



UPPSALA
UNIVERSITET

Juridiska institutionen
Vårterminen 2015

Examensarbete i förvaltningsrätt, offentlig upphandling
30 högskolepoäng

Väsentliga förändringar av offentliga kontrakt

Författare: Alexander Engström
Handledare: Professor Olle Lundin



Innehållsförteckning

Förord	5
Förkortningar	6
1 Inledning.....	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställning.....	8
1.3 Metod och material	8
1.4 Disposition	10
1.5 Avgränsning	12
2 Övergripande om offentlig upphandling	14
2.1 Allmänt om regelverket.....	14
2.1.1 Offentlig upphandling – historik och syfte.....	14
2.1.2 Tillämpningsområdet för LOU.....	16
2.1.3 Något om upphandlingsrättens förhållande till avtalsrätten	17
2.2 Upphandlingsförfarandets gång	17
2.2.1 Annonsering.....	17
2.2.2 Förfrågningsunderlaget.....	18
2.2.3 Kvalificeringsfasen	18
2.2.4 Utvärderingsfasen.....	19
2.2.5 Kontraktstilldelning.....	20
2.3 De grundläggande principerna.....	21
2.3.1 Principen om likabehandling.....	21
2.3.2 Principen om öppenhet.....	22
2.4 Följder av åsidosättande av LOU och de grundläggande principerna	23
2.4.1 Överprövning av upphandlingen.....	23
2.4.2 Överprövning av avtalets giltighet.....	24
2.4.3 Särskilt om otillåten direktupphandling.....	24
3 Förändringar av ingångna kontrakt	26
3.1 Ogiltighetens omfattning.....	27
3.2 Förhållandet mellan ändringar och undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU	28
3.3 Pressetext-målet och väsentliga förändringar	29
3.3.1 Det första kriteriet – nya villkor.....	31
3.3.2 Det andra kriteriet – kontraktets tillämpningsområde utsträcks.....	32

3.3.3	Det tredje kriteriet – den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för leverantören	33
4	Väsentliga förändringar – typfall	35
4.1	Prisändringar.....	35
4.2	Förändringar av kontraktets omfång	38
4.2.1	Förändring av kontraktets föremål	38
4.2.2	Förlängning av kontraktstiden	39
4.2.3	ÄTA-arbeten	41
4.3	Ändringar av betalningsmetoder	47
4.4	Partsbyte på leverantörssidan	48
4.4.1	Leverantörbyten som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet	50
4.4.2	Leverantörens ägare byts ut	52
4.4.3	Byte av underleverantör	53
4.5	Partsbyte på beställarsidan	55
4.6	Ändringar och avvikelser i ramavtal	55
4.7	Frånfallande av krav eller sanktioner	58
5	Sammanfattande slutsatser.....	62
	Källförteckning	66

Förord

Jag vill särskilt tacka advokat Erik Gadman vid Hannes Snellman Advokatbyrå, som under uppsatsskrivandets gång alltid tagit sig tid att bolla idéer, läsa igenom arbetsutkast och lämna värdefulla synpunkter på uppsatsens innehåll. Erik får nog även hållas ytterst ansvarig för att ha väckt mitt intresse för offentlig upphandling.

Ett stort tack vill jag även rikta till medarbetarna vid Advokatfirman Lindahl för det stöd och den inspiration som jag fått på byrån under den gångna terminen. Jag ser verkligen fram emot att få börja arbeta hos er på heltid till hösten.

Jag vill slutligen tacka min handledare professor Olle Lundin för hans synpunkter på uppsatsen, samt Sofie Eklöf och Linnea Louhija för att ha tagit sig tid att korrekturläsa den.

Uppsala, juni 2015

Alexander Engström

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Dir	Direktiv
Ds	Departementsserien
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FT	Förvaltningsrättslig tidsskrift
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Nya LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
Prop.	Proposition till Sveriges riksdag
REG	Rättsfallssamling från Europeiska gemenskapernas domstol och förstainstansrätt
REU	Rättsfallssamling från Europeiska unionens domstol och tribunal
SvJT	Svensk Juristtidning

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Myndigheter och offentligt styrda organ som önskar teckna offentliga kontrakt är skyldiga att tillämpa ett omfattande EU-rättsligt och nationellt regelverk under upphandlingsförfarandets gång fram tills dess att kontrakt har tecknats med en leverantör. Upphandlingslagstiftningen, vilken för svensk del främst kommer till uttryck genom lagen om offentlig upphandling (LOU), har skapats för att säkerställa att de offentliga medlen utnyttjas på ett så effektivt sätt som möjligt och att en väl fungerande konkurrens bland leverantörerna uppnås. För att minimera utrymmet för irrationellt agerande och godtyckliga beslut från de upphandlande myndigheternas sida ska upphandlingarna präglas av att samtliga leverantörer behandlas lika samt att förfarandet är öppet och transparent.

Principerna om likabehandling och öppenhet kräver som utgångspunkt att de uppgifter som lämnas och de krav som ställs i förfrågningsunderlaget är fastställda från början och att de förblir så under hela upphandlingens gång. Avsikten är att alla som kan tänkas vilja lämna anbud avseende det offentliga kontraktet ska kunna tävla om detta på lika villkor. När kontrakt väl har tecknats mellan den upphandlande myndigheten och den vinnande leverantören har upphandlingslagstiftningen i vissa avseenden spelat ut sitt syfte, förutsatt att alla bestämmelser har följts. I andra avseenden lever den emellertid kvar, långt efter upphandlingens avslutande. Parterna har i praktiken nämligen inte möjlighet att helt fritt disponera över sitt avtal. Om det ingångna kontraktet förändras under dess löptid kan under vissa omständigheter ett nytt avtal anses ha uppstått, som måste konkurrensutsättas igen. Eftersom en ny upphandling innebär ännu en kostsam och tidsutdragen process är detta något som i de allra flesta fall sannolikt önskas undvikas.

Gränsen mellan vad som utgör en tillåten förändring av ett offentligt avtal och vad som ska anses utgöra ett nytt avtal ligger vid vad EU-domstolen har kallat för *ändringar av de väsentliga villkoren* i det offentliga kontraktet, eller *väsentliga förändringar* av kontraktet.¹ Gränsdragningen är viktig, eftersom en underlåtenhet att genomföra en ny upphandling då en väsentlig förändring föreligger kan få allvarliga konsekvenser för den upphandlande myndigheten.

¹ EU-domstolen hänvisar i regel till *ändringar av de väsentliga villkoren*, medan det i doktrin ofta talas om *väsentliga förändringar* eller *väsentliga ändringar*. Någon betydande skillnad mellan dessa begrepp tycks inte finnas varför de i detta arbete används utan åtskillnad.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med detta arbete är att utreda i vilken utsträckning det enligt gällande rätt finns möjlighet att förändra ett kontrakt som tilldelats i enlighet med ett upphandlingsförfarande enligt LOU, utan att den upphandlande myndigheten måste genomföra en ny upphandling med anledning av att ett nytt avtal anses ha uppstått. Mot bakgrund av att de EU-rättsliga reglerna om offentlig upphandling snart kommer att uppdateras i och med ikraftträdandet av det nya LOU-direktivet 2014/24/EU beskrivs även de nya reglerna i den mån de bedöms kunna komma att förändra rättsläget avseende vad som ska anses utgöra väsentliga förändringar.

Tanken är att läsaren ska kunna få en förståelse för själva begreppet väsentlig förändring och dess innebörd på ett abstrakt plan, samt att detta begrepp sedan ska sättas in ett mer konkret och betydelsefullt sammanhang genom en analys av särskilda typfall av väsentliga förändringar. Ett ytterligare syfte med uppsatsen är att den förhoppningsvis ska kunna ge en viss praktisk vägledning i fråga om hur väsentliga förändringar kan undvikas.

Sammanfattningsvis kan denna uppsats sägas syfta till att besvara följande två frågor:

- Vad utgör kännetecknen för väsentliga förändringar av offentliga kontrakt och hur skiljer sig dessa förändringar från andra, icke-väsentliga förändringar?
- Hur bör en upphandlande myndighet i praktiken agera för att undvika att hamna i en situation där den anses ha genomfört en otillåten direktupphandling på grund av att en väsentlig förändring föreligger?

1.3 Metod och material

Det förekommer ofta att den s.k. rättsdogmatiska metoden används vid författandet av juridiska uppsatser. Denna metods exakta innebörd har varit föremål för debatt.² I den mån den innebär att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt³ får nog även denna uppsats betecknas som rättsdogmatiskt präglad. För att inte komplicera saker i onödan kan helt enkelt sägas att sedvanlig juridisk metod eller rättsvetenskaplig metod har använts vid författandet.⁴ Med detta menas här bl.a. att jag i mitt arbete som utgångspunkt har använt mig av samma rättskällor som domaren. Mot bakgrund av att uppsatsens ämne är starkt anknytet till EU-rätten har således både den svenska rättskällevärdet och den EU-rättsliga

² Se t.ex. Lavin, FT 1989 s. 115-129, samt Peczenik, FT 1990 s. 41-52 och Lavin, FT 1990 s. 71-74.

³ Se Olsen, SvJT 2004, s. 111.

⁴ Jfr Zackariasson, *Direktkrav*, s. 48, som hänvisar till ”sedvanlig juridisk metod”.

normhierarkin, samt deras förhållande till varandra, beaktats.⁵ De relevanta rättskällorna har sedan, med beaktande av deras inbördes vikt, vägts samman och analyserats för att kunna fastställa gällande rätt. Jämfört med rättstillämparen har sättet att angripa de juridiska problem som identifierats kunnat vara mer generellt, eftersom rättstillämparen alltid måste förhålla sig till omständigheterna i det enskilda fallet.⁶ Nämnas bör även att denna uppsats möjligen skiljer sig något från andra rättsvetenskapliga framställningar då den innehåller vissa element av praktisk vägledning. De analyser och slutsatser som presenteras grundar sig dock alltså på den juridiska metoden.

Vad gäller behandlingen av författningstext kan anmärkas att även om den EU-rättsliga regleringen av upphandlingsrätten (för detta arbete är främst direktiv 2004/18/EG relevant) har företrädare framför den svenska,⁷ hänvisas som utgångspunkt i första hand till svenska LOU. Detta beror på att svenska LOU i stort sett utgör ett införlivande av direktivet, och bestämmelserna i dessa överensstämmer således i stort även om de skiljer sig åt i fråga om systematik och språk. Då denna uppsats riktar sig till svenska läsare och då LOU är den lag som tillämpas av svenska domstolar har jag ansett det vara lämpligt att utgå från denna vid beskrivningen av upphandlingsrätten. Direktivet används dock vid jämförelser med LOU, exempelvis för att utröna betydelsen av vissa ord eller begrepp. Eftersom det främst är mot bakgrund av LOU-direktivet som EU-domstolen tolkar upphandlingsrätten aktualiseras direktivbestämmelserna även i detta sammanhang. Avseende det framtida rättsläget har utgångspunkten i stället varit det nya LOU-direktivet 2014/24/EU, eftersom det i skrivande stund inte existerar någon färdig svensk lag som införlivar detta direktiv.

Av den rättspraxis som hänvisas till har EU-domstolens avgöranden störst vikt i den mån de rör EU-rättsliga frågor, eftersom nationella domstolar är bundna av EU-domstolens avgöranden.⁸ Betydelsen av EU-domstolens avgöranden är särskilt stor avseende väsentliga förändringar av offentliga kontrakt, eftersom detta begrepp från början uppstått genom domstolens praxis. Hänvisningar till uttalanden från EU-domstolen förekommer därför mycket ofta. Bland svenska domstolar hade det varit önskvärt att i första hand kunna beakta rättspraxis från Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) och Högsta domstolen (HD),

⁵ För en översikt av dessa rekommenderas Bernitz m.fl., *Finna rätt*, vilken behandlar den svenska rättskällevärdet (s. 31 ff. samt kap. 4-8) såväl som den EU-rättsliga normhierarkin (kap. 3.4), samt EU-rättens förhållande till nationell rätt (kap. 3.6).

⁶ Jfr Olsen, SvJT 2004, s. 114.

⁷ Mål 6/64, *Costa mot E.N.E.L.* och mål 106/77 *Simmenthal*, p. 21-22.

⁸ Mål 6/64, *Costa mot E.N.E.L.* och mål 106/77 *Simmenthal*, p. 21-22. Se även Mikelsone, Gundega, *The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, s. 478 f.

eftersom deras domar har prejudicerande verkan för underrätterna.⁹ På upphandlingsrättens område finns dock förhållandevis lite praxis från HFD, och mig veterligen finns inte ett enda avgörande som rör väsentliga förändringar av offentliga kontrakt. Av denna anledning hänvisas främst till kammarrätternas praxis, vilken är rikhaltig. Även beslut och yttranden från Konkurrensverket har beaktats. Läsaren bör här hålla i åtanke att nämnda domar, beslut och yttranden formellt sett inte har något prejudikatvärde men att de trots detta kan vara styrande inom rättsutvecklingen och av den anledningen vara betydelsefulla.¹⁰

Det kan även nämnas att det i uppsatsen förekommer hänvisningar till källor som sannolikt (i vart fall inte uttryckligen) skulle beaktas inom rättstillämpningen. Främst avses här sådant material som publicerats enbart i elektroniska medier, exempelvis artiklar och analyser i JP Infonet eller Upphandling24. Min uppfattning är att dessa källor bör kunna betraktas som en del av den juridiska doktrinen i den mån de innehåller övertygande argument och uttalanden om gällande rätt. Läsaren bör dock ha i åtanke att sådana artiklar och analyser inte alltid är författade ur ett helt objektivt perspektiv utan till viss del befrämjar åsikter som inte uteslutande är rättsvetenskapliga.

1.4 Disposition

Dispositionen av detta arbete syftar till att i största möjliga utsträckning underlätta för läsaren att förstå problematiken kring väsentliga förändringar av ingångna offentliga kontrakt. Arbetet består av 0 kapitel och är indelat enligt följande.

Kapitel 0 är ämnat att ge läsaren en bakgrund till det upphandlingsrättsliga regelverket, genom en inledande presentation av den offentliga upphandlingens syfte och historia, tillämpningsområdet för LOU, samt ett mycket kort klargörande av LOU:s förhållande till avtalsrätten. I avsnitt 2.2 beskrivs mycket förenklat själva upphandlingsförfarandet enligt LOU från annonsering fram till kontraktstilldelning. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, främst likabehandlings- och öppenhetsprinciperna, beskrivs sedan i avsnitt 2.3, varpå det i avsnitt 2.4 slutligen redogörs för vilka följder som ett åsidosättande av LOU och de grundläggande principerna leder till. Skillnaden mellan överprövning av en upphandling och överprövning av ett avtals giltighet klargörs, samt vad som menas med otillåten direktupphandling.

⁹ Bernitz m.fl, *Finna rätt*, s. 31 f.

¹⁰ Bernitz m.fl, a.a. s. 140.

I kapitel 0 redogörs förhållandevis ingående för vad som gäller vid förändringar av ingångna offentliga kontrakt. Här beskrivs skillnaden mellan väsentliga förändringar och vanliga, ”icke-väsentliga” förändringar, och vilka upphandlingsrättsliga konsekvenser som följer av förekomsten av en väsentlig förändring. I detta kapitel sammanfattas och analyseras även målet C-454/06 *Pressetext* med anledning av att EU-domstolen i detta mål utförligt redogjorde för vilka omständigheter som ska beaktas vid bedömningen av om en väsentlig förändring är för handen. De tre kriterier som utgör det s.k. *Pressetext*-testet analyseras här var för sig.

Kapitel 0 utgör uppsatsens mest omfattande del. Kapitlet består av ett antal typfall av ändringar som under vissa förutsättningar kan anses vara väsentliga eller icke-väsentliga. De typer av ändringar som behandlas är prisändringar, förändringar av kontraktets omfång, ändringar av betalningsmetoder, partsbyte på leverantörssidan, partsbyte på beställarsidan, ändringar och avvikelser i ramavtal samt frånfallande av krav och sanktioner. Två av dessa typfall, nämligen förändringar av kontraktets omfång och partsbyte på leverantörssidan har bedömts kunna innefatta flera specifika typer av förändringar, varför dessa behandlas var för sig i underavsnitt. Vad gäller s.k. *ÄTA-arbeten* kan särskilt anmärkas att dessa rent upphandlingsrättsligt som utgångspunkt inte torde inta någon särställning gentemot vad som generellt gäller för andra förändringar av kontraktets omfång. Med anledning av att begreppet ”ÄTA-arbeten” sedan länge är ett etablerat begrepp inom entreprenadbranschen och styrs av regler i standardavtal som AB 04 och ABT 06 har jag dock valt att behandla dessa för sig. En sådan uppdelning underlättar enligt min uppfattning jämförelsen av upphandlingsreglernas definition av väsentliga förändringar å ena sidan och standardavtalens definitioner av vad som utgör ÄTA-arbeten å andra sidan.

De första tre kapitlen är till övervägande del deskriptiva till innehållet och förklarar, snarare än analyserar, upphandlingsrätten. De efterföljande kapitlen bygger vidare på vad som redogjorts innan och kan sägas utgöra själva kärnan i uppsatsen eftersom det främst är där som begreppet väsentlig förändring behandlas. Att analytiska inslag främst förekommer i den senare delen har inte varit ett ändamål i sig utan är följden av ett försök att göra arbetet lättillgängligt och pedagogiskt. Eftersom analytiska resonemang således förkommer löpande i texten finns inte någon avslutande analysdel. Det avslutande kapitlet innehåller i stället en sammanfattning av de slutsatser som dragits i uppsatsens föregående delar samt vissa avslutande synpunkter.

1.5 Avgränsning

För att även de läsare som inte är insatta i upphandlingsrätten ska kunna tillgodogöra sig uppsatsens innehåll har jag ansett det vara motiverat att förhållandevis kortfattat beskriva upphandlingsförfarandets gång såsom det regleras i LOU. Eftersom denna beskrivning främst har till syfte att ge läsaren en bakgrund till principerna rörande väsentliga förändringar av offentliga kontrakt har stora delar av LOU helt utelämnats, däribland bestämmelserna om tröskelvärden (3 kap. LOU), byggkoncessioner (13 kap. LOU) och tillsyn (18 kap. LOU). Av samma anledning nämns vissa bestämmelser endast i förbigående utan att analyseras närmare. Detta gäller exempelvis de s.k. uteslutningsgrunderna i 10 kap. LOU och bestämmelserna i 16 kap. LOU om upphandlingsskadeavgift och skadestånd. För en lättillgänglig och mer heltäckande översikt av det svenska och EU-rättsliga regelverket rörande offentlig upphandling kan Andrea Sundstrands bok *Offentlig upphandling – LOU och LUF* eller Niclas Forsbergs *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV* rekommenderas.

I arbetet beskrivs endast de upphandlingsregler som gäller för den s.k. klassiska sektorn, dvs. de regler som följer av svenska LOU samt det EU-direktiv som LOU bygger på, 2004/18/EG. Reglerna för den s.k. försörjningssektorn, vilka kommer till uttryck i LUF och direktiv 2004/17/EG utelämnas med anledning av att de i väsentliga avseenden överensstämmer med de klassiska reglerna. Att inkludera en beskrivning av reglerna inom försörjningssektorn skulle alltså innebära onödiga upprepningar och sannolikt endast tynga ned arbetet snarare än att tillföra det något av värde.¹¹ Med detta sagt kan de resonemang som förs sannolikt även överföras på situationer som uppstår på försörjningsområdet eftersom samma principer om vad som utgör väsentliga förändringar gäller även där.¹²

Vad gäller de grundläggande EU-rättsliga principerna har jag valt att endast gå närmare in på principerna om likabehandling och öppenhet, eftersom det huvudsakligen är dessa två principer som riskerar att trädas för när om väsentliga förändringar vidtas utan att en ny upphandling genomförs. Detta innebär följaktligen att bl.a. principerna om icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet inte kommer att behandlas inom ramen för detta arbete.

Några ansatser till att ge detta arbete ett komparativt inslag i förhållande till utländsk rätt har inte gjorts. Det kan i och för sig tänkas att en genomgång av exempelvis rättspraxis i andra medlemsstater hade kunnat bidra till förståelsen av principerna rörande väsentliga

¹¹ Jfr. Bergman m.fl., *Offentlig upphandling*, s. 18.

¹² Jfr t.ex. Dir. 2014/25/EU, beaktandesats 113.

förändringar, eftersom de bygger på EU-rätten vilken är gemensam för alla EU-länder. Utrymmesskäl i kombination med begränsade kunskaper om utländsk rätt har dock omöjliggjort några sådana jämförelser.

2 Övergripande om offentlig upphandling

2.1 Allmänt om regelverket

2.1.1 Offentlig upphandling – historik och syfte

Historiskt sett har ett av de grundläggande syftena med att reglera hur det offentliga ska få anskaffa varor, tjänster och byggtreprenader varit att se till så att de gemensamma skattemedlen utnyttjas på ett affärsmässigt sätt. Detta har ansetts kunna uppnås bäst genom konkurrens, på så sätt att leverantörerna på grundval av ett specificerat anbudsunderlag får ”tävla” om upphandlingen, varvid det förmånligaste anbudet ska antas.¹³ Sundstrand framför att det vid offentliga anskaffningar utan konkurrensutsättning inte skulle behöva tas någon hänsyn till kostnaderna, eftersom dessa lätt kan övervältras på skattebetalarna genom skattehöjningar. Detta kan jämföras med villkoren inom den privata sektorn; ett privat företag som inte beaktar sina inköpskostnader riskerar att gå i konkurs för att det inte varit tillräckligt kostnadseffektivt.¹⁴ Som utgångspunkt saknas alltså incitament för det offentliga att utnyttja sina medel på bästa möjliga sätt. Offentlig upphandling syftar till att rätta till denna obalans mellan offentlig och privat verksamhet genom att det offentliga tvingas konkurrensutsätta avtal som det önskar ingå.

Offentlig upphandling är på intet sätt någon ny företeelse i Sverige; för svensk del har regler för de statliga myndigheternas upphandling av varor funnits under hela 1900-talet. Kring sekelskiftet avsåg dessa regler att tillgodose den tidens krav på affärsmässighet och avsåg att garantera offentlighet och rättssäkerhet. Enligt de tidiga upphandlingsreglerna fanns även en preferensordning angiven på så sätt att svenska varor hade företräde framför utländska varor. Denna princip fortsatte i begränsad form även att gälla enligt de bestämmelser om upphandling som trädde ikraft år 1920. Här skulle myndigheterna särskilt beakta betydelsen av den inhemska produktionen, men utländska varor kunde väljas om de bedömdes vara av bättre kvalitet. Det dröjde ända till 1952 innan kravet på affärsmässighet skärptes och preferensen för svenska varor bröts. Reglerna om offentlig upphandling skulle nu istället syfta till att staten skulle få en så fördelaktig upphandling som möjligt. 1952 års upphandlingskungörelse ersattes sedermera av 1973 års upphandlingskungörelse, som även

¹³ Prop. 1973:73 s. 6.

¹⁴ Sundstrand (2010), *LOU och LUF*, s. 23.

omfattade upphandling av tjänster. Denna kungörelse fortsatte i omredigerad och moderniserad form att gälla ända fram till Sveriges inträde i EES-samarbetet år 1992.¹⁵

I och med anslutningen till EES och sedermera även EU kom Sverige att behöva anpassa sina regler om offentlig upphandling till de som gällde i unionens övriga medlemsländer.¹⁶ De EU-rättsliga reglerna kommer främst till uttryck i de två upphandlingsdirektiven 2004/18/EG (LOU-direktivet) och 2004/17/EG (LUF-direktivet). EU:s regelverk rörande offentlig upphandling syftar främst till att tillgodose vissa grundläggande principer som härrör ur EUF-fördraget, nämligen principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet, principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som i sin tur följer av dessa, exempelvis principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.¹⁷ Från EU:s håll har man ansett att dessa principer bäst tillgodoses genom främjandet av en omfattande konkurrens på marknaden, som i upphandlingssammanhang även ska säkerställa ett optimalt utnyttjande av de offentliga medlen.¹⁸ Det finns alltså ingen fundamental skillnad mellan de EU-rättsliga ändamålen med offentlig upphandling och de ändamål som gällde enligt svensk rätt under tiden före inträdet i EU. Bortsett från den princip om svenska varors företräde som gällde under första hälften av 1900-talet och vilken helt har förkastats till förmån för den fria rörligheten mellan EU:s medlemsstater, så utgör målsättningen fortfarande att skattemedlen genom fri konkurrens ska kunna utnyttjas på bästa möjliga sätt. Regelmassan har dock ökat avsevärt. 1983 års kommunala upphandlingsreglemente och 1986 års upphandlingsförordning, vilka tillsammans utgjorde den sista rent svenska upphandlingslagstiftningen före införlivningen av EU:s upphandlingsdirektiv, innehöll endast 21 respektive 16 paragrafer. Detta kan jämföras med dagens LOU som innehåller 18 kapitel vilka i sin tur innehåller ca 10-25 paragrafer vardera.

På senare tid har fokus riktats mot att göra offentlig upphandling till ett verktyg för att främja exempelvis tekniska innovationer, hållbar utveckling och bättre arbetsvillkor. Detta kan sägas vara en del i en bredare satsning på EU-nivå som syftar till att åtgärda de strukturella svagheter i EU:s ekonomi som blottlagts i samband med den finanskris som

¹⁵ Ds 1992:4, s. 41.

¹⁶ Vid denna tid reglerades den offentliga upphandlingen tekniskt sett inom den *Europeiska gemenskapen, EG*. EG utgjorde en del av EU:s första pelare, och fanns kvar fram till ikraftträdandet av Lissabonfördraget den 1 december 2009.

¹⁷ Dir. 2004/24/EG, beaktandesats 2.

¹⁸ Jfr t.ex. Dir. 2004/24/EG, beaktandesats 2, 4, 12, 13, 36 och 46.

drabbade unionen i slutet av 00-talet.¹⁹ I de nya upphandlingsdirektiven har det således införts bestämmelser som syftar till att underlätta för upphandlande myndigheter att genomföra s.k. ”strategisk upphandling”, vilket innebär att medlemsstater ska kunna kräva att upphandlande myndigheter iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, och att upphandlande myndigheter i sin tur kan ställa krav på leverantörerna avseende sådana aspekter.²⁰ En ny upphandlingsform, s.k. innovationspartnerskap, har även införts i de nya direktiven för att underlätta för upphandlande myndigheter att ge bidrag till forskning och utveckling i syfte att myndigheten själv ska kunna använda det som utvecklats i ett senare skede.²¹

2.1.2 Tillämpningsområdet för LOU

De som omfattas av LOU benämns upphandlande myndigheter, och utgörs av statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting samt offentligt styrda organ, se 2 kap. 19 § LOU. Offentligt styrda organ definieras enligt 2 kap. 12 § LOU som sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och som antingen till största delen finansieras, kontrolleras, eller vars styrelses eller ledningsorgans ledamöter till mer än halva antalet är utsedda av staten, en kommun eller en upphandlande myndighet.

Avseende rekvisitet ”tillgodoser behov i det allmännas intresse” har EU-domstolen uttalat att det saknar betydelse huruvida det står en enhet fritt att vid sidan av denna uppgift bedriva annan verksamhet som inte är anknuten till allmänintresset, och att upphandlingsreglerna även blir tillämpliga på enheter vars verksamhet endast till en relativt obetydlig del består i att tillgodose allmänna intressen.²²

LOU gäller för offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner. Lagen gäller även när upphandlande myndigheter anordnar projektävlingar, se 1 kap. 2 § LOU. Undantag från lagens tillämpningsområde finns angivna i 1 kap. 6 § LOU, och omfattar bl.a. förvärv av fastighet och hyresrätt, anställningar och FoU-tjänster.

¹⁹ Se t.ex. Kommissionens arbetsdokument av den 24 november 2009, *Samråd om framtidsstrategin ”EU 2020”*, KOM(2009) 647 slutlig, och Kommissionens meddelande av den 3 mars 2010, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

²⁰ Se t.ex. artiklarna 18(2), 42(2)(a), 43(1), 62, 67(2), 68 m.fl. i Dir. 2014/24/EU.

²¹ Se artikel 31 i Dir. 2014/24/EU.

²² Mål C-44/96, *Mannesmann*, p. 25.

2.1.3 Något om upphandlingsrättens förhållande till avtalsrätten

LOU utgör en procedurlagstiftning och styr i vilka fall och på vilket sätt upphandlande myndigheter måste konkurrensutsätta avtal som de ämnar ingå. Kontraktets avtalsrättsliga verkningar lyder emellertid under respektive medlemsstats avtalsrätt, varför LOU eller LOU-direktivet inte reglerar parternas förhållande till varandra.²³ Den svenska avtalsrätten såsom den kommer till uttryck i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (AvtL) eller genom allmänna avtalsrättsliga principer verkar alltså parallellt med LOU, såvida det inte uppstår en ren konflikt mellan de två regelverken.²⁴ I så fall har LOU företräde eftersom den utgör tvingande lagstiftning till skillnad från AvtL som är dispositiv.²⁵ I övriga fall är alltså nationella avtalsrättsliga regler och principer tillämpliga även på kontrakt som upphandlas enligt LOU.

Trots att LOU tekniskt sett inte reglerar parternas avtalsrättsliga förhållande sinsemellan och att LOU som utgångspunkt slutar vara tillämplig då kontrakt har tecknats, är det svårt att bortse från att upphandlingslagstiftningen i praktiken begränsar parternas avtalsfrihet även långt efter att en upphandling slutförts. Som vi ska se nedan gäller detta inte minst frågan om i vilken utsträckning parterna till ett offentligt kontrakt har möjlighet att göra förändringar i detta.

2.2 Upphandlingsförfarandets gång

2.2.1 Annonsering

Annonsering av upphandlingen regleras i 7 kap. LOU. Annonseringen utgör en viktig del i upphandlingsförfarandet och syftar till att potentiella leverantörer ska få kännedom om upphandlingen så att de kan konkurrera om offentliga kontrakt på lika villkor.²⁶ En upphandlande myndighet är enligt 7 kap. 1 § LOU skyldig att annonsera upphandlingen, såvida det inte rör sig om ett s.k. förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Ett sådant förfarande kräver som namnet antyder inte någon föregående annonsering, men får endast användas under vissa speciella förutsättningar, se 4 kap. 5-9 §§ LOU samt avsnitt 2.4.3 nedan. I upphandlingsförordningen (2011:1040) anges närmare hur annonseringen ska gå till.

²³ SOU 2014:51 s. 318.

²⁴ Som ett exempel på en sådan konflikt kan nämnas att det i 9 kap. 11 § 2 st. LOU stadgas att en anbudsgivare är bunden av sitt anbud även om denne fått underrättelse om tilldelningsbeslut eller upplysningar om skälen till att dess ansökan har avslagits eller anbud förkastats. Till följd av LOU:s tvingande karaktär gäller nyss nämnda bestämmelse trots att det i 5 § AvtL anges att ett anbud som avslagits förfaller, trots att acceptfristen inte gått ut.

²⁵ 1 § 3 st. AvtL.

²⁶ Se t.ex. Forsberg, Niclas, *Upphandling*, s. 79.

2.2.2 Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget definieras i 2 kap. 8 § LOU som ett sådant underlag för anbud som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör. Förfrågningsunderlaget kan sägas utgöra ramen för upphandlingen; i detta finns angivet vad som utgör upphandlingens föremål samt alla de krav som den upphandlande myndigheten ställer på leverantörerna och deras anbud. Det är med andra ord mot bakgrund av förfrågningsunderlaget som de potentiella leverantörerna utformar sina anbud.

De i förfrågningsunderlaget ställda kraven kan antingen hänföra sig direkt till leverantörerna och benämns då *urvalskriterier*, eller avse själva föremålet för upphandlingen och kallas då för *tilldelningskriterier*.²⁷ Granskningen av leverantörerna och granskningen av anbuden sker i två olika faser, kvalificeringsfasen respektive utvärderingsfasen, vilka styrs av olika bestämmelser.²⁸

2.2.3 Kvalificeringsfasen

Vid granskningen av leverantörerna, den s.k. kvalificeringsfasen, tillämpas urvalskriterierna. Dessa kan avse leverantörernas personliga, tekniska samt ekonomiska och finansiella ställning och kapacitet, se 11 kap. LOU. Denna fas syftar till att avgöra om leverantörerna har förmåga att kunna utföra kontraktet, och de krav som ställs här är följaktligen obligatoriska; antingen uppfylls kraven på leverantören vilket innebär att dess anbud kan utvärderas, eller så uppfylls de inte vilket innebär att någon utvärdering inte kan komma ifråga. Det är vanligt förekommande i förfrågningsunderlag, och även i förvaltningsdomstolarnas domskäl, att begreppet ”skall-krav” används som beteckning för obligatoriska krav. Rosén Andersson m.fl. har ansett att detta begrepp bör slopas då det ”saknar stöd i EU-rätten, är icke-juridiskt och dessutom tenderar att blanda ihop obligatoriska krav i olika faser av en upphandling”.²⁹ För att inte förvirra läsaren i onödan har jag valt att uteslutande använda mig av begreppet ”obligatoriska krav” såvida det inte rör sig om rena återgivanden av exempelvis domskäl eller uttalanden i doktrinen.

Förutom nyss nämnda kvalificeringskrav som alltså rör leverantörernas förmåga att utföra kontraktet, kan en leverantör uteslutas av andra anledningar, som anges i 10 kap. LOU. I 1 § anges vissa typer av grövre brottslighet som alltid ska leda till uteslutning, och i 2 § anges sådana omständigheter vars förekomst medför att den upphandlande myndigheten *får* utesluta leverantören. Exempel på sådana omständigheter är att leverantören befinner sig i

²⁷ Sundstrand (2012), *Offentlig Upphandling*, s. 66.

²⁸ Sundstrand (2012), s. 67. Se även Mål 31/87, *Beentjes*, p. 15.

²⁹ Rosén Andersson m.fl, *Lagen om offentlig upphandling*, s. 370 f.

konkurs eller likvidation, eller att leverantören eller en företrädare för denna gjort sig skyldig till brott eller allvarligt fel avseende yrkesutövningen. Att uteslutning på dessa grunder ska ske före kvalificeringen kan utläsas ur 11 kap. 1 § LOU.

2.2.4 Utvärderingsfasen

Vid granskningen av själva anbudet, den s.k. utvärderingsfasen, tillämpas de s.k. tilldelningskriterierna. Dessa ska enligt 12 kap. 1 § LOU vara kopplade till föremålet för kontraktet, och syfta till att avgöra vilket anbud som antingen utgör det mest ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller innehåller det lägsta priset.

I en upphandling där tilldelningsgrunden lägsta pris används blir utvärderingsfasen inte särskilt komplicerad. Av de anbud som klarat sig igenom kvalificeringsfasen ska det anbud som innehåller det lägsta priset antas; inga andra utvärderingskriterier får förekomma. Det innebär att samtliga krav i upphandlingen måste vara obligatoriska. Trots att ett av anbudet kanske överträffar alla obligatoriska krav, samtidigt som ett annat anbud nätt och jämnt når upp till samma krav men innehåller ett pris som endast är marginellt lägre än det förra, måste det senare anbudet antas.³⁰

När tilldelningsgrunden i stället utgörs av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska de krav som ställs avseende kontraktets föremål enligt 12 kap. 2 § viktas inbördes eller, om detta inte är möjligt, anges i fallande prioriteringsordning. Tilldelningskriterierna skulle då exempelvis kunna utgöras dels av pris, dels av kvalitet, som bestämts till 70 procent respektive 30 procent. Då har tilldelningskriterierna viktats inbördes.³¹ Kriteriet kvalitet kan sedan utgöras av ett antal krav, vars grad av uppfyllande medför att ett anbud tilldelas ett visst antal poäng som sedan räknas ihop och jämförs med de övriga anbudet. I utvärderingsfasen finns således, till skillnad från i kvalificeringsfasen, en möjlighet att uppställa krav som inte är obligatoriska utan som ger den upphandlande myndigheten ett utrymme för bedömning avseende mer än endast huruvida kravet är uppfyllt eller inte.

Vid utvärderingsfasen är det viktigt att den upphandlande myndigheten endast ställer krav som syftar till att avgöra vilken anbudsgivare som kan erbjuda det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Med andra ord ska utvärderingskriterierna syfta till att fastställa vilken kvalitet som kan erbjudas den upphandlande myndigheten avseende kontraktets föremål snarare än att fastställa om leverantören har möjlighet att utföra uppdraget; den sistnämnda

³⁰ Jfr. Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 385 f.

³¹ Rosén Andersson m.fl., a.a. s. 474.

typen av kriterier hör nämligen till kvalificeringsfasen.³² Om sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen sker, kan detta utgöra ett sådant fel som påverkar det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen vilket innebär att hela upphandlingen måste göras om.

Formuleringen ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” kan ge intrycket av att de kriterier som den upphandlande myndigheten tillämpar måste vara av rent ekonomisk art. Att så inte är fallet har bekräftats av EU-domstolen i fallet *Concordia*. Domstolen påpekade där att även faktorer som inte är av rent ekonomisk art, exempelvis estetiska förtjänster, kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.³³

2.2.5 Kontraktstilldelning

När samtliga anbud har utvärderats och rangordnats i förhållande till de krav som ställts i förfrågningsunderlaget beslutar den upphandlande myndigheten vilket eller vilka anbud den kommer att anta, och ska då enligt 9 kap. 9 § LOU snarast möjligt underrätta samtliga leverantörer om beslutet samt skälen för detta.

Efter att tilldelningsbeslutet har meddelats börjar en s.k. avtalsspärr att löpa, vilket innebär att den upphandlande myndigheten inte får ingå avtal med den utvalda leverantören eller leverantörerna förrän tio, alternativt femton, dagar har gått från det att underrättelsen skickades, se 16 kap. 1 § LOU. Om en ansökan om överprövning av en upphandling har gjorts, fortsätter avtalsspärren att gälla under handläggningen i förvaltningsrätten, se 16 kap. 8 § LOU. Syftet med avtalsspärren är att möjliggöra en effektiv prövning mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av avtalet i fråga. Detta behövs eftersom en ansökan om överprövning av en upphandling inte kan prövas efter att avtal har tecknats, se 16 kap. 6 § st. 2 LOU.³⁴ För att förhindra att de upphandlande myndigheterna skyndar sig att underteckna kontraktet i avsikt att göra det ifrågasatta tilldelningsbeslutets verkningar oåterkalleliga har det ansetts nödvändigt att införa en minimiperiod under vilken avtal inte får ingås.³⁵

³² Se EU-domstolens uttalanden i mål C-532/06 *Lianakis*, p. 29-30, samt mål C-199/07 *Kommissionen mot Grekland*, p. 50-53. Svenska domstolar har ansett att EU-domstolens praxis inte hindrar att en upphandlande myndighet inhämtar referenser (vilka ju ofta är kopplade till anbudsgivarna) så länge dessa syftar till att avgöra vilken kvalitet som kommer att kunna erbjudas avseende kontrakt föremålet, se t.ex. Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5910-08 och 7332-08 och Kammarrätten i Stockholm mål nr 3014-09.

³³ Mål C-513/99, *Concordia*, p. 55.

³⁴ En annan sak är att det efter kontraktstecknande finns möjlighet att överpröva *avtalets giltighet*, se avsnitt 2.4.2 nedan.

³⁵ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 4.

2.3 De grundläggande principerna

Under hela upphandlingsförfarandet måste den upphandlande myndigheten iaktta vissa grundläggande principer, som härrör ur EU-rätten. I LOU-direktivets ingress uttalas att tilldelning av kontrakt omfattas av kravet på respekt för ”principerna i fördraget”, varpå principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster nämns.³⁶ Därutöver anges fem principer som anses följa av de föregående, nämligen principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.³⁷ Även om dessa endast är exempel på sådana EU-rättsliga principer som ska tillämpas i ett upphandlingsförfarande utgör de utan tvekan de viktigaste principerna inom offentlig upphandling.³⁸ EU-domstolen hänvisar mycket ofta till en eller flera av de grundläggande principerna i de upphandlingsmål som den avgör.³⁹ Det är också främst genom domstolens praxis som principernas betydelse klargörs och förtydligas.

För svensk del har de grundläggande principerna lagfästas i 1 kap. 9 § LOU, där det anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En liknande formulering finns även i artikel 2 LOU-direktivet, som utgör en kodifiering av EU-domstolens uttalande i Stora Bält-målet.⁴⁰

Med anledning av att denna uppsats behandlar ändringar i offentliga kontrakt redogörs särskilt för principen om likabehandling och principen om öppenhet, eftersom det i regel är någon av dessa, eller båda samtidigt, som kan komma att aktualiseras vid ändringar av sådant kontrakt.

2.3.1 Principen om likabehandling

Principen om likabehandling, eller likabehandlingsprincipen, innebär i korthet att den upphandlande myndigheten ska behandla alla leverantörer lika och varken gynna eller missgynna någon av dem. Detta kan uttryckas så att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en

³⁶ Artikel 18 EUF, artiklarna 34, 35, 49 och 56 FEUF.

³⁷ Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 2.

³⁸ Jfr. Sundstrand (2012), s. 42.

³⁹ Se t.ex. Mål C-568/13 *Azienda* p. 51, Mål C-561/12 *Nordecon* p. 35, Mål C-368/10 *Kommissionen mot Nederländerna* p. 56.

⁴⁰ Sundstrand (2012), s. 42f. Se även Mål C-243/89 *Stora Bält*, p. 33.

sådan behandling.⁴¹ Kravet på likabehandling innebär alltså inte nödvändigtvis att ett krav på en leverantör måste vara identiskt med ett krav på en annan leverantör, om de båda leverantörerna har olika förutsättningar. Falk ger exemplet att ett stort och ekonomiskt starkt företag inte ytterligare behöver förstärka sina möjligheter att på ekonomiska grunder genomföra ett kontrakt på samma sätt som ett mindre företag. Av den anledningen kan det vara förenligt med likabehandlingsprincipen att kräva att endast vissa leverantörer i en upphandling ska visa upp bankgarantier eller bevis för sin ekonomiska status, medan andra leverantörer inte behöver göra det.⁴²

Likabehandlingsprincipen kräver bl.a. att om den upphandlande myndigheten tillåter en leverantör att förtydliga eller komplettera sitt anbud måste den även ge samma möjlighet till övriga leverantörer, att en upphandlande myndighet inte får förhandla med ett företag som inte uppfyller de krav som ställts i upphandlingen, och att en upphandlande myndighet måste ge lika mycket information om upphandlingen till alla leverantörer.⁴³

Om den upphandlande myndigheten ändrar de villkor som gäller i upphandlingen, antingen under upphandlingens gång eller efter att kontrakt har tecknats, kan detta strida mot likabehandlingsprincipen. Om de ändrade villkoren hade gällt från början är det nämligen tänkbart att sådana leverantörer som valt att inte lämna anbud hade gjort det om de hade känt till de förändrade villkoren. Befintliga leverantörer hade kanske valt att utforma sina anbud på ett mer konkurrenskraftigt eller i övrigt annorlunda sätt, om de hade känt till ändringarna. På så sätt missgynnas de leverantörer som valt att inte lämna anbud, eller de vars anbud utformats på ett sätt som efter ändringen stämmer sämre överens med förfrågningsunderlaget.

2.3.2 Principen om öppenhet

Enligt principen om öppenhet, även kallad transparensprincipen, ska den upphandlande myndigheten ge möjlighet till insyn i upphandlingen. Principen, som anses följa av likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering, syftar till att garantera varje potentiell anbudsgivare att upphandlingen är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfarandena är opartiska.⁴⁴ Detta innebär bl.a. att uppgifter som gäller upphandlingsförfarandet inte får hemlighållas, att upphandlingen annonseras offentligt, att de som deltagit i upphandlingen informeras om resultatet och att

⁴¹ Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, p. 27.

⁴² Falk, a.a. s. 63.

⁴³ Falk, a.a. s. 64, Sundstrand (2012), s. 44, Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 79.

⁴⁴ Se t.ex. mål C-458/03 *Parking Brixen*, p. 49 och mål C-324/98 *Telaustria*, p. 60-62.

upphandlingshandlingarna i princip är offentliga.⁴⁵ Enligt principen om öppenhet måste också förfrågningsunderlaget, inklusive tillämplig utvärderingsmodell, vara tydligt och klart och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas.⁴⁶

Öppenhetsprincipen ligger också delvis till grund för exempelvis anbudsfristen. Genom att den upphandlande myndigheten måste ange en sista dag för anbudslämnande, får alla anbudsgivare lika lång tid på sig att förbereda sina anbud. Att tidsfristen respekteras bidrar emellertid även till ökad insyn i upphandlingsförfarandet genom att innehållet i samtliga ingivna anbud offentliggörs på samma gång, till gagn för både leverantörer och utomstående som kan ha ett intresse av upphandlingen.⁴⁷

Principen om öppenhet tar sig även uttryck i den upphandlande myndighetens skyldighet att utvärdera anbuden enligt den utvärderingsmodell som utannonserats. Skyldigheten kan utläsas av artikel 53 i direktivet och 12 kap. 1 § LOU, och säkerställer att underrätta potentiella anbudsgivare om de uppgifter som kommer att beaktas i upphandlingen. Samtliga anbudsgivare kan på så sätt få reda på vilka kriterier som deras anbud måste uppfylla samt kriteriernas inbördes vikt.⁴⁸ Om den upphandlande myndigheten skulle ändra de ursprungliga utvärderingskriterierna efter anbudstidens utgång kan detta således innebära ett åsidosättande av öppenhetsprincipen.

2.4 Följder av åsidosättande av LOU och de grundläggande principerna

En leverantör som anser sig ha lidit skada eller riskerar att komma lida skada till följd av ett fel i samband med upphandlingen kan ansöka om överprövning vid förvaltningsrätten, se 16 kap. 4 § LOU. De rättsföljder vilka uppkommer som en direkt konsekvens av ett fel är att upphandlingen antingen måste göras om eller rättas, 16 kap. 6 § LOU, eller att ett ingånget avtal förklaras ogiltigt, 16 kap. 13 § LOU. I tillägg till detta kan även skadestånd och s.k. upphandlingsskadeavgift komma ifråga, 16 kap. 20-21 §§ samt 17 kap. LOU.

2.4.1 Överprövning av upphandlingen

Om domstolen innan något kontrakt har tecknats finner att den upphandlande myndigheten brutit mot reglerna i LOU får den besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter att en rättelse av felet har vidtagits, se 16 kap. 6 § LOU.

⁴⁵Prop. 2006/07:128 s. 55.

⁴⁶Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 83 med hänvisningar.

⁴⁷Jfr. Mål C-87/94 *Vallonska bussarna*, p. 55.

⁴⁸Se domstolens uttalande i mål C-87/94 *Vallonska bussarna*, p. 88, avseende artikel 27.2 i det dåvarande direktivet.

Rättelse, som anses vara det minst ingripande alternativet av de två, ska tillämpas om möjligt. Ibland är det dock endast möjligt att läka upphandlingsfelet genom att upphandlingen görs om. Så är fallet exempelvis om felet har förekommit i upphandlingens konkurrensuppsökande skede.⁴⁹ Detta framstår som naturligt eftersom det kan tänkas att potentiella leverantörer som valt att inte lämna anbud i stället hade gjort så om felet inte hade förekommit. Det enda sättet att möjliggöra för dessa potentiella leverantörer att lämna anbud blir då att göra om upphandlingen. I andra fall kan felet avhjälpas genom att domstolen endast beslutar om rättelse; exempelvis kan så vara fallet om en leverantör ska uteslutas, ett anbud ska förkastas eller anbudsutvärderingen har gjorts på ett felaktigt sätt.⁵⁰ I dessa fall har kvalificeringen av leverantörerna redan skett, och potentiella anbudsgivare påverkas därför inte. Det vore då onödigt att göra om hela upphandlingen eftersom utfallet av förfarandet fram till och med kvalificeringsfasen (med undantag för rättelsen) sannolikt skulle förbli detsamma.

2.4.2 Överprövning av avtalets giltighet

Om kontrakt redan har hunnit tecknas mellan den upphandlande myndigheten och en eller flera leverantörer, finns inte längre någon möjlighet att överpröva själva upphandlingen som sådan. *Giltigheten av avtalet* kan emellertid överprövas enligt 16 kap. 13 § LOU. En ogiltigförklaring av ett ingånget offentligt kontrakt medför att detta blir civilrättsligt ogiltigt och att dess innehåll inte kan göras gällande parterna emellan. Eventuella prestationer som utbytt ska, i likhet med vad som gäller vid ogiltighetsförklaringar på det civilrättsliga området, gå åter, och parterna ska försättas i samma situation som förelåg före avtalets ingående.⁵¹ Ogiltighet kan komma ifråga bl.a. om kontraktet har tecknats i strid med avtalsspärr eller om vissa bestämmelser åsidosatts i samband med förnyad konkurrensutsättning av leverantörer inom ett ramavtal. Det mest typiska och för detta arbete mest relevanta fallet av ogiltighet är dock den situationen att någon föregående annonsering inte alls skett.

2.4.3 Särskilt om otillåten direktupphandling

Om en upphandlande myndighet trots att LOU är tillämplig väljer att tilldela kontrakt utan att ha annonserat och konkurrensutsatt avtalet, har den som utgångspunkt gjort sig skyldig till vad som brukar kallas för otillåten direktupphandling. EU-domstolen har uttalat att om tillämpningen av upphandlingsreglerna blev valfri, skulle detta kunna leda till att en

⁴⁹ Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 616 f.

⁵⁰ Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 616.

⁵¹ Prop. 2009/10:180 s. 136 f.

upphandlande myndighet på allvarligaste vis åsidosatte unionsrätten på området.⁵² Det faller sig naturligt att man från ett EU-perspektiv måste se allvarligt på otillåten direktupphandling eftersom det innebär ett fullständigt kringgående av den tvingande upphandlingslagstiftningen.

Otillåten direktupphandling intar även en särställning gentemot övriga ogiltighetsgrunder eftersom det för ogiltighet inte krävs att någon skada eller potentiell sådan måste visas. Enligt 16 kap. 4 § LOU anges visserligen att en leverantör för att kunna begära överprövning i domstol måste anse sig ”ha lidit eller kunna komma att lida skada”, men enligt lagstiftarens (och EU-domstolens) synsätt medför en otillåten direktupphandling att en potentiell skada alltid uppstår.⁵³

Det finns vissa undantag då en myndighet får direktupphandla eller, som det uttrycks i LOU-direktivet, använda det förhandlade förfarandet utan offentliggörande av meddelande om upphandling. Undantagen räknas upp i artikel 31 LOU-direktivet, som motsvaras av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Det rör sig bl.a. om fall då den upphandlande myndigheten redan annonserat upphandlingen men ingen lämnat anbud, då det som ska upphandlas endast kan fullföljas av en viss leverantör på grund av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt, eller om det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet men det på grund av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten uppstått synnerlig brådska.

⁵² Mål C-26/03 *Stadt Halle*, p. 37.

⁵³ Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 667, Pedersen (2010), *Upphandlingskrönika* s. 814.

3 Förändringar av ingångna kontrakt

Efter att ett avtal ingåtts uppkommer det inte sällan ett behov av att ändra villkoren i detta.⁵⁴ Nya förutsättningar som inte förelåg vid avtalets ingående kan ha uppkommit, det kanske visar sig att villkor som sett bra ut ”på pappret” lämpar sig mindre väl för tillämpning i praktiken, eller så har parterna av någon annan anledning ett intresse av att göra ändringar i avtalet. I rent civilrättsliga avtalsförhållanden där avtalsfrihet rådet är sådana situationer oproblematiske, förutsatt att parterna är överens om att de vill genomföra en ändring av avtalet. Annorlunda förhåller det sig dock på upphandlingsrättens område, vilket hänger samman med kravet på öppenhet. Som tidigare nämnts kräver öppenhetsprincipen att förfrågningsunderlaget är tydligt och klart och att det innehåller samtliga krav på det som ska upphandlas.⁵⁵ Även om parterna till ett offentligt kontrakt avtalsrättsligt sett är fria att ändra villkoren i kontraktet blir situationen problematisk ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv eftersom ett förfrågningsunderlag som legat till grund för ett kontrakt som senare ändras inte kan sägas ha innehållit ”samtliga krav på det som ska upphandlas”.

Hur ska man då beteckna en ändring som sker i ett befintligt offentligt kontrakt, vilket redan varit föremål för ett upphandlingsförfarande? Den del av kontraktet som ändrats har ju inte varit med i förfrågningsunderlaget, och har således inte heller kunnat konkurrensutsättas. EU-domstolen har besvarat nyss nämnda fråga genom att uttala att om en tillräckligt betydande eller ”väsentlig” ändring görs i ett upphandlat kontrakt så anses ett nytt avtal ha ingåtts.⁵⁶

Ett avtal som ingås av en upphandlande myndighet måste som bekant vara föremål för ett upphandlingsförfarande enligt LOU och övrig upphandlingslagstiftning. Detta innebär alltså att ett förfrågningsunderlag måste upprättas och annonseras, kvalificering av anbudsgivare måste ske, och så vidare. Om en väsentlig förändring har genomförts och ett nytt avtal således har ingåtts utan att detta annonserats och varit föremål för en ny upphandling, har den upphandlande myndigheten som utgångspunkt gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Som tidigare påpekats anses otillåten direktupphandling utgöra den allvarligaste formen av åsidosättande av upphandlingslagstiftningen, vars följd blir att ett ingånget avtal som

⁵⁴ Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 85.

⁵⁵ Se avsnitt 2.3.2 ovan.

⁵⁶ Se t.ex. mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, p. 44.

utgångspunkt förklaras ogiltigt. Det torde därför vara viktigt att gränsen mellan tillåtna och otillåtna förändringar är klar och tydlig, så att en upphandlande myndighet lätt kan förutse konsekvenserna av en förändring.⁵⁷ Riktigt så förhåller det sig emellertid inte, då reglerna rörande väsentliga förändringar till mycket stor del härrör ur EU-domstolens rättspraxis som ännu inte har kodifierats. Eftersom en stor del av reglerna rörande otillåtna ändringar således inte finns uttryckta i lag kan det vara svårt för den upphandlingsrättsligt oskolade att skaffa sig en översikt av gällande rätt på området. I det följande görs därför ett försök att sammanfatta och strukturera upp vad som gäller avseende gränsdragningen mellan tillåtna och otillåtna ändringar.

Det kan nämnas att det i det nya direktivet 2014/24/EU, vilket kommer att ersätta det nuvarande LOU-direktivet i april 2016, finns bestämmelser om ändringar i upphandlande kontrakt som till största delen utgör en kodifiering av EU-domstolens praxis. De nya bestämmelserna diskuteras löpande i texten under relevanta avsnitt i den mån de innebär en förändring av det nu rådande rättsläget.

3.1 Ogiltighetens omfattning

Eftersom en väsentlig förändring anses vara samma sak som en otillåten direktupphandling, inträder även samma följd vid väsentliga ändringar som vid otillåtna direktupphandlingar.⁵⁸ Den främsta konsekvensen av en otillåten direktupphandling är att avtalet kan ogiltigförklaras i enlighet med 16 kap. 13 § LOU. Om ogiltigheten följer av en väsentlig förändring uppstår dock frågan om vad exakt som träffas av ogiltigheten. Blir hela det ursprungliga avtalet ogiltigt eller endast det ”nya” avtalet, dvs. den delen som utgör själva ändringen?

Mot bakgrund av att det i det s.k. rättsmedelsdirektivet anges att följderna av att ett avtal anses vara ogiltigt ska bestämmas i nationell lagstiftning, måste bedömningen göras enligt svensk rätt.⁵⁹ Någon svensk bestämmelse som exakt definierar innebörden av att ett avtal ogiltigförklaras finns inte, men det är klart att s.k. partiell ogiltighet i vissa fall kan komma ifråga. Med detta avses att ett avtal endast i viss del och beträffande en viss klausul blir ogiltigt men i övrigt upprätthålls. Så torde exempelvis kunna ske om avtalets samband med

⁵⁷ Det kan här anmärkas att en väsentlig ändring visserligen inte är otillåten, såvida ett nytt upphandlingsförfarande genomförs. Om den upphandlande myndigheten inte genomför en ny upphandling torde det heller inte vara själva ändringen som är att betrakta som otillåten utan snarare underlåtenheten att genomföra en ny upphandling. För enkelhetens skull används dock begrepp som ”otillåtna ändringar” och ”förbud mot väsentliga ändringar” i detta arbete.

⁵⁸ Se avsnitt 2.4.3 ovan.

⁵⁹ Dir. 2007/66/EG, artikel 2d(2). Se även direktivets beaktandesats 21.

den del som föranlett ogiltigheten inte anses så väsentligt att hela avtalet bör åsidosättas.⁶⁰ Om exempelvis ett nytt villkor har införts i ett offentligt kontrakt som lätt kan avskiljas från det ursprungliga kontraktet är det alltså tänkbart att det senare får fortsätta gälla mellan parterna medan det nya villkoret, som blir att anse som otillåtet direktupphandlat, ogiltigförklaras. I andra fall utgör kanske det nya villkor som införts en så pass integrerad del av parternas avtal att ogiltigheten träffar hela avtalet.

I det nya LOU-direktivet 2014/24/EU har i artikel 73 införts en bestämmelse som anger att medlemsstaterna ska se till att de upphandlande myndigheterna enligt nationell rätt i vissa fall ska ha möjlighet att säga upp ett offentligt kontrakt under dess löptid, bl.a. när kontraktet har varit föremål för en väsentlig förändring som skulle ha krävt ett nytt upphandlingsförfarande. Det är intressant att det här talas om en möjlighet att säga upp ett kontrakt som *varit föremål för en väsentlig förändring*, och inte endast en möjlighet att säga upp det nya avtal som uppstått i och med ändringen. Som jag förstår det torde detta innebära att även om partiell ogiltighet inträder och som endast träffar den väsentliga förändringen, kommer den upphandlande myndigheten oavsett ha rätt att säga upp även det ursprungliga avtalet enligt artikel 73 i det nya LOU-direktivet.

3.2 Förhållandet mellan ändringar och undantagen i 4 kap. 5-9 §§

LOU

Innan det mer ingående diskuteras vad som utgör väsentliga förändringar bör förhållandet mellan å ena sidan ändringar i offentliga kontrakt och å andra sidan möjligheterna att direktupphandla som erbjuds i 4 kap. 5-9 §§ LOU klargöras. Nyss nämnda bestämmelser i LOU är att betrakta som undantag till förbudet mot otillåtna direktupphandlingar, och ska därför tillämpas restriktivt.⁶¹ Huvudregeln kan i andra ordalag även uttryckas som en skyldighet för upphandlande myndigheter att konkurrensutsätta sådana avtal som faller inom tillämpningsområdet för LOU. Undantagsbestämmelserna i 4 kap. LOU kan anses vara uttömmande på så sätt att om inget av undantagen är tillämpligt får ett kontrakt inte heller direktupphandlas utan måste konkurrensutsättas. Med detta i beaktande kan det ligga nära till hands att anta att undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uttömmande även när man talar om ändringar i offentliga kontrakt. Här kan det dock erinras om att huvudregeln avseende ändringar faktiskt är att sådana är tillåtna. En ändring kräver inget nytt

⁶⁰ Se Adlercreutz och Gorton, *Avtalsrätt I*, s. 242.

⁶¹ Se t.ex. Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 235 och 239, mål C-340/02 *Kommissionen mot Frankrike*, p. 38 och mål C-199/85 *Kommissionen mot Italien*, p. 14.

upphandlingsförfarande såvida den inte är att anse som ”väsentlig”.⁶² En *ändring* är, till skillnad från en *väsentlig ändring*, inte att anse som ett nytt avtal. Det är således först när en ändring har konstaterats vara väsentlig som det i egentlig mening blir aktuellt att undersöka huruvida något av undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU är tillämpligt. I annat fall föreligger ingen direktupphandling, och då finns heller inte något att göra undantag från. Med detta sagt kan det måhända i praktiken vara lämpligt att först undersöka om undantagen i 4 kap. LOU är tillämpliga när man vill avgöra om en ändring är tillåten eller inte. Detta beror på att det säkerligen oftast är lättare att avgöra om bestämmelserna i 4 kap. LOU är tillämpliga jämfört med en bedömning av EU-domstolens ganska svåröverskådliga praxis. Det torde nämligen stå klart att en ändring som faller in under ett undantag i 4 kap. LOU är tillåten, även om den annars skulle utgjort en otillåten väsentlig ändring.⁶³ Vad nu sagts kan kanske tyckas låta självklart, men förtjänar att hållas i åtanke särskilt vid läsningen av det avsnitt som behandlar s.k. ÄTA-arbeten nedan, eftersom förhållandet mellan väsentliga ändringar och undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU diskuteras där.

3.3 Presstext-målet och väsentliga förändringar

I det s.k. *Presstext-målet*⁶⁴ utvecklade EU-domstolen begreppet ”väsentlig förändring”, dvs. under vilka omständigheter som ändringar i ett ingånget offentligt kontrakt ska anses medföra att ett nytt avtal ingåtts mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. Målet är intressant dels för att domstolen skapade ett tillämpbart test för att avgöra om en väsentlig förändring föreligger, det s.k. ”Presstext-testet”, dels för att det i målet var fråga om ett stort antal ändringar av olika slag och det av den anledningen är vägledande för alla dessa typer av ändringar.

Bakgrunden i målet var att Republiken Österrike år 1994 ingått ett avtal med nyhetsagenturen APA, innebärandes att de österrikiska myndigheterna fick tillgång till en databank tillhörandes APA, kallad OTS. Kontraktet ingicks för obestämd tid, med förbehåll för att parterna avstod från att säga upp avtalet till den 31 december 1999. År 2000 bildade APA dotterbolaget APA-OTS, och överförde sin verksamhet avseende OTS-tjänsten till detta. Uppsägningsklausulen förlängdes sedermera till den 31 december 2008. År 2002 skedde även vissa förändringar av kontraktet som innebar att de priser som ingick i det ursprungliga kontraktet anpassades i samband med Österrikes övergång till euro.

⁶² Detta anges uttryckligen i artikel 72(1)(e) i det nya LOU-direktivet 2014/24/EU vars implementeringstid i skrivande stund ännu inte gått ut.

⁶³ Rosén Andersson m.fl. a.a. s. 239.

⁶⁴ Mål C-454/06 *Presstext*.

Detta skedde genom att priserna konverterades och i vissa fall även avrundades nedåt, samt att en klausul om prisindexering omformulerades. APA:s konkurrent Pressetext Nachrichtenagentur (PA) väckte talan mot Republiken Österrike i nationell domstol och menade att de aktuella ändringarna utgjorde nya upphandlingar som borde ha konkurrensutsatts. PA hänvisade därvid både till det faktum att det nu var en annan juridisk person som hade att fullgöra kontraktet, och att det ursprungliga kontraktspriset hade ändrats till följd av konverteringen till euro och den medföljande avrundningen. Den nationella domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

EU-domstolen uttalade att ändringar i offentliga kontrakt ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående av kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.⁶⁵ Ingen av de ändringar som gjorts ansågs utgöra en sådan väsentlig förändring. Eftersom APA-OTS var ett helägt dotterbolag till den ursprungliga leverantören APA rörde det sig endast om en intern omorganisation, vilket är tillåtet. Prisjusteringarna avsåg endast ytterst små belopp och grundade sig på en objektiv förklaring, och var dessutom till den upphandlande myndighetens fördel. Uppdateringen av prisindexeringsklausulen var förutsedd i det ursprungliga kontraktet. Att uppsägningsklausulen förlängts kunde heller inte anses utgöra en väsentlig förändring eller en snedvridning av konkurrensen, eftersom avtalet slutits på obestämd tid och det inte hade funnits några tecken på att avtalet skulle ha sagts upp.

I målet räknade domstolen upp tre kriterier som var för sig, om de är för handen, talar för att en ändring i ett offentligt kontrakt är betydande.⁶⁶ En ändring kan anses vara betydande om

- i. det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs,
- ii. kontraktets tillämpningsområde utsträcks i väsentlig utsträckning så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller

⁶⁵ Mål C-454/06, *Pressetext*, p. 34.

⁶⁶ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 35-37.

- iii. kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet

3.3.1 Det första kriteriet – nya villkor

Enligt det första kriteriet måste en jämförelse göras mellan de nyinförda villkoren och det ursprungliga kontraktet vid anbudstidens utgång. Härvid måste det för det första avgöras om sådana anbudsgivare som inte haft möjlighet, eller helt enkelt inte önskade att delta i det ursprungliga upphandlingsförfarandet skulle haft en sådan möjlighet eller önskan om de nya villkoren hade införts från början. Hartlev och Wahl Liljenbøl ger exemplet att det i en upphandling ställs ett krav på att leverantören ska kunna uppvisa en bankgaranti som täcker leveransernas värde till 100 %, vilket i efterhand ändras så att det endast krävs att bankgarantin täcker 50 % av värdet. I ett sådant fall skulle det troligen inte kunna uteslutas att kretsen av anbudsgivare skulle ha sett annorlunda ut om kravet på 50 % hade angetts från början. Ett annat exempel vore att det i ett förfrågningsunderlag anges att medlemmarna i ett konsortium ska vara solidariskt ansvariga för att leveranserna genomförs, varpå detta krav slopas för det vinnande konsortiet. Här kan det troligen inte uteslutas att ett ursprungligt villkor om att varje medlem i ett konsortium endast vore ansvarig för sin egen del av leveranserna skulle ha möjliggjort för fler konsortier att delta i upphandlingen.⁶⁷

För det andra måste det avgöras huruvida en annan leverantör skulle kunna ha nått framgång i upphandlingen om det nya villkoret eller villkoren hade funnits med i det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Om ändringen haft en betydande inverkan på vilken leverantör som lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, är den således att anse som väsentlig. En ändring torde dock inte att anses vara väsentlig *enligt det första kriteriet* om den inte påverkat utfallet i upphandlingen eller om det påverkat samtliga leverantörer, även potentiella sådana, på ett likadant sätt. Hartlev och Wahl Linjenbøl påpekar här att det i praktiken nog ofta är svårt, om inte omöjligt, att avgöra huruvida en ändring påverkat utfallet i upphandlingen eftersom den inte kan ”testas” på de ursprungliga anbuden som kanske lämnats långt tillbaka i tiden. Bedömningen blir av den anledningen lätt spekulativ med slutsatser som att *det inte kan uteslutas*, eller att ändringen *kanske skulle ha* möjliggjort att det ursprungliga kontraktet tilldelades någon annan leverantör.⁶⁸

⁶⁷ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 54.

⁶⁸ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 54 f.

3.3.2 Det andra kriteriet – kontraktets tillämpningsområde utsträcks

Det andra kriteriet avser situationer då kontraktets tillämpningsområde utvidgas så att det innefattar tjänster som inte omfattades av det ursprungliga kontraktet. Även om EU-domstolen i *Pressetext* endast nämner tjänster så omfattas med all sannolikhet även varor och byggtreprenader i det andra kriteriet. Vid tiden för den upphandling som var föremål för prövning i målet styrdes nämligen upphandling av varor, tjänster respektive byggtreprenader av separata direktiv, varför domstolen endast hade anledning att tolka bestämmelserna i artikel 11(3)(e) och (f) i det dåvarande tjänstedirektivet.⁶⁹ Numera innefattas varor, tjänster och byggtreprenader i LOU-direktivet, som innehåller liknande bestämmelser i artiklarna 31(2)(b) för varor och 31(4)(a) för tjänster och byggtreprenader.⁷⁰

Om en upphandlande myndighet exempelvis väljer att införskaffa ytterligare varor eller tjänster av samma sort utan att en sådan möjlighet följer av det ursprungliga kontraktet, eller om det rör sig om nya typer av varor eller tjänster, så träffas således den upphandlande myndighetens agerande av det andra kriteriet. Detta förutsätter dock att de nya leveranserna innebär en *väsentlig* utsträckning av det ursprungliga kontraktets tillämpningsområde.⁷¹ Vad som är att anse som en väsentlig utsträckning av kontraktets tillämpningsområde torde bl.a. kunna göras genom att beakta ändringens värde jämfört med värdet av det ursprungliga kontraktet.⁷² I det nya LOU-direktivet 2014/24/EU anges i artikel 72(2) att ändringar som understiger både tröskelvärdena och 10 % av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och 15 % för byggtreprenadkontrakt inte behöver upphandlas på nytt.⁷³

Om utvidgningen av kontraktet ligger inom tillämpningsområdet för det ursprungliga kontraktet och således redan anses ha blivit utsatt för konkurrens, exempelvis genom att möjligheten till den aktuella utvidgningen angetts i förfrågningsunderlaget, torde detta innebära att ändringen inte är att anse som väsentlig enligt det andra kriteriet.⁷⁴

⁶⁹ Dir. 92/50/EEG.

⁷⁰ Dir. 2004/18/EG.

⁷¹ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 36, ”kontraktets tillämpningsområde i *väsentlig* utsträckning utsträcks”.

⁷² Se t.ex. målet C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, avsnitt 4.2.1 nedan, där en ändring vars värde utgjorde dryga 15 % av det ursprungliga kontraktet ansågs som väsentlig, och mål 423/07 *Kommissionen mot Spanien*, där domstolen ansåg att en ändring av ett byggtreprenadkontrakt som utgjorde ca 87 % av det ursprungliga värdet borde ha varit föremål för ny konkurrensutsättning, se p. 31 och 81.

⁷³ Dir. 2014/24/EU, artikel 72(2).

⁷⁴ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 56, med hänvisning till bl.a. Generaladvokat Sharpstons förslag till avgörande i mål C-195/04 *Kommissionen mot Finland*, p. 65-78.

3.3.3 Det tredje kriteriet – den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för leverantören

Exakt vad som avses med begreppet ”den ekonomiska jämvikten” har inte angivits av EU-domstolen, men ett försök att fastställa dess betydelse har gjorts av Hartlev och Wahl Liljenbøl. De avfärdar idén om att det skulle innebära att leverantörens vinst, i ett fall där parterna avtalat om en utökning av leveranserna, inte får öka på så sätt att vederlaget för ytterligare leveranser endast får avse de faktiska kostnadsökningar hos leverantören som uppkommer till följd av utökningen. En rimligare syn vore enligt författarna att anta att den ekonomiska jämvikten inte ändras till förmån för leverantören så länge dennes vinstnivå (procentuellt räknad) förblir densamma, trots att leverantörens vinst räknad i absoluta tal ökar. Om leverantörens vinst utgörs av 5 procent av vad den upphandlande myndigheten betalar bör således 5 procent kunna tas ut som vinst av leverantören också avseende de ytterligare leveranserna utan att den ekonomiska jämvikten ska anses vara förändrad.⁷⁵ Andra exempel på vad som skulle kunna ändra den ekonomiska jämvikten kan vara ändringar vilka underlättar för leverantören att erhålla bonus, eller minskar dennes risk att bli skyldig att betala viten. Enligt Hartlev och Wahl Liljenbøl ska den sammanlagda effekten av kontraktsändringen beaktas vid bedömningen av om det skett en ändring av den ekonomiska jämvikten.⁷⁶

När det konstaterats att en ändring av den ekonomiska jämvikten har ägt rum krävs, för att den ska anses som väsentlig, att den verkar till *förmån* för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet. Situationer där endast den upphandlande myndigheten gynnas av att den ekonomiska jämvikten ändras mellan parterna omfattas alltså inte. Det kan kanske tyckas förvirrande att även större förskjutningar av den ekonomiska jämvikten mellan parterna (till den upphandlande myndighetens fördel) på så sätt skulle kunna hamna utanför definitionen av ”väsentliga ändringar”, men vid närmare eftertanke framstår detta som logiskt. Förbudet mot väsentliga ändringar, liksom upphandlingslagstiftningen i allmänhet, existerar ju för att skydda sådana allmänna intressen som konkurrensen på marknaden och ett effektivt utnyttjande av offentliga medel.⁷⁷ Om den ekonomiska jämvikten skulle förändras till förmån för den upphandlande myndigheten medför det varken att det allmänna eller övriga konkurrenter på marknaden missgynnas, utan endast att den leverantör som tilldelats kontraktet får ökade kostnader. Det är i min mening rimligt att sådana ändringar som inte medför några negativa effekter för skyddsvärda intressen ska vara tillåtna. Om man endast

⁷⁵ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 56 f.

⁷⁶ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 57.

⁷⁷ Se t.ex. Dir. 2004/18/EG beaktandesats 2, och Sundstrand (2010), s. 23.

ser till de rent praktiska aspekterna av frågan anser jag också att nuvarande ordning är lämplig eftersom en ändring som endast gynnar den upphandlande myndigheten ändå inte skulle ha påverkat resultatet av upphandlingen, och det vore då omotiverat att ställa krav på ett nytt upphandlingsförfarande.

Det bör hållas i åtanke att vissa förskjutningar av den ekonomiska jämvikten som vid en första anblick tycks gynna enbart den upphandlande myndigheten troligen kan utgöra väsentliga ändringar om effekten av förskjutningen även innebär ett gynnande av leverantören. Som exempel kan nämnas prissänkningar, vilka typiskt sett endast torde ge beställaren en fördel. Generaladvokat Kokott uttalade i sitt förslag till avgörande i *Presstext* att risken för snedvridning av konkurrensen visserligen är mindre när det gäller prissänkningar än när det gäller prishöjningar, eftersom sänkningen av ersättningen gynnar den upphandlande myndigheten och normalt sett förbättrar dess lönsamhet att genomföra kontraktet. Samtidigt påpekade hon att det inte utan vidare kan uteslutas att även avtal om en lägre ersättning kan ha en snedvridande inverkan på konkurrensen.⁷⁸ Hartlev och Wahl Liljenbøl anger som exempel i detta sammanhang att syftet med en prissänkning kan vara ett försök från leverantören att få den upphandlande myndigheten att avstå från att utnyttja en rätt att säga upp kontraktet. Om den upphandlande myndigheten istället hade sagt upp kontraktet skulle detta kunna konkurrensutsättas på nytt och eventuellt resultera i en större kostnadsbesparing för den upphandlande myndigheten, exempelvis om priset på varan eller tjänsten i fråga gått ned sedan det ursprungliga kontraktet tecknades. I ett sådant fall skulle en prissänkning kunna vara problematisk.⁷⁹

⁷⁸ Generaladvokat Kokotts förslag till avgörande i mål C-454/06 *Presstext*, p. 89-90.

⁷⁹ Hartlev och Wahl Liljenbøl, P.P.L.R. 2013, 2, s. 56.

4 Väsentliga förändringar – typfall

När vi nu sett hur upphandlingsförfarandet går till och på ett mer abstrakt plan utforskat begreppet *väsentlig förändring*, kan det vara lämpligt att sätta detta begrepp i sitt sammanhang och ge exempel på konkreta situationer där väsentliga ändringar ofta riskerar att förekomma. Följande del av detta arbete är därför uppdelat i ett antal avsnitt som vart och ett berör en särskild typ av ändring och hur denna enligt lag, praxis och doktrin ansetts förhålla sig till förbudet mot väsentliga ändringar. Det är naturligtvis omöjligt att tillhandahålla en heltäckande lista av alla typer av ändringar som kan anses vara väsentliga. Denna del får därför förstås som ett försök att sammanfatta vad som gäller för de mest vanliga och omdiskuterade fallen av väsentliga ändringar.

4.1 Prisändringar

I mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*⁸⁰ hade organet med ansvar för kollektivtrafiken i storstadsområdet Rennes (Sitcar) år 1993 beslutat att tilldela en entreprenör ett kontrakt om totalentreprenad avseende tågtrafik. Beslutet grundades på ett tidigare beslut från 1989 och fattades utan något särskilt föregående upphandlingsförfarande, då EU:s upphandlingsdirektiv 93/38 vid den tidpunkten ännu inte trätt i kraft.

Efter upphandlingsdirektivets ikraftträdande skedde emellertid ett återkallande av tilldelningen av det aktuella kontraktet. Därefter togs förhandlingarna upp på nytt och vissa förändringar gjordes i kontraktet varpå ett nytt avtal år 1996 slöts mellan Sitcar och entreprenören. Ändringarna utgjordes bl.a. av en höjning av priset med omkring 10 procent.

Domstolen konstaterade först att direktiv 93/38 inte var tillämpligt på Sitcars val att använda sig av ett förhandlat förfarande utan föregående uppmaning till anbudsgivning, men erinrade sedan om att den upphandlande myndigheten dels återkallat det ursprungliga beslutet, dels fortsatt förhandlingarna med leverantören. Domstolen undersökte därför huruvida dessa fortsatta förhandlingar uppvisat betydande skillnader i förhållande till de förhandlingar som förts tidigare och följaktligen visat på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet. Detta skulle i så fall medföra att det vid tidpunkten för domstolsförfarandet nu tillämpliga upphandlingsdirektivet blev tillämpligt.⁸¹

⁸⁰ Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*.

⁸¹ Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 42-44.

Avseende prisskillnaden mellan de två anbudena påpekade domstolen att prisutvecklingen följt av en exakt tillämpning av den formel för prisöversyn som fanns i det kontraktförslag som parterna kommit överens om år 1993. Denna omständighet utgjorde således snarare ett tecken på kontinuitet i förfarandet än ett bevis för att ett väsentligt villkor i avtalet hade omförhandlats.⁸²

I det ovan behandlade målet *Pressetext* var det bl.a. fråga om en prisändring till följd av att Österrike infört euron som valuta. Prisändringen utgjordes av en konvertering av det ursprungliga priset enligt då gällande regler för omräkning. Priset ändrades emellertid även på så sätt att de belopp som den upphandlande myndigheten hade att erlagga avrundades nedåt, så att de kunde uttryckas i runda tal och således underlätta faktureringen. EU-domstolen konstaterade dels att det rörde sig om ytterst små belopp och att prisjusteringarna grundade sig på en objektiv förklaring, dels att dessa var till nackdel, och inte till fördel, för den som hade tilldelats kontraktet. Prisändringen ansågs mot bakgrund av detta inte utgöra en sådan väsentlig förändring av kontraktet som krävde ett nytt upphandlingsförfarande.⁸³ Det var även fråga om en prisindexeringsklausul som omformulerades i enlighet med vad som från början avtalats mellan parterna, närmare bestämt genom att konsumentprisindex för 1986 ersattes med konsumentprisindex för 1996. Detta ansågs inte heller utgöra en väsentlig förändring.⁸⁴

I *Pressetext* tog EU-domstolen avseende prisindexeringsklausulen hänsyn till att en ändring av denna hade förutsetts i det ursprungliga avtalet, varför ändringen i enlighet med vad som uttalats i mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* inte skulle anses vara väsentlig. Avrundningen av beloppen hade däremot av förklarliga skäl inte förutsetts, men godtogs trots detta av domstolen. Det synes alltså inte vara ett absolut krav att en möjlighet till prisändring förutsetts i det ursprungliga avtalet, utan även andra faktorer kan beaktas såsom det faktum att prisändringen är ytterst liten och att det finns en objektiv förklaring till ändringen. Mot denna bakgrund är Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål 6952-12 intressant, eftersom den ger uttryck för en sträng bedömning av när en prisändring är att anse som en väsentlig förändring av kontraktet. Målet rörde ett ramavtal som upphandlats av Trelleborgs kommun, och som blev föremål för flera överprövningar. Dessa överprövningar medförde en försening av kontraktstecknandet, och som en följd av detta höjdes på grund av kostnadsökningar hos de utvalda leverantörerna även det pris som

⁸² Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, p. 53.

⁸³ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 63.

⁸⁴ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 70.

kommunen skulle betala för tjänsterna. Av de tre leverantörer som tilldelats ramavtal valde en av dessa att inleda ännu en överprövning och menade att kommunen genomfört en otillåten direktupphandling genom att bl.a. priset ändrats. Ändringarna innebar en ökning av priserna på mellan 2,73–5,52 procent. I förfrågningsunderlaget fanns en klausul som tillät en justering av priset enligt en indexuppräknning, där det dock angavs att denna inte skulle tillämpas under de första två åren. Kammarrätten, där ett kammarrättsråd var skiljaktigt, ansåg att prisändringen var väsentlig och att ett nytt upphandlingsförfarande borde ha genomförts. Domstolen tycks vid sin bedömning inte ha tagit hänsyn till storleken på prisändringen utan främst fokuserat på att det inte funnits stöd i förfrågningsunderlaget för de aktuella prishöjningarna.⁸⁵

En slutsats som kan dras är att upphandlande myndigheter i avsaknad av en klar och tydlig prisändringsklausul i det ursprungliga avtalet bör vara ytterst försiktiga med att förändra priset till leverantörens fördel, även i fall då det rör sig om relativt små ändringar som till synes har en objektiv förklaring. Även om det i enlighet med *Presstext* torde vara möjligt att göra mindre ändringar trots att dessa inte förutsetts i förfrågningsunderlaget är det oklart hur stora dessa får vara för att accepteras vid en överprövning. En upphandlande myndighet som önskar ta höjd för framtida kostnadsökningar gör alltså bäst i att inkludera en prisändringsklausul, förslagsvis i form av en indexklausul, redan i förfrågningsunderlaget och tillämpa denna för att beräkna den eventuella prishöjningen. Prisändringar som grundar sig på mer generella omförhandlingsklausuler där det exempelvis anges att parterna har rätt att omförhandla priset en gång per år, eller att leverantören vid kostnadsökningar hos denne har rätt att påkalla prisjusteringsförhandlingar torde, i avsaknad av en formel som anger hur priset ska beräknas, inte uppfylla kravet på klarhet och tydlighet.⁸⁶

I det nya LOU-direktivet 2014/24/EU anges uttryckligen i artikel 72(1)(a) att prisändringsklausuler är tillåtna, om de är klara, exakta och tydliga samt anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Prisändringen får heller inte medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras. Denna bestämmelse tycks utgöra en kodifiering av EU-domstolens praxis och ligger enligt min uppfattning i linje med vad som sagts under detta avsnitt.

⁸⁵ Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12. Avgörandet har kritiserats för att vara alltför strängt, se Larsberger och Lavér, *Dom ställer nya krav på avtal*, Upphandling24, 2013-04-22.

⁸⁶ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 589. Jfr även Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 30512-13, där en sådan prisjusteringsklausul underkändes av domstolen. Prisändringen, tillsammans med ett antal andra ändringar som vidtagits med stöd av ytterligare en omförhandlingsklausul, ansågs utgöra en otillåten direktupphandling. En upphandlingsskadeavgift om 3 MKR utdömdes.

4.2 Förändringar av kontraktets omfattning

4.2.1 Förändring av kontraktets föremål

Förändringar av kontraktets föremål torde, i enlighet med *Pressetext*, som huvudregel vara otillåtna. Ett uppenbart exempel vore att en upphandling som avser inköp av bilar ändras till att i stället avse inköp av bussar. Vid en sådan ändring av kontraktets föremål införs dels villkor som skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra (i vart fall potentiella) anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes, dels utsträcks kontraktets tillämpningsområde i väsentlig mån så att det även omfattar tjänster (eller i detta fall varor) som inte först avsågs.⁸⁷

Vad som nu sagts gäller inte endast för sådana situationer då kontraktets föremål ändras på så sätt att en tidigare avtalad leverans eller vara avbeställs och ersätts med en ny, utan även för *utvidgningar* av kontraktets föremål. I målet C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland* hade ett offentligt kontrakt utvidgats från att avse endast sjuktransporter inom förbundslandet Niedersachsen till att även omfatta driften av en ambulansstation, utan att en ny upphandling genomförts.⁸⁸ Kontraktets värde ökade därmed från den ursprungliga summan 4,45 miljoner Euro med ca 674 000 Euro, dvs. en ökning med dryga 15 %.⁸⁹ EU-domstolen ansåg, föga förvånande, att denna utvidgning av kontraktets föremål utgjorde en väsentlig förändring.⁹⁰

Mindre ändringar till följd av den tekniska utveckling som skett under tiden som en upphandling pågått har godtagits av EU-domstolen. Det ovan behandlade målet C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* rörde, förutom en prisändring, även en ändring i form av att tekniken hos den utrustning som var föremål för kontraktet uppgraderades. Domstolen fann att den uppgradering av teknik som skett mellan de två anbuden betingats av materielutvecklingen mellan åren 1993 och 1996 och att den medfört en ändring som varit helt och hållet marginell. Att parterna under ett förhandlat förfarande beaktat den tekniska utveckling som skett under förhandlingarnas gång medförde inte att det förekommit en omförhandling av väsentliga villkor i avtalet.⁹¹

Sammanfattningsvis kan konstateras att möjligheterna att ändra eller utvidga kontraktets föremål efter kontraktstilldelning är mycket begränsade, och ändringen löper

⁸⁷ Jfr. mål C-454/06 *Pressetext*, p. 35-36.

⁸⁸ Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*.

⁸⁹ Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 32 och 100.

⁹⁰ Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 98-101.

⁹¹ Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, p. 51 och 57.

stor risk att betraktas som ett nytt avtal. Vissa möjligheter till direktupphandling finns då det rör sig om ytterst små förändringar som grundar sig på objektiva förklaringar, exempelvis den tekniska utveckling som skett mellan kontraktstilldelningen och ändringen, eller då ett undantag i 4 kap. LOU är tillämpligt. I övriga fall gör den upphandlande myndigheten alltså bäst i att tänka långsiktigt och planera inför framtida behov redan innan den ursprungliga upphandlingen genomförs. För sådana behov som den upphandlande myndigheten inte säkert kan avgöra om de kommer att bli aktuella kan exempelvis optioner användas, vilka kan utnyttjas vid behov. Vissa ändringar skulle dock kunna betraktas som väsentliga även om de baseras på optionsklausuler, exempelvis om de efterföljande utökningarna av kontraktsföremålet väsentligen utökar ett uppdrags omfattning eller avser helt andra varor eller tjänster. Arrowsmith ger exemplet att det ursprungliga kontraktet omfattar ett köp av 10 maskiner med en option om köp av ytterligare 50 maskiner. I ett sådant fall torde det ytterligare köpet anses utgöra en väsentlig förändring oavsett om detta ingått i optionsklausulen, eftersom det ytterligare köpet är mycket större än det ursprungliga.⁹²

Avslutningsvis kan tilläggas att det i det nya LOU-direktivet 2014/24/EU kommer att införas en möjlighet till s.k. innovationspartnerskap, vilket är en ny upphandlingsform som kan tillämpas då en upphandlande myndighet har identifierat ett behov av en innovativ vara, tjänst eller byggtreprenad som inte kan tillgodoses genom inköp av produkter som redan finns tillgängliga på marknaden. Den upphandlande myndigheten ska då kunna ingå ”långsiktiga innovationspartnerskap” för utveckling och efterföljande köp av nya, innovativa produkter, utan att det behövs ett separat upphandlingsförfarande för köpet.⁹³ Det återstår att se i vilken utsträckning som upphandlande myndigheter kommer att använda sig av denna möjlighet.

4.2.2 Förlängning av kontraktstiden

En förlängning av ett offentligt kontrakt torde principiellt sett inte kräva ett nytt upphandlingsförfarande, så länge som förlängningen baseras på en tydlig förlängningsklausul som finns med i det ursprungliga kontraktet och att kontraktet inte genom förlängningen tidsbestäms till en alltför lång period. I *Pressetext* var det fråga om ett kontrakt som ingåtts på obestämd tid, vilket enligt EU-domstolen inte var förbjudet enligt upphandlingslagstiftningen. Det kunde heller inte anses vara otillåtet att i kontraktet ha med en klausul som förpliktade parterna att under en viss tid säga upp ett sådant kontrakt.

⁹² Arrowsmith, a.a. s. 588 f.

⁹³ Se direktiv 2014/24/EU artikel 31, samt dess beaktandesats 49.

Domstolen tycks ha fäst vikt dels vid att kontraktet efter utgången av klausulen om avstående från uppsägning när som helst hade kunnat sägas upp, dels vid att avståendeklausulen inte systematiskt återinförts i kontraktet.⁹⁴

Enligt Arrowsmith kan branschpraxis troligen ha betydelse för hur en förlängning av kontraktstiden ska betraktas. Som exempel anger hon att det inom försäkrings- och revisionsbranschen är vanligt att förlänga avtal genom i förväg avtalade förlängningsklausuler, och att det vore osannolikt att upphandlingsdirektiven skulle vara avsedda att motarbeta den sedvänja som uppstått på detta område. Troligen skulle enligt Arrowsmith förlängningar kunna anses utgöra en del av det ursprungliga kontraktet även om dessa upprepades i flera år avseende ett kontrakt som ursprungligen gällt för endast ett år. Som en förutsättning anger hon dock att möjligheten till förlängning angivits i förfrågningsunderlaget och att det rör sig om en rimlig tidsperiod under vilken kontraktet förlängs. Ytterligare omständigheter som enligt Arrowsmith torde beaktas är exempelvis vilka kostnader och olägenheter som ett byte av leverantör skulle medföra.⁹⁵

Arrowsmith lägger inte fram något stöd för att branschpraxis skulle ha betydelse för vad som ska anses utgöra en väsentlig förändring, även om detta antagande i och för sig kan framstå som rimligt ur en ändamålssynpunkt. I en bransch där så gott som alla aktörer är införstådda med att kontrakt regelbundet förlängs spelar ju alla leverantörer så att säga på lika villkor vid den ursprungliga konkurrensutsättningen. Det vore även, som Arrowsmith påpekar, märkligt om upphandlingsreglerna skulle få effekten att sedvanerätt som gällt under lång tid omkullkastas.

Man kan dock fråga sig vad som gäller i de fall då branschpraxis skiljer sig åt mellan olika medlemsstater. Icke-diskriminering utgör ju en av upphandlingsrättens grundläggande principer, och tanken är att upphandlingar ska kunna locka till sig leverantörer från hela EU. Är det då branschpraxis i det land där den upphandlande myndigheten verkar som ska tjäna till ledning för vilka bedömningsstandarder som ska användas, riktlinjerna i det land där den övervägande delen av leverantörerna har sitt säte, eller något annat? Ett område som i Sverige till stor del är reglerat genom branschpraxis är bygg- och entreprenadsektorn. Ändringar i sådana kontrakt regleras av de bestämmelser om s.k. ÄTA-arbeten som finns i standardavtalen AB 04 och ABT 06. Då det rör sig om upphandling av entreprenadarbeten blir samtidigt upphandlingsreglerna och bestämmelserna om väsentliga ändringar

⁹⁴ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 74-79.

⁹⁵ Arrowsmith, a.a. s. 589.

tillämpliga, varför förhållandet mellan dessa båda regelverk kommer att undersökas närmare i följande avsnitt.

4.2.3 ÄTA-arbeten

Som ovan nämnts regleras många ändringar som görs i entreprenader av de bestämmelser om s.k. ÄTA-arbeten som finns i standardavtalen AB 04 och ABT 06. ÄTA står för **Ä**ndringsarbete, **T**illäggsarbete som står i omedelbart samband med kontraksarbetena och som inte är av väsentligt annan natur än dessa, samt **A**vgående arbete.⁹⁶ *Ändringsarbete* innebär att beställaren under pågående produktion vill ändra någonting i de tekniska lösningar som ska utföras, så att ett visst arbete avgår och ska kostnadsregleras mellan parterna samtidigt som ett annat arbete tillkommer vilket även det ska kostnadsregleras mellan parterna. *Tilläggsarbete* innebär en förändring som innebär att ett visst arbete tillkommer, men utan att ett visst föreskrivet arbete avgår, och *avgående* arbete innebär att beställaren avbeställer ett visst arbete för att han inte längre vill få det utfört och utan att ersätta det med något annat.⁹⁷

Vid entreprenadarbeten kan det ofta finnas vissa osäkra aspekter rörande uppdraget som gör det svårt att i det ursprungliga avtalet reglera alla frågor som kan uppkomma under arbetets gång. Liman tar som exempel på detta upp markförhållandena på platsen där arbetet ska utföras, som i verkligheten kan visa sig avvika från vad som på basis av stickprovsinformation har angetts i förfrågningsunderlaget, eller väderförhållandena vid tidpunkten då arbetet ska utföras.⁹⁸ Det säger sig självt att om exempelvis marktemperaturen blir avsevärt mycket lägre än vad som förutsetts vid kontraktssingåendet kan detta medföra ökade kostnader och resultera i att arbetet tar längre tid än beräknat. Enligt Hane kan det som regel förutsättas att ÄTA-arbeten kommer att behöva beställas, dock inte vilka ÄTA-arbeten det kommer att röra sig om eller när de kommer att beställas.⁹⁹

AB 04 och ABT 06 innehåller ett omfattande regelverk avsett att hantera dylika situationer. Enligt detta har entreprenören både en rättighet och en skyldighet att utföra ÄTA-arbeten som föreskrivs av beställaren såvida inte annat följer av författning, se 2 kap. 3 § AB 04 och

⁹⁶ Se begreppsbestämningarna till AB 04.

⁹⁷ Hane, John, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*, JP Infonet 2012-02-21.

⁹⁸ Liman, *Entreprenad- och konsulträtt*, s. 85.

⁹⁹ Hane, John, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*, JP Infonet 2012-02-21. Det är enligt min uppfattning missvisande att säga att alla ÄTA-arbeten utgör en och samma tekniska helhet som kontraksarbetena. Påståendet kan nog sägas vara riktigt vad avser tilläggsarbeten, men inte lika självklart avseende ändringsarbeten och avgående arbeten, se min diskussion strax nedan.

ABT 06. Bestämmelserna i LOU har alltså företräde om en konflikt mellan denna och 2 kap. 3 § AB 04 och ABT 06 skulle uppkomma. Så kan bli fallet om ett visst arbete både uppfyller kriterierna för vad som utgör ett ÄTA-arbete och samtidigt ska anses utgöra ett sådant avtal som kräver ett nytt upphandlingsförfarande enligt LOU. I ett sådant fall har entreprenören varken en rättighet eller en skyldighet att utföra ÄTA-arbeten utan detta avgörs genom upphandlingsförfarandet. LOU:s företräde följer naturligtvis redan av att den utgör tvingande lagstiftning till skillnad från AB 04 och ABT 06 som utgör avtal. Företrädesregeln i 2 kap. 3 § torde enligt min uppfattning ändå kunna ha betydelse eftersom den även förhindrar att entreprenörens rättighet och skyldighet att utföra arbetena görs gällande civilrättsligt (exempelvis genom att skadestånd utkrävs) i de fall annat följer av LOU. Så hade troligtvis inte varit fallet annars i och med att LOU endast utgör en procedurlagstiftning som inte påverkar parternas förhållande sinsemellan.

För att avgöra om ett visst ÄTA-arbete är att anse som ett nytt avtal som kräver en ny konkurrensutsättning, måste den upphandlande myndighet i likhet med vad som gäller för övriga utvidgningar av kontraktets omfattning ta ledning av *Pressetext-testet* och övrig EU-rättslig praxis. Härvid måste alltså bedömas huruvida de nya arbetena, om de hade ingått redan i det ursprungliga kontraktet, hade gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än de som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs, om kontraktets tillämpningsområde till följd av de nya arbetena utsträcks i väsentlig utsträckning så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån till den entreprenör som tilldelats kontraktet.¹⁰⁰ Det är naturligtvis svårt att uttala sig om huruvida ÄTA-arbeten typiskt sett faller in under *Pressetext-testet* eftersom sådana arbeten kan vara av varierande karaktär, men enligt min uppfattning förefaller det vara troligt att ändrings- och tilläggsarbeten i de allra flesta tänkbara fall innebär en utsträckning av kontraktets tillämpningsområde så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. Vad som utgör en ändring i samband med ett avgående arbete får sannolikt bedömas genom en jämförelse av å ena sidan det ursprungliga avtalet och å andra sidan det ursprungliga avtalet minus de avgående arbetena. I de fall kontraktets ekonomiska jämvikt till följd av de avgående arbetena ändras till förmån för entreprenören torde som utgångspunkt en ny upphandling krävas.

Trots att ett ÄTA-arbete utgör en väsentlig förändring enligt *Pressetext-testet* är det ändå inte säkert att detta måste anses utgöra en otillåten direktupphandling. I 4 kap. 8 § p. 1

¹⁰⁰ Mål C-454/06 *Pressetext*, p. 35-37.

LOU finns en undantagsbestämmelse som ger en upphandlande myndighet rätt att direktupphandla ”kompletterande byggtreprenader eller tjänster” vars värde inte överstiger 50 % av det ursprungliga kontraktets värde och som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om

- i) kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och, under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, de antingen
 - a) inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller
 - b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.

Att de tillkomna omständigheterna ska ha varit oförutsedda innebär enligt Rosén Andersson m.fl. att den upphandlande myndigheten ska ha saknat möjlighet att beakta dem i den ursprungliga upphandlingen, samt att de inte ska bero på den upphandlade myndigheten själv.¹⁰¹ Vidare måste enligt det första kriteriet kompletteringarna krävas för att kontraktet ska kunna fullgöras. Kompletteringar som endast förbättrar eller effektiviserar det ursprungliga projektet faller alltså inte in under undantaget.¹⁰²

Utöver att det måste röra sig om oförutsedda omständigheter måste även något av de alternativa kriterierna i a) eller b) vara uppfyllt. Kompletteringar som inte utan att stora tekniska eller ekonomiska olägenheter uppstår för den upphandlande myndigheten exemplifieras av Rosén Andersson m.fl. och Arrowsmith med byggarbeten som måste utökas på en byggarbetsplats där en kontrakterad entreprenör alltjämt utför de ursprungliga byggarbetena och där denna entreprenör inte utan stora olägenheter kan förflyttas eller ersättas. Avseende sådana ”absolut nödvändiga” kompletteringar som avses i b) ges exemplet att det uppstår avgörande behov av förändringar i utförd byggnation som visserligen skulle kunna avskiljas från det ursprungliga kontraktet men som av säkerhetsskäl inte motiverar utförande av annan än den befintliga entreprenören. Om en absolut nödvändighet enligt b) föreligger krävs alltså inte att myndigheten visar på en ”stor olägenhet” såsom i a).¹⁰³

¹⁰¹ Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 239.

¹⁰² Rosén Andersson m.fl, a.a. s. 239 f.

¹⁰³ Rosén Andersson m.fl, a.a. s.240 och Arrowsmith, a.a. s. 1078.

Att värdet av de kompletterande byggentreprenaderna inte får överstiga 50 % av det ursprungliga kontraktets värde tycks vidare vara en absolut förutsättning. Överstigs denna tröskel synes lagtexten inte lämna något utrymme att direktupphandla de aktuella byggentreprenaderna eller tjänsterna. Denna ordning torde enligt min uppfattning vara problematisk i vissa fall. Antag t.ex. att det rör sig om en kompletterande byggentreprenad som faller in under undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU, och vars värde på goda grunder har beräknats uppgå till 40 % av det ursprungliga kontraktets värde. Den upphandlande myndigheten väljer då att direktupphandla arbetet, eller som det uttrycks i LOU, använda det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering och låter den ursprungliga leverantören utföra kompletteringen. När arbetet nästan är färdigställt visar det sig dock att kostanden för detta till följd av omständigheter som var omöjliga att förutse vid kompletterings påbörjande i själva verket uppgår till 55 % av det ursprungliga kontraktets värde. Den upphandlande myndigheten försätts då i en svår situation, eftersom kompletteringen sannolikt utgör en väsentlig förändring och nu helt plötsligt inte längre undantas från upphandlingsskyldigheten. Den upphandlande myndigheten har alltså till följd av kompletterings ökade värde genomfört en otillåten direktupphandling, trots att ökningen av värdet inte kunde förutses från början. Denna konsekvens framstår som mindre lämplig, eftersom följden blir att en upphandlande myndighet alltid tvingas räkna med att till synes tillåtna kompletteringar som ligger nära gränsen om 50 % i värsta fall kan ”förvandlas” till otillåtna direktupphandlingar under arbetets gång. Enligt mig vore det rimligare att, istället för att tillämpa en absolut gräns om 50 %, tillåta sådana kompletteringar som enligt vad en normalt omsorgsfull upphandlande myndighet hade kunnat förutse understiger 50 % av det ursprungliga kontraktets värde.

Praxis avseende undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU är knapp. Konkurrensverket hade dock i ett ärende från 2010 anledning att tolka kriteriet rörande ”oförutsedda omständigheter”.¹⁰⁴ Sundsvall Arena hade upphandlat ett byggentreprenadprojekt avseende Himlabadet i Sundsvall. Sundsvall Arena hade i samband med entreprenaden gjort vissa kompletterande beställningar varav de mest kostsamma avsåg utförandet av en surfanläggning, förlängning av rutschkana och en ny hiss med höjning av rutschkanetorn. Därutöver utfördes runt 700 ändringar till förhållandevis mindre belopp. Med anledning av de kompletterande beställningarna ökade det s.k. riktpriiset för entreprenaden från ca 210 mkr till 356,7 mkr, dvs. med ca 59 %. Enligt Sundsvall Arena var det omöjligt att frigöra de tre största ändringarna till en ny upphandling. Förlängningen av rutschkanan kunde inte köpas av en

¹⁰⁴ Konkurrensverkets beslut av den 6 december 2010, dnr. 582/2010.

annan leverantör eftersom denna då inte skulle passa rent tekniskt. Höjningen av rutschkanetornet och surfanläggningen var likaså omöjliga att urskilja från det ursprungliga kontraktet. Konkurrensverket godtog inte denna förklaring och påpekade att det faktum att tilläggsarbetena inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter kunnat skiljas från det ursprungliga kontraktet inte varit tillräckligt för att den ursprungliga leverantören skulle kunna anses vara den som måste utföra tilläggsarbetena. Det hade dessutom krävts att det varit fråga om oförutsedda omständigheter som blivit nödvändiga för arbetets slutförande. Detta hade Sundsvall Arena varken visat eller åberopat, utan tilläggsbeställningarna var enligt Konkurrensverket snarare att hänföra till bristande planering och/eller senare tillkomna önskemål avseende badhusets attraktioner. Således var det fråga om otillåtna direktupphandlingar.

Det kan hållas i åtanke att det var fråga om ett beslut från Konkurrensverket och således inte ett domstolsavgörande med någon egentlig prejudicerande verkan. Verkets bedömning av att Sundsvall Arenas kompletteringar inte föll under 4 kap. 8 § p. 1 LOU framstår dock som rimlig, dels med hänsyn till att omständigheterna inte tycks ha varit oförutsedda, i vart fall inte på ett sätt som den upphandlande myndigheten inte själv kunnat påverka, dels på grund av att det rörde sig om en höjning med 59 % av det ursprungliga priset. Mig veterligen finns i övrigt inte någon domstolspraxis som klargör förhållandet mellan standardavtalens ÄTA-arbeten och undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU. Genom att jämföra vad som anges i de relevanta bestämmelserna kan dock vissa slutsatser dras.

Då LOU:s undantag härrör ur EU-rätten, till skillnad från standardavtalens bestämmelser som ger uttryck för en sedan länge etablerad svensk branschpraxis¹⁰⁵ är det visserligen föga troligt att det funnits någon avsikt att gränserna för vad som utgör ÄTA-arbeten enligt AB 04 och ABT 06 å ena sidan och gränserna för undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU å andra sidan skulle vara identiska. Samtidigt överlappar definitionerna troligen ofta i praktiken med varandra.

En förutsättning för att ett *tilläggsarbete* enligt AB 04 och ABT 06 ska föreligga är som ovan nämnts att ett ”omedelbart samband” ska föreligga mellan detta och kontraktsarbetena. Detta bör enligt Hedberg tolkas som att tilläggsarbetena ska vara så nära förknippade med kontraktsarbetena att de tillsammans utgör en ”teknisk helhet”.¹⁰⁶ Med anledning av att tilläggsarbeten definitionsmässigt utgör en och samma tekniska helhet som

¹⁰⁵ Se t.ex. Hedberg, *Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09*, s 15 ff.

¹⁰⁶ Hedberg, a.a. s. 43.

kontraktsarbetena finns det enligt Hane oftast inte någon faktisk möjlighet att konkurrensutsätta dem, då de utgör en integrerad del av en entreprenad.¹⁰⁷ Det vore enligt min uppfattning svårt att tänka sig ett tilläggsarbete som utgör en teknisk helhet med kontraktsarbetena, men som utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller som inte vore absolut nödvändigt för att kontraktet ska kunna fullföljas. I regel torde det därför vara så att oförutsedda arbeten som rätteligen är att anse som tilläggsarbeten enligt AB 04 och ABT 06 även är möjliga att direktupphandla, förutsatt att de inte överstiger 50 % av det ursprungliga kontraktets värde.

Vad gäller *ändringsarbeten* finns i AB 04 och ABT 06 inte samma uttryckliga krav på att ett omedelbart samband med kontraktsarbetena ska föreligga. Här torde det alltså inte vara lika lätt att konstatera att arbetena ligger inom den gräns för vad som är tillåtet enligt LOU:s bestämmelser, utan en bedömning får göras från fall till fall. Det kan dock konstateras att om ändringsarbetena föranleds av en situation av sådant slag som angavs i inledningen till detta avsnitt, exempelvis förändrade väderförhållanden eller om det visar sig att markförhållandena avviker från vad man tidigare trott, torde detta utgöra sådana oförutsedda omständigheter som täcks av 4 kap. 8 § p. 1 LOU. Om arbetena krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, kräver ändringsarbetena inte något nytt upphandlingsförfarande.

Avgående arbeten synes slutligen svåra att få in under undantaget i 4 kap. 8 § p. 1 LOU. Ett avgående arbete innebär att beställaren avbeställer ett arbete, vilket framstår som oförenligt med undantagets krav på att det ska röra sig om en ”kompletterande byggentreprenad”.

Det den upphandlande myndigheten skulle kunna göra för att undvika att ÄTA-arbeten blir att anse som väsentliga ändringar är att ta höjd för dessa i förfrågningsunderlaget, exempelvis genom att införa optionsklausuler som kan utnyttjas för det fall ÄTA-arbeten skulle komma att bli aktuella.¹⁰⁸ En svårighet blir dock att dessa optionsklausuler på ett tydligt och förutsebart sätt måste kunna täcka in de faktiska ÄTA-arbeten som sedan utförs. Det följer som tidigare nämnts av principen om öppenhet att förfrågningsunderlaget ska var klart och tydligt samt innehålla alla krav avseende det som ska upphandlas.¹⁰⁹ Samtidigt ligger det ju som redan nämnts i sakens natur att det kan vara svårt att vid

¹⁰⁷ Hane, John, *Direktupphandling av ÄTA-arbeten enligt LOU – analys*, JP Infonet 2012-02-21.

¹⁰⁸ En följd av att inkludera optioner i förfrågningsunderlaget blir att kontraktsvärdet kommer att beräknas som om samtliga optioner utnyttjas; det är nämligen det högsta värdet som ett kontrakt kan uppgå till som ska läggas till grund för beräkningen. Det samma gäller för förlägningsklausuler, se 3 kap. 3 § LOU. Se även Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3214-08.

¹⁰⁹ Se avsnitt 2.3.2 ovan.

utarbetandet av förfrågningsunderlaget förutse vilka typer av ÄTA-arbeten som kommer att behöva utföras. Mot bakgrund av det i AB 04 och ABT 06 finns en tydlig reglering avseende ÄTA-arbeten kan det möjligen, i enlighet med Arrowsmiths resonemang om branschpraxis, gå att argumentera för att bedömningen av vad som ska anses utgöra en klar, exakt och entydig ändringsklausul eller option bör vara mer tillåtande än vid andra typer av kontrakt.¹¹⁰ Här kan även påpekas att även om AB 04 och ABT 06 ger uttryck för svensk branschpraxis tycks även internationella standardavtal innehålla snarlika regler, åtminstone vad avser ÄTA-arbeten.¹¹¹ Att det finns en internationell sedvänja som medger att ÄTA-arbeten utförs utan att de exakt definierats på förhand skulle kunna ge mer tyngd åt argumentet att ändringsklausuler och optioner på entreprenadområdet bör kunna tolkas välvilligt. Bergqvist m.fl. ger rådet att vid annonsering av entreprenadupphandlingar skriva in att ”ÄTA-arbeten kan förekomma i tillägg till kontraktssumman”.¹¹² Jag ställer mig dock tveksam till att en sådan generell skrivning även vid en välvillig tolkning kan betraktas som tillräckligt klar, exakt och entydig för att en skyldighet till ny konkurrensutsättning skulle kunna undvikas.

4.3 Ändringar av betalningsmetoder

I målet *Succhi di Frutta* hade Kommissionen beslutat att inleda ett anbudsförfarande avseende kostnadsfria leveranser av fruktsaft och fruktsylt till befolkningen i bl.a. Armenien och Azerbajdzjan. Olika leverantörer skulle därvid förse kommissionen med saft och sylt för vidareleverans till de berörda länderna och i gengäld få tillbaka äpplen och apelsiner. Det visade sig sedermera att det inte fanns tillräckligt med äpplen för att ersätta leverantörerna, varför kommissionen, efter att tilldelningsbeslut fattats, i stället beslutade att betala tillbaka i persikor. Den nya betalningsmetoden gällde dock endast för vissa leverantörer, som angett att de var beredda att motta betalning i persikor.

EU-domstolen uttalade att en upphandlande myndighet inte får ändra anbudsförfarandets allmänna struktur, genom att ensidigt ändra en bestämmelse som, om den hade förekommit i anbudsinfördran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda bud.¹¹³ Ett sådant tillvägagångssätt skulle nämligen medföra ett åsidosättande av principerna om öppenhet och likabehandling, eftersom det inte längre

¹¹⁰ Se Arrowsmith, a.a. s. 589 och diskussionen i föregående avsnitt.

¹¹¹ Se Bergqvist m.fl. *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, s. 72, med hänvisning till 13 kap. FIDIC (Fédération International des Ingénieurs-Conseils) Conditions of Contract for Construction – for building and engineering works designed by the employer (Red Book), samt FIDIC:s standardavtal för utförandeentreprenader (Yellow Book).

¹¹² Bergqvist m.fl. a.a. s. 76.

¹¹³ Mål C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p. 116.

skulle finnas en garanti för att anbudsvillkoren tillämpades enhetligt eller att förfarandet var objektivt.¹¹⁴ Om den upphandlande myndigheten vill kunna ändra vissa villkor för anbudsförfarandet efter att tilldelningsbeslut har fattats, är den enligt EU-domstolen skyldig att uttryckligen ange att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor. Detta måste göras redan i förfrågningsunderlaget så att samtliga företag som kan tänkas vilja delta i upphandlingen får kännedom om detta från början och således behandlas lika vid utformandet av sina anbud.¹¹⁵

4.4 Partsbyte på leverantörssidan

I målet *Pressetext* uttalade EU-domstolen att om den upphandlande myndighetens medkontrahent ersätts med en ny ska detta i regel anses utgöra en ändring av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet, såvida bytet inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.¹¹⁶ I det aktuella målet hade den ursprungliga leverantören APA överlåtit kontraktet med Republiken Österrike till sitt dotterbolag APA-OTS. EU-domstolen drog slutsatsen att det inte var fråga om en väsentlig förändring av kontraktet, trots att bytet inte föreskrivits i det ursprungliga kontraktet. Domstolen fäste vikt vid att APA-OTS ägdes till 100% av APA, att APA hade rätt att ge instruktioner till APA-OTS, att det mellan de två företagen fanns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster som APA svarade för, samt att en behörig firmatecknare för APA hade försäkrat den upphandlande myndigheten om att APA efter övergången svarade solidariskt med APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring vad gällde tjänsten i dess helhet. Sammanfattningsvis rörde det sig om en intern omorganisation, som inte medförde någon väsentlig förändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.¹¹⁷

EU-domstolen redogjorde visserligen för de omständigheter som hade betydelse för bedömningen av om partsbytet utgjorde en tillåten intern omorganisation, men det framgår inte huruvida alla dessa omständigheter måste föreligga, eller om det räcker med att endast någon eller ett par av dem är för handen.

Det finns vissa indikationer på att möjligheten till leverantörsbyte kommer att utökas i och med ikraftträdandet av det nya LOU-direktivet. I dess artikel 72 stadgas nämligen följande:

Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall: [...] d) Om den entreprenör som den upphandlande

¹¹⁴ Mål C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p. 121.

¹¹⁵ Mål C-496/99 P, *Succhi di Frutta*, p. 118.

¹¹⁶ Mål C-454/06 *Pressetext* p. 40.

¹¹⁷ Mål C-454/06 *Pressetext* p. 44-45.

myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, till följd av [...] ii) att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts 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

Det är inte helt tydligt hur bestämmelsen är ämnad att läsas. Klart är i alla fall att byte av leverantör genom uppköp, sammanslagningar och förvärv som sker till följd av ”företagsomstruktureringar” inte kommer att kräva ett nytt upphandlingsförfarande. En möjlig tolkning är att det med ”företagsomstruktureringar” endast avses sådana ”interna omorganisationer” vilka berördes av EU-domstolen i Presstextmålet. I så fall torde bestämmelsen inte innebära något nytt eftersom exempelvis uppköp av eller sammanslagning med en tredje part då sannolikt inte omfattas (då sådana inte torde utgöra *interna* omorganisationer). En annan, i min uppfattning mer tillåtande tolkning, är att företagsomstruktureringar utgör ett samlingsbegrepp för ”uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens” oavsett om dessa sker ”internt” eller inte. Beaktandesats 110 i det nya direktivet ger enligt min uppfattning stöd åt den sistnämnda tolkningen, eftersom det i uppräknningen av vad som kan utgöra tillåtna strukturella förändringar hos en leverantör uttalas ”exempelvis rent interna omorganisationer, uppköp, sammanslagningar och förvärv eller insolvens”. ”Uppköp, sammanslagningar, förvärv och insolvens” nämns alltså här vid sidan av interna omorganisationer, samtliga som exempel på strukturella förändringar. Detta torde alltså kunna innebära att interna omorganisationer efter det nya direktivets införande endast utgör ett av flera exempel på situationer där ett leverantörsbyte inte ska anses utgöra en väsentlig förändring, vilket vore en utökning jämfört med idag då endast interna omorganisationer har uttalats vara tillåtna enligt EU-domstolen.

Det kan nämnas att vissa *tillfälliga* leverantörsbyten, vilka sker till följd av oförutsedda omständigheter som exempelvis insolvens eller konkurs hos den ursprungliga leverantören, redan idag är tillåtna. Den upphandlande myndigheten får nämligen göra täckningsköp utan att följa upphandlingsreglerna, under förutsättning att dessa köp inte förekommer under en längre tid än som följer av det ursprungliga kontraktet, eller den tid som det skulle ta för den upphandlande myndigheten att genomföra ett nytt upphandlingsförfarande.¹¹⁸

¹¹⁸ Poulsen m.fl, *Public Procurement Law*, s. 242.

4.4.1 Leverantörsbyten som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet

En fråga är huruvida det faktum att ett leverantörsbyte föreskrivits redan i det ursprungliga kontraktet som regel ska medföra en möjlighet till byte av leverantör utan att någon upphandlingsskyldighet uppkommer. EU-domstolens ovannämnda uttalande i *Presstext* kan vid en första anblick ge sken av att så skulle vara fallet. Här uttalades att "[leverantörsbyte] ska i regel anses utgöra en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet i fråga, såvida inte detta byte föreskrivs i det ursprungliga kontraktet, [min kursivering] exempelvis genom anlåtande av underleverantörer".¹¹⁹ Konkurrensverket intog emellertid en sträng hållning i ett beslut från 2010, där en kommun efter genomförande av en upphandling hade tecknat kontrakt avseende vårdboende med den vinnande leverantören.¹²⁰ Leverantören försattes senare i konkurs men ersattes av en annan, som delvis hade samma ägare som den ursprungliga leverantören. Leverantörsbytet genomfördes utan att något upphandlingsförfarande iakttogs, men i överensstämmelse med det ursprungliga kontraktet vilket tillät byte av leverantör i vissa fall.

Konkurrensverket valde att inte fästa avgörande vikt vid att ett leverantörsbyte föreskrivits i avtalet, och menade istället att EU-domstolens uttalande inte kan tolkas som att det alltid skulle finnas en rätt till partsbyte när detta föreskrivits i det ursprungliga kontraktet. Konkurrensverket menade att endast ett begränsat antal fall av partsbyten omfattades av EU-domstolens uttalande, och att domstolens exempel att det med partsbyte avses anlåtande av underleverantör visade på att omfånget av detta "undantag från huvudregeln" är begränsat. Som stöd för denna tolkning hänvisade Konkurrensverket till tidigare praxis från domstolen där den uttalat att undantag från huvudregeln om upphandlingsskyldighet ska tolkas restriktivt.¹²¹ Enligt min uppfattning kan tyngden i Konkurrensverkets argumentation ifrågasättas då det tycks bygga på ett slags cirkelresonemang. Detta kan illustreras enligt följande:

En väsentlig förändring är att likställa med ett nytt avtal. Den huvudregel som Konkurrensverket hänvisar till kan uttryckas som att avtal som en upphandlande myndighet träffar med en leverantör som utgångspunkt ska upphandlas enligt LOU. Undantag till denna huvudregel kan göras i vissa fall, främst de som anges i 4 kap. 5-9 §§.

En förutsättning för att ett undantag ska kunna tillämpas måste rimligen vara att förekomsten av en situation som utlöser huvudregeln redan har konstaterats. Annars finns

¹¹⁹ Mål C-454/06 *Presstext*, p. 40.

¹²⁰ Konkurrensverkets beslut av den 3 mars 2010, dnr. 456/2009.

¹²¹ Konkurrensverket, dnr. 456/2009 s. 3 och 6 med hänvisningar.

det ju inget att göra undantag från. Huvudregeln blir tillämplig först när det konstateras att ett nytt avtal föreligger; det är med andra ord avtalet som ger upphov till upphandlingsskyldigheten. Av detta följer även att frågan om undantag endast kan aktualiseras när det står klart att ett nytt avtal existerar. Konkurrensverket går därför händelserna i förväg när det talar om en restriktiv tillämpning av undantag från upphandlingsskyldigheten redan vid bedömningen av om det föreligger en väsentlig förändring (nytt avtal).

Det vore kanske djärvt att påstå att EU-domstolens uttalande i *Pressetext* ska tolkas som att ett leverantörsbyte som föreskrivits i det ursprungliga avtalet som utgångspunkt inte bör ses som en väsentlig förändring. Hade detta varit domstolens avsikt, kan man fråga sig varför den endast gav ett exempel på ett sådant, och då varför just byte av underleverantör angavs. Det torde vara byte av huvudleverantör, och inte byte av underleverantör som utgör det mest typiska fallet av leverantörsbyte. Av *den* anledningen kan det finnas anledning att trots allt göra en restriktiv bedömning av vilka slags leverantörsbyten (som föreskrivits i det ursprungliga avtalet) som är tillåtna. Att hänvisa till EU-domstolens praxis avseende undantag från upphandlingsskyldighet som stöd för denna slutsats vore dock enligt min uppfattning felaktigt. Utan ett förtydligande från EU-domstolen är det svårt att dra en definitiv slutsats om gällande rätt i frågan, men jag anser att det i vart fall inte kan uteslutas att leverantörsbyten som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet som utgångspunkt kan vara tillåtna.

Det nya LOU-direktivet 2014/24/EU tycks öka möjligheterna för leverantörsbyten som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet. Av dess artiklar 72(1)(d)(i) och 72(1)(a) framgår nämligen att leverantörsbyten kommer att vara tillåtna, förutsatt att de sker till följd av en ändringsklausul eller option som är klar, exakt och entydig och har angivits i de ursprungliga upphandlingsdokumenten och att detta inte medför en ändring av kontraktets ”övergripande karaktär”. Arrowsmith påpekar att denna nya bestämmelse vid en första anblick förefaller vara mycket brett utformad, men att vissa begränsningar i fråga om dess tillämplighet rimligen borde gälla. Som exempel anger hon att en leverantörsbytesklausul troligen inte kan tillåta den upphandlande myndigheten att motsätta sig en leverantörs inträde i kontraktet på andra grunder än de som anges i direktivet (exempelvis bristande ekonomisk eller teknisk kapacitet). I annat fall skulle den upphandlande myndighetens möjlighet till urval kunna göras större än vad direktivet normalt tillåter vid

upphandlingar.¹²² Dessutom skulle enligt Arrowsmith proportionalitetsprincipen ytterst kunna sätta gränser för vilka slags leverantörsbyten som skulle anses vara motiverade.¹²³

4.4.2 Leverantörens ägare byts ut

I *Presstext* berördes även frågan om det utgör en väsentlig förändring att aktierna i leverantörsbolaget byter ägare under kontraktets löptid. Domstolen uttalade här att om en juridisk person har bildats i form av ett aktiebolag som noterats vid en fondbörs, följer det av dess egen natur att gruppen av aktieägare i bolaget kan ändras vid varje tidpunkt, och att sådana aktieägarbyten inte ska anses innebära en väsentlig förändring av ett offentligt kontrakt som leverantören ingått. Detsamma gäller även kooperativa föreningar.¹²⁴ Det är inte helt tydligt om detta uttalande var ämnat att kunna tolkas motsatsvis, dvs. innebärandes att sådana företag som varken är börsnoterade eller utgör kooperativa föreningar inte skulle kunna byta ägare såvida det inte rör sig om en intern omorganisation. Som Rosén Andersson m.fl. påpekar, vore det märkligt om en upphandlande myndighet ska behöva upphandla ett kontrakt på nytt varje gång det sker en ändring i delägarkretsen hos en leverantör vars aktier inte omsätts på börs.¹²⁵ Det är dock tänkbart att en väsentlig förändring skulle anses föreligga om den ursprungliga leverantören köps upp av en tredje man, eftersom detta troligen inte skulle kunna betecknas som en intern omorganisation. Att så skulle vara fallet tycks vara helt klart enligt Pedersen, som även uttalar att ett förvärv av samtliga aktier även hos ett börsnoterat bolag skulle kunna utgöra ett otillåtet kringgående av upphandlingslagstiftningen.¹²⁶ Stöd för en sådan tolkning kan hämtas i EU-domstolens uttalande i *Presstext* avseende den hypotetiska situationen att om andelarna i APA-OTS, dvs. dotterbolaget till den ursprungliga leverantören som sedermera inträdde i dess ställe, hade överlåtits så vore detta att betrakta som en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet.¹²⁷

Min bedömning av det nuvarande rättsläget är mot bakgrund av vad som uttalats i *Presstext* att ett uppköp av en leverantör som inte utgör en intern omorganisation eller en förändring av ägarkretsen till följd av omsättningen av aktier på börsen, är att betrakta som en väsentlig förändring vilken förutsätter en ny upphandling. En sådan ordning kan anses vara omotiverat sträng, och har kritiserats av Arrowsmith. Hon påpekar att om ändamålet med

¹²² Arrowsmith, a.a. s. 594.

¹²³ Arrowsmith, a.a. s. 603.

¹²⁴ Mål C-454/06 *Presstext* p. 50-52.

¹²⁵ Rosén Andersson m.fl., a.a. s. 90.

¹²⁶ Pedersen (2008), *Upphandlingskrönika* s. 1125.

¹²⁷ Mål C-454/06 *Presstext* p. 47.

LOU-direktivet är att styra den upphandlande myndighetens beteende för att förhindra diskriminering och få till stånd en konkurrens liknande den på den kommersiella marknaden, torde ägarbyten endast vara relevanta från EU-rättens perspektiv i de fall då den upphandlande myndigheten själv kan påverka dessa, exempelvis genom en vetorätt. Ett ägarbyte som uppstår som ett resultat av marknadskrafter utan inblandning från den upphandlande myndigheten borde därför enligt Arrowsmith inte anses utgöra ett nytt avtal.¹²⁸ Mot bakgrund av vad som diskuterats i föregående avsnitt om att *byte av leverantör* som sker till följd av bl.a. uppköp eventuellt kommer att tillåtas enligt artikel 72 i det nya LOU-direktivet, kan även ifrågasättas varför i så fall inte ett *byte av leverantörens ägare* som sker till följd av ett uppköp skulle vara tillåtet. Jag har svårt att se att ett faktiskt byte av leverantör till följd av ett uppköp¹²⁹ typiskt sett skulle vara mindre ingripande eller utgöra en mindre förändring av avtalet än att den ursprunglige leverantörens aktier byter ägare.

4.4.3 Byte av underleverantör

I målet *Wall AG* behandlade EU-domstolen frågan om ett byte av underleverantör kräver ett nytt upphandlingsförfarande.¹³⁰ Bakgrunden i målet var att staden Frankfurt år 2002 inledde en upphandling rörande drift, underhåll, service och rengöring av elva toalettanläggningar i staden för 16 år framåt. Av dessa elva anläggningar skulle två också byggas. Vederlaget för tjänsterna skulle endast bestå i rätten att ta ut avgifter från användarna samt att under avtalsperioden använda WC-anläggningarnas interiör och exteriör som reklamutrymme. Leverantören FES tilldelades kontraktet, i vilket det föreskrevs att FES skulle uppföra de offentliga toaletterna i egen regi och/eller med hjälp av underentreprenörer, däribland företaget Wall. I samma bestämmelse angavs även att en underentreprenör endast fick bytas ut med staden Frankfurts skriftliga godkännande.

I juli 2005 begärde FES ett anbud avseende leverans av två ”Wall-City-WC”. Wall ingav ett anbud men underrättades då om att FES hade fått ett mer konkurrenskraftigt anbud och att Walls anbud därför inte kunde beaktas. Till följd av detta begärde FES att staden Frankfurt, i enlighet med vad som avtalats, skulle godkänna ett byte av underentreprenör så att de offentliga toaletterna inte levererades av Wall utan av andra företag. Wall väckte då talan vid den nationella domstolen, och yrkade bland annat att staden Frankfurt skulle förpliktas avhålla sig från att godkänna att ett avtal slöts mellan FES och en annan part än Wall, avseende uppförandet av de två toaletterna.

¹²⁸ Arrowsmith, a.a. s. 596.

¹²⁹ Det får förmodas att med denna situation avses en inkrämsöverlåtelse där den ursprungliga leverantörens verksamhet köps upp och där köparen inträder i leverantörens ställe.

¹³⁰ Mål C-91/08 *Wall AG*.

Den nationella domstolen begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen, som bl.a. hade att pröva huruvida principerna om öppenhet och likabehandling krävde ett nytt upphandlingsförfarande vid väsentliga ändringar i ett koncessionsavtal (sådana avtal omfattas nämligen inte av varken LOU- eller LUF-direktivet utan kontraktstildelning sker enligt primärrätten). EU-domstolen konstaterade att vad som sagts i Presstext-målet angående väsentliga ändringar följer av principen om insyn och således är tillämpligt även på tilldelningar av koncessionskontrakt.¹³¹ Domstolen uttalade även följande:

Ett byte av underentreprenör kan, även om denna möjlighet föreskrivs i avtalet, i undantagsfall utgöra en sådan ändring i en av de väsentliga delarna i koncessionsavtalet, när användning av en underentreprenör i stället för en annan, med hänsyn till den aktuella prestationens särdrag, har varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande, vilket det under alla omständigheter ankommer på den nationella domstolen att pröva.

Den nationella domstolen har angett att FES i det projekt som bifogats företagets anbud till staden Frankfurt uppgav att det var Walls City-WC som skulle användas. Enligt den nationella domstolen var det därför troligt att koncessionen tilldelats FES på grund av den underentreprenör som företaget hade angett.¹³²

Huvudregeln är alltså att ett byte av underleverantör som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet inte utgör en sådan väsentlig förändring som kräver ett nytt upphandlingsförfarande. Om anlitaandet av en särskild underleverantör varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande, kan ett byte av denna emellertid utgöra en väsentlig förändring trots att ett byte föreskrivits i det ursprungliga avtalet. Enligt min uppfattning borde det rimligen kunna ifrågasättas om inte just det faktum att en möjlighet att byta underleverantör föreskrivits i avtalet starkt pekar på att anlitaandet av den aktuella underleverantören *inte* varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande. Oavsett om en möjlighet till byte av underleverantör föreskrivits eller inte så är det troligen sällan som användandet av en viss underleverantör utgör en avgörande faktor vid kontraktets tecknande. Det torde därför höra till ovanligheterna att en sådan situation som beskrevs av EU-domstolen uppstår.¹³³ Frågan om nyss nämnda omständigheter var för handen i det

¹³¹ Mål C-91/08 *Wall AG*, p. 33-37.

¹³² Mål C-91/08 *Wall AG*, p. 39-40.

¹³³ Se för ett liknande resonemang Lavér och Tavaststjerna, *EU-domstolen utvecklar tolkningen av partsbyte och rättsmedel vid tjänstekoncessioner*, JP Infonet 2010-11-10.

aktuella målet berördes dock inte direkt av EU-domstolen utan lämnades till den nationella domstolen att avgöra.¹³⁴

4.5 Partsbyte på beställarsidan

Konkurrensverket har ansett det vara oklart i vilken mån EU-domstolens uttalanden i Pressetext-målet angående leverantörsbyte även är tillämpligt vid partsbyte på beställarsidan.¹³⁵ Enligt Rosén Andersson m.fl. talar ändamålsenliga skäl för att en verksamhetsövergång från en myndighet till en annan inom ett och samma rättssubjekt bör kunna motivera överlåtelse av gällande avtal, och att det avgörande bör vara att avtalets omfattning inte utökas, att avtalsvillkoren inte väsentligen förändras och att förfarandet inte framstår som ett sätt att kringgå upphandlingsbestämmelserna.¹³⁶

En annan situation som kan tänkas uppstå är att en upphandlande myndighet önskar ansluta sig till ett kontrakt till vilket en annan upphandlande myndighet är part. En sådan situation, som alltså strikt talat inte innebär ett partsbyte på beställarsidan utan istället att antalet upphandlande myndigheter ökar, torde inte vara tillåten i avsaknad av ett nytt upphandlingsförfarande. Poulsen m.fl. uttalar att en dylik förändring av parterna till ett avtal utgör en sådan väsentlig ändring att en ny upphandling måste genomföras även om exempelvis värdet av ett inköp som den nya upphandlande myndigheten avser göra, sett för sig, understiger tröskelvärdena.¹³⁷ Det kan här påpekas att andra regler gäller i sådana fall då den ursprungliga upphandlande myndigheten uppfyller kriterierna för att utgöra en s.k. inköpscentral.¹³⁸

4.6 Ändringar och avvikelser i ramavtal

Någon definition av vad som ska anses utgöra väsentliga ändringar i offentliga kontrakt eller vad konsekvenserna av sådana ändringar blir finns som bekant inte uttryckligen reglerat i LOU, utan följer än så länge endast av EU-domstolens praxis.¹³⁹ I 5 kap. 2 § st. 2 LOU stadgas emellertid att parterna vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ett *ramavtal* inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet. Ramavtal definieras i 2 kap. 15 § LOU som avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller

¹³⁴ Mål C-91/08 *Wall AG*, p. 41.

¹³⁵ Konkurrensverkets yttrande till Länsrätten i Stockholms län, mål nr. 14710-08, 2009-05-11, Dnr 213/2009

¹³⁶ Rosén Andersson m.fl., a.a. s. 90 f.

¹³⁷ Poulsen m.fl., a.a. s. 241 f.

¹³⁸ Se artiklarna 1(10) och 11 i LOU-direktivet. Enligt den sistnämnda bestämmelsen ska en upphandlande myndighet som anskaffar byggtjänster, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral anses ha följt direktivet under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna.

¹³⁹ Se kapitel 3 ovan.

flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Av lagtexten följer alltså att det endast är *villkoren för senare tilldelning* som måste vara fastställda vid tilldelningen av själva ramavtalet.

Två typer av ramavtal förekommer; dels sådana ramavtal där samtliga villkor är fastställda från början (eng. ”framework contracts”), dels ramavtal där alla villkor inte är fastställda (eng. ”framework agreements”).¹⁴⁰ Avrop som sker från den första typen av ramavtal innebär endast ett utnyttjande av det redan befintliga kontraktet. Ändringar i dessa torde bedömas enligt EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar.¹⁴¹ Vid den andra typen av ramavtal utgör varje avrop en förnyad konkurrensutsättning, dock endast bland de leverantörer som redan är parter i ramavtalet. Det är vid dessa efterföljande avrop som de övriga villkoren fastställs.¹⁴² Här aktualiseras 5 kap. 2 § 2 st. LOU eftersom denna bestämmelse begränsar parternas möjlighet att vid avrop väsentligen frångå villkoren i ramavtalet.

Vad som avses med att väsentligen avvika från villkoren i ramavtalet framgår varken av LOU eller av LOU-direktivet. Enligt direktivets artikel 32(2) får parterna vid tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtal inte väsentligen ändra villkoren i ramavtalet, bland annat i det fall som avses i punkt 3 i samma artikel. I denna punkt anges att den upphandlande myndigheten vid tilldelning av ramavtal vid behov får anmoda leverantörer att *komplettera* sitt anbud. Kompletteringar är alltså tillåtna om de inte utgör väsentliga avvikelser. Vad avses då med kompletteringar? I målet *Vallonska Bussarna* uttalade generaladvokat Lenz att begreppet ”komplettera” avser möjligheten att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. Det handlar då inte om att ersätta tidigare uppgifter utan att konkretisera dem på ett eller annat sätt. Att ersätta tidigare fakta med nya skulle nämligen potentiellt kunna missgynna andra anbudsgivare.¹⁴³ Det kan noteras att målet *Vallonska bussarna* inte rörde ett ramavtal utan en upphandling av ett varukontrakt, varför begreppet ”komplettera” i det sammanhanget inte nödvändigtvis har samma innebörd som i artikel 32(3) i direktivet. Det är enligt min uppfattning inte heller helt självklart att samtliga situationer som faller utanför vad som utgör en komplettering i den mening som avses i direktivets artikel 32(3) utgör väsentliga avvikelser från villkoren i ramavtalet. Tänkbart är att det finns vissa ändringar som visserligen inte kan anses utgöra kompletteringar, men som samtidigt inte anses utgöra *väsentliga* avvikelser.

¹⁴⁰ Sundstrand (2010), s. 78.

¹⁴¹ Jfr Sundstrand (2010), s. 79 f.

¹⁴² Sundstrand (2010), s. 81.

¹⁴³ Generaladvokat Lenz förslag till avgörande i mål C-87/94 *Vallonska bussarna*, p. 37-38.

Det framgår heller inte helt tydligt om en ”väsentlig avvikelse” från villkoren i ett ramavtal är samma sak som en ”väsentlig förändring” och således om Presstext-testet kan tillämpas även för att avgöra vad som utgör en väsentlig avvikelse enligt 5 kap. 2 § 2 st. LOU. Konkurrensverket är emellertid av uppfattningen att ”väsentlig avvikelse” kan tolkas i enlighet med Presstext-testet.¹⁴⁴ Rosén Andersson m.fl. tycks dela denna uppfattning och anger att en avvikelse är väsentlig om den innebär att det uppstår förutsättningar som, om de hade förekommit i det ursprungliga ramavtalet, hade gjort det möjligt för någon annan anbudsgivare att lämna anbud eller erhålla kontrakt.¹⁴⁵ Uttalandet överensstämmer med det första kriteriet i Presstext-testet.¹⁴⁶ I artikel 32(2) i direktivet används över huvud taget inte såsom i LOU begreppet väsentlig avvikelse, utan där talas som angivits ovan i stället om att parterna inte får väsentligen ändra villkoren. Detta talar enligt min mening för att de två begreppen har samma innebörd.

Kammarrätten i Jönköping uttalade i mål 953-09 att en förändring som vidtagits i ett ramavtal varit väsentlig då den påverkat leverantörens rangordning avseende den tjänstedefinition som bolaget ingick ramavtal om. Domstolen hänvisade bl.a. till ett uttalande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU), om att det rör sig om en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen i en upphandlingssituation skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen.¹⁴⁷ Kammarrätten tycks alltså här ha begagnat sig av den ”traditionella” definitionen av vad som utgör en väsentlig ändring, vars innebörd EU-domstolen förklarat i mål som *Kommissionen mot Frankrike*¹⁴⁸ och sedermera utvecklat i *Presstext*.¹⁴⁹ Kammarrätten nämnde dock inte bestämmelsen i 5 kap. 2 § st. 2 LOU, och uttalade sig inte om huruvida den ansåg denna paragraf vara tillämplig eller huruvida begreppet ”väsentlig avvikelse” är samma sak som ”väsentlig förändring”.

I ett annat mål hade förvaltningsrätten i Stockholm anledning att pröva omfattningen av ett ramavtal och vad som kunde avropas inom ramen för detta. Stockholms stad hade fått i uppdrag att under våren 2014 anlägga en flytande citybadplats med hopptorn centralt i Stockholm. Det bestämdes att Tanto Stadsbad i Årstaviken var den plats som bäst lämpade sig för ett sådant bad, och avtal om anläggandet av badplatsen ingicks med Bryggkompaniet i Mälardalen AB utan föregående annonsering. Mellan staden och bryggkompaniet fanns

¹⁴⁴ Konkurrensverket, *Inom ramen för ramavtal – lärdomar från fyra tillsynsärenden*, s. 9.

¹⁴⁵ Rosén Andersson m.fl., a.a. s. 260.

¹⁴⁶ Se mål 454/06 *Presstext*, p. 36 samt avsnitt 3.3.1 ovan.

¹⁴⁷ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 953-09, med hänvisning till NOU:s yttrande 2006-09-21, dnr 2005/0197-26.

¹⁴⁸ Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*.

¹⁴⁹ Mål 454/06 *Presstext*.

sedan tidigare ett ramavtal avseende tjänster för fortlöpande underhållsarbeten på fasta bryggor, pontoner och förtöjningar, vilket staden ansåg kunde nyttjas även för anläggningen av citybadet då man ansåg det vara fråga om en tjänst som låg nära nämnda ramavtal. Staden anförde vidare att byggkonstruktionen för citybadet omfattade såväl bryggor som pontoner, och att den tillfrågade leverantören även hade ett flertal pågående arbeten för staden. Förvaltningsrätten godtog inte denna argumentation utan hänvisade kort till 5 kap. 2 § 2 st. LOU och att parterna i ett ramavtal inte får göra några väsentliga avvikelser från villkoren i ett ramavtal. Det avtal som prövades i målet rörde anläggning av ett citybad och omfattades därmed inte, enligt förvaltningsrättens bedömning, av ramavtalet. Anläggningen av badet var därför att anse som en otillåten direktupphandling.¹⁵⁰ Domen överklagades inte.

Svenska domstolar har i samband med ramavtalsupphandlingar till synes använt sig både av de principer avseende väsentliga ändringar som utvecklats av EU-domstolen, och bestämmelsen i 5 kap. 2 § 2 st. LOU. Detta framstår enligt mig som rimligt, och jag ser ingen anledning till varför Presstext-testet inte skulle vara tillämpligt även då det rör sig om överprövningar av ramavtalsupphandlingar eller ramavtals giltighet. Man kan dock fråga sig varför lagstiftaren valt att särskilt ange att väsentliga ändringar inte är tillåtna vid avrop från ramavtal men inte angett detta avseende andra sorters kontrakt. Svaret är sannolikt att det ansetts nödvändigt att, med tanke på att sådana ramavtal som utgör ”framework agreements” inte innehåller samtliga villkor utan genom avrop kompletteras i efterhand, helt enkelt förtydliga att sådana kompletteringar inte får utgöra väsentliga ändringar.

4.7 Frånfallande av krav eller sanktioner

Om den upphandlande myndigheten godtar anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav innebär detta ett brott mot likabehandlingsprincipen, dvs. att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika.¹⁵¹ Det finns flera exempel på fall då svenska domstolar underkänt upphandlingar där den upphandlande myndigheten frånfallit uppställda obligatoriska krav.¹⁵² Att upphandlande myndigheter inte får ha med obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget som sedan inte tillämpas framstår närmast som självklart. Leverantörer som inte uppfyllde de i

¹⁵⁰ Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 16293-14.

¹⁵¹ Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, p. 27.

¹⁵² Se t.ex. Kammarrätten i Stockholm mål nr 768-10, Kammarrätten i Göteborg mål nr 1573-10 och mål nr 4064-10.

förfrågningsunderlaget ställde kraven kan ha avstått från att delta i upphandlingen just på grund av dessa väsentliga villkor som den upphandlande myndigheten sedan inte tillämpade.¹⁵³ Något som kanske är mindre uppenbart, men som vilar på samma principiella grund är att en upphandlande myndighet, om det finns sanktionsbestämmelser i avtalet, inte fritt kan välja att underlåta att tillämpa dessa vid eventuella avtalsbrott från leverantörens sida.

I ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping hade Landstinget i Östergötland genomfört en förenklad upphandling av bemanningstjänster avseende vårdpersonal.¹⁵⁴ I förfrågningsunderlaget fanns en vitessanktionerad klausul om leveranssäkerhet. Alla kvalificerade leverantörer hade erhållit högsta poäng avseende leveranssäkerhet med undantag för LäkarLeasing Sverige AB som erhållit noll poäng. I efterhand visade det sig att Landstinget inte tillämpade vitessanktionen vid bristande uppfyllelse av leveranssäkerhet, varför LäkarLeasing begärde överprövning av de otillåtna direktupphandlingar som enligt LäkarLeasing hade uppstått i och med att avtalet väsentligen ändrats. Kammarrätten konstaterade att underlåtenheten att tillämpa vitessanktionen innebar en väsentlig förändring av avtalet och att denna påverkat klagandens rangordning i upphandlingen samt dess möjlighet att ingå ramavtal. Domstolen påpekade att hänsyn måste tas även till potentiella leverantörer, som avstått från att lämna anbud men som kan vara intresserade att delta i upphandlingen i och med en aktuell ändring. Kammarrätten förordnade att upphandlingen måste göras om.

Att införa sanktionerade bestämmelser i avtal torde vara mycket vanligt förekommande. Eftersom det finns ett intresse hos beställaren att leverantören ska utföra det som avtalats fungerar exempelvis vitesklausuler avskräckande vilket förhoppningsvis medför att några avtalsbrott inte sker. Kraftiga viten eller prisavdrag kan vara motiverade vid viktiga leveranser vars utevaro exempelvis skulle kunna leda till ett driftsavbrott i beställarens verksamhet. Samtidigt kan det uppstå mindre dröjsmål som visserligen formellt sätt utgör avtalsbrott men som inte påverkar motparten på ett kännbart sätt. Beställaren anser det kanske inte vara önskvärt att försämra relationerna med leverantören på grund av något som inte nämnvärt påverkar hans verksamhet. Eftersom beställaren har ett intresse av att leverantören ska klara av att uppfylla avtalet även i framtiden kanske beställaren bedömer det vara viktigare att leverantörens ekonomi inte försämras ytterligare än att viten ska utgå för relativt obetydliga avtalsbrott. I sådana situationer kan det framstå som lockande att inte

¹⁵³ Jfr. Sundstrand (2012), s. 287 med hänvisningar.

¹⁵⁴ Kammarrätten i Jönköping mål nr 953-09.

utnyttja de sanktionsmöjligheter som står till buds varje gång ett mindre dröjsmål föreligger.

Som visats ovan står det dock klart att ett frånfallande av krav eller en underlåtenhet från den upphandlande myndighetens sida att utnyttja möjligheter till sanktioner enligt ett offentligt kontrakt kan utgöra en väsentlig förändring, som kan få till följd att avtalet ogiltigförklaras. Om en upphandlande myndighet önskar införa exempelvis vitessanktioner som en del av ett offentligt kontrakt torde det alltså vara ytterst viktigt att de möjliga effekterna av sådana sanktioner nogra övervägs innan de införs. Det finns därför all anledning för den upphandlande myndigheten att försäkra sig om att eventuella sanktionsklausuler är *tydligt* utformade så att parterna är införstådda med när sanktioner kan komma att utnyttjas.¹⁵⁵ Sanktionsbestämmelserna bör även vara *balanserade* på så sätt att de endast aktualiseras då det föreligger avtalsbrott som verkligen har betydelse för den upphandlande myndigheten. Detta kan uppnås genom att säkerställa att sanktioner endast inträder då det är fråga om väsentliga avtalsbrott.

Sanktionsklausulen skulle även kunna göras ”fakultativ”, så att det inte uppkommer en *skyldighet* att kräva vite vid avtalsbrott. En formulering av innebörd att beställaren har *rätt* att utkräva vite vid leverantörens dröjsmål snarare än att det ”vid dröjsmål utgår vite” synes enligt min mening vara mer fördelaktig för den upphandlande myndigheten. Om dröjsmål uppstår kan den upphandlande myndigheten i det förstnämnda fallet argumentera för att den utnyttjat sin möjlighet enligt avtalet att underlåta att utkräva vitet, medan en sådan möjlighet utesluts helt i det sistnämnda fallet. Med detta sagt vill jag inte påstå att en upphandlande myndighet helt kan befrias från att beivra avtalsbrott genom dylika formuleringar. Sådana avtalsbrott som är tillräckligt väsentliga för att fångas upp av Pressetext-testet torde enligt min mening inte vara möjliga att underlåta att beivra, eftersom det annars skulle uppkomma en möjlighet att kringgå upphandlingslagstiftningen. Att den upphandlande myndigheten exempelvis underlåter att utkräva vite vid ett väsentligt dröjsmål innebär ju egentligen inget annat att denna genom sin underlåtenhet accepterar en längre leveranstid än som ursprungligen avtalats, i vart fall om det rör sig om återkommande eller regelbundna dröjsmål. Om leveranstiden i exempelvis ett kontrakt om leverans av varor efter att kontraktet ingåtts uttryckligen hade ändrats från exempelvis en vecka till två veckor, skulle det knappast råda någon tvekan om att denna ändring hade krävt ett nytt upphandlingsförfarande. Om andra leverantörer från början hade vetat att de

¹⁵⁵ Detta torde f.ö. krävas redan av öppenhetsprincipen.

skulle haft dubbelt så lång tid på sig att leverera varorna hade de sannolikt kunnat lämna mer konkurrenskraftiga anbud.

Det kan ifrågasättas om nyss nämnda resonemang inte kan utsträckas till att även innebära att det föreligger en väsentlig förändring om den upphandlande myndigheten underlåter att häva ett ingånget avtal då det föreligger ett väsentligt avtalsbrott på leverantörssidan. Vid väsentliga avtalsbrott torde det i stort sett alltid finnas en civilrättslig möjlighet för den upphandlande myndigheten att häva avtalet, antingen till följd av en hävningsklausul i avtalet eller annars med tillämpning av eller analogi till 39 § Köplagen.¹⁵⁶ En upphandlande myndighets underlåtenhet att häva ett avtal trots att det med anledning av ett avtalsbrott föreligger en rätt att göra så bör enligt min uppfattning åtminstone vid tillräckligt flagranta fall kunna likställas med att den upphandlande myndigheten tillämpar ett direktupphandlat avtal.¹⁵⁷ Om avtalet inte hävs vid förekomsten av ett väsentligt avtalsbrott kan ju den upphandlande myndigheten sägas tillåta att leverantören utför sina förpliktelser under förmånligare villkor än vad som framgått av förfrågningsunderlaget. Ett sådant agerande torde träffas av det tredje kriteriet i Pressetext-testet. Mig veterligen har varken frågan huruvida en underlåtenhet att häva ett avtal innebär en väsentlig förändring eller frågan om det finns en skyldighet att utnyttja fakultativa sanktionsbestämmelser prövats i domstol, varför det är svårt att dra några definitiva slutsatser om vad som gäller i detta avseende. En systematisk tolkning av det upphandlingsrättsliga regelverket leder dock enligt min mening till slutsatsen att en sådan skyldighet finns. Som jag ser det skulle motsatsen innebära möjligheter att kringgå upphandlingslagstiftningen.

¹⁵⁶ För en diskussion rörande motsatt fråga, om en väsentlig ändring alltid bör anses utgöra ett väsentligt avtalsbrott som ger en civilrättslig rätt till hävning, se Bokwall och Håkansson, *Vad krävs för att kunna häva avtalet?*, Upphandling24, 2014-06-23. Se även artikel 73(a) i det nya LOU-direktivet 2014/24/EU, som kommer ålägga medlemsstaterna att se till att det finns en civilrättslig hävningsrätt vid väsentliga ändringar.

¹⁵⁷ Att det finns en skyldighet att häva ett avtal som uppkommit efter ett upphandlingsfel har av EU-domstolen konstaterats vara otillåtet, se mål C-126/03 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 25-26 och mål C-503/04 *Kommissionen mot Tyskland*, p. 42. Se även NOU:s yttrande, dnr. 2006/0114-29, s. 1.

5 Sammanfattande slutsatser

Presstext utgör fortfarande, nästan tio år senare, det mest vägledande avgörandet vid bedömningen av om en väsentlig förändring föreligger eller inte. I nationell såväl som EU-rättslig domstolspraxis samt i den doktrin som behandlar väsentliga förändringar hänvisas i huvudsak till de tre kriterier som EU-domstolen uttalade i detta mål. En upphandlande myndighet har således att avgöra om en förändring av ett offentligt kontrakt innebär att

- i. det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs,
- ii. kontraktets tillämpningsområde utsträcks i väsentlig utsträckning så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller
- iii. kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet

Det kan konstateras att detta inte är någon lätt uppgift eftersom kriterierna är ganska vaga och ofta lämnar ett betydande utrymme för bedömning. Olika uppfattningar i doktrin och praxis vittnar även om att det inte alltid är tydligt hur kriterierna ska tolkas. Som visats ovan kan ändringar i offentliga kontrakt även till sin karaktär vara vitt skilda från varandra.

Den lämpligaste metoden för att avgöra huruvida en väsentlig ändring föreligger i ett konkret fall är enligt min uppfattning att först klassificera ändringen i fråga. Rör det sig om en prisändring, en förändring av kontraktets föremål, ett leverantörsbyte eller något annat? När det står klart vilken typ av ändring det är fråga om bör den upphandlande myndigheten identifiera vilket eller vilka av de s.k. *Presstext*-kriterierna som kan komma att aktualiseras för den ifrågavarande typen av ändring. En prisändring torde exempelvis typiskt sett vara ägnad att ändra kontraktets ekonomiska jämvikt (det första *Presstext*-kriteriet), till skillnad från t.ex. en förändring av kontraktets föremål, vilken typiskt sett medför att kontraktets tillämpningsområde utsträcks (det andra kriteriet). Vissa ändringar kan naturligtvis aktualisera fler än ett av *Presstext*-kriterierna.

Vad som återstår är sedan att jämföra den aktuella förändringen av kontraktet med de *Presstext*-kriterier som aktualiserats. Får den prisändring som skett mot bakgrund av leverantörens ökade kostnader till följd att kontraktets ekonomiska jämvikt till förmån för leverantören på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet? Utgör

beställningen av ytterligare sjukhussängar en utsträckning av kontraktets tillämpningsområde så att det omfattar tjänster eller varor som inte först avsågs? Det är vid detta steg som de verkliga svårigheterna uppkommer. En upphandlande myndighet måste, för att kunna avgöra om en ändring är för handen, jämföra det egna fallet med den svenska och EU-rättsliga praxis som finns att tillgå. Detta innefattar i nuläget huvudsakligen avgöranden från kammarrätterna och från EU-domstolen, vilka båda är svåröverskådliga. Viss ledning torde numera kunna hämtas från det nya LOU-direktivet 2014/24/EU, men här bör försiktighet iaktas eftersom det ännu inte utgör gällande rätt och innehåller bestämmelser som inte nödvändigtvis stämmer överens med EU-rättslig och svensk praxis. Ett exempel på detta är leverantörsbyten som föreskrivits i det ursprungliga kontraktet.¹⁵⁸

Även om bestämmelserna om väsentliga förändringar vilka införts i det nya LOU-direktivet i och för sig utgör en sammanställning av delar av domstolens praxis, vilket kan tänkas underlätta för de upphandlande myndigheterna, innebär enligt min uppfattning de nya reglerna i övrigt inte något avsevärt klagörande av begreppet väsentliga förändringar jämfört med vad som redan uttalats av domstolen. De nya reglerna innebär alltså främst en tydligare hänvisning till vilka kriterier som ska beaktas, men inte någon tydlig precisering av deras innebörd. Sammanfattningsvis är det, och kommer inom en överskådlig framtid förbli, svårt att ge något kort och heltäckande svar på frågan vad som kännetecknar en väsentlig förändring i ett offentligt kontrakt, och hur dessa skiljer sig från icke-väsentliga ändringar. En hänvisning till Presstext-kriterierna kan självfallet göras, men det kan ifrågasättas hur praktiskt användbar en sådan hänvisning är utan mer konkreta exempel. Förhoppningsvis kan de typfall och de analyser av dessa vilka presenterats i detta arbete utgöra sådana exempel, och tjäna som utgångspunkt vid bedömningen av förekomsten av väsentliga förändringar.

Den återstående frågan är hur en upphandlande myndighet bör agera för att undvika att hamna i en situation där den anses ha genomfört en otillåten direktupphandling på grund av att en väsentlig förändring föreligger. Mycket vore naturligtvis vunnit för den upphandlande myndigheten om den redan från början vidtar åtgärder som så långt som möjligt eliminerar riskerna för uppkomsten av väsentliga förändringar.

Vikten av att den upphandlande myndigheten redan från början gör klart för sig exakt vad den vill upphandla kan inte nog understrykas. Om den upphandlande myndigheten har gjort en grundlig behovsanalys och utformat sitt förfrågningsunderlag mot bakgrund av

¹⁵⁸ Se avsnitt 4.4.1 ovan.

denna torde många framtida ändringsbehov kunna undvikas. Förfrågningsunderlaget bör utformas med omsorg för att säkerställa att alla relevanta krav finns med. Det torde därför vara en god idé att se till så att det finns tillräckligt med tid för utformningen av förfrågningsunderlaget så att detta kan börja arbetas fram redan innan ett akut behov uppstår. På så sätt kan den upphandlande myndigheten undvika att förfrågningsunderlaget blir förhastat och ofullständigt.

Det bör vidare eftersträvas att uppnå ett balanserat avtal som är möjligt för båda parter att genomföra. Annars uppkommer en risk för att den upphandlande myndigheten, för att undvika att leverantören hamnar i en situation där den inte kan leverera vad som avtalats, efterger vissa krav eller sanktioner. Detta kan i sig innebära en väsentlig förändring. Av samma anledning bör den upphandlande myndigheten vid utarbetandet av förfrågningsunderlaget se till att detta innehåller relevanta krav på leverantörerna, så att endast de leverantörer som faktiskt kommer att kunna genomföra avtalet är kvar vid utvärderingsfasen.

Ibland är det omöjligt att utforma ett avtal som inte behöver ändras vid ett senare tillfälle. Om den upphandlande myndigheten noga överväger vilka senare ändringar som kan komma att aktualiseras har den dock möjlighet att redan vid den ursprungliga upphandlingen konkurrensutsätta dessa förändringar genom att inkludera dem som optioner eller prisändringsklausuler. Så länge de förändringar som kan komma att aktualiseras på ett tydligt sätt anges i det ursprungliga förfrågningsunderlaget anses de som utgångspunkt vara tillåtna.

Om sådana ändringsbehov uppkommer som den upphandlande myndigheten inte hade kunnat förutse kvarstår möjligheten att ändringen i fråga, trots att den uppfyller kriterierna för att utgöra en väsentlig sådan, faller in under ett av undantagen i 4 kap. 5-9 §§ LOU. I så fall anses ändringen inte utgöra en otillåten direktupphandling. Här bör dock anmärkas att kraven på den upphandlande myndigheten i fråga om vad den borde ha förutsett är stränga. Bedömningen är objektiv, och det saknar därmed betydelse om den upphandlande myndigheten faktiskt förutsett behovet eller inte. Det avgörande är huruvida behovet var möjligt att förutse.

Sammanfattningsvis kan många av de problem som uppstår i samband med väsentliga förändringar förebyggas genom att den upphandlande myndigheten anlägger ett långsiktigt perspektiv på sina upphandlingar och skapar förutsättningar för att kunna planera inför

framtida behov. Dessa behov kan då konkurrensutsättas från början, och den upphandlande myndigheten kan undvika att i framtiden tvingas genomföra otillåtna direktupphandlingar.

Källförteckning

Litteratur

- Adlercreutz, Axel, Gorton, Lars, *Avtalsrätt I*, 13:e upplagan, Juristförlaget i Lund 2013
- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK (Volume 1)*, tredje upplagan, Sweet & Maxwell 2014
- Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, 2011
- Bergqvist, Per-Ola, Hane, John, Johansson, Sture, *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Svensk byggtjänst 2012
- Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka, Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13:e upplagan, Norstedts Juridik, 2014.
- Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Jure 2009
- Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, Norstedts Juridik 2009
- Hartlev, Kristian, Wahl Liljenbøl, Morten, *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, P.P.L.R. 2013, 2, s. 51-73
- Hedberg, Stig, *Kommentarer till AB 04, ABT 06, ABK 09*, Svensk Byggtjänst 2010
- Lavin, Rune, *Är den förvaltningsrättsliga forskningen rättsdogmatisk?*, Förvaltningsrättslig tidsskrift 1989, 3, s. 115-129.
- Lavin, Rune, *Om förvaltningsrättslig forskning – en replik*, Förvaltningsrättslig tidsskrift 1990, 3, s. 71-74.
- Liman, Lars-Otto, *Entreprenad- och konsulträtt*, åttonde utgåvan, Svensk Byggtjänst 2007
- Mikelsone, Gundegai, *The Binding Force of the Case Law of the Court of Justice of the European Union*, Mykolo Romerio universitetas, Jurisprudence 2013 20(2), s. 469-495
- Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 105-145.

Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*,
Förvaltningsrättslig tidskrift 1990, 2, s. 41-52.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, nr 4, 2008, s. 1119-1126

Pedersen, Kristian, *Upphandlingskrönika – Ogiltighet av avtal*, Europarättslig tidskrift, nr 4,
2010, s. 812-818

Poulsen, Sune Troels, Jakobsen, Peter Stig, Kalsmose-Hjelmborg, Simon Evers, *EU Public
Procurement Law – The Public Sector Directive, The Utilities Directive*, andra upplagan, DJØF
Publishing 2012

Rosén Andersson, Helena (red.), Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson,
Natalie, *Lagen om offentlig upphandling: En kommentar*, Norstedts Juridik 2013

Sundstrand, Andrea, *Offentligt upphandling – LOU och LUF*, Studentlitteratur 2010

Sundstrand, Andrea, *Offentlig Upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure
2012

Zackariasson, Laila, *Direktkrav – Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Iustus
Förlag, 1999

Elektroniska källor

Hane, John, *Direktupphandling av ÅTA-arbeten enligt LOU – analys*, JP Infonet, 2012-02-21

Larsberger, Olof, Lavér, Joakim, *Dom ställer nya krav på avtal*, Upphandling24, 2013-04-22, ”
<http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.502407/dom-staller-nya-krav-pa-avtal>”

Lavér, Joakim, Tavaststjerna, Julia, *EU-Domstolen utvecklar tolkningen av partsbyte och rättsmedel
vid tjänstekoncessioner – analys*, JP Infonet, 2010-11-10

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](http://upphandling24.idg.se/2.23948/1.566366/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet)”

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1973:73, *Kungl. Maj:ts proposition angående riktlinjer för den offentliga upphandlingen*

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

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*

Utredningar

DS 1992:4, *Offentlig upphandling och EES – ett lagförslag*

SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling*

Europeiska Unionen

Direktiv

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

Kommissionen

Kommissionens arbetsdokument av den 24 november 2009, *Samråd om framtidsstrategin "EU 2020"*, KOM(2009) 647 slutlig

Kommissionens meddelande av den 3 mars 2010, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig,

Rättsfall

EU

Mål 6/64 *Flaminio Costa mot E.N.E.L*, REG 1964, 1141

Mål 106/77 *Amministrazione delle Finanze dello Stato mot Simmenthal SpA*, REG 1978, 629

Mål 199/85 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Italien*, REG 1987, 1039

Mål 31/87 *Beentjes mot Nederländska staten*, REG 1988, 4635

Mål C-243/89 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark (Stora Bält)*, REG 1993, I-3353

Mål C-87/94 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien (Vallonska Bussarna)*, REG 1996, I-2043

Mål C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. mot Strobal Rotationsdruck*, REG 1998, I-73

Mål C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG*, REG 2000, I-10770

Mål C-337/98 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike*, REG 2000, I-8377

Mål C.496/99 P, *Europeiska gemenskapernas kommission mot CAS Succhi di Frutta SpA (Succhi di Frutta)*, REG 2004 I-3801

Mål C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy mot HKL-Bussiliikenne*, REG 2002, I-7213

Mål C-340/02 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike*, REG 2004, I-10497

Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom SA mot Belgiska staten*, REG 2005, I-1559

Mål C-26/03 *Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, REG 2005, I-1

Mål C-126/03 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland*, REG 2004, I-11197

Mål C-458/03 *Parking Brixen GmbH mot Gemeinde Brixen och Stadtwerke Brixen*, REG 2005, I-8585

Mål C-503/04, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland*, REG 2007, I-6153

Mål C-454/06 *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund) m.fl.*, REG 2008, I-4401

Mål C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl.*, REG 2008 I-251

Mål C-199/07 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Grekland*, REG 2009 I-10669

Mål C-423/07, *Europeiska kommissionen mot Konungariket Spanien*, REU 2010 I-3429

Mål C-91/08 *Wall AG mot Staden Frankfurt am Main och Frankfurter Entsorgungs- und Service (FES) GmbH*, REU 2010 I-2815

Mål C-160/08 *Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland*, REU 2010 I-3713

Mål C-368/10 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*, ECLI:EU:C:2011:840

Mål C-561/12 *Nordecon AS, Ramboll Eesti AS mot Rabandusministeerium* (ännu inte publicerat)

Mål C-568/13 *Azienda Ospedaliero-Universitaria di Careggi-Firenze mot Data Medical Service Srl* (ännu inte publicerat)

Generaladvokaternas förslag till avgöranden

Förslag till avgörande av generaladvokat Lenz i mål C-87/94 *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Belgien (Vallonska Bussarna)*, REG 1996, I-2043

Förslag till avgörande av generaladvokat Sharpston i mål C-195/04, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Finland*, REG 2007 I-335

Förslag till avgörande av generaladvokat Kokott i mål C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund) m.fl.*, REG 2008, I-4401

Sverige

Kammarrätten i Göteborg, 2008-12-29 mål nr 5910-08

Kammarrätten i Göteborg, 2009-02-03, mål nr 7332-08

Kammarrätten i Göteborg, 2010-09-14, mål nr 1573-10

Kammarrätten i Göteborg, 2010-12-06, mål nr 4064-10

Kammarrätten i Göteborg, 2013-03-15, mål nr 6952-12

Kammarrätten i Jönköping, 2009-07-10, mål nr 953-09

Kammarrätten i Stockholm, 2009-07-06, mål nr 3014-09

Kammarrätten i Stockholm, 2010-04-20, mål nr 768-10

Kammarrätten i Sundsvall, 2009-02-04, mål nr 3214-08

Förvaltningsrätten i Stockholm, 2014-06-27, mål nr 30512-13

Förvaltningsrätten i Stockholm, 2014-11-04, mål nr 16293-14

Myndigheter

NOU:s yttrande 2006-09-21, dnr 2005/0197-26

NOU:s yttrande 2006-12-12, dnr 2006/0114-29

Konkurrensverkets yttrande till Länsrätten i Stockholms län, mål nr. 14710-08, 2009-05-11, dnr 213/2009

Konkurrensverkets beslut, 2010-03-03, dnr 456/2009

Konkurrensverkets beslut, 2010-12-06, dnr 582/2010

Konkurrensverket, *Inom ramen för ramavtal – lärdomar från fyra tillsynsärenden*, informationsmaterial, 2015-01-20