Väsentliga ändringar i offentliga kontrakt

– Förutsättningar för aktiva och passiva ändringar av kommersiella villkor

**Material changes in public contracts**
– **Conditions for active and passive changes of commercial terms**

**William Hammenstrand**

Handledare: Tomas Kjellgren
Bedömare: Elif Härkönen
Examinator: Anders Holm
**Sammanfattning**

År 2014 trädde LOU-direktivet ikraft där det har införts bestämmelser om ändringar i offentliga kontrakt under löptiden och vad som kan utgöra en väsentlig ändring. Resonemanget bakom dessa bestämmelser är om ett upphandlat kontrakt ändras alltför väsentligt i förhållande till de ursprungliga villkoren har den offentliga beställaren tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor och gör sig skyldig till en otillåten direkturnhandling.

Vid offentliga upphandlingar brukar det som är tänkt att bli avtalsinnehåll benämns som ”kommersiella villkor”. Att aktivt ändra avtalsvillkor efter förfarandets slut kan anses utgöra en väsentlig förändring, men om en offentlig beställare alternativt förhåller sig passivt till ett avtalsvillkor, och därmed efterger villkoret, finns det inga uttryckliga regler om i upphandlingsbestämmelserna. Av doktrin framgår det dock att även en underlåtenhet att verkställa ett kontrakt som uppgår till en väsentlig ändring i betydelsen av reglerna i LOU-direktivet eller rättspraxis kan anses som en otillåten direkturnhandling.

Bestämmelserna i LOU-direktivet om väsentliga ändringar har kodifierats utifrån rättspraxis på området där domen *Pressetext* (se närmare i avsnitt 4.3) utgör det främsta avgörandet vilket har varit en tydlig inspiration till kodifieringen i LOU-direktivet. I målet utformade EU-domstolen tre punkter som ska ligga till grund för prövningen om en ändring är av väsentlig art. Dessa punkter utgör fortfarande den viktigaste bedömningen av om en ändring är att anse som väsentlig eller inte.

I LOU finns det numera olika bestämmelser som avgör om en ändring i ett offentligt upphandlat kontrakt är väsentlig, men reglerna är allmänt skrivna och det är inte självlklart när en ändring i ett kontrakt är att se som väsentlig. Det är upp till rättstillämparen att utveckla praxis på området och klargöra hur stort det legala utrymmet är för att göra ändringar i offentliga kontrakt.

Uppsatsen fastställer att både aktiva och passiva ändringar av kommersiella villkor kan utgöra en väsentlig ändring enligt bestämmelserna i LOU. Var gränserna går är inte helt tydligt och konsekvenserna av att göra sig skyldig till en otillåten direkturnhandling är allvarliga för en offentlig beställare.
Innehållsförteckning

Sammanfattning.............................................................................................................................................. 1

Förkortningar .................................................................................................................................................. 4

Definitioner.................................................................................................................................................... 4

1. Inledning..................................................................................................................................................... 5

1.1 Problembakgrund ............................................................................................................................ 5
1.2 Problemformuleringar ....................................................................................................................... 7
1.3 Syfte..................................................................................................................................................... 7
1.4 Material och metod........................................................................................................................... 7

1.4.1 Rättsanalytisk metod................................................................................................................ 7
1.4.2 EU-rättslig metod....................................................................................................................... 9
1.5 Avgränsningar ................................................................................................................................... 10
1.6 Disposition......................................................................................................................................... 10

2. Allmänna upphandlingsrättsliga principer ......................................................................................... 12

2.1 Grundläggande principer............................................................................................................... 12
2.2 Likabehandlingsprincipen............................................................................................................. 13
2.3 Proportionalitetsprincipen............................................................................................................. 14
2.4 Transparensprincipen ................................................................................................................... 14
2.5 Icke-diskrimineringsprincipen....................................................................................................... 15

3. Avtalsvillkor i upphandlade kontrakt ................................................................................................. 16

3.1 Kontrakt och ekonomiska villkor ................................................................................................. 16
3.2 Komersiella villkor......................................................................................................................... 17
3.3 Ändring av avtalsinnehåll ............................................................................................................... 18

3.3.1 Aktiva ändringar ..................................................................................................................... 18
3.3.2 Passiva ändringar................................................................................................................... 18

4. LOU-direktivet och EU-rättspraxis ................................................................................................. 21

4.1 Nya bestämmelser i LOU-direktivet ............................................................................................. 21
4.2 Bakgrund till LOU-direktivet gällande ändringar av kontrakt ............................................... 21
4.3 EU-domstolens rättspraxis om ändringar av kontrakt ............................................................... 23

5. Ändringar i upphandlade kontrakt .................................................................................................... 28

5.1 Reglerna i LOU.............................................................................................................................. 28
5.2 Ändringar av mindre värde ............................................................................................................ 29
5.3 Ändrings- eller optionsklausuler ............................................................................................... 30
5.4 Oförutsebara omständigheter...................................................................................................... 32
5.5 Ändringar som inte är väsentliga ................................................................................................. 33
5.6 Om övergripande karaktär .................................................................................................................. 34
5.7 Ändringar av kontrakt vid icke-direktivistyrda upphandling ............................................................. 36
5.8 Passiva ändringar i upphandlade kontrakt .......................................................................................... 37

6. Konsekvenser av otillåtna ändringar i kontrakt ...................................................................................... 39
   6.1 Konsekvenser mellan avtalsparterna ................................................................................................. 39
   6.2 Ogiltighet och överprövning ............................................................................................................ 42

7. Analys och slutsats .................................................................................................................................. 44
   7.1 Inledning ........................................................................................................................................... 44
   7.2 Ändringar i offentliga kontrakt ......................................................................................................... 44
      7.2.1 Allmänna rättsprinciper ........................................................................................................ 44
      7.2.2 Kommersiella villkor ........................................................................................................... 45
      7.2.3 Kodifieringen i LOU-direktivet ............................................................................................ 46
      7.2.4 Det legala utrymmet till ändringar ........................................................................................ 46
      7.2.5 Rättspraxis från EU-domstolen ............................................................................................ 49
      7.2.6 Passiva ändringar ................................................................................................................ 51
   7.3 Konsekvenser vid otillåtna ändringar ............................................................................................... 51
   7.4 Slutsats och avslutande kommentar ............................................................................................... 54

Källförteckning .......................................................................................................................................... 56
Förkortningar

Art. Artikel
EU Europeiska unionen
EU-domstolen Europeiska unionens domstol
FEU Fördraget om Europeiska unionen
FEUF Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD Högsta domstolen
HFD Högsta förvaltningsdomstolen
LOU lag (2016:1145) om offentlig upphandling
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
NOU Nämnden för offentlig upphandling
P.P.L.R. Public Procurement Law Review
Prop. Regeringens proposition
SOU Statens offentliga utredningar
UrT Upphandlingsrättslig tidskrift
ÄLOU Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Definitioner

Offentlig beställare I uppsatsen används begreppet ”offentlig beställare” som en övergripande definition som omfattar definitionen av central upphandlande myndighet (1:11 LOU), inköpscentral (1:14 LOU) och upphandlande myndighet (1:22 LOU). Andra begrepp används endast i den mån det krävs för att återge en referens korrekt eller för att göra en urskiljning av begreppen.
1. Inledning

1.1 Problembakgrund

Många upphandlade kontrakt löper under flera år och flera olika förutsättningar kan förändras under ett kontrakts löptid. Det kan vara förändringar i omvärlden eller hos någon av parterna som gör att kontraktet behöver ändras.1 När det gäller mer komplexa anbud kan det vara svårt för den offentliga beställaren att helt identifiera och beskriva sina krav i anbudsskedet, det exakta omfånget kanske först blir klart när leverantören har valts. Det kan därför bli nödvändigt att ändra föremålet för kontraktet om det visar sig att den erbjudna lösningen inte helt uppfyller den offentliga beställarens senare realiserade krav. En annan och ofta förekommande orsak till behovet av att ändra i kontraktet är att den offentliga beställarens tekniska specifikationer är otillräckliga, eller att omständigheter uppstår under kontraktets genomförande som inte planerades vid tidpunkten för anbudet. Kraven i kontraktet kan också förändras över tid, vilket kan göra de produkter eller tjänster som tillhandahålls otillräckliga. Detta kan bero på externa omständigheter som påverkar den offentliga beställaren eller leverantören, vilket ofta är fallet i långsiktiga avtalsförhållanden.2

En upphandling är avslutad först när den avtalsspärr som gäller, från det att tilldelningsbeslutet offentliggjorts till anbudsgivarna, har löpt ut och avtal har tecknats.3 Huvudregeln i upphandlingsrätten är att LOU reglerar upphandlingsförfarandet fram till dess att upphandlingen är helt avslutad. Det finns dock undantag från denna huvudregel som reglerar det som händer efter upphandlingen, vid fullgörandet av kontraktet. Närmare bestämt finns det bestämmelser om väsentliga ändringar i upphandlande kontrakt, och hur det kan innebära att upphandlingslagstiftningen åter blir tillämplig på det redan undertecknade avtalet. Resonomanget bakom dessa bestämmelser är om ett upphandlat kontrakt ändras alltför väsentligt i förhållande till de ursprungliga villkoren har den offentliga beställaren tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor.4 Bestämmelserna kommer från LOU-direktivet från 2014, vilket reglerar under vilka förutsättningar upphandlande kontrakt får ändras utan att det anses som ett nytt kontrakt som kräver en ny upphandling.

---

2 Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, 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.
4 Pedersen, 2019, s. 186ff.
Vid offentliga upphandlingar brukar det som är tänkt att bli avtalsinnehåll benämnas som ”kommersiella villkor”.5 De kommersiella villkoren reglerar parternas avtalsrättsliga förhållanden under avtalstiden. Det är fråga om detaljer som är kopplade till föremålet för upphandlingen men som inte reglerar kraven på föremålet i sig. En beskrivning av produktens egenskaper utgör således inte ett kommersiellt villkor, dock kan en reglering av vad som gäller då produkten avviker från det som avtalats utgöra ett kommersiellt villkor.6 Inom de kommersiella villkoren finns det villkor som övervältrar en ekonomisk risk/åtagande på leverantören som inte är kopplat till själva varan/tjänsten. Detta kan exempelvis vara en ansvarsförsäkring, vitesklausuler eller garantier.7 Nämnden för offentlig upphandling, NOU, har gjort en tidigare bedömning av att det inte föreligger en generell avtalsfrihet för upphandlande enheter att förändra villkoren i ett offentligt upphandlingskontrakt på ett väsentligt sätt. Att förändra priset eller andra ekonomiska villkor i förhållande till de ursprungliga avtalsvillkoren kan vara en väsentlig ändring.8

Att aktivt förändra avtalsvillkor efter förfarandets slut kan därmed anses utgöra en väsentlig ändring, men om en offentlig beställare istället förhåller sig passivt till ett sådant villkor, och därmed efterger villkoret, kan det uppstå frågor om vad som då ska gälla. Enligt en statlig utredning föreligger det problem med brist på avtalsuppföljning hos upphandlande myndigheter. I undersökningen visade det sig att endast knappt 25 procent av de upphandlande myndigheterna och enheterna uppgav att det genomförs uppföljning av upphandlingskontrakten, vilket bidrar till negativa konsekvenser.9 Det förekommer också att upphandlande myndigheter, av olika skäl, avstår från att exempelvis använda sig av avtalade vitesklausuler. Detta är något som bör undvikas eftersom det kan påverka framför allt konkurrenternas men även allmänhetens förtroende för myndigheten.10 Bristande avtalsuppföljning där det förekommer passivitet gentemot de kommersiella villkoren kan också möjlichen utgöra en otillåten väsentlig förändring enligt upphandlingsföreskrifterna.

---

5 Kihlman, Jon. Kommersiella villkor i offentlig upphandling. Avtalsutformning och avtalsinnehåll. Svenskt näringsliv, 2018, s. 3 (Hämtad 2020-11-12).
6 Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1), s. 4.
7 Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1), s. 25ff.
9 SOU 2013:12, s. 155f.
10 Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1) s. 37.
1.2 Problemformuleringar

Uppsatsen ämnar behandla följande frågeställningar:

- Vad är det legala utrymmet för att aktivt, och passivt, ändra kommersiella villkor i ett offentligt kontrakt?
- Vilka legala risker och konsekvenser kan föreligga enligt LOU vid otillåtna ändringar av offentliga kontrakt?

1.3 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utreda om ändringar i upphandlade kontrakt genom att beställaren ändrar kommersiella villkor kan utgöra en otillåtlen väsentlig ändring enligt gällande rätt. Avsikten är att redogöra utrymmet för att göra ändringar av kommersiella villkor i offentliga kontrakt genom aktiva och passiva ändringar samt vilka legala konsekvenser som kan uppstå för de inblandade parterna vid sådana ändringar.

Uppsatsen riktar sig främst till de med grundläggande kunskap inom offentlig upphandling. För att tillräckligt kunna förstå uppsatsen innehåll avses den att främst läsas av yrkesverksamma jurister, praktiker inom det upphandlingsrättsliga området och yrkesverksamma upphandlare.

1.4 Material och metod

1.4.1 Rättsanalytisk metod

För att besvara frågeställningarna i uppsatsen är en del av metodvalet, men inte exklusiv för hela uppsatsens arbete, den rättsanalytiska metoden. För att besvara uppsatsens andra frågeställning används i det fallet uteslutande en rättsanalytisk metod. För att motivera detta metodval ska först den rättsdogmatiska metoden, enligt Sandgrens mening, beskrivas. Det är oftast den rättsdogmatiska metoden som traditionellt används för att fastställa gällande rätt.\textsuperscript{11} Den rättsdogmatiska metoden definieras av att dess uppgift är att beskriva gällande rätt, vilket sker med ledning av de vedertagna rättskällorna. Beskrivningen innebär att tolka och fastställa gällande rätt (\textit{lex lata}) för att sedan systematisera gällande rätt i form av regler, principer, läror, samband m.m. Rättsdogmatiken kan inbegripa argument om hur lag bör utformas (\textit{de lege

ferenda), men i en begränsad omfattning eftersom metoden i traditionell mening är begränsad på flera sätt.\textsuperscript{12} Användandet av metoden utesluter dock inte argument \textit{de lege ferenda}.\textsuperscript{13} Rättsdogmatik förknippas primärt med rekonstruktion av gällande rätt och därmed också med begränsningar kopplade till rättskälleläran. Detta hindrar dock inte att uppsatsförfattaren vid rättsdogmatisk argumentation vidgar perspektivet och går utanför gällande rätt.\textsuperscript{14}

Sandgren anser att en rättsdogmatisk metod inte ger ett utrymme för att analysera rätten eftersom metoden endast fastställer gällande rätt. Genom att inte endast fastställa gällande rätt, utan att också ”analysera rätten”, blir uppgiften större och friare än den dogmatiska och mer material kan användas för analysen. Det öppnar även upp möjligheten för författaren att kunna kritisera rätten och med materialets variationsriktedom ger det ett underlag för en mångsidig analys.\textsuperscript{15} Det går att påstå att den som använder sig av rättsdogmatisk metod men som samtidigt väljer att analysera gällande rätt ägnar sig åt rättsdogmatik. Det finns dock åsikter och diskussioner om att uttrycket \textit{rättsanalytisk metod} istället ska användas, delvis av pedagogiska skäl.\textsuperscript{16}

Uppsatsen utgår från att dels fastställa gällande rätt kopplat till den valda frågeställningen i uppsatsens deskriptiva delar för att besvara uppsatsens syfte, dels genom att analysera gällande rätt med hjälp av material inom och utanför den vedertagna rättskälleläran för att analysera den praktiska tillämpningen av lagen.

Gemensamt för både den rättsdogmatiska och den rättsanalytiska metoden är användningen av rättskälleläran för att fastställa gällande rätt.\textsuperscript{17} De rättskällor som ingår i den svenska interna rättskälleläran, och som i huvudsak ingår i uppsatsen är följande: lagar och andra författningar, förarbeten, rättspraxis, handelsbruk och annan sedvänja och juridisk litteratur (doktrin).\textsuperscript{18} Lagkommentarer från JUNO behandlas som doktrin i uppsatsen. Det är främst de högsta instansernas domar som tillmäts prejudikatvärde. Har inte en fråga avgjorts i exempelvis HD eller HFD kan även en dom i lägre instans få betydelse.\textsuperscript{19} Inom upphandlingsrätten är det få mål som tas upp till prövning i HFD, därför anses avgöranden från lägre instanser som

\begin{footnotesize}
\begin{itemize}
    \item[12] Sandgren, 2018, s. 49–50.
    \item[13] Kleineman, Jan. ”Rättsdogmatisk metod”. I Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), \textit{Juridisk metodlära}, s. 21–46, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 24; Lehrberg, Bert, Praktisk juridisk metod, Elfte upplagan, Iusté, Uppsala, 2019, s. 201.
    \item[14] Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, SjVT 2004, s. 4.
    \item[15] Sandgren, 2018, s. 51.
    \item[17] Sandgren, 2018, s. 45ff; Kleineman 2018, s. 21ff.
    \item[19] Lehrberg, 2019, s. 170–171; Bernitz, 2020, s. 150.
\end{itemize}
\end{footnotesize}
9

prejudicerande\textsuperscript{20}. I uppsatsen hänvisar uppsatsförfattaren även till rapporter och material utgivna av Upphandlingsmyndigheten, Konkurrensverket och Kammarkollegiet. Detta utgör inte doktrin enligt rättskälleläran, men med hänsyn till myndigheternas uppdrag får det materialet anses vara en pålitlig källa för ändamålet att uppfylla uppsatsens frågeställning. Material från dessa myndigheter får anses vara vanligt förekommande i uppsatser om offentlig upphandling. Litteratur, rapporter och artiklar som behandlar offentlig upphandling används i uppsatsens deskriptiva delar för att förklara grundläggande delar inom upphandlingsrätten och förtydliga uppsatsens problemformulering. Detta inkluderar artiklar och material från olika tidskrifter samt artiklar från andra elektroniska källor, där de sistnämnda inte kan anses vara lika högt värderade som källmaterial i jämförelse med material från tidskrifter. Artiklar och material från andra källor som behandlar, och tillför till, det valda ämnet används ändå för att bredda uppsatsens deskriptiva del och tillföra mer omfång till analysdelen.

\textbf{1.4.2 EU-rättslig metod}

Den rättsanalytiska metoden kompletteras med den EU-rättsliga metoden i uppsatsen. Upphandlingsrätten är styrd av EU-direktiv, vid tidpunkten för denna uppsats det aktuella LOU-direktivet från 2014. Upphandlingsrätten är helt påverkat av de EU-rättsliga reglerna varför den EU-rättsliga metoden tillämpas i uppsatsen. Den EU-rättsliga metoden bygger på EU-domstolens tolkning av EU-rättsakter. Det innebär att utöver en textuell tolkning av bestämmelsens lydelse så betraktas även rättsregelns sammanhang och en teleologisk ändamålstolkning.\textsuperscript{21}

EU:s tillskapade normer måste beaktas som en del av den svenska rättsordningen med den verkan som följer av relevanta fördrag och rättsakter, vilket med andra ord utgör en integrerad del av svensk rätt.\textsuperscript{22} EU:s rättskällor förvandlar rättskällorna delas in i primärrätt, sekundärrätt, grundläggande rättsprinciper, praxis och doktrin.\textsuperscript{23} EU-rättslig rättspraxis är en särskilt viktig del i den EU-rättsliga metoden för att fastställa gällande rätt. Rättskällor från EU är ofta vaga och mer målinriktade, varför prejudikatstolkningen är till stor hjälp för att ge

\begin{multicite}
\textsuperscript{20} SOU 2013:12, s. 349.
\textsuperscript{22} Lehrberg, 2019, s. 105.
\textsuperscript{23} Bernitz, 2020, s. 64ff.
\end{multicite}
vägledning i tillämpningen. EU-domstolens rättspraxis anses långt mer än ett komplement till den skrivna rätten.²⁴ Uppsatsen använder upphandlingsrättsliga direktiv och doktrin för att tolka innebörden av aktuella bestämmelser som uppsatsen vidrör. Avgöranden från EU-domstolen utgör en stor del av uppsatsen med bakgrund till dess ställning och för ändamålet att besvara uppsatsens första frågeställning. Den EU-rättsliga metoden används i uppsatsen för att analysera rättspraxis som har varit viktigt för rättsutvecklingen till bestämmelserna om väsentliga ändringar i offentliga kontrakt.

1.5 Avgränsningar


I uppsatsen 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, annan upphandlingslagen beaktas inte. Uppsatsen ämnar inriktar sig specifikt på bestämmelserna om väsentliga ändringar i 17:8–14 LOU, därför har stora delar av LOU helt utelämnats.

1.6 Disposition


---

²⁴ Hettne m.fl., 2011, s. 49.
²⁵ Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap. 8 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-11-18.
väsentliga ändringar i offentliga kontrakt enligt LOU. Det sjätte kapitlet belyser konsekvenser av otillåtna ändringar av offentliga kontrakt. I det sjunde kapitlet presenteras uppsatsens analysdel med en avslutande slutsats.
2. Allmänna upphandlingsrättsliga principer

2.1 Grundläggande principer


Ett av unionsrättens kännetecken är den starka ställning de allmänna rättsprinciperna har. I 4:1 LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett icke-diskriminerande och likvärdigt sätt. Upphandlingar ska också genomföras på ett öppet sätt och genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande samt proportionallitet. Dessa bestämmelser har sin grund i ett antal grundläggande rättsprinciper som följer av bestämmelserna i FEUF och som även har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis. Det framgår av LOU-direktivet att upphandlande myndigheter har en skyldighet att under hela upphandlingsprocessen upprätthålla de grundläggande unionsrättsliga principerna; likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen, transparensprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och ömsesidigt erkännande. Bestämmelserna i upphandlingslagarna ska alltid tolkas mot bakgrund av alla dessa principer. Enligt Hartlev och Wahl Liljenbøl kan det sammanfattas från EU-domstolens rättspraxis att principerna om likabehandling och transparens gäller även efter avtalets ingående i en offentlig upphandling och att dessa principer

26 Lindahl Toftegaard, 2020, s. 26.
27 Pedersen, 2019, s. 22.
28 Pedersen, 2019, s. 22.
29 Artikel 34 FEUF.
30 Artikel 49 FEUF.
31 Artikel 56 FEUF.
32 Europiska unionen, EU-lagstiftning, europa.eu (Hämtad 2020-11-25).
33 Hettne m.fl., 2011, s. 42.
34 Pedersen, 2019, s. 31.
35 Artikel 18.1 LOU-direktivet.
36 Konkurrensverket, Grundläggande principer för offentlig upphandling, konkurrensverket.se, 2019-04-18 (Hämtad 20-12-14).
sätter gränser för ändringar som den upphandlande myndigheten kan göra i ett befintligt offentligt kontrakt.\(^{37}\)

Arrowsmith skriver att principen om att ändringar av ett befintligt offentligt kontrakt kan betraktas som ett nytt kontrakt, som behöver ett nytt upphandlingsförfarande, har fastställts och utarbetats i EU-domstolens rättspraxis och särskilt i domen *Pressetext*\(^{38}\).\(^{39}\) En viktig anledning till denna princip anknyter till syftet med lagstiftningen, och de allmänna rättsprinciperna, om att arbete tilldelas i enlighet med *transparanta* förfaranden för att förhindra *diskriminering*. Om det tilldelade kontraktet senare ändras finns det en risk att sådana förändringar görs av diskriminerande motiv, t.ex. låta tilldela leverantören mer affärer, eller att låta leverantören tjänstgöra under mer fördelaktiga kontraktsvillkor. Inhemska bolag kan också i samförstånd med den offentliga beställaren eller på annat sätt få en fördel i tilldelningsförfarandet genom att erbjuda gynnsamma villkor med förväntan att de kommer att ändras efter avtalets ingåande. Att ändra ett kontrakt bryter också potentiellt mot likabehandlingsprincipen enligt Arrowsmith.\(^{40}\) I *Pressetext*-avgörandet anger EU-domstolen att det framgår av rättspraxis att huvudsyftet med gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och varor, och icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. För att detta dubbla syfte ska kunna uppnås medför gemenskapsrätten särskilt tillämpning av principen om förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet, principen om likabehandling av anbudsgivare och den därav följande skyldigheten att lämna insyn enligt transparensprincipen.\(^{41}\)

### 2.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen utgör grunden för regleringen av offentlig upphandling, vilket framgår av EU-domstolens rättspraxis.\(^{42}\) Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn.\(^{43}\) Utgångspunkten är att lika fall ska behandlas lika och att olika fall ska behandlas olika. Ett avståg från detta kräver att det finns objektivt godtagbara skäl.\(^{44}\) Leverantörer ska behandlas lika både vid utformningen av

---

37 Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, 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. 53.  
38 Detta rättsfall behandlas mer utförligt nedan i avsnitt 4.3.  
41 Se dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, p. 31–32.  
43 Pedersen, 2019, s. 31.  
44 Se dom av den 3 mars 2005, Fabricom, mål C-21/03 och C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127, p. 27.
anbuden, samt när anbuden ska prövas.45 Leverantörer ska alltså ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla måste t.ex. få samma möjligheter att ta ställning till den relevanta information som finns för upphandlingen. En offentlig beställare får inte missgynna en leverantör till förmån för en annan eller gynna en leverantör till nackdel för en annan.46 Principen tillämpas även på anbudsförfrågan och anbudsförfarandets villkor.47 Likabehandlingsprincipen har också använts för att utveckla regler om förbud mot vissa otillåtna ändringar av kontrakt, detta ämne behandlas dock inte uttryckligen i direktiven.48

2.3 Proportionalitetsprincipen

En upphandling ska genomföras med hänsyn till principen om proportionalitet. Principen innebär att de åtgärder som en offentlig beställare vidtar, t.ex. de krav som ställs i upphandlingen, inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen.49 Även upphandlingens art och värde ska beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså skall kraven på anbudsförfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art.50 Pedersen förklarar som ett exempel på detta att en offentlig beställare som upphandlar byggentreprenad av en skola t.ex. inte får ställa krav på att en byggentreprenör, för att kunna tilldelas kontraktet, ska ha byggt 100 skolor eller ha erfarenhet av helt andra typer av byggprojekt.51

2.4 Transparensprincipen

Transparensprincipen52 innebär att en upphandling ska genomföras med öppenhet och transparens. Principen utgör en skyldighet för den offentliga beställaren att lämna insyn, vilket förutsätter att det inte är svårt eller omöjligt för en rimligt informerad och normal omsorgsfull leverantör att förstå innebörden av kriterier och hur upphandlingen ska genomföras. Principen innebär också att alla villkor och bestämmelser avseende förfarandet för kontraktstilldelning

46 Pedersen, 2019, s. 31–32; Se även HFD 2016 ref. 37 där Högsta förvaltningsdomstolen behandlar likabehandlingsprincipen.
48 Arrowsmith, 2014, s. 619.
49 Se dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl., C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644, punkt 41; Principen har även behandlats av HFD i RÅ 2010 ref. 78.
50 Prop. 2006/07:128, s. 155.
51 Pedersen, 2019, s. 32.
52 Även kallad ”Oppenhetsprincipen”, se Pedersen, 2019, s. 32.
skulle uttryckas klart, precis och otvetydigt. Principen förutsätter även att t.ex. uppgifter som gäller upphandlingsförfarandet inte hemlighålls, att upphandlingen annonseras offentligt, att de som deltagit i ett anbudsförarande informeras om resultatet av upphandlingen och att upphandlingshandlingarna i princip är offentliga. Principen syftar huvudsakligen till att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida.

2.5 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskriminering innebär att leverantörer måste behandlas lika, även oberoende av faktorer som endast är hänförliga till själva upphandlingen. Det kan t.ex. röra sig om nationalitet och etableringsort, vilket i praktiken innebär att den egna ortens leverantörer inte får gynnas på ett orättvist sätt. Detta innebär att en svensk offentlig beställare inte kan ställa krav på att leverantören ska vara svensk eller ställa sådana krav som uppenbarligen endast svenska leverantörer kan uppfylla. Innebörden av principen om icke-diskriminering har tolkats så att de krav som ställs på upphandlingen inte får gynna någon som kommer från orten eller representerar ett visst område, eftersom detta leder till diskriminering av företag från andra länder och inte heller på annat sätt vara diskriminerande. Principen kan ses som ett specifikt uttryck av den mer generella likabehandlingsprincipen, där icke-diskrimineringsprincipen tjänar som en påminnelse att diskriminering p.g.a. nationalitet inte är tillåtet samt som en indikation att existensen av sådan diskriminering ska bedömas på samma grund enligt EU:s primärrätt.

---

54 Prop. 2006/07:128, s. 155.
55 Upphandlingsmyndigheten, De grundläggande upphandlingsprinciperna, ”Principen om öppenhet”, upphandlingsmyndigheten.se (Hämtad 2021-01-27).
56 Forsberg, 2019, s. 98.
58 Prop. 2006/07:128, s. 155.
59 Arrowsmith, 2014, s. 621.
3. Avtalsvillkor i upphandrade kontrakt

3.1 Kontrakt och ekonomiska villkor

Den upphandlingsrättsliga definitionen av begreppet ”kontrakt” finns stadgat i 1:15 LOU där det framgår att med kontrakt avses 1) ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer, och 2) avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad. Kontrakten ska ha ekonomiska villkor, vilket avser att ett avtal om gåva eller annat benefikt fång alltså inte kan vara ett kontrakt.60 I LOU-direktivet definieras ”offentligt kontrakt” på ett liknande sätt som ”ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av byggentreprend, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster”.61 Någon upphandlingsrättslig definition med vad som avses med ”ekonomiska villkor”, ”kommersiella villkor” eller liknande finns varken med i LOU eller i LOU-direktivet.

I förarbetena till LOU anser regeringen och Lagrådet att det föreligger ofrånkomliga kopplingar mellan civilrätten och upphandlingsrätten, som genom det nya LOU-direktivet även stärkts på vissa områden. Det finns dock också särskilda brister i direktivet när det gäller hur olika begrepp och termer används, vilket både regeringen och Lagrådet pekar ut.62 Kontraktet i LOU:s mening är inte ett formalavtal som faller utanför avtalslagens område.63 Ett skriftligt anbud som följs av en skriftlig ren accept anses dock inte konstituera ett kontrakt i LOU:s mening, däremot är det allmänt erkänt att ett anbud som följs av ren accept kan utgöra ett bindande avtal.64 LOU utgör en procedurlagstiftning och styr i vilka fall, och på vilket sätt, offentliga beställare måste konkurrensutsätta avtal som de planerar att ingå. Kontraktets avtalsrättsliga verkningar lyder däremot under respektive medlemsstats avtalsrätt, varför varken LOU eller LOU-direktivet reglerar parternas förhållande till varandra.65

---

60 Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 1 kap. 15 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-10.
61 Se artikel 2.5 LOU-direktivet.
62 Prop. 2015/16:195 s. 304.
63 Prop. 2001/02:142 s. 73; Pedersen, 2019, s.133; se även domskälen i RÅ 1996 ref. 50.
64 Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 1 kap. 15 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-11.
65 SOU 2014:51 s. 318.
3.2 Kommersiella villkor

Kontraktets innehåll dvs. de avtalsvillkor som ska gälla under avtalstiden är ofta benämnda som ”kommersiella villkor”. Konkurrensverket definierar kommersiella villkor som ”de villkor som reglerar kontraktsrättsliga förhållandena under avtalstiden”. De kommersiella villkoren är detaljer som är kopplade till föremålet för upphandlingen men inte reglerar kraven på föremålet i sig. En beskrivning av produktens egenskaper utgör exempelvis inte ett kommersiellt villkor men vad som gäller då produkten avviker från det som avtalats kan dock utgöra ett kommersiellt villkor. De kommersiella villkoren utgör alltid en del av upphandlingsdokumenten. I vissa fall är de inskrivna direkt i själva upphandlingsdokumenten och i vissa fall i form av en bilaga. Ibland finns de kommersiella villkoren med som en del av ett fullständigt avtalsförslag. Begreppet ”upphandlingsdokument” har ersatt det mer etablerade begreppet ”förfrågningsunderlag” och finns definierat i 1:23 LOU. Enligt förarbetena är begreppet definierat som en samlande beteckning för de olika typer av dokument som en upphandlande myndighet tar fram eller hänvisar till för att fastställa eller beskriva innehållet i en upphandling, där begreppet även omfattar förslag till kontraktssvillkor.


Insikten att allt har ett pris är därför en nödvändig beståndsdel i alla upphandlingar. Det gäller både beskrivningen av avtalsobjektet och övriga kommersiella villkor, inte minst påföljderna

66 Pedersen, 2019, s.125.
67 Konkurrensverket, Ordlista, ”Kommersiella villkor”, konkurrensverket.se, 2017-10-30 (Hämtad 2020-12-11).
68 Kammarkollegiets Vågledning om kommersiella villkor (2014:1), s. 4.
69 Prop. 2015/16:195 s. 944.
70 Forsberg, 2019, s. 437.
71 Rosén Andersson, Helena, Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, Andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2015, s. 89.

### 3.3 Ändring av avtalsinnehåll

#### 3.3.1 Aktiva ändringar

Avtalsrätten bygger på principerna om rätten för var och en att fritt ingå avtal och skyldigheten för parterna att infria avtalet genom avtalsbundenheten. Principen om avtalsbundenhet, *pacta sunt servanda*, är djupt rotad av mänskliga och politiska värderingar. En del av avtalsfriheten innebär att parterna får fritt bestämma om avtalsinnehållet.74 Det anses vara en allmän princip att parterna disponerar över avtalet. Detta innebär att de kan komma överens om att ändra eller upphäva det ursprungliga avtalet. Parternas samstämmiga vilja, den gemensamma partsavserken, är avgörande för fastställandet av avtalets innehåll. Parterna kan också bestämma över tillämpningen av avtalet, en ”felaktig” tillämpning kan pågå så länge ingen av parterna påpekar avvikelsen.75

#### 3.3.2 Passiva ändringar

I ett löpande avtal kan det ibland förekomma att en part underlåter att göra gällande en rätt som följer av ett villkor i avtalet. Utgångspunkten är förstås att parterna är bundna av sitt avtal under löptiden, dock gäller som en allmän grundsats att parterna har möjlighet att förfoga över avtalet tillsammans. Enkelt uttryckt innebär det att de kan ändra delar av eller hela avtalet till att innehålla något annat än vad de från början kommit överens om. En förutsättning för ändring är dock att parterna gör det *tillsammans* och i fullt *samförstånd*. Överenskommelsen innebär i

73 Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1), s. 6.
74 Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*. Elfte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2019, s. 33
så fall att de i delar sluter ett nytt avtal som ryms inom det ursprungliga avtalet. För att avgöra om två avtalsparter kan anses ha enats i en överenskommelse av detta slag görs en bedömning enligt allmänna avtalsrättsliga regler, vilket därmed innebär att det inte bör föreligga något principiellt hinder mot att tillämpa passivitetsregler även rörande överenskommelser i det löpande avtalet.\footnote{P. Björkdahl, Erika, *Passivitet och konkludent handlande – särskilt i samband med hyresavtal*, JT, Nr 2 2013/14, s. 251.} En annan förutsättning är att den eftergivande parten måste vara medveten om att dennes handlande står i strid med avtalet eller i vart fall bör förstå det.\footnote{Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, Avtalsrätt 2, 6., [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010, s. 101.}


I NJA 2018 s. 171 uttalade HD att en part som ”tillämpar ett avtal generöst genom att inte göra gällande sina rättigheter fullt ut vid de tidpunkter de förfaller eller annars ska fullgöras av motparten, kan detta leda till att parten förlorar rätten att kräva ytterligare prestation för förflytten tid”.\footnote{HD:s domskäl p. 12, NJA 2018 s. 171.} Bakgrunden i målet var att en passiv hyresvärd under ungefär tio år inte framförde krav på omsättningshyra som parten enligt lokalhyresavtalet hade rätt till. För att passiviteten ska kunna uppfattas som en bindande viljeförklaring krävs som huvudregel att den passiva avtalsparten har varit medveten om att avtalstillämpningen avvikit från vad som ursprungligen avtalats.\footnote{HD:s domskäl p. 11, NJA 2018 s. 171.}

Bergström och Stern skriver i en artikel att enligt HD:s konstaterande i rättsfallet ovan innebär en passivitet inte nödvändigvis att avtalet har ändrats i civilrättslig bemärkelse. Har en avtalspart inte använt sig av en avtalsbestämmelse tidigare, går det alltså för framtiden bestämma sig för att tillämpa den ändå. Detta aktualiserar de frågor om väsentliga ändringar

\footnote{P. Björkdahl, Erika, *Passivitet och konkludent handlande – särskilt i samband med hyresavtal*, JT, Nr 2 2013/14, s. 251.}
enligt LOU. Enligt författarna kan det ligga nära till hands att hävda att avtalet, även om en bestämmelse inte avtalats bort, har ändrats utifrån ett LOU-perspektiv.

Genom att offentliga beställare inte tillämpar avtalet korrekt riskerar det att den kan ha gjort sig skyldig till en väsentlig ändring enligt någon av bestämmelserna i 17 kap. LOU. Det skulle alltså kunna innebära att ingen ändring av avtalet sker utifrån ett civilrättsligt perspektiv men att det samtidigt går att hävda att en otillåten ändring har skett enligt 17 kap. LOU genom att en annan part, om de vetat att t.ex. ett vite inte skulle utgå under en viss period hade lämnat ett bättre anbud, och att skadestånd då i stället kan utgå enligt LOU. Det skulle dock även kunna vara så att reglerna om avtalsändring i 17 kap. LOU ska läsas med kännedom av den nationella avtalsrätten, med följden att det som är tillåtet enligt det ena regelverket även är tillåtet enligt det andra, men det rådande rättsläget är oklart enligt författarna.82

---

82 Bergström, Björn & Stern, Johan, Passivitet i förhållande till ändring av avtal, Upphandling24.se, 2018-06-04 (Hämtad 2020-12-14).
4. LOU-direktivet och EU-rättspraxis

4.1 Nya bestämmelser i LOU-direktivet

I LOU-direktivets art. 72 regleras för första gången ett flertal situationer när ändringar av kontrakt och ramavtal är tillåtna under avtalets löptid.83 Syftet med ändringsbestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven är att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt eller ramavtal kräver ett nytt upphandlingsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från EU-domstolen.84 Bestämmelserna i de nya upphandlingsdirektiven utgör alltså i stor utsträckning en kodifiering av EU-domstolens rättspraxis varför det är relevant för tolkningen av bestämmelserna att känna till rättsfallen.85 Den rättspraxis från EU-domstolen som ligger till grund för bestämmelserna i direktivet har en fortsatt relevans för tolkning av bestämmelserna i LOU-direktivet.86 Följande kapitel inriktar sig på den rättspraxis som anses ha relevans för ändringar av kommersiella villkor i upphandlade kontrakt.

4.2 Bakgrund till LOU-direktivet gällande ändringar av kontrakt

I förslaget till LOU-direktivet framgår det att ändringar av kontrakt under deras löptid har blivit en alltmer problematisk och angelägen fråga för aktörerna. De särskilda bestämmelserna som behandlar detta utgår från grundlösningar som utvecklats genom rättspraxis och ska ge en pragmatisk lösning på hanteringen av oförutsett omständigheter som kräver att ett offentligt kontrakt behöver anpassas under dess löptid.87 Det anses, som tidigare nämnt, mot bakgrund av EU-domstolens rättspraxis nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver en ny upphandling. Om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, krävs en ny upphandling. Ändringar av detta slag visar att parterna har för avsikt att omförhandla väsentliga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade

---

83 Upphandlingsmyndigheten, Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen, Rapport 2017:4, s. 7.
84 Se skäl 107 i LOU-direktivet.
85 Upphandlingsmyndigheten, Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen, Rapport 2017:4, s. 9.
86 Arrowsmith, 2014, s. 598.
87 Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling /* KOM/2011/0896 slutlig - 2011/0438 (COD) */*, p. 1 i "Närmare redogörelse för förslaget".
villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.88

Strukturen i art. 72 i LOU-direktivet avviker i grunden från förslaget89 eftersom den börjar med att lista ett antal undantag där kontrakt och ramavtal kan ändras utan ett nytt upphandlingsförfarande. I bestämmelsen är det fastställt att väsentliga ändringar leder till en skyldighet att kräva ett nytt upphandlingsförfarande om de inte omfattas av de sagda undantagen. Treumer anser att de viktigaste kriterierna för bedömning av om en ändring bör betraktas som väsentlig anges i art. 72.4 i enlighet med avgörandet i Pressetext.90 Detta framstår som en rak kodifiering av rättspraxis men kan tolkas som en strängare kodifiering än EU-domstolens avgörande i Pressetext. Detta eftersom LOU-direktivet i olika stycken använder frasen ”ska” istället för ”kan”, där den senare används i Pressetext-avgörandet. Det bör även enligt Treumer noteras att det anges att ändringar är betydande när de inför villkor som ”skulle ha lockat ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet”. Detta framgår inte av domstolen i Pressetext-avgörandet men torde vara en relevant och okontroversiell förtydligande av kriterierna.91

Treumer noterar även brister i LOU-direktivet där det i skäl 110 anges att den anbudsgivare som tilldelats kontrakt inte bör bytas ut utan ett nytt upphandlingsförfarande om ett kontrakt sägs upp p.g.a. brister i prestationen. Den aktuella omständigheten är kopplat till betydande rättslig osäkerhet. Det hade enligt författaren varit att föredra att direktivet hade förtydligat att den offentliga beställaren kan tillåta vissa ändringar i händelse av brister i prestanda och beskrivna kriterier för när sådana ändringar är tillåtna, med hänsyn till det allmänna intresse för en mer flexibel syn på frågan.92

88 Förslag till EUROPAAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling /* KOM/2011/0896 slutlig - 2011/0438 (COD) */*, skäl p. 45.
89 Förslag till EUROPAAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling /* KOM/2011/0896 slutlig - 2011/0438 (COD) */
4.3 EU-domstolens rättspraxis om ändringar av kontrakt

Regleringen om väsentliga ändringar i offentliga kontrakt anses ha sin utgångspunkt i EU-domstolens avgörande Pressetext. Resonemanget bakom avgörandet är att om ett upphandlat kontrakt ändras alltför mycket i förhållande till de ursprungliga villkoren har den offentliga beställaren tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor. Det är därmed inte det ursprungliga kontraktet som återigen träffas av den upphandlingsrättsliga regleringen, utan istället anses det vara fråga om ett nytt kontrakt. Det är detta nya kontrakt som kan träffas av lagarnas bestämmelser om upphandlingsskyldighet. Kommissionen har efter detta avgörande precisat denna rättspraxis i reglerna om ändring av kontrakt. Denna reglering är således mer detaljerande i direktivet än själva avgörandet i målet.


EU-domstolen uttalade att ändringar i offentliga kontrakt under dess löptid ska anses utgöra en ny upphandling respektive nytt ingående 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

93 Se dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351.
94 Pedersen, 2019, s. 189–190.
95 Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap. 8 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-04.

23
kontraktet. I målet räknade domstolen upp tre olika punkter som var för sig talar för att en ändring i ett offentligt kontrakt är betydande. En ändring ska anses vara betydande om; det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs; den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträckts så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs; den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet. Domstolen angav uttryckligen att det var med dessa överväganden som prövningen av ändringar i målet skulle göras. Enligt Hartlev och Wahl Liljenbø är det som en allmän regel en stark antydning att ändringen är väsentlig om endast en av dessa punkter uppfylls.

Enligt den första punkten måste ändringen ses mot bakgrund av den ursprungligen accepterade anbudsgivaren. Hartlev och Wahl Liljenbø skriver att det först och främst måste bedömas om ändringen skulle ha inneburit att andra leverantörer som inte var kapabla eller inte hade någon önskan att delta i det ursprungliga anbudet skulle ha kunnat eller hade önskat delta om ändringen hade varit en del av de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Detta kan t.ex. vara fallet vid ett offentligt anbud där det i upphandlingsdokumenten anges ett kommersiellt villkor att leverantören måste tillhandahålla en bankgaranti på 100 procent av leveransvärden. Om detta krav därefter sänks till 50 procent av leveransvärden p.g.a. att den tilldelade leverantören inte kan ge en högre garanti, kan det troligen inte uteslutas att gruppen av anbudsgivare skulle ha varit annorlunda om kravet på bankgaranti endast hade varit 50 procent i de ursprungliga upphandlingsdokumenten.


---

99 Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, 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. 54.
100 Se dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543.
kontraktsföremål som pris. En annan typ av teknologi hade valts och priset hade höjts med cirka 10 procent jämfört med det första kontraktsförslaget. Kommissionen väckte talan mot upphandlingen och domstolen fick bland annat anledning att pröva om ändringarna av det första kontraktsförslaget kunde anses innebära en väsentlig ändring med innebörd att ett nytt avtal hade ingåtts. EU-domstolen konstaterade att det förhållandet att det rörde sig om en ny version av teknologi inte bevisade att det skett en omförhandling av ett väsentligt villkor i avtalet. Ändringen berodde på den materialutveckling som skett under tiden och ändringen var dessutom endast marginell och domstolen tog även hänsyn till den tid som förflutit.101 Avseende prisskillnaden konstaterade EU-domstolen att prisutvecklingen följde av en exakt tillämpning av den formel för prisöversyn som fanns i det kontraktsförslag som de båda parterna kommit överens om. Eftersom prissförändringen följt formeln var prissförändringen snarare ett bevis på kontinuitet i förfarandet än för att ett väsentligt villkor i avtalet hade omförhandlats. Sammanfattningsvis fann domstolen att det inte var visat i målet att de nya förhandlingarna visade på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet.102

Målet utgör ett tidigt exempel på domstolens inställning att ändringar som följer av bestämmelser i avtalet närmast är att se som en tillämpning av avtalet och inte som en omförhandling av väsentliga villkor. Målet utgör därmed grund för bestämmelsen om ändringar i form av ändrings- eller optionsklausuler.103

I målet Succhi di Frutta uttalade EU-domstolen att en upphandlande myndighet inte får ändra anbudsförfarandets allmänna struktur genom att ensidigt ändra ett av de grundläggande villkoren för detta. Myndigheterna får särskilt inte ändra en bestämmelse som skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna ett väsentligen annorlunda anbud.104 Om den upphandlande myndigheten vill ha möjligheten att ändra vissa villkor efter tilldelningsbeslut har meddelats måste det framgå av anbudsinförдан att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor. På så vis får samtliga leverantörer som är intresserade av att delta i upphandlingen kännedom om detta från början och behandlas därmed lika när de utformar sina anbud. Har möjligheten till sådana ändringar inte reglerats måste en ny upphandling ske.105

103 Upphandlingsmyndigheten, Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen, Rapport 2017:4, s. 9.
I målet tydliggörs att för att kunna ändra ett väsentligt villkor i avtalet måste det anges i upphandlingsdokumenten att en anpassning kan komma att ske och på vilka villkor, dvs. vad som nu regleras i bestämmelsen om ändringar genom ändrings- eller optionsklausuler. Ändringsklausuler kan till viss del säkerställa flexibilitet i villkoren i avtalet. Klausulerna kan dock inte utarbetas för breda för att täcka alla möjliga ändringskrav, eftersom transparensprincipen i upphandlingsreglerna innebär att alla villkor i kontraktet måste vara exakta och entydiga. Denna princip är applicerbar på ändrings- och optionsklausuler enligt EU-domstolen i Succhi di Frutta.


EU-domstolen konstaterade att en ändring av delarna i ett kontrakt genom en inskränkning av upphandlingsföremålet kan få till följd att ett större antal ekonomiska aktörer kan bli intresserade av att lämna anbud. En inskränkning av upphandlingsföremålet innebär nämligen att kontraktet blir intressant även för mindre ekonomiska aktörer. EU-domstolen fastställde även att parternas avsiktliga vilja att omförhandla kontraktsvillkoren inte är en avgörande omständighet. Klassificeringen av den väsentliga ändringen ska således göras utifrån ett objektivt synsätt. EU-domstolen anger att kriterierna för detta objektiva synsätt är om de planerade ändringarna antingen resulterar i att kontraktet i hög utsträckning utvidgas till delar som inte ursprungligen föreskrivits eller i att kontraktsämbetet jämvikt ändras till förmån för anbudsgivaren, eller också om dessa ändringar innebär att kontraktstilldelningen kan

---

106 Upphandlingsmyndigheten, Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen, Rapport 2017:4, s. 10.
107 Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, 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. 58.
109 Se dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634, p. 29.
110 Se dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634, p. 33.
ifrågasättas på så sätt att om dessa ändringar hade funnits med i de handlingar som användes i förfarandet för den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta. Domstolen hänvisar också till domen Pressetext när den anger detta resonemang.\(^{111}\)

5. Ändringar i upphandlade kontrakt

5.1 Reglerna i LOU

Huvudregeln är att LOU endast gäller under pågående upphandling. Det har dock länge varit känt att väsentliga förändringar i upphandlade kontrakt kan innebära att upphandlingslagstiftningens bestämmelser åter blir tillämpliga.\textsuperscript{112} Redan år 2000 uttalade EU-domsten att betydande skillnader visar en önskan från parternas sida att omförhandla väsentliga villkor i avtalet kan medföra att upphandlingsreglerna blir aktuella.\textsuperscript{113} I samma rättsfall fastställer EU-domsten att ett upphandlingsförfarande är påbörjat när den offentliga beställaren har valt upphandlingsförfarande, och avslutat när ett giltigt kontrakt har tecknats med en leverantör.\textsuperscript{114}

Det saknades bestämmelser i ÄLOU om ändringar av kontrakt och ramavtal. Istället gällde de EU-rättsliga principerna som nu finns i 4:1 LOU.\textsuperscript{115} Det undantag som fanns i ÄLOU var att det däremot gick av möjligheterna till förhandlat förfarande utan annonsering göra vissa ändringar av förhållandena under löptiden. Detta kunde göras utan ett uppsökande av konkurrens som ett ordinärt upphandlingsförfarande är avsett att säkerställa och en ny upphandling behövdes inte.\textsuperscript{116} Reglerna om ändring i kontrakt i LOU var en nyhet i och med LOU-direktivet från 2014. Bestämmelserna ska dock inte uppfattas som regler om när en ändring är tillåten. Om ett kontraktssinnehåll kan ändras eller inte är beroende av kontraktet och hur detta ska bedömas enligt avtalsrättsliga regler. Reglerna i upphandlingslagstiftningen, som är offentligrättslig lagstiftning, innehåller inte sådana bedömningar. Reglerna om ändring av kontrakt gäller istället \textit{i vilka situationer en ändring föranleder att en ny upphandling ska göras}.\textsuperscript{117}

Möjligheterna för ändringar i offentliga kontrakt anges uttömmande i 17:9–14 LOU. Om en ändring görs utan stöd i någon av dessa bestämmelser utgör det därmed en direktupphandling som kan vara otillåten enligt LOU. Reglerna är tillämpliga från det att avtalet börjar gälla, inte

\begin{flushright}
\textsuperscript{112} Pedersen, 2019, s. 189.  \\
\textsuperscript{113} Se dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, ECLI:EU:C:2000:543.  \\
\textsuperscript{114} Se dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, ECLI:EU:C:2000:543, punkt 36 och 37.  \\
\textsuperscript{115} Falk, Jan-Erik, \textit{Lag om offentlig upphandling: en kommentar}, Fjärde upplagan, Jure, Stockholm, 2020, s. 388.  \\
\textsuperscript{116} SOU 2014:51, s. 314.  \\
\textsuperscript{117} Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap. 8 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-04.
\end{flushright}
från en eventuell senare tidpunkt t.ex. när det börjat löpa.\textsuperscript{118} Enligt förarbetena är huvudregeln att villkoren i ett kontrakt inte får ändras utan att det görs en ny upphandling.\textsuperscript{119} Skälen till denna restriktivitet är att ändringarna kan betraktas som så omfattande att de förändrar karaktären av kontraktet. Det som ursprungligen efterfrågades i upphandlingen kan resultera i något annat, och det kan anses utgöra ett kringgående av LOU.\textsuperscript{120}

Undantagen till huvudregeln i 17:9–14 LOU utgör dock de flera avstånd från huvudregeln att kontrakt inte får ändras. Offentliga beställare måste emellertid säkerställa att eventuella ändringar av kontrakt omfattas av undantagen. De ändringar som inte har stöd av någon undantagsbestämmelse i LOU utgör enligt förarbetena en otillåten direktupphandling.\textsuperscript{121} EU-domstolen har i sin dom i målet \textit{Stadt Halle} uttalat att otillåten direktupphandling av kontrakt är en av de allvarligaste överträdelserna av unionslagstiftningen som en offentlig beställare kan begå.\textsuperscript{122}

Följande kapitel kommer inte gå närmare inpå regeln om kompletterande beställningar i 17:11 LOU eller regeln om byte av leverantör i 17:13 LOU. Detta då den förra inte hänför sig direkt till de kommersiella villkoren, utan avser en kompletterande beställning av en vara eller tjänst som rör de reglerade kraven på föremålet i sig. Den senare regeln rör omständigheter utanför villkoren i det offentliga kontraktet och avser inte ändringar av kommersiella villkor, utan avser parternas interna omständigheter i sig.

### 5.2 Ändringar av mindre värde

Regeln om ändringar av mindre värde har genomförts i enlighet med art. 72.2 i LOU-direktivet.\textsuperscript{123} Ett kontrakt får ändras utan en ny upphandling om ökningen eller minskningen är av mindre värde. Detta med förutsättning att kontraktets övergripande karaktär inte ändras. För att det ska anses vara en ändring av mindre värde uppges det två villkor i 17:9 LOU. Ökningen eller minskningen av kontraktets värde ska vara mindre än det tröskelvärde som stadgas i 5:1 LOU, och 10 procent av kontraktets värde, om det är fråga om varu- eller tjänsteupphandling.

\textsuperscript{118} Prop. 2015/16:195 s. 1127; Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap. 8 §, Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-04.
\textsuperscript{119} Prop. 2015/16:195 s. 844.
\textsuperscript{120} Lindahl Toftegaard, 2020, s. 170.
\textsuperscript{121} Prop. 2015/16:195 s. 1127; Forsberg, 2019, s. 290.
\textsuperscript{122} Se dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5, p. 25.
\textsuperscript{123} Prop. 2015/16:195 s. 1128; jämför med skäl 107 i LOU-direktivet.
eller 15 procent av kontraktsvärdena vid upphandling av byggentreprenad. Vid uppskattning av värdet av ändringen ska den offentliga beställaren använda samma principer som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap. LOU. Om det uppstår flera ändringar efter varandra, ska det samlade värdet av ändringarna jämföras med de värden som anges i första stycket i 17:9 LOU.124

Villkoren i art. 72.2 LOU-direktivet diskuteras kraftigt under förhandlingarna och den slutgiltiga bestämmelsen var mer flexibel än vad som ursprungligen föreslogs i utkastet till Europeiska kommissionen. Det följer av utkastet att värdet ska vara lägre än 5% av det ursprungliga kontraktets värde. Som följer har detta värde nu ökats till 10% för varor och tjänster och 15% för entreprenadarbeten.125

5.3 Ändrings- eller optionsklausuler

Denna bestämmelse i 17:10 LOU gäller utan begränsning av kontraktets värde, till skillnad från den ovan nämnda bestämmelsen. Enligt denna regel får en offentlig beställare ändra ett kontrakt i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att genomföra en ny annonsering av en till upphandling. Denna regel är villkorad genom att fyra förutsättningar måste uppfyllas för att få tillämpa bestämmelsen. Villkoren kräver att det har angetts en klausul i de ursprungliga upphandlingsdokumenten där det framgår att kontraktet kan ändras, och att det framgår under vilka förutsättningar en sådan ändring eller komplettering kan tillämpas. Detta ska ha beskrivits klart, entydigt och exakt, samt omfattningen och arten av ändringarna som kan göras ska vara angivna.126

I LOU-direktivet anges att denna regel inte ska kunna ges obegränsad frihet. Som exempel anges att det genom tillräckligt tydliga utformade ändringsklausuler eller optioner exempelvis får föreskriva prisindexering. Det bör också vara möjligt att genom tillräckligt klara klausuler föreskriva anpassningar av kontraktet som har blivit nödvändiga p.g.a. tekniska svårigheter som har framkommit vid användning eller underhåll. Ett annat exempel på en ändringsklausul är en klausul som medger att avtalet får förlängas för en viss period, om parterna kommer överens

124 Forsberg, 2019, s. 290–291.
126 Falk, 2020, s. 390–391.
om det. Byte av leverantör kan även göras med stöd av en ändringsklausul eller en option.\textsuperscript{127} Oavsett hur tydlig klausulen är gäller dock att ändringen inte är tillåten om den medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras.\textsuperscript{128}

Prisändring och avtalsförlängning med ändringsklausuler har varit i fråga i HFD.\textsuperscript{129} Stockholms läns landsting (SLL) hade genomfört en upphandling av en tjänst, s.k. maskinell dosdispenser av läkemedel. Genom upphandlingen tecknade SLL avtal med Apoteket AB. Efter förhandlingar förlängde SLL avtalet till att gälla även för en ny period i enlighet med en möjlig option i avtalet. I samband med förlängningen kom parterna även överens om att det avtalade priset per dos skulle sänkas. Apotekstjänst Sverige AB ansökte om överprövning och yrkade att förvaltningsrätten skulle besluta att avtalsförlängningen var ogiltig. Apotekstjänst anförde bland annat att prissänkningen var en väsentlig ändring av avtalet och att förlängningen därmed var att anse som ett nytt kontrakt. Med hänsyn till EU-domstolens avgörande i \textit{Pressetext} anförde HFD att ändringar i avtalsvillkor ska anses utgöra en ny upphandling samt ett nytt ingående av ett kontrakt bara om ändringarna upprisar betydande skillnader gentemot bestämmelser i det ursprungliga kontraktet, och därmed visar en avsikt att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. Vidare anförde HFD att EU-domstolen i \textit{Pressetext} (och även i avgörandet \textit{Finn Frogne}) uttalat att en kontraktsändring, som endast är en tillämpning av bestämmelser i ursprungskontraktet, inte utgör en ändring av de väsentliga villkoren i det kontraktet.

Av skäl 111 i LOU-direktivet följer att offentliga beställare har beviljats ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning eftersom bestämmelsen ger en tydlig möjlighet, med begränsningar, för användning av ändringsklausuler. Omfattningen av detta utrymme för skönsmässig bedömning förmodas dock bäst att avgöras närmare av rättspraxis från nationella domstolar och prövningsnämnder, och i slutändan av EU-domstolen. Utövare kan förvänta sig att konkurrenter kommer att utmana effekten av sådana ändringsklausuler och optioner. Nationella domstolar och granskningsnämnder bör noggrant granska sådana klausuler och

\textsuperscript{127} Prop. 2015/16:195 s. 1128–1129.
\textsuperscript{128} Upphandlingsmyndigheten, \textit{Ändringar av kontrakt och ramavtal – möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen}, Rapport 2017:4, s. 25.
\textsuperscript{129} HFD 2016 ref. 85.
optioner så att de inte urholkar skyldigheten att konkurrensutsätta kontraktet på nytt i praktiken.\textsuperscript{130}

Hartlev och Liljenbø rekommenderar ändringsklausuler och optioner för att möjliggöra flexibilitet under perioden från undertecknandet till kontraktets slut. Den offentliga beställaren uppmanas att i upphandlingsdokumenten vid anbudsstadiet att hänvisa till möjligheten till efterföljande ändringar så att eventuella ändringar kan ske \textit{i} kontraktet och inte som en ändring \textit{av} kontraktet. Den offentliga beställaren bör se till att projektet, oavsett efterföljande förändring, har varit öppet för konkurrens så att möjligheten till ändringen har varit tydlig för anbudsgivarna vid anbudsskedet. Av den anledningen bör ändringsklausulerna vara specifika och förutsebara, och helst objektivt motiverade.\textsuperscript{131}

5.4 \textbf{Oforutsebara omständigheter}

Vid omständigheter som den offentliga beställaren inte har kunnat förutse, eller borde ha förutsett, vid beslutet att tilldela kontrakt kan det uppstå behov av ändringar i kontrakt. En sådan ändring kan göras utan en ny upphandling men med villkor att ändringen inte medför att kontraktets övergripande karaktär ändras, eller innebär att värden av kontraktet ökar med mer än 50 procent.\textsuperscript{132} Begreppet ”oförutsebara omständigheter” avser enligt LOU-direktivet omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den offentliga beställaren har kunnat visa på skälig omsorg vid den ursprungliga kontraktstilldelningens förberedelser. Hänsyn ska tas till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det område som berörs samt behovet av att säkerställa ett lämpligt förhållande mellan de resurser som ägnas åt att förbereda tilldelningen av kontraktet och dess förutsebara värde. Enligt skälen ska viss hänsyn särskilt tas när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tidsperiod. I sådana fall behövs det en viss flexibilitet för att kontraktet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande.\textsuperscript{133}

Som ett exempel på en oförutsebar omständighet har upphandlingsmyndigheten av aktuella händelser utgivit en rekommendation om ändringar av avtal p.g.a. covid-19-pandemin. Följden


\textsuperscript{131} Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, Morten, \textit{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. 73.

\textsuperscript{132} Forsberg, 2019, s. 293.

\textsuperscript{133} Se skäl 109 i LOU-direktivet.
av covid-19-pandemin är att många leverantörer till offentlig sektor har ekonomiska svårigheter och problem att leva upp till kraven i offentliga kontrakt. Samtidigt kan offentliga beställares behov ha förändrats. Upphandlingsmyndighetens uppfattning är den att Covid-19-pandemin är en oförutsedd omständighet enligt 17:12 LOU. För att få göra en ändring i avtalet ska behovet av ändringen bero på denna oförutsedda omständighet. I EU-domstolens praxis har kravet på oförutsebarhet ställts högt och omständigheterna ska i princip ha karaktären av force majeure, som exempelvis naturkatastrofer eller epidemier, för att anses som oförutsebara. Upphandlingsmyndigheten listar som exempel på olika tillåtna ändringar enligt aktuellt fall kan innebära att låta bli att använda vitesklausuler eller andra sanktioner, senareläggning av leverans, tidigareläggda betalningen och ändra formerna för leverans.134 Europeiska rådet har i ett pressmeddelande skrivit att som i en del av de ekonomiska svårigheterna p.g.a. covid-19-pandemin har medlemsländerna på en nationell nivå rätt att exempelvis avstå sin rätt till vitesklausuler gentemot leverantörer i offentliga kontrakt.135

För ändringar av avtal under tröskelvärdena enligt 19 kap. LOU136 enligt samma exempel som ovan finns det inga bestämmelser som reglerar utrymmet för att göra ändringar av avtal. De direktivstyrda bestämmelserna om ändringar av avtal i 17 kap. LOU får dock anses bygga på generella principer som även gäller upphandlingar under tröskelvärdena. Upphandlingsmyndigheten hävdar att en generell utgångspunkt är att utrymmet för att göra ändringar i avtal som ingåtts efter upphandling enligt 19 kap. LOU åtminstone inte är mindre än de som följer av de direktivstyrda bestämmelserna om ändringar av avtal i 17 kap. LOU.137

5.5 Ändringar som inte är väsentliga

Ett kontrakt kan ändras utan att en ny upphandling trots att ändringen inte omfattas av bestämmelserna i 17:9–13 LOU, med förutsättningen att ändringen inte är väsentlig. I 17:14 LOU anges några exempel på vad som kan innebära väsentliga ändringar. Exemplet som anges i lagen är om ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha inneburit att det varit möjligt för andra anbudsökande att delta och

134 Upphandlingsmyndigheten, Vägledning om ändring av avtal på grund av covid-19-pandemin, upphandlingsmyndigheten.se (Hämtad 2021-01-21).
136 Se mer om ändringar av avtal enligt 19 kap. LOU nedan i avsnitt 5.7.
137 Upphandlingsmyndigheten, Vägledning om ändring av avtal på grund av covid-19-pandemin, upphandlingsmyndigheten.se (Hämtad 2021-01-21).
kvalificeras i upphandlingen. Ett annat exempel är om ändringen innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats, eller är part i, kontraktet. En ändring är också väsentlig om den medför att omfattningen av kontraktet utvidgas betydligt, eller innebär ett byte av leverantör.\footnote{138 Forsberg, 2019, s. 294.} Denna uppräkning är exempel och har sin anknytning till EU-domstolens dom \textit{Pressetext}.\footnote{139 Prop. 2015/16:195 s. 1132; se dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, ECLI:EU:C:2008:351, p. 35–37 och 40.}

Enligt LOU-direktivet så ska värdet på ändringen inte tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen av om ändringen ska anses vara väsentlig eller inte. Väsentlighetskriteriet utgörs alltså inte av en kvantitativ bedömning av skillnad i värde eller procentsatser. Bedömningen ska göras genom att pröva ändringen enligt de överväganden som anges i de fyra angivna punktarna, vilket betyder att även ändringar av lågt värde kan anses vara väsentliga.\footnote{140 Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1), s. 38.} Vad som exakt menas med begreppet ”den ekonomiska jämvikten” har inte fastställts av EU-domstolen. Hartlev och Wahl Liljenbøl diskuterar begreppet i en artikel där dem inte anser att det innebär att leverantörens vinst, i ett fall där parterna avtalat om en utökning av leveranserna, inte får öka på så sätt att vederlaget för tillkommande leveranser endast ska avse de kostnadsökningar som uppkommer till följd av den utökade leveransen. Ett bättre synsätt är enligt författarna att anta att den ekonomiska jämvikten inte ändras till förmån till leverantören så länge dennes vinst inte ökar procentuellt och förblir densamma. Om leverantörens vinst är 5 procent av vad den offentliga beställaren betalar bör 5 procent kunna tas ut som vinst av leverantören också avseende de ytterligare leveranserna utan att den ekonomiska jämvikten ska anses vara förändrad. Enligt författarna ska den sammanlagda effekten av kontraktsändringen beaktas vid bedömningen av om det skett en ändring av den ekonomiska jämvikten. 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.\footnote{141 Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbøl, Morten, \textit{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. 56-57.}

\subsection*{5.6 Om övergripande karaktär}

Flera av bestämmelserna anger att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte får ändras. Vad som avses med kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär framgår i vissa
delar av uttalanden i skälen till direktivet. Där framgår det att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Ändringar av sådant slag visar enligt direktivet att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktssvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat utgången av förfarandet, om de skulle ha funnits med från början. En ändring är heller inte tillåten om ändringen leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggentrepernader, varor eller tjänster som upphandlats ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet skulle ha påverkats. Ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Enligt förarbeten till LOU kan så vara fallet om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite.

Vad som helt avses med ”övergripande karaktär” framgår inte av lagtext och i förarbetena till LOU framgår det att det är en fråga för rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär. Varken direktiv eller lagtext ger någon tydlig vägledning kring begreppets närmere betydelse, vilket i doktrinen har kritiserats för att på ett obeobaktat sätt likställa begreppet ”avtalets övergripande karaktär” med begreppet ”väsentliga ändringar” och för att inte ge någon tydlig vägledning.

Ett exempel på en vad en ändring av övergripande karaktär kan innebära är en ändring som innebär att en varuupphandling de facto blir en tjänsteupphandling, som ändrar kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär, vilket blir en otillåten ändring. Det kan också vara en ändring om ett köp av en mindre mängd varor som kompletteras med ett köp som väsentligt överstiger den ursprungliga mängden. Det viktiga är att det ska råda viss identitet mellan det ändrade kontrakten och det kontrakt som ändras, innebärande att i princip ska inga avgörande skillnader

142 Se skäfl 107 i LOU-direktivet.
143 Se skäfl 109 i LOU-direktivet.
144 Prop. 2015/16:195 s. 850.
145 Prop. 2015/16:195 s. 850.
146 Hård af Segerstad, Viktor, Ändring av offentligt upphandlande avtal & effekter av otillåtna ändringar, UrT 4/2018, s. 229.
147 Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 17 kap. 9 §. Karnov lagkommentar (JUNO) hämtad 2020-12-07.
ska finnas mellan dem.\textsuperscript{148} Arrowsmith av uppfattningen att den övergripande karaktären kan ändras, inte bara när upphandlingsföremålet ersätts med ett annat upphandlingsföremål, utan även när det befintliga upphandlingsföremålet utvidgas i viss utsträckning så att kontraktet efter ändringen omfattar mer av samma vara. Att en ändring som exempelvis utvidgar upphandlingsföremålet till att bli tio gånger så stort kan medföra att den övergripande karaktären ändras.\textsuperscript{149}

5.7 Ändringar av kontrakt vid icke-direktivstyrd upphandling

Tröskelvärdet är det beloppsvärde som avgör vilka regler en upphandling ska följa, de direktivstyrdas förfarandena över tröskelvärdena eller de nationella förfarandena under tröskelvärdena. Det är Europeiska kommissionen som beslutar om tröskelvärdena.\textsuperscript{150} Det saknas bestämmelser om ändringar av kontrakt som understiger tröskelvärdet, och det finns ingen hänvisning till bestämmelserna om väsentliga ändringar i regleringen av den icke-direktivstyrdas upphandlingen.\textsuperscript{151} I förarbetena till LOU framhåller den svenska lagstiftaren att det saknats behov av att föra in detaljerade regler och att bestämmelserna på det direktivstyrdas området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke-direktivstyrd upphandling. I förarbetena konstateras det att dessa bestämmelser på det direktivstyrdas området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke-direktivstyrd upphandling. Det förhållandet att bestämmelserna inte införs på det icke-direktivstyrdas området innebär således inte att utrymmet för tillåtna ändringar är mindre på detta område. Med avsaknad av detaljerade bestämmelser kan tvärtom prövningen av en ändrings tillåtlighet kunna göras något friare utanför det direktivstyrdas området. I vilken utsträckning ett kontrakt får ändras på det icke-direktivstyrdas området även i andra fall än sådana som skulle vara tillåtna på det direktivstyrdas området, får avgöras i rättsstillämpningen enligt förarbetena.\textsuperscript{152}

När det gäller kontrakt som understiger tröskelvärdena måste det enligt rättspraxis från EU-domstolen tas hänsyn till att enskilda personer har rätt till ett effektivt rättsligt skydd av de

\textsuperscript{148} Falk, 2020, s. 389.
\textsuperscript{149} Arrowsmith, 2014, s. 600.
\textsuperscript{150} Upphandlingsmyndigheten, \textit{Tröskelvärden och direktupphandlingsgränser}, upphandlingsmyndigheten.se, (Hämtad 2021-01-11).
\textsuperscript{151} Se kap. 19 LOU.
\textsuperscript{152} Prop. 2015/16:195 s. 858–859.
rättigheter de har enligt gemenskapens rättsordning. De svenska sanktionsreglerna i LOU är därför utformade på samma sätt för det direktivstyrdra som för det icke-direktivstyrdra området. Sanktionsbestämmelserna i LOU ska tillämpas enhetligt med unionsrätten och EU-domstolens domar och beaktas oavsett om domarna avser prövningar inom det direktivstyrdra området eller inte. Det framgår av rättspraxis att EU-domstolen är behörig att tolka gemenskapsrättens tillämplighet utanför direktivet om den nationella lagstiftaren anpassat den nationella lagstiftningen så att de direktivstyrdra bestämmelserna ska gälla inom ett visst område utanför EU-rätten. Denna princip refereras till i NJA 1998 s. 873, där EU-rättslig rättspraxis, som egentligen gäller direktivstyrk upphandling, beaktas för fråga om upphandling under tröskelvärdena.

5.8 Passiva ändringar i upphandlade kontrakt


153 Se KOMMISSIONENS TOLKNINGSMEDDELANDE om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).
154 Rosén Andersson, 2015, s. 608.
155 Se dom av den 17 juli 1997, Leur-Bloem, C-28/95, ECLI:EU:C:1997:369, p. 34.
156 Se NJA 1998 s. 873.
157 Arrowsmith, 2014, s. 591.
159 Arrowsmith, 2014, s. 597.
Pedersen m.fl. skriver i en artikel att det inte är ovanligt att myndigheter exempelvis sätter viten så högt att den tjänsteman som sedan ska kräva vitet upplever det som oskäligt och därför avstår. Ett sådant agerande kan enligt författarna dessutom medföra att fråga om väsentlig ändring enligt LOU uppkommer. Av 17:14 LOU framgår att ändringar som innebär att ett ramavtals ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören kan utgöra en otillåten väsentlig ändring. Det kan inte uteslutats att avstående från att exempelvis utkräva ett vite när så är föreskrivet i avtalet kan utgöra en sådan väsentlig förändring.\[160\] I förarbetena till LOU nämns även i sammanhang med skäl 109 i LOU-direktivet att om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har fastställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. vite, kan det utgöra en ändring som ändrar ett kontrakts övergripande karaktär.\[161\] Det har även i ett ärende hos NOU bedömts att ett eftergivande av vite har varit en otillåten ändring av kontraktet, då det enligt avtalets ordalydelse samt med hänsyn till rättsspraxis från EU-domstolen inte funnits utrymme att efterge villkoret.\[162\]

Ett rättsfall där fråga angående brist i uppföljning av vitesklausul i ett offentligt kontrakt har avgjorts i Kammarrätten i Jönköping. Landstinget i Östergötland hade genomfört en förenklad upphandling av bemanningstjänster avseende vårdpersonal. I upphandlingsdokumenten fanns en vitesklausul om leveranssäkerhet. Alla kvalificerade leverantörer hade erhållit högsta poäng avseende leveranssäkerhet med undantag för LäkarLeasing Sverige AB (LLAB), som erhöll noll poäng. I efterhand visade det sig att landstinget inte tillämpade vitesklausulen, varför LLAB begärde överprövning av enligt dem de otillåtna direktupphandlingar som uppståt i och med att avtalet väsentligen ändrats. Kammarrätten var av uppfattningen att underlåtenheten att tillämpa vitesklausulen innebar en väsentlig förändring av avtalet och att detta hade påverkat klaganden på ett negativt sätt. Domstolen påpekade att det måste tas hänsyn även till potentiella leverantörer som avstått från att lämna anbud men som kan vara intresserade att delta i upphandlingen i och med den aktuella ändringen, vilket inte kunde uteslutas. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.\[163\]

---

\[160\] Pedersen m.fl., Så får du ramavtalet att fungera, Inköpsrådet.se, 2017-09-19 (Hämtad 2020-12-19).
\[161\] Prop. 2015/16:195, s. 850.
\[163\] Kammarrätten i Jönköping mål nr 953-09.
6. Konsekvenser av otillåtna ändringar i kontrakt

6.1 Konsekvenser mellan avtalsparterna

Upphandlingsrätten komplicerar frågan om ändringar och tillägg eftersom sådana egentligen alltid innebär att ett nytt avtal sluts. Det ligger därför i båda parterns intresse att inte göra ändringar eller tillägg som inte är absolut nödvändiga och som under inga förhållanden passerar den gräns för giltighet som följer av LOU.164

En konsekvens av en väsentlig ändring är att avtalet kan ogiltigförklaras. I ett mål från Kammarrätten i Göteborg som gällde en prisändring om några procentenheter, och inte övriga kommersiella villkor, framgår det att det utgjorde en väsentlig ändring. Ersättningen till leverantören ökade i förhållande till de ursprungliga anbuden vilket resulterade i att den ekonomiska jämvikten ändrades i förmån för leverantören. Detta resulterade dock i att kammarrätten förklarade det ingångna kontraktet *ogiltigt med anledning av ändringarna*.165 Domstolen har dock funnit i ett annat rättsfall att ändringar som görs *vilka ryms inom ett befintligt avtal*, och som inte strider mot upphandlingsrätten, inte är att betrakta som en väsentlig ändring.166

I en dom från Kammarrätten i Sundsvall behandlades ändringar av avtalsinnehåll efter tilldelning. Överprövande part menade, i sin ansökan om ogiltighet, att avtalet innehöll flera förändringar i villkoren jämfört med avtalsutkastet från upphandlingsdokumenten. De påstådda ändringarna gällde dels justering i formuleringen av leverantörens ansvar för fel, dels ändrade vissa krav, dels justering av prisbilagan. Av de olika ändringarna bedömde Kammarrätten att det inte förelåg ändring som var väsentlig och att andra ändringar var av mindre värde och därmed tillåtna. Någon ändring av avtalets övergripande karaktär förelåg inte heller enligt domstolen.167 Avgörandet är ett av relativt få från kammarrätten som tillämpar de uttryckliga bestämmelserna om ändring av avtal i 17 kap. LOU. Bogg och Fingal skriver att det är värt att beakta kammarrättnens metod för att bedöma ändringarna i avgörandet. Kammarrätten betraktar varje ändring för sig och bedömer inte alla ändringar tillsammans och gör därmed inte en samlad bedömning om ändringarna är en väsentlig ändring. Enligt författarna får det anses att

---

164 Kihlman, Jon, *Kommersiella villkor i offentlig upphandling. Avtalsutformning och avtalsinnehåll*. Svenskt näringsliv, 2018, s. 23 (Hämtad 2020-11-12).
165 Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12.
166 Kammarrätten i Göteborg mål nr 5755-11.
167 Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2637-18.
om flera små ändringar läggs samman och bedöms tillsammans, ligger det närmare till hands att ändringarna anses väsentliga. Att betrakta ändringarna enskilt och var för sig kan innebära att genomförda ändringar mer sällan betraktas som väsentliga.\textsuperscript{168}

En leverantör som tecknat avtal med en offentlig beställare som lider skada till följd av att avtalet ogiltigförklaras av domstol kan bli berättigad till skadestånd. De kostnader som leverantören i dessa fall kan få ersättning för är inte helt klarlagt, och lagstiftaren har överlåtit denna fråga till domstolen att avgöra.\textsuperscript{169} Det är leverantörens goda eller onda tro i förhållande till om en ändring varit tillåten eller inte som kan vara av avgörande betydelse för om leverantören är berättigad till skadestånd eller inte.\textsuperscript{170} Eftersom dessa leverantörer blir medkontrahent till den offentliga beställaren är det inte osannolikt att de även förvärvar ett inflytande över eventuella ändringar av avtalet och parterna får tillsammans kontroll över avtalsförhållandets utveckling.\textsuperscript{171} Enligt förarbetena bör domstolen göra en skälighetsbedömning och att den inom ramen för den bedömningen bör kunna ta hänsyn till om leverantören varit i ond eller god tro till regelöverträdelserna, vilket kan begränsa eller helt undanröja dennes rätt till skadestånd från den offentliga beställaren.\textsuperscript{172} Denna skälighetsbedömning ska också tillämpas om en otillåten ändring av ett avtal leder till att hela det tilldelade kontraktet ogiltigförklaras, innebärande inte bara det ”nya” direktupphandlande avtalet utan även det första tilldelade kontrakten. Om leverantören kan visa att den varit i god tro rörande omständigheterna som resulterat i en ogiltigförklaring av avtalet bör ersättningen kunna uppgå till det positiva kontraktsintresset.\textsuperscript{173} För att leverantören ska ha rätt till skadestånd för det positiva kontraktsintresset krävs ett ingått avtal mellan den offentliga beställaren och leverantören efter tilldelningsbeslutet, finns inte det finns det ingen grund för skadestånd för utebliven vinst.\textsuperscript{174}


\textsuperscript{169} Pedersen, 2019, s. 207–208.

\textsuperscript{170} Hård af Segerstad, Viktor, \textit{Ändring av offentligt upphandlade avtal & effekter av otillåtna ändringar}, UrT 4/2018, s. 233.

\textsuperscript{171} Hunt, Alex, \textit{Ogiltighet i upphandlingsrätten - innebörd och följer vid otillåten ändring}, UrT 2/2018, s. 102.

\textsuperscript{172} Prop. 2009/10:180, s. 226.

\textsuperscript{173} Prop. 1992/93:88, s. 102 f.

\textsuperscript{174} Se NJA 2013 s 762, p. 18.
leverantören har viss kunskap om upphandlingslagstiftningen och det är sannolikt möjligt att kräva en sådan kunskap om lagstiftningen från leverantören. Leverantören kan däremot hävda god tro i förhållande till uppgifter som leverantören mottagit från den offentliga beställaren och som orsakat leverantören att tro att omständigheterna varit sådana att någon väsentlig ändring av avtalet inte gjorts. I en sådan situation är det sannolikt att leverantören, trots sin medverkan till överträdelsen, kan erhålla full ersättning.175

En leverantör, som lidit ekonomisk skada av att den offentliga beställaren brutit mot bestämmelserna i LOU, kan inom ett år från att avtal slutits med den offentliga beställaren väcka en skadeståndstalan i allmän domstol. Denna möjlighet finns för både leverantörer som gått miste om ett avtal och för den avtalstecknande leverantören. Vid otillåten direktupphandling kan leverantörer, som sannolikt skulle ha lämnat anbud om den offentliga beställaren hade begärt in anbud och som då skulle ha haft en realistisk möjlighet att tillsdelas kontraktet, få skadestånd med ett skönsmässigt fastställt belopp som kan överstiga leverantörens nedlagda kostnader.176

En offentlig beställare som brutit mot bestämmelserna i LOU kan bli skyldig att ersätta den skada som uppkommit för en leverantör enligt 20:20 LOU. Vidare kan det vara så att en annan leverantör än avtalsparten för en ogiltighetsfallet om denne har fått kännedom om att den offentliga beställaren möjligtvis har gjorts sig skyldig till en otillåten direktupphandling.177 Plas är dock kritisk och anser att det finns vissa transparensproblem med att det är vanligt att berörda parter, som inte blivit tilldelade kontrakt, är omedvetna om när ändringar görs i tilldelade kontrakt. Plas anser att det är allmänt erkänt att tillgången till rättsmedel motverkas av det faktum att konkurrenter ofta inte är medvetna om ändringar.178 Treumer är av liknande uppfattning, då han konstaterar att konkurrerande leverantörer vanligtvis inte får kännedom om att en otillåten direktupphandling som grundar sig i en väsentlig ändring av kontrakten har skett. Detta eftersom det är svårt eller kanske omöjligt att få exakt inblick i detaljerna i det ursprungliga kontraktet och de efterföljande ändringarna, vilket kan avskräcka de flesta konkurrenter från att kla.179

175 Nilsson, Elin, Skadestånd vid avtals ogiltighet, UrT 1/2020, s. 42–43.
176 Pedersen, 2019, s. 206–207.
177 Pedersen, 2019, s. 202.
178 Plas, Erik, Amendments to public contracts: in search of a sufficient degree of transparency, P.P.L.R. 2021, 1, s. 3ff.
179 Treumer, Steen, Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission’s proposals of December 201, P.P.L.R. 2012, 5, s.153.
6.2 Ogiltighet och överprövning

Bestämmelserna om överprövning och skadestånd finns i 20 kap. LOU och bygger på Sveriges implementering av ändringsdirektivet. Enligt EU-domstolens rättspraxis framgår att syftet med rättsmedelsdirektiven är att säkerställa att EU:s upphandlingsdirektiv tillämpas korrekt, i Sverige genom LOU, och att säkerställa att beslut som fattas av offentliga beställare i strid med upphandlingslagarna kan upphävas samt att ersättning kan utges till dem som lider skada av överträdelserna. Rättsmedelsdirektiven har två syften, ett reparativt där den part som på felaktiga grunder gått miste om en intäkt ska ha möjlighet att få ersättning för denna, och ett preventivt.

Vid ansökan om överprövning p.g.a. en otillåten direktupphandling ska domstolen besluta om ett avtal som slutits mellan den offentliga beställaren och en leverantör är ogiltigt. En leverantör som får kännedom om att en offentlig beställare tecknat ett avtal i strid mot LOU kan ansöka om överprövning av detta. I dessa situationer krävs det inte att leverantören som ansöker om överprövningen har lidit eller riskerar att lida skada av den offentliga beställarens överträdelse av LOU. Eftersom otillåtna direktupphandlingar utpekats av EU-domstolen som den mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagarna presumerar lagstiftningsbeslutet att skada alltid föreligger vid otillåten direktupphandling. Allmän förvaltningsdomstol kan även besluta om att en offentlig beställare ska betala upphandlingsskadeavgift om en otillåten direktupphandling har genomförts med bakgrund av en otillåten ändring. Om ett avtal ogiltigförklarats kan den offentliga beställaren också bli skyldig att betala upphandlingsskadeavgift efter en talan av tillsynsmyndigheten Konkurrensverket.

Genom det ändringsdirektivet som genomfördes i ÄLOU kan leverantörer begära överprövning av den civilrättsliga giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en offentlig beställare och en leverantör. Otillåtna direktupphandlingar utgör en sådan situation som innebär att ett avtal kan ogiltigförklaras genom överprövning, se 20:13 LOU. Om en svensk förvaltningsdomstol förklarar avtalet ogiltigt innebär detta att det även blir civilrättsligt ogiltigt,

---

181 Pedersen, 2019, s. 196.
182 Se HD:s domskäl i NJA 2007 s. 349.
183 Pedersen, 2019, s. 202.
184 Se 21 kap. LOU.
innebärande att det inte kan göras gällande av någon av parterna, och att alla avtalsförpliktelser upphör retroaktivt (*ex tunc*).186 Enligt svenska förarbeten för genomförandet av ändringsdirektivet är utgångspunkten den att det förmögenhetsläge som gällde innan det ogiltiga avtalet slöts ska återställas.187

Hård af Segerstad menar att ändringsdirektivet ger ingen närmare vägledning beträffande effekterna av att ett avtal ogiltigförklaras utan överläter till medlemsstaterna att närmare reglera följderna av ogiltigförklaring. Efter en otillåten ändring av ett offentligt upphandlat avtal kan det finnas två olika avtal att förhålla sig till vid bedömningen av effekterna av det ändrade avtalets ogiltighet, dvs. avtalet före ändringen respektive det nya avtalet. Det kan uppstå en situation där parterna vid en ogiltigförklaring av det nya avtalet kan återgå till det avtal som gällt före ändringen eller inte. Eftersom partsförhållandena ska återställas till det som gällt innan det ogiltigförklarade avtalet slöts synes huvudregeln vara att parterna ska återgå till det ursprungliga avtalet. Förutsättningen är att den domstol som prövat avtalets giltighet endast förklarat avtalet ogiltigt i dess ändrade form.188 Hunt är av motsatt uppfattning som i denna fråga anser att detta inte särskilt behandlats i vare sig direktiven eller förarbetena till LOU, och därav får frågan antas ha lämnats till rättslämparen att reda ut. Han bedömer att utgångspunkten bör vara att ordalydelsen ”retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter” (*ex tunc*), från ändringsdirektivet, får anses avse även det ursprungliga avtalet, om ingenting föranleder att en annan tolkning framstår som rimligare.189

---

186 Pedersen, 2019, s. 204.
189 Hunt, Alex, Ogiltighet i upphandlingsrätten - innebörd och följd vid otillåten ändring, UrT 2/2018, s. 96.
7. Analys och slutsats

7.1 Inledning

I detta kapitel ska uppsatsens frågeställningar diskuteras och besvaras;

- Vad är det legala utrymmet för att aktivt, och passivt, ändra kommersiella villkor i ett offentligt kontrakt?
- Vilka legala risker och konsekvenser kan föreligga enligt LOU vid otillåtna ändringar av offentliga kontrakt?

7.2 Ändringar i offentliga kontrakt

7.2.1 Allmänna rättsprinciperna

I uppsatsen har det klargjorts tydligt att en väsentlig ändring av ett upphandlat kontrakt är att anse som ett nytt kontrakt som har tillkommit via en otillåten direktupphandling. EU-domstolen har t.o.m. uttalat att otillåtliga direktupphandlingar av kontrakt är en av de allvarligaste överträdelserna av unionslagstiftningen som en offentlig beställare kan begå. Med bakgrund av det uttalande är det lätt att förstå den allvarliga graden av förekomsten av väsentliga ändringar.

All upphandlingsrätt har en nära koppling med de EU-rättsliga principerna, och reglerna om ändringar av kontrakt är inget undantag. Med hänvisningar i LOU, LOU-direktivet, EU-domstolens rättspraxis och EUD-domstolen är det inte att undgå att betona vikten av att alltid ta hänsyn till de allmänna rättsprinciperna i alla moment av ett upphandlingsförfarande. Enligt Hartlev och Wahl Liljenbøl kan det sammanfattas från EU-domstolens rättspraxis att särskilt principerna om likabehandling och transparens gäller även efter avtalets ingående i en offentlig upphandling. Händelserna efter avtalets ingående är av särskilt intresse för denna uppsats då upphandlingsförfarandet och tillämpningen av LOU kan anses vara avklarad, men vissa händelser kan göra LOU återigen tillämplig. Det är de allmänna rättsprinciperna som sätter gränsen för ändringar som den upphandlande myndigheten kan göra i ett befintligt offentligt kontrakt. Arrowsmith är också av uppfattningen att ändringar av kontrakt kan utgöra transparensproblem, potentiell diskriminering och problem med likabehandling. Det kan

190 Se avsnitt 5.1.
191 Se avsnitt 2.1.
därmed konstateras att de allmänna rättsprinciperna alltid ska vara i åtanke vid ändringar av kontrakt, även efter upphandlingsförfarandets avslut.

7.2.2 Kommersiella villkor


Aktiva och passiva ändringar i civilrättsliga kontrakt har inga begränsningar genom avtalsfriheten och den allmänna principen om att parterna disponerar över avtalet.193 Detta är dock inte fallet för offentliga kontrakt, trots att parterna fritt disponerar avtalet. Det kan alltså ändras rent avtalsmässigt men skillnaden är att ändringar i offentliga kontrakt inte fritt får genomföras p.g.a. bestämmelserna om väsentliga ändringar i 17 kap. LOU. Utifrån detta måste alltså frågan om vilket det legala utrymmet för att aktivt, och passivt, ändra kommersiella villkor i ett upphandlat kontrakt tolkas enligt kodifieringen i art. 72 LOU-direktivet och de allmänna bestämmelserna om väsentliga ändringar i 17 kap. LOU.

---

192 Se avsnitt 3.1.
193 Se avsnitt 3.3.
7.2.3 Kodifieringen i LOU-direktivet

Det är i LOU-direktivet som det för första gången har reglerats för när ändringar av kontrakt är tillåtna under löptiden. Ändringar av kontrakt har varit en problematisk och angelägen fråga länge och kodifieringen av dessa bestämmelser har utvecklats från EU-rättslig rättspraxis. Dessa bestämmelser utgör uteslutande alla tillåtna tillvägagångssätt, saknas stöd i någon av dessa bestämmelser anses ändringen medföra en otillåten direktupphandling. Syftet är alltså att först och främst kodifiera den rättspraxis som har utvecklats på området, men det kan även ses som en markering att tydliggöra att ändringar i offentliga kontrakt är något som inte ska förekomma i allt för väsentligt omfang. Detta är ännu mer tydligt i den strängare kodifiering som gjorts från domen Pressetext eftersom LOU-direktivet i olika stycken använder frasen ”ska” istället för ”kan”, vilket är en indikation på att EU-kommissionen vill introducera en strikta syn gällande väsentliga förändringar. Problemet är att väsentliga ändringar potentiellt kan bryta mot de rättsprinciper som EU-rätten grundas på och med en kodifiering tydliggör man för alla aktörer seriositeten med detta. Dessa bestämmelser i LOU kan öka den offentliga beställarens möjligheter att vara mer flexibel och mer eftertänksam i förstadiet vid sin avtalsutformning, dock är reglerna inte tydliga i fråga om definitioner och begränsningar. Samtidigt är det positiva med införandet av bestämmelserna att det blir betydligt mer uppmärksammat än om ingen lagstiftning alls hade gjorts på området, vilket kan förhindra fler otillåtna direktupphandlingar.

7.2.4 Det legala utrymmet till ändringar

Endast i följande fall och under de förutsättningar som framgår av respektive bestämmelse i LOU kan ändringar göras utan att en ny offentlig upphandling måste genomföras.

Ändringar av mindre värde

Ändringar som är av mindre värde är tillåtna i vissa fall. För att sådana ändringar ska vara tillåtna krävs att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och att värdet på ändringen i ökande eller minskande riktning är mindre än det tröskelvärde som stadgas i 5:1 LOU, samt lägre än 10 eller 15 % beroende på vilken typ av upphandling det avser. Vid uppskattnings av värdet av ändringen ska den offentliga beställaren använda samma principer

194 Se avsnitt 4.2.
195 Se avsnitt 4.2.
som vid uppskattning av värdet av en upphandling enligt 5 kap. LOU. 

Bestämmelsens definition av vad som är mindre värde utgör enligt uppsatsförfattaren inga tillämpningssvårigheter. Om ett kommersiellt villkor ändras ska det enligt bestämmelsen avgöras om det påverkar kontraktsvärdet.

**Ändrings- eller optionsklausuler**

Ändrings- och optionsklausuler utgör det bästa tillvägagångssättet till att genomföra giltiga ändringar i offentliga kontrakt. Både EU-domstolen och HFD har uttalat att en kontraktsändring som endast är en tillämpning av bestämmelser i ursprungskontraktet inte utgör en ändring av de väsentliga villkoren i det kontraktet. Bestämmelsen gäller utan begränsning av kontraktets värde, men ska enligt LOU-direktivet inte ges en obegränsad frihet. Detta är enligt uppsatsförfattaren en rimlig avvägning för att inte ge bestämmelsen för stor tillämpningsfrihet för potentiellt missbruk. Ändringsklausuler kan till viss del säkerställa flexibilitet i villkoren men måste beakta transparensprincipen för att villkoren i avtalet ska vara exakta och entydiga.


Min bedömning är att offentliga beställare kan förvänta sig att konkurrerande leverantörer kan komma att överpröva effekter av sådana ändringsklausuler och optioner för att låta domstol pröva villkoren. Användningen av denna bestämmelse får anses utgöra den bästa möjligheten

---

196 Se avsnitt 5.2.
197 Se avsnitt 5.3.
198 Se avsnitt 5.3.
att tillämpa flexibla kontrakt med möjlighet till ändringar under löptiden, och kan förhindra otillåtna aktiva och passiva ändringar.

**Oförutsebara omständigheter**

Ändringar av kontrakt p.g.a. oförutsebara omständigheter får anses utgöra en regel med hög tröskel för tillämpning. I EU-domstolens praxis har kravet på oförutsebarhet ställts högt och omständigheterna ska i princip ha karaktären av force majeure, som exempelvis naturkatastrofer eller epidemier, för att anses som oförutsebara. Det blir svårt att argumentera för att ändra kommersiella villkor i kontraktet p.g.a. oförutsebara omständigheter, som ej beror på force majeure, när det finns möjligheter för den offentliga beställaren att införa ändringsklausuler i avtalsutformningen innan tilldelning.

**Ändringar som inte är väsentliga**

Att en ändring inte faller in under någon av dessa specifika situationer ovan betyder inte nödvändigtvis att ändringen är otillåten. I 17:14 LOU och enligt art. 72.4 kan en ändring fortfarande vara möjlig att göra förutsatt att den inte anses vara väsentlig. LOU-direktivet och de svenska bestämmelserna anger i fyra punkter de överväganden som måste göras för att bedöma om en ändring ska anses vara väsentlig. Värdet på ändringen behöver inte tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen av om ändringen ska anses vara väsentlig eller inte, vilket betyder att även ändringar av lågt värde kan anses vara väsentliga, vilket är något offentliga beställare måste beakta innan beslut om att ändringar i kontrakt genomförs.

**Särskilt om övergripande karaktär**

Ett viktigt rekvisit som är återkommande i bestämmelserna om väsentliga ändringar är att kontraktets ”övergripande karaktär” inte får ändras. Vad som innebär med ”övergripande karaktär” är inte helt klart och LOU-direktivet ger ingen större ledning med att förklara innebörden. En utgångspunkt är att det ska råda viss identitet mellan det ändrade kontraktet och det kontrakt som ändras och i princip ska inga avgörande skillnader finnas mellan dem för att det ska anses att den övergripande karaktären inte har ändrats. Enligt förarbeten kan ett kontrakts övergripande karaktär ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening, där ett exempel är om den offentliga beställaren frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen.

---

199 Se avsnitt 5.4.
200 Se avsnitt 5.5.
eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite.\textsuperscript{201} Detta visar på enligt uppsatsförfattarens uppfattning att aktiva och passiva ändringar av kommersiella villkor, vilka inte måste vara av stort ekonomiskt värde, kan orsaka att ett kontrakts övergripande karaktär ändras. Det har yttrats att det är upp till rättstillämparen att avgöra vad som avses med ett kontrakts övergripande karaktär, vilket betyder att det är genom rättspraxis vi kommer få reda på gränserna för vad som ska anses utgöra ”övergripande karaktär”, och att detta måste bedömas i det enskilda fallet i domstol.

\textbf{7.2.5 Rättspraxis från EU-domstolen}

\textit{Pressetext} utgör fortfarande det mest vägledande avgörandet vid bedömningen om en väsentlig ändring av ett kontrakt föreligger eller inte. I övrig EU-rättlig domstolspraxis, nationell rätt och i doktrin går det inte att undvika Pressetext-avgörandet vid behandling av väsentliga ändringar. Avgörandet räknar upp tre punkter när en ändring ska anses vara betydande, om 1) 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, 2) den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, eller 3) den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.\textsuperscript{202} Kriterierna är vaga och öppna för en bred bedömning, men de villkor som är mest intressanta att bedöma vid ändringar av kommersiella villkor är punkten 1) och 3). Kommersiella villkor som ändras kan medföra att andra leverantörer, som valde att inte delta, istället hade varit intresserande av att delta får anses utgöra en möjlig händelse. Detta med tanke på att eventuella tilldelningskriterier inte alltid kan utgöra det enda som avgör en leverantörs deltagande.

De kommersiella villkoren är riskfördelare som leverantörerna måste avväga innan ett eventuellt deltagande i en upphandling, och kan avgöra om en leverantör vill ingå i kontraktet eller inte. Treumer pekar på detta då det i art. 72.4 har förts in att förändringar är betydande när de inför villkor som ”skulle ha lockat ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet”. Detta framgår inte av domstolen i Pressetext-avgörandet men är enligt författaren en relevant och

\begin{footnotesize}
\textsuperscript{201} Se avsnitt 5.6.
\textsuperscript{202} Se avsnitt 4.3.
\end{footnotesize}
okontroversiell förtydligande av kriterierna. Detta pekar på att den bedömningen även ska göras vid ändringar av kommersiella villkor. En ändring av ett kommersiellt villkor, oavsett hur stort eller litet, ska i det enskilda fallet bedömas om ändringen hade resulterat i en annan utgång av tilldelningen eller om andra deltagare hade varit benägna att delta i förfarandet.

I Pressetext-avgörandet tryckte EU-domstolen på att ändringarna ska visa på betydande skillnader i förhållande till villkoren i det ursprungliga kontraktet, och att parterna visar på en avsikt att omförhandla de väsentliga villkoren. Vad ett ”väsentligt avtalsvillkor” är heller inte helt klart, då EU-domstolen inte definierar detta närmare. Det går att göra en koppling till begreppet ”övergripande karaktär” som framkommer i flera av bestämmelserna om väsentliga ändringar. En ändring av ett väsentligt avtalsvillkor är något som kan ändra ett kontrakts övergripande karaktär. Den ekonomiska ”tyngden” av det kommersiella villkoret får anses spela roll, men ska inte alltid göra det. Ett kontrakts eller ramavtals övergripande karaktär kan ändras även om ändringen inte är stor i ekonomisk mening. Enligt förarbeten till LOU kan så vara fallet om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen eller avstår från att tillämpa ett väsentligt avtalsvillkor, t.ex. avseende vite.


203 Se avsnitt 4.2.
204 Se avsnitt 4.3.
205 Se avsnitt 5.6.
206 Se avsnitt 4.3.
7.2.6 Passiva ändringar


7.3 Konsekvenser vid otillåtna ändringar


207 Se avsnitt 5.8.


Enligt både Plas och Treumer finns det dock problem med att konkurrerande leverantörer vanligtvis inte får kännedom om att en otillåten direktupphandling som grundar sig i att en

208 Se avsnitt 6.1.
väsentlig ändring av kontraktet har skett. Detta eftersom det är svårt eller kanske omöjligt att få exakt inblick i detaljerna i det ursprungliga kontraktet och de efterföljande ändringarna, vilket kan avskräcka de flesta konkurrenter från att överklaga.\textsuperscript{209} Detta är ett problem utifrån transparensprincipiella punkter och en potentiell urholkning av tillgången till rättsmedel. Tillgången till rättsmedel motverkas av det faktum om konkurrenter inte blir medvetna, eller får tillgång till om ändringar har genomförts. Det finns också ett riskperspektiv för den avtalsvinnande leverantören i fråga om upptäckt av otillåtna ändringar. En leverantör som gynnas av en otillåten ändring av kontraktet under löptiden kommer säkerligen inte tillrättavisa detta då det för leverantören är bättre att ta risken och i slutändan få göra en bra affär istället för att delta i en ny upphandling. Ansvaret för att följa LOU ligger på den offentliga beställaren och att undvika dessa misstag i kontrakten. Chansen för leverantören att i ond tro göra en bra affär och kanske lyckas undkomma att andra leverantörer får reda på den otillåtna ändringen övertrumfar möjlichen leverantörens möjlighet att begära skadestånd.

Vad kan göras för att förebygga de negativa konsekvenserna? För att undvika riskerna med att bli skadeståndsskyldig, att avtalet kan bli ogiltigförklarat eller behöva betala upphandlingsskadeavgift är det till fördel för den offentliga beställaren att göra ett grundligt arbete med avtalsutkastet som ska bli del av upphandlingsdokumenten. Det kan inte heller förekomma brister i avtalsuppföljning och problem som att inte tillämpa avtalet enligt villkoren, vilket potentiellt kan innebära att en väsentlig ändring gjorts vilket senare kan innebära att en otillåten direktupphandling har gjorts. En lösning är att undvika att slentrianmässig använda standardiserande avtalsutkast, vilka inte alltid är passande till olika upphandlingskontrakt. Genom att istället rutinmässigt anpassa avtalens och de kommersiella villkoren till aktuellt upphandling bör det kunna göra att avtalet tillämpas korrekt och att ändringar under löptiden kan undvikas i större grad.

Ändringsklausuler bör nyttjas för ett mer anpassningsbart avtal. Som en förebyggande åtgärd kan den offentliga beställaren införa ändringsklausuler i kontrakten ifall det senare är nödvändigt att behöva ändra vissa villkor. Om ändringar görs inom en sådan ändringsklausul är den tillåten enligt LOU och följer LOU-direktivets bestämmelser. Värt att uppmärksamma dock är att en ändringsklausul inte får vara för allmänt skriven eller alltför omfattande. Den offentliga beställaren måste vid sitt arbete med avtalsutkastet se till att eventuella

\textsuperscript{209} Se avsnitt 6.1.

7.4 Slutsats och avslutande kommentar


Denna uppsats har visat på att även ändringar av kommersiella villkor kan utgöra o tillåtna ändringar. Stora och även små ändringar av kommersiella villkor kan utgöra väsentliga ändringar i offentliga kontrakt men det är svårt att bedöma i det enskilda fallet. Det är upp till rättstillämparen att utveckla denna praxis på området. Det får anses att bagatellartade ändringar av kommersiella villkor inte ska utgöra en väsentlig ändring, men även rent ekonomiskt små ändringar kan anses utgöra en väsentlig ändring. Ändringar som ändrar den ekonomiska jämvikten eller som kan ha påverkat utfallet av tilldelning och/eller deltagande i upphandlingen om ändringen hade funnits med från första början anses vara av väsentlig art. På detta ämne har
Källförteckning

**Offentligt tryck**

**EU**

Fördraget om europeiska unionens funktionssätt 2012/C 326/01.

Fördraget om europeiska unionen 2012/C 326/13.

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


Förslag till EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV om offentlig upphandling /* KOM/2011/0896 slutlig - 2011/0438 (COD) */.

KOMMISSIONENS TOLKNINGSMEDDELANDE om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (2006/C 179/02).

**Sverige**

**Lagar**

Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

**Propositioner**


Prop. 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

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


Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling.

**Statens offentliga utredningar**

SOU 2013:12, Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling.

SOU 2014:51, Nya regler om upphandling.
Övrigt

Litteratur


Artiklar

Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbø, 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.

Hunt, Alex, *Ogiltighet i upphandlingsrätten - innebörd och följd vid otillåten ändring*, UrT 2/2018, s. 89-105.

Hård af Segerstad, Viktor, *Ändring av offentligt upphandrade avtal & effekter av otillåtna ändringar*, UrT 4/2018, s. 227-238.


Nilsson, Elin, *Skadestånd vid avtals ogiltighet*, UrT 1/2020, s. 31-45.


Övriga artiklar


Övrigt


Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Karnov lagkommentar (JUNO), 2020-07-01 (Hämtad 2020-12-11).

Upphandlingsmyndigheten, *De grundläggande upphandlingsprinciperna, ”Oppenheitsprincipen”*, (https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/de-grundlaggande-upphandlingsprinciperna/) (Hämtad 2021-01-27)


**Rapporter**

Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1).

Rättsfallsförteckning

Svenska domstolar

Högsta domstolen
NJA 1998 s. 873.
NJA 2007 s. 349.
NJA 2013 s. 762.
NJA 2018 s. 171.

Högsta förvaltningsdomstolen
RÅ 1996 ref. 50.
RÅ 2010 ref. 78.
HFD 2016 ref. 37.

Kammarrätten
Kammarrätten i Göteborg mål nr 5755-11.
Kammarrätten i Göteborg mål nr 6952-12.
Kammarrätten i Jönköping mål nr 953-09.
Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 2637-18.

Internationella och utländska domstolar

EU-domstolen
Dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, ECLI:EU:C:2005:5.
Dom av den 3 mars 2005, Fabricom, mål C-21/03 och C-34/03, ECLI:EU:C:2005:127.

Dom av den 27 oktober 2005, Contse m.fl., C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644.


Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, ECLI:EU:C:2016:634.

**Storbritannien**