

Sag C-282/24**Anmodning om præjudiciel afgørelse****Dato for indlevering:**

23. april 2024

Forelæggende ret:

Högsta förvaltningsdomstolen (Sverige)

Afgørelse af:

18. april 2024

Appellant:

Polismyndigheten

Modpart:

Konkurrensverket

[Udelades]**DEN APPELLEREDE AFGØRELSE**

Kammarrätten i Stockholms (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm, Sverige) dom af 13. april 2023 i sag nr. 7456-22

SAGENS GENSTAND

Upphandlingsskadeavgift (bøde pålagt en offentlig myndighed eller virksomhed, som har tildelt en offentlig kontrakt i strid med bestemmelserne om udbud, herefter »udbudsbøden«), spørgsmål om præjudiciel forelæggelse for EU-Domstolen

[Udelades]

Högsta förvaltningsdomstolen (øverste forvaltningsdomstol, Sverige) har truffet følgende:

AFGØRELSE

EU-Domstolen forelægges et præjudicielt spørgsmål i henhold til artikel 267 TEUF i overensstemmelse med vedlagte anmodning om præjudiciel afgørelse [udelades].

[Udelades]

Anmodning om præjudiciel afgørelse i henhold til artikel 267 TEUF vedrørende fortolkningen af artikel 72, stk. 2, i direktiv 2014/24/EU om offentlige udbud og om ophævelse af direktiv 2004/18/EF (udbudsdirektivet)

Indledning

- 1 Högsta förvaltningsdomstolen (Sveriges øverste domstol i forvaltningsretlige sager, Sverige) ønsker med sit præjudicielle spørgsmål oplyst, på hvilke betingelser en ændring af en tidligere tildelt rammeaftale, der – betragtet ud fra sin værdi – kunne være omfattet af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, alligevel kan anses for at medføre en forpligtelse til at gennemføre et nyt udbud med den begrundelse, at rammeaftalens overordnede karakter er ændret. Spørgsmålet er opstået i en sag om en udbudsbøde.

Relevante EU-retlige forskrifter

- 2 Udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, giver mulighed for at ændre kontrakter og rammeaftaler uden en ny udbudsprocedure i en række situationer. En af disse situationer er, hvor ændringerne uanset deres værdi ikke er væsentlige som defineret i artiklens stk. 4. Det fremgår af dette stykke, at en ændring af en kontrakt eller en rammeaftale i dens løbetid anses for at være væsentlig, hvis ændringen bevirker, at kontraktens eller rammeaftalens karakter er væsentligt forskellig fra den oprindelige kontrakt. Endvidere fremgår det af artikel 72, stk. 4, litra a), at en ændring under alle omstændigheder anses for at være væsentlig, hvis den indfører betingelser, som ville have givet mulighed for at give andre ansøgere end de oprindeligt udvalgte adgang eller for at acceptere et andet tilbud end det oprindeligt accepterede, eller som ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren.
- 3 Desuden fremgår det af artikel 72, stk. 2, at en kontrakt kan ændres uden at det er nødvendigt at kontrollere, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt, uden en ny udbudsprocedure, når værdien af ændringen både er lavere end tærsklerne i artikel 4 og – for tjenesteydelses- og vareindkøbskontrakter – lavere end 10% af værdien af den oprindelige kontrakt. Ændringen må dog ikke berøre den overordnede kontrakts eller rammeaftales karakter.
- 4 Artikel 72, stk. 5, foreskriver, at en ny udbudsprocedure i overensstemmelse med direktivet er nødvendig for andre ændringer af bestemmelserne i en offentlig kontrakt eller en rammeaftale i løbet af dennes løbetid end dem, der er anført i stk. 1 og 2.

- 5 Af 107. betragtning i direktivet fremgår, at en ny udbudsprocedure kun er påkrævet ved væsentlige ændringer af den oprindelige kontrakt, navnlig omfanget og indholdet af parternes gensidige rettigheder og forpligtelser. Det anføres, at ændringer af denne art viser parternes hensigt om at genforhandle vigtige betingelser eller vilkår i den pågældende kontrakt, og at dette især er tilfældet, når de ændrede vilkår ville have haft indvirkning på resultatet af proceduren, hvis de havde været del af den oprindelige procedure.
- 6 Desuden fremgår det af 107. betragtning, at ændringer af kontrakten, der medfører en mindre ændring af kontraktens værdi op til et vist niveau, altid bør være mulige, uden at det er nødvendigt at gennemføre en ny udbudsprocedure.
- 7 109. betragtning omhandler undtagelsen fra forpligtelsen til at gennemføre en ny udbudsprocedure, som gælder, når en ordregivende myndighed er nødt til at ændre en eksisterende kontrakt på grund af uforudsigelige omstændigheder. Det anføres, at denne undtagelse ikke kan anvendes i tilfælde, hvor en ændring resulterer i en ændring af indkøbets karakter som helhed, f.eks. ved at erstatte de indkøbte bygge- og anlægsarbejder, varer eller tjenesteydelser med noget helt andet eller ved grundlæggende at ændre indkøbstypen, idet der i en sådan situation kan antages en hypotetisk påvirkning af resultatet.

Relevante nationale forskrifter

- 8 I henhold til kapitel 17, § 8 i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (lov (2016:1145) om offentlige indkøb, herefter »LOU«) kan en kontrakt eller en rammeaftale ændres uden en ny udbudsprocedure, hvis ændringen foretages på grundlag af en af bestemmelserne i §§ 9-14.
- 9 Det fremgår af § 9, stk. 1, at en kontrakt eller en rammeaftale kan ændres uden en ny udbudsprocedure, hvis kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter ikke ændres, og stigningen eller faldet i kontraktens eller rammeaftalens værdi er mindre end den fastsatte tærskelværdi eller 10% af kontraktens eller rammeaftalens værdi, hvis der er tale om indkøb af varer eller tjenesteydelser.
- 10 Det fremgår af § 14, første afsnit, at en kontrakt eller rammeaftale kan ændres uden en ny udbudsprocedure, selv om ændringen ikke er omfattet af bestemmelserne i §§ 9-13, hvis ændringen ikke er væsentlig. I andet afsnit hedder det, at en ændring anses for at være væsentlig, hvis den bl.a. indfører betingelser, som, hvis de havde været medtaget i det oprindelige udbud, ville have tiltrukket yderligere deltagere i udbudsproceduren, at andre tilbud var blevet medtaget i evalueringen, eller at flere leverandører havde deltaget i udbuddet.

Sagens faktiske omstændigheder

De faktiske omstændigheder

- 11 I 2020 gennemførte Polismyndigheten (den svenske politimyndighed) et indkøb af bjærgningstjenester i henhold til udbudsloven. Den samlede kontraktværdi blev anslået til 15 mio. svenske kroner (SEK), og tilbudsevalueringen blev gennemført på grundlag af tildelingskriteriet om den laveste tilbudte pris. Tilbudsgiverne skulle tilbyde en fast pris for opgaver, hvor opsamlingsstedet for det køretøj, der skulle bjærges, lå inden for en radius på 10 kilometer fra det sted, hvor køretøjet skulle afleveres. For transport uden for en radius på 10 km skulle tilbudsgiverne angive en særlig tillægspris pr. kilometer for den resterende del af strækningen. Ifølge udbudsmaterialet skulle priserne forblive uændrede i hele kontraktens løbetid.
- 12 Den offentlige kontrakt blev indgået ved, at politimyndigheden indgik to rammeaftaler i begyndelsen af 2021, en aftale med Lidköpings Biltjänst Hyr AB og en aftale med en anden leverandør.
- 13 I midten af 2021 blev politimyndigheden enig med begge leverandører om at ændre vederlagsbetingelserne i rammeaftalerne. Ændringsaftalen medførte, at den radius, inden for hvilken der ikke skulle tilføjes en kilometerpris, blev udvidet fra 10 til 50 km. Samtidig blev den faste pris pr. opgave, for så vidt angik Lidköpings Biltjänst Hyr AB, ændret fra 0 SEK til 4500 SEK, mens kilometerprisen uden for radiussen for visse transportopgaver blev ændret fra 185 til 28 SEK og for andre fra 275 til 55 SEK.
- 14 Politimyndigheden har oplyst, at baggrunden for ændringerne var behovet for at udligne fordelingen af omkostninger internt i myndigheden mellem forskellige politiområder af varierende geografisk størrelse og befolkningstæthed. Udgangspunktet var, at ændringerne ikke ville føre til nogen ændring i rammeaftalernes samlede kontraktværdi. Myndigheden har efterfølgende på grundlag af faktureringen konkluderet, at ændringsaftalen med Lidköpings Biltjänst Hyr AB har ført til en marginal reduktion af det samlede vederlag i forhold til det, der skulle have været udbetalt i henhold til de oprindelige vilkår.

Ansøgning om udbudsbøder

- 15 Konkurrenceverket (den svenske konkurrencemyndighed) anmodede Förvaltningsrätten i Stockholm (forvaltningsdomstolen i Stockholm) om, at politimyndigheden skulle betale en udbudsbøde med den begrundelse, at der skulle have været gennemført en ny udbudsprocedure inden ændringsaftalernes indgåelse.
- 16 Politimyndigheden gjorde indsigelse imod, at denne anmodning skulle imødekommes. Den gjorde gældende, at den ikke havde været forpligtet til at gennemføre en ny udbudsprocedure, fordi ændringerne ikke var væsentlige som

omhandlet LOU's kapitel 17, § 14. Med hensyn til ændringerne i aftalen med Lidköpings Biltjänst Hyr AB argumenterede politimyndigheden desuden for, at ændringerne i henhold til LOU's kapitel 17, § 9, var lovlige, eftersom der var tale om ændringer af mindre værdi.

- 17 Forvaltningsdomstolen imødekom konkurrencemyndighedens anmodning og besluttede, at politimyndigheden skulle betale en udbudsbøde på 1 200 000 SEK. Forvaltningsdomstolen fandt, at ændringerne, som ville have krævet, at tilbudsgiverne foretog en anden afvejning mellem priserne med hensyn til fast og variabelt vederlag, ikke ville have været mulige at forudse på grundlag af oplysningerne i de oprindelige udbudsdokumenter, med det resultat, at de andre tilbudsgivere ikke fik samme mulighed som de udvalgte leverandører for at foretage korrekte beregninger af rentabiliteten af potentielle ordrer under de nye betingelser. Ifølge forvaltningsdomstolen var det sandsynligt, at ændringerne i betingelserne, hvis de havde været medtaget i det oprindelige udbud, kunne have ført til, at flere leverandører havde deltaget i udbuddet eller til et andet resultat af evalueringen. På den baggrund fandt forvaltningsdomstolen, at ændringerne måtte anses for væsentlige og dermed ulovlige i henhold til LOU's kapitel 17, § 14. Af de samme grunde fandt forvaltningsdomstolen, at ændringerne af kontrakten med Lidköpings Biltjänst Hyr AB medførte en ændring af rammeaftalens overordnede karakter og derfor ikke var lovlige i henhold til bestemmelserne om mindre ændringer i LOU's kapitel 17, § 9.
- 18 Politimyndigheden iværksatte appel til prøvelse af forvaltningsdomstolens dom ved Kammarrätten i Stockholm (appeldomstolen i forvaltningsretlige sager i Stockholm). Med hensyn til ændringerne af kontrakten med Lidköpings Biltjänst Hyr AB anførte politimyndigheden, at en ændring af mindre værdi kan tillades, selv om ændringen i sig selv ville blive betragtet som væsentlig. Endvidere henviste politimyndigheden til 109. betragtning til udbudsdirektivet og hævdede, at for at kontraktens overordnede karakter kan anses for at være ændret, skal der være tale om ændringer af mere kvalificeret karakter end en justering af vederlagsbetingelserne.
- 19 Appeldomstolen frifandt konkurrencemyndigheden. Appeldomstolen fastslog også, at ændringerne var at betragte som væsentlige og dermed ulovlige i henhold til LOU's kapitel 17, § 14. Appeldomstolen fastslog endvidere, at begrebet »kontraktens overordnede karakter« og de eksempler, der er anført i betragtningerne til udbudsdirektivet, ikke kan forstås således, at ændringer af vederlagsbetingelserne ikke kan betragtes som ændringer af den overordnede karakter. I stedet skal det ifølge appeldomstolen vurderes fra sag til sag, om en ændring af vederlagsbetingelserne er en for dramatisk ændring af parternes forpligtelser og indebærer, at det kan antages, at resultatet af det tidligere udbud ville være blevet påvirket på en afgørende måde. I den foreliggende sag kunne det efter appeldomstolens opfattelse antages, at resultatet af det oprindelige udbud ville være blevet påvirket, hvis de ændrede vederlagsbetingelser var blevet medtaget fra begyndelsen. Ændringerne af aftalen med Lidköpings Biltjänst Hyr

AB blev derfor anset for at udgøre en sådan ændring af rammeaftalens overordnede karakter, som der henvises til i LOU's kapitel 17, § 9.

- 20 Politimyndigheden har appelleret appeldomstolens dom og gjort gældende, at Högsta förvaltningsdomstolen (Sveriges øverste domstol i forvaltningsretlige sager) skal afvise konkurrencemyndighedens ansøgning om udbudsbøde eller under alle omstændigheder fastsætte bøden til et lavere beløb. Konkurrencemyndigheden har nedlagt påstand om frifindelse.
- 21 Politimyndigheden har også for den øverste domstol gjort gældende, at ændringsaftalerne var lovlige i henhold til LOU's kapitel 17, § 14. Politimyndigheden har desuden hævdet, at ændringerne af kontrakten med Lidköpings Biltjänst Hyr AB under alle omstændigheder var lovlige i henhold til LOU's kapitel 17, § 9.
- 22 Denne anmodning om præjudiciel afgørelse vedrører sidstnævnte bestemmelse og den tilsvarende bestemmelse i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, nærmere bestemt, hvad der forstås ved en ændring af en rammeaftales overordnede karakter.

Parternes standpunkter

Politimyndigheden

- 23 Politimyndigheden har anført følgende. Ændringerne er ikke af en sådan karakter, at de har ændret rammeaftalens overordnede karakter. I henhold til udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2, kan en kontrakt, der opfylder kravene i denne bestemmelse, ændres, uden at det skal kontrolleres, om betingelserne i stk. 4, litra a)-d), er opfyldt. Det betyder, at det faktum, at en anden leverandør kunne have fået tildelt kontrakten, hvis de nye betingelser havde været gældende fra begyndelsen, ikke kan bruges som et indicium for, at kontraktens overordnede karakter er blevet ændret. Desuden følger det af EU-Domstolens retspraksis (Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634), at selv væsentlige ændringer af kontrakten kan tillades, hvis muligheden for, at de foretages, er blevet angivet på forhånd. Derudover reguleres revisionsklausuler af udbudsdirektivets artikel 72, stk. 1, litra a), og er forbeholdt ændringer, der ikke påvirker den overordnede karakter, hvilket betyder, at dette begreb ikke kan være synonymt med væsentlige ændringer, men må henvise til ændringer af en mere kvalificeret art. I 109. betragtning til udbudsdirektivet nævnes som eksempel på en ændring af kontraktens overordnede karakter, at genstanden for kontrakten erstattes med noget andet, eller at indkøbstypen ændres på grundlæggende vis.

Konkurrencemyndigheden

- 24 Konkurrencemyndigheden har anført følgende. Ændringer af mindre værdi i en allerede tildelt kontrakt kan foretages, fordi sådanne ændringer generelt ikke kan

forventes at forvrilde konkurrencen eller krænke principperne om ligebehandling og gennemsigtighed i nævneværdig grad. Systematikken i udbudsreglerne ville imidlertid blive tilsidesat, hvis ændringer, der i sig selv kun indebærer en marginal værdiændring i absolutte tal, men som er i strid med principperne af andre grunde end, at der sker en værdiændring, skulle være tilladt. Vurderingen af, om en sådan ændring medfører en ændring af rammeaftalens overordnede karakter, skal således dreje sig om, hvorvidt resultatet af det oprindelige udbud hypotetisk set kunne have været anderledes, idet der ses bort fra virkningen af den marginale værdiændring. I dette tilfælde er værdien irrelevant for spørgsmålet om, hvorvidt ændringerne er i strid med disse principper. Ændringerne har påvirket de grundlæggende økonomiske forudsætninger for det oprindelige udbud og haft indvirkning på udbuddets attraktivitet ud fra et risikoperspektiv, som ikke var muligt at forudse, da tilbuddene blev afgivet. Det kan antages, at resultatet af udbuddet ville være blevet påvirket, hvis ændringerne havde været kendt fra begyndelsen, idet en anden leverandør under andre omstændigheder kunne have afgivet det økonomisk mest fordelagtige tilbud. Af disse grunde er ændringsaftalen i strid med principperne om ligebehandling og gennemsigtighed og ændrer rammeaftalens overordnede karakter. At vurderingen af, om rammeaftalens overordnede karakter er blevet ændret, ligger tæt op ad den vurdering, der ifølge EU-Domstolens praksis skal foretages af, om en ændring er væsentlig, ligger i sagens natur, da begge begreber er udløbere af de nævnte principper.

Behovet for en præjudiciel afgørelse

- 25 Politimyndigheden har beregnet værdien af ændringerne af den rammeaftale, der blev tildelt Lidköpings Biltjänst Hyr AB, til et lavere beløb end de tærskler, der er fastsat i LOU's kapitel 17, § 9, og udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2. For at afgøre, om politimyndigheden på dette grundlag lovligt kunne indgå ændringsaftalen, skal den øverste domstol tage stilling til, om den foretagne ændring af vederlagsmodellen kan siges at have ændret rammeaftalens overordnede karakter.
- 26 I sin tidligere retspraksis – som ligger forud for indførelsen af det nuværende udbudsdirektiv – har EU-Domstolen udtalt, at principperne om ligebehandling og gennemsigtighed er til hinder for, at bestemmelserne i en eksisterende kontrakt ændres uden en ny udbudsprocedure, således at de afviger væsentligt fra bestemmelserne i den oprindelige kontrakt (presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, præmis 34). En ændring kan bl.a. betragtes som væsentlig, såfremt den indfører betingelser, der, hvis de havde fremgået af den oprindelige procedure for indgåelse af en aftale, ville have gjort det muligt at acceptere et andet bud end det, som oprindeligt blev antaget (samme doms præmis 35). Principielt kan en væsentlig ændring ikke foretages efter tildelingen, medmindre muligheden for at foretage ændringen er fastsat i vilkårene i den oprindeligt tildelte kontrakt (Finn Frogne, præmis 30 og 36). Selv ændringer, der foretages på grundlag af eksisterende kontraktbestemmelser, kan i

undtagelsestilfælde kræve en ny udbudsprocedure, hvis de ændrede betingelser på grund af den pågældende tjenesteydelses særlige karakter var en afgørende faktor for indgåelsen af kontrakten (Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, præmis 39).

- 27 Bestemmelserne i udbudsdirektivets artikel 72 har til dels til formål at kodificere denne praksis. Artikel 72, stk. 4, giver udtryk for princippet om, at kun væsentlige ændringer kræver en ny udbudsprocedure. Artikel 72, stk. 1 og artikel 72, stk. 2, regulerer for deres vedkommende en række situationer, hvor der kan foretages ændringer, uanset om de er væsentlige eller ej – i flere tilfælde under forudsætning af, at de ikke ændrer kontraktens eller rammeaftalens overordnede karakter. Ud over undtagelsen for mindre ændringer gælder dette krav også for ændringer, som har hjemmel i klare, præcise og utvetydige revisionsbestemmelser, og for ændringer som følge af uforudsigelige omstændigheder.
- 28 Undtagelsen for ændringer af mindre værdi, som udtrykt i artikel 72, stk. 2, har ikke noget direkte grundlag i EU-Domstolens praksis. I dommen i sagen Kommissionen mod Tyskland (C-160/08, EU:C:2010:230, præmis 99-101) blev en ændring anset for at være væsentlig, fordi dens værdi oversteg tærskelværdien i de gældende direktiver, og i dommen i sagen presstext Nachrichtenagentur (præmis 61-63) blev det fastslået, at en ubetydelig justering af prisen til ugunst for leverandøren ikke udgjorde en væsentlig ændring af kontraktvilkårene. Det forhold, at en ændring, der i sig selv anses for væsentlig, alligevel kan tillades på grund af dens lave værdi, synes imidlertid at være et nyt element i forhold til det nuværende udbudsdirektiv.
- 29 EU-Domstolen har ikke taget stilling til, under hvilke betingelser en ændring af en rammeaftale kræver en ny udbudsprocedure med den begrundelse, at ændringen ændrer rammeaftalens overordnede karakter, hverken når der er tale om ændringer af mindre værdi (artikel 72, stk. 2) eller når der er tale om ændringer i henhold til revisionsbestemmelser eller optioner eller som følge af uforudsigelige omstændigheder (artikel 72, stk. 1). Domstolen har ikke taget stilling til de tilsvarende bestemmelser i direktiv 2014/23/EU om tildeling af koncessionskontrakter eller direktiv 2014/25/EU om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester og om ophævelse af direktiv 2004/17/EF.
- 30 I præambelen til udbudsdirektivet (109. betragtning hertil, som omhandler ændringer som følge af uforudsigelige omstændigheder) gives eksempler på ændringer, der kan ændre en kontrakt- eller rammeaftales overordnede karakter. Disse eksempler henviser til ændringer i selve kontraktens genstand og typen af indkøb. Ellers er der ingen klar vejledning i præambelen, hvad angår spørgsmålet om, hvad der menes med en ændring af den overordnede karakter.
- 31 På denne baggrund finder Högsta förvaltningsdomstolen (Sveriges øverste domstol i forvaltningsretlige sager) det nødvendigt at anmode EU-Domstolen om en præjudiciel afgørelse.

Spørgsmål

- 32 Kan en ændring af vederlagsmodellen i en rammeaftale, der oprindeligt blev udbudt på baggrund af tildelingskriteriet laveste tilbudte pris, hvor balancen mellem faste og variable priser ændres, samtidig med at priseniveauerne justeres i et sådant omfang, at den samlede kontraktværdi ikke ændres mere end på marginal vis, medføre, at rammeaftalens overordnede karakter skal anses for at være blevet ændret i den betydning, hvori dette udtryk anvendes i udbudsdirektivets artikel 72, stk. 2?

ARBEJDSDOKUMENT