

PM 2 2018-04-25 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom direkttilldelning i strid mot bestämmelserna om offentlig upphandling (väsentligt ändrade villkor).**

*Ett landsting har kort tid efter en genomförd upphandling tillåtit den vinnande leverantören att kraftigt höja sina priser, trots att priset varit just den faktor som avgjort upphandlingen.*

Region Uppsala (nedan Landstinget) har i september 2017 beslutat tillåta en privat leverantör att höja priserna i ett kort dessförinnan upphandlat tjänstekoncessionsavtal (nedan Driftavtalet). Avtalet avser uppdraget att driva Restaurang Blå Korset (nedan Restaurangen), som är en kombinerad personal- och besökarrestaurang i Akademiska sjukhusets lokaler. Restaurangen kan ta emot c:a 500 betalande matgäster per dag (nedan Kunderna).<sup>1</sup>

Driftavtalet utgör ett så kallat *koncessionsavtal* genom vilket en utomstående leverantör ges tillgång till Landstingets köks- och serveringslokaler<sup>2</sup> för att på kommersiell basis driva Restaurangen utifrån vissa av Landstinget fastställda förutsättningar. Bland annat ska leverantören garantera vissa öppettider samt erbjuda ett i förväg överenskommet utbud av maträtter till vissa priser som Landstinget har kommit överens om med leverantören.<sup>3</sup>

Driftavtalet har upphandlats i ett annonserat förfarande, som påbörjades genom anbudsinfordran den 11 november 2016. Vid anbudstidens utgång noterades totalt fyra (4) inkomna anbud.<sup>4</sup> Tilldelning beslutades den 8 februari 2017 ske till Restaurangföretaget. Såvitt framgår av motiveringen har tilldelningen beslutats utifrån en sammanvägd bedömning av anbudens kvalitet och koncept i förhållande till erbjuden prisnivå. Vid utvärderingen prövades anbudens priser, kvalitet och koncept, varav tre anbud gavs högsta möjliga poäng i kategorierna kvalitet och koncept. Den slutliga rangordningen mellan dessa anbud avgjordes således helt av deras respektive priser. Prisutvärderingen skedde utifrån ett antal prisposter avseende ordinarie utbud, varav ”Dagens lunch”, ”Lunchsallad” respektive ”Dagens soppa” utgör de största posterna. Restaurangföretaget hade offererat ett pris gentemot Kund på 82 kronor för ”Dagens lunch”, 75 kronor för ”Lunchsallad” samt 60 kronor för ”Dagens soppa”<sup>5</sup> och tilldelades efter en prisjämförande sammanställning Driftavtalet såsom det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>6</sup>

Driftavtalet slöts mellan Landstinget och Restaurangföretaget den 30 mars och den 4 april 2017, för driftstart den 15 juli 2017.<sup>7</sup> Avtalet avser en kontraktstid på totalt 32 månader.<sup>8</sup> I Driftavtalet anges samma priser som i det vinnande anbudet.<sup>9</sup> Priserna får enligt avtalet justeras ”*efter förhandling med beställaren*”.<sup>10</sup> Någon redovisning av under vilka objektiva förutsättningar en sådan förändring kan ske anges dock inte, varken i Driftavtalet eller i övriga upphandlingsdokument.<sup>11</sup>

Den 1 augusti 2017 – dvs. drygt två veckor efter driftstarten den 15 juli 2017 – genomförde

<sup>1</sup> Siffran avser omsättning av betalande matgäster per dygn, dvs. inte samtidigt sittande matgäster.

<sup>2</sup> Som ersättning för lokalerna ska leverantören dock betala en delvis omsättningsbaserad hyra.

<sup>3</sup> Bland annat skulle Dagens lunch, Dagens soppa och Lunchsallad erbjudas, se ”2. Kravspecifikation” i upphandlingsdokumentationen.

<sup>4</sup> Av dessa ingick i vart fall en av anbudsgivarna i en koncernbildning i en annan medlemsstat. Upphandlingen omfattas därmed av ett s.k. bestämt gränsöverskridande intresse (BGI).

<sup>5</sup> Här angivna priser är *inklusive* lagstadgad mervärdesskatt (restaurangmoms, 12 procent). Priserna har i anbudet angivits exklusive moms till 73,22 kronor för ”Dagens lunch”, 66,97 kronor för ”Lunchsallad” och 53,57 kronor för ”Dagens soppa”.

<sup>6</sup> Se Landstingets tilldelningsbeslut av den 8 februari 2017, dnr. UPPH2016-0340.

<sup>7</sup> Se ”AVTAL Drift av restaurang- och cateringverksamhet vid Blå Korset, Akademiska sjukhuset” (här angivet som Driftavtalet) undertecknat av parterna, Landstinget respektive Restaurangföretaget, den 30 mars och den 4 april 2017 – dnr. UPPH2016-0340.

<sup>8</sup> Se punkten 3.4. i Driftavtalet, där det framgår att avtalet avser perioden 2017-07-15 – 2019-03-14 med rätt att förlänga avtalet med maximalt 12 månader fördelat på två tillfällen.

<sup>9</sup> Se punkten 3.7.1 ”Priser (anges i SEK)” i Driftavtalet samt den till avtalet bifogade prisbilagan.

<sup>10</sup> Se punkten 3.7.2 ”Prisjustering” i Driftavtalet.

<sup>11</sup> I avtalet finns under punkten 3.7.8 även intaget en klausul om ”Förändrade förutsättningar lokal m.m.”. Enligt denna klausul, som avser lokalhyran som leverantören ska betala till Landstinget, har endera parten rätt att begära omförhandling vid väsentliga förändringar i avtalsförutsättningarna, såsom omorganisation, förflyttning av verksamheten samt lagenliga förändringar av befintlig verksamhet. Sådan omförhandling ska begäras nio månader i förväg

Restaurangföretaget en höjning av priserna på ”Dagens lunch” respektive ”Lunchsallad” till vardera 100 kronor samt ”Dagens soppa” till 75 kronor.<sup>12</sup> Detta innebär prishöjningar jämfört med anbudet på i genomsnitt c:a 26 procent.<sup>13</sup> Dessa prishöjningar har inte föregåtts av någon förhandling mellan Landstinget och Restaurangföretaget, utan godkännandet skedde först i efterhand.

Enligt vad Landstinget uppgivit inleddes i september 2017 förhandlingar, vilka resulterade i att Landstinget godkände aktuella förändringar i Restaurangföretagets prissättning. Såvitt Landstinget uppgivit<sup>14</sup> har prissättningen tillåtits mot ”bakgrund av den positiva responsen” som konceptet fått.

Av tillgängliga upphandlingsdokument framgår att omsättningen vid driften av Restaurang Blå Korset under 2015 uppgick till 11,5 miljoner kronor. Motsvarande omsättningssiffror för 2016 och första halvåret 2017 (före leverantörbytet) uppgår till 12,6 miljoner kronor. Driftavtalets s.k. kontraktsvärde kan med ledning härav bedömas uppgå till c:a 1 miljon kronor per månad eller totalt 32 miljoner kronor för den fulla kontraktstiden inklusive förlängningsår. Den aktuella prishöjningen på 26 procent motsvarar ett eget kontraktsvärde på c:a 8,6 miljoner kronor och medför en höjning av Driftavtalets värde till uppskattningsvis c:a 40 miljoner kronor.

### **Rättslig reglering**

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter.

Upphandling som avser *tjänstekoncessioner*<sup>15</sup> regleras sedan den 1 januari 2017 genom bestämmelser i lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner – LUK. Bestämmelserna omfattar skriftliga kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, där ersättningen för tjänsten utgörs av rätten att utnyttja föremålet för avtalet – med eller utan särskild betalning från myndigheten – under förutsättning att den verksamhetsrisk<sup>16</sup> som är förenad med kontraktet samtidigt övertas av leverantören (koncessionshavaren).

Den aktuella lagstiftningen utgår från de grundläggande principer om bland annat *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* som ytterst följer av kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt enligt det s.k. LUK-direktivet (2014/23/EU).<sup>17</sup>

Enligt principen om *direkt effekt* ska bestämmelserna i LUK-direktivet tillämpas *direktivkonformt*<sup>18</sup> på upphandlingar som påbörjats efter direktivets formella ikraftträdande den 18 april 2016.

<sup>12</sup> De nya priserna anges på Restaurangens hemsida, samt i e-postmeddelande den 22 mars 2018.

<sup>13</sup> Uträkning har gjorts utifrån följande förutsättningar  $(100+100+75) - (82+75+60) = 275-217 = 58$  kronor i sammanlagd prishöjning för rätter som motsvarar ”Dagens lunch”, ”Lunchsallad” och ”Dagens soppa”. Detta ger en procentuell prishöjning på  $(58 / 217) \approx 0,267281$  eller c:a 26 procent.

<sup>14</sup> Se e-postmeddelande den 17 oktober 2017.

<sup>15</sup> Tjänstekoncession definieras enligt 1 kap. 9 § LUK (motsvarande artikel 5 i direktivet) som ett kontrakt varigenom en upphandlande myndighet anförtror till en leverantör (koncessionshavaren) tillhandahållandet och förvaltningen av andra tjänster än sådana som utgör rena byggtreprenadarbeten enligt förteckning i Bilaga 1 till LUK (Bilaga 1 till direktivet).

<sup>16</sup> Med verksamhetsrisk avses här efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda – se 1 kap. 22 § LUK (motsvarande artikel 5 p. 1 b).

<sup>17</sup> Se EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner. Eftersom den svenska lagstiftningsprocessen har varit förenad i förhållande till LUK-direktivet ska, vid den tolkning som behöver göras utifrån de grundläggande principerna samt i ett direktivkonformt sammanhang, bestämmelserna vara normerande även på upphandlingar som har påbörjats efter direktivet ikraftträdande den 18 april 2016 men före den 1 januari 2017.

<sup>18</sup> För att säkerställa att de unionsrättsliga direktiv som inte införlivats på ett korrekt sätt eller i rätt tid ändå ska få genomslag i medlemsstaternas nationella rätt har EU-domstolen utvecklat principen om *direktivkonform tolkning*. Denna innebär att domstolar och andra nationella myndigheter, från och med det datum ett direktiv träder ikraft, är skyldiga att tolka nationell rätt i ljuset av de nya direktivens ordalydelse och syfte, för att uppnå det resultat som avses med direktivet. Skulle det sedan uppstå en konflikt mellan det nya direktivet och den nationella lagstiftningen ska i sådant fall direktivet ges tolkningsföreträde – se bl.a. EU-domstolens dom i *Konstantinos Adeneler* (C-212/04):EU:C:2006:44, se även Kammarrätten i Stockholms dom av den 27 juli 2017 i mål nr. 8254-16. När sedan medlemsstaten införlivat direktivet, och därmed givit uttryck för hur bestämmelserna konkret ska anpassas till den nationella rätten, ska detta vara normerande för den direktivkonforma tolkning och tillämpning som kan behöva göras även före den nationella lagstiftningens ikraftträdande – se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom av den 20 oktober 2011 i mål nr. 2733-11.

LUK och LUK-direktivet är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela en koncession.

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att följa lagens och direktivets bestämmelser.<sup>19</sup> Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller tjänster.<sup>20</sup> En *koncessionshavare* är en sådan leverantör som även har tilldelats en koncession.<sup>21</sup>

En koncessionsupphandling som hänför sig till matsalstjänster (CPV 55510000-8)<sup>22</sup> eller till drift av matsal (CPV 55512000-2) ska oavsett kontraktsvärdet<sup>23</sup> handläggas enligt bestämmelserna för särskilda tjänster i 15 kap. LUK.<sup>24</sup> Om värdet överstiger det vid varje tillfälle gällande tröskelvärdet för sådana särskilda tjänster<sup>25</sup> ska bestämmelserna även tillämpas direktivkonformt. Härutöver ska de grundläggande principer som ytterst följer av EUF-fördraget alltid tillämpas, från första kroken.<sup>26</sup>

Förutsättningarna för att parterna under ett pågående avtalsförhållande ska kunna ändra villkoren i ett upphandlat avtal har successivt utvecklats i unionsrättslig praxis. Denna praxis bygger på en tillämpning av de grundläggande principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)*<sup>26</sup> och har numera kodifierats genom artikel 43 LUK-direktivet samt i 14 kap. LUK. EU-domstolen har bland annat fastställt att en ändring av avtalsvillkoren som sker under pågående avtalsförhållande ska anses utgöra en *ny upphandling* och ett *nytt ingående av kontrakt* om förfarandet visar på en avsikt från parternas sida att *omförhandla de väsentliga villkoren* i kontraktet.<sup>27</sup> Om en dylik *väsentlig villkorsändring* grundar sig på en avtalsenlig tillämpning av bestämmelserna i ursprungs-kontraktet kan den enligt domstolen dock tillåtas, om förutsättningarna för ändringen även tydligt har angivits i upphandlingsdokumenten.<sup>28</sup>

Detta har medfört en reglering i LUK och LUK-direktivet<sup>29</sup> om att villkoren för en koncession inte tillåts ändras på sätt som medför en ökning eller minskning motsvarande mer än 10 procent av koncessionens värde, om den ekonomiska jämvikten därmed även ändras till förmån för koncessionshavaren.<sup>30</sup>

<sup>19</sup> Se 1 kap. 21 § LUK (motsvarande artikel 6 i direktivet).

<sup>20</sup> Se 1 kap. 16 § LUK (leverantörsbegreppet motsvaras av *ekonomisk aktör* i artikel 5 i direktivet). Med leverantör avses också grupper av leverantörer.

<sup>21</sup> Se 1 kap. 15 § LUK (motsvarande artikel 5 i direktivet).

<sup>22</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen (EU-kommissionen, GD XV/B/4). CPV klassificerar ca 6.000 varor och tjänster – se 4 kap. 19 § lagen (2016:1125) om offentlig upphandling - LOU - samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

<sup>23</sup> Se 5 kap. 2 § jämförd med 15 kap. 7 § LUK enligt vilken det s.k. kontraktsvärdet ska uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inbegripet varor och tjänster. Uppskattningen av koncessionens värde ska enligt 5 kap. 3 § samma lag avse värdet vid den tidpunkt då anbudsinfördran skickas ut eller då den upphandlande myndigheten eller enheten på annat sätt påbörjar upphandlingsförfarandet. Beräkningen ska enligt 5 kap. 5 § LUK ske utifrån en objektiv metod där det, förutom intäkter från sådan försäljning som utgör en del av tjänstekoncessionen, även ska räknas in värdet av alla varor och tjänster som görs tillgängliga för koncessionshavaren av den upphandlande myndigheten, förutsatt att de är nödvändiga för att utföra tjänsten (5 kap. 5 § LUK motsvaras av artikel 8 i direktivet).

<sup>24</sup> Se 15 kap. 1 § LUK.

<sup>25</sup> Tröskelvärdet för upphandling av koncessioner uppgick 2017 till 47,750 miljoner kronor - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling. Eftersom detta tröskelvärde baserar sig på det unionsrättsliga tröskelvärdet är det även normerande för koncessionsupphandlingar som har påbörjats efter LUK-direktivets formella ikraftträdande den 18 april 2016.

<sup>26</sup> För EU-domstolens avgörande om de grundläggande principernas tillämpning på tjänstekoncessioner se *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, p. 50.

<sup>27</sup> Se EU-domstolens dom i *Pressetext* (C-454/06) EU:C:2008:351, särskilt p. 34.

<sup>28</sup> Se EU-domstolens dom i *Finn Frogne* (C-549/14) EU:C:2016:634, särskilt pp. 30, 36 och 37.

<sup>29</sup> Se 14 kap. 8 och 9 och 14 § LUK. Bestämmelserna motsvaras av artikel 43 i LUK-direktivet.

<sup>30</sup> Ändringens värde ska enligt 14 kap. 9 § andra stycket LUK uppskattas enligt samma principer som används vid värdebedömning av själva koncessionen.

En dylik åtgärd anses nämligen medföra en sådan *väsentlig förändring* av koncessionen att en ny upphandling och ett nytt kontrakt därmed uppstår.<sup>31</sup> Ändringar – även sådana väsentliga ändringar – som sker i enlighet med en i förväg angiven ändringsklausul tillåts dock ske om klausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar ändringar kan ske och även anger omfattningen och arten av de ändringar som kan komma att göras.<sup>32</sup>

Från anknytande svensk nationell rättspraxis kan nämnas referatsfallet HFD 2016 ref. 85, i vilket Högsta förvaltningsdomstolen godkände en *prissänkning* under löpande avtalsförhållande. Den aktuella prisändringen hade genomförts i kontraktets slutskede – inför en eventuell avtalsförlängning – och utifrån en i avtalet särskilt intagen klausul, som även fanns redovisad i förfrågningsunderlaget. Av denna klausul framgick bland annat antalet prisändringar som var möjliga, när prisändring fick ske, på vems initiativ ändring kunde ske, hur en prisökning skulle beräknas och rättsföljderna av en nekad ändring. Eftersom villkorsändringen därmed hade stöd i avtalet ansåg domstolen att det saknades grund för att ogiltigförklara förlängningen. Avgörandet avsåg inte någon koncession, utan ett kontrakt för s.k. B-tjänster (tjänster för dosdispensering av läkemedel) enligt den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - vilka liksom 15 kap. i LUK huvudsakligen regleras av de nationella reglerna. Det kan vidare observeras att den ekonomiska jämvikten hade ändrats till *nackdel* för leverantören, mot att denne fick avtalet förlängt enligt gällande förlängningsklausul.

Har ändringen emellertid inte utförts på ett sådant sätt, i enlighet med i förväg tydligt redovisade kriterier, utgör denna en *väsentlig förändring* som medför *nytt kontrakt* och *en ny upphandling*. I så fall ska enligt lagförarbetena den nya upphandlingen anses påbörjad och bedömas enligt gällande bestämmelser vid tidpunkten då ändringen beslutades, dvs. då ändringskontraktet tilldelades av den upphandlande myndigheten.<sup>33</sup>

Syftet med bestämmelserna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har i 4 kap. 1 § LUK därför införts ett antal på fördraget grundade principer som, oavsett val av förfarande, ska iakttas vid alla upphandlingar. Av principerna om *likabehandling* och *öppenhet (transparens)* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till en sådan insyn att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor.<sup>34</sup>

Direktupphandling, utan föregående annonsering, tillåts dock ske om värdet av koncessionen understiger c:a 2,287 miljoner kronor (motsvarande 5 procent av gällande tröskelvärde), eller om förutsättningarna för upphandling utan föregående annonsering är uppfyllda<sup>35</sup> eller det finns synnerliga skäl.<sup>36</sup>

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LUK kan en skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.<sup>37</sup> I fall där avtal redan har uppkommit kan rätten istället besluta att avtalet är *ogiltigt*, om det har slutits utan föregående annonsering och något undantag från kravet på annonsering inte visas föreligga.<sup>38</sup> Om det kan motiveras av tvingande hänsyn till ett allmänintresse ska rätten dock besluta att avtalet får bestå, trots att förutsättningarna för ogiltighet annars är uppfyllda.<sup>39</sup>

<sup>31</sup> Se 14 kap. 8 § LUK. Bestämmelsen motsvaras av artikel 43 p. 5 i direktivet, se även ovan noterad praxis från EU-domstolen.

<sup>32</sup> Se 14 kap. 10 § LUK. Bestämmelsen motsvaras av artikel 43 p. 1 a) i direktivet.

<sup>33</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 851, se även Kammarrätten i Göteborgs dom av den 4 april 2018 i mål nr. 972-18.

<sup>34</sup> De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i EUF-fördraget - tidigare EG-fördragets art. 28-30 och 43-55 EG.

<sup>35</sup> Se 8 kap. 3-5 § LUK.

<sup>36</sup> Se 15 kap. 6 § LUK.

<sup>37</sup> Se 16 kap. 4-6 § LUK.

<sup>38</sup> Se 16 kap. 13 § LUK. Enligt 16 kap. 16 § samma lag får rätten även förordna att ett avtal inte får fullgöras till dess att något annat har bestämts (interimistiskt förbud) men får avstå från detta om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

<sup>39</sup> Se 16 kap. 14 § LUK.

Vid sådan utgång ska Konkurrensverket, i särskild ordning, föra talan i allmän förvaltningsdomstol om att den upphandlande myndigheten ska betala en särskild *upphandlingsskadeavgift*, på lägst 10.000 och högst 10 miljoner kronor.<sup>40</sup> Avgiften får dock inte överstiga tio procent av det aktuella kontraktsvärdet.<sup>41</sup> Enligt den rättspraxis som hittills utvecklats kring upphandlingsskadeavgifter vid offentlig upphandling har avgiften som regel kommit att bestämmas till omkring sju procent av kontraktsvärdet,<sup>42</sup> men en individuell bedömning ska alltid ske med beaktande av samtliga relevanta omständigheter.<sup>43</sup>

### **Yttrande**

Landstinget har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

### **Slutlig bedömning**

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Landstinget är såsom upphandlande myndighet skyldigt att iaktta de grundläggande principer som följer av EUF-fördraget och även av de vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelserna i LUK och det bakomliggande LUK-direktivet.

Av utredningen framgår att Landstinget har upphandlat en tjänstekoncession om att driva personal- och besökarrestaurangen Blå Korset vid Akademiska sjukhuset. Restaurangföretaget vann upphandlingstävlingen utifrån en bedömning att företaget erbjöd de lägsta priserna jämfört med sina konkurrenter, och tilldelades därför kontraktet. Omkring två veckor efter avtalsstart höjde emellertid Restaurangföretaget ensidigt dessa priser med i genomsnitt c:a 26 procent. Fråga uppkommer därmed om en sådan förändring jämfört med vad som ursprungligen avtalats, och även lagts till grund för bolagets framgång vid anbudsutvärderingen, kan vara förenligt de regler som gäller för tilldelning av tjänstekoncessioner.

Den upphandling som har föregått Driftavtalet omfattas av de grundläggande unionsrättsliga principerna och den praxis som uttolkar dessa.<sup>26</sup> I avtalet finns intagen en klausul om att priserna får justeras efter förhandling med Landstinget. Någon beskrivning där det framgår klart, exakt och entydigt under vilka förutsättningar och i vilken omfattningen en sådan prisändring kan ske lämnas dock inte, varken i avtalet eller upphandlingsdokumenten i övrigt. Förutsättningarna för den aktuella "prisjusteringen" har således inte vid upphandlingen angivits så att det tydligt framgått även för andra leverantörer att priserna kan höjas väsentligt och så gott som omedelbart efter avtalsstarten. Den aktuella klausulen uppfyller därmed inte de krav på tydlighet som ytterst följer av unionsrätten och även numera finns intagna i LUK.

Landstingets beslut att låta Restaurangföretaget genomföra omfattande prishöjningar kort efter avtalsstart utgör således inte någon tillämpning av Driftavtalet med där anvisade villkor. Tvärtom framstår det som ytterst märkligt att Landstinget först genomför ett allmänt upphandlingsförfarande som avgjorts utifrån offererad prisnivå för att sedan, så gott som omedelbart efter tillträdet, tillåta

---

<sup>40</sup> Se 17 kap. 2 jämförd med 1 § LUK.

<sup>41</sup> Se 17 kap. 4 § LUK. Vid fastställande av upphandlingsskadeavgiftens storlek ska enligt samma kapitel. 5 § särskild hänsyn tas till hur allvarlig överträdelsen är. Av bestämmelsen framgår att i ringa fall ska någon avgift inte beslutas och att avgiften får efterges vid synnerliga skäl. Ett upprepat beteende från den upphandlande myndigheten kan bedömas som en försvärande omständighet som motiverar ett högre straffvärde - se bland annat Förvaltningsrätten i Stockholms dom av den 10 december 2015 i mål nr. 13345-15.

<sup>42</sup> Se bl.a. Kammarrätten i Stockholm mål nr 5426-12, 5427-12 respektive 5452-12, Kammarrätten i Göteborg mål nr 7009-12, Kammarrätten i Stockholm mål nr 1305-12, Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 1785-13, Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, Förvaltningsrätten i Växjö mål nr 286-12, Förvaltningsrätten i Luleå mål nr 2166-11, Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13115-12, Förvaltningsrätten i Falun mål nr 2643-12, Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 2916-13, 22373-12, 2922-13 och 2987-13.

<sup>43</sup> Se HFD 2015 ref. 69.

den vinnande leverantören att kraftigt höja sina priser. Hade leverantören offererat dessa priser redan i sitt anbud skulle detta knappast framstått som det ekonomisk mest fördelaktiga, och en annan leverantör hade tilldelats kontraktet. Det kan även noteras att prishöjningarna inte har föregåtts av någon förhandling, utan Landstinget har lämnat sitt godkännande först i efterhand.

Eftersom de av Landstinget således godkända prishöjningarna inte grundar sig på någon avtalsenlig tillämpning av bestämmelser som tydligt framgår av ursprungskontraktet (jfr. HFD 2016 ref. 85) utgör dessa ett nytt kontrakt, som ska bedömas enligt det regelverk som gäller vid tidpunkten för kontraktets ingående.<sup>33</sup>

Vid denna tidpunkt, i september 2017, hade LUK trätt i kraft. Bestämmelserna i 15 kap. LUK är därmed direkt tillämpliga på förfarandet. Med beaktande av att de godkända prishöjningarna innebär en total ökning av koncessionens värde med mer än 10 procent och samtidigt ändrar den ekonomiska jämvikten till förmån för Restaurangföretaget, utgör det nya kontrakt som därmed uppkommit en *väsentlig ändring* av koncessionen, och därmed en ny upphandling.

Värdet av själva prishöjningen kan uppskattas till totalt 8,6 miljoner kronor och överstiger därmed den värdegräns på c:a 2,287 miljoner kronor då direktupphandling lagligen får ske. Eftersom inte heller förutsättningarna för att genomföra en upphandling utan föregående annonsering i övrigt är uppfyllda, och det inte föreligger några särskilda skäl, skulle Landstinget inte ha godkänt de aktuella prishöjningarna. Alternativt skulle Landstinget ha vidtagit erforderliga åtgärder för att göra om koncessionsupphandlingen helt, i ett nytt annonserat förfarande, så att även andra leverantörer än Restaurangföretaget därmed givits möjlighet att komma in med nya anbud på driften och därmed förekommande priser till Kunderna.

Att på detta sätt tillåta en prishöjning direkt efter avtalsstart strider mot LUK och mot de grundläggande unionsrättsliga principerna, på ett sätt som är ägnat att snedvrída förutsättningarna för konkurrensen på den aktuella marknaden för restaurang och matsalstjänster. Detta särskilt med beaktande av att Landstinget har kommit att gynna Restaurangföretaget på Kundernas bekostnad. Dessa får nämligen betala 26 procent mer för sin lunch än vad som ursprungligen avtalats mellan Landstinget och Restaurangföretaget. Landstinget och Restaurangföretaget har genom sitt agerande därmed satt den föregående konkurrensutsättningen helt ur spel. Det finns av detta skäl anledning att rikta allvarlig kritik mot Landstinget, som även riskerar att få betala upphandlingsskadeavgift till ett belopp som uppskattningsvis kan uppgå till i vart fall c:a 600.000 kronor.