

## PROMEMORIA

**Till** Länstrafiken; Lisa Wallin

**Från** Cirio Advokatbyrå; Eva-Maj Mühlenbock och Robin Heimdahl

**Datum** 19 maj 2020

**Angående** Införande av eldrivna bussar i Östersund

### 1 SAMMANFATTNING

Vår bedömning är att det finns förutsättningar i upphandlingslagstiftningen att genomföra den föreslagna ändringen. Ändringen bör rymmas inom ramen för vad som är tillåtet enligt ändringar av mindre värden. Ändringen torde därtill även vara att betrakta som icke-väsentlig, vilket ger ytterligare stöd för att genomföra den. De eventuella problem som ändringen kan tänkas ge upphov till avseende en ny upphandling torde kunna hanteras genom införandet av särskilda krav i upphandlingen som garanterar transparens och likabehandling.

### 2 UTREDNING

#### 2.1 Allmänt om ändringar av avtal

Utgångspunkten i upphandlingslagstiftningen är att avtal inte kan ändras under avtalstiden och att nya behov ska tillgodoses genom konkurrensutsättning. Det finns dock vissa undantag från denna princip, men ändringen måste då ha stöd av någon bestämmelse i upphandlingslagstiftningen. Inom ramen för denna framställning kommer vi att gå igenom två av dessa möjligheter till ändringar; ändringar av mindre värden och icke-väsentliga ändringar.<sup>1</sup>

En viktig faktor vid ändringar av avtal är begreppet *värde*, och då avses både avtalets värde och ändringens värde. Värdet på ett avtal beräknas på olika sätt beroende på om avtalet avser ett *tjänsteavtal* eller en *tjänstekoncession*, vilket innebär att vi måste bestämma hur vi rättsligt sett ska kvalificera Avtalet innan vi kan bedöma vilka ändringar som eventuellt kan göras.

#### 2.2 Tjänsteavtal eller tjänstekoncession

En koncession kännetecknas av två kriterier, *dels* att leverantören får utnyttja föremålet för koncessionen, *dels* att kontraktet innebär att leverantören övertar verksamhetsrisk (jfr. 1 kap. 13 § LUK).

Med *verksamhetsrisk* avses efterfrågerisk eller utbudsrisk eller båda, och leverantören övertar sådan verksamhetsrisk om den, vid normala verksamhetsförhållanden (i) inte är garanterad att kompenseras för de investeringar som görs och de kostnader som uppstår vid tillhandahållandet av tjänsterna och (ii) utsätts för en verklig exponering för

---

<sup>1</sup> Det kan även tänkas att det är möjligt att göra en kompletterande beställning, men vår bedömning är att tillräckligt stöd finns redan i de nämnda bestämmelserna.

förändringar på marknaden på så sätt att eventuella förluster inte är endast nominella eller försumbara (jfr. 1 kap. 22-23 §§ LUK).

Ovanstående innebär att leverantören i princip måste få ersättning från tredje man (d.v.s. annan än myndigheten) och vara utsatt för marknads fluktuationer för att ett avtal ska betecknas som en koncession. Risken kan exempelvis bestå i att bli utsatt för konkurrens, att efterfrågan sviker eller att inkomsterna inte täcker utgifterna (d.v.s. att leverantören riskerar att inte få betalt för sina kostnader på grund av faktorer som ligger utanför dennes kontroll).

I förevarande fall får leverantören behålla alla biljettintäkter (Avtalet, p. 8.1), vilket innebär att leverantören utnyttjar föremålet för koncessionen för att få ersättning från annan än myndigheten. Det första kriteriet är därmed uppfyllt.

Av Avtalet framgår vidare att tätortstrafiken och flygbusstrafiken ska ha en viss omfattning. Om trafikbolaget vill justera trafikutbudet kan dock trafiken omfördelas. Trafikutbudet på en särskild linje får dock inte minska med mer än 15 procent. Större förändringar måste godkännas av Länstrafiken och ersättningsnivån kan då även påverkas (Avtalet, p. 4.2). Såvitt vi kan bedöma kan alltså trafikbolaget inte på eget bevåg minska sina åtaganden (och kostnader) om passagerarunderlaget går ner. Detta talar för att trafikbolaget bär verksamhetsrisk eftersom bolaget står med samma kostnader även om intäkterna minskar.

Det har inte varit möjligt att beräkna eller uppskatta trafikbolagets fasta kostnader, men under förutsättning att trafikbolaget inte är garanterat att täcka sina kostnader om passagerarunderlaget minskar så torde bolaget stå sådan verksamhetsrisk som förutsätts i bestämmelsen.

Sammantaget gör vi alltså bedömningen att Avtalet är att betrakta som en tjänstekoncession, vilket har bäring på frågan om vilka ändringar som är tillåtna (se nedan). Skulle Avtalet däremot vara att betecknas som ett tjänstekontrakt, så är möjligheterna att ändra Avtalet mycket mindre.

### 2.3 Ändringar av mindre värde

En koncession får ändras utan en ny upphandling, om koncessionens övergripande karaktär inte ändras och ökningen av koncessionens värde är lägre än (i) det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 § och (ii) 10 procent av koncessionens värde (14 kap. 9 § LUK).

Denna bestämmelse är ett så kallat "de minimis-undantag", vilket innebär att den omfattar ändringar som är så små att de inte anses ge någon effekt på konkurrensen och därför kan tillåtas. Så länge den upphandlande myndigheten håller sig under de aktuella tröskelvärdena har den alltså förhållandevis stor frihet att genomföra olika typer av ändringar.

Tröskelvärdet för koncessioner uppgår till ca 55 miljoner kr<sup>2</sup>, vilket innebär att punkt (i) ovan inte hindrar att ändringen sker. Punkt (ii) ovan tar sikte på den nuvarande koncessionens värde, och detta värde beräknas genom en uppskattning av koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid (5 kap. 2 § LUK).<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup><https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/Upphandlingsforfaranden/troskelvarden/>

<sup>3</sup> Vid uppskattningen måste man också ta hänsyn till eventuella options-/förlängningsklausuler och ersättningar eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten, men för enkelhets skull kan vi inom ramen för denna framställning nöja oss med att endast inkludera optionsklausulerna (5 kap. 5 § LUK).

Av Avtalet framgår att trafikföretaget erhåller en årlig ersättning om ca 24 miljoner kr (år 2016), och därtill uppskattas ersättningen för biljettintäkterna uppgå till ca 45 miljoner kr årligen.<sup>45</sup> Detta innebär att koncessions värde kan uppskattas till *minst* 69 miljoner kr årligen. Avtalstiden är fem år med möjlighet att påkalla option för ytterligare tre år (AF avsnitt 1.4). Detta torde innebära att värdet av koncessionen, lågt räknat, kan uppskattas till *åtminstone* 552 miljoner kr.<sup>6</sup> Detta innebär att under avtalstiden är möjligt att göra ändringar av mindre värde upp till ett belopp om ca 55 miljoner kr.

Om flera ändringar görs efter varandra, ska dock det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges ovan (14 kap. 9 § 3 st.). Det är inte helt klart vad som avses med begreppet "nettovärde" och om det skiljer sig från begreppet "värde" eller "belopp" på något avgörande sätt. Såvitt vi har förstått har det dock bara skett en annan ändring av Avtalet, och det genom Tilläggsavtalet. Värdet av Tilläggsavtalet kan uppskattas till ca 13 miljoner kr.<sup>7</sup> Det torde således finnas ett "ändringsutrymme" om ca 40 miljoner kr kvar, även efter att Tilläggsavtalet räknats med.

Ska en ändring kunna genomföras med stöd i denna bestämmelse kan dock inte avtalets *övergripande karaktär* ändras. Det är inte helt klart exakt vad detta begrepp innebär och om bedömningen egentligen är densamma som görs inom ramen för vad som är en väsentlig förändring (se nedan). Det får dock anses klart är att det som redan upphandlats och utannonserats inte får bytas ut och ersättas med något annat eller att typen av upphandling ändras (till exempel genom att ett köp ändras till leasing eller att ett tjänsteavtal ändras till en koncession). Det som införskaffas måste alltså ha varit föremål för en öppen och konkurrensutsatt upphandling (jfr. Ändringar av kontrakt och ramavtal, s. 14ff).

I förevarande fall byts dieseldrivna bussar ut mot eldrivna bussar. Upphandlingsföremålet, d.v.s. bussar eller busstrafik, är alltså detsamma och ändringen innebär egentligen bara ett byte av drivmedel. Samtidigt måste det dock noteras att eldrivna bussar är något annat än dieseldrivna bussar, och inte riktigt utbytbara i rent konkurrenshänseende. Det finns därför en risk, om än liten, att övergången till eldrivna bussar skulle ändra Avtalets karaktär på ett otillåtet sätt. Sammantaget är det dock vår bedömning att ändringen till eldrivna bussar inte ändrar avtalets övergripande karaktär.

## 2.4 Icke-väsentliga ändringar

Som vi redogjort för ovan bedömer vi att ändringen ryms in under vad som är tillåtet under ändringar av mindre värde. Det är dock viktigt att notera att ett kontrakt även får ändras utan en ny upphandling om ändringen inte är *väsentlig*.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den (i) inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen, (ii) innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet, (iii) medför att kontraktets omfattning utvidgas betydligt, eller (iv) innebär byte av leverantör.

---

<sup>4</sup> Länstrafiken bör dock, om det är möjligt, säkerställa att detta belopp stämmer, eller i vart fall ligger relativt nära det faktiska beloppet.

<sup>5</sup> Av Tilläggsavtalet framgår även att trafikföretaget erhåller ytterligare ca 3,5 miljoner kr årligen från och med 2016 för införandet av elbussar.

<sup>6</sup> 69 miljoner kr x 8 år. Denna beräkning är inte exakt, men inte ramen för denna framställning torde den vara tillfyllest för att kunna besvara frågorna om ändring av Avtalet.

<sup>7</sup> 3,7 miljoner kr x 3,5 år.

Gemensamt för de tre första punkterna är att de tar sikte på om ändringen snedvrider konkurrensen vid tidpunkten för upphandlingen, d.v.s. om ändringen medför att upphandlingen skulle ha fått en annan utgång om den varit en del av anbudsförutsättningarna från början. Det är alltså fråga om ett "konkurrenstest" – hade konkurrensen i upphandlingen påverkats om ändringen varit del av anbudsförutsättningarna vid tidpunkten för upphandlingen (jfr. Ändringar av kontrakt och ramavtal, s. 39-40)?

Såvitt vi kan bedöma är främst punkten (ii) ovan som kan vålla bekymmer, och särskilt om ändringen innebär att den nuvarande leverantören gör en ekonomisk vinning eller får en mindre riskfylld affär. Vi rekommenderar därför att Länstrafiken, så långt det är möjligt, säkerställer transparens i fråga om den nuvarande leverantörens kostnader. Om den nuvarande leverantören inte vinner ekonomiskt på ändringen, d.v.s. om avtalets ekonomiska jämvikt är densamma som tidigare, så torde inte ändringen innebära någon snedvridning av konkurrensen. Då är ändringen sannolikt att betrakta som icke-väsentlig och därmed tillåten.

## **2.5 Risker med en felaktig bedömning**

Om Länstrafiken genomför en ändring av Avtalet utan att det finns stöd för ändringen i upphandlingslagstiftningen är ändringen att anse som en *otillåten direktupphandling*. Ett sådant avtal, d.v.s. ändringen av Avtalet, kan förklaras ogiltigt av en domstol efter att en leverantör har ansökt om överprövning av avtalets ogiltighet. En sådan ansökan ska ha kommit in till domstolen senast sex månader efter att avtalet slöts (d.v.s. ändringen skedde). Om ändringen förklaras ogiltig ska prestationerna mellan parterna återgå, d.v.s. Länstrafiken ska återgå erlagd betalning. Konkurrensverket är då även skyldigt att ansöka om upphandlingsskadeavgift.

## **2.6 Påverkan på nästa upphandling**

Frågan om införande av elbussar har även bäring på nästa upphandling, eftersom Länstrafiken kommer att ställa som krav att nästa operatör övertar de nya elbussarna. Vi bedömer att ett sådant övertagande *i sig* är tillåtet, men de farhågor som leverantörerna har gett uttryck för behöver bemötas och mitigeras, *dels* för att få ett så bra resultat i upphandlingen som möjligt, *dels* för att minska risken för överprövning. Dessa åtgärder ligger naturligtvis långt fram i tiden, men det kan redan nu påpekas att den främsta åtgärden som bör vidtas är att säkra transparensen i upphandlingen, och då särskilt för att säkerställa att alla anbudsgivare har tillgång till korrekt och uppdaterad underhållshistorik och att anbudsgivarna har likvärdig tillgång till information avseende elbussarnas status. De synpunkter som leverantörerna i övrigt har framfört torde vara möjliga att åtgärda genom införandet av särskilda avtalsvillkor eller att bortse ifrån då de endast innebär mindre upphandlingsrättslig risk.

---