (jfr prop. 2015/16:195 s. 997).

Det framgår inte närmare av LOU eller det bakomliggande direktivet vad som ska förestås med en väsentlig ändring av upphandlingsdokumenten. 17 kap. 8 – 16 §§ LOU är tillämpligt i fråga om ändring av ingångna kontrakt och ramavtal. Någon hänvisning till 17 kap. återfinns inte i 6 kap. 12 § LOU eller dess förarbeten.

Enligt förvaltningsrättens mening föreligger det inte stöd för att tillämpa 17 kap. LOU analogt eller där söka vägledning avseende frågan om ändring av upphandlingsdokumenten. Förarbetena till 6 kap. 12 § LOU ger inte heller någon annan ledning i frågan om vad som ska anses utgöra en väsentlig ändring. I doktrinen har det beskrivits som att rekvisitet torde innebära att varje omständighet i den första och resultatlösa upphandlingen, som kan ha bidragit till att presumtiva anbudssökande eller anbudsgivare avstått från att ansöka eller lämna anbud i upphandlingen, måste kvarstå i det förhandlade förfarandet (jfr Jan-Erik Falk, Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, tredje upplagan, Jure Förlag, 2004, s. 174).

Bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU utgör ett undantag från annonseringskravet och ska tillämpas restriktivt. Det är den som avser att återropa undantagsbestämmelsen som har bevisbördan för att det verkligen föreligger sådana särskilda omständigheter som motiverar att undantag görs (jfr EU-domstolens dom i mål C-340/02 Kommissionen mot Frankrike p. 37-38 samt de förenade målen C- 20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland p. 58). Om kraven för undantagen inte är uppfyllda är upphandlingen att bedöma som en otillåten direktupphandling.

Av 20 kap. 13 § första stycket 1 LOU framgår att rätten ska besluta att ett avtal som har ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling.

I målet är ostridigt att några anbud inte inkommit i den första och resultatlösa upphandlingen som genomfördes med ett öppet förfarande samt att kommunen med anledning därav enligt 6 kap. 12 § LOU har haft möjlighet att tillämpa ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. HRM har gjort gällande att kommunen genom det avtal som ingåtts efter det förhandlade förfarandet har gjort väsentliga ändringar av det ursprungliga upphandlingsdokumentet, vilket har medfört att samtliga förutsättningar i 6 kap. 12 § LOU inte är uppfyllda för att använda förfarandet och att avtalet därmed har ingåtts genom en otillåten direktupphandling.

I målet är ostridigt att det genom avtalet har gjorts de ändringar av upphandlingsdokumentet avseende avtals- och drifttid som HRM gör gällande. Att driftstarten endast angivits med ett preliminärt datum som parterna i inom ramen för ingånget avtal kan ändra påverkar enligt förvaltningsrättens mening inte bedömningen. Det preliminära datumet får enligt förvaltningsrättens mening anses utgöra en vägledning för anbudsgivarna för vilken drifttid som sedermera kan komma att gälla. Att Visma och kommunen beslutat om att senarelägga driftstart förändrar inte förevarande förhållande. Förvaltningsrätten har därmed att utgå från en förlängning av avtals- och drifttid om ca 10 respektive 21 månader.

För en leverantör kan avtals- och drifttid vara av stor vikt för intresset av att tilldelas kontrakt i en upphandling. Detta gäller inte enbart i frågan om möjligt ökade intäkter utan kan även ha betydelse för investeringar och ekonomisk planering. Längden av avtals- eller drifttiden kan därmed enligt förvaltningsrättens mening under vissa förutsättningar utgöra en sådan

omständighet som medför att vissa leverantörer avstår från att delta i en upphandling.

I förevarande fall är den förlängning som skett av avtals- och drifttiden i förhållande till de ursprungliga upphandlingsdokumenten hänförliga till den garanterade avtals- och drifttiden, dvs. inte till någon av förlängningsoptionerna. Vid jämförelse med de garanterade avtals- och drifttiderna i de ursprungliga upphandlingsdokumenten har avtals- och drifttiderna i avtalet förlängts med ca 18 respektive 54 procent.

Enligt förvaltningsrättens mening får en förändring av avtals- och drifttiden i förevarande omfattning anses vara en sådan genomgripande ändring av de ursprungliga upphandlingsdokumenten att det inte kan uteslutas att det skulle påverkat andra potentiella leverantörers deltagande i upphandlingen. De längre garanterade avtals- och drifttiderna i avtalet utgör därmed enligt förvaltningsrättens mening en väsentlig ändring av de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Även med beaktande av samtliga tre förlängningsoptioner får i vart fall den förlängda drifttiden i avtalet anses utgöra en sådan väsentlig ändring av de ursprungliga upphandlingsdokumenten som åsyftas i 6 kap. 12 § LOU.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att det aktuella avtalet har ingåtts genom en otillåten direktupphandling. HRM:s yrkande om att avtalet ska förklaras ogiltigt ska därmed bifallas. Med denna utgång finns det inte anledning att pröva de invändningar avseende avtalets giltighet som HRM därutöver gjort gällande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Anders Mattsson

Madelene Rask 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 beslutets datum.

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 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.

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.

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.

