

Juridiska institutionen
Juristprogrammet höstterminen 2014
Examensarbete 30 hp

Väsentliga förändringar av upphandlade kontrakt

Mathilda Rydstern

Handledare: Filip Bladini



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Förord	1
Förkortningar	2
1. Inledning	3
1.1 Bakgrund	3
1.2 Syfte och frågeställning	4
1.3 Metod	5
1.4 Avgränsningar	8
1.5 Disposition	9
1.6 Terminologi	9
2. Rättslig bakgrund	10
2.1 Upphandlingsrätt	10
2.1.1 Syftet med att reglera offentlig upphandling	10
2.1.2 Upphandlingsrättsliga principer	11
2.1.3 Reglering av väsentliga förändringar i LOU	16
2.2 Avtalsrätt	17
2.2.1 Vad har avtalsrätten med upphandlingsrätten att göra?	17
2.2.2 Avtalsrättsliga principer	18
2.2.3 Civilrättslig hävning	19
2.2.4 Köplagen	21
2.2.5 Kravet på väsentlighet - en subjektiv bedömning	21
3. Den upphandlande myndigheten	22
3.1 Hävningsklausuler	23
3.2 Är en väsentlig förändring ett väsentligt avtalsbrott?	24
3.3 Upphandlingsrätten som tolkningshjälpmedel	27
3.4 Hävningsgrund införs i det nya direktivet	28
4. Konkurrerande leverantör	31
4.1 Begreppet väsentliga förändringar	31
4.2 Ändringar i det upphandlade kontraktet	34
4.2.1 Resultatet av upphandlingen hade blivit annorlunda	34
4.2.2 Det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde utsträcks väsentligt	37
4.2.3 Kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till leverantörens fördel	39
4.2.4 Ändringar som är reglerade i kontraktet	42
4.2.5 Oförutsebara händelser	47
4.2.6 Underlåtenhet att driva igenom kontraktet	49
5. Kontraktets leverantör	50
5.1 Byte av avtalspart	50
5.2 Leverantörsbyte i det nya direktivet	55
6. Väsentliga förändringar i det nya direktivet	56
6.1 Icke-väsentliga ändringar	57
6.2 Ändringar som medges av det ursprungliga kontraktet	59
6.3 Ändringar som beror på oförutsebara händelser	59
6.4 Tillkommande byggentreprenader/varor/tjänster	60
6.5 Ändringar som rör avtalsparten	60
7. Sammanfattande slutsatser	62
8. Källor	65

Förord

"It always seems impossible until it is done" Nelson Mandela

Jag hade verkligen ingen aning om vad jag gav mig in på när jag i augusti 2009 började på juristprogrammet på Handelshögskolan i Göteborg. Så här med facit i hand är jag väldigt glad att jag har tagit mig igenom det här och kanske framförallt – skrivit den här uppsatsen. Det som först kändes som en total omöjlighet är nu klart!

Jag vill tacka min handledare på juridiska institutionen, Filip Bladini, för givande feedback och bra idéer. Jag vill även tacka Linda Dahlström på advokatfirman Delphi för att jag fått diskutera uppsatsen och offentlig upphandling i allmänhet med dig. Ett tack ska även riktas till Fredrik Rogö på Upphandlingsbolaget för hjälp med rättfallssökning.

Den här uppsatsen hade aldrig blivit klar utan min fantastiska bästa vän och studiekamrat Josefine Gyllenram - tack för att du alltid förgyller min dag och får mig att skratta de dagar jag inte ens har lust att le.

Slutligen vill jag även tacka min underbara familj för ert ovillkorliga stöd och uppmuntran från första till sista terminen. Jag förstår knappt själv vad jag har utsatt er för under åren. Tusen tack!

Göteborg den 23 december 2014

Mathilda Rydstern

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
EMU	Ekonomiska och monetära unionen
EUF	Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget)
FPL	Förvaltningsprocesslag (1971:291)
GA	Generaladvokat
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
HovR	Hovrätt
KöpL	Köplag (1990:931)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Proposition
RB	Rättegångsbalk (1942:740)
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SKL	Sveriges kommuner och landsting
SOU	Statens offentliga utredningar
ÄLOU	Äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är inte helt lätt att placera in bland de övriga rättsområdena. Den har släktdrag från konkurrensrätten, regler om offentligt statsstöd och andra lagar som reglerar hur marknader ska regleras. Trots likheterna är upphandlingsrätten ett eget rättsområde som befinner sig någonstans mellan förvaltningsrätten och civilrätten. Det är emellertid ingen särskild avtalsrätt för den offentliga sektorn. Vad är då upphandlingsrätten? Lagstiftningen reglerar hur den offentliga sektorn ska agera vid kommersiella transaktioner. Man skulle därför kunna beskriva upphandlingsrätten som en kommersiell förvaltningsrätt.¹

Till det yttre ter sig ett offentligt upphandlat kontrakt väldigt likt ett civilrättsligt avtal. Två parter ska på ett eller annat sätt utväxla prestationer med varandra enligt vissa överenskommelser. De olika kontraktstyperna bygger dock på helt olika rättsgrundsatser. En bärande princip inom avtalsrätten är att avtal ska hållas och att undantag endast ska göras i angelägna fall. Utrymmet för att göra överenskommelser vid sidan av avtalet är dock stort eftersom rättsområdet även präglas av avtalsfrihet. Offentligt upphandlade kontrakt omgärdas av helt andra rättsprinciper där transparens och likabehandling slår högt. Principerna innebär att utrymmet för att ändra avtalsförutsättningarna i efterhand är väldigt små. Det har därför utvecklats en praxis om att väsentliga förändringar av ett kontrakt utgör otillåtna direktupphandlingar och kan leda till såväl överprövningar, skadestånd och upphandlingsskadeavgifter.

Om den offentliga upphandlingen har lite svårt att passa in bland de andra rättsområdena lider upphandlade kontrakt av samma identitetskris. Under själva förfarandet lyder den upphandlande myndigheten under LOU. Lagen är emellertid en procedurlagstiftning som syftar till att leda fram till ett upphandlat kontrakt. När kontraktet sedan är undertecknat är lagen i princip inte tillämplig utan kontraktet ska då bedömas enligt medlemsstaternas civilrättsliga avtalsrätt.² Hur rimmar detta med att de båda rättsområdena bygger på olika principer?

¹ Pedersen, Kristian *Upphandlingens grunder*, 2013, s. 7

² SOU 2014:51 *Nya upphandlingsregler*, s. 318

Hovrätten prövade nyligen frågeställningarna i ett fall där leverantören ändrade priserna på ett antal livsmedelsprodukter som omfattades av det upphandlade kontraktet.³ Prisavvikelser är som regel väsentliga förändringar enligt upphandlingsrätten. Hovrätten konstaterade att rätten att häva avtalet förutsätter att avtalsbrottet är väsentligt, att de upphandlande myndigheterna skriftligen begärt rättelse samt att leverantören inte vidtagit någon sådan. I det aktuella fallet fann hovrätten att prisavvikelserna inte var väsentliga och att den upphandlande myndigheten därför inte hade rätt att häva avtalet. Rättsfallet visar på att en väsentlig förändring av ett upphandlat kontrakt inte nödvändigtvis är ett väsentligt avtalsbrott rent civilrättsligt. En väsentlig förändring ger därför inte en automatisk hävningsrätt.

Den 26 februari 2014 antogs det nya upphandlingsdirektivet – direktiv 2014/24/EU – som ska implementeras i svensk rätt senast i april 2016 och därmed ersätta det nuvarande direktivet och den nuvarande LOU. En av direktivets nyheter är införandet av ett nytt kapitel: fullgörande av kontrakt. Kapitlet definierar vad som utgör en väsentlig förändring och förpliktigar medlemsstaterna att se till att upphandlande myndigheter har rätt att häva upphandlade kontrakt på grund av sådana förändringar som faller utanför definitionen.

Det här innebär att vi ställs inför en problematisk situation. I och med det nya direktivet finns det en skyldighet för medlemsstaterna att se till att de upphandlande myndigheterna har rätt att häva ett upphandlat kontrakt på grund av väsentliga förändringar. Samtidigt innebär den lilla praxis som finns på området att väsentliga förändringar inte nödvändigtvis innebär en väsentlig avtalsrättslig förändring som ger rätt att häva avtalet. Det här får anses bero på den grundkonflikt som föreligger mellan de båda rättsområdena. Innebär detta att vi får dels ett upphandlingsrättsligt väsentlighetskriterium och dels ett avtalsrättsligt väsentlighetskriterium?

1.2 Syfte och frågeställning

I uppsatsen undersöks begreppet väsentliga förändringar av upphandlade kontrakt och möjligheten för berörd part att vidta rättsliga åtgärder på grund av en sådan. Från den ovanstående problematiken framgår att det föreligger en grundkonflikt mellan

³ Hovrätten över Skåne och Blekinges län mål nr T 536-13

upphandlingsrätten och avtalsrätten. Den här konflikten innebär att det inte alltid är självklart att en upphandlingsrättslig väsentlig förändring anses vara en väsentlig förändring rent avtalsrättsligt. Syftet med uppsatsen är att undersöka vad en upphandlingsrättslig väsentlig förändring är samt om det finns svenska avtalsrättsliga principer som är så starka att det kan uppfattas som störande att de frångås för att ge upphandlingsrättsliga principer företräde. Annorlunda uttryckt är syftet att undersöka om upphandlingsrätten kan användas som stöd för att ett civilrättsligt avtalsbrott är väsentligt. Uppsatsens frågeställningar är därför följande:

- Vad är en väsentlig förändring av ett upphandlat kontrakt?
- Vad innebär väsentlighetskravet enligt den svenska avtalsrätten?
- Finns det något som hindrar att det upphandlingsrättsliga väsentlighetsbegreppet även används för att avgöra om det civilrättsliga väsentlighetsbegreppet är uppfyllt?

Min förhoppning är att uppsatsen ska vara av såväl akademiskt som praktiskt intresse.

1.3 Metod

Den rättsdogmatiska metoden har varit utgångspunkt för den här uppsatsen. Syftet med metoden är att fastställa, tolka och systematisera gällande rätt.⁴ Fastställandet av den gällande rätten sker genom en sammanvägd tolkning och analys av flera olika rättskällor. Att studera olika rättskällor är nödvändigt för att analysera rättsnormernas fullständiga innebörd.⁵ Av den anledningen har rättskällevärdet använts i den här uppsatsen. Rättskällevärdet bygger på en hierarkisk ordning av lag, förarbeten, praxis och doktrin.⁶ Metoden har framförallt använts för att utreda vad som utgör en väsentlig förändring av ett upphandlat kontrakt, vad väsentlighetskravet innebär för ett civilrättsligt avtal och vilka rättsliga möjligheter en berörd part har för att reagera på en väsentlig förändring eftersom dessa frågeställningar mer syftar till att fastställa gällande rätt.

⁴ Peczenik, Aleksander *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 33

⁵ Hollander, Anna & Alexius Borgström, Katarina, red. *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, 2009, s. 20

⁶ Sandgren, Claes *Vad är rättsvetenskap?* 2009, s. 120

Upphandlingsrätten är i hög grad styrd av unionsrätten. Unionsrätten skiljer sig en del från den svenska nationella rätten, framförallt genom den annorlunda rättskällelära som finns i EU. Förutom de grundläggande fördragen, bindande sekundärrätt och internationella avtal anses även oskrivna rättskällor, så som allmänna principer och EU-domstolens praxis, utgöra bindande rättskällor. Att domstolens praxis är en rättskälla skiljer sig emellertid inte från den svenska rättsordningen, det är snarare förhållandet mellan skriven lagtext och praxis som är särskiljer sig. I svensk rätt utgörs rättsordningen framförallt av skriven rätt. Rättsordningen inom EU liknar i det avseendet mer den rättsordning som finns i ett Common law-system där lagstiftning inte alltid finns, inte alltid ges företräde eller där rättsordningen till övervägande del finns i domstolens praxis.⁷ Eftersom uppsatsens frågeställningar inte regleras i det nu gällande direktivet⁸, och således inte heller i den svenska lagen, har EU-domstolens rättspraxis varit av stor betydelse. EU-domstolens domar kan ibland uppfattas som kortfattade och summariska vilket kan bero på att skiljaktiga meningar inte redovisas och att domen istället utgör en kompromiss mellan domarnas stundtals svårförenliga argumentationslinjer.⁹ Generaladvokatens förslag till dom är därför i många fall betydelsefull för förståelsen av domen. Detta beror på att denne ofta analyserar rättsfrågan djupt och omfattande och går igenom domstolens tidigare rättspraxis i detalj, redogör för väsentliga synpunkter i litteraturen, argumenterar för och emot en viss lösning samt utreder vilka praktiska konsekvenser en lösning skulle få.¹⁰ Det ska dock påminnas om att generaladvokatens förslag till dom inte är en bindande rättskälla.¹¹

Beträffande svensk rättspraxis kan de aktuella aktörernas möjlighet att angripa förändringen prövas i antingen allmän eller i förvaltningsrättslig domstol beroende på vem som väcker talan. Min ambition har varit att främst använda praxis från någon av prejudikatsinstanserna. Det finns emellertid få avgöranden från HD och HFD inom offentlig upphandling och ännu färre är de som behandlar väsentliga förändringar av

⁷ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, red. *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011, s. 40f

⁸ Direktiv 2004/18/EG

⁹ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 54

¹⁰ Hettne & Otken Eriksson *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 116ff

¹¹ Hettne & Otken Eriksson *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 40 Observera dock att i de fall domstolen använder sig av generaladvokatens argumentation eller hänvisar direkt till förslaget anses förslaget till dom vara en bindande rättskälla.

upphandlade kontrakt. Detta är givetvis en svaghet för uppsatsen. Det finns dock desto fler avgöranden från kammarrätterna, varför den svenska rättspraxisen i princip uteslutande består av kammarrättspraxis. Även om kammarrätternas avgörande inte är prejudicerande har de, i avsaknad av avgöranden från HFD och HD, använts för att studera hur problematiken behandlas i svenska domstolar. I vissa fall har även förvaltningsrättens avgöranden använts, liksom Konkurrensverkets beslut. Denna praxis har framförallt använts för att ge belysande exempel på ändringar som har bedömts som väsentliga. För att hitta svensk rättspraxis har jag framförallt använt mig av Konkurrensverkets databas där samtliga avgöranden inom offentlig upphandling finns. Databasen är dock inte optimal att använda som sökmotor eftersom det ofta krävs målnummer för att hitta avgöranden. För att hitta rätt i djungeln av underrättspraxis har jag fått hjälp av praktiker på området. För det är jag väldigt tacksam.

I min analys har jag ansett det nödvändigt att utreda de bakomliggande ändamålen för respektive rättsområde, det vill säga dels det upphandlingsrättsliga och dels det avtalsrättsliga. Vid tolkning av rättskällorna har jag därför lagt särskild vikt vid den teleologiska tolkningsmetoden. Metoden syftar till att synliggöra rättsens ändamål och vikt fästs därför inte enbart vid bestämmelsens lydelse utan även i vilken sammanhang den används samt de syften som eftersträvas med den.¹² Jag menar att metoden lämpar sig särskilt väl för ett ämne som är så styrt av unionsrätten som offentlig upphandling är eftersom EU-rätten, i jämförelse med den svenska nationella rätten, i många fall är mer oklar. Det krävs därför mer tolkning och argumentation för att kunna uttala sig om den gällande EU-rätten. Enligt min mening passar därför metoden in väl både med tanke på det material jag har valt att använda samt uppsatsens ändamålsinriktade syfte.

Det nya direktivet innehåller både en definition av väsentliga förändringar och en rätt för den upphandlande myndigheten att häva ett avtal på grund av en väsentlig förändring.¹³ Eftersom det nya direktivet ska ersätta den nuvarande LOU har jag valt att ägna en relativt stor del åt de nya artiklarna. Av förklarliga skäl finns det ingen rättspraxis där domstolen tillämpar det nya direktivet, varför rättskällorna framförallt består av utredningens förslag till den nya lagen samt den doktrin som har hunnit

¹² Hettne & Otken Eriksson *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning* s. 159

¹³ Direktiv 2014/24/EU artikel 72 (ändring av kontrakt under löptiden) och artikel 73 (uppsägning av kontrakt)

publiceras. Eftersom de aktuella bestämmelserna är avsedda att kodifiera EU-domstolens praxis¹⁴ menar jag att det ändå går att uttala sig om artikelns innebörd med viss säkerhet, om än inte uttömmande. De delar som rör det nya direktivet är därför inte avsedda att fastställa gällande rätt utan snarare att prognostisera tillämpningen av det nya direktivet.

1.4 Avgränsningar

Syftet med den här uppsatsen är inte att beskriva offentlig upphandling från grunden. Läsaren förutsätts därför ha grundläggande kunskaper inom området. För den läsare som inte har det rekommenderas Kristian Pedersens bok *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*.

Ändringar som görs under tiden upphandlingsförfarandet pågår, till exempel ändringar av förfrågningsunderlaget eller kompletteringar av anbud, kommer inte att behandlas. Sådana ändringar regleras av LOU och tillhör en annan del av det upphandlingsrättsliga förfarandet. Dessa ändringar berörs inte av avtalsrätten och är därför inte av intresse för att uppfylla uppsatsens syfte.

Ett vanligt förfarande vid väsentliga förändringar är att en konkurrerande leverantör menar att ändringen i själva verket utgör en ny upphandling och väcker därför talan om otillåten direktupphandling. Uppsatsens syfte är dock inte att utreda när en upphandlande myndighet får göra en direktupphandling och förfarandet kommer därför inte att behandlas.

För att en domstol ska kunna besluta att en ändring har inneburit en väsentlig förändring och därigenom att en direktupphandling skett krävs att en leverantör begär överprövning av upphandlingen.¹⁵ För att domstolen ska kunna ingripa krävs vidare att upphandlingen strider mot LOU samt att leverantören lider skada av agerandet.¹⁶ Uppsatsen kommer inte alls att behandla överprövningsinstitutet och skaderekvisitet kommer därför inte att beröras över huvud taget. Följden av att en ändring anses vara väsentlig – rättelse, ogiltigförklaring, upphandlingsskadeavgift och/eller skadestånd – är inte nödvändig att behandla eftersom det faller utanför uppsatsens syfte.

¹⁴ SOU 2014:51 s. 315

¹⁵ 16 kap 4 § LOU

¹⁶ 16 kap 6 § LOU

Vad gäller det civilrättsliga väsentlighetskravet kommer det att undersökas mot bakgrund av möjligheten att häva avtalet. Jag är medveten om att hävning är den mest ingripande påföljden och att det vanligen krävs att de andra påföljderna¹⁷ inte kan lösa problemet för att hävning ska bli aktuellt. Hävning är dock den mest intressanta påföljden i mina ögon eftersom principen om att avtal ska hållas då ställs på sin spets och ändamålen bakom rättsområdets logik därför blir mer synliga än vid till exempel prisavdrag.

1.5 Disposition

Jag har valt att disponera den här uppsatsen utifrån tre olika aktörer med samma grundproblem: de är missnöjda med det aktuella avtalet och vill häva det alternativt få det ogiltigförklarat på grund av en väsentlig förändring. De tre olika aktörernas – den upphandlande myndigheten, en konkurrerande leverantör och den leverantör som har tilldelats kontraktet – möjligheter att angripa förändringen kommer att behandlas i varsitt kapitel. De här kapitlen – kapitel tre, fyra och fem - utgör huvuddelen av den här uppsatsen.

För att förstå problematiken är det dock nödvändigt att även ha med en kortare redogörelse för den rättsliga ramen. Detta sker i kapitel två. Uppsatsens sjätte kapitel ägnas åt implementeringen och betydelsen av det nya upphandlingsdirektivet.

Inget av kapitlen är uttalat analytiska. Det förs istället analytiska resonemang i samtliga kapitel för att sedan knyta ihop huvuddragen i uppsatsens sista kapitel. Genom att presentera väsentliga förändringar utifrån ett aktörsperspektiv är min förhoppning att läsaren genast ska sättas in i problematiken som varje enskild aktör står inför.

1.6 Terminologi

I uppsatsen växlar jag mellan att benämna ändringar som strider mot den upphandlingsrättsliga regleringen som väsentliga ändringar alternativt betydande ändringar. Det här görs inte i syfte att skilja på två sorters ändringar utan för att göra texten mer varierad. Innebörden ska således vara densamma.

¹⁷ Till exempel avhjälpande, omleverans och prisavdrag enligt KöpL

2. Rättslig bakgrund

2.1 Upphandlingsrätt

Den svenska lagen om offentlig upphandling (LOU) bygger på EU-rätten. EU-rätten skiljer sig från den nationella rätten på många sätt. En av skillnaderna är att allmänna principer anses vara bindande rättskällor som parterna har att rätta sig efter.¹⁸ Syftet med det här avsnittet är därför att klargöra vilka principer som styr den offentliga upphandlingen samt hur regleringen av väsentliga förändringar i LOU ser ut.

2.1.1 Syftet med att reglera offentlig upphandling

Det finns många intressen bakom viljan att reglera offentlig upphandling – effektiv användning av skattebetalarnas pengar, undvikande av korrupcion och ökad konkurrens kan vara några av dem. Det främsta syftet med att reglera offentlig upphandling på EU-nivå är dock att främja den gränsöverskridande handeln och således den inre marknaden.¹⁹ Regleringen av offentlig upphandling på EU-nivå består dels av övergripande principer som härrör från EU-fördraget och dels av mer detaljerad sekundärrätt i form av direktiv.

Från början var regleringen mer av en ramlagstiftning som lämnade stort utrymme åt medlemsstaterna att själva reglera området. Arrowsmith menar att utvecklingen på området har inneburit att man från EU:s håll har gått från en ramlagstiftning mot ett mer harmoniserat rättsområde.²⁰ I samband med att regleringen har utvecklats har även regleringens syfte utökats. Syftet kan numera sägas vara att den offentliga sektorn inte enbart ska göra bra, rent ekonomiska affärer – de ska även göra goda affärer.²¹ Med goda affärer avses att den offentliga upphandlingen används för att ställa krav som inte enbart är rent ekonomiska utan som bland annat kan bidra till ett bättre miljöskydd eller hållbar utveckling.²² Sådana krav har till exempel använts för att upphandla rättvisemärkta kaffeböner till kaffemaskiner²³, att upphandlad el kommer ifrån

¹⁸ Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning* s. 40

¹⁹ SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären* s. 12; Arrowsmith, Sue, *The Purpose of the EU Procurement Directives*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*, 2012, s. 24

²⁰ Arrowsmith, Sue, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code?* *Public Contract Law Journal*, s. 338

²¹ Offentlig upphandling lyfts bl.a. fram som ett av tillvägagångssätten för att nå EU:s 2020-mål, se SOU 2011:73 s. 51f

²² Arrowsmith, *The purpose of the EU Procurement Directives* s. 37

²³ C-368/10 kommissionen mot Nederländerna

förnyelsebara energikällor²⁴ samt för att kunna ställa krav på bussarnas utsläpp av koldioxid och bullernivå vid upphandling av kollektivtrafik.²⁵

2.1.2 Upphandlingsrättsliga principer

Det upphandlingsrättsliga regelverket täcker in en väldigt stor marknad där den gemensamma nämnaren är att den offentliga sektorn gör affärer för att tillgodose sina behov. Det finns antagligen lika många olika upphandlingar som det finns upphandlande myndigheter inom unionen; det är därför inte möjligt, och knappast lagstiftningseffektivt, att reglera varje tänkbar situation. I sin praxis har EU-domstolen vid ett flertal tillfällen konstaterat att regleringen av den offentliga upphandlingen har dubbla syften: att säkerställa fri rörlighet och att öppna upp för icke-snedvriden konkurrens i samtliga medlemsstater.²⁶ För att syftet med regleringen ska uppnås styrs den av fem principer som inte bara genomsyrar regleringen som helhet utan verkar även vägledande för den upphandlande myndighetens agerande om en viss fråga inte är reglerad. För att det dubbla syftet ska kunna uppnås bygger regleringen av den offentliga upphandlingen framförallt på principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, principen om likabehandling av anbudsgivare och skyldigheten att lämna insyn i upphandlingen (transparensprincipen).²⁷

I LOU föreskrivs detta i 1 kap 9 §, av vilken framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett *likvärdigt* och *icke-diskriminerande* sätt samt genomföra upphandlingar på ett *öppet* sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om *ömsesidigt erkännande* och *proportionalitet* iakttas. I ÄLOU framgick bestämmelserna genom att anbudsgivare, anbudssökande och anbud skulle behandlas utan ovidkommande hänsyn. Även om formuleringen inte finns med i nuvarande LOU har lagstiftarens avsikt inte varit att åstadkomma någon förändring – praxis från ÄLOU kan därför fortfarande vara av intresse.²⁸

Principerna kan ses som ett uttryck för det ändamålet lagen har. Det är därför naturligt att de i sig själva är relativt innehållslösa och intetsägande. Syftet med dem får dock

²⁴ C-448/01 EVN Wienstrom

²⁵ C-513/99 Concordia Bus

²⁶ C-26/03 Stadt Halle & RPL Lochau p. 44. Se även skäl (2) till direktiv 2004/18/EG där det dubbla syftet nämns explicit.

²⁷ C-454/06 Pressetext p. 32

²⁸ Prop. 2006/07:128 s. 157

anses vara att utgöra viktiga hjälpmedel för att, i en svårtolkad och oklar situation, kunna argumentera för att konflikten ska lösas på ett visst sätt.²⁹ Vad principerna ska anses bestå av framkommer främst av domstolens praxis.

Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen utgör grunden för regleringen av offentlig upphandling.³⁰ I korthet innebär den att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika, under förutsättning att det saknas objektiva skäl som berättigar särbehandling.³¹ För den offentliga upphandlingen innebär principen att leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn under hela upphandlingsförfarandet – från det att de lämnar sina anbud till dess att tilldelning sker.

Svenska domstolar och EU-domstolen har visat sig behandla principen något olika. Medan svenska domstolar ofta behandlar likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen som en samlad princip särskiljer EU-domstolen de båda principerna. Enligt EU-domstolen är icke-diskrimineringsprincipen ett särskilt uttryck för likabehandlingsprincipen, och trots att de båda principerna liknar varandra ska likabehandlingsprincipen användas även i de fall då det inte har skett någon diskriminering på grund av nationalitet.³²

I praktiken kan principen innebära att en konsult som har hjälpt den upphandlande myndigheten att förbereda och utforma förfrågningsunderlaget inte kan tillåtas vara med i upphandlingsprocessen eftersom konsulten har ett kunskapsövertag i förhållande till andra leverantörer. Den upphandlande myndigheten kan dock undvika olikbehandling genom att se till att samtliga potentiella leverantörer får tillgång till resultatet av konsultens förberedande arbete. På så sätt har konsulten inte längre något kunskapsövertag.³³

Likabehandlingsprincipen ger framförallt uttryck för anledningen till att väsentliga förändringar som huvudregel ska anses vara en ny upphandling – den upphandlande

²⁹ se Hettne & Otken Eriksson, *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, s. 63f

³⁰ C-470/99 *Universale-Bau* m.fl. p. 91

³¹ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 43

³² Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 44

³³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20 samt C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*

myndigheten får inte stänga ute andra leverantörer från att delta i, alternativt lämna anbud på, den del av upphandlingen som har blivit förändrad med anledning av ändringen. Skulle ett sådant förbud inte existera finns det risk för särbehandling av leverantörer och att man därigenom kringgår syftet med upphandlingsregleringen: att kontrollera den upphandlande myndighetens val av kontraktspart.³⁴

Icke-diskrimineringsprincipen

Principen innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet och är ett särskilt uttryck för likabehandlingsprincipen.³⁵ Detta innebär att den upphandlande myndigheten inte kan ställa krav på att leverantören ska vara svensk eller ställa sådana krav som uppenbarligen endast svenska leverantörer kan uppfylla.³⁶ Det här gäller även i de fall den upphandlande myndigheten inte förväntar sig att få in anbud från andra än svenska leverantörer. Icke-diskrimineringsprincipen innebär dock inte att en upphandlande myndighet är förhindrad att köpa någonting som endast tillverkas i Sverige, till exempel surströmming.³⁷

Transparensprincipen

Upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet enligt transparensprincipen, vilket till exempel innebär att den upphandlande myndigheten inte kan ändra de förutsättningar och krav som har angetts i förfrågningsunderlaget efter det att upphandlingen påbörjats. Principen innebär vidare att uppgifter avseende upphandlingen inte får hållas hemliga, att upphandlingen annonseras offentligt, att deltagarna i ett upphandlingsförfarande ska informeras om slutresultatet samt att handlingar som hör till upphandlingen som regel är offentliga.³⁸ Den innebär även att de krav som ställs i förfrågningsunderlaget inte får vara omöjliga för anbudsgivare att förstå. Transparensprincipen är, i likhet med icke-diskrimineringsprincipen, ett utflöde av likabehandlingsprincipen. Det är genom öppna och transparenta förfaranden som likabehandling, icke-diskriminering och, framförallt, det övergripande syftet om ökad konkurrens kan uppnås.³⁹

³⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 592

³⁵ Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 45

³⁶ C-31/87 Beentjes, p. 30

³⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 19

³⁸ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20

³⁹ Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 46

När väsentliga förändringar av ett upphandlat kontrakt sker är det framförallt transparensprincipen som riskerar att trädas för när. Det är dock viktigt att ha i åtanke att transparensprincipen inte ska tolkas som att samtliga upphandlingsförfaranden ska genomföras i detalj i enlighet med upphandlingsdirektiven. Principen innebär inte heller en skyldighet att upphandla. Det är i sista hand upp till den upphandlande myndigheten att besluta om insynen i den aktuella upphandlingen med konkurrens och opartiskhet som ledord. Direktiven om offentlig upphandling kan egentligen sägas vara en konkret tillämpning av principen om öppenhet och transparens för transaktioner som bedömts vara av särskild vikt.⁴⁰

Principen om ömsesidigt erkännande

Principen ger uttryck för en av de grundläggande tankarna bakom EU och den inre marknaden: en medlemsstat är skyldig att erkänna och acceptera handlingar upprättade av en behörig myndighet i ett annat medlemsland. En sådan handling kan utgöras av ett registreringsbevis, intyg, certifikat, betyg eller liknande. Det är till exempel inte möjligt att i en upphandling av tekniska produkter och tjänster kräva att de elektriker som utför installationerna ska ha en svensk elektrikerutbildning. Den upphandlande myndigheten måste då även godkänna intyg från andra medlemsstaters elektrikerutbildningar.⁴¹ Principen innebär även att medlemsstater inte kan särbehandla inhemska varor till nackdel för varor som kommer ifrån andra medlemsstater eller införa bestämmelser som innebär hinder mot den fria rörligheten.⁴²

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen beskrivs ibland som principernas princip. Den innebär att de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar och de krav den ställer måste stå i rimlig proportion till upphandlingen. Den upphandlande myndigheten får därför inte ställa krav som går utöver vad som är nödvändigt för att lyckas med upphandlingen och det får inte heller finnas andra mindre ingripande åtgärder för att uppnå målet. Genom praxis från EU-domstolen har principen utvecklats till att även innefatta att de krav som ställs ska vara möjliga att kontrollera och ägnade att leda till att det avsedda syftet

⁴⁰ Förslag till dom C-454/06 Pressetext p. 115-117

⁴¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 21

⁴² Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 48

uppnås. Å andra sidan får inte de krav som den upphandlande myndigheten ställer innebära att en alltför stor börda läggs på de potentiella leverantörerna i förhållande till nyttan för den upphandlande myndigheten. Pedersen förklarar detta genom att anta att en kommun ska upphandla byggandet av en skola. Att ställa ett krav på att leverantören ska ha byggt minst 1 000 skolor eller liknande projekt för att tilldelas kontraktet utgör ett exempel på ett krav som inte anses proportionerligt.⁴³

För bedömningen av ändringar i upphandlade kontrakt innebär proportionalitetsprincipen att en ändring, oavsett om den är väsentlig eller ej, måste vara nödvändig för att fullgöra det aktuella kontraktet. Det får därför inte finnas någon mindre ingripande åtgärd som den upphandlande myndigheten kan använda sig av för att nå samma resultat. En mindre ingripande åtgärd kan till exempel vara att använda myndighetens egna anställda, om de kan fullgöra det aktuella behovet. Kan en mindre ingripande åtgärd inte tillfredställa behovet måste det föreligga proportionalitet mellan den upphandlande myndighetens intresse av att ha kvar det ursprungliga kontraktet, föremålet för upphandlingen och ändringens betydelse för utgången av upphandlingen.⁴⁴ Vid upphandling av en motorväg skulle det därför antagligen vara proportionerligt att utöka vägen med ett par meter istället för att genomföra en helt ny upphandling på grund av tillägget.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att de grundläggande principerna utgör en viktig grund för regleringen av den offentliga upphandlingen. Användandet av grundläggande principer är viktigt eftersom lagen inte är avsedd att vara en detaljreglering – den avser snarare att utgöra gränserna för den spelplan den upphandlande myndigheten och leverantörerna befinner sig på. Spelet får sedan bedömas utifrån de grundläggande principerna.⁴⁵ I sammanhanget ska även nämnas principerna betydelse för detta arbete. I EU räknas som sagt de allmänna rättsprinciperna som rättskällor.⁴⁶ Det är nödvändigt att inkludera dem i utredningen eftersom lagens tillämpningsområde i princip slutar vid undertecknandet av kontraktet

⁴³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20f

⁴⁴ Poulsen, Sune Troels, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, 2012, s. 172

⁴⁵ Eskil Nords föreläsning arrangerad av upphandlingsrättsliga föreningen i Göteborg den 12 november 2014

⁴⁶ Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 40f

och principerna då blir den rättskälla som kan ge vägledning i oklara situationer.⁴⁷ I den här uppsatsen kommer de framförallt att användas för att ge en rimlig förklaring till varför upphandlingsrätten inte kan ha ett lika stort mått av avtalsfrihet som civilrätten samt för att förklara varför vissa ändringar kan godtas medan andra anses som väsentliga och därmed inte tillåtna.

2.1.3 Reglering av väsentliga förändringar i LOU

LOU är en utpräglad procedurlagstiftning som täcker in den snitslade bana som den upphandlande myndigheten ska ta sig igenom från det att man beslutar om att genomföra en upphandling till dess avtalsspärren löpt ut och kontraktet är tecknat.⁴⁸ En upphandling anses påbörjad när den upphandlande myndigheten har valt upphandlingsförfarande⁴⁹ och anses avslutad när myndigheten har tecknat ett giltigt kontrakt med en leverantör i enlighet med bestämmelserna i LOU.⁵⁰ Givet sin utformning som procedurlagstiftning reglerar varken direktivet eller LOU vad som händer under kontraktstiden, efter det att själva upphandlingen är avslutad. Kontraktsuppföljningen faller istället vanligen in under varje medlemsstats nationella avtalsrätt.⁵¹

Vad som utgör en väsentlig förändring av ett ingånget kontrakt eller följderna därav regleras inte direkt i nuvarande LOU. Vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal nämns emellertid att parterna, vid tilldelning, inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet.⁵² Ramavtal är säregna eftersom det ligger i deras natur att samtliga villkor inte är fastställda och de definieras därför som *avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod*.⁵³ Av definitionen följer således att villkoren för hur tilldelningen av kontraktet ska ske måste vara reglerat i det ursprungliga ramavtalet men övriga villkor kan regleras vid varje avrop.⁵⁴ För att

⁴⁷ Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika, Europarättslig tidskrift*, 2008, s. 1119

⁴⁸ Undantag kan göras för rättsmedlen överprövning och skadestånd som inte uttalat är av procedurreglerande karaktär.

⁴⁹ Se C-26/03 Stadt Halle och RPL Lochau

⁵⁰ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, 2010, s. 39

⁵¹ SOU 2014:51 s. 318

⁵² 5 kap 2 § 2 st LOU

⁵³ 2 kap 15 § LOU

⁵⁴ Bestämmelserna om ramavtal kommer ursprungligen ifrån Storbritannien där man skiljer mellan "framework contracts" och "framework agreements". Framework contracts utgörs av bindande avtal där

inte tråda transparensprincipen för när sätts gränsen av hur mycket avropen får avvika från ramavtalet av 5 kap 2 § LOU.

Det är emellertid inte definierat vad som menas med en väsentlig ändring av villkoren i ett ramavtal. Beträffande ramavtal med en leverantör där samtliga villkor är fastställda anger direktivet att om avtalet trots allt inte innehåller samtliga villkor för tilldelning av kontraktet kan det *kompletteras* men inte *ändra* det som är fastställt vid det ursprungliga tilldelningsbeslutet.⁵⁵ Vid en första anblick kan förklaringen te sig som ett sammelsurium – är inte en komplettering alltid en ändring av en ursprunglig text? Ser man däremot till ordens språkliga betydelse är det en viss skillnad. En komplettering är en utfyllnad eller ett fullständigande⁵⁶, medan en ändring närmast får förklaras som att man handlar på ett sätt som gör att något blir annorlunda.⁵⁷ En komplettering måste inte nödvändigtvis innebära att slutresultatet blir annorlunda. En generell utgångspunkt får dock tas i att en ändring är väsentlig om det ändrade villkoret skulle ha inneburit att andra leverantörer än den eller de som ursprungligen antagits hade kunnat lämna anbudsansökan eller tilldelas kontraktet.⁵⁸

2.2 Avtalsrätt

2.2.1 Vad har avtalsrätten med upphandlingsrätten att göra?

Möjligheten att ändra ett befintligt upphandlat kontrakt är enligt upphandlingsregelverket och tillhörande praxis liten, vilket vi ska se i det följande. Det finns dock en viktig omständighet att hålla i minnet vid genomgången av domstolarnas praxis. Vid en ändring av ett upphandlat kontrakt finns det två aspekter att ta hänsyn till: den upphandlingsrättsliga och den avtalsrättsliga. En väsentlig ändring av ett upphandlat kontrakt kan förklaras så som en otillåten direktupphandling enligt det

samtliga villkor är på förhand fastställda, med undantag för volymen. Framework agreements är däremot inte bindande utan ses mer som parternas viljeförklaring avseende de köpvillkor som parterna ska använda sig av om de i framtiden väljer att avtala med varandra. Den främsta skillnaden mellan de båda avtalstyperna är när tidpunkten för ett nytt kontrakt föreligger. Vad gäller framework contracts utgör de i sig själva kontrakt i lagens mening, medan varje avrop från ett framework agreement utgör ett nytt kontrakt. LOU erkänner båda typer av ramavtal. Se Sundstrand, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, s. 78

⁵⁵ Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, 5 kap 2 § LOU, 2013, hämtad via Zeteo

⁵⁶ *Nationalencyklopedin*, komplettera.

<http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/komplettera> (hämtad 2014-12-16)

⁵⁷ *Nationalencyklopedin*, ändra. <http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/ändra> (hämtad 2014-12-16)

⁵⁸ Rosén Andersson, *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar* 5 kap 2 § LOU

upphandlingsrättsliga verket. Det här måste dock skiljas ifrån den avtalsrättsliga verkan av ändringarna. Avtalet är inte per automatik ogiltigt vid en otillåten direktupphandling utan ändringarna speglar parternas faktiska handlande.⁵⁹

Ändringen kan i sin tur innebära att den någon av parterna vill häva avtalet. Det finns inte reglerat i varken LOU, LUF eller i direktiven under vilka förutsättningar ett upphandlat avtal får hävas. Det poängteras att upphandlingsregleringen främst är en procedurlagstiftning som syftar till att upphandlade kontrakt ska komma till stånd, och reglerar således hur en upphandlande myndighet ska agera vid kommersiella transaktioner. När ett upphandlat kontrakt väl kommit till stånd och undertecknats räknas det som ett avtal som lyder under varje medlemsstats egen avtalsrätt. Det har därför sänkts skäl att reglera parternas förhållande i ett förfarandedirektiv.⁶⁰ Möjligheten för den upphandlande myndigheten att häva avtalet kommer därför att prövas i allmän domstol och traditionell avtalsrätt blir i första hand aktuell.

2.2.2 Avtalsrättsliga principer

Den civilrättsliga avtalsrätten bygger på två principer: avtalsfrihet och avtalsbundenhet. Avtalsfrihet innebär att individer har rätt att bestämma om de över huvud taget vill avtala, vad de i så fall ska avtala om och med vem avtalet ska slutas. Avtalsbundenhet innebär att när man har använt sin frihet för att ingå avtal ska de utfästelserna man då avtalar om även infrias. Principen om avtalsbundenhet brukar även benämnas så som *pacta sunt servanda*, det vill säga avtal ska hållas.⁶¹

Principen om avtalsbundenhet är djupt förankrad; inte enbart i den juridiska tankevärlden utan även i det samhälle juridiken försöker beskriva.⁶² Den har motiverats av allt från guds vilja, moral och effektivitet till samhällsnytta. Principen är dock att betrakta som en utgångspunkt eftersom den inte gäller inom något rättsområde helt utan undantag.⁶³ En köpare har till exempel möjlighet att häva avtalet vid säljarens

⁵⁹ Tingsrätten i Norrköping mål nr T 1613-13 Observera att frågan i det aktuella målet var en avtalsrättslig fråga i huvudsak om, och i så fall hur högt, vite skulle utgå efter avtalsbrott från leverantören. Tingsrätten hade därför att döma utifrån det ändrade avtalet, frågan om huruvida det offentligt upphandlade kontraktet var ändrat var dock ej uppe till prövning.

⁶⁰ SOU 2014:51 s. 318

⁶¹ Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2014, s. 27

⁶² Lehrberg, Bert, *Omförhandlingsklausuler Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder*, 1999, s. 17

⁶³ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 29

dröjsmål om avtalsbrottet är av väsentlig betydelse för köparen och säljaren insett eller borde insett det.⁶⁴ Det går dock att dra slutsatsen att det inte är helt enkelt att nyttja de undantag som finns för att undgå den starka huvudregeln om avtalsbundenhet. Lagstiftare och uttolkare av rätten har haft svårt att motivera undantag från huvudregeln där viljan att häva avtalet bygger på andra grunder än de som brukar benämnas som kvalificerade brister: tvång, ocker, svek etc.⁶⁵ Huvudregeln får därför anses vara att avtalet ska hållas och att vardera avtalsparten själv bär risken för att den framtida händelseutvecklingen blir ofördelaktig.⁶⁶

2.2.3 Civilrättslig hävning

Avtalslagen bygger alltså på principen att avtal ska hållas, men något förvånande finns det ingen bestämmelse som reglerar vad som händer om denna bärande princip träds för när. Svensk rätt skiljer sig därigenom från många andra europeiska rättsordningar som har allmänna regler om påföljder vid avtalsbrott. I svensk rätt får man istället tillgå okodifierade allmänna avtalsrättsliga principer som både kan vara svåra att identifiera och uttala sig om. När det gäller påföljder vid kontraktsbrott finns köplagen att tillgå som en viktig källa för analogier. Det är dock viktigt att ha i åtanke att köplagens tillämpningsområde är begränsat och att lagen i mångt och mycket är anpassad just för köp.⁶⁷ Det är därför inte alltid lämpligt att göra analogislut från lagen.

Hävning är en grundläggande påföljd vid kontraktsbrott och även den mest ingripande eftersom huvudregeln är att prestationerna ska återgå. Det kan därför verka lockande att häva ett avtal som efter avtalsingåendet visat sig vara en dålig affär.⁶⁸ Eftersom en viktig princip i rättssamhället är att den part som har fäst tillit till en viljeförklaring är värd att skydda kan avtal inte hävas på grunden att man helt enkelt har ångrat sig.⁶⁹ För att ett avtalsbrott ska kunna hävas krävs istället att den andra parten begår ett kontraktsbrott och att nämnda kontraktsbrott är väsentligt.⁷⁰

⁶⁴ Se 25 § KöpL

⁶⁵ Lehrberg, *Omförhandlingsklausuler*, s. 17

⁶⁶ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 178

⁶⁷ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 200f

⁶⁸ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 209

⁶⁹ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 202

⁷⁰ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 209

Kravet på att kontraktsbrottet ska vara väsentligt är en allmän avtalsrättslig princip. Väsentlighetskravet finns reglerat i vissa lagar så som köplagen, jordabalken, bostadsrättslagen, konsumenttjänstelagen samt sjölagen. Utanför det reglerade området finns ett antal faktorer som kan tillmätas betydelse vid bedömningen huruvida ett avtalsbrott är väsentligt eller ej. Vid bedömningen ska ett antal frågor ställas:

- Leder avtalsbrottet till att den skadelidande parten går miste om det som avtalet framförallt skulle ge honom, det vill säga sker brottet mot en central förpliktelse?
- Var avtalsbrottets väsentlighet synligt för den avtalsbrytande parten vid avtalets ingående eller vid avtalsbrottet?
- Framgår det av avtalet att det aktuella avtalsbrottet är allvarligt?
- Sker avtalsbrottet avsiktligt eller genom vårdslöshet?
- Har avtalsbrottet rubbat förtroendet parterna emellan?
- Finns det anledning att anta att avtalsbrottet kommer att upprepas?
- Kan den skadelidande parten tillgodogöras genom andra, mindre ingripande åtgärder?
- Drabbas den avtalsbrytande parten orimligt hårt av en hävning?⁷¹

Det är inte allvarligheten av den avtalsbrytande handlingen som är avgörande för bedömningen utan snarare hur viktig den bestämmelse som den ena parten bryter mot är för avtalet. Att en bestämmelse är särskilt viktig kan framkomma explicit genom avtalet eller implicit genom parternas ageranden. Ett brott mot en central förpliktelse ska därför som regel betraktas som väsentligt.⁷²

Bedömningen kan även ta sikte på hur allvarliga konsekvenserna av att den ena parten inte fullgör sin del av avtalet för att avgöra om avtalsbrottet är väsentligt eller ej. Om den skadelidande parten går miste om det som avtalet framförallt skulle ge honom ska det generellt ses som ett väsentligt avtalsbrott. Det är emellertid inte ett väsentligt avtalsbrott om den avtalsbrytande parten saknar rimlig chans att förutse konsekvenserna. För att avgöra detta dilemma får man utgå ifrån vad en normalt begåvad och medveten avtalspart skulle kunna förutse. Även om ett avtalsbrott är av mindre betydelse kan det anses vara väsentligt om det sker avsiktligt och det får den

⁷¹ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 209f

⁷² Beale, Hugh & Lando, Ole, *Principles of European Contract Law parts I and II*, 2000, s. 315

skadelidande parten att tappa förtroendet för den andra parten. Så kan vara fallet om säljaren A ingår ett avtal med storsäljaren B om att endast sälja A:s produkter. Avtalar då B därutöver även om att sälja konkurrenten C:s produkter har det ingen omedelbar effekt på A:s produkter men eftersom avtalsbrottet sker avsiktligt är det ett väsentligt avtalsbrott.⁷³

För att få häva ett ingånget avtal krävs att parten som vill häva avtalet avger en hävningsförklaring. Förklaringen ska ges inom skälig tid för att den skadelidande parten inte ska kunna spekulera på den andra partens bekostnad. Meddelar inte den skadelidande parten sin motpart inom skälig tid förfaller den förstnämndas hävningsrätt.⁷⁴

2.2.4 Köplagen

Köplagen reglerar två kontraktbrott som kan ge rätt till hävning: dröjsmål och fel i varan. Beträffande dröjsmål görs dessutom skillnad på säljarens respektive köparens dröjsmål. För att få häva ett köp finns dessutom ett subjektivt krav: felet alternativt dröjsmålet ska ha varit av väsentlig betydelse för köparen och *säljaren ska ha insett eller borde ha insett detta*.⁷⁵ Det är därmed hävningsgrundens verkningar för köparen som påverkar väsentlighetsbedömningen. Det är dock inte tillräckligt att köparen själv anser att grunden är av väsentlig betydelse för honom. Bedömningen ska göras objektivt men med beaktande av köparens speciella situation. I modernare tid har bedömningen blivit mer generell och skönsmässig och vad det är för typ av vara som köpet avser spelar roll. Är det till exempel ett köp av maskiner är tidsfaktorn ofta av mindre betydelse än vid köp av råvaror och värdepapper eftersom priset på dessa kan variera från timme till timme till skillnad från maskiner.⁷⁶

2.2.5 Kravet på väsentlighet - en subjektiv bedömning

Av redogörelsen ovan kan enligt min mening en slutsats dras – kravet på väsentlighet verkar utgå ifrån en subjektiv bedömning av vilka avtalsfaktorer som har varit viktiga för parterna i det aktuella avtalet. Av de oreglerade grunderna nämns inte att själva förfarandet innan kontraktets ingående är av betydelse eller hur andra parter skulle ha

⁷³ Beale & Lando, *Principles of European Contract Law parts I and II* s. 365f

⁷⁴ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 212; Beale & Lando, *Principles of European Contract Law parts I and II*, s. 414; se även 39 § KöpL

⁷⁵ Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktetsrätt*, 2009, s. 44f

⁷⁶ Håstad, *Köprätt och annan kontraktetsrätt*, s. 50f

reagerat på en förändring. Det här är inte så konstigt eftersom den civilrättsliga avtalsrätten bygger på avtalsfrihet. Eftersom parterna är fria att avtala med varandra vore det märkligt om den domstol som ska komma in i förhållandet i efterhand och avgöra huruvida en ändring är väsentlig eller ej inte skulle utgå ifrån vad parterna anser vara viktigt. Domstolen kommer dock in *i efterhand*. Detta innebär att den omöjligtvis kan veta vad parterna tyckte var viktiga villkor i samband med att avtalet ingicks. Det är därför inte konstigt att bedömningen inte kan vara helt subjektiv – i köplagen är det till exempel inte tillräckligt att köparen själv anser att felet är väsentligt, bedömningen ska göras utifrån felets betydelse för en objektiv köpare.

Parternas insikt om den väsentliga förändringen kan även förklaras med hjälp av den andra bärande principen på området: att avtal ska hållas. Det faller sig naturligt att det måste ställas relativt höga krav för att få häva avtalet eftersom den andra parten har fäst tillit till avtalets genomförande och antagligen rättat sig efter att avtalet ska genomföras. Ett subjektivt insiktskrav får därför anses vara en logisk följd av de båda principerna.

3. Den upphandlande myndigheten

När den upphandlande myndigheten väl har undertecknat det upphandlade kontraktet har de ingen upphandlingsrättslig möjlighet att ta sig ut ur avtalsförhållandet.⁷⁷ Vill den upphandlande myndigheten ta sig ut ur kontraktet måste den därför häva avtalet. En sådan fråga kommer att prövas av allmän domstol och (svensk) avtalsrätt blir tillämplig.

En viktig skillnad mellan civilrättslig hävning och att en upphandling förklaras otillåten är att vad beträffar hävning är det inte nödvändigtvis själva hävningen man är ute efter - det är snarare rätten till skadestånd som är av störst intresse. Det är även värt att poängtera att hävning av ett upphandlat avtal inte alltid är användbar i praktiken. Det blir särskilt tydligt när den upphandlande myndigheten har ett uppdrag att sköta; det kan röra sig om skolskjuts, färdtjänst, snöröjning, matleverans till skolor och äldreboende eller liknande. I ett sådant fall är det många gånger förödande för den upphandlande myndigheten att stå utan leverantör. Det händer därför att den upphandlande myndigheten väljer att inte häva kontraktet så länge kvalitetsbristerna

⁷⁷ Enligt 16 kap 4 § LOU har endast leverantör rätt att väcka talan om överprövning.

inte är mycket allvarliga.⁷⁸ Ett sådant förhållningssätt kan dock inte vara eftersträvansvärt; det kan inte anses vara samhällsekonomiskt eller ligga i linje med regleringens syfte.

3.1 Hävningsklausuler

Vissa omständigheter är sådana att avtalsparterna måste ha möjlighet att frigöra sig från ett avtal. Det är därför naturligt att hävningsklausuler skrivs in i avtalets kommersiella villkor. Hävning förutsätter att avtalsbrottet är väsentligt. Det kan vara svårt att bedöma vad som utgör ett väsentligt avtalsbrott, varför sådana omständigheter som ska anses vara väsentliga kan räknas upp i hävningsklausulen.⁷⁹ Även om den upphandlande myndigheten kan bestämma vilka omständigheter som ska anses vara väsentliga begränsas avtalsfriheten av upphandlingsrätten. En hävningsklausul som strider mot lagstiftningen skulle därför vara utan verkan.⁸⁰ Kammarkollegiet anger till exempel att omständigheter som ska anses vara väsentliga kan vara om en part väsentligt brister i sina åtaganden enligt avtalet och inte vidtar rättelse inom skälig tid efter anmodan därom, parten har lämnat oriktiga uppgifter i samband med upphandlingen, parten försätts i konkurs eller liknande eller att leverantören inte uppfyller de obligatoriska kraven enligt förfrågningsunderlaget.⁸¹

Även om en hävningsklausul inte vid första anblick strider mot upphandlingsrätten finns det goda skäl för att en domstol inte skulle godkänna en klausul om syftet med den är att kringgå upphandlingslagstiftningen. Så var till exempel fallet vid upphandlingen av ett äldreboende där de kommersiella villkoren visserligen gav endera part rätt att överlåta avtalet med den andra partens samtycke, men där avtalet sedan överläts i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen. Överlåtelsen ansågs vara en väsentlig förändring som innebar att en otillåten direktupphandling hade skett.⁸² Om klausuler som syftar till att kringgå upphandlingsförfarandet skulle tillåtas finns det stor risk att likabehandlings- och transparensprincipen skulle trädas för när. Det är därför viktigt att inte enbart formulera klausulen i enlighet med upphandlingsrätten – den ska även tillämpas i enlighet därmed.

⁷⁸ Bergman, Mats m.fl., *Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris*, 2011, s. 220

⁷⁹ Kammarkollegiet, *Vägledning: Kommersiella villkor*, 2014:1, s. 53

⁸⁰ Kammarkollegiet, *Vägledning: Kommersiella villkor*, s. 6

⁸¹ Kammarkollegiet, *Vägledning: Kommersiella villkor*, s. 53

⁸² Konkurrensverkets beslut 456/2009, beslutet går igenom i sin helhet under avsnitt 5.1 nedan

3.2 Är en väsentlig förändring ett väsentligt avtalsbrott?

Av det föregående kan slutsatsen dras att för att ett avtal ska kunna hävas krävs att avtalsbrottet är väsentligt. Den här delen av uppsatsen syftar till att utreda huruvida en väsentlig förändring av ett upphandlat kontrakt utgör ett sådant väsentligt avtalsbrott som ger rätt att häva avtalet.

Vid en upphandling av livsmedel uppkom frågan huruvida leverantören hade justerat de avtalade priserna på ett avtalsstridigt sätt och om kommunerna därför hade rätt att häva avtalet. Det upphandlade kontraktet omfattade totalt tretton olika varugrupper och kontraktet medgav att prisjusteringar skedde, dock högst vid fyra tillfällen per år. Kontraktet innehöll även två hävningsgrunder: vid utebliven överenskommelse efter prisbegäran alternativt då den andra parten väsentligen åsidosatt sina skyldigheter enligt avtalet. Hovrätten fann att avtalsstridiga prishöjningar skett i tre olika avseenden. Frågan var emellertid om prishöjningarna innebar ett avtalsbrott som var så väsentligt att kommunerna hade rätt att häva avtalet.⁸³

Hovrätten inleder med att konstatera att utgångspunkten är att avtal ska hållas. Eftersom kommunerna har frånträtt avtalet har de bevisbördan för att rätt till sådant agerande förelåg. För att undgå skadeståndsansvar måste kommunerna därför visa att leverantören i väsentligt avseende brustit i sina åtaganden enligt avtalet, att leverantören fått ett skriftligt påpekande om rättelse samt att leverantören inte vidtagit sådan rättelse utan dröjsmål. Hovrätten fann att den första prishöjningen visserligen utgjorde ett väsentligt avtalsbrott men att rättelse vidtagits av leverantören. Den andra avtalsstridiga prishöjningen innebar att ett antal varor var felaktigt prissatta under två veckor samt omfattade en väldigt liten del av de totala inköpen under perioden. De var därför inte att anse som väsentliga. Beträffande den sista prishöjningen fann hovrätten att det var oklart hur stor omfattningen var av de varor som hade avvikit från priserna angivna i anbudet, både beträffande antal varor och hur stor prisskillnaden hade varit. Det gick därför inte att uttala huruvida prisändringarna varit väsentliga eller ej. Hovrätten ansåg även att kommunerna visserligen hade skickat en begäran om rättelse

⁸³ Hovrätten över Skåne och Blekinge T 536-13 Observera att målet är överklagat till HD. Domstolen har ännu inte meddelat om de tänker meddela prövningstillstånd eller ej.

men att den inte varit tillräckligt klar, framförallt var det inte tydligt att kommunerna skulle häva avtalet om leverantören inte vidtog rättelse. Kommunerna har därför inte haft rätt att häva avtalet och leverantören har därmed rätt till skadestånd.⁸⁴

Rättsfallet är intressant ur många synvinklar, framförallt eftersom det visar på det spänningsförhållande som finns mellan upphandlingsrätten och civilrätten. Prishöjningar utgör som regel en väsentlig förändring i upphandlingsrättsligt avseende och en upphandlande myndighet som inte reagerar på en sådan höjning riskerar att agera i strid med LOU. Hovrätten fäster emellertid ingen vikt vid kommunernas upphandlingsrättsliga skyldigheter utan tar istället sin utgångspunkt i civilrätten. Det är inte tillräckligt att en ändring antagligen utgör en väsentlig förändring rent upphandlingsrättsligt, det krävs dessutom att avtalsbrottet varit väsentligt rent civilrättsligt.⁸⁵ Rättsfallet visar även på den problematiska situation upphandlande myndigheter riskerar att hamna i: de är skyldiga att se till att de upphandlade kontrakten efterföljs enligt LOU men riskerar samtidigt att häva avtalet utan rätt därtill. Vad ska de då göra? Det misstaget kommunerna i det aktuella fallet gjorde var att inte, vid begäran om rättelse, tydligt klargöra att de tänkte häva avtalet om leverantören inte vidtog rättelse. Det kan därför vara en rimlig lösning att tydligt informera leverantören om vilka åtgärder som kan vidtas. En annan möjlighet är att i kontraktet skriva in vilka omständigheter som ska anses utgöra sådana väsentliga ändringar som berättigar till hävning.

Även om det kan tyckas väl hårt mot de upphandlande myndigheterna att de närmast fastnat i en slags juridisk limbo är det här den naturliga konsekvensen av att LOU är en utpräglad procedurlagstiftning som syftar till att reglera upphandlandet av kontrakt, inte den efterföljande kontraktsuppföljningen. För kontraktsuppföljningen får man istället tillgå den civilrättsliga avtalsrätten. Bokwall och Håkansson poängterar att civilrätten och den offentliga upphandlingsrätten bygger på helt olika grunder.⁸⁶ Även om det inte är något märkligt att olika rättsområden bygger på olika grundsatser blir det ett märkligt resultat när man utgår ifrån att de båda rättsområdena ska vara kompatibla

⁸⁴ Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr T 536-13

⁸⁵ Bokwall, Carl & Håkansson, Lina *Vad krävs för att kunna häva avtalet?* Upphandling24, 2014-06-23, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.566366/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet> (hämtad 2014-09-14)

⁸⁶ Bokwall & Håkansson, *Vad krävs för att kunna häva avtalet?*, 2014

med varandra. Scenariot blir då väldigt likt ett tvångsgifte istället för en effektiv metod att se till att upphandlade kontrakt efterlevs. Att komparitet inte underlättas är underligt, framförallt eftersom den offentliga upphandlingen är ett harmoniserat område inom EU och används för att styra samhället åt det håll unionen önskar.⁸⁷ Att man då lämnar kontraktsuppföljningen, vars betydelse inte ska underskattas, åt varje medlemsstat nationella rätt är i mitt tycke värt att lägga pannan i djupa veck för.

Frågan är dock vilka slutsatser som kan dras av avgörandet. Det är viktigt att komma ihåg att tvisten slets i allmän domstol och avgjordes följaktligen som ett dispositivt tvistemål. Det innebär att domstolen är bunden till vad parterna lägger fram och får inte pröva något annat.⁸⁸ Det är visserligen sant att domstolen varken tar upp betydelsen av att ändringen eventuellt kunde ha varit en väsentlig ändring rent upphandlingsrättsligt eller den upphandlande myndighetens skyldigheter enligt upphandlingsrätten, men det är samtidigt möjligt att ingen av parterna lyfte fram aspekten tillräckligt tydligt. Hade frågan prövats i en förvaltningsrättslig process är det möjligt att domstolen hade kunnat ta detta i beaktande, även om ingen av parterna tagit upp det, eftersom den förvaltningsrättsliga processen präglas av officialprincipen. Officialprincipen innebär att rätten har en skyldighet att se till att målet blir tillräckligt utrett.⁸⁹ Det finns även anledning att fundera över de ändringar som skedde. Leverantören vidtog rättelse i två av fallen och i det tredje fallet lyckades den upphandlande myndigheten inte visa att prisändringarna var väsentliga. Det är därför rimligt att anta att ändringarna inte hade varit väsentliga ens enligt upphandlingsrätten. Det ska även påpekas att hovrättens dom har överklagats till HD.

Det finns således anledning att inte lägga alltför mycket vikt vid hovrättens avgörande. Den lärdom som kan dras av avgörandet är snarare att det är av stor vikt att bygga upp sin argumentation kring avtalsbrottets väsentlighet med hjälp av upphandlingsrättsliga aspekter. Som framgick i avsnittet om civilrättslig hävning är väsentlighetskravet framförallt föremål för en subjektiv bedömning – vad var viktigt för parterna i det

⁸⁷ Offentlig upphandling anses till exempel spela en nyckelroll för att unionen ska nå 2020-målen, se SOU 2011:73 s. 39

⁸⁸ 17 kap 3 § RB

⁸⁹ Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 2012, s. 80f Det ska dock noteras att domstolens underlag för prövningen av ärendet begränsas till "vad handlingarna innehåller och vad i övrigt förekommit i målet", se 30 § 1 st FPL.

aktuella avtalet? Under förutsättning att den upphandlande myndigheten argumenterar för sin rätt att häva avtalet med anledning av att väsentlighetskravet enligt upphandlingsrätten är uppfyllt faller argumentationen inom domstolens prövorätt. I sådant fall menar jag att den svenska avtalslagen är så pass flexibel att andra rättsområden kan tas i beaktande för att avgöra om ett avtalsbrott är väsentligt eller ej. Det borde därför inte finnas något som hindrar att en upphandlingsrättslig väsentlig förändring även kan anses vara ett civilrättsligt väsentligt avtalsbrott.

3.3 Upphandlingsrätten som tolkningshjälpmedel

Hur ska egentligen det offentliga kontraktet tolkas? Som framgick ovan verkar det troligast att bedömningen huruvida ett avtalsbrott varit väsentligt eller ej ska göras från en subjektiv utgångspunkt. Att väsentlighetskravet ska bedömas subjektivt kan även anses följa av själva avtalstolkningen. Det vore inte bara märkligt om det fanns en universalmetod för hur samtliga avtal skulle tolkas, det finns även en viss fara i att systematisera tolkningsprocessen av ett avtal.⁹⁰ Grönfors framhåller att man måste använda en tolkningsmetod som passar det material man har att bedöma. Det är därför inte möjligt att rangordna avtalets tolkningshjälpmedel i ett hierarkiskt system och ge en rättvisande bild av verkligheten.⁹¹ Avtalet ska tolkas i enlighet med partsviljan, men när två avtalsparter tvistar om vad partsviljan egentligen består av faller det sig naturligt att även andra tolkningsmedel måste användas. I modernare tid använder sig domstolen dessutom mindre av partsviljan för att tolka ett avtal, den tillämpar istället allmänna rättsliga överväganden och låter således avtalstolkningen bli mer objektiv. Om det finns rättsregler att falla tillbaka på använder domstolen gärna dem för att antingen applicera dem direkt på rättsfrågan eller för att göra ett analogislut.⁹²

Vilka rättsregler som kan användas som utfyllnad av ett avtal beror naturligtvis på vad för slags avtal det rör sig om. Såväl tvingande som dispositiv rätt kan användas för att tolka och/eller fylla ut avtalet.⁹³ Även om det inte är möjligt att ordna källorna för avtalstolkning hierarkiskt går det att, med ledning av 3 § KöpL, argumentera för att tvingande rättsregler ska rangordnas högst. Dispositiva rättsregler och praxis

⁹⁰ Vahlén, Lennart, *Avtal och tolkning*, 1960, s. 249

⁹¹ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, s. 143

⁹² Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, 2010, s. 21

⁹³ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 21f

rangordnas desto lägre, efter avtalet självt, partsbruk och sedvänja.⁹⁴ Det framstår därför som osannolikt att en domstol inte skulle kunna använda sig av upphandlingsrätten och tillhörande praxis för att bedöma huruvida kravet på väsentlighet av det aktuella avtalsbrottet är uppfyllt eller ej. Så som nämnts ovan använder dock hovrätten inte upphandlingsrätten för att avgöra om den upphandlande myndigheten haft rätt att häva avtalet på grund av väsentligt avtalsbrott, men så som också framgått ovan finns det anledning att inte fästa för stor vikt vid hovrättens avgörande. Avgörandet får istället ge vikt åt betydelsen att väva in upphandlingsrätten i parternas avtalsrättsliga argumentation.

3.4 Hävningsgrund införs i det nya direktivet

Kommissionen anger i sin grönbok att det bör föras en diskussion kring huruvida det ska finnas möjligheter för upphandlande myndigheter att häva ingångna avtal under kontraktstiden. Så som exempel på när den upphandlande myndigheten ska kunna häva avtal i förtid nämns byte av leverantör, ändrade ägarstukturer samt oförutsedda händelser som rubbar den avtalsrättsliga jämvikten mellan parterna. En möjlighet att frånträda avtalet i förtid bör även finnas när EU-domstolen förklarar att ett upphandlat kontrakt har tecknats i strid med regleringen. En medlemsstat är visserligen skyldig att häva kontrakt som har tecknats i strid med EU:s regler om offentlig upphandling, men samtliga nationella rättsordningar erbjuder inte de upphandlande myndigheter en sådan möjlighet. I praktiken riskerar det därför att bli en omöjlighet för upphandlande myndigheter att rätta sig efter en ogiltigförklarande dom.⁹⁵

Mot bakgrund av ovanstående överväganden anger Europaparlamentet och Rådet i det nya direktivet att medlemsstaterna bör se till att de upphandlande myndigheterna har möjlighet att avsluta ett offentligt kontrakt i förtid i enlighet med de villkor som fastställs i nationell rätt.⁹⁶ I artikel 73 anges därför att medlemsstaterna åtminstone ska se till att de nationella villkoren ger en upphandlande myndighet möjlighet att häva ett ingånget avtal om:

- kontraktet har varit föremål för en väsentlig förändring som inte faller in under artikel 72,

⁹⁴ Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 25

⁹⁵ KOM(2011) 15 Grönbok om modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, s. 26-27

⁹⁶ skäl 112 direktiv 2014/24/EU

- entreprenören vid kontraktstilldelningen borde ha uteslutits från förfarandet eftersom denne befann sig i någon av de situationerna som anges i artikel 57.1, eller
- kontraktet inte borde ha tilldelats entreprenören på grund av att denne allvarligt åsidosatt sina skyldigheter som följer av fördragen och detta direktiv enligt vad som fastställts av EU-domstolen i enlighet med artikel 258 i EUF-fördraget.

Av direktivtexten kan slutsatsen dras att artikeln anger en miniminivå för vilka omständigheter medlemsstaterna måste införa villkor som ger de upphandlande myndigheterna rätt att häva ett avtal. Det kan därför inte finnas något hinder mot att införa ytterligare omständigheter som ger myndigheterna denna rätt. Utredningen föreslår att Sverige ska införa artikeln i sin helhet med endast en redaktionell förändring – ”entreprenör” har bytts ut mot ”leverantör som tilldelats kontraktet” – i andra punkten.⁹⁷

Utredningen framför att det finns goda skäl mot att införa en möjlighet för upphandlande myndigheter att häva ingångna kontrakt eftersom upphandlingsregleringen syftar till att kontrakt ska komma till stånd och de avtalsrättsliga verkningarna faller istället in under varje medlemsstats nationella avtalsrätt. Å andra sidan kan det uppenbarligen finnas ett behov av att det finns klara bestämmelser för när en giltig uppsägningsgrund föreligger. Den första hävningsgrunden riktar in sig på situationer där ändringar tillåtits som egentligen skulle ha lett till en ny upphandling. De andra två uppsägningsgrunderna ska istället avse eventuella missbedömningar som har gjorts under upphandlingsförfarandet och som har lett till att en leverantör som egentligen inte borde ha tilldelats kontraktet har blivit tilldelad kontraktet.⁹⁸

I lagkommentaren till lagförslaget anger utredningen att för att ändra eller häva ett upphandlat kontrakt följer att ett kontrakt verkligen har tecknats. Genom att kontraktet har undertecknats är förfarandereglererna i LOU inte längre aktuella. Bestämmelsen om vad som utgör en väsentlig ändring samt möjligheten att häva ett avtal ska istället ses

⁹⁷ SOU 2014:51 s. 318f

⁹⁸ SOU 2014:51 s. 318f Dessa hävningsgrunder kommer inte att utvecklas närmare i uppsatsen eftersom de faller utanför uppsatsens frågeställning.

som att de ger den upphandlande myndigheten besked om vilka ändringar som kan göras utan att ett nytt upphandlingsförfarande inleds samt när ett avtal borde kunna hävas. Hävning av upphandlade kontrakt har dock ingen upphandlingsrättslig effekt och leder inte omedelbart till en upphandlingsrättslig tvist. Det blir istället en avtalsrättslig tvist enligt utredningen. Den upphandlingsrättsliga konsekvensen kan istället bli att frånträddandet av avtalet innebär att den upphandlande myndigheten står utan avtalspart och måste ordna en ersättare. Att hitta en ersättande avtalspart kan däremot bli föremål för ett nytt upphandlingsförfarande.⁹⁹

Bestämmelsen om hävning av ett upphandlat avtal ska enligt förslaget finnas i ett helt nytt kapitel som heter fullgörande av kontrakt. I såväl domstol som i doktrin har påtalats att LOU är en procedurlagstiftning som syftar till att kontrakt ska tecknas. LOU är inte direkt tillämplig efter kontraktet är tilldelat. Genom att kapitlet "fullgörande av kontrakt" nu införs – utökas därigenom även lagens tillämpningsområde? Det är antagligen inte avsikten eftersom utredningen framhåller att hävning av ett avtal inte ger upphov till en upphandlingsrättslig tvist utan en avtalsrättslig sådan.¹⁰⁰ Av artikel 73 följer dock att medlemsstaterna har en skyldighet att se till att de upphandlande myndigheterna kan häva avtalet enligt nationell rätt på grund av sådana väsentliga förändringar som inte faller in under artikel 72. Genom att utredningen håller fast vid att möjligheten att häva avtalet är ett förfarande utanför LOU och att artikeln snarare är vägledande för när en direktupphandling kan göras verkar det som att de upphandlande myndigheterna ändå blir förpassade till den svenska avtalsrätten. I den hovrättsdom som analyserades i det föregående prövar domstolen inte ens huruvida förändringen i det upphandlade avtalet var väsentlig eller ej enligt upphandlingsregelverket. Om hovrättens dom står sig finns det risk att den svenska nationella rätten inte ger de upphandlande myndigheterna rätt att häva avtalet när en väsentlig förändring föreligger. I ett sådant fall skulle dock den svenska avtalsrätten få ge vika för upphandlingsdirektivet eftersom den då skulle hindra genomförandet av unionsrätten.¹⁰¹ Precis som nämndes ovan finns det dock anledning att inte tillmäta hovrättens avgörande alltför stor betydelse. Den svenska avtalsrätten bör istället anses

⁹⁹ SOU 2014:51 s. 446f

¹⁰⁰ SOU 2014:51 s. 447

¹⁰¹ se C-6/64 Costa mot ENEL; se även Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 90

vara så pass flexibel att upphandlingsrätten kan användas för att definiera huruvida ett avtalsbrott är väsentligt eller ej. Det är dock märkligt att utredningen beskriver artikeln som en hänvisning till när en upphandling inte behöver göras.

En annan oklarhet med anledning av utredningens yttrande över att hävningsgrunden ligger utanför det upphandlingsrättsliga området är huruvida den upphandlande myndigheten måste skriva in i de kommersiella villkoren att bestämmelsen om uppsägning av kontrakt ska tillämpas på kontraktet eller om den ska ha allmän tillämplighet. Om den inte gäller utan att den finns med i kontraktet blir den upphandlande myndigheten återigen förpassad till den svenska avtalsrätten och hovrättens avgörande. Ett förtydligande om artikelns tillämpning hade därför varit önskvärt.

4. Konkurrerande leverantör

När ett civilrättsligt avtal ändras får det verkningar för avtalsparterna. En tredje part har vanligen ingen rätt att uttala sig om parternas avtal. Så är emellertid inte fallet för upphandlade kontrakt. Om en väsentlig ändring görs av ett upphandlat kontrakt anses det som huvudregel utgöra en ny upphandling. Det är därför inte helt ovanligt att en konkurrerande leverantör till den leverantör som tilldelats kontraktet väcker talan på grund av den ändring som gjorts och menar att ändringen i själva verket utgör en otillåten direktupphandling. Leverantörens mål är att få upphandlingen ogiltigförklarad och att den upphandlande myndigheten istället måste genomföra ett upphandlingsförfarande. Till skillnad från när den upphandlande myndigheten häver ett avtal är fokus inte främst på om skadestånd ska utgå eller ej, utan istället om den upphandlande myndigheten ska behöva genomföra ett nytt upphandlingsförfarande eller ej. Konsekvenserna av en otillåten direktupphandling kan därför bli större än skyldigheten att betala skadestånd till den andra parten.

4.1 Begreppet väsentliga förändringar

Tillämpningsområdet för det upphandlingsrättsliga regelverket slutar egentligen i och med att det upphandlade kontraktet undertecknats. Trots detta har EU-domstolen konstaterat att det följer av unionsfördragen att upphandlande myndigheter inte är fria

att ändra upphandlade kontrakt helt utan restriktioner.¹⁰² I *Succhi di Fruta* uttalar domstolen att det följer av likabehandlings- och transparensprincipen att det är den upphandlande myndighetens skyldighet att noggrant följa de kriterier som den själv har fastställt. Den här skyldigheten slutar inte enbart för att kontraktet är undertecknat utan föreligger fram till dess att det aktuella kontraktet är genomfört.¹⁰³ Domstolens synsätt på vilka ändringar som kan tillåtas är således, enligt *Succhi di Fruta*, liten.

Att tillåta väsentliga ändringar skulle verka i motsatt riktning mot direktivens syfte om att upphandlingar ska skötas på ett transparent sätt och därigenom hindra diskriminering. Skulle ändringar av ett ingånget kontrakt tillåtas skulle det även finnas risk att den nödvändiga konkurrensutsättningen underminerades. Det finns emellertid även goda skäl att tillåta att ändringar sker av ingångna kontrakt. Direktiven om offentlig upphandling bygger även på tanken om kostnadseffektivitet; skattebetalarnas pengar ska spenderas så effektivt som möjligt. Genom att tillåta ändringar av upphandlade kontrakt behöver myndigheten inte genomföra en ny, kostsam upphandlingsprocess utan kan lägga tid och pengar på annat.¹⁰⁴

Förbudet kan sägas bygga på ett direkt förbud och ett indirekt förbud. Det direkta förbudet innebär att avtalsvillkor inte får ändras rent faktiskt. Det indirekta förbudet innebär att upphandlande myndigheter är skyldiga att tolka tilldelningskriterier och andra villkor på samma sätt under hela upphandlingsförfarandet och inte låta dem förändras.¹⁰⁵

Utrymmet för att göra ändringar av upphandlade kontrakt utvecklades i EU-domstolens dom *Pressetext*. 1994 ingick den österrikiska regeringen ett tjänsteavtal med Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung (APA) som i huvudsak innebar att de federala myndigheterna i Österrike fick tillgång till de nyhetstjänster som leverantören erbjöd. Kontraktet ingicks på obestämd tid med ett förbehåll om att ingen av parterna skulle säga upp avtalet förrän den 31 december 1999. Från år 2000 skedde ett par ändringar och frågan var om dessa var sådana att de i själva

¹⁰² Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, 2012, s. 169

¹⁰³ C-496/99 CAS *Succhi di Fruta* p. 115

¹⁰⁴ Arrowsmith, Sue *The law and public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, 2014, s. 578

¹⁰⁵ C-19/00 SIAC Construction, p. 43

verket innebar att ett nytt kontrakt hade upphandlats. De främsta ändringarna bestod av att avtalet överläts till APA:s helägda dotterbolag, APA-OTS, priset på den aktuella tjänsten ändrades till följd av Österrikes medlemskap i EMU och en förnyad klausul om att avtalet inte skulle sägas upp infördes.¹⁰⁶

Domstolen angav att en ändring ska anses vara väsentlig om den uppfyller två krav:

- i) Om ändringarna innebär *betydande skillnader* i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och
- ii) Ändringarna följaktligen visar att det finns en *avsikt* från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.¹⁰⁷

Domstolen utvecklade resonemanget beträffande vad som kan anses vara en betydande skillnad och konstaterade att en ändring kan vara betydande om:

- i) ändringen görs under kontraktets löptid och det förs in villkor som, om de förts in i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller anta andra anbud än det som slutligen antogs¹⁰⁸,
- ii) det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde väsentligt utsträcks så att det även omfattar tjänster som först inte avsågs¹⁰⁹, eller
- iii) ändringen innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.¹¹⁰

I de nu gällande direktiven finns ingen definition på vad som utgör en väsentlig förändring inom ramen för offentlig upphandling. De nya direktiven, som ska implementeras senast i april 2016¹¹¹, innehåller dock en definition av vad som utgör en sådan förändring.¹¹² Innan direktivet är implementerat får vägledning alltjämt sökas i praxis. Av den ramen som EU-domstolen har dragit upp i sin praxis går det att

¹⁰⁶ C-454/06 Presstext

¹⁰⁷ C-454/06 Presstext p. 34

¹⁰⁸ C-454/06 Presstext p. 35

¹⁰⁹ C-454/06 Presstext p. 36

¹¹⁰ C-454/06 Presstext p. 37

¹¹¹ 2014/24/EU artikel 90

¹¹² Se avsnitt 6 nedan

konstatera att parter i offentliga kontrakt inte kan tillskrivas samma nivå av avtalsfrihet som parter i kommersiella avtalsförhållanden kan. Det skulle strida mot direktivens syfte. Syftet med direktivet är dock inte att det ska råda ett totalförbud mot ändringar av upphandlande kontrakt; upphandlande myndigheter måste kunna ändra, komplettera och justera avtalen utan att varje sådan ändring innebär att ett nytt kontrakt har ingåtts.¹¹³

Enligt *Presstext* är en ändring väsentlig om den visar på parternas vilja att omförhandla de väsentliga villkoren av ett kontrakt. Utgångspunkten vid bedömningen måste därför vara den upphandlande myndighetens utrymme för olikbehandling av leverantörer och ändringarnas betydelse för utgången av upphandlingen. Det är dock viktigt att ha i åtanke att det finns nyanser av ändringar; domstolen uttalar i *Presstext* att väsentliga ändringar inte är tillåtna, vilket tyder på att de upphandlande myndigheterna har ett visst utrymme att göra ändringar på.¹¹⁴ En generell utgångspunkt skulle kunna vara att en upphandlande myndighet inte kan göra en förändring av ett villkor som innebär att en leverantörs rättsliga ställning påverkas negativt.¹¹⁵

4.2 Ändringar i det upphandlade kontraktet

4.2.1 Resultatet av upphandlingen hade blivit annorlunda

För att villkoret ska vara uppfyllt krävs att det föreligger ett upphandlat kontrakt samt att ändringen skulle ha påverkat andra leverantörers beslut att delta i upphandlingsprocessen. Vid bedömningen av huruvida förändringar är väsentliga finns det goda skäl att titta på de ändringar som får göras under själva anbudsförfarandet, det vill säga innan kontraktet har tecknats.¹¹⁶ De ändringar som har tillåtits innan kontraktet blivit undertecknat men efter tilldelningsbeslutet är av störst intresse. Sådana ändringar består främst av anpassningar till ändrade omständigheter och där det inte finns risk att utgången av upphandlingen hade blivit annorlunda.¹¹⁷ Ett exempel på en sådan ändring går att återfinna i ett mål från förvaltningsdomstolen i Malmö där

¹¹³ Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, 2012, s. 170

¹¹⁴ Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, s. 170

¹¹⁵ Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, s. 286f

¹¹⁶ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 580

¹¹⁷ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 851

de kommersiella villkoren ändrades sex dagar innan anbudstidens utgång. De ursprungliga villkoren var förenade med stora risker för leverantören men efter ändringen minskade dessa eller flyttades över till den upphandlande myndigheten. Ändringen bedömdes vara väsentlig eftersom anbudsgivare som avstått från att lämna in anbud på grund av de höga riskerna nu hade kunnat vara intresserade av att lämna anbud i upphandlingen.¹¹⁸

Vid en upphandling av dosdispenser skulle betalning till leverantören erläggas i efterhand. Under kontraktets löptid hamnade leverantören emellertid i ekonomiskt trångmål och för att undvika att leverantören gick i konkurs ändrade den upphandlande myndigheten sina betalningsrutiner tillfälligt och erbjöd istället leverantören förskottsbetalning. Möjligheten till förskottsbetalning innebar en ekonomisk lättnad om 21,5 miljoner. Domstolen ansåg att med möjligheten till förskottsbetalning kunde det inte uteslutas att andra anbudsgivare hade utformat sina anbud på ett annat sätt och ändringen hade därför kunnat innebära att utgången av upphandlingen hade blivit annorlunda. Ändringen var därför väsentlig.¹¹⁹

Ett annat exempel på en väsentlig förändring som skedde när kontraktet var tilldelat men ännu inte underskrivet är EU-domstolens avgörande *Succhi di Fruta* som avgjordes innan Pressetext. Kommissionen genomförde en upphandling där leverantören skulle tillverka fruktprodukter och få betalt i äpplen och apelsiner från EU:s interventionslager. När kontraktet tilldelats visade det sig dock att tillgången på apelsiner och äpplen var mindre än väntat, varför leverantören därför även kunde få betalt i persikor. EU-domstolen menade att ändringen var väsentlig eftersom den gjorde det möjligt för andra anbudsgivare att lämna anbud. I det här fallet blev ändringen särskilt påtaglig eftersom den leverantör som slutligen blev tilldelad kontraktet angav att denne även kunde tänka sig att få betalt i persikor i sitt anbud, något som ingen annan av leverantörerna angav eftersom det inte efterfrågades.¹²⁰ Rättsfallet är speciellt eftersom betalningen skedde i just frukt. Precis som GA Alber poängterade i sitt förslag till dom är det skillnad på betalning i pengar och betalning i frukt eftersom frukter inte

¹¹⁸ Förvaltningsrätten i Malmö mål nr 3958-13

¹¹⁹ Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13215/2777-14

¹²⁰ C-496/99 CAS *Succhi di Fruta* p. 116-117

är direkt utbytbara med varandra – äpplen är äpplen och persikor är persikor.¹²¹ Detta kan jämföras med *Pressetext* där leverantörens ersättning ändrades från schilling till euro i samband med att Österrike gick med i EMU. Ändringen var inte väsentlig eftersom den berodde på yttre omständigheter som ingen av parterna kunde kontrollera.¹²² Det borde därför gå att ändra valuta även i framtida kontrakt eftersom ändringen är neutral och det finns därmed ingen risk att bytet gynnar en leverantör framför någon annan.¹²³

I *Succhi di Fruta* uttalade EU-domstolen även att det ankommer på den upphandlande myndigheten att noggrant följa de villkor man har uppställt. Den upphandlande myndighetens skyldighet att göra så föreligger inte endast under anbudsförfarandet utan till dess att det upphandlade kontraktet har genomförts.¹²⁴ Det råder dock inget totalförbud mot att ändra på väsentliga villkor under förutsättning att de särskilt angivna skälen som kan föranleda en ändring anges från början. Villkoret ska då infogas i förfrågningsunderlaget så att samtliga leverantörer får kännedom om villkoret vilket får till följd att principen om likabehandling upprätthålls då leverantörerna utformar sina anbud.¹²⁵ Om den här ordningen inte upprätthålls riskerar principen om likabehandling och transparens att trädas förnär.

Vissa krav är av särskild betydelse när den upphandlande myndigheten tilldelar ett kontrakt och en ändring av dessa kan leda till att resultatet av upphandlingen hade blivit annorlunda. Så var fallet i EU-domstolens avgörande *Wall*. Staden Frankfurt skulle upphandla en tjänstekoncession avseende drift, underhåll, service och rengöring av nio befintliga toalettanläggningar samt byggandet av ytterligare två sådana anläggningar. Den leverantören som tilldelades kontraktet hade angivit att de skulle anlita underleverantören Wall för att upprätta toalettanläggningarna eftersom Wall var innehavare av flera patent till de toalettanläggningar som efterfrågades. När toalettanläggningarna skulle uppföras anlidades emellertid inte Wall utan en annan underleverantör. Av avtalet framgick att underleverantörer kunde bytas ut om den upphandlande myndigheten godkände ändringen. Staden Frankfurt gav sitt uttryckliga godkännande till att underleverantören byttes. Trots att möjligheten till ändring

¹²¹ GA Albers förslag till dom C-496/99 CAS *Succhi di Fruta* p. 74

¹²² C-454/06 *Pressetext* p. 57

¹²³ Arrowsmith *The law of public and utilities procurement*, s. 581

¹²⁴ C-496/99 CAS *Succhi di Frutta* p. 115

¹²⁵ C-496/99 CAS *Succhi di Fruta* p. 118

framgår av avtalet kan en ändring i undantagsfall vara väsentlig. I det här fallet förelåg ett sådant undantagsfall eftersom anlitalet av underleverantören Wall var en av faktorerna som gjorde att huvudleverantören blev tilldelad kontraktet.¹²⁶

Det är dock oklart vilket prejudikatsvärde domen har eftersom den bygger på väldigt särskilda omständigheter. Det hör antagligen till ovanligheterna att val av underleverantör är ett av de väsentliga villkoren som gör att en leverantör blir tilldelad kontraktet. Det är emellertid inte omöjligt – ett kontrakt kan till exempel tilldelas en leverantör på grund av att han har en särskild person anställd om dennes kompetens var av vikt när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas.¹²⁷

En fråga som dyker upp vid bedömningen av huruvida en ändring är väsentlig eller ej för resultatet av en upphandling är *när* jämförelsen ska göras. Arrowsmith och Poulsen menar att den relevanta tidpunkten för att avgöra om det slutliga resultatet av en upphandling hade blivit annorlunda på grund av ändringen är vid tiden för den ursprungliga kontraktstilldelningen.¹²⁸ De omständigheter som ska tas i beaktande kan rimligtvis endast vara de som konkret föreligger när ändringen företas. Omständigheter som inträffar senare kan tas i beaktande endast om de med säkerhet kunde förutses när handlingen genomfördes. Detta följer av principen om rättssäkerhet. Det är nämligen av stor vikt att den upphandlande myndigheten, leverantören och de leverantörer som inte tilldelades kontraktet kan avgöra huruvida en ny upphandling behöver göras på grund av ändringen eller ej.¹²⁹ Det är omöjligt att avgöra om andra omständigheter ska beaktas.

4.2.2 Det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde utsträcks väsentligt

Även om ändringen inte hade inneburit att utgången av upphandlingen hade blivit annorlunda kan en ändring anses vara väsentlig om den innebär att kontraktets tillämpningsområde utökas väsentligt.¹³⁰ Detta beror på att det kan finnas områden där en ändring av till exempel kontraktets värde ändå inte hade inneburit att andra

¹²⁶ C-91/08 Wall p. 39

¹²⁷ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 582

¹²⁸ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 582; Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, 2012,, s.170

¹²⁹ GA Kokotts förslag till dom 454/06 Pressetext p. 63-64

¹³⁰ C-454/06 Pressetext p. 36

leverantörer hade velat delta i upphandlingen. Den andra kategorin av ändringar avser därför att täcka in sådana ändringar där det är troligt att de hade haft en påverkan på utgången av upphandlingen, men den potentiella påverkan behöver inte bevisas.¹³¹

Det är dock viktigt att ha i åtanke att det endast är ändringar som innebär att tillämpningsområdet utsträcks *väsentligt* som inte är tillåtna. Om väsentlighetskravet inte är uppfyllt kan således kontraktets tillämpningsområde utökas utan att det strider mot gällande rätt. Det här är särskilt viktigt eftersom det inte är ovanligt att den upphandlande myndigheten missar att reglera behovet av tillkommande arbeten/varor/tjänster i sitt förfrågningsunderlag. Om detta inte hade varit möjligt hade det inneburit att den upphandlande myndigheten hade tvingats välja mellan två scenarion: låta avtalet slutföras utan de nödvändiga tillkommande objekten alternativt att bryta mot regleringen. Av *Presstext* kan slutsatsen dras att ett upphandlat avtal kan förlängas under en kort tid för att undvika en sådan situation, även om möjligheten inte framgår av avtalet.¹³²

Att utöka kontraktets tillämpningsområde är emellertid inte helt riskfritt för den upphandlande myndigheten. I *kommissionen mot Tyskland* ansåg EU-domstolen att ett kontrakt som utökades med en enhet var en väsentlig förändring. Avtalet avsåg driften av ambulansstationer. Under avtalets löptid utvidgades kontraktet till att omfatta ytterligare en ambulansstation i regionen. Driften av den tillkommande ambulansstationen konkurrerades ut alltså inte, utan tilldelades den leverantör som skötte de andra. Eftersom värdet av den tillkommande ambulansstationen översteg det aktuella tröskelvärdet ansåg domstolen att ändringen innebar att kontraktets tillämpningsområde utvidgades väsentligt.¹³³ Det finns därför anledning att, vid bedömningen av huruvida en utvidgning är väsentlig eller ej, jämföra värdet av utvidgningen med det aktuella tröskelvärdet. Är utvidgningen högre än tröskelvärdet är ändringen sannolikt väsentlig.¹³⁴ Generaladvokaten använde sig dock av en annan metod för att pröva om kontraktets tillämpningsområde hade utökats väsentligt – hon jämförde det tillkommande värdet med det ursprungliga värdet. I det aktuella fallet fann

¹³¹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 582

¹³² Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 583

¹³³ C-160/08 kommissionen mot Tyskland p. 98

¹³⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 583

hon att det förelåg ett nytt kontrakt eftersom värdet av det totala kontraktet ökade med 15 % och kontraktets tillämpningsområde (den geografiska ytan som täcktes) ökade med 25 %.¹³⁵

Det är inte klart vilket test som ska användas för att avgöra om kontraktets tillämpningsområde utökats väsentligt eller ej. Vägledning kan dock sökas i det nya direktivet eftersom det stadgar att en väsentlig förändring inte föreligger om värdet av tillägget är under det relevanta tröskelvärdet *och* understiger en viss proportion av det ursprungliga kontraktets värde: 10 % för varor och tjänster eller 15 % för byggtreprenader.¹³⁶ Det är ett rimligt antagande att EU-domstolen kommer att påverkas av de gränserna när de har att tolka det nuvarande direktivet och tillåta utvidgningar vars värde håller sig under båda beloppsgränserna. Det är mindre klart hur domstolen kommer att bedöma en utvidgning som inte understiger båda beloppsgränserna. Det kan inte presumeras att en utvidgning är väsentlig enbart på grund av att kontraktets värde, efter ändringen, överstiger tröskelvärdet eller någon av beloppsgränserna. Det får istället avgöras i det enskilda fallet. Att en sådan presumtion inte kan föreligga följer också av det övergripande angreppssättet på området; hade ändringen inneburit att utgången av upphandlingsförfarandet hade blivit annorlunda?¹³⁷

4.2.3 Kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till leverantörens fördel

Den tredje situationen som ska anses vara väsentlig enligt Pressetextdomen innebär framförallt att ersättningen till leverantören inte kan öka utan att dennes skyldigheter enligt avtalet också ökar. Den kan även omfatta andra ändringar som innebär att den ekonomiska jämvikten ändras till leverantörens fördel; om leverantören till exempel går med förlust på grund av avtalet kan varor och tjänster som inte finns med i det ursprungliga avtalet läggas till och sättas till ett högt pris jämna ut leverantörens förluster. Det är viktigt att undvika att leverantören får ökade fördelar av ett avtal eftersom det finns stor risk för olikbehandling om den upphandlande myndigheten belönar en favoriserad leverantör framför andra; en leverantör som vet om att han är favoriserad och kommer att belönas kan annars lägga ett mycket lågt anbud för att

¹³⁵ Förslag till dom C-160/08 kommissionen mot Tyskland p. 132-134

¹³⁶ 2014/24/EU artikel 72.2

¹³⁷ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 584

konkurrera ut andra, mindre favoriserade anbudsgivare. Genom att inte tillåta sådana ändringar riskerar den upphandlande myndigheten inte heller att ge olovligt statsstöd till en leverantör.¹³⁸

Det går dock inte att dra slutsatsen att samtliga prishöjningar utgör väsentliga förändringar. För det fall att prisökningen står i rimlig proportion till ökat arbete utfört av leverantören utgör prisökningen naturligtvis ingen väsentlig förändring. Så var till exempel fallet i Örebro läns upphandling av sjuktransporter. Ersättningen till leverantören var beroende av hur många sjuktransporter som länet hade varit i behov av under den aktuella perioden. Mellan två olika tidpunkter hade ersättningen ökat markant men eftersom det framgick av kontraktet hur ersättningen skulle beräknas utgjorde den ökade prisändringen ingen väsentlig förändring.¹³⁹

Vad händer när en upphandling blir föremål för överprövning och de timpriser leverantören lämnat i sitt anbud inte längre kan hållas, på grund av den utdragna rättsprocessen? Trelleborgs kommun upphandlade ett ramavtal avseende byggservice, av vilket framgick att de angivna timpriserna inte fick vara föremål för indexreglering under avtalets första två år. Vid ett avrop ändrade emellertid två av leverantörerna sina timpriser med hänvisning till att de pågående överprövningarna av upphandlingen dragit ut så mycket på tiden att det inte gick att hålla fast vid de angivna priserna. Kammarrätten konstaterade att priset utan tvekan är ett väsentligt villkor, vilket inte kan förändras utan uttryckligt stöd i förfrågningsunderlaget. Eftersom prisändringen grundades på leverantörernas egna uppfattning om hur fördröjningen påverkat dem ekonomiskt kommer de leverantörer som tillåts ändra sina priser att få en högre utbetalning än vad som angavs i de ursprungliga anbuden. Därmed rubbas den ekonomiska jämvikten till de två leverantörernas fördel och ändringarna bedömdes därför vara väsentliga.¹⁴⁰ Av rättsfallet kan slutsatsen dras att det som gjorde att ändringen var väsentlig inte nödvändigtvis var att priserna höjdes eftersom det berodde på objektiva skäl – det var snarare det att leverantören själv fick ange prisökningen som innebar att ändringen var väsentlig eftersom den ekonomiska jämvikten då ändrades.

¹³⁸ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 584f

¹³⁹ Kammarrätten i Göteborg mål nr 5755-11

¹⁴⁰ Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12

Ett sådant tillvägagångssätt riskerar att snedvrیدا konkurrensen och är inte heller transparent.

En ändring som innebär att den ekonomiska jämvikten är till fördel för den upphandlande myndigheten är inte en väsentlig förändring per automatik. Det här framgår av *Presstext* där den österrikiska regeringen ursprungligen gavs en mängdrabatt om 15 % på de kontrakterade tjänsterna. I samband med övriga förändringar ändrades rabatten till 25 %. Eftersom förändringen innebar att ersättningen till leverantören minskade riskerade inte konkurrensen på marknaden att snedvridas eftersom förändringen var till nackdel för leverantören.¹⁴¹ Ändringen ansågs därför inte vara väsentlig.¹⁴² Att priser ändras till fördel för den upphandlande myndigheten har visat sig särskilt vanligt under den ekonomiska recession som Europa lidit av de senaste åren då regeringar har förhandlat sig till prissänkningar av kontrakt som löper under en lång tid. Arrowsmith menar dock att prissänkningar inte kan ske helt riskfritt – om prissänkningen kombineras med ett ökat tillämpningsområde för kontraktet kan ändringen anses vara väsentlig eftersom andra potentiella leverantörer hade kunnat erbjuda ett ännu lägre pris om de hade kunnat dra nytta av de stordriftsfördelar som kontraktets ökade omfattning skulle innebära.¹⁴³

Precis som i det fallet att kontraktets tillämpningsområde utökas men inte väsentligt, finns det antagligen en *de minimis* bestämmelse även för den tredje situationen. I *Presstext* ändrades priserna till leverantörens nackdel. Prisändringarna var väldigt små och gjordes för att förenkla faktureringen. Prisändringar kan enligt domstolen tillåtas om de är små samt genomförs av objektiva skäl. Genom att faktureringen förenklades underlättades även genomförandet av kontraktet, vilket var ett objektiva skäl för att ändra priserna.¹⁴⁴ Eftersom domstolen inte fäste vikt vid att prisändringarna var till nackdel för leverantören borde även prisändringar som är till leverantörens fördel omfattas av resonemanget; under förutsättning att de är små och görs på objektiva grunder. Samma slutsats går även att dra av de nya direktiven: en ändring är inte väsentlig om dess värde understiger det relevanta tröskelvärde och 10 % (varor och

¹⁴¹ C-454/06 *Presstext* p. 83, 85

¹⁴² C-454/06 *Presstext* p. 87-88

¹⁴³ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 585

¹⁴⁴ C-454/06 *Presstext* p. 61-63

tjänster) respektive 15 % (byggentreprenad) av kontraktets värde. Den ekonomiska balansen nämns över huvud taget inte i artikeln.¹⁴⁵

4.2.4 Ändringar som är reglerade i kontraktet

Av domstolens dom i *Presstext* följer att det är av betydelse vid bedömningen huruvida en ändring är väsentlig eller ej om möjligheten till ändring finns med i det ursprungliga kontraktet. Detta är en logisk följd av transparensprincipen – om samtliga anbudsgivare har varit medvetna om möjligheten till förändring är risken för att såväl transparens- som likabehandlingsprincipen ska trädas för när mindre. Det är dock av vikt att förutsättningarna för ändringen tydligt framgår av kontraktet. I *Presstext* konstaterade domstolen till exempel att en ökad rabatt var – förutom att den var till fördel för den upphandlande myndigheten – en ändring som låg inom kontraktets omfång.¹⁴⁶ Domstolen konstaterade även att en prisändring som beror av ett prisindex är tillåten om det aktuella prisindexet framgår av det ursprungliga kontraktet.¹⁴⁷ Det är därför möjligt att argumentera för att så länge möjligheten till en ändring framgår av det ursprungliga kontraktet är inte ändringen väsentlig.

Går det då att dra slutsatsen att alla sorters förändringar kan tillåtas så länge de är reglerade i det ursprungliga kontraktet? Nej, det vore en alltför enkel slutsats. Även om möjligheten till ändring framgår av kontraktet ska de ändå anses vara väsentliga om de i själva verket syftar till att kringgå den upphandlingsrättsliga regleringen. Vid upphandlingen av ett äldreboende framgick att leverantören hade rätt att överlåta kontraktet med den upphandlande myndighetens godkännande samt att parterna hade möjlighet att omförhandla bestämmelser i avtalet till följd av ändrade förhållande som innebar att bestämmelsen väsentligen skulle motverka de förutsättningar förfrågningsunderlaget byggde på. Kontraktet slöts på fem år, men redan ett år efter undertecknandet gick leverantören i konkurs. Ägaren i leverantörsbolaget startade då, tillsammans med ytterligare ett annat bolag, ett nytt bolag som fick överta kontraktet med den upphandlande myndigheten. Av *Presstext* följer att byte av kontraktsparten är att se som en väsentlig förändring *om möjligheten inte regleras i det ursprungliga kontraktet*. Konkurrensverket, som väckte talan om upphandlingsskadeavgift,

¹⁴⁵ 2014/24/EU artikel 72.2

¹⁴⁶ C-454/06 *Presstext* p. 84

¹⁴⁷ C-454/06 *Presstext* p. 64-69

poängterade att möjligheten att byta avtalspart måste tolkas restriktivt för att syftet med regleringen inte ska trädas för när. I sin dom använder EU-domstolen byte av underleverantör som ett exempel på hur en sådan bestämmelse skulle kunna se ut. Exemplet visar på att omfånget av undantaget inte är särskilt stort och en restriktiv tolkning ligger i linje med domstolens i övrigt restriktiva praxis kring vilka förändringar som kan tillåtas.¹⁴⁸ Trots att ändringen framgick av det ursprungliga kontraktet tilläts den således inte och den upphandlande myndigheten drabbades av en upphandlingsskadeavgift.

Vad krävs då för att en ändring, som framgår av det ursprungliga kontraktet, ska tillåtas även när den verkställs? En viktig faktor är hur exakt och tydlig bestämmelsen som medger ändringen är – vilka ändringar kan göras och under vilka omständigheter? Ju tydligare bestämmelsen är desto större sannolikhet är det att ändringen inte anses som väsentlig eftersom den då inte framstår som en möjlighet att kringgå direktivets bestämmelser.¹⁴⁹ Domstolen fäste vikt vid detta i *kommissionen mot Frankrike* där kollektivtrafik skulle upphandlas genom ett förhandlat förfarande. Förhandlingen pågick under en väldigt lång tid, varför de priserna som angavs i förhandlingens inledande hade hunnit ändras när kontraktet väl undertecknades. Eftersom prisändringarna kunde förklaras med ett tillhörande prisindex var prisändringen däremot inte väsentlig.¹⁵⁰

En annan viktig faktor är hur anpassad möjligheten till ändring är till valet av leverantör, framförallt när det kommer till behovet av tillkommande arbete. Bestämmelser som finns med i det ursprungliga avtalet och som visserligen reglerar vilka ändringar som kan komma att göras och under vilka omständigheter, riskerar ändå att anses som väsentliga om de har tagits med på grund av valet av leverantör.¹⁵¹ Det här dilemmat illustrerades av domstolen i *kommissionen mot Frankrike* som rörde upphandlingen av en förbättring av en reningsanläggning. Upphandlingen gjordes genom en projekttävling där målet var att vinnaren skulle leverera en studie om förbättringen var möjlig att genomföra. Den upphandlande myndigheten angav även att vinnaren av projekttävlingen hade möjlighet att få bistå den slutliga entreprenören med ytterligare

¹⁴⁸ Konkurrensverkets beslut 456/2009

¹⁴⁹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 587

¹⁵⁰ C-337/98 kommissionen mot Frankrike p. 53

¹⁵¹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 588

förbättringar, utan att en ny upphandling genomfördes. Domstolen ansåg att möjligheten att låta vinnaren utföra annat arbete, som visserligen hade samband med projekttävlingen, stred mot transparens- och likabehandlingsprincipen och således mot direktivet. Principerna medför att föremålet för varje kontrakt och kriterierna för dess tilldelning ska vara klart definierade. Det är inte tillräckligt att det framgår av det ursprungliga kontraktet under vilka förhållanden ett nytt kontrakt kan ingås.¹⁵² Anledningen till att domstolen inte godtog möjligheten till att leverantören fick göra ytterligare arbete utan konkurrensutsättning var antagligen att den upphandlande myndigheten inte hade med ett kriterium som syftade till att avgöra vilken potentiell leverantör som var bäst på det uppföljande arbetet. Det fanns anledning att göra en sådan prövning eftersom det uppföljande arbetet skiljde sig från den ursprungliga projekttävlingen. Domstolen verkade istället anse att den upphandlande myndigheten helt enkelt tänkte förhandla fram ett avtal som även täckte upp det uppföljande arbetet med den leverantör som vann projekttävlingen.¹⁵³

Hur lika de nya åtagandena är de gamla och hur pass väl de faller inom avtalets omfång är också faktorer av betydelse. Ju mer ändringen eller tillägget skiljer sig från såväl de ursprungliga åtagandena som från avtalets ursprungliga omfång - desto större är sannolikheten att de är väsentliga. Precis som konstaterades i stycket ovan framkom detta i *kommissionen mot Frankrike* där det tillkommande arbetet skiljde sig såväl i omfång som i värde gentemot den ursprungliga projekttävlingen.

Det kan dock finnas något eftersträvansvärt i att en leverantör som tilldelats ett kontrakt beträffande ett visst arbete även kan få utföra tillkommande arbeten om denne gör sitt arbete bra. Detta fungerar som en morot för leverantören och den upphandlande myndigheten slipper genomföra en ny upphandling för projektets fullföljande. Det finns vissa möjligheter att ha en sådan här bestämmelse med i det ursprungliga kontraktet men gränserna sätts av att tillägget inte väsentligen får utöka storleken på projektet eller vara väldigt annorlunda från det ursprungliga arbetet. Ett exempel på en sådan klausul som utökar kontraktets storlek är en upphandling av tio exemplar av en viss maskin med en option om möjligheten att sälja ytterligare femtio. Eftersom optionen medger ett tillägg som är väsentligen större än det ursprungliga kontraktet har

¹⁵² C-340/02 kommissionen mot Frankrike p. 34-35

¹⁵³ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 588

kontraktets omfång ökats.¹⁵⁴ Kammarrätten i Stockholm hade anledning att pröva frågan huruvida avtalets omfång utökats vid en upphandling av ett remiss- och svarssystem som ursprungligen gjordes av Huddinge universitetssjukhus år 2002. 2005 ingick parterna ett tilläggsavtal som dels innebar att avtalets löptid förlängdes och dels att tjänsten som leverantören levererade numera skulle användas på hela sjukhuset (Huddinge universitetssjukhus hade vid tidpunkten slagits samman med Karolinska sjukhuset). Eftersom det inte funnits någon klausul om en sådan förlängning när huvudavtalet upphandlades bedömdes tilläggsavtalet som en otillåten direktupphandling.¹⁵⁵

Arrowsmith menar att sedvanan inom den aktuella branschen antagligen är av vikt när det gäller att bedöma omfånget av ett kontrakt. Inom försäkrings- och revisionsbranschen är det till exempel vanligt att kontrakt förlängs genom att parterna kommer överens om förnyelse efter hand: att direktiven skulle verka för att en sedvana förbjuds är inte särskilt troligt och förnyelser av ett kontrakt som ursprungligen löpte under ett år är antagligen inte att anse som en väsentlig förändring. Det bör däremot krävas att möjligheten till förlängning reglerats i det ursprungliga kontraktet. Det är dock viktigt att ha i åtanke att det inte är tillräckligt att kontraktet ger parterna rätt att omförhandla villkoret en gång per år, bestämmelsen måste definiera tillvägagångssättet för hur förnyelsen får ske.¹⁵⁶

Det är inte helt ovanligt att offentliga kontrakt innehåller bestämmelser om avstående från uppsägning och/eller förlängning av kontrakt. I *Pressetext* ingicks avtalet med den österrikiska regeringen på obestämd tid; något som inte är direkt otillåtet men som kan verka konkurrenshämmande. I avtalet fanns dessutom en klausul som angav att parterna under en period om tre år inte kunde säga upp avtalet. En sådan klausul strider, enligt EU-domstolen, inte heller mot direktivbestämmelserna *a priori*.¹⁵⁷ Istället får en bedömning göras om ändringen är betydande.¹⁵⁸ Klausulen som reglerade tiden parterna var förpliktade att inte säga upp avtalet löpte ut 1999. Under åren 2000-2005 kunde avtalet sagts upp när som helst, men ingen av parterna utövade denna rätt trots

¹⁵⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 589

¹⁵⁵ Kammarrätten i Stockholm mål nr 6784-09

¹⁵⁶ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 589

¹⁵⁷ C-454/06 *Pressetext* p.73-74

¹⁵⁸ C-454/06 *Pressetext* p. 76

avsaknaden av förpliktelsen. Domstolen fann därför att under perioden 2005-2008, när klausulen om parternas förpliktelse till avtalet återinfördes, fanns det ingen avsikt från parterna att säga upp avtalet. Det fanns således ingen förändrad avsikt mellan parterna, varför klausulen inte utgjorde en väsentlig förändring. Även om den upphandlande myndigheten skulle vilja säga upp avtalet ansågs tre år inte vara en orimligt lång tid för den tid det skulle ta för myndigheten att konkurrensutsätta den aktuella tjänsten. Under förutsättning att klausulen inte förs in i ett avtal systematiskt finns det ingenting som talar för att användningen av en sådan klausul skulle snedvrída konkurrensen till nackdel för nya anbudsgivare.¹⁵⁹

Det är intressant att domstolen tar fasta vid parternas avsikt innan klausulen återinförs i kontraktet. Det tyder på att bedömningen huruvida en ändring är betydande eller ej ska göras utifrån de konkreta uppgifter som finns då handlingen genomförs, vilket även GA Kokott förordar i sitt förslag till dom.¹⁶⁰ Det finns även, enligt GA Kokott, skäl att ta en konkret utgångspunkt vid bedömningen av huruvida en sådan klausul riskerar att snedvrída konkurrensen eftersom hon menar att klausulen endast strider mot regleringen om det för det första finns andra potentiella leverantörer och om dessa leverantörer, för det andra, över huvud taget kan ha en befogad förväntan att konkurrera ut den befintliga leverantören.¹⁶¹

För att förlängningsklausuler ska vara tillåtna enligt LOU krävs att avtalen ingåtts i enlighet med lagen samt att förfrågningsunderlaget/de kommersiella villkoren innehåller en bestämmelse om att avtalet kan förlängas. Kammarrätten i Stockholm bedömde ett tilläggsavtal till ett huvudavtal så som en väsentlig förändring av huvudavtalet och således en otillåten direktupphandling. Huvudavtalet ingicks mellan Karolinska universitetssjukhus och Profdoc Care AB 2002. 2005 ingick parterna ett tilläggsavtal som innebar att avtalets löptid förlängdes. Eftersom det inte funnits någon klausul om en sådan förlängning när huvudavtalet upphandlades bedömdes tilläggsavtalet som en otillåten direktupphandling.¹⁶²

¹⁵⁹ C-454/06 Pressetext p. 78-79

¹⁶⁰ Förslag till dom C-454/06 Pressetext p. 74-76

¹⁶¹ Förslag till dom C-454/06 Pressetext p. 77

¹⁶² Kammarrätten i Stockholm mål nr 6784-09

Möjligheten att ha med förlängningsklausuler prövades av HFD i RÅ 2004 ref 24.¹⁶³ Landstinget Västernorrland ingick 1990 ett avtal om tvättservice med Långelektivatten AB. 1997 ingick parterna ett tilläggsavtal som skulle gälla t.o.m. 31 december 2001 med ömsesidig uppsägningstid om 12 mån. Om avtalet inte var uppsagt innan den 31 december 2000 skulle avtalet automatiskt förlängas med två år. NOU yttrade sig i målet och angav att det krävs att den upphandlande myndigheten vid varje förlängningstillfälle gör en bedömning om avtalet får och bör förlängas. En klausul som innebär att avtalet kan förlängas i all oändlighet är inte förenlig med transparensprincipen. I sitt yttrande menar dock NOU att under förutsättning att tilläggsavtalet upphandlats i enlighet med [Ä]LOU kan ytterligare förlängning av avtalet inte stå i strid med lagen.

HFD prövar egentligen inte frågan över huvud taget utan konstaterar endast att varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning utgör en del av ett upphandlingsförfarande och frågan faller därför utanför LOU och förvaltningsdomstolarnas behörighet. Rättsfallet är intressant eftersom HFD tydligt klargör att avtalsrättsliga frågor faller utanför LOU och att det därför blir en civilrättslig fråga. Rättsfallet är från 2004 och avgjordes alltså innan *Presstext*. Att avtalsrättsliga frågor får anses falla utanför LOU:s omfång framgår dock även av utredningens arbete med implementeringen av det nya direktivet.¹⁶⁴ Rättsfallet får därför fortfarande anses vara aktuellt.

4.2.5 Oförutsebara händelser

En ändring som uppfyller någon av de situationer som förelåg i *Presstext* ska ändå inte anses vara väsentlig om den beror på oförutsebara händelser. Väsentliga förändringar av offentliga kontrakt förbjuds framförallt för att upphandlande myndigheter inte ska agera i strid med likbehandlings- och transparensprincipen. Det vore dock en helt orimlig konsekvens av principerna att en upphandlande myndighet skulle vara tvungen att inleda ett helt nytt upphandlingsförfarande enbart för att hantera en situation som uppstått på grund av en oförutsebar händelse. Att sådana ändringar kan tillåtas utgör ett

¹⁶³ Rättsfallet bygger på 1 kap 4 § ÄLOU. Enligt 1 kap. 4 § ÄLOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt, varvid anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. Bestämmelsen återfinns inte i nuvarande LOU men eftersom ingen ändring är avsedd är praxis ändå av betydelse. Se prop. 2006/07:128 s. 157

¹⁶⁴ SOU 2014:51 s. 446

undantag från likabehandlings- och transparensprincipen och följer istället av proportionalitetsprincipen.¹⁶⁵

En händelse som ingen av parterna har bedömts kunnat förutse och som föranleder en ändring av det upphandlade kontraktet är att en medlemsstat byter valuta. I *Presstext* angavs beloppen från början i österriksk schilling. I samband med att Österrike gick med i EMU angavs beloppen istället i euro. Domstolen ansåg att ändringen var en anpassning till yttre omständigheter som låg utom parternas kontroll och inte en väsentlig förändring.¹⁶⁶ Det tål dock att jämföras med *Succhi di Fruta* där bristen på frukt inte ansågs vara en sådan yttre omständighet som ingen av parterna hade kunnat förutse. Den upphandlande myndigheten menade att bristen på frukt skulle räknas som en oförutsebar händelse, men domstolen påpekade att eftersom myndigheten själva hade utformat förfrågningsunderlaget hade de kunnat infoga en klausul om möjligheten till ändring. En sådan klausul fanns inte och ändringen var väsentlig.¹⁶⁷

Vid ett flertal tillfällen har domstolen underkänt händelser så som oförutsebara när den upphandlande myndigheten inte har varit tillräckligt förutseende och där ett sådant förutseende hade inneburit grund för en ny upphandling.¹⁶⁸ I *kommissionen mot Spanien* lyckades den upphandlande myndigheten inte övertyga domstolen om att det var oförutsebart att så många nya studenter skulle börja på den skolan som upphandlades att ytterligare en skolbyggnad behövdes.¹⁶⁹ I *kommissionen mot Tyskland* konstaterade domstolen att det inte var en oförutsebar händelse att, vid upphandlingen av breddning av en kanal, nybyggda skepp behövde kunna förflyttas från varvet till havet.¹⁷⁰

Om det, å andra sidan, framgår att en normalt förutseende upphandlande myndighet inte hade kunnat förutse händelsen tyder det på att det finns ett rimligt behov av att tillåta ändringen.¹⁷¹ Av proportionalitetsprincipen följer även att ändringar som beror

¹⁶⁵ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 590

¹⁶⁶ C-454/06 *Presstext* p. 57

¹⁶⁷ C-496/99 CAS *Succhi di Fruta* p. 113 samt p. 118-119

¹⁶⁸ Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, s. 173

¹⁶⁹ C-24/91 *kommissionen mot Spanien*

¹⁷⁰ C-318/94 *kommissionen mot Tyskland*

¹⁷¹ Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, s. 173

på oförutsebara händelser har större chans att godkännas om det ursprungliga kontraktet som ändras löper över en lång tid, rör innovationsupphandlingar eller annars är särskilt komplexa. Det ligger i sådana avtals natur att det är svårt att förutse samtliga möjliga händelser.¹⁷² Enligt EU-domstolens praxis får till exempel teknisk utveckling tas i beaktande utan att det föranleder en väsentlig ändring. Upphandlingen av kollektivtrafik i en fransk stad gjordes genom ett förhandlat förfarande. Av olika anledningar drog förhandlingarna ut på tiden och den teknik som användes vid de ursprungliga förhandlingarna hade ändrats när kontraktet väl skulle tecknas. Domstolen konstaterade att när ett förhandlat förfarande används, som sträcker sig över lång tid, går det inte att utesluta att parterna tar teknisk utveckling i beaktande. Ändringen var därför inte väsentlig.¹⁷³

Det kan även vara allvarligheten i själva händelsen som utgör grunden för bedömningen. Arrowsmith anger till exempel att en ändring av ett kontrakt som berodde på terroristattacken den 11 september 2001 skulle anses falla in under oförutsebara händelser.¹⁷⁴

Av de nya direktiven framgår det direkt att ändringar som beror på oförutsebara händelser inte anses som väsentliga. En ändring ska inte anses vara väsentlig om den beror på omständigheter ”som en omdömesgill upphandlande myndighet inte kunnat förutse”¹⁷⁵, ändringen inte innebär att kontraktets *övergripande karaktär ändras* samt att de eventuella prisökningar som följer av ändringen understiger 50 % av det ursprungliga kontraktsvärdet.¹⁷⁶

4.2.6 Underlåtenhet att driva igenom kontraktet

Den upphandlande myndigheten har en skyldighet att utföra tillsyn över de kontrakt den har upphandlat. Om den underlåter att fullgöra sin skyldighet riskerar underlåtenheten att utgöra en väsentlig förändring av det upphandlade kontraktet. Detta gäller i de fall de villkor som inte genomdrivs uppfyller någon av de krav som framkom av domstolens dom i *Pressetext*. Så kan till exempel vara fallet om

¹⁷² Poulsen, The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law, *Public Procurement Law Review*, s. 171

¹⁷³ C-337/98 kommissionen mot Frankrike p. 51, p. 56

¹⁷⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 590

¹⁷⁵ 2014/24/EU artikel 72.1.c.i

¹⁷⁶ 2014/24/EU artikel 72.1.c (min kursivering)

underlåtenheten att genomdriva ett villkor innebär att den ekonomiska jämvikten ändras till leverantörens fördel.¹⁷⁷ En skyldighet att säga upp ett upphandlat avtal borde därför finnas om en leverantör inte fullgör samtliga sina skyldigheter enligt avtalet, annars kan underlåtenheten att säga upp avtalet utgöra en väsentlig förändring. Detta beror på att det finns risk för att konkurrensen snedvrids om leverantörer som inte fullgör kontrakten ersätts som om de hade gjort det.

5. Kontraktets leverantör

Den leverantör som har vunnit upphandlingen och således tilldelats kontraktet har antagligen inget primärt syfte att försöka bli av med kontraktet. Det är desto mer troligt att leverantören kan vilja göra ändringar av det upphandlade kontraktet och denne får då argumentera för att sådana ändringar inte ska anses vara väsentliga. I det avseende blir samma praxis och argument aktuella som för den konkurrerande leverantören, se ovan. Kontraktets leverantör kan givetvis även vilja häva avtalet och har då att visa att den upphandlande myndigheten har begått ett väsentligt avtalsbrott. I det avseendet blir avsnittet om den upphandlande myndigheten aktuellt, se ovan.

En mer intressant aspekt är leverantörens möjlighet att kunna använda sig av det offentliga kontraktet vid företagsomstruktureringar eller överlåtelser. Kundrelationer och tillhörande avtal utgör ofta en stor del av bolagets värde och det är därför naturligt att de uppmärksammas vid en företagsöverlåtelse. Det följande avsnittets syfte är därför framförallt att illustrera betydelsen av att ha koll på väsentliga förändringar vid överlåtelse av offentliga kontrakt, annars riskerar de att bedömas som otillåtna direktupphandlingar och överlåtelser riskerar då att ogiltigförklaras.¹⁷⁸

5.1 Byte av avtalspart

I *Pressetext* uttalar domstolen att huvudregeln är att byte av avtalspart utgör en väsentlig förändring.¹⁷⁹ Det är inte särskilt överraskande att domstolen anger förbudet som en huvudregel eftersom själva syftet med upphandlingsdirektivet får anses vara att kontrollera de upphandlande myndigheternas val av avtalspart. Att då ge de

¹⁷⁷ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 591

¹⁷⁸ Pedersen, Kristian & Sandstedt, Ingrid *Upphandlingslagarnas betydelse i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner – analys*, tillgänglig via JP Infonet

¹⁷⁹ C-454/06 *Pressetext* p. 40

upphandlade myndigheterna en möjlighet att, efter att de gått igenom hela upphandlingsprocessen, helt enkelt bara kunna byta leverantör skulle strida mot direktivets syfte. Därför är huvudregeln att när en leverantör inte kan eller inte vill fullgöra kontraktet eller om den upphandlande myndigheten själv vill avsluta avtalsförhållandet i förtid får en ny avtalspart inte tilldelas kontraktet utan ett föregående upphandlingsförfarande.¹⁸⁰

Vad vore väl en juridisk uppsats med en huvudregel utan några regelrätta undantag? I *Presstext* anger domstolen för det första att partsbyte kan vara en tillåten ändring om möjligheten angivits redan i det ursprungliga kontraktet. Som vi har sett ovan ska undantaget antagligen tolkas restriktivt och får inte användas i syfte att kringgå upphandlingsregelverket.¹⁸¹ Att undantaget ska tolkas restriktivt får även anses följa av domstolens andra formulering eftersom den exemplifierar undantaget med att en underleverantör byts ut.¹⁸² Detta är tämligen okontroversiellt eftersom den upphandlande myndigheten inte kan ställa krav på en underleverantör – de blir aldrig kontraktsparter i civilrättslig mening och valet av dem kan inte regleras genom LOU.¹⁸³ Frågan är därför om det över huvud taget är möjligt att ange i det ursprungliga kontraktet att huvudleverantören kan bytas ut.

Om bytet av avtalspart följer av en intern omorganisation hos leverantören föreligger ingen väsentlig förändring. I *Presstext* utgjordes leverantören av moderbolaget APA som under kontraktets löptid skapade ett helägt dotterbolag, APA-OTS. Moderbolaget hade rätt att instruera dotterbolagets verksamhet, det fanns ett avtal som reglerade vinster och förluster och moderbolaget förklarade att de svarade solidariskt för dotterbolagets åtaganden. Att avtalet bytte avtalspart var därför att anse som en ren intern omorganisation eftersom det i princip bara var namnet på leverantören som ändrades, avtalsparten var *de facto* densamma. Bytet utgjorde därför inte en väsentlig förändring.¹⁸⁴ Under förutsättning att parten *de facto* är densamma kan bytet varken utgöra ett brott mot likabehandlingsprincipen eller icke-diskrimineringsprincipen.¹⁸⁵

¹⁸⁰ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 592

¹⁸¹ Se avsnitt 4.2.4

¹⁸² C- 454/06 *Presstext* p. 40

¹⁸³ Sundstrand, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, s. 132

¹⁸⁴ C-454/06 *Presstext* p. 39-45

¹⁸⁵ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 592

Förändringen hade däremot varit väsentlig om andelarna i dotterbolaget APA-OTS hade överlåtits till en tredje part istället för att innehas av moderbolaget. En sådan ändring hade varit att anse som en ny upphandling eller nytt ingående av ett kontrakt. Det hade även varit en väsentlig förändring om det vid överlåtandet av avtalet gick att förutse att andelarna i dotterbolaget skulle överlåtas till en tredje part. Att bolagen drivs i en form som innebär att ägandet kan förändras innebär dock inte att det är en väsentlig förändring. Det är i princip uteslutande juridiska personer som tilldelas offentliga kontrakt och det ligger i den juridiska personens natur att ägandet kan förändras.¹⁸⁶ Enbart själva risken att till exempel aktierna i ett bolag *kan* överlåtas kan därför inte utgöra en väsentlig ändring. Det följer av principen om rättssäkerhet att det endast är de händelser som kan förutses vid tidpunkten för transaktionen som kan läggas till grund för bedömningen.¹⁸⁷

Arrowsmith menar att utifrån domstolens uttalande i *Presstext* går det att dra slutsatsen att sammanslagningar och förvärv av företag borde utgöra sådana interna omstruktureringar som domstolen åsyftade eftersom det i princip enbart är den legala identiteten som ändras vid sådana transaktioner.¹⁸⁸ Det finns dock ett par rättsfall från svenska underrätter som pekar i motsatt riktning.¹⁸⁹ Av intresse är ett mål som avgjordes av förvaltningsrätten i Stockholm 2010 och som handlade om SKL:s upphandling av Vårdbarometern. Bolaget Ipsos-Eureka hade tidigare varit leverantör av SKL:s upphandling av den aktuella tjänsten. Den nya upphandlingen genomfördes genom ett selektivt förfarande och Ipsos-Eureka bjöds in att lämna anbud. Vid tiden för anbudssökandet var bolaget dotterbolag till Ipsos Sweden AB, men fusionerades under upphandlingsförfarandet upp i moderbolaget. SKL informerades emellertid om fusionen innan de valde att bjuda in Ipsos-Eureka att lämna anbud. När anbudet lämnades in skedde detta i Ipsos Sweden AB:s namn istället för Ipsos-Eureka. Bolaget tilldelades inte kontraktet. Förvaltningsrätten poängterade att bolaget uteslutits i kvalificeringsfasen, vars syfte är att möjliggöra för den upphandlande myndigheten att avgöra vilka som ska bjudas in att lämna anbud. För att fasen inte ska förlora sitt syfte krävs att den juridiska

¹⁸⁶ C-454/06 *Presstext* p. 46-54

¹⁸⁷ Förslag till dom C-454/06 *Presstext* p. 63-64

¹⁸⁸ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 592f

personen som deltar i kvalificeringsfasen är *identisk* med den som sedan bjuds in att lämna anbud.¹⁹⁰

Kammarrätten i Göteborg kom till ett liknande slut när en leverantör uteslöts ur kvalificeringsfasen eftersom denne höll på att fusioneras upp i ett annat bolag, som ämnade ta över bolagets lämnade anbud. Kammarrätten fann dock att förfarandet stred mot likabehandlingsprincipen eftersom den nya leverantören inte blev prövad enligt samma villkor som övriga leverantörer och avvisade överklagandet.¹⁹¹

De båda rättsfallen rör visserligen inte kontraktsuppföljning, men är väldigt intressanta ur ett företagsöverlåtelseperspektiv samt i ljuset av *Presstext* domen. Frågan är vad som hade hänt om Ipso-Eureka tilldelats kontraktet och därefter fusionerats upp i moderbolaget alternativt om APA hade överfört anbudsansökan till APA-OTS innan tilldelning av kontraktet gjordes. Vari ligger skillnaden? Är det själva delen av processen som skiljer sig eller är en fusion och bildandet av ett dotterbolag inte möjliga att likställa? Med tanke på att det övertagande bolaget övertar samtliga rättigheter och skyldigheter från det bolag som fusioneras upp borde de omständigheterna som domstolen fäste vikt vid i *Presstext* vara uppfyllda. De svenska domarna fäster dock stor vikt vid att likabehandlingsprincipen träds för när om leverantörer kan bytas ut under förfarandet. Arfwedsson m.fl. menar att även om de svenska avgörandena handlar om ändringar under själva anbuds förfarandet borde principerna tolkas på samma sätt och en koncernintern fusion borde därför behandlas på samma sätt som en intern omorganisation. I *Presstext* uppställer EU-domstolen inte något krav på att det helägda dotterbolaget ska uppfylla kvalificeringskraven. Domstolen lägger istället stor vikt vid att moderbolaget ansvarar för dotterbolagets skyldigheter enligt avtalet. Eftersom det inte går att genomföra en koncernintern fusion utan att det övertagande bolaget ansvarar för det andra bolagets rättigheter och skyldigheter menar Arfwedsson m.fl. att de svenska underrätterna har en stelbent rättstillämpning som riskerar att få orimliga och oönskade effekter.¹⁹²

¹⁹⁰ Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 30038-10, se även Länsrätten i Stockholm mål nr 7752-04

¹⁹¹ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4847-11

¹⁹² Arfwedsson, Per-Owe: Alm, Jerker: Samuelsson, Karl *Ska fusioner hindra deltagande i upphandling? – analys*, 2012-04-18, tillgänglig via JP Infonet

En fusion får givetvis inte tillåtas om den sker för att kringgå bestämmelserna om offentlig upphandling. Arfwedson m.fl. har dock en poäng i att det verkar osannolikt att direktivet skulle tolkas på ett sådant sätt att rent koncerninterna fusioner skulle anses strida mot direktivets syfte. I Sverige sker väldigt få fusioner utan ägarsamband och de flesta fusioner sker således som en ren "städåtgärd".¹⁹³ Att sådana inte skulle kunna klassas som en intern omorganisation, i enlighet med *Presstext*, är svårt att se eftersom det framförallt är den juridiska identiteten som ändras vid en fusion. Parten är *de facto* densamma.

Arrowsmith menar även att andra klart definierade och kommersiella förfaranden där avtalsparten visserligen byts ut men där den upphandlande myndigheten inte har någon möjlighet att inverka på valet av avtalspart borde vara en ändring som tillåts. Ett sådant förfarande skulle kunna vara så kallade "step-in" rättigheter för finansörer av stora projekt eller vid avtalspartens konkurs och där konkursförvaltaren i sådant fall kan överlåta avtalet till en annan part.¹⁹⁴ Det kan tyckas märkligt att ett direktiv som har som syfte att kontrollera upphandlande myndigheters val av avtalspart¹⁹⁵ kan tolkas så att en konkursförvaltare helt plötsligt kan utse en avtalspart, utan att följa förfaranderegleringen. Anledningen till att man vill kontrollera myndigheters val av avtalspart är för att undvika favorisering av leverantörer och därigenom riskera att konkurrensen snedvrids. Det är därför rimligt att en konkursförvaltare kan tillåtas överlåta kontraktet på en annan part eftersom den upphandlande myndigheten inte kan ha någon påverkan på valet. Så länge myndigheten inte kan påverka valet borde likabehandlingsprincipen inte trädas för när.

Överlåtelse av ett offentligt kontrakt efter leverantörens konkurs var uppe till prövning när Konkurrensverket väckte talan om upphandlingsskadeavgift i en upphandling avseende kommunens äldreboende. Kontraktet tilldelades leverantören 3 O Vård & Omsorg AB (3 O) som gick i konkurs drygt ett år efter parterna undertecknat kontraktet. Kommunen meddelade att man inte tänkte genomföra en upphandling enligt LOU för att fortsätta driften av äldreboendet. Ägaren till 3 O startade ett annat bolag, Geria Äldreomsorg AB (Geria) tillsammans med bolaget Fyhr Förvaltning AB (Fyhr). Fyhr var

¹⁹³ Skog, Rolf *Rodhes Aktiebolagsrätt*, 2014, s. 284

¹⁹⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 593

¹⁹⁵ C-454/06 *Presstext* p. 40

majoritetsägare i Geria och den före detta ägaren till 3 O utsågs till det nya bolagets VD. 3 O:s konkursbo överlät därefter avtalet med kommunen till Geria. Avtalet mellan kommunen och 3 O innehöll ett villkor om att 3 O ägde rätt att överlåta avtalet efter kommunens godkännande. Konkurrensverket anförde, i enlighet med *Presstext*, att byte av medkontrahent som huvudregel utgör en väsentlig förändring som innebär att upphandlingsskyldighet föreligger. Eftersom bytet av avtalspart inte berodde på interna omstruktureringar kunde *Presstext* inte tillämpas för att rättfärdiga bytet. 3 O och det nya bolaget hade dessutom inte samma ägarstruktur eftersom Fyhr ägde mer än 50 % av aktierna i det nya bolaget.¹⁹⁶

EU-domstolen har tidigare ansett att ett ägarbyte om 49 % var en väsentlig förändring.¹⁹⁷ Det är således själva ägarförhållandet som domstolen fäster vikt vid och inte att den aktuella tjänsten antagligen skulle vara identisk även efter ägarbytet. Detta följer av domstolens utgångspunkt om att partsbyte som huvudregel är en väsentlig förändring som innebär att upphandlingsskyldighet föreligger eftersom alternativet skulle innebära att partsbyten kan ske oinskränkt under förutsättning att föremålet för själva avtalet är detsamma.¹⁹⁸ En sådan tolkning skulle även verka inbjudande för handel med offentliga kontrakt, vilket strider mot att syftet med direktiven är att kunna kontrollera de upphandlande myndigheternas val av avtalspart. Konkurrensverket dömde därför ut upphandlingsskadeavgift.

5.2 Leverantörsbyte i det nya direktivet

I det nya direktivet framgår att leverantörsbyten inte anses vara en väsentlig förändring om möjligheten framgår av det ursprungliga kontraktet, om en annan leverantör uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen faststälts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv *eller* att den upphandlande myndigheten själv tar på sig huvudleverantörens skyldigheter i enlighet

¹⁹⁶ Konkurrensverkets beslut 456/2009

¹⁹⁷ se C-29/04 kommissionen mot Österrike

¹⁹⁸ Konkurrensverkets beslut 456/2009

med artikel 71.¹⁹⁹ Beträffande den andra situationen krävs det alltså att den leverantör som ersätter den ursprungliga leverantören uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som fastställdes under det förfarande där den ursprungliga leverantören tilldelades kontraktet. Andra satsen i artikeln går alltså ett steg längre än vad domstolen gjorde i *Presstext* som över huvud taget inte ställer upp leverantörskvalificering som ett rekvisit.

Det uppstår en mängd frågor i samband med kravet på leverantörskvalificering: gäller den även om möjligheten till leverantörsbyte vid sådana omstruktureringar anges i det ursprungliga kontraktet? Vilka omständigheter ska den upphandlande myndigheten ta i beaktande för att avgöra om den ersättande leverantören uppfyller leverantörskvalificeringen - de omständigheter som förelåg vid den ursprungliga prövningen eller de som föreligger då transaktionen blir aktuell? Utredningen för implementeringen av det nya direktivet nämner ingenting om detta. Arrowsmith menar dock att det nya direktivet öppnar upp för en större möjlighet att godkänna leverantörsbyten under förutsättning att möjligheten framgår av en klar, precis och otvetydig bestämmelse. Hon menar dock att det kan bli nödvändigt att tolka bestämmelsen smalare för att minska de upphandlande myndigheternas möjligheter att påverka leverantörsbyten samt för att begränsa möjligheten att tillåta ändringar.²⁰⁰

6. Väsentliga förändringar i det nya direktivet

Det nya direktivet innehåller som sagt en definition av väsentliga förändringar. Syftet med bestämmelsen tycks vara att överföra domstolens praxis till lagstiftningen, varför den praxis som gått igenom i ovanstående kapitel är av stort intresse. Det är därför troligt att domstolen kommer att ta ledning från det nya direktivet när den har att tolka upphandlingar som regleras av det nuvarande direktivet.²⁰¹

Utredningen framför i SOU 2014:51 att den närmare innebörden av artikeln är oklar, men att det går att urskilja fyra huvudmoment av bestämmelsen.²⁰² Förutom

¹⁹⁹ 2014/24/EU artikel 72.1.d

²⁰⁰ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 594

²⁰¹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 597

²⁰² SOU 2014:51 s. 315

huvudregeln – att väsentliga förändringar är otillåtna och utgör en ny upphandling - bygger artikeln på tre undantagssituationer som innebär att en ändring inte är väsentlig:

- specifika omständigheter som framgår av bestämmelsen²⁰³,
- ändringar vars värde understiger ett visst belopp²⁰⁴, eller
- ändringar som varken härrör från specifika omständigheter eller understiger ett visst belopp men som inte är väsentliga.²⁰⁵

6.1 Icke-väsentliga ändringar

Väsentliga ändringar definieras i artikel 72. Av artikeln följer att ändringar av kontrakt kan göras under förutsättning att ändringen inte är väsentlig.²⁰⁶ En ändring är väsentlig om ändringen innebär att kontraktet skiljer sig väsentligen från det kontrakt eller ramavtal som ursprungligen ingicks. I artikeln hänvisar man sedan till de tre olika situationerna som domstolen använde i *Presstext* för att exemplifiera betydande ändringar: villkor införs som hade kunnat påverka det slutliga resultatet, ändringen ändrar kontraktets ekonomiska jämvikt, kontraktets tillämpningsområde utvidgas eller leverantören har byts ut på ett sätt som strider mot punkt 1(d) i samma artikel.²⁰⁷

Den praxis som presenterats ovan avseende kontraktets tillämpningsområde är med största sannolikhet aktuell för tolkningen av bestämmelsen. Förutom att kodifiera rådande praxis förtydligar bestämmelsen att ändringar som understiger det aktuella tröskelvärdet *och* vars värde understiger 10 % (varor och tjänster) eller 15 % (byggentreprenader) inte ska anses utvidga kontraktets tillämpningsområde. Den grundpelare om att ändringar inte får göras för att kringgå regleringen syns explicit i bestämmelsen eftersom den anger att ändringar som görs successivt ska räknas ihop. Bestämmelsen är uppbyggd som ett tillkommande undantag till första punkten i bestämmelsen, det spelar alltså ingen roll om någon av situationerna i *Presstext* är uppfyllda.²⁰⁸

Detta får till följd att när det gäller ändringar som hade ändrat utgången av upphandlingen klargör artikeln att om ändringen understiger båda beloppsgränserna

²⁰³ 2014/24/EU artikel 72.1 a-d

²⁰⁴ 2014/24/EU artikel 72.2

²⁰⁵ 2014/24/EU artikel 72.1e samt artikel 72.4

²⁰⁶ 2014/24/EU artikel 72.1

²⁰⁷ 2014/24/EU artikel 72.4

²⁰⁸ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 598

behöver en ny upphandling inte göras. Tanken bakom detta är att en sådan liten ändring inte rimligtvis kan ha någon inverkan på utgången av den aktuella upphandlingen. Det är däremot inte rimligt att tolka bestämmelsen motsatsvis, så som att en ändring vars värde överstiger beloppsgränserna alltid ska anses vara väsentlig. En prövning måste göras i det enskilda fallet. Bestämmelsen innebär även att tillvägagångssättet för att bedöma om en ändring innebär att kontraktets tillämpningsområde utökas väsentligt blir tydligare. Så länge värdet av ändringen understiger beloppsgränserna behöver ingen undersökning göras om kontraktets tillämpningsområde utökas väsentligt. Precis som i det förra fallet är det inte klart om en ändring som överstiger beloppsgränserna automatiskt ska utgöra en väsentlig ändring. Det är mest troligt att även här får en prövning göras i det enskilda fallet.²⁰⁹

Att bestämmelsen anger att det inte är nödvändigt att pröva huruvida ändringen innebär att den ekonomiska jämvikten ändras tyder på att det inte spelar någon roll om ändringen är till fördel eller nackdel för leverantören. Det här innebär ett avsteg från domstolens praxis, eftersom domstolen i *Presstext* fäste vikt vid att prisjusteringen var till nackdel för leverantören. Att en sådan möjlighet finns är något överraskande och öppnar eventuellt upp ett kryphål för de upphandlande myndigheterna. De skulle i så fall kunna erbjuda ersättning som inte står i proportion till de kontrakterade tjänsterna och därigenom betala inhemska leverantörer högre, under förutsättning att de inte överstiger beloppsgränserna. Det är å andra sidan rimligt att proportionalitetsprincipen innebär att den ersättning som den upphandlande myndigheten betalar ut måste stå i proportion till föremålet för upphandlingen.²¹⁰ Kryphålet blir därför antagligen mer av en illusion av en sådan möjlighet.

Det finns även ett övergripande krav i den andra punkten av bestämmelsen – ändringarna får inte innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras. Vad innebär detta? Kravet blir tillämpligt om leverantörens skyldigheter enligt avtalet ändras, till exempel så att andra varor än de som ursprungligen upphandlades ska levereras. Frågan som ska ställas för att avgöra detta är om andra leverantörer hade varit intresserade av upphandlingen om ändringen funnits med från början. Det ligger

²⁰⁹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 598f

²¹⁰ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 599

närmare till hands att andra leverantörer hade varit intresserade av upphandlingen om ändringen innebär att varan som ska levereras ändras helt än att den ursprungliga leverantören ska leverera en större kvantitet av samma vara.²¹¹

6.2 Ändringar som medges av det ursprungliga kontraktet

Av artikel 72(1)(a) framgår att ändringar inte ska anses väsentliga om möjligheten till ändring finns med i det ursprungliga kontraktet. Detta gäller oavsett vilket värde ändringen har. För att en sådan ändringsklausul ska tillåtas krävs att den är klar, exakt och entydig. Den ska ange omfattningen av ändringen samt villkoren för att de ska få tillämpas. Ändringen får inte heller medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Bestämmelsen är en direkt kodifiering av domstolens praxis och att ändringen inte får medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras borde inbegripa att ändringen inte får vara ett sätt att kringgå upphandlingsregleringen.

6.3 Ändringar som beror på oförutsebara händelser

Bedömningen i vad som utgör en oförutsebar händelse tar utgångspunkt i vad en "omdömesgill upphandlande myndighet" hade kunnat förutse. Det räcker emellertid inte att ändringen beror på en oförutsebar händelse – ändringens värde får varken överstiga 50 % av värdet av det ursprungliga kontraktet eller innebära att kontraktets övergripande karaktär ändras.²¹² Bestämmelsen refererar inte till att ändringen inte får medföra att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras och det är rimligt att det inte är ett krav. Det är förståeligt att ett sådant krav inte behöver ställas eftersom en oförutsebar händelse omöjligtvis hade kunnat innebära att andra leverantörer hade varit intresserade av att delta i upphandlingen om de vetat om händelsen. Det faller på sin egen orimlighet att en händelse som är oförutsebar inte kan tas med i den bedömningen. Detta stödjer även ståndpunkten att det endast är de omständigheter som konkret kan förutses vid kontraktstilldelningen som kan ligga till grund för bedömningen av om utgången av upphandlingen hade kunnat bli annorlunda.

²¹¹ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 599

²¹² 2014/24/EU artikel 72(1)(c)

6.4 Tillkommande byggtjänster/varor/tjänster

Genom bestämmelsen kodifieras domstolens tillämpning av proportionalitetsprincipen. Ändringar som beror på tillkommande byggtjänster, varor eller tjänster som inte reglerats i det ursprungliga kontraktet får göras om värdet av dem inte överstiger 50 % av det ursprungliga kontraktets värde. Ändringar tillåts dessutom endast om de har blivit nödvändiga och om byte av leverantören inte är möjligt på grund av ekonomiska eller tekniska skäl och bytet skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.²¹³ Det är inte helt klart hur mycket ändringar som beror på oförutsebara händelser alternativt tillkommande arbeten överlappar varandra. Det är emellertid klart att den sistnämnda bestämmelsen kan användas för att ändra ett kontrakt även när händelsen var förutsebar men då den upphandlande myndigheten inte lyckats förutse ett sådant behov eller misslyckats att reglera det av andra anledningar.²¹⁴

En intressant fråga är huruvida ändringar som varken faller in under artikel 72(1) eller (2) tillåts. Ser man på utformningen av artikel 72(5) kan man tolka den som så att ändringar som inte faller in under (1) eller (2) inte tillåts. Treumer menar dock att det är fel att tolka (1) och (2) som en uttömmande reglering av tillåtna ändringar. Bestämmelsen ska snarare tolkas som en utgångspunkt.²¹⁵ Arrowsmith är av samma åsikt – eftersom syftet med bestämmelsen är att kodifiera domstolens praxis får det antas att ändringar som ännu inte har varit föremål för prövning mycket väl kan tillåtas.²¹⁶

6.5 Ändringar som rör avtalsparten

Artikel 72 innehåller även bestämmelser om ändringar som innebär att avtalsparten byts ut. Bestämmelsen består av tre alternativa möjligheter till en sådan ändring. Av bestämmelsens första moment följer att avtalsparten kan bytas ut om möjligheten därtill framgår av det ursprungliga kontraktet. Ändringsklausulen måste leva upp till samma krav som de ändringsbestämmelser som framgår av artikel 72(1)(a). Det här är en väldigt bred möjlighet för den upphandlande myndigheten att göra ändringar eftersom

²¹³ 2014/24/EU artikel 72.(1)(b)

²¹⁴ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 601f

²¹⁵ Treumer, Steen Contract changes and the Duty to Retender, *Public Procurement Law Review*, 2014, s. 148

²¹⁶ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 602

bestämmelsen inte begränsar tillämpningsområdet till några specifika situationer. Det verkar därför som att det är möjligt att de kommersiella villkoren kan stadga att den upphandlande myndigheten kan komma att byta ut leverantören av vilken anledning och i vilken situation som helst så länge förutsättningar för en sådan ändring klart framgår av bestämmelsen. Bestämmelsens formulering innebär även att det inte krävs någon kontroll av processen att välja en ny avtalspart mer än att tillvägagångssättet vid tillsättandet av en ny leverantör samt de kriterier leverantören måste uppfylla tydligt ska framgå av klausulen. Arrowsmith menar dock att det eventuella vetot som en upphandlande myndighet skulle kunna ha med anledning av en sådan här klausul endast får utövas om vetot skulle vara tillåtet enligt direktivet. Det får även anses följa av proportionalitetsprincipen att en ersättningsklausul inte kan tillåtas i alla kontrakt.²¹⁷ Det vore till exempel orimligt att i ett kontrakt över ett komplext avtalsföremål införa en möjlighet för den upphandlande myndigheten att under vilken situation som helst byta ut avtalsparten. Ett komplext avtal som dessutom löper under en längre tid får antas bygga på mer än bara själva avtalet – faktorer som lojalitet, förtroende och kunskapsutbyte spelar också in. Det är mer rimligt att ett enklare avtal som löper under en kort tid och som väldigt många leverantörer skulle kunna uppfylla kan ha dessa utbytesklausuler. Det vore dock orimligt om sådana klausuler tilläts om syftet med dem är att kringgå upphandlingsregleringen.

Den andra situationen rör partsbyten till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens. Momentet täcker in den praxis som domstolen utvecklat vid företagsomstruktureringar och som innebär den juridiska identiteten av avtalsparten kan ändras under förutsättning att parten *de facto* är densamma eller där bytet sker utan den upphandlande myndighetens påverkan, så som till exempel vid konkurs.²¹⁸

Det tredje momentet rör partsbyten som beror på att den upphandlande myndigheten själv tar på sig leverantörens skyldigheter gentemot dennes underleverantörer om en sådan möjlighet finns enligt nationell lagstiftning i enlighet med artikel 71.²¹⁹

²¹⁷ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 603

²¹⁸ Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, s. 603

²¹⁹ 2014/24/EU art. 72(1)(d)(iii)

Precis som vad anfördes gällande ändringar som faller utanför bestämmelserna om vad som utgör en tillåten ändring är det rimligt att anta att bestämmelsen om byte av avtalspart inte är uttömmande. I det här fallet är EU-lagstiftarens definition av upphandling av intresse. Med upphandling avses nämligen upphandlande myndigheters anskaffning genom kontrakt av byggtreprenader, varor och tjänster från leverantörer som *valts ut* av de upphandlande myndigheterna.²²⁰ Detta skulle kunna ses som att direktivet inte ens är tillämpligt på kontrakt där den upphandlande myndigheten inte har gjort något sådant val. Detta kan bero på ändrade ägarförhållanden som beror på leverantörens interna affärsmässiga överväganden eller genom överlåtelse där den upphandlande myndigheten helt saknar påverkan. En sådan tolkning av direktivet skulle dock kunna innebära att marknaden för offentliga kontrakt öppnas upp och det om något riskerar att snedvrیدا konkurrensen. Eftersom syftet med regleringen delvis är att kunna kontrollera upphandlande myndigheters val av avtalspart verkar det inte troligt att EU-lagstiftaren har ansett att det ska vara öppet att handla med offentliga kontrakt så länge den upphandlande myndigheten inte har någon kontroll över affären.

7. Sammanfattande slutsatser

Under sin föreläsning förklarade justitierådet Eskil Nord att han har ett alternativt namn på LOU – lagen om att tänka efter före. Detta alternativa namn kunde antagligen inte passat bättre än vid inledningen av dessa sammanfattande slutsatser. Som vi har sett är ett av de primära målen med att reglera upphandlande myndigheters agerande vid kommersiella transaktioner att kunna styra över myndighetens val av avtalspart. Genom att kunna styra valet minskar risken för olikbehandling, diskriminering och snedvriden konkurrens.

Ändringar av offentliga kontrakt verkar ofta göras i fall när den upphandlande myndigheten inte har tänkt på att reglera ett förhållande eller drar sig för att genomföra ett nytt upphandlingsförfarande. Om den upphandlande myndigheten helt fritt hade fått kunna göra ändringar i dessa fall hade vi lika gärna kunnat avskaffa LOU och låta de upphandlande myndigheterna avtala bäst de ville. Det är möjligt att det skulle vara en mycket bättre lösning, men risken för protektionism och olikbehandling är antagligen

²²⁰ 2014/24/EU artikel 1(2) (Min kursivering)

alldeles för stor för att det skulle vara möjligt. Istället får vi hålla oss till LOU. Som vi har sett ovan finns det dock goda möjligheter för upphandlande myndigheter att göra olika sorters ändringar under förutsättning att möjligheten därtill tydligt framgår av det ursprungliga kontraktet. Det här är ett tydligt utlopp av likabehandlingsprincipen. Det går därför att dra slutsatsen att väsentliga ändringar består av sådana ändringar som strider mot de grundläggande principerna i allmänhet och transparens- och likabehandlingsprincipen i synnerhet.

Termen väsentlighet förekommer som sagt både i civilrätten och i upphandlingsrätten. Det är emellertid inte självklart att *begreppet* väsentlighet ska bedömas på samma sätt. En tydlig skillnad är hur bedömningen av väsentlighet sker. Inom civilrätten tas en subjektiv utgångspunkt – vad i avtalsförhållandet är väsentligt för parterna själva? Detta syns särskilt i köplagen där det inte räcker att avtalsbrottet är väsentligt, den avtalsbrytande parten ska även ha insett att brottet är väsentligt för den andra parten. För att inte göra bestämmelsen alltför subjektiv, och därigenom alltför svårbevisad, finns dock skrivelsen att det räcker att han borde ha insett att avtalsbrottet var av väsentlig betydelse. Detta tyder på att en objektiv bedömning också ska göras – vad hade en normalt informerad part kunnat förstå om den andra partens behov?

Av genomgången ovan har framkommit att ändringar ska anses vara väsentliga om de skiljer sig betydligt från det ursprungliga kontraktet eller visar på en avsikt från parterna att ändra avtalsinnehållet. Det är således en delvis objektiv och avtalsbunden bedömning som ska göras. Den objektiva bedömningen syns framförallt när bedömningen tar sin utgångspunkt i om ändringen har utökat kontraktets tillämpningsområde, den ekonomiska jämvikten har ändrats eller om möjligheten till ändring framgick av det ursprungliga kontraktet. Att parternas avsikt är viktig tyder på att det även finns en subjektiv dimension av bedömningen. Det här blir tydligt i de fall där möjligheten till ändring visserligen har framgått av det ursprungliga kontraktet men syftet med bestämmelsen är att kringgå direktivbestämmelserna.

Även om bedömningen av det civilrättsliga begreppet väsentlighet görs med en subjektiv utgångspunkt går det att argumentera för att domstolen även gör en objektiv bedömning. Det ligger trots allt i domstolens självbevarelse att vara en objektiv, tredje

part som har att reda ut en fristående tvist. Detta innebär att domstolen inte enbart kan tillgå partsviljan utan måste använda andra hjälpmedel för att tolka avtalet i allmänhet och begreppet väsentlighet i synnerhet. Sådana hjälpmedel kan vara tvingande lagstiftning och tidigare domstolspraxis.²²¹ LOU är en tvingande lagstiftning vars syfte är tydligt samhällsekonomiskt. Förhållandet mellan avtalsrätten och upphandlingsrätten blir tydligast när den upphandlande myndigheten vill ta sig ur avtalsförhållandet eftersom LOU då inte går att tillämpa. Det vore orimligt om det civilrättsliga väsentlighetsbegreppet skiljde sig så pass mycket från det upphandlingsrättsliga väsentlighetsbegreppet att argumentation från upphandlingsrätten inte kan användas i den civilrättsliga avtalsrätten. Det vore också orimligt om den svenska avtalsrätten skulle vara så oflexibel att ett annat rättsområde inte kunde användas för att fylla ut avtalsrätten. Det verkar alltså osannolikt att en allmän domstol skulle bortse från en upphandlingsrättslig argumentation om att ett avtalsbrott är väsentligt. Mig veterligen finns det endast ett avgörande där den upphandlande myndigheten har hävt avtalet på grund av en väsentlig förändring. Hovrätten kom i det fallet fram till att prisändringarna inte var väsentliga och att de upphandlande myndigheterna inte hade rätt att häva avtalet.²²² Precis som framgått ovan finns det anledning att inte fästa alltför stor vikt vid avgörandet, framförallt eftersom ändringarna antagligen inte var väsentliga rent upphandlingsrättsligt. Lärdomen är snarare att det är upp till den part som vill häva avtalet att, vid sin argumentation för att avtalsbrottet är väsentligt, inkludera upphandlingsrättsliga aspekter.

Enligt min mening finns det alltså inget hinder mot att använda sig av den logik och argumentation som finns beträffande väsentliga förändringar enligt upphandlingsrätten även vid ett civilrättsligt avtalsbrott. Det finns således inte några så starka avtalsrättsliga principer att det skulle uppfattas som störande om upphandlingsrätten ges företräde. Annorlunda uttryckt skulle man kunna säga att upphandlingsrätten kan ges karaktären av en *lex specialis* lagstiftning i förhållande till den relativt innehållslösa avtalsrätten. Slutsatsen är därför att den svenska avtalsrätten är så flexibel att den inte kan anses stå i vägen för genomförandet av EU-rättens syften.

²²¹ se Adlercreutz & Gorton, *Avtalsrätt II*, s. 21f

²²² Hovrätten över Skåne och Blekinge mål nr T 536-13

8. Källor

Offentligt tryck

EU

Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

KOM(2011) 15 Grönbok om modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad

Sverige

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären*

SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling*

Kammarkollegiet, *Vägledning: Kommersiella villkor*, 2014:1

Rättsfall

EU

EU-domstolen

C-6/64 Costa mot ENEL

C-31/87 Beentjes

C-24/91 Kommissionen mot Spanien

C-318/94 Kommissionen mot Tyskland

C-337/98 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike

C-470/99 Universale Bau m.fl.

C-496/99 P, kommissionen mot CAS Succhi di Fruta

C-513/99 Concordia Bus

C-19/00 SIAC Construction

C-448/01 EVN Wienstrom

C-340/02 kommissionen mot Frankrike

C-21/03 samt C-34/03 Fabricom (förenat mål)

C-26/03 Stadt Halle & RPL Lochau

C-29/04 kommissionen mot Österrike

C-454/06 Presstext

C-91/08 Wall

C-160/08 kommissionen mot Tyskland

C-368/10 kommissionen mot Nederländerna

Generaladvokatens förslag till dom

Generaladvokat S. Alber till avgörande i mål C-496/99, föredraget den 24 oktober 2002

Generaladvokat J. Kokott till avgörande i mål C-454/06, föredraget den 13 mars 2008

Generaladvokat V. Trstenjak till avgörande i mål C-160/08, föredraget den 11 februari 2010

Svenska domstolar

Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2004 ref. 24

Kammarrätterna

Kammarrätten i Stockholm mål nr 6784-09

Kammarrätten i Göteborg mål nr 4847-11

Kammarrätten i Göteborg mål nr 5755-11

Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12

Förvaltningsrätterna

Länsrätten i Stockholm mål nr 7752-04

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 30038-10

Förvaltningsrätten i Malmö mål nr 3958-13

Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13215-13/2777-14

Hovrätterna

Hovrätten över Skåne och Blekinges län mål nr T 536-13

Tingsrätterna

Tingsrätten i Norrköping mål nr T 1613-13

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverkets beslut 456/2009

Litteratur & artiklar

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt II*, sjätte upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund, 2010

Arfwedson, Per-Owe: Alm, Jerker & Samuelsson, Karl, *Ska fusioner hindra deltagande i upphandling? – analys*, 2012-04-18, tillgänglig via JP Infonet

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: regulation in the EU and UK*, volume 1, tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2014

Arrowsmith, Sue, *The Past and Future Evolution of EC Procurement Law: From Framework to Common Code? Public Contract Law Journal*, Vol 35 No 2, Spring 2006 s. 338-385

Arrowsmith, Sue, *The Purpose of the EU Procurement Directives*, *Cambridge Yearbook of European Legal Studies 2011-2012*, volume 14, Hart Publishing, Oxford, 2012

Beale, Hugh & Lando, Ole, *Principles of European Contract Law parts I and II*, Kluwer Law International, Haag, 2000

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia & Madell, Tom, *Offentlig upphandling – på rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011

Bokwall, Carl & Håkansson, Lina, *Vad krävs för att kunna häva avtalet?* Upphandling24, 2014-06-23, <http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.566366/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet> (hämtad 2014-09-14)

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Hollander, Anna & Alexius Borgström, Katarina *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, Studentlitteratur, Lund, 2009

Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, sjätte upplagan, Iustus förlag, Uppsala, 2009

Lehrberg, Bert, *Omförhandlingsklausuler Betydelse och rättslig behandling, tillämpningsområden, rekvisit och rättsföljder*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1999

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1995

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika*, *Europarättslig tidskrift*, nummer 4, 2008, 1119-1126

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, tredje upplagan, Jure, Stockholm, 2013

Pedersen, Kristian & Sandstedt, Ingrid, *Upphandlingslagarnas betydelse i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner – analys*, tillgänglig via JP Infonet

Poulsen, Sune Troels, *The possibilities of amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*, *Public Procurement Law Review*, nummer 5, 2012, s. 167-187

Ragnemalm, Hans, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, nionde upplagan, Jure Förlag, Stockholm, 2012

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, nionde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, 2013, hämtad via Zeteo

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?* Jure förlag, Stockholm, 2009

Skog, Rolf, *Rodhes Aktiebolagsrätt*, tjugofjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, Studentlitteratur, Lund, 2010

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012

Treumer, Steen, Contract changes and the Duty to Retender, *Public Procurement Law Review*, nummer 3, 2014, 148-155

Vahlén, Lennart, *Avtal och tolkning*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1960

Övrigt

Eskil Nords föreläsning, anordnad av Upphandlingsrättsliga föreningen i Göteborg den 12 november 2014

Nationalencyklopedin, komplettera.

<http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/komplettera>
(hämtad 2014-12-16)

Nationalencyklopedin, ändra.

<http://www.ne.se.ezproxy.ub.gu.se/uppslagsverk/ordbok/svensk/ändra> (hämtad 2014-12-16)

Jag, Mathilda Rydstern, registrerades första gången på kursen under höstterminen 2014. Jag har inte omregistrerats på kursen och har inte heller deltagit på något tidigare examinationstillfälle.