

Blendow Lexnova Expertkommentar - Offentlig upphandling, maj 2018

Ökat utrymme att göra partsbyte i offentligt upphandlade kontrakt och ramavtal?

De svenska upphandlingslagarna utgör i första hand procedurregler som styr hur upphandlande myndigheter ska agera för att åstadkomma konkurrensneutrala inköp. Så snart själva upphandlingsförfarandet är över och ett kontrakt eller ramavtal har tecknats förlorar upphandlingslagarna i stor utsträckning sin betydelse.

Beroende på hur avtalet hanteras under avtalstiden kan upphandlingsregelverket och dess sanktioner ändå åter aktualiseras. Det kan till exempel bli fallet om parterna vidtar väsentliga ändringar som saknar stöd i avtalet. Om sådana ändringar görs, anses enligt huvudregeln ett nytt avtal ha träffats. Om det samtidigt har saknats förutsättningar för direkttilldelning av det nya avtalet, har avtalet tillkommit genom en otillåten direktupphandling, med risk för ogiltigförklaring, skadestånd och upphandlingsskadeavgift.

Partsbyten enligt ÄLOU

I lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, saknades regler om vilka ändringar som fick göras i offentligt upphandlade kontrakt utan att en ny upphandling behövde göras. Ett antal principer finns dock i praxis från i första hand EU-domstolen. Den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, som trädde ikraft 1 januari 2017 reglerar däremot vilka ändringar av befintliga avtal som låter sig göras utan att en ny upphandling måste annonseras.^[1] Bestämmelserna, som alltså skiljer sig från övriga delar av upphandlingsregelverket genom att de inte reglerar formerna för själva upphandlingen utan snarare hur avtalen ska förvaltas, finns i 17 kap. 9-14 §§ LOU. En av bestämmelserna reglerar uttryckligen leverantörsbyten.

Mot bakgrund av att reglerna till viss del utgör en kodifiering av tidigare praxis, finns det anledning att närmare granska några avgöranden från tiden före LOU:s ikraftträdande.

Det viktigaste avgörandet om ändringar av befintliga kontrakt är det så kallade Presstextavgörandet.^[2] Av avgörandet följer att ett leverantörsbyte normalt är en sådan väsentlig förändring som kräver en ny upphandling, såvida leverantörsbytet inte regleras i det ursprungliga kontraktet.^[3]

Verksamhetsövergången i Presstext uppvisade enligt EU-domstolen vissa särdrag som gjorde att leverantörsbytet i det fallet inte utgjorde en väsentlig ändring utan istället skulle ses som en intern omorganisation som inte aktualiserade upphandlingsplikt. Domstolen lyfte fram att det dotterbolag som tog över verksamheten från moderbolaget och därmed blev ny leverantör enligt avtalet ägdes till 100 procent av moderbolaget och att moderbolaget hade rätt att ge instruktioner till dotterbolaget. Det fanns vidare ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som moderbolaget ansvarade för. En behörig person hos moderbolaget hade dessutom intygat att moderbolaget svarade solidariskt med dotterbolaget för dotterbolagets avtalsförpliktelser samt att det inte skulle ske någon ändring av avtalet i övrigt.

Det har med fog ifrågasatts om samtliga rekvisit som framkom i Presstext måste vara uppfyllda för att ett partsbyte inte ska aktualisera upphandlingsplikt.

Även om praxis från svenska domstolar avseende leverantörsbyte är sparsam, finns ett par avgöranden som är värda att nämna.

Kammarrätten i Göteborg fann i ett avgörande från 2011^[4] att den upphandlande myndigheten inte kunde utvärdera ett anbud från ett bolag som efter det att anbudet lämnats fusionerats med ett annat bolag. Det skulle enligt kammarrättens mening strida mot likabehandlingsprincipen om det bolag som anbudsgivaren gått upp i kunde tilldelas kontrakt utan att bolaget först också prövats mot kvalificeringskraven i upphandlingen.

I ett senare avgörande har samma kammarrätt prövat ett leverantörsbyte under ett ramavtals löptid.^[5] En kommun hade upphandlat ett ramavtal för byggtjänster. Den leverantör som var rangordnad som nummer ett omstrukturerades och fick ett nytt organisationsnummer. Kommunen godtog partsbytet och avropade vidare från det nya företaget. Efter en ogiltighetstalan fann kammarrätten att avropen från det nya företaget skulle ogiltigförklaras. Av ramavtalet framgick att partsbyte endast kunde ske efter en skriftlig överenskommelse och någon sådan hade enligt kammarrätten inte åberopats, varför avropen skulle ogiltigförklaras redan på den grunden. Kammarrätten prövade alltså inte om partsbytet utgjorde en väsentlig förändring eller inte med hänvisning till att parterna, i samband med partsbytet, frångått ett avtalat formkrav om skriftlighet.

Det är olyckligt att kammarrätten inte på ett tydligt sätt prövade om parternas avvikelse från det avtalade skriftlighetskravet i sig utgjorde en väsentlig förändring eller inte.

Svenska domstolar har haft en restriktiv tolkning i fråga om partsbyten, liksom även Konkurrensverket. I ett tillsynsärende ansåg Konkurrensverket att en överlåtelse av ett upphandlat kontrakt efter en leverantörs konkurs var en otillåten direktupphandling. Detta trots att avtalet överlåtits på oförändrade villkor, den nya leverantören uppfyllde alla ställda krav och kontraktet uttryckligen medgav partsbyte.^[6]

Såväl de upphandlande myndigheterna som näringslivet förtjänar mer förutsebara spelregler än vad som tidigare varit fallet i fråga om leverantörsbyten.

Partsbyten enligt "nya" LOU

I 17 kap. LOU finns nu bestämmelser om vilka ändringar av kontrakt och ramavtal som får göras utan att en ny annonsering krävs.

I fråga om leverantörsbyten är i första hand 17 kap. 13 § LOU av intresse. Av bestämmelsen framgår att leverantörsbyten får ske utan en ny upphandling om (i) den nya leverantören inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens och (ii) leverantörsbytet inte medför andra väsentliga ändringar av avtalet. Vidare krävs att (iii) ingen obligatorisk uteslutningsgrund föreligger för den nya leverantören^[7] samt att (iv) den nya leverantören uppfyller samtliga de kvalificeringskrav^[8] som ställdes i den ursprungliga upphandlingen.

Av bestämmelsens sista stycke framgår också att en underleverantör till leverantören utan en ny upphandling får inträda i leverantörens ställe till följd av en överenskommelse mellan leverantören, myndigheten och underleverantören.

Av nya LOU framgår vidare i 17 kap. 10 § LOU att avtal får ändras om ändringen har stöd i en avtalsklausul. Det innebär att partsbyten kan vara tillåtna även enligt den bestämmelsen förutsatt att avtalet föreskriver förutsättningarna för det på ett korrekt sätt.

Att närmare uttala sig om och i vilka konkreta fall partsbyten får göras och hur det ska ske blir en uppgift för domstolarna framgent. Även om avsikten med de nya bestämmelserna, enligt skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv^[9] och de svenska förarbetena^[10], har varit att kodifiera tidigare praxis, är det uppenbart att den restriktiva hållning som svenska domstolar och myndigheter tidigare intagit inte behöver upprätthållas lika strängt framöver baserat på de nya bestämmelsernas ordalydelse.

Bestämmelserna öppnar för leverantörsbyten även under andra omständigheter än de som prövades i Presstext. Det finns i 17 kap. 13 § LOU inget krav på att leverantörsbytet måste regleras i det upphandlade kontraktet eller ramavtalet. Omstruktureringen behöver enligt bestämmelsen inte heller vara rent koncernintern på det sätt som var aktuellt i Presstext. Även andra omständigheter som utmärkte Presstext saknas som rekvisit i 17 kap. 13 § LOU. Uppräkningen av olika former av omstruktureringar som framgår av bestämmelsen är inte heller uttömmande, utan dessa utgör bara exempel. Även delning enligt Aktiebolagslagen eller en sådan koncernintern omorganisering som var fallet i Presstext måste rimligen bedömas vara exempel på sådana företagsomstruktureringar som medför att ett leverantörsbyte kan godtas, förutsatt att bestämmelsens övriga rekvisit är uppfyllda.^[11]

De nya bestämmelsernas tillämplighet i tiden

Enligt förarbetena är det lämpligt att de nya bestämmelserna tillämpas även på befintliga kontrakt och ramavtal, dvs. kontrakt och ramavtal som ingåtts före nya LOU:s ikraftträdande. Detta gäller enligt förarbetena, trots att det av övergångsbestämmelserna framgår att gamla LOU gäller för upphandlingar som har påbörjats före nya LOU:s ikraftträdande.

I förarbetena framhölls att övergångsbestämmelserna endast är tillämpliga på själva upphandlingen och därför inte omfattar ändringar i det kontrakt eller ramavtal som upphandlingen har resulterat i. Det bedömdes därför inte vara nödvändigt att klargöra i övergångsbestämmelserna att bestämmelserna om ändringar av kontrakt skulle tillämpas på befintliga kontrakt och ramavtal.^[12]

Ytterligare förtydligande i övergångsbestämmelserna i det här avseendet hade varit önskvärt då det mot bakgrund av förarbetsuttalandena framställt som delvis oklart mot vilka bestämmelser en ändring ska bedömas när både det befintliga kontraktet eller ramavtalet och själva ändringen skett i tiden före nya LOU:s ikraftträdande.

I en dom från Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2881-17, fann domstolen att ÅLOU skulle tillämpas i förhållande till det leverantörsbyte som var aktuellt i det målet.^[13] En kommun hade upphandlat ett ramavtal avseende lekmaterial. Avtalet gällde i två år med möjlighet till förlängning ett år i taget vid två tillfällen. I samband med den andra avtalsförlängningen i månadsskiftet oktober/november 2016 accepterade kommunen att avtalet överläts till en ny leverantör. En annan leverantör ansökte då om överprövning av avtalets giltighet och anförde att partsbytet utgjorde en väsentlig förändring och att ett nytt avtal hade tillkommit genom en otillåten direktupphandling.

Kammarrättens dom innehåller en relativt omfattande motivering i fråga om tillämplig lag. Kammarrätten hänvisade till de ovan nämnda förarbetsuttalandena, men konstaterade också att det i p. 2 i övergångsbestämmelserna till nya LOU framgår att vissa bestämmelser, dock inte bestämmelserna om ändring av kontrakt och ramavtal, ska tillämpas även på förhållanden som avser tiden före ikraftträdandet. Kammarrätten fann sedan att ÅLOU skulle tillämpas i detta fall bland annat mot bakgrund av förutsebarhets- och rättviseskäl och särskilt med beaktande av avtalsrättsliga principer. Huvudprincipen inom avtalsrätten är att en ny lag endast ska tillämpas på avtal som ingås efter lagens ikraftträdande och mål om ogiltigförklaring har enligt kammarrättens mening likheter med tvistemål. Det ska framhållas att såväl den ursprungliga upphandlingen som

förlängningarna av ramavtalet skett före nya LOU:s ikraftträdande.

Kammarrätten prövade partsbytet i förhållande till Presstext och konstaterade att det i avtalet saknades en klausul som medgav partsbyte samtidigt som den nya leverantören inte ägdes till 100 procent av den tidigare leverantören. Det hade inte heller framkommit att den tidigare leverantören ansvarade solidariskt för fullgörandet av den nya leverantörens avtalsförpliktelser. Vidare hade kommunen inte visat att den kontrollerat den nya leverantörens uppfyllelse av kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen. Kammarrätten ogiltigförklarade avtalet.

Avtalet hade därmed sannolikt ogiltigförklarats även om nya LOU hade tillämpats. Målet är således i första hand intressant mot bakgrund av bedömningen i fråga om tillämplig lag.

Om ett kontrakt eller ramavtal som upphandlats enligt ÅLOU ändras efter LOU:s ikraftträdande hade utgången dock sannolikt blivit en annan. Frågan är om en ändring är av sådan karaktär att ett nytt avtal ska anses ha tillkommit. Om en tidigare genomförd upphandling har slutförts genom att ett kontrakt tecknats kan en avtalad ändring av kontraktet som sker därefter inte anses vara en del av samma upphandling som den som ursprungligen genomförts. Den nya upphandlingen, den eventuella direktupphandlingen, måste då bedömas utifrån de nya bestämmelserna. Detta resonemang har stöd i ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg som gällde ett intermistiskt beslut enligt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK.^[14]

Praktisk hantering

Innan vi har facit i form av domstolarnas bedömningar av de nya bestämmelserna om leverantörsbyten kan vissa åtgärder vidtas för att undvika inlåsnings effekter som hindrar sunda partsbyten.

Upphandlande myndigheter bör inför varje upphandling överväga om det inte är lämpligt att införa klausuler som medger sunda partsbyten. När en leverantör påkallar ett partsbyte måste den upphandlande myndigheten kontrollera den nya leverantören och säkerställa att rekvisiten i 17 kap. 13 § LOU är uppfyllda. Myndigheten måste också genomlys avtalet för att se om det innehåller något hinder mot leverantörsbytet.

Leverantörer som står inför en omstrukturering bör vara ute i god tid. Även leverantörerna måste genomlys befintliga avtal och förfrågningsunderlag för att säkerställa att den nya leverantören efter omstruktureringen lever upp till ställda kvalificeringskrav. Det är inte ovanligt att den nya leverantören kan behöva intyg och garantier av olika slag för att leva upp till kraven. Vidare måste leverantörer som står inför en omstrukturering vara särskilt noggranna i förhållande till den anbudsgivning som pågår under omstruktureringens genomförande för att undvika att anbud förkastas.

Sammanfattning

Av praxis från EU-domstolen och av det nya upphandlingsregelverket som trädde ikraft den 1 januari 2017 framgår att leverantörsbyten till följd av företagsomstruktureringar under vissa förutsättningar får göras utan att den upphandlande myndigheten måste genomföra en ny upphandling.

Nya LOU innebär tydligare och i viss mån utökade möjligheter för överlåtelser av offentligt upphandlade kontrakt och ramavtal i samband med olika typer av omstruktureringar. Genom den nya lagstiftningen klargörs några av de frågor som tidigare varit obesvarade om när partsbyte får

ske och hur de ska gå till. Den allmänna uppfattningen är att utrymmet att göra sunda partsbyten, bland annat som en följd av en omstrukturering, i vart fall inte är mindre enligt nya LOU, snarare tvärtom.

Nu är det upp till domstolarna att närmare tolka de nya bestämmelserna. Vår förhoppning är att de verktyg som finns i 2014 års upphandlingsdirektiv och de nya upphandlingslagarna används på ett sätt som medför förutsebarhet och inte i onödan begränsar förutsättningarna för sunda och konkurrensneutrala partsbyten. Eftersom tusentals fusioner genomförs årligen av svenska aktiebolag samt då omstruktureringar kan göras på många olika sätt kommer dock detta sannolikt även framgent att vara en upphandlingsrättsligt komplex och omdebatterad fråga.

[1] Motsvarande bestämmelser har införts i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF, och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner, LUK, men i artikeln hänvisas bara till LOU av praktiska skäl.

[2] EU-domstolens dom i mål [C-454/06](#), Presstext

[3] Aa. punkten 40

[4] Kammarrättens i Göteborg dom 2011-11-08 i mål nr 4847-11

[5] Kammarrättens i Göteborg dom 2015-10-09 i mål nr [2473-15](#) och 3909-15

[6] Konkurrensverkets beslut, Dnr [456/2009](#)

[7] Det innebär att den nya leverantören eller dess företrädare inte får vara dömd för något brott som räknas upp i 13 kap. 1 § LOU samt att det inte får finnas obetalda skatter och avgifter hos den nya leverantören enligt ett beslut som fått laga kraft.

[8] Med "kvalificeringskrav" avses sådana krav på leverantörens lämplighet som framgår av 14 kap. 1-5 §§ LOU, dvs. i huvudsak krav på leverantörens erforderliga registrering samt krav på leverantörens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

[9] Beaktandesats 107-111 i direktiv 2014/24/EU

[10] [Prop. 2015/16:195](#) s. 844

[11] Läs mer i Upphandlingsmyndighetens rapport [2017:4, Ändringar av kontrakt och ramavtal - möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen](#) s. 35 f.

[12] Se [prop. 2015/16:195](#) s. 851

[13] Kammarrättens i Jönköping dom 2018-03-14 i mål nr 2881-17

[14] Se Kammarrättens i Göteborgs avgörande 2018-04-04 i mål 972-18



Viktoria Edelman

Advokat och delägare vid AG Advokat



Viktor Hård af Segerstad

Biträdande jurist vid AG Advokat