

Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen

RAPPORT 2017:4

Framtagen på uppdrag av Upphandlingsmyndigheten



Förord

I Upphandlingsmyndighetens uppdrag ingår att stödja upphandlande myndigheter och enheter i olika upphandlingsfrågor. I de nya upphandlingslagarna, lagen om offentlig upphandling (LOU), lagen om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt lagen om upphandling av koncessioner (LUK) som trädde i kraft 1 januari 2017 finns nya bestämmelser som reglerar under vilka förutsättningar upphandlande myndigheter och enheter får göra ändringar i kontrakt och ramavtal.

Av de bakomliggande skälen till direktiven för de nya upphandlingslagarna framgår att det är nödvändigt att reglera under vilka omständigheter ändringar av kontrakt och ramavtal får göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande måste genomföras.

I syfte att öka tydligheten för upphandlande myndigheter och enheter, leverantörer och andra aktörer, har Upphandlingsmyndigheten gett advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén vid Bokwall Rislund Advokatbyrå i uppdrag att utreda de nya reglerna om ändringar av kontrakt och ramavtal i de nya upphandlingslagarna.

Det har tidigare inte funnits några bestämmelser om vilka ändringar som får göras i kontrakt och ramavtal. Upphandlande myndigheter och enheter har fått stödja sig på praxis från främst EU-domstolen i dessa situationer. Enligt praxis har det varit tillåtet att endast göra förändringar som inte är väsentliga. Vad som ansetts vara en väsentlig ändring har dock inte varit helt klart, och EU-domstolen har under tid utvecklat sin praxis genom olika avgöranden.

Författarna har i rapporten redogjort för innebörden och omfattningen av de nya reglerna om ändringar av kontrakt och ramavtal bland annat genom olika exempel på ändringar som kan anses vara tillåtna. De har även lyft fram vad upphandlande myndigheter och enheter kan behöva tänka på vid tillämpning av de nya reglerna om ändring av kontrakt och ramavtal.

Författarna ansvarar själva för alla slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, mars 2017

Inger Ek
Generaldirektör



Innehåll

1. INLEDNING	6
2. ALLMÄNT OM REGLERINGEN	7
3. RÄTTSLIG BAKGRUND	9
3.1 Mål C-337/98 <i>Kommissionen ./. Frankrike</i>	9
3.2 Mål C-496/99, <i>Succhi di Frutta</i>	10
3.3 Mål C-454/06 <i>Presstext</i>	10
3.4 Mål C-91/08 <i>Wall</i>	12
3.5 Mål C-549/14 <i>Finn Frogne</i>	12
4. KONTRAKTET ELLER RAMAVTALETS ÖVERGRIPANDE KARAKTÄR	14
5. ÄNDRING AV KONTRAKTETS ELLER RAMAVTALETS VÄRDE	17
5.1 Beräkning av värde av ett ramavtal.....	18
5.2 Beräkning av värde på en koncession.....	20
6. TILLÅTNA ÄNDRINGAR	21
6.1 Ändringar av mindre värde	21
6.2 Ändrings- eller optionsklausuler.....	23
6.3 Kompletterande beställningar	27
6.4 Oförutsebara omständigheter	32
6.5 Byte av leverantör.....	34
6.6 Ändringar som inte är väsentliga.....	37

1. Inledning

Möjligheterna att göra ändringar av upphandlade kontrakt och ramavtal har länge ansetts vara tämligen begränsade. Ändringar som inte är väsentliga har ansetts vara tillåtna, men vad som utgör en väsentlig ändring av ett kontrakt eller ramavtal har inte framgått av lagstiftningen, utan gränsdragningen har växt fram genom domstolspraxis. I och med införandet av de nya upphandlingslagarna, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF") och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner ("LUK"), införs för första gången specifika bestämmelser i upphandlingslagstiftningen om när ändringar av ingångna kontrakt och ramavtal får göras. Syftet med denna rapport är att beskriva dessa bestämmelser och vissa

upphandlingsrättsliga frågeställningar som avtalsparterna ställs inför om de avser genomföra ändringar av kontrakt eller ramavtal.

Rapporten är beställd av Upphandlingsmyndigheten och är framtagen av advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén på BOKWALL RISLUND Advokatbyrå.

Strukturen i rapporten följer Upphandlingsmyndighetens krav på rapporten. Innehållet i rapporten utgör författarnas bedömning av rättspraxis och regelverket, men utgör inte juridisk rådgivning. Om man som upphandlande myndighet eller enhet eller som leverantör har frågor kring vilka ändringar som kan göras i ett avtal, bör man söka juridisk rådgivning i det enskilda fallet.



2. Allmänt om regleringen

I de nya upphandlingsdirektiven¹ regleras för första gången ett flertal situationer när ändringar av kontrakt och ramavtal är tillåtna under avtalets löptid. Reglerna har implementerats i de nya upphandlingslagarna i 17 kap. LOU, 16 kap. LUF och 14 kap. LUK. Om en ändring saknar stöd i någon av dessa bestämmelser anses ändringen medföra att ett nytt avtal har ingåtts som skulle ha upphandlats. Om inget direktupphandlingsundantag föreligger medför ändringen att det blir fråga om en otillåten direktupphandling.

Nedan beskrivs översiktligt de situationer där ändringar av kontrakt och ramavtal är tillåtna. Dispositionen följer lagtexten.

Ändringar av mindre värde (de minimis)

Ändringar som är av begränsat värde är tillåtna i vissa fall. För att sådana ändringar ska vara tillåtna krävs att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och att värdet på ändringen, i ökande eller minskande riktning, är lägre än:

- i) de tröskelvärden som gäller för upphandlingsdirektivens tillämplighet och
- ii) 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling, upphandling av tjänst eller upphandling av koncession, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad.

Värdet av ändringen räknas ut på samma sätt som man beräknar värdet av en upphandling. Görs flera ändringar efter varandra ska värdet bedömas utifrån det samlade nettovärdet av dessa ändringar.

Ändringar till följd av ändrings- eller optionsklausuler

En ändring av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal kan vara tillåten om ändringen omfattas av en option eller en ändringsklausul som angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Exempel på ändringsklausuler kan t.ex. vara prisjusteringsklausuler. För att ändringen ska vara tillåten måste ändringsklausulen vara ”klar, exakt och entydig” samt ange omfattningen och arten av möjliga ändringar eller optioner och villkoren för när de får tillämpas. Det anges inget maximalt värde som ändringar till följd av options- eller ändringsklausuler får överstiga, men ändringen får inte medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär. Om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär skulle förändras är ändringen inte tillåten.

Ändringar genom kompletterande beställningar

Ändringar som består i kompletterande beställningar av byggtreprenader, tjänster eller varor från den ursprunglige leverantören som blivit nödvändiga och som inte ingått i den ursprungliga upphandlingen kan vara tillåtna om följande tre förutsättningar är uppfyllda:

- i) ett byte av leverantör kan inte ske av tekniska eller ekonomiska skäl,
- ii) ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten, och
- iii) eventuella värdeökningar till följd av kompletteringsbeställningarna överstiger inte 50 % av värdet på det ursprungliga kontraktet.

Vid ändringar av kontrakt som upphandlats enligt LUF gäller inte den tredje punkten utan i dessa fall

¹ Se artikel 72 i direktiv 2014/24/EU ("LOU-direktivet"), artikel 89 i direktiv 2014/25/EU ("LUF-direktivet") och artikel 43 i direktiv 2014/23/EU ("LUK-direktivet").

kan ändringar göras oberoende av värdet på de kompletterande beställningarna.

Med tekniska skäl avses exempelvis krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med utrustning, tjänster eller installationer som redan finns hos den upphandlande myndigheten eller enheten alternativt som upphandlats vid den ursprungliga upphandlingen. Om en upphandlande myndighet genomför flera successiva kompletteringsbeställningar ska värdet enligt tredje punkten tillämpas separat på varje komplettering. De olika kompletteringarna behöver alltså inte slås ihop vid bedömningen av om tredje punkten är uppfylld. Det är dock inte tillåtet att dela upp en större kompletteringsbeställning i flera mindre i syfte att komma under beloppsgränsen och på så sätt kringgå bestämmelsen.

Ändringar på grund av oförutsebara omständigheter

Enligt de nya reglerna är det under vissa omständigheter tillåtet att ändra i ett upphandlat kontrakt eller ramavtal om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten inte förutsåg eller borde ha förutsett vid tidpunkten för tilldelningen av kontraktet eller ingåendet av ramavtalet. Vid bedömningen utgår man från vad en normalt omdömesgill myndighet eller enhet borde ha förutsett. För att en ändring på grund av oförutsedda omständigheter ska vara tillåten krävs också att ändringen inte:

- i) medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller
- ii) innebär att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.

Sker flera på varandra följande ändringar ska begränsningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring. Värdet på de olika ändringarna behöver alltså inte slås ihop vid bedömningen av hur mycket värdet på kontraktet eller ramavtalet ökat. Det är dock inte tillåtet att dela upp en större ändring i flera mindre i syfte att komma under beloppsgränsen och på så sätt kringgå bestämmelsen.

Vid ändringar av kontrakt som upphandlats enligt LUF gäller inte andra punkten. I dessa fall finns således ingen maximal gräns för hur mycket värdet på kontraktet eller ramavtalet får öka på grund av ändringen.

Ändringar i form av byte av leverantör

Byte av leverantör i ett upphandlat kontrakt eller ramavtal är tillåtet om den nya leverantören inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av en företagsomstrukturering förutsatt att

- i) leverantörsbytet inte medför andra väsentliga ändringar, och
- ii) den nya leverantören uppfyller kvalificeringskraven och kraven för att inte uteslutas i den ursprungliga upphandlingen.

Exempel på företagsomstruktureringar är köp, sammanslagningar, förvärv och insolvens.

Därutöver är leverantörsbyte även tillåtet om en underleverantör inträder i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Ändringar som inte är väsentliga

I de fall när inget av de specifika ändringsundantagen är tillämpligt gäller att ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras om ändringen inte är väsentlig. Bedömningen av om en ändring är väsentlig får göras från fall till fall. De ändringar som anges i direktiven och i de nya lagarna och som alltid är att anse som väsentliga är

- i) att ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha inneburit att det varit möjligt för andra anbudssökande att delta och kvalificeras i upphandlingen,
- ii) att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämnvikt ändras till förmån för leverantören,
- iii) att kontraktet eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, och
- iv) att leverantören byts ut (i andra fall än vad som gäller enligt de specifika ändringsundantagen).

3. Rättslig bakgrund

Syftet med ändringsbestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven är att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt eller ramavtal kräver ett nytt upphandlingsförfarande, ”med hänsyn till relevant rättspraxis från Europeiska unionens domstol”.² Bestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven utgör alltså i stor utsträckning en kodifiering av EU-domstolens rättspraxis varför det är relevant för tolkningen av bestämmelserna att känna till rättsfallen. Nedan sammanfattas de viktigaste av dessa rättsfall.

3.1 MÅL C-337/98 KOMMISSIONEN .I. FRANKRIKE

Målet rörde en upphandling av en totalentreprenad avseende byggnation av spårväg med förarlösa tåg med VAL-teknologi i Rennes. Kontraktet tilldelades i oktober 1989 och därefter skedde långdragna förhandlingar. I mars 1993 godkändes ett förslag till totalentreprenad men först i november 1996 godkändes det slutliga kontraktsförslaget. Under förhandlingarna förändrades såväl kontraktsföremål som pris. En annan version av VAL-teknologin hade valts och priset hade höjts med cirka 10 procent jämfört med det första kontraktsförslaget. Kommissionen väckte talan mot upphandlingen och domstolen fick bland annat anledning att pröva om förändringarna av det första kontraktsförslaget kunde anses innebära en väsentlig förändring med innebörd att ett nytt avtal hade ingåtts.

EU-domstolen konstaterade att det förhållandet att det rörde sig om en ny version av VAL inte bevisade att det skett en omförhandling av ett väsentligt villkor i avtalet. Ändringen berodde på

den materialutveckling som skett under tiden och ändringen var dessutom endast marginell (en ändring av materialets storlek med 2 cm på bredden). Domstolen anförde att det inte kan uteslutas att parterna under ett förhandlat förfarande, som på grund av sin natur kan sträcka sig över lång tid, beaktar den tekniska utveckling som sker, utan att denna omständighet varje gång ska anses utgöra en omförhandling av väsentliga villkor i avtalet. Såvitt avsåg prisskillnaden konstaterade EU-domstolen att prisutvecklingen följde av en exakt tillämpning av den formel för prisöversyn som fanns i det kontraktsförslag som de båda parterna kommit överens om år 1993. Eftersom prisförändringen följt formeln var prisförändringen snarare ett bevis på kontinuitet i förfarandet än för att ett väsentligt villkor i avtalet hade omförhandlats. Sammanfattningsvis fann domstolen att det inte var visat i målet att de nya förhandlingarna visade på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.

Målet utgör ett tidigt exempel på domstolens inställning att ändringar som följer av bestämmelser i avtalet närmast är att se som en tillämpning av avtalet och inte som en omförhandling av väsentliga villkor. Målet utgör därmed grund för bestämmelsen om ändringar i form av ändrings- eller optionsklausuler. I och med de nya bestämmelserna måste det dock ha reglerats i avtalet att kontraktsföremålet kan komma att anpassas till den tekniska utvecklingen för att detta ska vara tillåtet, något som inte verkar ha varit fallet i målet. Den godkända prishöjningen med 10 procent känns även igen i dagens de minimis-bestämmelse.

² Se t.ex. skäl 107 i LOU-direktivet.

3.2 MÅL C-496/99, *SUCCHI DI FRUTTA*

Kommissionen upphandlade fruktsaft, koncentrerad fruktsaft och fruktsylt i syfte att säkerställa leverans av jordbruksprodukter till vissa länder. Leveranserna var uppdelade i olika partier och betalningen skulle ske genom återköp av frukter enligt vissa utjämningskoefficienter. Exempelvis gällde att för leverans av 500 ton äppelsaft erhöles äpplen vid betalning. På grund av brist på vissa frukter på marknaden var det omöjligt att genomföra kontraktet på det sätt som var tänkt varför vissa ändringar i utjämningskoefficienterna genomfördes. Exempelvis byttes betalningsmedlet äpplen och apelsiner mot persikor.

EU-domstolen uttalade att en upphandlande myndighet inte får ändra anbudsförfarandets allmänna struktur genom att ensidigt ändra ett av de grundläggande villkoren för detta. Myndigheterna får särskilt inte ändra en bestämmelse som, om den hade förekommit i anbudsinfordran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud. Om den upphandlande myndigheten vill ha möjligheten att ändra vissa villkor efter tilldelningsbeslut har meddelats måste det framgå av anbudsinfordran att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor. På så vis får samtliga företag som är intresserade av att delta i upphandlingen kännedom om detta från början och behandlas därmed lika när de utformar sina anbud. Har möjligheten till sådana ändringar inte reglerats måste en ny upphandling ske.

EU-domstolen konstaterade mot bakgrund av detta att ändringen av den frukt som skulle utgå som betalning inte hade föreskrivits vare sig i anbudsinfordran eller i de relevanta bestämmelser som denna grundades på. Mot bakgrund av detta och att en ändring av betalningsvillkoren ansågs väsentlig var ändringen otillåten.

I målet tydliggörs att för att kunna ändra ett väsentligt villkor i avtalet måste det anges i upphandlingsdokumenten att en anpassning kan

komma att ske och på vilka villkor, dvs. vad som nu regleras i bestämmelsen om ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler.

3.3 MÅL C-454/06 *PRESSETEXT*

År 1994 ingick Österrike kontrakt med en kooperativ förening, APA, om tillhandahållande av vissa tjänster (OTS). Kontraktet ingicks för obestämmd tid, med förbehåll för en klausul genom vilken parterna avstod från att säga upp kontraktet till den 31 december 1999. APA bildade år 2000 det helägda dotterbolaget APA-OTS och överförde sedermera verksamheten avseende sin OTS-tjänst till dotterbolaget.

Genom en första kontraktsändring, som beslutades år 2001, anpassades det ursprungliga kontraktet vid övergången till euro och den årliga avgiften beräknades om till euro med vissa avrundningar nedåt av priset. En andra kontraktsändring genomfördes under oktober 2005. I denna föreskrevs att klausulen om avstående från uppsägning skulle fortsätta att gälla till den 31 december 2008. Vidare höjdes den rabatt som överenskommits för Internetförfrågningar genom APA:s informations-tjänster, från 15 procent till 25 procent.

En konkurrent till APA väckte talan mot Österrike och den nationella domstolen ställde ett antal frågor till EU-domstolen i syfte att klargöra under vilka förutsättningar ändringar av ett befintligt kontrakt ska anses medföra att ett nytt kontrakt ingås.

EU-domstolen fann att ett nytt kontrakt ska anses ha ingåtts om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och därmed visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. En ändring kan vara betydande om det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.

Domstolen uttalade vidare att en ändring kan vara betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs eller att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Domstolen angav uttryckligen att det var med dessa överväganden (se punkt 38 i domskälen) som prövningen av ändringar skulle göras.

Enligt EU-domstolen utgör ett leverantörsbyte som regel en väsentlig ändring såvida inte detta byte föreskrivs i det ursprungliga kontraktet. Verksamhetsövergången ifråga uppvisade dock vissa särdrag som gjorde att den inte utgjorde en väsentlig ändring utan skulle ses som en intern omorganisation. Domstolen lyfte fram att dotterbolaget var helägt, att moderbolaget hade rätt att ge instruktioner till dotterbolaget och att det fanns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som moderbolaget svarade för. Det hade även intygats av behörig person att moderbolaget svarade solidariskt med dotterbolaget samt att det inte skulle ske någon ändring av tjänsten i dess helhet.

Vad gäller avrundningen nedåt i den första kontraktsändringen framhöll EU-domstolen inledningsvis att det var uppenbart att priset är ett viktigt villkor och att det finns risk att principerna om insyn och likabehandling överträds om ett sådant villkor ändras under kontraktets löptid utan att det uttryckligen är tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga kontraktet. Att priser omräknas till euro vid valutabyte ansågs dock inte utgöra en väsentlig förändring utan en anpassning till ändrade yttre omständigheter. En viss avrundning bedömdes tillåten om den var ytterst liten och grundade sig på en objektiv förklaring. Som exempel lyfte domstolen fram att en sådan förklaring kan vara att underlätta faktureringen. I förevarande fall hade priset endast satts ned med 0,3 procent respektive 2,94 procent samt 1,47 procent i syfte att underlätta beräkningarna. Därtill var pris-

justeringarna till nackdel för leverantören. Under dessa omständigheter utgjorde prisjusteringen inte en väsentlig förändring.

Beträffande klausulen om avstående från uppsägning av kontraktet fann domstolen att det inte var visat att klausulen medförde en risk för snedvridning av konkurrensen till nackdel för potentiella nya anbudsgivare varför den inte ansågs utgöra en väsentlig ändring.

Såvitt avsåg den höjda rabatten (dvs. en prissänkning) uttalade domstolen att rabatthöjningen rymdes inom baskontraktet (prissänkningen reglerades dock inte uttryckligen) och medförde inte att kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades till förmån för leverantören. Detta kunde inte heller leda till någon konkurrenssnedvridning. Ändringen utgjorde därmed inte en väsentlig förändring.

Målet är av stor betydelse eftersom det är första gången EU-domstolen fastställer under vilka förutsättningar, dvs. de ”överväganden” som EU-domstolen listar i domen, som en ändring av ett kontrakt ska anses vara väsentlig. Dessa principer är desamma som kodifierats i bestämmelsen om ändringar som inte är väsentliga. I målet klargörs också för första gången att byte av leverantör kan utgöra en tillåten ändring, låt vara att Pressetext har tolkats både strikt och extensivt av olika bedömare i detta avseende och därmed skapat en hel del osäkerhet. EU-domstolens resonemang kring de mycket små avrundningarna/prissänkningarna vid ändringen till euro är inte heller helt enkelt att förstå. Enligt vår mening ger EU-domstolen uttryck för en de minimis-regel när man tillåter de mycket marginella ändringarna. Den tioprocentiga rabatthöjningen (dvs. en prissänkning) i den andra kontraktsändringen tillåts på flera separata grunder, men främst baserat på EU-domstolens principiella uttalande att en prissänkning inte i sig kan leda till att konkurrensen snedvrids till nackdel för potentiella anbudsgivare.

3.4 MÅL C-91/08 WALL

Målet rörde en upphandling av en tjänstekoncession avseende offentliga toalettanläggningar i staden Frankfurt. Leverantören FES tilldelades koncessionen och i koncessionsavtalet angavs att FES skulle uppföra toaletterna i egen regi eller med hjälp av underleverantörer. Wall uppgavs vara en av dessa underleverantörer. Under koncessionens löptid bytte FES ut Wall som underleverantör eftersom man fått ett mer konkurrenskraftigt erbjudande från en annan leverantör. Wall väckte talan vid den nationella domstolen som begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

EU-domstolen anförde med hänvisning bland annat till de principer som fastställts i *Presstext* att ett byte av underleverantör kan, även om denna möjlighet föreskrivs i avtalet, i undantagsfall utgöra en väsentlig förändring om användningen av en viss underleverantör, istället för en annan, med hänsyn till prestationens särdrag varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande. Domstolen lämnade åt den nationella domstolen att bedöma huruvida omständigheterna i det nationella målet utgjorde en väsentlig förändring utifrån vad EU-domstolen anförde.

Målet nyanserar domstolens tidigare uttalanden om möjligheten att genomföra ändringar i enlighet med villkor som framgår av upphandlingsdokumenten och tydliggör att denna möjlighet inte är obegränsad. Målet kan till viss del anses ligga till grund för kravet om att ändrings- och optionsklausuler inte får medföra en förändring av avtalets övergripande karaktär även om den valda formuleringen i direktivet saknar anknytning till rättsfallet.

3.5 MÅL C-549/14 FINN FROGNE

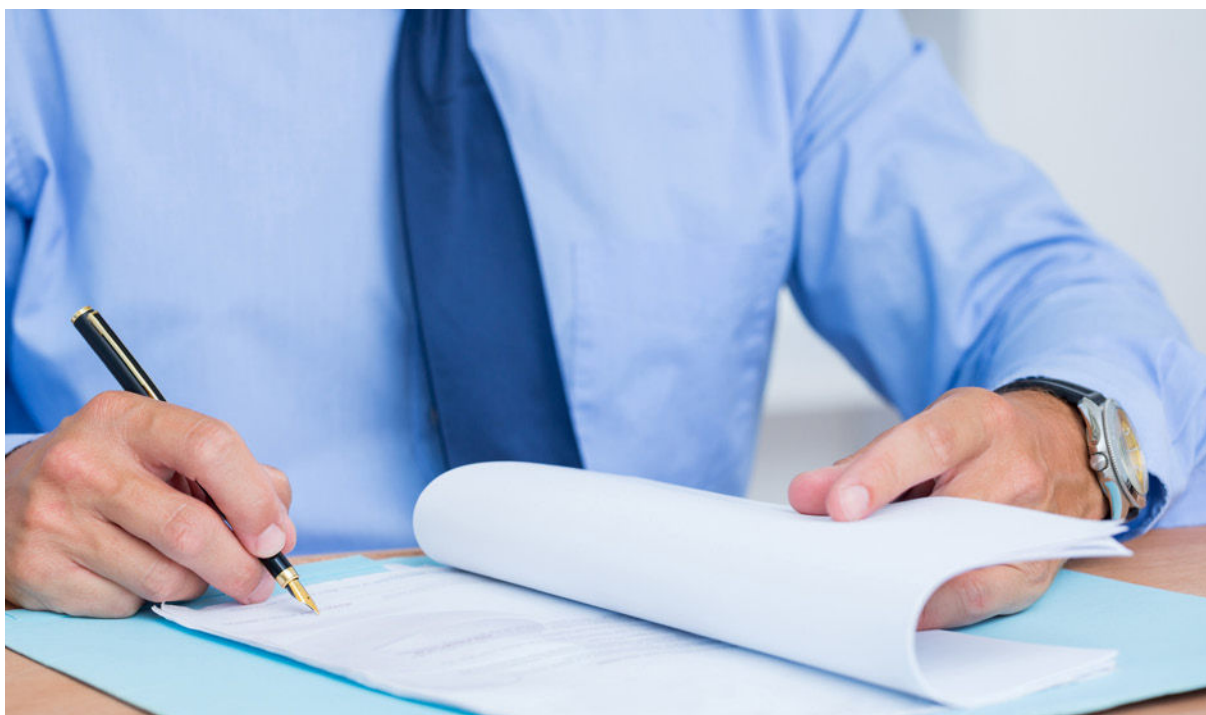
Målet rörde den danska Rikspolisens upphandling av ett omfattande och komplext avtal avseende ett globalt kommunikationssystem för en alarmeringstjänst samt underhåll av detta system under

flera år. Kontraktet tilldelades en leverantör, Tema, och avsåg ett belopp på drygt 500 miljoner danska kronor inklusive optioner. Under kontraktets fullgörande uppstod leveranssvårigheter och både Tema och Rikspolisen bestred ansvar för dessa. Förhandlingar inleddes och parterna ingick ett förlikningsavtal i vilket kontraktet begränsades till leverans av ett radiokommunikationssystem för polisväsendet till ett värde av ungefär 35 miljoner danska kronor. Rikspolisen förvärvade även två serverkluster som Tema hade förvärvat i syfte att hyra ut till myndigheten av ett värde om ca 50 miljoner danska kronor. Finn Frogne, en annan leverantör, klagade på förlikningsavtalet varvid den danska domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

EU-domstolen anförde med hänvisning till domen i *Presstext* att det rör sig om väsentliga förändringar av ett kontrakt om kontraktet i hög utsträckning utvidgas, om kontraktets ekonomiska jämnvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller om förändringen innebär att ett annat anbud hade kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare delta. Eftersom en minskning av kontraktsföremålet skulle medföra en proportionell minskning av kapacitetskraven kan minskningen få till följd att flera, mindre, leverantörer hade kunnat lämna anbud. Inskränkningen av kontraktsföremålet var därför att anse som väsentlig.

En särskild fråga i målet var om bedömningen påverkades av att förändringen föranletts av objektiva svårigheter och oförutsägbara konsekvenser som uppstått under kontraktets fullgörande. Ändringen hade inte skett i syfte att omförhandla kontraktsvillkoren, vilket var något som framhölls i mål C-337/98 *Kommissionen ./. Frankrike*, utan i syfte att nå en förlikning. Domstolen uttalade i detta avseende att parternas avsiktliga vilja att omförhandla kontraktsvillkoren inte utgjorde en avgörande omständighet.

I målet tydliggörs att avsikt att omförhandla ett viktigt avtalsvillkor eller om ändringen beror på



rent objektiva omständigheter, inte ska tillmätas någon avgörande betydelse. Detta är särskilt välkommet i vår mening eftersom man kan få intrycket av direktivens inledande skäl³ att avsikten att omförhandla ett viktigt villkor utgör ett självständigt kriterium vid väsentlighetsbedömningen. Domen i *Finn Frogne* avkunnades den 7 september 2016 och kom alltså efter direktiven och klargör att så inte är fallet.

Enligt vår uppfattning tydliggör EU-domstolen i *Finn Frogne* även att väsentliga ändringar är sådana ändringar som *”antingen resulterar i att kontraktet i hög utsträckning utvidgas till delar som inte ursprungligen föreskrivits, eller i att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller också om dessa ändringar innebär att*

kontraktstilldelningen kan ifrågasättas på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta... (våra understrykningar)” (se punkt 28).

Det är i vår mening tydligt utifrån det sätt som EU-domstolen uttrycker sig, att det är de angivna parametrarna och inga andra som utgör den prövningsram eller bedömningsregel som väsentlighetsbedömningen ska göras enligt i syfte att undersöka om ändringen har en sådan effekt att den underminerar syftet med upphandlingsdirektiven. Dessa ändringstyper har sedan flutit in i artikel 72.4 i LOU-direktivet, artikel 89.4 i LUF-direktivet och artikel 43.4 i LUK-direktivet.

³ Se t.ex. skäl 107 i LOU-direktivet.

4. Kontraktet eller ramavtalets övergripande karaktär

I flertalet av bestämmelserna anges att en förutsättning för att ändringen ska vara tillåten är att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras. De bestämmelser detta gäller är ändringar av mindre värde, ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler och ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. Vad som avses med en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte klart från direktiven eller lagtexten.

I skälen till upphandlingsdirektiven anges att en ändring inte är tillåten om den leder till att upphandlingen får en annan karaktär *”exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats”*.⁴ Läser man hela texten i dessa skäl framgår att det citerade uttalandet görs i förhållande till ändringar på grund av oförutsedda omständigheter. Det skulle därför kunna hävdas att uttalandet endast är tillämpligt i förhållande till den bestämmelsen.

En sådan slutsats förefaller dock inte riktig. Förbudet mot att inte ändra kontraktets eller ramavtalets *övergripande karaktär* är formulerat på samma sätt i samtliga bestämmelser och det är svårt att finna några andra bärande skäl till att regleringen skulle variera mellan de olika bestämmelserna. I det följande utgår rapporten från att det citerade uttalandet i skälen kan användas

för att tolka vad som avses med övergripande karaktär i förhållande till samtliga aktuella bestämmelser. Detta synes för övrigt även ha varit utgångspunkten i förarbetena.⁵

De exempel på när den övergripande karaktären anses ha ändrats som räknas upp i skälen får anses utgöra stora och grundläggande ändringar av en upphandling. Det anges exempelvis att de ursprungliga byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat. Användandet av ordet ersätts tyder på att man avsett situationer där upphandlingsföremålet helt eller delvis byts ut. Enkla, men inte särskilt praktiska exempel, är att istället för de äpplen som anges i upphandlingsdokumenten, köps päron in, eller att det blir en tunnel istället för den bro som upphandlingsdokumenten avser. I dessa fall blir kontraktet något helt annat än vad som ursprungligen annonserats. Att den övergripande karaktären ändrats i sådana fall råder det inte någon tvekan om.

Mer praktiska exempel på att typen av upphandling förändras i grunden är att ett upphandlingskontrakt omvandlas till ett koncessionsavtal eller tvärtom, eller att ett köp ändras till en leasing.

Frågan om vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär berörs i förarbetena till de nya lagarna. Regeringen hänvisar till skäl 109 i LOU-direktivet och skäl 115 i LUF-direktivet (dvs. de skäl som redovisats ovan), men även till skäl 107 i LOU-direktivet och skäl 113 i LUF-direktivet.⁶

⁴ Skäl 109 i LOU-direktivet och skäl 115 i LUF-direktivet. Se även skäl 76 i LUK-direktivet.

⁵ Se prop. 2015/16:195, s 849 f.

⁶ Se prop. 2015/16:195, s 850.

I skäl 107 i LOU-direktivet och skäl 113 i LUF-direktivet anges att ett nytt upphandlingsförfarande krävs *”om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet”*.

Skäl 107 i LOU-direktivet och skäl 113 i LUF-direktivet hänför sig dock till väsentliga ändringar och nämner inget om ett kontrakt eller ramavtals övergripande karaktär. Begreppen väsentliga ändringar respektive övergripande karaktär används båda i direktiven som en gräns för det otillåtna. Frågan är om lagstiftaren avsett någon skillnad på begreppen eller om de kan anses uttrycka samma sak.

I de svenska förarbetena tycks utgångspunkten vara att det är fråga om synonyma begrepp. Efter- som direktiven skiljer på begreppen och de kan leda till olika bedömningar anser vi att den rimliga utgångspunkten istället är att begreppen kan ha olika innebörd och avser att fånga in olika typer av förändringar.

Bestämmelserna om avtalsändringar är formulerade på ett sådant sätt att om något av de specifika undantagen är tillämpliga är det inte nödvändigt att göra någon väsentlighetsprövning (se avsnitt 6.6 nedan). En ändring som teoretiskt sett inte skulle vara tillåten enligt bestämmelsen om väsentliga ändringar kan alltså ändå vara tillåten enligt exempelvis bestämmelsen om ändringar på grund av oförutsedda omständigheter förutsatt att kontraktets övergripande karaktär inte ändras. En synonym tillämpning av begreppen skulle felaktigt begränsa ändringsbestämmelsernas användningsområde.

I de svenska förarbetena anges som exempel på en otillåten ändring av den övergripande karaktären att en upphandling av tio bussar innehåller en option för köp av ytterligare 100 bussar.⁷ Detta exempel riskerar att leda fel i vår mening. I direktiven anges att undantaget för ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler gäller oberoende av ändringens penningvärde. Denna skrivning har av oklar anledning inte tagits in i den svenska lagtexten. Direktivtexten anger alltså uttryckligen att det inte finns någon värdemässig gräns för ändringar i form av ändrings- eller optionsklausuler. Detta indikerar att värdet (eller omfattningen) på ändringen inte är relevant vid bedömningen av om den övergripande karaktären förändrats.

I bussexemplet leder optionen visserligen till en betydande utvidgning av omfattningen på upphandlingen. Upphandlingen och kontraktet rör dock fortfarande detsamma, inköp av bussar, och det är tydligt utifrån anbudsförutsättningarna att ytterligare bussar kan komma att köpas. Därmed bör den övergripande karaktären på kontraktet vara detsamma och det uppstår ingen transparensproblematik. Slutsatsen blir densamma om det istället rör sig om en betydande inskränkning av upphandlingsföremålet. Anta exempelvis att de ursprungliga 100 bussarna till följd av en klar och entydig ändringsklausul minskas till 10 bussar. Den övergripande karaktären på kontraktet är fortfarande köp av bussar om än i mindre omfattning.

Ett annat exempel är förlängning av avtalstiden i enlighet med en förlängningsklausul där förlängningen är längre, och därmed av större värde, än den ursprungliga avtalstiden. Inte heller detta kan anses medföra att den övergripande karaktären har förändrats eftersom det enda som förändrats är avtalstiden. Att ändringarna hade ansetts väsentliga och därmed otillåtna om de inte angetts i en ändrings- eller optionsklausul saknar betydelse i de angivna exemplen.

⁷ Prop. 2015/16:195, s 850.

Situationen blir en annan om optionsklausulen istället för inköp av ytterligare bussar möjliggjort inköp av en kollektivtrafiktjänst med buss. I en sådan situation används ändringsmöjligheten till att köpa in något annat än vad som var det ursprungliga upphandlingsföremålet. Kontraktet omfattar inte längre enbart köp av bussar utan kontraktetsföremålet blir bussar och en trafiktjänst. Att kontraktetsföremålet ändras på detta sätt får anses innebära att kontraktets övergripande karaktär inte längre är densamma, oavsett värdet av optionen. Man kan dock fundera på om det skulle ha någon betydelse för bedömningen om optionen i exemplet prissatts och utvärderats och på så sätt varit föremål för konkurrensutsättningen.

En ändring som anses vara av ”mindre värde” (de minimis) kan per definition inte vara väsentlig eftersom det anges i direktiven och de svenska bestämmelserna att om tröskelvärdena för mindre värde inte är nådda behövs ingen prövning enligt väsentlighetsregeln. Följande exempel illustrerar

enligt vår mening att en icke väsentlig ändring dock kan förändra ett avtals övergripande karaktär.

Anta att en upphandling omfattar 1 000 stycken PC till ett totalt värde av 10 000 000 kronor. Kontraktet ändras så att det istället för köp omfattar leasing av samma antal PC. Det totala värdet på kontraktet efter ändringen är med leasingavgift och ränta 10 400 000 kronor. Värdet på ändringen är endast 400 000 kronor och under den tillåtna gränsen för ändringar av mindre värde. Avtalets övergripande karaktär kan dock ha sägas ha ändrats genom övergången från köp till leasing.

De exempel som redovisats ovan ger uttryck för en kanske självklar, men viktig princip, nämligen att det som införskaffas måste ha varit föremål för en öppen och konkurrensutsatt upphandling. Med denna tolkning av begreppet övergripande karaktär hindras kringgåenden av upphandlingsreglerna utan att onödigt begränsa utrymmet att använda ändringsundantagen.



5. Ändring av kontraktets eller ramavtalets värde

I ett flertal av bestämmelserna i den nya upphandlingslagstiftningen framgår att ändringen inte är tillåten om den innebär att värdet av kontraktet eller ramavtalet överstiger ett visst värde i förhållande till värdet av det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. I förslaget till LUK finns motsvarande regler som innebär att värdet av koncessionen inte får ändras i för stor utsträckning till följd av ändringar av koncessionen. De bestämmelser detta avser är följande:

- i) ändringar av mindre värde – ändringen är inte tillåten om dess värde överstiger 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling, upphandling av tjänst eller upphandling av koncession, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad,⁸
- ii) kompletterande beställningar – ändringen är inte tillåten om beställningen innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent,⁹ och
- iii) oförutsebara omständigheter – ändringen är inte tillåten om den innebär att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.¹⁰

En tillämpning av dessa bestämmelser förutsätter alltså att det görs en beräkning av värdet på

kontraktet eller ramavtalet respektive på den planerade ändringen.

I lagtexten används begreppet värde genomgående. Värdet av ändringen ska sättas i relation till värdet på upphandlingen. I direktivtexten blandas dock de båda begreppen värde och pris. I bestämmelsen om ändringar genom kompletterande beställningar anges exempelvis i LOU-direktivet att eventuella prisökningar inte får vara högre än 50 procent av värdet på upphandlingen medan det i LUK-direktivet anges att värdeökningen inte får överstiga 50 procent av koncessionens värde.

Frågan om pris kontra värde berörs i Lagrådets yttrande där Lagrådet påpekar att ordet pris i juridiskt språkbruk normalt avser det penningbelopp som en enhet av en vara eller tjänst betingar vid exempelvis försäljning eller köp och ifrågasätter varför olika formuleringar används för att beskriva samma företeelse.¹¹ Efter Lagrådets påpekande ändrade regeringen genomgående till värde i propositionen.

Enligt regeringen har EU-lagstiftaren inte avsett att ha två olika system för bedömningarna.¹² Denna slutsats baseras bland annat på det standardformulär som ska användas för att annonsera vissa av ändringarna.¹³ Av formuläret, som är detsamma för alla tre direktiven, framgår att det är det totala kontraktsvärdet före respektive efter ändringen

⁸ 17 kap. 9 § LOU, 16 kap. 9 § LUF och 14 kap. 9 § LUK.

⁹ 17 kap. 11 § LOU och 14 kap. 11 § LUK.

¹⁰ 17 kap. 12 § LOU och 14 kap. 12 § LUK.

¹¹ Se Lagrådets yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s 206 f.

¹² Prop. 2015/16:195, s 848. Se även Lagrådets yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s 206 f.

¹³ Se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986.

som ska jämföras. Det är alltså värdet av ändringen som bedöms vara relevant varför detta begrepp använts genomgående i den svenska lagstiftningen.

Möjligen avsåg direktivförfattarna att göra skillnad mellan värde och pris. I så fall kan man notera att direktivet enbart pratar om pris i höjande riktning. Om direktivförfattarna hade ansett att prissänkningar var problematiska är det därför ett rimligt antagande att man skulle ha utformat artikeln annorlunda.

Värdet av ett kontrakt beräknas på samma sätt som värdet av en upphandling. Hur värdet av en upphandling ska beräknas regleras i respektive lag. Av de relevanta bestämmelserna framgår att värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. Vid uppskattningen av värdet ska eventuella options- och förlängningsklausuler inkluderas som om de utnyttjats fullt ut. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.

I direktivtexten anges att värdet av ändringen ska sättas i relation till värdet på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet. Som anges i förarbetena är detta missvisande.¹⁴ Av det ovan nämnda standardformulär som används vid annonsering av ändringar framgår att jämförelsen ska avse det uppdaterade kontraktsvärdet med beaktande av eventuella tidigare kontraktsändringar och prisanpassningar. Om det finns en indexeringsklausul i kontraktet eller ramavtalet ska även denna beaktas vid beräkningen av värdet.¹⁵ Vid ändringar av koncessioner kan även den genomsnittliga inflationen i medlemsstaten beaktas.

En upphandlande myndighet eller enhet kan alltså inte alltid förlita sig på en beräkning av värdet som skedde i samband med annonseringen

av upphandlingen utan måste inför varje ändring göra en översyn av kontraktet och ta hänsyn till eventuella förändringar av kontraktsvärdet.

5.1 BERÄKNING AV VÄRDE AV ETT RAMAVTAL

Att beräkna värdet av ett ramavtal kan vara svårare än för ett kontrakt. Det ligger i ramavtalets natur att det på förhand inte finns några garanterade inköpsvolymen vilket innebär att de faktiska inköpen inte alltid stämmer överens med det uppskattade värdet av kontrakt som kan komma att avropas från ramavtalet. Frågan uppstår vilken betydelse detta har för beräkningen av värdet på ramavtalet vid ändringar av ramavtalet.

Inledningsvis bör noteras att ändringar i form av kompletterande beställningar endast är möjliga i förhållande till kontrakt. För ramavtal är det alltså endast vid ändringar av mindre värde och ändringar på grund av oförutsebara omständigheter som det blir aktuellt att beräkna värdet.

I LOU och LUF anges att värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under dess löptid.¹⁶ Ändringsbestämmelserna hänvisar visserligen inte till denna paragraf, men det är svårt att se en anledning till att värdet av ett ramavtal skulle uppskattas på ett annat sätt än vad som gäller generellt enligt upphandlingsreglerna. Rapporten utgår därför fortsättningsvis från att de angivna paragraferna är tillämpliga även i nu aktuellt avseende.

Osäkerheten kring det totala värdet på ett ramavtal är som störst i början av ramavtalets löptid när inga eller endast få avrop skett. Ju längre tid som ramavtalet löpt och desto säkrare avropsstatistik som finns, kommer i vart fall en del av inköpsvolymerna vara fastställda och kan

¹⁴ Prop. 2015/16:195, s 847.

¹⁵ Se 17 kap. 15 § LOU, 16 kap. 15 § LUF och 14 kap. 15 § LUK.

¹⁶ 5 kap. 14 § LOU och 5 kap. 13 § LUF.

utgöra en säkrare grund för uppskattningen. Som angetts ovan är det inte kontraktsvärdet vid tilldelningsbeslutet som är relevant för beräkningen av värdet utan det är det uppdaterade värdet med beaktande av tidigare ändringar eller liknande som ska läggas till grund för jämförelsen. För ramavtal får detta antas innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten inför en ändring måste göra en uppdaterad uppskattning av värdet på ramavtalet med hänsyn till gjorda avrop. På så sätt säkerställs att uppskattningen av de planerade kontrakten under löptiden blir så korrekt som möjligt.

Svårigheterna med att uppskatta värdet på ett ramavtal ökar också desto fler avropsberättigade myndigheter eller enheter som är anslutna till ett ramavtal. För en upphandlande myndighet eller enhet som ingår ett eget ramavtal är det endast det egna behovet som behöver beaktas, vilket brukar kunna uppskattas exempelvis med hjälp av historiska inköp eller en behovsanalys. För de stora inköpscentralerna som till exempel Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet ("SIC") och SKL Kommentus Inköpscentral ("SKI") kan det dock röra sig om ramavtal med hundratals avropsberättigade myndigheter eller enheter vilket uppställer helt andra krav för att uppskatta de planerade kontrakten under ramavtalet.

En utmaning i dessa ramavtal är att uppskatta hur många av de avropsberättigade som verkligen planerar att använda ramavtalen och göra avrop. Vid uppskattningen av värdet på de ramavtal som tecknas av SIC inom den statliga inköpsamordningen kan det vara en rimlig utgångspunkt att räkna med en 100-procentig avtalstrohet eftersom de statliga myndigheterna som huvudregel har en skyldighet att använda de statliga ramavtalen.¹⁷ En sådan utgångspunkt ökar värdet och ger därmed ökade möjligheter till ändringar varför

viss försiktighet är påkallad med hänsyn till att avtalstroheten i verkligheten inte är 100 procent.

I förhållande till de ramavtal som upphandlas av SKI föreligger dock ingen sådan skyldighet att använda ramavtalen och det får anses vedertaget att ett stort antal av de avropsberättigade under dessa ramavtal aldrig gör några avrop. Det kan därför ifrågasättas om alla avropsberättigade kan tas med i uppskattningen av ramavtalets värde.

Därutöver föreligger även svårigheter med att uppskatta det planerade behovet hos de avropsberättigade myndigheterna och enheterna. För en tillförlitlig uppskattning lär krävas att samtliga avropsberättigade tillfrågas och ombes uppskatta sina planerade avrop under ramavtalet.

Det uppenbara problemet med att värdet på ett ramavtal överskattas är att utrymmet för att göra ändringar blir större än det borde vara. Osäkerheten i inköpsvolymerna skulle alltså kunna användas för att kringgå upphandlingsreglerna.

För att minska risken för ett sådant kringgående är det rimligt att det ställs höga krav på den upphandlande myndigheten eller enheten att genom dokumentation kunna visa hur uppskattningen av värdet skett och att de antaganden som gjorts är rimliga och välgrundade. Det är den upphandlande myndigheten eller enheten som har bevisbördan för att visa att förutsättningarna för att ändra i kontraktet eller ramavtalet varit uppfyllda. Exakt vilken bevisning som kan komma att krävas kommer variera och bero på omständigheterna i det enskilda fallet.

Vad gäller de stora inköpscentralernas ramavtal kan också noteras att det som regel endast är inköpscentralen och inte de avropsberättigade myndigheterna som är civilrättslig part till ramavtalet. Därmed är det också bara inköpscentralen som kan vidta ändringar av ramavtalet. En upphandlande myndighet eller enhet som ingår kontrakt

¹⁷ Se 2-4 §§ förordning (1998:796) om statlig inköpsamordning.

enligt ramavtalet efter ett avrop kan givetvis genomföra ändringar av kontraktet. I dessa situationer rör det sig dock om ändring av ett kontrakt och inte ett ramavtal varför de ovan redovisade svårigheterna kring värdeberäkningen inte bör göra sig gällande på samma sätt. Vid en ändring av det avropade kontraktet är det endast värdet av det kontraktet som är relevant. Det totala värdet på ramavtalet saknar i dessa fall betydelse.

5.2 BERÄKNING AV VÄRDE PÅ EN KONCESSION

I ett koncessionsförhållande erhålls den huvudsakliga ersättningen från de som använder koncessionsföremålet och inte från den upphandlande myndigheten eller enheten. Därmed uppstår liknande svårigheter att beräkna värdet av ett koncessionsavtal som för ramavtal. Av 5 kap. 2 § LUK följer att värdet av en koncession ska uppskattas till koncessionshavarens sammanlagda omsättning till följd av koncessionen under dess löptid, inklusive eventuella varor som följer med

de byggtreprenader eller tjänster koncessionen avser. I 5 § samma kapitel anges vidare att värdet av koncessionen ska uppskattas med hjälp av en objektiv metod som ska anges i upphandlingsdokumenten. Metoden ska, om relevant, bland annat ta hänsyn till options- och förlängningsklausuler och ersättningar eller andra ekonomiska fördelar som koncessionshavaren får från den upphandlande myndigheten eller enheten.

Ändringsbestämmelserna hänvisar inte till bestämmelserna i kapitel 5 avseende beräkningen av värdet. Som angetts i förhållande till ramavtal är det dock svårt att se varför värdet av en koncession skulle beräknas annorlunda inför en ändring än vad som gäller generellt enligt upphandlingsreglerna. Bestämmelserna i kapitel 5 bör därför rimligtvis tillämpas även i förhållande till ändringsbestämmelserna.

Jämfört med ramavtal innebär bestämmelsen i 5 kap. 5 § att det ställs högre krav på en upphandlande myndighet eller enhet att redan inför tilldelningen av en koncession bestämma hur värdet av koncessionen bör uppskattas och redovisa detta. Förutsatt att detta görs på ett grundligt och genomtänkt sätt bör det inte innebära allt för stora svårigheter att beräkna värdet av koncessionen inför en eventuell ändring av kontraktet. Detta förutsätter dock att koncessionsinnehavaren redovisar sina intäkter till den upphandlande myndigheten eller enheten.



6. Tillåtna ändringar

I detta avsnitt berörs de specifika bestämmelserna om tillåtna ändringar närmare. Respektive underavsnitt inleds med ett återgivande av utformningen av bestämmelsen i nya LOU. I de fall utformningen av bestämmelsen skiljer sig åt på något väsentligt sätt från utformningen i LUF eller LUK kommer detta anges. Dispositionen av bestämmelserna följer den i lagtexten.

6.1 ÄNDRINGAR AV MINDRE VÄRDE

Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och ökningen eller minskningen av kontraktets eller ramavtalets värde är lägre än

1. det tröskelvärde som avses i 5 kap. 1 §, och
2. 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggtreprenad.

När värdet av ändringen uppskattas ska samma principer användas som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap.

Om flera ändringar görs efter varandra ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket.

Bestämmelsen om ändringar av mindre värde återfinns i 17 kap. 9 § LOU, 16 kap. 9 § LUF respektive 14 kap. 9 § LUK och genomför artikel 72.2

i LOU-direktivet, artikel 89.2 i LUF-direktivet respektive artikel 43.2 i LUK-direktivet.

Bestämmelsen är ett så kallat de minimis-undantag vilket innebär att den omfattar ändringar som anses vara så små att de inte anses ge någon effekt på konkurrensen vid tidpunkten för upphandlingen och därför kan tillåtas. För att upphandlande myndigheter och enheter ska slippa göra en bedömning i varje enskilt fall av om en ändring är tillräckligt liten uppställs i bestämmelsen tröskelvärden. Om värdet av ändringen understiger dessa beloppsgränser anses ändringen vara de minimis och det krävs inget nytt upphandlingsförfarande för att genomföra den förutsatt att ändringen inte förändrar kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär.

De två beloppsgränser som värdet på ändringen inte får överstiga är

- det tröskelvärde som gäller enligt respektive lag,¹⁸ och
- 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde för upphandlingar av varor eller tjänster, alt. 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde för upphandlingar av byggtreprenader, alt. 10 procent av koncessionens värde för upphandlingar av koncessioner.

Av upphandlingslagarna följer att de tröskelvärden som ska tillämpas är de som anges i respektive direktiv eller i beslut eller meddelanden från Europeiska kommissionen. Vidare anges att regeringen kommer att tillkännage tröskelvärdena i euro och svenska kronor i Svensk författningssamling. Tröskelvärdena skiljer sig åt mellan de olika lagarna och beroende på vad som upphandlas.

¹⁸ Se 5 kap. 1 § LOU, LUF respektive LUK.

Generellt kan sägas att tröskelvärdena är högre i LUF och LUK än i LOU samt högre för upphandlingar av byggentreprenader än för upphandlingar av varor eller tjänster. Tröskelvärdena uppdateras vartannat år.

När värdet av ändringen beräknas ska samma principer användas som vid beräkningen av upphandlingens eller koncessionens värde. Hur man ska beräkna värdet av en upphandling eller koncession framgår av kapitel 5 i respektive lag. Detta har även behandlats i avsnitt 5 ovan.

I bestämmelsen anges att den omfattar ändringar som både ökar och minskar det ursprungliga kontraktet eller ramavtalets värde. Att även ändringar som minskar kontraktsvärdet omfattas anges inte i direktivet utan detta är en skrivning som införts på svenskt initiativ. Lagrådet angav i sitt yttrande att det bör utredas närmare om bestämmelsen avser både ökning och minskningar av kontraktets eller ramavtalets värde, och utgick i sitt lagförslag från att så är fallet.¹⁹ Regeringen angav i förarbetena att man inte kunde utläsa något annat ur direktivbestämmelsen än att både ökning och minskningar av värdet omfattas och valde mot denna bakgrund att uttryckligen ange detta i de svenska lagarna.²⁰

I praktiken lär tillämpningen av detta undantag huvudsakligen handla om beräkningen av värdet, dels på det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet, dels på ändringen. Förutsatt att den upphandlande myndigheten eller enheten håller sig under de aktuella tröskelvärdena har den förhållandevis stor frihet att genomföra olika typer av ändringar. Det är till exempel möjligt att justera priset i höjande eller sänkande riktning på de varor eller tjänster som ursprungligen upphandlats. Undantaget möjliggör också olika typer av tilläggsköp, exempelvis i form av kompletterande varor eller tjänster.

Det är dock inte möjligt att genomföra vilka

tilläggsköp som helst. Om ändringen medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär förändras är ändringen inte tillåten även om dess värde ligger under de angivna gränserna.

Anta exempelvis att en kommun genomfört en varuupphandling med ett totalt kontraktsvärde på 20 miljoner kronor. I förhållande till ett sådant kontrakt skulle gränsvärdet för att genomföra ändringar av mindre värde vara 1 910 323 kronor med 2016 års tröskelvärden. Att utnyttja detta utrymme för att komplettera med ytterligare varor av samma slag som i det ursprungliga kontraktet, exempelvis kopiatorer, eller sedvanliga tillbehör eller reservdelar till varorna kan inte anses medföra att den övergripande karaktären på kontraktet ändras.

Bedömningen blir dock en annan om ändringsutrymmet används för att införskaffa varor av ett helt annat slag. Anta exempelvis att kommunen istället för kompletterande kopiatorer skulle köpa in kaffemaskiner. I så fall omfattar kontraktet inte längre inköp av enbart kopiatorer utan inköp av kopiatorer och kaffemaskiner varmed den övergripande karaktären på kontraktet får anses ha ändrats. Om det då saknas förutsättningar för direktupphandling förutsätter inköpen att en ny annonserad upphandling genomförs.

Om en upphandlande myndighet gör flera ändringar av mindre värde efter varandra ska det samlade värdet av alla dessa ändringar jämföras med tröskelvärdena i första stycket. Såvitt kan utläsas ur direktivtexten finns det inte något krav på inbördes samband mellan ändringarna för att deras värde ska läggas ihop utan så ska ske oavsett när i tiden ändringarna sker och vad de avser.²¹ Följande exempel kan illustrera.

En upphandlande myndighet tecknar ett treårigt kontrakt för inköp av datorer. Värdet av

¹⁹ Lagrådets yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s 204.

²⁰ Prop. 2015/16:195, s 847.

²¹ Se även prop. 2015/16:195, s 847.

kontraktet är en miljon kronor vilket innebär att myndigheten kan genomföra ändringar av mindre värde motsvarande maximalt 100 000 kronor.²² Under det första året görs fyra olika ändringar till ett värde av 20 000 kronor vardera. Det sammanlagda värdet av ändringarna är då 80 000 kronor vilket är under det tillåtna gränsvärdet. Under år två görs inga ändringar. Under år tre vill myndigheten göra en ändring till ett värde av 25 000 kronor. Trots att det gått lång tid sedan de tidigare ändringarna måste värdet av dessa ändå inkluderas i beräkningen. Eftersom den sista ändringen skulle innebära att det totala värdet av ändringarna överstiger tröskelvärdet kan undantaget för ändringar av mindre värde inte tillämpas i förhållande till den sista ändringen.

6.2 ÄNDRINGS- ELLER OPTIONSCLAUSULER

Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlings dokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

Bestämmelsen om ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler återfinns i artikel 72.1 a) i LOU-direktivet, artikel 89.1 a) i LUF-direktivet respektive artikel 43.1 a) i LUK-direktivet. Artiklarna

har införts i de svenska lagarna genom 17 kap. 10 § LOU, 16 kap. 10 § LUF respektive 14 kap. 10 § LUK.

Genom att avisera potentiella ändringar av ett upphandlat kontrakt eller ramavtal redan under upphandlingsstadiet säkerställs att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av upphandlingen får kännedom om detta från början och behandlas lika när de utformar sina anbud.²³ I dessa situationer anses inte någon leverantör riskera att bli förfördelad om ändringsklausulen tillämpas.

Bestämmelsen omfattar ändrings- eller optionsklausuler. Begreppet optioner har använts inom upphandlingsrätten tidigare och brukar avse tillkommande leveranser som den upphandlande myndigheten eller enheten kan, men inte har någon skyldighet att beställa. Ändringsklausuler är ett nytt begrepp och ges inte någon klar definition. Av direktivtexten framgår endast att prisändringsklausuler utgör ett exempel på ändringsklausuler, vilket inte ger särskilt mycket ledning.

En möjlig tolkning är att man medvetet valt ett brett begrepp i syfte att täcka in alla tänkbara ändringsklausuler. En sådan tolkning förefaller också rimlig mot bakgrund av att bestämmelsen synes omfatta ett stort urval av olika typer av ändringar. I direktivskälen anges att det exempelvis bör vara möjligt att använda ändrings- och optionsklausuler för att föreskriva prisindexering, för att garantera att kommunikationsutrustning som ska levereras under en given tidsperiod fortsätter att vara lämplig även om kommunikationsprotokollen ändras eller om andra ändringar inträffar och för att föreskriva anpassningar som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll.²⁴

Genom att använda sig av två olika begrepp får man anta att direktivförfattarna avsett särskilja mellan ändringsklausuler och optionsklausuler.

²² 100 000 = 10 procent av en miljon. Tröskelvärdet enligt första punkten i bestämmelsen är av mindre betydelse eftersom det är högre än 100 000.

²³ Se EU-domstolens mål C-549/14, Finn Frogne punkt 37 och däri angiven praxis.

²⁴ Se skäl III i LOU-direktivet, skäl II7 i LUF-direktivet respektive skäl 78 i LUK-direktivet.

En skillnad mellan de båda typerna av klausuler är att en option typiskt sett utgör ett färdigt tillägg som kan komma att ingå i avtalet. Det är redan klarlagt vad optionen omfattar (dvs. vilka varor, tjänster eller byggentreprenader) och omfattningen på dessa tillägg och det enda som är oklart är om optionen kommer att beställas eller inte. En upphandlande myndighet eller enhet som utnyttjar en option kan med det synsättet strikt sett inte anses genomföra en ändring av avtalet utan tillämpar endast en, i avtalet förutsatt, möjlighet till tilläggsköp.

Ändringar till följd av ändringsklausuler är något annat. I dessa fall finns som regel inte något färdigt eventuellt tillägg till det ursprungliga avtalet, utan en tillämpning av klausulen medför en faktisk ändring av avtalsvillkoren, t.ex. i form av en prisjustering eller en förändring av leveransvillkoren. Det exakta resultatet av att en ändringsklausul tillämpas, dvs. hur avtalsvillkoren kommer att vara utformade efter ändringen, kan därmed inte alltid förutses. Denna skillnad mellan optioner och ändringsklausuler bör rimligtvis också återspeglas i förhållande till vilka krav på tydlighet och förutsebarhet som kan ställas på klausulerna, vilket vi återkommer till nedan.

En näraliggande fråga är hur förlängningsklausuler förhåller sig till ändringsbestämmelsen och begreppen ändrings- och optionsklausuler. Att förlängningsklausuler i upphandlade avtal är tillåtna framgår av bestämmelserna om beräkning av värdet av en upphandling där det anges att vid beräkningen ska optioner och förlängningsklausuler beaktas. Denna bestämmelse fanns även i 2007 års upphandlingslagar.

Skrivningen i dessa bestämmelser indikerar att optioner och förlängningsklausuler har ansetts utgöra olika saker. Eftersom en förlängningsklausul ändrar kontraktets giltighetstid skulle det dock

kunna sägas att förlängningsklausuler är en form av ändringsklausuler. Mot bakgrund av detta och att begreppet ändringsklausuler sannolikt ska tolkas brett är det svårt att se varför förlängningsklausuler inte skulle anses omfattas av ändringsbestämmelsen. Detta synes även ha varit regeringens uppfattning. I förarbetena anges som exempel på en ändringsklausul ”en klausul som medger att avtalet får förlängas för en viss period, om parterna kommer överens om det”.²⁵ Rapporten utgår därför fortsättningsvis från att förlängningsklausuler utgör en form av ändringsklausul.

I direktivskälen anges att möjligheten att införa ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler inte får leda till en obegränsad frihet för de upphandlande myndigheterna eller enheterna. I linje med detta ställs höga krav på tydlighet och förutsebarhet i de klausuler som avses tillämpas. Enligt lagtexten ska klausulerna uppfylla följande förutsättningar för att kunna tillämpas. De ska:

- ha angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
- klart, exakt och entydigt beskriva under vilka förutsättningar de kan tillämpas, och
- ange arten och omfattningen av de ändringar som kan komma att göras.

Enligt sin ordalydelse förefaller kravet för att en ändringsklausul ska kunna tillämpas vara högt ställt. Lagrådet angav i sitt yttrande att ”[d]et säger sig självt att en tolkning av kravet enligt ordalydelsen skulle medföra att endast få ändringsklausuler skulle uppfylla kravet. Avsikten kan dock inte vara att bara klausuler som uppfyller dessa mycket högt ställda krav ska få användas utan ny upphandling.”²⁶

EU-domstolen har i sin praxis intagit en till synes mer praktisk inställning till hur tydliga ändringsklausuler måste vara för att vara tillåtna. I *Succhi di frutta* uttalade domstolen i punkt 118 att

²⁵ Prop. 2015/16:195 s 1128.

²⁶ Lagrådets yttrande över lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling, s. 205.

”[o]m den upphandlande myndigheten av särskilt angivna skäl vill kunna ändra vissa villkor för anbudsförfarandet efter valet av den anbudsgivare som skall tilldelas kontraktet, är den skyldig att uttryckligen ange att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor”.

Ett liknande uttalande gjordes i Finn Frogne punkt 37: *”Genom att i nämnda dokument uttryckligen ange att villkoren kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske, säkerställer den upphandlande myndigheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud”.*

EU-domstolen framhåller att det ska framgå att en ändring kan komma att göras och på vilka villkor så kan ske, men förefaller inte anse det nödvändigt att arten eller omfattningen av ändringen ska specificeras exakt. Det kan därför ifrågasättas om direktivförfattarna avsett införa en striktare reglering jämfört med EU-domstolens praxis.

Även om Lagrådet synes öppna för ett mindre strikt tydlighetskrav i linje med EU-domstolens praxis måste man förhålla sig lagtexten. Utgångspunkten måste därför vara att det tydligt ska framgå vilken typ av ändring och omfattning på denna som den upphandlande myndigheten eller enheten avsåg att förreglera samt under vilka omständigheter (t.ex. när under avtalstiden) ändringen kan ske.

Mot bakgrund av de skillnader mellan optioner och ändringsklausuler som behandlats ovan är det dock vår uppfattning att den exakta graden av tydlighet som krävs kan, och bör, anpassas beroende på typen av klausul. Eftersom det är svårare att förutse hur tillämpningen av en ändringsklausul kommer att ändra avtalsvillkoren bör kravet på tydlighet vara lägre jämfört med optionsklausuler. En bokstavlig tolkning av bestämmelsen skulle riskera att begränsa denna till fastställda optionsklausuler och det tror inte vi är meningen.

Detta synsätt är också i linje med exemplet i direktivskälen att ändringsklausuler bör kunna användas för att föreskriva anpassningar som

blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll. Vilka svårigheter som framkommer lär sällan kunna förutses vilket också gör det svårt att ange den **exakta** arten och omfattningen av de ändringar som kan behöva göras. Möjligheten att använda ändringsklausuler för att föreskriva tekniska anpassningar riskerar därför att bli obefintlig om tydlighetskravet ställs för högt.

Oavsett hur tydlig klausulen är gäller dock att ändringen inte är tillåten om den medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras. Vad som avses med den övergripande karaktären har behandlats i avsnitt 4.

I direktivtexten anges att ändringar i enlighet med ändrings- och optionsklausuler får genomföras ”oberoende av deras penningvärde”. Denna skrivning har dock inte förts in i den svenska lagtexten och det berörs inte heller i förarbetena varför skrivningen utelämnats. Innebörden av skrivningen får anses vara att det inte finns någon specifik värdemässig gräns för hur stora ändringar som kan genomföras till följd av ändrings- eller optionsklausuler. Detta har också betydelse för hur begreppet övergripande karaktär ska tolkas, vilket även det behandlats i avsnitt 4.

6.2.1 Exempel på ändringsklausuler

Möjligheten att genomföra ändringar i enlighet med ändrings- eller optionsklausuler ger upphandlande myndigheter och enheter en möjlighet att anpassa kontraktet eller ramavtalet till de förändringar som kan ske över tid mellan avtalsparterna och på marknaden i övrigt. Nedan ges några exempel på ändringsklausuler som kan vara lämpliga att inkludera i ett kontrakt eller ett ramavtal utifrån ett affärsmässigt perspektiv.

Förlängningsklausuler

Förlängningsklausuler återfinns i de flesta kontrakt och ramavtal och underlättar för upphandlande myndigheter eller enheter som av olika anledningar inte vill binda upp sig på för

lång tid. Med en förlängningsklausul ges en möjlighet att avvakta och se om behovet och övriga förutsättningar kvarstår när den ursprungliga avtalsperioden löper ut.

Aspekter att tänka på vid utformningen av en förlängningsklausul för att öka tydligheten är exempelvis hur många och hur långa förlängningar som kan göras. Att lämna längden på förlängningarna helt öppen ökar risken för att klausulen inte anses tillräckligt klar och exakt. Det kan också vara bra att reglera om beslut om förlängning fattas ensidigt eller gemensamt mellan parterna samt vid vilken tidpunkt en förlängning som senast kan göras gällande.

Prisjusteringsklausuler

Med prisjusteringsklausuler skapas en förutsättning att anpassa det avtalade priset till förändringar i exempelvis inflation, valuta, råvarupriser eller liknande. Prisjusteringar kopplas ofta till ett index men kan även vara konstruerade på andra sätt. Det viktiga är att grunden för beräkningen framgår på ett tydligt och förutsebart sätt. Andra parametrar som kan behöva regleras är under vilka förutsättningar en prisjustering kan påkallas, hur ofta och av vem.

Byte av leverantör

Det är möjligt att genomföra ett byte av leverantör om detta föreskrivits i en ändringsklausul. Denna möjlighet till leverantörsbyte gäller utöver den specifika undantagsbestämmelsen om ändringar i form av leverantörsbyte (se avsnitt 6.5) och öppnar ytterligare möjligheter att byta leverantör. Generella överlåtelseklausuler uppfyller med största sannolikhet inte kraven på tydlighet, utan det krävs att det anges närmare under vilka omständigheter ett leverantörsbyte kan komma ifråga, t.ex. att vinnande anbudsgivare får överlåta avtalet till ett särskilt projektbolag.

Ändringar av kontraktets föremål eller omfattning

Genom optioner och ändringsklausuler är det möjligt att ändra kontraktets föremål, omfattning eller innehåll i övrigt. Det kan till exempel röra sig om anpassningar av det ursprungliga upphandlingsföremålet till ett ökat eller minskat behov eller om att köpa tillkommande varor eller tjänster för vilka behovet inte kunde säkerställas vid tidpunkten för upphandlingen. Det är dock inte möjligt att genomföra förändringar med stöd av en generellt utformad klausul om att avtalet kan komma att anpassas till den upphandlande myndighetens eller enhetens förändrade behov eftersom en sådan klausul inte kan anses uppfylla lagens krav på tydlighet.

I förhållande till ändringar som förändrar kontraktets föremål eller omfattning är det särskilt viktigt att optionen eller ändringen har en tydlig koppling till det ursprungliga upphandlingsföremålet eftersom allt för stora förändringar av upphandlingsföremålet kan riskera att förändra den övergripande karaktären på avtalet (se avsnitt 4).

Anpassningar till den tekniska utvecklingen

I skälen till upphandlingsdirektiven anges att ändrings- och optionsklausuler kan användas i syfte att garantera att t.ex. kommunikationsutrustning fortsätter att vara lämplig om kommunikationsprotokollen ändras eller om andra tekniska förändringar inträffar. Det är alltså möjligt att genom ändrings- eller optionsklausuler säkerställa att det som levereras kan anpassas till den tekniska utvecklingen, vilket kan vara en smidigare och mer ekonomisk lösning för en upphandlande myndighet och enhet än att behöva gå ut i en ny upphandling. Vid utformningen av denna typ av ändringsklausuler bör bland annat tydliggöras i vilka situationer anpassning till den tekniska utvecklingen kan komma ifråga.

6.3 KOMPLETTERANDE BESTÄLLNINGAR

En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras, om beställningen inte innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent och under förutsättning att

1. beställningen har blivit nödvändig,
2. leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas, och
3. ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Om flera kompletterande beställningar görs efter varandra, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild beställning.

Bestämmelsen om ändringar i form av kompletterande beställningar återfinns i artikel 72.1 b) i LOU-direktivet, artikel 89.1 b) i LUF-direktivet respektive artikel 43.1 b) i LUK-direktivet. Artiklarna har införts i de svenska lagarna genom 17 kap. 11 § LOU, 16 kap. 11 § LUF respektive 14 kap. 11 § LUK.

Bestämmelsen gäller endast ändringar av kontrakt och inte av ramavtal. Detta följer av att det inte är möjligt att göra kompletterande beställningar från ett ramavtal utan så kan bara ske från kontrakt.

Ändringar i form av kompletterande beställningar får enligt bestämmelsen ske av såväl varor som tjänster och byggentreprenader. Eftersom det inte finns några varukoncessioner gäller undantaget i LUK bara kompletterande beställningar av tjänster eller byggentreprenader. Att bestämmelsen anges omfatta just kompletterande beställningar får

anses betyda att inte alla typer av tillkommande beställningar omfattas utan de måste på något sätt kunna anses utgöra en komplettering eller tillägg i förhållande till det ursprungliga kontraktet. Det kan exempelvis handla om leveranser i syfte att delvis ersätta eller utöka befintliga tjänster, varor eller anläggningar.²⁷ Leveranser av tillbehör eller reservdelar till befintliga varor borde också kunna utgöra kompletterande beställningar eftersom det inte vore rimligt om det skulle vara möjligt att komplettera med en helt ny produkt, men inte med en reservdel.

Frågan om var gränsen går mellan en tillåten komplettering och en otillåten anskaffning har aktualiserats i svensk rättspraxis i förhållande till undantaget för köp av kompletterande varor genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering (se avsnitt 6.3.1 för en jämförelse mellan möjligheterna till kompletterande beställningar i form av ändringar av det befintliga kontraktet respektive genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering).

Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2691-11 rörde ett landsting som sedan tidigare hade fyra videoprocessorer och som med tillämpning av undantaget köpte in ytterligare två stycken. Den ena av dessa skulle ersätta en gammal videoprocessor medan den andra utgjorde ett tillskott. Efter inköpet hade landstinget således fem videoprocessorer. Enligt kammarrätten utgjorde köpet av den andra videoprocessorn en nyanskaffning och inte en komplettering varför undantaget inte var tillämpligt på köpet i sin helhet.

Kammarrättens bedömning är mycket strikt och det kan ifrågasättas om den är korrekt. Även om den andra videoprocessorn utgjorde en nyanskaffning ska det vara tillåtet att genomföra kompletterande beställningar i syfte att utöka eller göra tillägg till befintliga varor. Förutsatt att den andra videoprocessorn inte skilde sig från den

²⁷ Jfr skäl 108 i LOU-direktivet respektive skäl 114 i LUF-direktivet.

befintliga maskinparken på något väsentligt sätt är det svårt att se varför den inte skulle anses utgöra en tillåten utökning av de befintliga maskinerna.

Att de kompletterande beställningarna måste ske från den leverantör som tilldelats kontraktet är en självklarhet, men anges också uttryckligen i bestämmelsen.

Bestämmelsen innehåller en punktlista med tre förutsättningar som alla måste vara uppfyllda för att ändringen ska vara tillåten. Dessa är:

- ▶ att beställningen blivit nödvändig,
- ▶ att leverantören av ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas ut, och
- ▶ att ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten eller enheten.

Innebörden av kravet att beställningen blivit nödvändig är oklar. I direktiven har kravet en förhållandevis undanskymd plats i löptexten medan man i den svenska lagtexten valt att lyfta fram kravet först i punktlistan med rekvisit.

Kravet att en upphandlande myndighet eller enhet ska kunna visa på ett nödvändigt behov återfinns även i förhållande till undantaget för förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska som inte kunnat förutses.²⁸ I detta undantag förutsätts dock att anskaffningen är *absolut* nödvändig, vilket i rättspraxis ansetts uppfyllt när ett upphörande av leveranserna inom en snar framtid skulle få mycket allvarliga konsekvenser för människors liv och hälsa.²⁹ I ändringsbestämmelsen uppställs inget krav på att beställningen blivit absolut nödvändig, vilket tyder på att kravet i vart fall är lägre ställt än vid synnerlig brådska.

I direktivskälen anges att upphandlande myndigheter eller enheter ”kan ställas inför situationer där kompletterande byggentreprenader, varor eller tjänster behövs”. Mot bakgrund av detta ska man möjligen läsa kriteriet som att beställaren anser sig behöva kompletteringsköpet och så länge en komplettering inte framstår som obehövlig är kriteriet uppfyllt. Detta lär dock bli föremål för domstolsprövning.

I direktiven anges exempel på vad som kan anses utgöra tekniska skäl enligt andra punkten. Det kan röra sig om krav på utbytbarhet eller driftskompatibilitet med redan befintlig utrustning, tjänster eller installationer.

Det ges ingen ledning i direktiven om vad som avses med ekonomiska skäl eller betydligt större omkostnader enligt andra respektive tredje punkten. Enligt det standardformulär som ska användas för annonsering om kompletterande beställningar (se standardformulär 20 enligt Kommissionens genomförandeförordning (EU) 2015/1986) framgår dock att den upphandlande myndigheten eller enheten bland annat ska beskriva ”fördubblingen av kostnaden vilken förhindrar ett byte av uppdragstagare”. Detta talar för att de omkostnader som är förknippade med att byta leverantör måste medföra minst en fördubbling av kostnaderna för att det ska föreligga ekonomiska skäl eller betydligt större omkostnader.

Samtliga tre punkter måste vara uppfyllda för att undantaget ska kunna tillämpas men det är svårt att se syftet med kravet i tredje punkten. Som anges i propositionen lär det faktum att en leverantör inte kan bytas ut på grund av tekniska skäl enligt andra punkten även innebära att ett leverantörsbyte skulle medföra betydande olägenheter enligt tredje punkten. Detsamma

²⁸ Se t.ex. 6 kap. 15 § LOU.

²⁹ Se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs mål nr I446–I452–I2.

³⁰ Se prop. 2015/16:195, s 1129 f.

gäller de ekonomiska skälen. Att leverantören inte kan bytas ut av ekonomiska skäl enligt andra punkten får även anses innebära att ett leverantörsbyte skulle medföra betydligt större omkostnader enligt tredje punkten.³⁰ Om omständigheterna enligt andra punkten är för handen innebär det att även tredje punkten är uppfylld. Tredje punkten förefaller således vara överflödig.

I propositionen anges att det måste anses vara omöjligt att byta leverantör enligt andra och tredje punkten ”om ett leverantörsbyte skulle vara en otillåten ändring av kontraktet”.³¹ Regeringen verkar alltså tolka skrivningarna om byte av leverantör i andra och tredje punkten som ett byte av avtalspart i det ursprungliga kontraktet. Kraven i andra och tredje punkten skulle alltså enligt regeringen vara uppfyllda så fort det inte är möjligt att byta leverantör i enlighet med bestämmelsen om ändringar i form av leverantörsbyte (se avsnitt 6.5). Denna slutsats är enligt vår uppfattning inte korrekt.

Kravet att det inte ska vara möjligt att byta leverantör kan inte förstås på annat sätt än att det inte är möjligt för någon annan leverantör att tillhandahålla de kompletterande beställningarna. Frågan om det är möjligt att byta leverantör ska endast bedömas i förhållande till de kompletterande beställningarna och har inget att göra med ett lovligt leverantörsbyte i det ursprungliga avtalet. Om det skulle vara möjligt för någon annan leverantör att utföra leveranserna skulle det i sådana fall ske genom att den upphandlande myndigheten eller enheten tecknar ett nytt kontrakt (efter upphandling om så krävs) endast avseende de kompletterande beställningarna.

En ytterligare förutsättning för att undantaget ska kunna tillämpas är att värdet av den kompletterande beställningen inte medför att kontrakt-

svärdet ökar med mer än 50 procent. Denna begränsning finns dock endast i LOU och LUK. För ändringar i form av kompletterande beställningar enligt LUF gäller ingen motsvarande begränsning utan de kan vara av större värde. Hur man beräknar värdet av det befintliga kontraktet respektive ändringen har behandlats i avsnitt 5.

För det fall den upphandlande myndigheten eller enheten genomför flera kompletterande beställningar under kontraktets löptid gäller begränsningen i värde för varje enskild beställning. Förutsatt att alla kraven är uppfyllda kan en myndighet alltså genomföra flera kompletterande beställningar efter varandra där varje enskild beställning ökar kontraktsvärdet med upp till 50 procent.

Möjligheten att göra flera kompletterande beställningar efter varandra får dock inte utnyttjas i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.³² En upphandlande myndighet som har ett behov att göra en kompletterande beställning som skulle medföra att kontraktsvärdet ökar med exempelvis 60 procent får alltså inte dela upp beställningen i två eller flera delar för att komma under beloppsgränsen.

6.3.1 Förhållande till förhandlat förfarande utan annonsering

Ett alternativ till kompletterande beställningar genom ändringar av avtalet är att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Denna möjlighet regleras i 6 kap. 17 p. 2 § LOU och 6 kap. 10 p. 1 § LUF (kompletterande leveranser av varor) och 6 kap. 18 § LOU och 6 kap. 11 § LUF (kompletterande tjänster eller byggentreprenader).

Förutsättningarna för att kunna genomföra kompletterande beställningar i form av ändringar av kontraktet respektive genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering skiljer

³¹ Se prop. 2015/16:195, s 1129 f.

³² Se prop. 2015/16:195, s 847.

sig dock åt på flera sätt. Bestämmelsen om kompletterande köp av varor genom ett förhandlat förfarande utan annonsering har följande lydelse i LOU:

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för upphandling av varor, om

[...]

2. kontraktet gäller kompletterande leveranser från den ursprungliga varuleverantören under förutsättning att

- a) leveransen antingen syftar till att delvis ersätta varuleveranser eller anläggningar, eller till att utöka befintliga varuleveranser eller anläggningar, och
- b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll,

Kraven på att leveranserna ska ske från den ursprungliga leverantören och att beställningarna ska ske just *kompletterande* varor är desamma i de båda bestämmelserna. För att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering uppställs dock inget nödvändighetskrav utan det är tillräckligt att ett leverantörsbyte skulle vara omöjligt eller leda till oproportionerliga svårigheter på grund av tekniska skäl. De tekniska skäl som anges i denna bestämmelse får anses ha samma innebörd som tekniska skäl i ändringsbestämmelsen.

Vad gäller ekonomiska skäl finns ingen motsvarighet i denna bestämmelse till vad som anges i ändringsbestämmelsen. Det är alltså inte möjligt att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att göra kompletterande beställningar av varor på grund av ekonomiska skäl.

Möjligheten att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering förutsätter inte heller att den kompletterande beställningen

understiger ett visst värde på så sätt som gäller enligt ändringsbestämmelsen i LOU och LUK.

I de fall svårigheterna med att göra den kompletterande beställningen från en annan leverantör beror på tekniska skäl kan inget av alternativen anses betydligt mer tillåtande än det andra. Den största skillnaden i dessa situationer är att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte uppställer någon övre gräns för värdet på den kompletterande beställningen. Det är därför möjligt att genomföra större kompletterande beställningar genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering än genom en ändring i kontraktet enligt LOU och LUK.

Om svårigheterna med att beställa från en annan leverantör enbart beror på ekonomiska skäl (dvs. det anses bli för dyrt) är ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering dock inte något alternativ, utan den upphandlande myndigheten eller enheten kan bara genomföra kompletterande beställningar av varor genom en ändring av det ursprungliga kontraktet.

Bestämmelsen om kompletterande köp av tjänster eller byggtreprenader genom ett förhandlat förfarande utan annonsering har följande lydelse i LOU:

En upphandlande myndighet får använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det gäller en ny tjänst eller byggtreprenad som är en upprepning av tidigare tjänster eller byggtreprenader under förutsättning att

1. de nya arbetena ingår i ett projekt som tidigare varit föremål för ett upphandlingsförfarande,
2. arbetena tilldelas samma leverantör,
3. de nya tjänsterna eller byggtreprenaderna är i överensstämmelse med det ursprungliga projektet,
4. omfattningen av möjliga tillkommande tjänster eller byggtreprenader och villkoren för tilldelningen av dem har angetts i upphandlingsdokumenten för den ursprungliga upphandlingen,

5. värdet av det nya kontraktet har ingått i uppskattningen av värdet av den ursprungliga upphandlingen, och
6. det i samband med den ursprungliga upphandlingen har angetts att det nu avsedda förfarandet kunde komma att användas.

Jämfört med undantaget för ändring av avtalet på grund av kompletterande beställningar framgår att möjligheten att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering ställer höga krav på förutsebarhet hos den upphandlande myndigheten eller enheten. Myndigheten eller enheten måste ange i upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen både att ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering kan komma att användas och omfattningen av de kompletterande tjänster eller byggtreprenader som eventuellt kan komma att behövas. Värdet av de kompletterande tjänsterna eller byggtreprenaderna måste även inkluderas i beräkningen av kontraktsvärdet i den ursprungliga upphandlingen.

Till skillnad från ändringsbestämmelsen, uppställs dock inget nödvändighetskrav eller krav på tekniska eller ekonomiska svårigheter för det fall beställningarna skulle ske från en annan leverantör. En upphandlande myndighet eller enhet behöver således inga särskilda skäl för att genomföra en komplettering genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, utan det är tillräckligt att kompletteringen aviserats på korrekt sätt. Det innebär att om det kompletterande behovet är förutsebart medger bestämmelsen om förhandlat förfarande utan föregående annonsering ett större utrymme för kompletterande beställningar av tjänster eller byggtreprenader.

Det kan noteras att kravet på avisering innebär att kompletterande beställningar genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering har likheter med en option. Kraven på tydlighet är likvärdiga med de som gäller för optionsklausuler, men det förhandlade förfarandet utan föregående

annonsering kan endast tillämpas för en upprepning av tidigare tjänster eller byggtreprenader. Någon motsvarighet till kravet att optionsklausulen inte får medföra att avtalets övergripande karaktär ändras finns dock inte. En upphandlande myndighet eller enhet som vill inkludera en optionsklausul avseende köp av tjänster eller byggtreprenader kan därför överväga att istället avisera om kompletterande beställningar genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Detta visar hur nära dessa bestämmelser ligger varandra och att gränsen inte alltid är tydlig.

Det kan uppstå situationer när förutsättningarna för att genomföra en kompletterande beställning är uppfyllda i förhållande till båda alternativen, dvs. en kompletterande beställning kan genomföras både som en ändring av det befintliga kontraktet och genom ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Varken lagtexten eller förarbetena nämner något om en inbördes prioritering i dessa situationer utan det förefaller som att den upphandlande myndigheten eller enheten kan välja fritt mellan de båda alternativen.

Givet att båda alternativen är tillåtna är skillnaderna dem emellan mycket små och rör huvudsakligen formaliafrågor. Exempelvis kommer den kompletterande beställningen utgöra ett separat avtal i förhållande till det ursprungliga avtalet om kompletteringen genomförs genom ett förhandlat förfarande utan föregående förfarande medan beställningen förs in i det ursprungliga avtalet om ändringsalternativet tillämpas. Mot bakgrund av detta är det svårt att se att det skulle finnas några särskilda för- eller nackdelar med de respektive alternativen utan det blir mer en smaksak vad som passar bäst i den enskilda situationen.

6.4 OFÖRUTSEBARA OMSTÄNDIGHETER

Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling, om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet. En sådan ändring får dock inte

1. medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, eller
2. innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent.

Om flera på varandra följande ändringar genomförs, ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.

Bestämmelsen om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter återfinns i 17 kap. 12 § LOU, 16 kap. 12 § LUF respektive 14 kap. 12 § LUK och genomför artikel 72.1 c) i LOU-direktivet, artikel 89.1 c) i LUF-direktivet respektive artikel 43.1 c) i LUK-direktivet.

En upphandlande myndighet eller enhet kan ställas inför yttre omständigheter som inte varit möjliga att förutse när de tilldelade kontraktet. Att alltid behöva genomföra ett nytt upphandlingsförfarande för att anpassa kontraktet eller ramavtalet till dessa omständigheter skulle vara onödigt tids- och resurskrävande. För att skapa en viss flexibilitet har det därför införts ett undantag som tillåter ändringar i avtal på grund av oförutsedda omständigheter.

Enligt lagtexten är en förutsättning för att ändringen ska vara tillåten att den upphandlande myndigheten eller enheten vid tidpunkten för

tilldelningsbeslutet varken förutsåg eller borde ha förutsett de omständigheter som senare orsakar behovet av ändringen. I skälen till direktiven³³ framgår endast att begreppet oförutsebara omständigheter tar sikte på sådana yttre omständigheter som inte kunnat förutses vid tilldelningen, trots att det vidtagits skälig omsorg i förberedelserna inför tilldelningen.

Det är alltså en objektiv bedömning som ska göras utifrån vad en normalt omdömesgill upphandlande myndighet eller enhet rimligtvis borde kunna förutse. Detta innebär att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan skylla på inre omständigheter som till exempel bristande kunskap eller bristande planering för att göra en ändring enligt denna bestämmelse.

Begreppet oförutsebara omständigheter är inte nytt inom upphandlingsrätten. I förarbetena anges att bestämmelsen om ändringar på grund av oförutsedda omständigheter är en vidareutveckling av artikel 31.4 a) i 2004 års LOU-direktiv om möjligheten att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid inköp av kompletterande byggentreprenader eller tjänster.³⁴ Att det förelegat oförutsebara omständigheter utgör också ett av kraven som måste vara uppfyllda för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska.

Det finns inga indikationer på att lagstiftaren avsett att begreppet oförutsebara omständigheter ska ha någon annan innebörd i förhållande till möjligheten att genomföra ändringar av ingångna kontrakt och ramavtal jämfört med möjligheten att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Tidigare rättspraxis om förhandlat förfarande utan föregående annonsering bör därför kunna ge ledning om vad som kan anses utgöra oförutsebara omständigheter.

³³ Se skäl 109 till LOU-direktivet, skäl 115 till LUF-direktivet respektive skäl 76 till LUK-direktivet.

³⁴ Prop. 2015/116:195, s 1130.

I EU-domstolens praxis har kravet på oförutsebarhet ställts högt och omständigheterna ska i princip ha karaktären av force majeure, som exempelvis naturkatastrofer eller epidemier, för att anses som oförutsebara. Det kan noteras att EU-domstolen inte vid något tillfälle godtagit de skäl som en upphandlande myndighet eller enhet fört fram till stöd för att det skulle förelegat oförutsebara omständigheter.

Även Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 3208-14 och 3209-14 uttalat att kravet att en omständighet inte kunnat förutses innebär att omständigheten närmast ska ha karaktären av force majeure.

En annan fråga som aktualiserats flera gånger i svensk praxis är hur kravet på oförutsebarhet ska tolkas i förhållande till att en pågående upphandling överprövas och därmed drar ut på tiden. Den upphandlande myndigheten eller enheten har genomfört ett annonserat förfarande men på grund av att detta överprövas löper det befintliga kontraktet ut och myndigheten eller enheten anser sig tvungen att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering för att säkerställa sitt behov.

Det faktum att en upphandling kan komma att överprövas kan inte ses som något oförutsebart varför viss tid för en eventuell överprövningsprocess måste räknas in i planeringen av en upphandling. Frågan är dock hur lång tid. Tiden för en överprövningsprocess kan variera från ett par månader till flera år om målet prövas i flera instanser. Konkurrensverket har uttalat att vad som kan anses som rimlig framförhållning får ske med beaktande av den aktuella upphandlingens art, omfattning och komplexitet. Med hänsyn till att ungefär 20 procent av förvaltningsrätternas avgöranden överklagas till kammarrätterna bör upphandlande myndigheter åtminstone avsätta

den tid som kan förväntas gå åt vid en tvåinstansprövning, dvs. för prövning i förvaltningsrätt och kammarrätt.³⁵ Under 2015 var genomsnittstiden för en sådan tvåinstansprövning 7,6 månader.³⁶

I sammanhanget kan också Högsta förvaltningsdomstolens mål HFD 2014 ref. 49 noteras. Målet rörde storleken på upphandlingsskadeavgift när en upphandlande myndighet genomfört en otillåten direktupphandling men avtalet fått bestå på grund av tvingande hänsyn till ett allmänintresse. Den upphandlande myndigheten hade genomfört en annonserad upphandling av livsmedel som överprövats och direktupphandlade ett kontrakt för att täcka behovet under tiden för överprövningsprocessen. Tilldelningsbeslut i den annonserade upphandlingen meddelades endast tre månader innan avtalstiden för det tidigare avtalet löpte ut.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att det i huvudsak låg utanför kommunernas kontroll att den annonserade upphandlingen inte kunnat avslutas som planerat, att inköp av livsmedel inte kunde vänta och att kommunerna tidsbegränsat de direktupphandlade kontrakten till dess upphandlade kontrakt kunde ingås och fann mot denna bakgrund att det var fråga om en ringa överträdelse och att det inte fanns något behov av att utdöma upphandlingsskadeavgift i avskräckande syfte.

Domstolen tog visserligen inte upp tidsramarna i upphandlingen i sin dom och har alltså ännu inte prövat frågan om, och hur mycket tid, en upphandlande myndighet måste ta höjd för överprövning i sin planering. Slutsatsen att upphandlingsskadeavgift inte skulle utdömas skulle dock kunna ses som ett indirekt accepterande av den begränsade tiden mellan tilldelningsbeslutet och det tidigare avtalets upphörande.

³⁵ Se skäl 109 till LOU-direktivet, skäl 115 till LUF-direktivet respektive skäl 76 till LUK-direktivet.

³⁶ Prop. 2015/116:195, s 1130.

En fråga som i skrivande stund är uppe för prövning av Högsta förvaltningsdomstolen är om det föreligger sådana oförutsebara omständigheter som kan motivera ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering när regeringen gett en upphandlande myndighet eller enhet uppgifter som ska utföras inom en snäv tidsram (Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 4575-15).

Även om det föreligger oförutsebara omständigheter får ändringen inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras eller att värdet på kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent. Detta tröskelvärde gäller dock bara i förhållande till LOU och LUK. För ändringar på grund av oförutsebara omständigheter som genomförs enligt LUF finns ingen motsvarande begränsning av värdet på ändringen. Begreppet övergripande karaktär och hur man beräknar värdet av en upphandling har behandlats i avsnitt 4 respektive avsnitt 5.

För det fall den upphandlande myndigheten eller enheten genomför flera ändringar på grund av oförutsebara omständigheter under kontraktets löptid gäller begränsningen i värde för varje enskild beställning. Förutsatt att alla kraven är uppfyllda kan en myndighet alltså genomföra flera ändringar efter varandra där varje enskild ändring ökar kontraktsvärdet med upp till 50 procent. Möjligheten att göra flera ändringar efter varandra får dock inte utnyttjas i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.³⁷ En upphandlande myndighet som på grund av oförutsebara omständigheter har ett behov att göra en ändring som skulle medföra att kontraktsvärdet ökar med exempelvis 60 procent får alltså inte dela upp ändringen i två eller flera delar för att komma under beloppsgränsen.

6.5 BYTE AV LEVERANTÖR

Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras genom att en leverantör byts ut mot en annan leverantör utan en ny upphandling, om

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet.

Ett byte av leverantör enligt första stycket förutsätter att den nya leverantören inte ska uteslutas enligt 13 kap. 1 § eller 2 § första stycket och att den uppfyller de kvalificeringskrav som har ställts i den ursprungliga upphandlingen enligt 14 kap. 1–5 §§.

En underleverantör till leverantören får utan en ny upphandling också inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Bestämmelsen om ändringar i form av byte av leverantör återfinns i artikel 72.1 d) i LOU-direktivet, artikel 89.1 d) i LUF-direktivet respektive artikel 43.1 d) i LUK-direktivet. Artiklarna har införts i de svenska lagarna genom 17 kap. 13 § LOU, 16 kap. 13 § LUF respektive 14 kap. 13 § LUK.

Byte av leverantör i upphandlade avtal har mot bakgrund av EU-domstolens dom i mål C-454/06, Presstext varit en ofta återkommande fråga. De

³⁷ Se prop. 2015/16:195, s 847.

svenska domstolarna och Konkurrensverket har generellt sett tillämpat en strikt tolkning av *Presstext* och varit motvilliga att tillåta leverantörsbyten under andra omständigheter än de som förelåg i domen. Bestämmelsen om ändringar i form av byte av leverantör utgör i huvudsak en kodifiering av *Presstext*, men inkluderar även andra situationer än de som specifikt förelåg i rättsfallet. Bestämmelsen innebär således ett välkommet klargörande av vilka omständigheter som kan motivera ett leverantörsbyte i upphandlade avtal.

I direktivtexten hänvisas bara till leverantörsbyte i kontrakt vilket skulle kunna innebära att det inte är möjligt att tillämpa bestämmelsen i förhållande till ramavtal. Som konstaterats i förarbetena är direktiven dock inkonsekventa i sin hänvisning till kontrakt respektive ramavtal. Mot bakgrund av detta och att det inte ansågs finnas något rationellt skäl för att inte möjliggöra leverantörsbyte i ramavtal inkluderades ramavtal i den svenska lagtexten.³⁸

Med leverantörsbyte får i detta avseende anses innebära att den upphandlande myndigheten eller enhetens avtalspart i det upphandlade kontraktet eller ramavtalet byts ut. Rent interna ändringar inom leverantören, oavsett karaktär, bör inte anses medföra att leverantören byts ut utan det får antas krävas att det är en helt annan juridisk person som träder in i avtalet. Situationer där en underleverantör eller liknande byts ut mot andra omfattas inte heller av bestämmelsen. Tillåtligheten av ett sådant byte får istället bedömas i enlighet med de övriga undantagen, exempelvis bestämmelsen om väsentliga ändringar.

I bestämmelsen stadgas två tillåtna typer av leverantörsbyte, byte på grund av företagsomstruktureringar och byte genom en underleverantörs inträde i leverantörens ställe. Byte av leverantör kan även ske med stöd av en ändringsklausul eller option vilket behandlats i avsnitt 6.2. Bestämmelsen

omfattar inte partsbyte på beställarsidan utan ett sådant byte får bedömas i förhållande till bestämmelsen om ändringar som inte är väsentliga, se avsnitt 6.6. I förarbetena anföras att kontrakt och ramavtal borde kunna överföras vid en verksamhetsövergång mellan statliga förvaltningsmyndigheter utan att det anses vara en väsentlig ändring.³⁹

Av bestämmelsen följer att en leverantör kan bytas ut i ett kontrakt eller ramavtal om bytet sker på grund av företagsomstruktureringar. Begreppet företagsomstruktureringar förekommer inte tidigare i svensk lagstiftning och definieras inte på något sätt varför det får bli en tolkningsfråga vad begreppet anses omfatta. I direktivet och lagtexten ges några exempel på vad som ska anses utgöra företagsomstruktureringar, nämligen uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens.

Uppköp och förvärv innebär att ett företag köps av en utomstående intressent. Skillnaden dem emellan är inte helt klar, men uppköp används vanligtvis vid köp av publika bolag vars aktier är upptagna till försäljning på en aktiebörs medan förvärv brukar beteckna köp av privata företag. Förvärv kan ske av hela företag, men även av begränsade delar av ett företag så som en viss verksamhet, så kallad verksamhetsöverlåtelse eller inkråmsförvärv. Den befintliga leverantören kan exempelvis ha fattat ett beslut om att sluta med en viss verksamhet och vill därför sälja denna del av bolaget.

En sammanslagning, eller fusion som det också kallas, sker när två eller flera företag går samman. Det kan ske antingen genom att det ena företaget formellt sett upphör att existera för att istället gå in i det övertagande företaget eller genom att båda företagen upphör att existera för att istället gå ihop till ett helt nytt företag.

Insolvens innebär att någon är på ekonomiskt obestånd och inte kan betala sina skulder i tid. För

³⁸ Prop. 2015/16:195, s 846 f.

³⁹ Prop. 2015/16:195, s 1132.847.

ett företag leder insolvens till konkurs eller till företagsrekonstruktion. Företagsomstruktureringar på grund av insolvens skulle exempelvis kunna bestå i att ett konkursbo säljer hela eller delar av den befintliga verksamheten till ett annat företag.

De exempel på företagsomstruktureringar som ges i lagtexten är inte uttömmande utan även andra typer av företagsomstruktureringar kan komma ifråga. Andra situationer som skulle kunna aktualiseras är exempelvis interna omorganiseringar. Ett företag kan t.ex. vilja samla sin verksamhet av en viss typ i ett nytt dotterbolag. Detta var också situationen i *Presstext*.

Det väsentliga är att leverantörsbytet sker till följd av någon form av omstrukturering. Man kan tänka sig en situation där den befintliga leverantören har ett upphandlat kontrakt med dåliga ekonomiska marginaler och därför vill överlåta detta kontrakt till ett annat företag. Om den befintliga leverantören vill fortsätta med den aktuella verksamheten i övrigt och alltså endast sälja kontraktet ifråga utgör detta inte en företagsomstrukturering. Undantaget om leverantörsbyte kan därför inte tillämpas.

Utöver att leverantörsbytet ska ske till följd av en företagsomstrukturering krävs att

- den nya leverantörens inträde inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet, och
- att de obligatoriska uteslutningsgrunderna och kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen tillämpas på den nya leverantören.

Kravet att den nya leverantörens inträde inte får medföra några andra väsentliga ändringar innebär att villkoren i det ursprungliga avtalet måste kunna upprätthållas trots leverantörsbytet. Anta exempelvis att ett leverantörsbyte skulle behöva medföra att den upphandlande myndigheten eller enheten fränfaller ett obligatoriskt krav på viss leveranstid eftersom den nya leverantören har sin produktion placerad mycket längre bort än den ursprungliga leverantören. Ett sådant fränfallande riskerar att utgöra en väsentlig förändring vilket

i så fall skulle göra leverantörsbytet otillåtet.

Att den nya leverantören måste uppfylla de obligatoriska kraven i den ursprungliga upphandlingen avseende uteslutningsgrunder och kvalificeringskrav är en självklarhet. Om dessa krav inte skulle behöva tillämpas på den nya leverantören skulle ändringsmöjligheten kunna användas för att kringgå kraven i den ursprungliga upphandlingen vilket inte skulle vara förenligt med transparens- och likabehandlingsprincipen. Den upphandlande myndigheten eller enheten måste alltså kunna visa att den nya leverantören hade kvalificerat sig om denne deltagit i den ursprungliga upphandlingen.

Tillämpningen av båda dessa förutsättningar är i de flesta fall förhållandevis okomplicerad. Frågan uppstår dock hur dessa krav förhåller sig till upphandlingar där endast ett urval av de intresserade leverantörerna bjuds in att lämna anbud vilket exempelvis kan ske vid ett selektivt förfarande. I sådana fall har ju den antagna leverantören inte bara uppfyllt relevanta urvalskriterier utan bedömts uppfylla dem på ett bättre sätt än andra leverantörer.

Om man antar att den nya leverantören inte kan anses uppfylla urvalskriterierna lika bra som den ursprungliga leverantören innebär detta att den nya leverantören inte skulle ha getts möjlighet att lämna anbud i den ursprungliga upphandlingen. Det skulle kunna ses som att den upphandlande myndigheten eller enheten i och med leverantörsbytet fränfaller eller lättar på kraven i den ursprungliga upphandlingen. En upphandlande myndighet eller enhet som vill genomföra ett leverantörsbyte i ett avtal som upphandlats med ett urvalsförfarande i kvalificeringsfasen bör därför eftersträva att kunna visa att den nya leverantören uppfyller urvalskriterierna minst lika bra som den ursprungliga leverantören (vilket kan ske med hjälp av de resurser och den kapacitet som övertas).

Av bestämmelsen framgår att ett leverantörsbyte inte behöver innebära ett fullständigt byte utan

den nya leverantören kan ”helt eller delvis” inträda i den ursprungliga leverantörens ställe. Att den nya leverantören endast inträder delvis i den ursprungliga leverantörens ställe får rimligtvis förstås på så sätt att den nya leverantören endast övertar en begränsad del av det upphandlade uppdraget och den ursprungliga leverantören kvarstår i övriga delar. Det upphandlade avtalet delas alltså i praktiken upp mellan två leverantörer, den ursprungliga leverantören och den nya leverantören.

Situationer när ett sådant delvis leverantörsbyte skulle kunna aktualiseras är till exempel vid verksamhets- eller inkrämsöverlåtelse. Anta till exempel att ett landsting upphandlat konsulttjänster inom flera olika områden så som rekrytering, redovisning och IT. Leverantören beslutar vid ett senare tillfälle att inte längre tillhandahålla IT-konsulttjänster och säljer därför denna del av verksamheten till ett annat bolag. Detta bolag skulle då kunna träda in i kontraktet med landstinget (givetvis förutsatt att övriga villkor för ett leverantörsbyte är uppfyllt) i den del som avser IT-konsulttjänster.

Även om lagen tillåter ett sådant delvis leverantörsbyte kan det finnas anledning att försöka undvika liknande lösningar. Genom att ta in ytterligare en avtalspart kan det uppstå oklarheter kring ansvarsfördelningen mellan de båda leverantörerna, särskilt om deras respektive uppdrag på något sätt är beroende av varandra. Den upphandlande myndigheten eller enheten kan därmed hamna i en situation när ingen av leverantörerna vill ta ansvar för uppkomna fel utan endast skyller på varandra, en väsentligt sämre situation jämfört med om man endast haft en avtalspart att vända sig mot. Inför ett eventuellt delvis leverantörsinträde bör därför nog övervägas hur ansvarsfördelningen ska regleras.

Bestämmelsen möjliggör också leverantörsbyte på det sättet att en underleverantör till den ursprungliga leverantören inträder i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan

leverantören, myndigheten/enheten och underleverantören. I dessa fall uppställs inga krav på att underleverantören måste uppfylla kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen vilket kan tyckas utgöra en lucka i lagen.

6.6 ÄNDRINGAR SOM INTE ÄR VÄSENTLIGA

Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras utan en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§, om ändringen inte är väsentlig.

En ändring ska anses vara väsentlig, bl.a. om den

1. 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,
2. innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. innebär byte av leverantör.

Bestämmelsen om väsentliga ändringar återfinns i artikel 72.1 e) och 72.4 i LOU-direktivet, artikel 89.1 e) och 89.4 i LUF-direktivet respektive artikel 43.1 e) och 43.4 i LUK-direktivet. Artiklarna har införts i de svenska lagarna genom 17 kap. 14 § LOU, 16 kap. 14 § LUF respektive 14 kap. 14 § LUK.

De ändringsbestämmelser som behandlats i tidigare avsnitt rör alla specifika situationer där ett flertal angivna förutsättningar måste vara uppfyllda för att ändringarna ska vara tillåtna. Att en ändring inte faller in under någon av dessa specifika situationer betyder inte nödvändigtvis

att ändringen är otillåten. Ändringen kan fortfarande vara möjlig att genomföra förutsatt att den inte anses vara väsentlig. Direktivens artiklar och de svenska bestämmelserna anger i fyra punkter de överväganden som måste göras för att bedöma om en ändring ska anses vara väsentlig. Det föreligger dock två huvudsakliga skillnader mellan direktiven och de svenska bestämmelserna.

Den första skillnaden avser betydelsen av ändringens värde vid bedömningen av väsentligheten. I direktivens respektive artiklar anges i punkten 1 e) att ändringen är tillåten om den oberoende av sitt värde inte är väsentlig på de sätt som anges i punkten 4. I den svenska lagtexten saknas hänvisning till att icke väsentliga ändringar är tillåtna oberoende av sitt värde.

Vi tolkar direktivens skrivning som att värdet på ändringen inte ska tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen av om ändringen ska anses vara väsentlig eller inte. Väsentlighetsbedömningen utgörs alltså inte av en kvantitativ bedömning av om ändringen medför en ”betydande” skillnad i värde eller överstiger en viss procent, utan bedömningen ska göras genom att pröva ändringen enligt de överväganden som anges i de fyra angivna punkterna.

Även ändringar av lågt värde kan alltså anses vara väsentliga (förutsatt att värdet inte är så lågt att ändringen är de minimis). Ändringar kan likaledes visa sig vara icke väsentliga och därmed tillåtna trots att de är av stort värde, t.ex. en stor prissänkning (se vidare härom nedan).

Varför hänvisningen till en värdeoberoende bedömning inte tagits med i de svenska bestämmelserna berörs varken av Lagrådet eller av regeringen. Möjligen har lagstiftaren förbisett skrivningen i direktivet. I författningskommentaren till bestämmelsen anges nämligen att prishöjningar som överstiger gränserna enligt bestämmelsen om ändringar av mindre värde alltid är att anse

som väsentliga.⁴⁰ En sådan slutsats ska dock enligt vår mening inte grundas på själva storleken på prishöjningen, utan på att en ren prishöjning (dvs. utan ett korresponderande åtagande från leverantören) helt enkelt rubbar den ekonomiska balansen i avtalet till leverantörens fördel. I konsekvens härmed är det vår bedömning att en ren prissänkning (dvs. som sker utan motprestation för den upphandlande myndigheten eller enheten) även om den är av betydande storlek, inte är att anse som en väsentlig ändring eftersom den ekonomiska balansen i avtalet inte rubbas till leverantörens fördel och att prissänkningen i sig inte heller kan anses snedvrída konkurrensen vid upphandlingstidpunkten (se punkt 86 i *Presstext*).

Enligt direktiven och de svenska bestämmelserna är en ändring väsentlig om den:

- inför nya villkor som, om de 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,
- innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören,
- medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
- innebär byte av leverantör i någon annan situation än de som uttryckligen är tillåtna enligt övriga ändringsbestämmelser.

Samtliga dessa överväganden eller ändringstyper kommer från *Presstext*. I den svenska lagtexten anges att uppräkningsen är exemplifierande genom att förkortningen ”bl.a.” används, vilket utgör den andra skillnaden mot direktiven. I direktiven anges istället att en ändring är väsentlig om ändringen innebär att avtalet ”till sin art skiljer sig väsentligt” från det avtal som ursprungligen

⁴⁰ Prop. 2015/16:195, s.1132.847.

ingicks och att en ändring ”i alla händelser” är väsentlig om någon av de fyra punkterna är uppfyllda. Om avsikten i direktiven varit att ange ett antal exempel menar vi att direktivförfattarna troligtvis hade uttryckt sig annorlunda.

Vi anser att EU-domstolens avgörande i *Finn Frogne*, som alltså kom efter direktiven, ger stöd för detta synsätt. I domskäl 28 inleder EU-domstolen med påminnelsen att principerna om likabehandling och öppenhet och insyn utgör hinder mot ändringar som uppvisar betydande skillnader jämfört med det ursprungliga kontraktet (dvs. som är väsentliga) för att i nästa mening slå fast att:

”Så är fallet om de planerade ändringarna antingen resulterar i att kontraktet i hög utsträckning utvidgas till delar som inte ursprungligen föreskrivits, eller i att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller också om dessa ändringar innebär att kontraktstilldelningen kan ifrågasättas på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta... (våra understrykningar)”

Det är tydligt utifrån det sätt som EU-domstolen uttrycker sig på att det är de angivna kriterierna och inga andra som utgör den prövningsram eller bedömningsregel som väsentlighetsbedömningen ska göras enligt i syfte att undersöka om ändringen har en sådan effekt att den underminerar syftet med upphandlingsdirektiven.

Detta understryks i domskäl 33 där EU-domstolen först uttryckligen anger att *”Hänvisningen till parternas avsiktliga vilja att omförhandla kontraktsvillkoren utgör inte en avgörande omständighet”* och i slutet sen klargör att *”Tvärtom ska klassificeringen av den väsentliga ändringen bedömas utifrån ett objektivt synsätt, utifrån de kriterier som EU-domstolen erinrat om i punkt 28 ovan (vår understrykning).”*

EU-domstolens formuleringar lämnar inte något utrymme för ytterligare kriterier (överväganden). Ytterligare en iakttagelse vi gör här är att de tre

första punkterna har karaktären av just överväganden som tar sikte på ändringens konsekvenser och effekt på konkurrensen vid upphandlingstidpunkten, medan den fjärde punkten är en konkret ändringstyp. De tre första punkterna ingår samlat i den bedömningsregel som EU-domstolen tillämpar i *Presstext* (punkterna 35-37) och i *Finn Frogne* (punkt 28 och 33) när domstolen ska avgöra om olika ändringar är väsentliga eller inte. Frågan om leverantörsbytets tillåtlighet avgörs sen i *Presstext* med hjälp av bedömningsregelns tre kriterier. Bestämmelsen om väsentliga ändringar i direktiven och de svenska lagarna består därför av en blandning av bedömningskriterier och en konkret ändringstyp.

Att man stoppar in en konkret ändringstyp i den fjärde punkten har sannolikt att göra med den debatt som väcktes efter EU-domstolens klargörande om leverantörsbyte i *Presstext* och den uppmärksamhet denna fråga fick. Det förhållande att en konkret typ av ändringar anges i regeln gör dock inte de fyra punkterna till icke uttömmande exempel i vår mening.

Oavsett om de fyra punkterna är exempel eller inte har de det gemensamt att de på olika sätt tar sikte på om ändringen snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna vid tidpunkten för upphandlingen, dvs. om ändringen medför att upphandlingen skulle ha fått en annan utgång om den varit en del av anbudsförutsättningarna från början.

En ny möjlighet att senare ta ut ett högre pris eller annars få en bättre eller mindre riskfylld ekonomisk ställning i avtalet rubbar den ekonomiska jämvikten till förmån för leverantören och ändrar de ekonomiska anbudsförutsättningarna med följden att ett annat anbud skulle ha kunnat bli det bästa anbudet. På samma sätt kan en betydande utvidgning av kontraktsföremålet påverka vilka potentiella anbudsgivare som skulle delta i upphandlingen. Ett större mer omfattande uppdrag kan både sälla bort mindre anbudsgivare eller ge andra anbudsgivare annorlunda incitament att lämna anbud eller hur man utformar sitt

anbud. Ändringarna leder med andra ord till att konkurrensen vid tidpunkten för upphandlingen snedvridits till nackdel för övriga befintliga och potentiella anbudsgivare.

I Finn Frogne fann EU-domstolen att en betydande inskränkning av kontraktsföremålet snedvred konkurrensen vid upphandlingstidpunkten eftersom ett mer begränsat kontraktsföremålet vid upphandlingstidpunkten skulle ha medfört att fler eller andra leverantörer hade kunnat lämna anbud i upphandlingen. Exempelvis skulle mindre företag eller företag med kapacitetsanskränkningar ha kunnat lämna anbud om det uppdrag som upphandlades senare blev väsentligt mindre. EU-domstolen förefaller alltså tillämpa bedömningskriteriet i ändringsbestämmelsens första punkt, snarare än att lägga till en femte punkt om väsentliga inskränkningar.

Mot denna bakgrund är det vår tolkning att bestämmelsen om väsentliga ändringar kan uppfattas som ett *konkurrenstest*, dvs. en objektiv bedömning av om och hur konkurrensen i upphandlingen hade påverkats om ändringen varit del av anbudsförutsättningarna vid tidpunkten för upphandlingen.

Parternas eventuella avsikt att omförhandla villkoren är inget objektivt kriterium.⁴¹ Ändringens värdemässiga betydelse är inte heller av självständig betydelse, i vart fall enligt direktiven. Eftersom direktivens skrivning att väsentlighetsbedömningen ska göras oberoende av ändringens värde inte tagits med i de svenska bestämmelserna och man dessutom lagt till ett ”bl.a.” är det bäddat för tolkningssvårigheter i dessa avseenden.

För egen del anser vi att väsentlighetsbedömningen ska ske med hjälp av de objektiva kriterier som anges i väsentlighetsbestämmelsen för att undersöka om och hur ändringen hade påverkat kretsen av möjliga anbudsgivare och om utfallet i upphandlingen hade kunnat bli ett annat om

ändringen utgjort en anbudsförutsättning. Om ändringen medför en snedvridning av konkurrensen vid tidpunkten för upphandlingen är ändringen väsentlig och kräver ett nytt upphandlingsförfarande. Motsatsvis är en ändring som inte snedvrider konkurrensen vid upphandlingstidpunkten inte väsentlig utan kan göras inom ramen för en tillåten avtalsändring.

Följande exempel kan illustrera vad en tillämpning av konkurrenstestet skulle få för resultat i olika situationer.

En upphandling omfattar ett leveransåtagande på 10 000 enheter och leverantör A vinner med styckpriset 1 000 kr. Upphandlingsvärdet är då 10 000 000 kr. Under kontraktstiden minskar myndigheten leveransåtagandet till 5 000 enheter, dvs. en inskränkning med 50 procent, varvid upphandlingens värde halveras till 5 000 000 kr. En sådan stor inskränkning skulle kunna snedvrida konkurrensen eftersom det kraftigt reducerade leveransåtagandet kan medföra att även andra leverantörer, t.ex. mindre företag eller företag med tillfälliga kapacitetsbegränsningar, skulle kunna ha kommit ifråga för kontraktet vid upphandlingstidpunkten. Att däremot sänka priset från 1 000 kr till 500 kr för det ursprungliga leveransåtagandet (vilket också ger ett halverat upphandlingsvärde på 5 000 000 kr) får ingen sådan effekt eftersom konkurrensvillkoren och anbudsförutsättningarna i upphandlingen inte påverkats. Leverantör A var den konkurrenskraftigaste leverantören vid upphandlingen och pris-sänkningen har inte påverkat detta förhållande.

En upphandling avser 100 kopiatorer som ska uppfylla de högt ställda kvalitetskraven X, Y och Z. Leverantör A vinner med sin modell XL DeLux till ett styckpris på 10 000 kr. Under avtalstiden tillåts A byta ut 50 av de 100 XL DeLux-modeller mot 50 st. Basic B-modeller som är en sämre och billigare maskin. Priset är detsamma. Utbytet till

⁴¹ Se EU-domstolens mål C-549/14, Finn Frogne, punkt 33.

den sämre lågprismodellen, oavsett om priset är detsamma eller sänks, ändrar upphandlingens värde och kontraktets art på ett sätt som rubbar avtalets ekonomiska balans till leverantörens fördel. Detta snedvrider konkurrensen eftersom avkall på de höga kvalitetskraven hade påverkat prissättningen och kunnat möjliggöra för leverantörer av sådana maskiner att konkurrera i upphandlingen. En ren prissänkning av XL DeLux-modellen får däremot ingen sådan effekt.

Dessa frågeställningar var relevanta i Högsta förvaltningsdomstolens mål nr 3874-15.⁴² Skälen för prövningstillstånd var att pröva om en ändring av villkor i ett upphandlat kontrakt, i samband med att kontraktet förlängs, innebär att den upphandlande myndigheten och leverantören ingår ett nytt avtal som borde ha föregåtts av en ny upphandling. Målet gällde ett upphandlat avtal mellan Stockholms läns landstings (SLL) och Apoteket AB avseende avtal om maskinell dosdispensering av läkemedel inom öppenvården.⁴³ Lägst pris hade tillämpats som tilldelningskriterium. I avtalet fanns en förlängningsklausul som möjliggjorde förlängning i två år.

Inför förlängningen kom parterna överens om en prissänkning på över 50 procent för dostjänsten. En annan leverantör begärde överprövning av avtalsförlängningens och prissänkningens giltighet. Konkurrenten menade att den stora prissänkningen utgjorde en otillåten väsentlig ändring av avtalet eftersom prissänkningen var betydande och parternas avsikt varit att omförhandla priset som är ett väsentligt avtalsvillkor. I korthet anförde Apoteket att prissänkningen inte

snedvridit konkurrensen och att bedömningen av om prissänkningen var väsentlig i LOU-direktivets mening skulle ske enligt de objektiva kriterier som EU-domstolen slagit fast i *Pressetext* och *Finn Frogne* och att det därvid med tillämplighet av konkurrenstestet skulle prövas om den senare prissänkningen snedvridit konkurrensen vid upphandlingstidpunkten. Apoteket och SLL gjorde även gällande att den prisjusteringsklausul som fanns i avtalet omfattade prissänkningar, om än inte uttryckligen.

Enligt vår uppfattning tog dock Högsta förvaltningsdomstolen inte ställning till de principiella frågorna om hur prissänkningar i samband med en avtalsreglerad förlängning ska bedömas och om väsentlighetsbedömningen ska göras med hjälp av ett sådant konkurrenstest som vi beskrivit i det föregående. Högsta förvaltningsdomstolen stannade vid att tolka parternas avtal och kom fram till att prissänkningar (även betydande sådana) rymdes inom avtalets prisjusteringsklausul. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade därmed att prissänkningen hade stöd i avtalet och utgjorde en *tillämpning* av avtalsvillkoren och inte en ändring.

Detta är också vad Apoteket och SLL argumenterade för i målet, men likväl är det synd att Högsta förvaltningsdomstolen inte tog tillfället i akt och gav ett vägledande avgörande om hur väsentlighetsbedömningen ska göras. Med hänsyn till de oklarheter som finns i ändringsbestämmelserna och att direktiven och svensk lagstiftning uppvisar några betydande skillnader jämfört med varandra, lär det säkert segla upp fler mål och ge Högsta förvaltningsdomstolen en ny möjlighet.

⁴² BOKWALL RISLUND Advokatbyrå var ombud i målet för Apoteket AB.

⁴³ Dosdispensering innebär att läkemedel förpackas så att de läkemedel som en person ska ta vid ett och samma tillfälle sampaketeras. Tjänsten är till för personer med regelbunden och stabil medicinering som inte själva klarar av sin läkemedelshantering.

