

Mål C-443/22**Sammanfattning av begäran om förhandsavgörande enligt artikel 98.1 i domstolens rättegångsregler****Datum för ingivande:**

5 juli 2022

Domstol som begär förhandsavgörande:

Varhoven administrativen sad (Bulgarien)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

21 juni 2022

Klagande:

Zamestnik ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa "INTERREG V-A Rumania – Bulgaria 2014–2020"

Motpart:

Obshtina Balchik

Saken i det nationella målet

Överklagande av det beslut som meddelades av Zamestnik-ministar na regionalno razvitie i blagoustroystvoto i rakovoditel na Natsionalnia organ po programa "INTERREG V-A Romania-Bulgaria 2014–2020" (biträdande minister för regional utveckling och offentliga arbeten och chef för den nationella myndigheten för programmet "INTERREG V-A Rumänien-Bulgarien 2014–2020"), genom vilket en finansiell korrigering påfördes Obshtina Balchik (kommunen Baltjik) på 25 procent av de stödberättigande kostnaderna som betalats ut från de europeiska struktur- och investeringsfonderna (Esif) för det upphandlingskontrakt som ingåtts mellan kommunen och "Infra Expert" AD, Sofia, beträffande "Utbyggnad av strandpromenaden i staden Baltjik mellan Darzhaven kulturen institut – kulturen tsentar 'Dvoret's' (statliga kulturinstitutet – kulturcentrum 'Palatset') och Kulturno-turisticheski informatsionen tsentar 'Melnitsata' (kultur- och turistinformationscentrum 'Kvarnen')" (nedan kallat "Utbyggnad av strandpromenaden") till ett kontraktsvärde på 1 245 532,25 leva (BGN).

Syfte med och rättslig grund för begäran om förhandsavgörande

Begäran enligt artikel 267 FEUF om tolkning av artikel 72.1 e i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, jämförd med artikel 72.4 a och b i samma direktiv, samt av skäl 109 i samma direktiv

Frågor som har hänskjutits för förhandsavgörande

- 1) Tillåter artikel 72.1 e i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 72.4 a och b i samma direktiv, en nationell lagstiftning eller tolkning och tillämpning av denna lagstiftning, enligt vilken det endast anses föreligga en överträdelse av reglerna om väsentliga ändringar av ett offentligt kontrakt om parterna har undertecknat ett skriftligt avtal eller en skriftlig bilaga om ändring av kontraktet?
- 2) Om den första frågan besvaras nekande: Tillåter artikel 72.1 e i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 72.4 a och b i samma direktiv, en nationell lagstiftning eller tolkning och tillämpning av denna lagstiftning, enligt vilken en rättsstridig ändring av ett offentligt kontrakt inte endast kan ske genom ett skriftligt avtal som undertecknats av parterna, utan även genom att parterna i samråd handlar på ett sätt som strider mot bestämmelserna om ändringar av offentliga kontrakt, vilket kommer till uttryck i kommunikationen mellan parterna och den skriftliga dokumentationen av denna (såsom i det nationella målet), av vilken det är möjligt att dra slutsatsen att det är parternas gemensamma vilja att göra den aktuella ändringen?
- 3) Ska begreppet ”skäligen omsorg i förberedelserna av ... kontraktstilldelningen”, i den mening som avses i skäl [109] i direktiv 2014/24, tolkas så, att de risker som normala väderförhållanden kan innebära för kontraktets genomförande inom den föreskrivna fristen och de lagstadgade förbud mot att arbetena enligt kontraktet genomförs under en viss tidsperiod som faller inom tidsperioden då kontraktet ska genomföras, ska beaktas när tidsfristen för genomförande av arbetena ska fastställas?
- 4) Omfattar begreppet oförutsebara omständigheter, i den mening som avses i direktiv 2014/24, endast omständigheter som inträder först efter kontraktstilldelningen (vilket föreskrivs i den nationella lagstiftningen i 2 § punkt 27 i Dopolnitelni razporedbi na Zakona za obshtestvenite porachki [tilläggsbestämmelser till lagen om offentlig upphandling]) och som inte hade kunnat förutses trots skäligen omsorg i förberedelserna, inte beror på en parternas handlande eller underlåtenhet, men som gjorde det omöjligt att genomföra kontraktet enligt de avtalade villkoren? Eller uppställer direktivet inte kravet att dessa omständigheter ska ha inträtt efter kontraktstilldelningen?

- 5) Utgör normala väderförhållanden som inte ska anses vara oförutsebara omständigheter, i den mening som avses i skäl [109] i direktiv 2014/24, och det lagstadgade förbudet mot byggnadsarbeten under en viss tidsperiod, vilket antogs innan kontraktstilldelningen, objektiva skäl för att kontraktet inte genomfördes i tid? Är en anbudsgivare i detta sammanhang (med hänsyn till skyldigheten att iaktta vederbörlig omsorg och handla i god tro) skyldig att vid beräkningen av tidsfristen i anbudet ta hänsyn till de normala risker som kan påverka kontraktets genomförande inom den angivna fristen?
- 6) Tillåter artikel 72.1 e i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 72.4 a och b i samma direktiv, en nationell lagstiftning eller tolkning och tillämpning av denna lagstiftning, enligt vilken det kan vara fråga om en rättsstridig ändring av ett offentligt kontrakt i en sådan situation som den i det nationella målet, där angivande av en tidsfrist för genomförande av kontraktet inom vissa tidsgränser var ett villkor för att lämna anbud i upphandlingsförfarandet (och där anbudsgivare som inte iakttog dessa gränser uteslöts från förfarandet); där kontraktet inte genomfördes inom den fastställda tidsfristen till följd av normala väderförhållanden och ett lagstadgat förbud mot byggnadsarbeten, vilket antogs innan kontraktstilldelningen, och förbudet avsåg sådana arbeten som omfattades av kontraktets föremål och tidsfrist, och ingen av dessa omständigheter utgör oförutsebara omständigheter; och där den upphandlande myndigheten godkände genomförandet utan anmärkning med avseende på tidsfristen och inte begärde avtalsvite till följd av förseningen, vilket i praktiken utgör en ändring av ett väsentligt villkor i upphandlingsdokumenten som var avgörande för konkurrensvillkoren och påverkade likvärdigheten mellan potentiella anbudsgivare till förmån för den anbudsgivare som tilldelades kontraktet?

Anförda unionsbestämmelser och anförd praxis från EU-domstolen

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, artikel 72.1 e, jämförd med artikel 72.4 a och b, samt skäl 109

Anförda nationella bestämmelser

Zakon za obshtestvenite porachki (lagen om offentlig upphandling, nedan kallad ZOP), artikel 2.1 led 1 och 2, artikel 2.2, artikel 107, artikel 116.1 led 2, 3 och 7, jämförd med artikel 116.5 led 1 och 2

Zakon za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (lagen om förvaltning av medel från europeiska struktur- och investeringsfonder, nedan kallad ZUSESIF), artikel 70.1 led 9, artikel 70.2 och artikel 73.1, samt 2 § punkt 27 i Dopalnitelni razporedbi (tilläggsbestämmelser)

Zakon za zadalzheniata i dogovorite (lagen om skyldigheter och avtal, nedan kallad ZZD), artikel 20a

Naredba za posochvane na nerednosti, predstavlyavashti osnovania za izvarshvane na finansovi korektsii, i protsentnite pokazateli za opredelyane razmera na finansovite korektsii po reda na Zakona za upravlenie na sredstvata ot Evropeyskite strukturni i investitsionni fondove (förordningen om fastställande av oegentligheter som utgör grund för tillämpning av finansiella korrigeringar samt procentuella indikatorer för fastställande av de finansiella korrigeringarnas storlek enligt förfarandet som fastställs i lagen om förvaltning av medel från europeiska struktur- och investeringsfonder, nedan kallad förordningen om fastställande av oegentligheter), punkt 23 i bilaga nr 1

Zakon za ustroystvoto na Chernomorskoto kraybrezhie (lagen om fysisk planering för Svartahavskusten), artikel 15.1

Kortfattad redogörelse för de faktiska omständigheterna och förfarandet i det nationella målet

- 1 Kommunen Baltjik är stödmottagare inom ramen för programmet INTERREG V-A – Rumänien-Bulgarien för gränsöverskridande samarbete enligt ett avtal om stöd från Europeiska regionala utvecklingsfonden (Eruf). Avtalet omfattar medel som tillhandahålls från denna fond för genomförande av ROBG-422 ”Synergi mellan natur och kultur – potential för gränsområdets utveckling”.
- 2 För att genomföra åtgärderna som finansierats med medel från de europeiska struktur- och investeringsfonderna (ESI) genomförde kommunen Baltjik i egenskap av upphandlande myndighet en offentlig upphandling med föremålet ”Utbyggnad av strandpromenaden”.
- 3 Det uppskattade kontraktsvärdet för byggnadsarbetena var 1 245 532,25 BGN exklusive mervärdesskatt. Två anbud ingavs inom ramen för upphandlingen.
- 4 I avsnittet ”Tidsfrist för genomförande av kontraktet” i upphandlingsdokumenten anges att kontraktet ska genomföras inom en tidsfrist på minst 45 och högst 90 kalenderdagar och att fristen börjar löpa från dagen då protokollet för öppnande av byggarbetsplatsen och fastställande av förgårdslinjen och marknivån upprättas, och löper ut dagen då beslutet som avses i formulär 15 undertecknas. I dokumenten anges vidare att anbudsgivare som anger en frist för genomförande av byggnads- och montagearbetena som är kortare än den nedre gränsen eller längre än den övre gränsen som fastställts av den upphandlande myndigheten kommer att uteslutas från förfarandet, då anbudet inte uppfyller de i förväg angivna villkoren för upphandlingen (artikel 107.1 ZOP).
- 5 Kontraktet tilldelades inom ramen för ett offentligt upphandlingsförfarande. I sitt anbud angav anbudsgivaren ”Infra Expert” AD en tidsfrist på 45 kalenderdagar för genomförande av byggnads- och montagearbetena. I det tekniska anbudet

angav anbudsgivaren att bolaget vid planeringen av arbetsfaserna tagit hänsyn till potentiella kritiska punkter, väderförhållandena, arbetenas särskilda art och tidsfristerna för deras genomförande. Anbudsgivaren lade fram en linjär tidsplan i vilken det tekniska förloppet vid genomförandet av kontraktet och byggnadsarbetena angavs.

- 6 Genom beslut av den 11 mars 2019 om valet av den anbudsgivare som tilldelas kontraktet godkände borgmästaren i kommunen Baltjik protokollen rörande kommissionens arbete och fastställde att anbudsgivaren "Infra Expert" AD hade rankats högst med ett prisbud på 1 245 532,35 BGN exklusive mervärdesskatt och 1 494 638,70 BGN inklusive mervärdesskatt, och en tidsfrist för utförande av byggnads- och montagearbetena på 45 kalenderdagar från dagen då förgårdslinjen och marknivån fastställs.
- 7 Tidsfristen för genomförande av det offentliga kontraktet var 45 kalenderdagar, men i verkligheten tog det 250 dagar innan föremålet för upphandlingen hade färdigställts. Kommunen har gjort gällande att det fanns objektiva skäl för att förlänga fristen. Kommunen lämnade in en rapport från Natsionalen institut po meteorologia i hidrologia (nationella institutet för meteorologi och hydrologi), avdelningen i Varna, rörande den meteorologiska situationen under tidsperioden från den 18 november 2019 till den 30 januari 2020. Byggnadsarbetena sköts upp, eftersom väderförhållandena var ogynnsamma och ett förbud mot utförande av byggnads- och montagearbeten i de nationella badorterna längs Svartahavskusten under tidsperioden från den 15 maj till den 1 oktober infördes genom artikel 15.1 i lagen om fysisk planering för Svartahavskusten.
- 8 Den 28 februari 2020 antogs ett beslut om fastställelse av att byggnadsarbetena kan godkännas (formulär 15). I beslutet intygades att entreprenören hade uppfyllt alla sina skyldigheter, utan någon anmärkning om att det tagit längre tid att färdigställa byggnadsarbetena än fristen som angetts i meddelandet om upphandling (maximal tidsfrist på 90 dagar), i det tekniska anbudet (45 kalenderdagar) och i upphandlingskontraktet. Den upphandlande myndigheten krävde inget avtalsvite på grund av förseningen.
- 9 I en slutgiltig revisionsrapport från Ministerstvo na regionalno razvitiie i blagoustroystvo (ministeriet för regional utveckling och offentliga arbeten) framfördes misstanken att det förekommit en överträdelse som bestod i en rättsstridig ändring av det offentliga kontraktet såvitt avser tidsfristen för genomförande, vilket klassificerades som en oegentlighet enligt punkt 23 a i bilaga nr 1 till artikel 2.1 i förordningen om fastställande av oegentligheter.
- 10 Inom ramen för prövningen informerade chefen för den nationella myndigheten stödmottagaren om den misstänkta oegentligheten och om att ett förfarande om påförande av en finansiell korrigering inletts. I enlighet med artikel 73.2 ZUSEF gav chefen för den nationella myndigheten även stödmottagaren möjlighet att avge ett skriftligt yttrande rörande den finansiella korrigeringens riktighet och storlek och att, i förekommande fall, inkomma med bevis.

- 11 Efter prövning av de faktiska omständigheterna avslutades förfarandet den 26 oktober 2020 genom att chefen för den nationella myndigheten antog ett beslut, genom vilket kommunen Baltjik påfördes en finansiell korrigerings på 25 procent av de stödberättigande kostnaderna som betalats ut från de europeiska struktur- och investeringsfonderna (Esif) för upphandlingskontraktet beträffande upphandling nr 229 av den 19 april 2019 avseende ”Utbyggnad av strandpromenaden”, vilket ingåtts mellan kommunen och ”Infra Expert” [AD], Sofia.

Parternas huvudargument

- 12 Chefen för den nationella myndigheten fastställde att det skett en överträdelse mot artikel 116.1 led 3 ZOP, jämförd med artikel 116.5 led 1 och 2 i samma lag, mot bakgrund av följande omständigheter.
- 13 I upphandlingsdokumenten fastställdes tidsfristen för genomförande genom att gränserna för den kortaste och längsta tillåtna tidsåtgången (45–90 dagar) angavs. Anbudsgivare som lämnade ett anbud med en frist som inte föll inom dessa gränsvärden uteslöts från förfarandet. Fristen definierade de potentiella anbudsgivarnas konkurrensvillkor. Vid beräkningen av den tid som krävs för att färdigställa föremålet för upphandlingen borde både den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren ha tagit hänsyn till alla omständigheter som var förutsebara och således relevanta. Trots en avtalad skyldighet att färdigställa arbetena inom 45 kalenderdagar tog det faktiska genomförandet i förevarande fall 250 dagar. I sammanhanget ska det beaktas att flera beslut om avbrytande av byggnadsarbetena antagits.
- 14 Ett av skälen till att byggnadsarbetena avbröts var ogynnsamma väderförhållanden. Myndigheten ansåg att vädret var normalt för den aktuella årstiden, vilket varje erfaren entreprenör borde ha tagit hänsyn till vid beräkningen av tidsfristen för genomförande i anbudet. Det andra skälet var att turistsäsongen inleddes och att förbudet mot byggnads- och montagearbeten under tidsperioden 15 maj till den 1 oktober enligt artikel 15.1 i lagen om fysisk planering för Svartahavskusten trädde i kraft. Denna omständighet tillkännagavs av lagstiftaren före tidpunkten för kontraktstilldelningen och utgör inte en oförutsebar omständighet. Följaktligen borde förbudet ha beaktats vid beräkningen av tidsfristen för genomförande.
- 15 I ”Infra Expert” AD:s tekniska anbud för genomförande av kontraktet angav bolaget en tidsfrist för genomförande på 45 dagar och en linjär tidsplan i vilken det tekniska förloppet för arbetena fastställdes. Om entreprenören hade iakttagit skälig omsorg, och detta även i förberedelserna för arbetenas utförande, skulle denne ha tagit hänsyn till det lagstadgade förbudet och risken för att väderförhållanden som är ogynnsamma men normala för den aktuella årstiden kan uppstå och tagit med dessa i beräkningen vid fastställandet av fristen för genomförande.

- 16 Den nationella myndigheten drog härav slutsatsen att det faktiskt skett en rättsstridig väsentlig ändring av det offentliga kontraktet med beaktande av följande omständigheter: I upphandlingsdokumenten fastställdes sådana gränser för tidsfristen för genomförande som innebär att anbudsgivare som inte iakttar dem utesluts från förfarandet (artikel 107 led 1 ZOP). Tidsfristen definierade konkurrensvillkoren. I sitt anbud angav anbudsgivaren som tilldelats kontraktet den kortaste tidsfristen för genomförande på 45 dagar. Byggnadsarbetena avbröts vid flera tillfällen på grund av ogynnsamma men normala väderförhållanden och ett lagstadgat förbud. Ingen av dessa omständigheter ligger utanför anbudsgivarens skyldighet att iaktta skälig omsorg i förberedelserna (förutom i de fall som anges i artikel 116.1 led 3 ZOP).
- 17 Den faktiska tiden för genomförande på 250 dagar överskred den avtalade tidsfristen med 205 dagar. I det tekniska anbudet angav entreprenören att potentiella kritiska punkter, väderförhållandena och arbetenas särskilda art hade beaktats. Av detta kan man dra slutsatsen att entreprenören var medveten om risken för ogynnsamma väderförhållanden under tiden då arbetena skulle genomföras. Det lagstadgade förbudet är känt för var och en. De ogynnsamma väderförhållandena ska inte anses vara oförutsebara omständigheter, i den mening som avses i 2 § punkt 27 i tilläggsbestämmelserna till ZOP.
- 18 Den nationella myndigheten konstaterade att det skett en väsentlig ändring av kontraktet enligt artikel 116.5 led 1 och 2 ZOP, eftersom fristen som fastställts i upphandlingsdokumenten definierade konkurrensvillkoren, vilket innebär att en längre tidsfrist skulle påverkat urvalsresultaten. Om en anbudsgivare hade lämnat ett anbud där denne angav vad som i slutändan blev den faktiska tidsperioden för genomförande, så skulle denne ha uteslutits från förfarandet (artikel 107 led 1 ZOP).
- 19 Den nationella myndighetens beslut om påförande av en finansiell korrigering överklagades till Administrativen sad – Dobrich (Förvaltningsdomstolen i Dobrich, domstol i första instans) som upphävde det angripna förvaltningsbeslutet med motiveringen att det är materiellt rättsstridigt
- 20 Domstolen i första instans ansåg att det följer av lydelsen av artikel 120 ZOP att bestämmelserna i Targovski zakon (handelslagen, nedan kallad TZ) och ZZD är tillämpliga för alla frågor som inte reglerats i samband med offentlig upphandling och genomförande och uppsägning av offentliga kontrakt. Artikel 288 TZ föreskriver att allmänna civilrättsliga bestämmelser ska tillämpas för att lösa tvister i samband med transaktioner för det fall att TZ inte innehåller några relevanta bestämmelser. Enligt artikel 20a ZZD kan avtal endast ändras genom överenskommelse mellan parterna eller i de fall som föreskrivs i lag, medan artikel 112.1 ZOP föreskriver att verk samma ändringar av offentliga kontrakt endast kan ske genom skriftligt avtal. Förvaltningsmyndighetens beslut strider således mot materiell rätt, eftersom det grundas på att det omtvistade kontraktet ändrats genom parternas konkludenta handlande.

- 21 Formellt sett har den som tilldelats kontraktet i det aktuella fallet inte uppfyllt sina skyldigheter på ett tillfredsställande sätt, nämligen genom att inte ha uppfyllt dem inom den föreskrivna fristen. Det utgör emellertid inte en ändring av kontraktet, utan en rättsligt relevant omständighet som ger stödmottagaren rätt att begära det överenskomna avtalsvitet som uttryckligen och från början reglerades i upphandlingskontraktet. Mot denna bakgrund är det i förevarande mål inte fråga om en ändring av kontraktet, utan om att det inte genomförts på ett korrekt sätt. Det finns nämligen väsentliga skillnader mellan en ändring av ett offentligt kontrakt å ena sidan och att kontraktet inte genomförs på ett tillfredsställande sätt i förening med att den upphandlande myndigheten underlåter att begära avtalsvite på grund av det felaktiga genomförandet å andra sidan.
- 22 Förvaltningsmyndigheten drog felaktigt slutsatsen att alla möjliga skäl till att byggnadsarbetena avbröts och försenades, inbegripet de ogynnsamma väderförhållandena under vintern och det lagstadgade förbudet, borde ha räknats in och beaktats. Skälen till att byggnadsarbetena avbröts och frågan huruvida skälen var oförutsebara för parterna saknar relevans i rättsligt hänseende.
- 23 Chefen för den nationella myndigheten överklagade domen som meddelades av Förvaltningsdomstolen i Dobrich, genom vilken domstolen upphävde den finansiella korrigeringen som påförts kommunen Baltjik, till Varhoven administrativen sad (Högsta förvaltningsdomstolen).
- 24 I överklagandet har chefen för den nationella myndigheten vidhållit att den rättsliga uppfattningen som framkommer i motiveringen av det angripna förvaltningsbeslutet är riktig och har tillagt att "force majeure" är en oförutsebar händelse som inte hör till riskfaktorena inom ramen för entreprenörens normala verksamhet. Om entreprenören hade förberett sig väl, så hade vederbörande vid beräkningen av tidsfristen för genomförande tagit hänsyn till att naturliga, säsongsbetonade, ogynnsamma väderförhållanden hör till de normala riskerna. Att denna omständighet inte beaktats vid beräkningen av tidsfristen för genomförande och att arbetena därefter faktiskt inte färdigställdes i tid tyder på att det handlar om ett fall av subjektiv omöjlighet och inte en objektiv omöjlighet att genomföra arbetena.
- 25 Kommunen Baltjik anser att de ogynnsamma väderförhållandena inte avsågs i besluten som antogs genom formulär 10. Lagstiftaren har inte föreskrivit att sådana beslut behöver motiveras. Byggarbetena återupptogs efter att ett beslut enligt formulär 11 antagits och inte till följd av att de skäl som gjort att arbetena avbröts inte längre förelåg. Besluten enligt formulären 10 och 11 antogs i överensstämmelse med den gemensamma partsviljan.
- 26 Kommunen har även gjort gällande att det endast kan vara fråga om en verksam ändring av det offentliga kontraktet om parterna ingått ett skriftligt avtal som ändrar det offentliga kontraktet.

Kortfattad redogörelse för skälen till att förhandsavgörande begärs

- 27 Högsta förvaltningsdomstolen ska pröva ett mål vars avgörande sammanhänger med tolkningen och tillämpningen av unionsbestämmelser mot bakgrund av principen om unionsrättens företräde framför nationell rätt när de står i konflikt med varandra. Ett ytterligare argument för att förevarande begäran om förhandsavgörande kan tas upp till sakprövning är omständigheten att unionens budget berörs i den mån som tvisten avser laglig utbetalning av medel från Esif.
- 28 Nationell rättspraxis rörande tolkningen av artikel 116.1 led 7 ZOP, jämförd med artikel 116.5 led 1 och 2 i samma lag, som genomför artikel 72.1 e i direktiv 2014/24, jämförd med artikel 72.4 a och b i samma direktiv, är inte enhetlig. Dessutom är det oklart huruvida direktivet genomförts korrekt i den del som avser begreppet oförutsebara omständigheter och huruvida de förutsebara riskerna för kontraktets genomförande ska beaktas vid fastställande av tidsfristen för genomförande. Följande frågor är omtvistade.
- 29 Den första frågan avser huruvida det är möjligt att anse att det föreligger en rättsstridig ändring av ett offentligt kontrakt även när parterna inte har ingått ett skriftligt avtal om ändring av kontraktet, men det finns annan kommunikation mellan parterna av vilken det framgår att väsentliga avtalsvillkor har ändrats, vilket har dokumenterats skriftligen.
- 30 Det är riktigt att ett offentligt kontrakt enligt definitionen i artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24 är ett skriftligt kontrakt. En förutsättning för att få till stånd en verksam ändring av kontraktet är att parterna ingår en skriftlig överenskommelse om att ändra villkoren i kontraktet. Det är emellertid också riktigt att artikel 2.1 led 18 i direktiv 2014/24 definierar begreppet ”skriftlig” som varje enhet av ord eller siffror som kan läsas, återges och sedan meddelas, inklusive uppgifter som går att överföra eller lagra med elektroniska medel. Även om väsentliga delar av upphandlingsförfarandet – enligt skäl 58 i direktiv 2014/24 – såsom upphandlingsdokument, anbudsansökningar, bekräftelse av intresse och anbud, alltid bör genomföras skriftligen, bör muntlig kommunikation med ekonomiska aktörer i andra fall även fortsättningsvis vara möjlig, förutsatt att innehållet dokumenteras i lämplig utsträckning. De skilda tolkningar som finns av nämnda bestämmelser i unionens sekundärrätt i nationell rättspraxis ger upphov till tvivel om deras innebörd.
- 31 Enligt en riktning i Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis (som bland annat kommer till uttryck i Högsta förvaltningsdomstolens dom nr 6755/2020) ska partsviljan hos parterna i ett offentligt kontrakt inte endast tolkas utifrån dess innehåll, utan även omständigheterna i målet och parternas förklaringar och handlande ska beaktas vid bedömningen. Förekomsten av ett verksamt skriftligt avtal är inte en tvingande förutsättning för att fastställa att det är fråga om en ändring av kontraktet som strider mot artikel 116.1 ZOP. Prövningen av huruvida det föreligger en rättsstridig ändring av kontraktet ska ske med hänsyn till alla

relevanta omständigheter i målet, inbegripet parternas förklaringar och handlande under tiden då kontraktet fullgörs.

- 32 Omständigheten att kontraktet inte genomförts i tid innebär i objektivt hänseende att det skett en väsentlig ändring av kontraktet, i den mån som denna omständighet, i avsaknad av objektiva skäl för förseningen, ska anses utgöra en ändring av ett väsentligt villkor i upphandlingsdokumenten, i anbudet som avgetts av anbudsgivaren som tilldelats kontraktet och i kontraktet som ingåtts med anbudsgivaren, och i den mån som den upphandlande myndigheten inte kräver avtalsvite på grund av att kontraktet inte fullgjorts på ett korrekt sätt utan godkänner genomförandet utan anmärkning. Tidsfristen som anges i upphandlingsdokumenten definierar konkurrensvillkoren. Ändringen innebär att den upphandlande myndigheten godtar villkor som hade väckt andra ekonomiska aktörers intresse och påverkar likvärdigheten mellan potentiella anbudsgivare till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.
- 33 Den motsatta ståndpunkten återfinns emellertid också i nationell rättspraxis (se, exempelvis, Högsta förvaltningsdomstolens dom i det förvaltningsrättsliga målet nr 7911/2020). Enligt detta synsätt föreligger det endast en ändring av kontraktet om parterna ingått ett skriftligt avtal om ändring av ett avtalsvillkor. Underlåtelsen att kräva avtalsvite till följd av försenat genomförande ska inte anses som en ändring av kontraktet. För det fall att skälet till det försenade genomförandet av det offentliga kontraktet ligger hos anbudsgivaren som tilldelats kontraktet ska det inte anses vara en ändring av kontraktet, utan ett felaktigt genomförande av kontraktet. Det finns ingen rättslig norm som föreskriver att ett försenat genomförande i förening med en underlåtelse att kräva avtalsvite för förseningen ska anses utgöra en fiktiv ändring av kontraktet.
- 34 Det krävs även ett klargörande av begreppen ”skälig omsorg i förberedelserna av ... kontraktstilldelningen”, ”oförutsebara omständigheter” och ”omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse”, i den mening som avses i direktiv 2014/24.
- 35 Med anledning av vad som anförts ovan krävs en tolkning av artikel 72.1 e i direktiv 2014/24, jämförd med 72.4 a och b i samma direktiv, samt artikel 72.1 c, jämförd med skäl [109] i samma direktiv. Vidare krävs en tolkning av begreppen ”skälig omsorg i förberedelserna av ... kontraktstilldelningen”, ”oförutsebara omständigheter” och ”omständigheter som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse” för att den hänskjutande domstolen ska kunna nå ett riktigt avgörande i målet.
- 36 Begreppet oförutsebara omständigheter avser, enligt skäl [109] i direktiv 2014/24, omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten har visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen.

- 37 I den nationella lagen om offentlig upphandling, ZOP, definieras begreppet oförutsebara omständigheter som omständigheter som inträtt efter kontraktstilldelningen, inte hade kunnat förutses trots skälig omsorg, inte beror på parternas handlande eller underlåtenhet, men som gör det omöjligt att genomföra kontraktet enligt de avtalade villkoren.
- 38 Den nationella lagstiftaren har genom artiklarna 116.1 led 2 och 3 ZOP infört en laglig möjlighet att ändra ett offentligt kontrakt. Led 2 i nämnda bestämmelse avser oförutsebara omständigheter som innebär att det krävs ytterligare leveranser, tjänster eller byggnadsarbeten som inte omfattades av det ursprungliga offentliga kontraktet. Led 3 i nämnda bestämmelse avser omständigheter som den upphandlande enheten inte hade kunnat förutse trots skälig omsorg och som innebär att det krävs en avtalsändring som inte påverkar föremålet för upphandlingskontraktet eller ramavtalet.
- 39 Det står inte heller klart i vilken utsträckning direktivet införlivats på ett korrekt sätt med nationell lagstiftning med avseende på definitionen av begreppet oförutsebara omständigheter.
- 40 Det är även relevant för utgången i målet huruvida bestämmelserna i direktiv 2014/24, i en sådan situation som den i det nationella målet, där upphandlingsdokumenten från början fastställde vissa gränser för tidsfristen för genomförande och där dessa utgjorde villkor som innebar att anbudsgivare som inte iakttog dem uteslöts från förfarandet, tillåter ett visst mått av flexibilitet med avseende på ändringar efter kontraktstilldelningen i form av förlängning av tidsfristen för genomförande genom att beslut om uppskjutande av fristerna medan byggnadsarbetena pågår antas av skäl som inte grundas på oförutsebara omständigheter, utan på grund av ogynnsamma väderförhållanden som är normala för årstiden och lagstadgade förbud som avtalsparterna borde känt till eller kunnat förutse om de tillämpat skälig omsorg vid tidpunkten då avtalet ingicks. En förutsättning för en rättsstridig ändring av kontraktet är parternas gemensamma handlande.
- 41 Utgör de för årstiden normala, ogynnsamma väderförhållandena som var av betydelse för kontraktets genomförande och det lagstadgade förbudet avseende arbetena som omfattades av föremålet för upphandlingen sådana risker som avtalsparterna hade kunnat förutse om de hade visat skälig omsorg i förberedelserna och tillämpat skälig omsorg innan avtalet ingicks?
- 42 Den hänskjutande domstolen anser att direktiv 2014/24/EU inte är tillämplig i det nationella målet, eftersom det omtvistade offentliga kontraktets värde ligger under direktivets tröskelvärde. Artikel 116 ZOP införlivar emellertid artikel 72 i direktiv 2014/24 med nationell rätt, vilket innebär att det krävs en tolkning av nämnda bestämmelse för att säkerställa en enhetlig tillämpning av unionslagstiftningen i medlemsstaterna.

- 43 Mot bakgrund av vad som anförts ovan har Högsta förvaltningsdomstolen på eget initiativ hänskjutit förevarande begäran om förhandsavgörande avseende tolkningsfrågorna ovan.

ARBETSDOKUMENT