

HFD 2016 ref. 85

Vid offentlig upphandling är likabehandlingsprincipen av avgörande betydelse för vilka ändringar som kan ske av ett avtals innehåll under avtalstiden.

1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 22 december 2016 följande dom (mål nr 3874-15).

Bakgrund

Stockholms läns landsting har genomfört en offentlig upphandling av s.k. maskinell dosdispensering av läkemedel inom öppenvården. Dosdispensering innebär att läkemedel förpackas så att de läkemedel som en person ska ta vid ett och samma tillfälle sampaketeras. Tjänsten är till för personer med regelbunden och stabil medicinerings som inte själva klarar sin läkemedelshantering.

Upphandlingen gällde ett avtal för perioden februari 2013 – januari 2016 med en möjlighet (option) för landstinget att förlänga avtalet ytterligare 24 månader. Avtalet var med som bilaga till upphandlingens förfrågningsunderlag och innehöll bl.a. en bestämmelse som medgav prisjustering vid förlängning av avtalet. Apoteket AB:s anbud om 4,04 kr per dos var lägsta pris och landstinget beslutade i mars 2012 att tilldela Apoteket kontraktet. Efter förhandlingar mellan landstinget och Apoteket kom parterna i januari 2015 överens om att förlänga avtalet med 24 månader och att sänka priset för tjänsten till 1,47 kr per dos.

Apotekstjänst Sverige AB (Apotekstjänst) ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta att avtalsförlängningen var ogiltig enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Apotekstjänst anförde bl.a. att prisjusteringen utgjorde en sådan väsentlig förändring av avtalet att förlängningen var att anse som ett nytt kontrakt.

Förvaltningsrätten avvisade ansökan och anförde bl.a. följande. Avtalet medger en prisjustering. Den prisjustering som gjorts innebär inte någon väsentlig förändring av kontraktet eftersom partsställningen inte hade ändrats och den ekonomiska jämvikten till följd av utnyttjandet av optionen inte hade rubbats till förmån för Apoteket. Avtalsförlängningen utgjorde därmed inte ett nytt tilldelat kontrakt som skulle ha upphandlats i enlighet med lagen om offentlig upphandling.

Kammarrätten ändrade förvaltningsrättens dom endast på så sätt att Apotekstjänsts ansökan om överprövning avslogs. Kammarrätten fann att den aktuella avtalsförlängningen inte innehöll sådana väsentliga förändringar att det var fråga om ett kontrakt

som enligt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. Något skäl att ogiltigförklara avtalet på den grunden fanns därför inte.

Yrkanden m.m.

Apotekstjänst vidhåller sitt yrkande och anför bl.a. följande.

Prisjusteringen i det nya avtalet utgör en väsentlig förändring av det ursprungliga avtalet och är således inte en förlängning av det gamla avtalet. Prisjusteringen innebär en betydande skillnad i förhållande till tidigare avtalsvillkor och visar att avtalsparterna haft för avsikt att omförhandla avtalets mest väsentliga villkor, priset. Vidare har prisjusteringen gjorts utan stöd i det ursprungliga avtalet. Den prisjusteringsklausul som finns i det avtalet ger endast vissa begränsade möjligheter att höja priset.

Genom en ny upphandling hade landstinget kunnat erhålla de lägre priser som tillämpades på marknaden. Det innebar således en förmån för Apoteket att kunna förlänga kontraktet utan att bli konkurrensutsatt.

Landstinget bestrider bifall till överklagandet, anhåller om att Högsta förvaltningsdomstolen inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen och anför bl.a. följande.

I avtalet mellan landstinget och Apoteket finns en särskild prisjusteringsklausul. Ändringar som följer en sådan klausul är i strikt mening inte ”ändringar” av ett ingånget avtal, utan en tillämpning av avtalet. Prisjusteringsklausulen innefattar en portalskrivning om att parterna i händelse av förlängning får påkalla en justering av det avtalade priset. De mer detaljerade bestämmelserna i klausulen avser enbart prishöjningar, men prisjusteringsmöjligheten är i sig inte begränsad till prishöjningar. Rätten att påkalla prisjusteringar är ömsesidig, vilket inte skulle ha behövts om endast prishöjningar avsågs eftersom en prishöjning av naturliga skäl inte ligger i landstingets intresse. Prissänkningen innebär därför inte en otillåten kontraktsförändring som gör att det aktuella avtalet efter förändringen är att betrakta som ett nytt avtal.

Även *Apoteket* bestrider bifall till överklagandet och anhåller om att Högsta förvaltningsdomstolen inhämtar förhandsavgörande från EU-domstolen. Apoteket anför bl.a. att den bestämmelse i avtalet som reglerar prisförändringar omfattar även prissänkningar. Sänkningen av priset skedde i samband med förlängningen av avtalet och innebär inte att landstinget genomfört en otillåten direktupphandling av tjänsten.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

Frågan i målet är om en sänkning av priset i samband med en förlängning av ett avtal innebär att det ska anses vara fråga om ett nytt avtal som inte fick slutas utan förnyad upphandling.

Inhämtande av förhandsavgörande från EU-domstolen

Den fråga som aktualiseras i målet kan avgöras med ledning av EU-domstolens praxis. Yrkandet om att inhämta förhandsavgörande ska därför avslås.

Rättslig reglering m.m.

I 16 kap. 13 § första stycket 1 LOU anges att rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering enligt 7 kap. 1 §. Enligt den bestämmelsen ska en upphandlande myndighet som avser att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal som huvudregel annonsera upphandlingen.

I 1 kap. 9 § LOU anges allmänna principer för offentlig upphandling, bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Regleringen i lagen om offentlig upphandling bygger på ett antal EU-rättsliga direktiv, bl.a. direktiv 2004/18/EG (2004 års LOU-direktiv). Ett nytt direktiv på upphandlingsområdet, direktiv 2014/24/EU, har trätt i kraft i april 2016. Det nya direktivet saknar särskilda övergångsregler och gäller endast förhållanden som uppkommit efter ikraftträdandet, se t.ex. EU-domstolens avgörande i Kommissionen mot Frankrike (C-337/98, EU:C:2000:543). Det är alltså inte tillämpligt i målet.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Det finns inte några bestämmelser i lagen om offentlig upphandling om ändringar i avtalsvillkor under löpande avtalstid. Inte heller innehåller 2004 års LOU-direktiv några sådana bestämmelser. I artikel 72 i det nya direktivet finns däremot förhållandevis utförliga bestämmelser om när ändringar i avtalsvillkor under pågående avtalstid får göras utan att en ny upphandling behöver genomföras. Dessa är dock som framgått inte tillämpliga i målet.

Frågan i målet får därför bedömas utifrån de allmänna principer som gäller på det upphandlingsrättsliga området och med ledning av relevanta avgöranden från EU-domstolen.

Enligt bestämmelserna i 16 kap. 13 § och 7 kap. 1 § LOU är ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör ogiltigt om avtalet har slutits utan föregående annonsering, s.k. otillåten direktupphandling. Ett exempel på en otillåten direktupphandling är när en upphandlande myndighet förlänger, utvidgar eller ändrar ett avtal med en befintlig leverantör, trots att en sådan option inte finns i det ursprungliga avtalet. I realiteten innebär en sådan ändring av avtal att ett nytt avtal sluts, vilket skulle ha föregåtts av ett offentliggörande (se prop. 2009/10:180 s. 188).

Landstinget och Apoteket har dock båda anfört att den sänkning av priset som skedde i samband med avtalsförlängningen hade stöd i avtalet och att prissänkningen därför inte medför att det ska anses vara fråga om ett nytt avtal.

Av EU-domstolens praxis framgår att ändringar i avtalsvillkor under ett pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en ny upphandling respektive ett nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet, se t.ex. målet *pressetext Nachrichtenagentur* (C-454/06, EU:C:2008:351, p. 34). I det målet uttalade domstolen dock också att en kontraktsändring som endast är en tillämpning av bestämmelser i ursprungskontraktet inte utgör en ändring av de väsentliga villkoren i det kontraktet (se p. 68 och 69).

I målet *Finn Frogne* (C-549/14, EU:C:2016:634, p. 30, 36 och 37) förtydligade EU-domstolen sig ytterligare. Den upphandlande myndigheten kan enligt domstolen använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av kontraktet efter tilldelningen av detsamma, under förutsättning att detta anges av myndigheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet. Genom att i upphandlingsdokumenten uttryckligen ange att villkor – även viktiga sådana – kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske, säkerställer den upphandlande myndigheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud.

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

Vad Högsta förvaltningsdomstolen har att ta ställning till är därmed om den prissänkning som skedde i samband med förläng-

ningen av avtalet mellan landstinget och Apoteket hade stöd i avtalet.

Den avtalsklausul som landstinget och Apoteket har hänvisat till finns under rubriken ”Prisjustering” i avtalet och lyder i här relevanta delar:

- a) Priserna är fasta i tolv (12) månader från avtalsstart. I händelse av förlängning av detta avtal får justering av avtalade priser göras en (1) gång per år och skall skriftligen påkallas av endera Parten.

I övrigt innefattar klausulen regler som närmare preciserar under vilka förutsättningar som prishöjningar får göras och hur dessa ska beräknas. Det anges också att om en begärd prisjustering inte accepteras så har den part som begärt justeringen rätt att frånträda avtalet inom viss tid.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att det finns en uttrycklig klausul om prisjustering i avtalet. Denna bestämmelse fanns med också i det avtal som ingick i förfrågningsunderlaget. Den anger att en prisjustering kan ske vid förlängning av avtalet och därefter en gång per år samt att båda parter kan påkalla en sådan prisändring. Bestämmelsen omfattar enligt sin ordalydelse såväl prishöjningar som prissänkningar. Den prissänkning som skedde vid förlängningen av avtalet mellan landstinget och Apoteket hade alltså stöd i avtalet och samtliga leverantörer hade redan från början kännedom om att prisjusteringar kunde ske under avtalstiden.

I en situation, där alla leverantörer känt till att avtalet kan komma att ändras under avtalstiden, kan det endast i undantagsfall komma i fråga att en ändring som sker i enlighet med avtalet medför att ändringen ska anses utgöra ett nytt avtal (se Wall, C-91/08, EU:C:2010:182). Någon sådan undantagssituation är inte för handen här.

Det saknas således grund för att ogiltigförklara förlängningen av avtalet mellan landstinget och Apoteket. Överklagandet ska därför avslås.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår yrkandet om att förhandsavgörande ska inhämtas från EU-domstolen.

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Nord, Ståhl, Bull* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreterarna Erik Mellstrand och Karin Hansson.

Förvaltningsrätten i Stockholm (2015-04-02, Eskilsson):

Av handlingarna i målet framgår att en prisjustering i avtalet mellan landstinget och Apoteket gjordes dagen före avtalsförlängningen. Avtalet medger detta. I punkt 3.3 som reglerar prisjustering anges bl.a. att i händelse av förlängning av avtalet får justering av avtalade priser göras en gång per år. Under punkten regleras också vad som ska gälla efter 12 månader och bl.a. om leverantörens kostnader ökar. I dokumentet Avtalsförlängning den 23 januari 2015 anges bl.a. "Avtalsförlängningen samt justerat pris bekräftas nedan."

Förvaltningsrätten bedömer att landstinget och Apoteket inte har haft för avsikt att omförhandla väsentliga villkor i kontraktet. Det framstår i stället som att avsikten enbart varit att förlänga avtalet genom utnyttjande av den möjlighet som ges i kontraktet från april 2012. Den prisjustering som gjorts innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte någon väsentlig förändring av kontraktet eftersom partsställningen inte har ändrats och den ekonomiska jämvikten till följd av utnyttjandet av optionen inte har rubbats till förmån för Apoteket. Förvaltningsrätten anser därmed att avtalsförlängningen inte utgör ett nytt tilldelat kontrakt som skulle ha upphandlats i enlighet med LOU. Det är alltså inte ett avtal som kan bli föremål för överprövning av giltigheten. Apotekstjänsts ansökan ska därför avvisas. – Förvaltningsrätten avvisar Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om överprövning av giltigheten av förlängningsavtalet den 23 januari 2015 mellan Stockholms läns landsting och Apoteket AB.

Kammarrätten i Stockholm (2015-05-29, Westerling, Bohlin och Niklasson):

Av utredningen i målet framgår att landstinget och Apoteket i avtal den 23 januari 2015 har förlängt ett tidigare upphandlat tilldelningskontrakt och i samband med detta också justerat priset för den upphandlade tjänsten.

I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att den aktuella avtalsförlängningen inte innehåller sådana väsentliga förändringar att det är fråga om ett sådant kontrakt som enligt bestämmelserna i LOU skulle ha upphandlats genom ett annonserat förfarande. Något skäl att ogiltigförklara avtalet på denna grund finns därför inte.

I målet har inte kommit fram annat än att avtalet är civilrättsligt giltigt. Med hänsyn härtill och eftersom avtalet reglerar en upphandlande myndighets köp av tjänster från en leverantör, anser kammarrätten att avtalet är sådant att dess giltighet kan bli föremål för överprövning enligt 16 kap. 13 § LOU. Den omständigheten att avtalet endast är ett förlängningsavtal av ett tidigare upphandlat tilldelningskontrakt ändrar inte denna bedömning. Det finns därför inget hinder mot att sakpröva ansökan om överprövning och ansökan borde inte ha avvisats utan avslagits. Eftersom förvaltningsrätten i sitt avgörande har gjort en fullständig prövning av om förutsättningarna för att ogiltigförklara avtalet enligt 16 kap.

13 § första stycket 1 LOU är uppfyllda, finns inte skäl att återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny prövning i denna del.

Mot bakgrund av det ovan anförda ska förvaltningsrättens avgörande ändras endast på så sätt att Apotekstjänsts ansökan ska avslås. – Kamrarrätten ändrar förvaltningsrättens dom endast på så sätt att Apotekstjänst Sverige AB:s ansökan om överprövning av giltigheten av förlängningsavtalet den 23 januari 2015 mellan Stockholms läns landsting och Apoteket AB avslås.