



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Emelie Bimer

# Leverantörsbyte i offentligt upphandlade kontrakt

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Bengt Lundell

Termin för examen: period 1 HT2015.

# Innehållsförteckning

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 Inledning</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställning	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Uppsatsens disposition	12
<b>2 Allmänt om offentlig upphandling</b>	<b>13</b>
2.1 Syftet med offentlig upphandling	13
2.2 De grundläggande principerna	14
2.2.1 Principen om likabehandling	15
2.2.2 Principen om öppenhet	16
2.3 Upphandlingsrättens förhållande till avtalsrätten	16
<b>3 Leverantörsbyte i upphandlade kontrakt</b>	<b>18</b>
3.1 Ändringar i ingångna kontrakt	18
3.2 Rättspraxis från EU-domstolen	19
3.2.1 Mål C-454/06 Pressetext	20
3.3 Konsekvenser av ett leverantörsbyte som inneburit en väsentlig ändring	24
<b>4 Rättsläget efter Pressetext</b>	<b>26</b>
4.1 Företagsförvärv	27
4.2 Överlåtelse av aktier i noterat bolag	28
4.3 Överlåtelse av aktier i onoterat bolag	28
4.4 Fusion	30
4.5 Konkurs	31
4.6 Överlåtelseklausuler i upphandlingskontrakt	33
<b>5 Det nya upphandlingsdirektivet</b>	<b>35</b>
5.1 Bakgrund till direktivet	35
5.2 Leverantörsbyte i direktivet	36
5.3 Rättsläget gällande leverantörsbyte i upphandlingskontrakt efter det nya upphandlingsdirektivet	37
<b>6 Analys</b>	<b>39</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>44</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>48</b>

# Summary

The public procurement rules are only applicable to the procurement process until the contracting authority and the contractor has entered into a public contract. Nevertheless the contracting parties are not able to determine their own ongoing contract. The public procurement rules may in some cases still be applied on an ongoing contract if changes are made to it. A change of contractor is a modification of the terms of the contract. Whether that sort of modification is permitted or not depends on if it is considered to be a material change to the initial contract. A material change of a public contract is not allowed and if that sort of modification is made, it is considered that a new public contract have been entered into. All public contracts must be a subject to competition before the contract is awarded and if that not occur, the contract can be declared invalid.

The legal position regarding change of contractor in a public contract is originated from the ECJ case law. The court's interpreting on the subject change of contractor is originated from the principle of equal treatment and the principle of transparency. A new public procurement directive was introduced in 2014 and it contains an article that governs change of contractor in public contracts.

# Sammanfattning

Upphandlingslagstiftningen är endast tillämplig på upphandlingsprocessen fram till och med att ett upphandlingskontrakt ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör. Parterna har i praktiken dock inte möjlighet att helt fritt råda över sitt pågående upphandlingskontrakt. Upphandlingslagstiftningen kan ändå i vissa fall komma att tillämpas på ett pågående kontrakt om det sker ändringar i det. Ett leverantörsbyte är en ändring av villkoren i ett upphandlingskontrakt. Huruvida en sådan en ändring är tillåten eller inte beror på om det anses vara en väsentlig ändring eller inte. En väsentlig ändring av ett upphandlingskontrakt är otillåten och om en sådan görs innebär det att ett nytt upphandlingskontrakt anses ha ingåtts. Alla upphandlingskontrakt ska konkurrensutsättas innan de tilldelas och sker inte det anses den upphandlande myndigheten genomfört en otillåten direktupphandling vilket kan leda till att kontraktet ogiltigförklaras.

Rättsläget på området gällande leverantörsbyte i upphandlingskontrakt får anses bygga på EU-domstolens rättspraxis. Domstolens tolkning av leverantörsbyte bygger i sin tur på principen om likabehandling och principen om öppenhet. 2014 infördes ett nytt upphandlingsdirektiv och däri finns numera en bestämmelse som reglerar leverantörsbyte i upphandlingskontrakt.

# Förord

Jag vill rikta ett stort tack till medarbetarna på Advokatfirma DLA Nordic i Stockholm för en väldigt givande och rolig uppsatspraktik under hösten samt för inspiration till mitt uppsatsämne. Jag ser verkligen fram emot att börja arbeta på heltid hos er i februari.

Jag vill även tacka mina föräldrar Pia och Thomas för allt stöd och uppmuntrande under min studietid i Lund.

Slutligen vill jag tacka Lund och alla vänner som jag lärt känna där för nio fantastiska terminer.

Stockholm, januari 2016

*Emelie Bimer*

# Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
EG-domstolen	Europeiska gemenskapens domstol (före 2009)
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (Unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget)
FörvR	Förvaltningsrätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KamR	Kammarrätt
KKV	Konkurrensverket
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
NOU	Nämnden för offentlig upphandling (fram till 1 september 2007 tillsynsmyndighet för offentlig upphandling)

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Om ett företag vill köpa ett annat företag (målbolag) som innehar pågående upphandlingskontrakt, kan dessa kontrakt ställa till problem för transaktionen. I en företagstransaktion ingår ofta målbolagets kontrakt och därmed avtalsrelationer med avtalsparten. Om målbolaget innehar upphandlingskontrakt är avtalsparten en upphandlande myndighet. Att det övertagande företaget inträder i upphandlingskontraktet istället för målbolaget, innebär att ett leverantörsbyte har skett.

När ett upphandlingskontrakt har ingåtts mellan en upphandlande myndighet och en leverantör, är upphandlingslagstiftningen inte längre tillämplig, förutsatt att alla bestämmelser har följts under förfarandet. Parterna i ett upphandlingskontrakt har dock i praktiken inte möjlighet att helt fritt bestämma över sitt kontrakt. Upphandlingslagstiftningen kan nämligen ändå komma att tillämpas på ett pågående kontrakt om det i viss omfattning sker ändringar i det.

Leverantörsbyte i ett upphandlingskontrakt faller under begreppet och problematiseringen väsentlig ändring av upphandlingskontraktet. En väsentlig ändring av ett upphandlingskontrakt är en otillåten ändring. Vilka ändringar som är tillåtna respektive otillåtna (det vill säga väsentliga) har tidigare inte reglerats i upphandlingsdirektivet. Istället är det EU-domstolens praxis som reglerat detta område och därmed även rättsläget gällande leverantörsbyte.

2014 antogs ett nytt upphandlingsdirektiv av EU. Direktivet ska införlivas i medlemsländerna senast 18 april 2016. I Sverige går dock lagstiftningsarbetet trögt och den nya upphandlingslagstiftningen förväntas i stället vara färdig i början på 2017. I direktivet har det införts en

bestämmelse som kan tillämpas på leverantörsbyte. Hur denna bestämmelse kommer tolkas och tillämpas är ännu inte fastställt. Jag anser därför att det finns ett behov av att försöka klargöra rättsläget gällande leverantörsbyte i offentligt upphandlade kontrakt.

## 1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med uppsatsen är att reda ut i vilken utsträckning det enligt gällande rätt är möjligt att genomföra ett leverantörsbyte i ett upphandlingskontrakt, utan att en ny upphandling måste göras på grund av att ett nytt kontrakt anses ha ingåtts.

Vidare syftar uppsatsen till att utreda olika typer av företagstransaktioner och andra situationer som leder till att ett leverantörsbyte i ett upphandlingskontrakt aktualiseras.

I och med att ett nytt upphandlingsdirektiv har antagits mynnar syftet av uppsatsen ut i att besvara huvudfrågeställningen:

- Hur ser rättsläget ut gällande leverantörsbyte i upphandlingskontrakt och hur kommer det nya upphandlingsdirektivet påverka detta?

Utöver detta avser jag som ett underliggande syfte att utreda om rättsläget är förenligt med upphandlingsrättens grundläggande principer samt syftet och målen med offentlig upphandling, och i slutändan den inre marknaden.

På grund av det underliggande syftet ämnar jag att i den avslutande diskussionen att även diskutera följande frågeställning:

- Är det rådande rättsläget förenligt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och med syftet med upphandlingsrätten?



## 1.3 Metod och material

Jag har valt att använda mig av den rättsdogmatiska metoden för att uppnå uppsatsens syfte. Rättsdogmatiken omfattar rättskällevärdet och den juridiska argumentationsläran och inriktar sig på att systematisera och tolka gällande rätt.<sup>1</sup> Enligt rättskällevärdet granskas och värderas rättskällorna efter deras inbördes ordning, det vill säga normhierarki. Rättskällorna kan användas för att analysera ett rättsområde och består av lagtext, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Lagtext värderas högst samt doktrin lägst. Den rättsdogmatiska metoden karakteriseras av tolkning, undersökning, systematisering och fastställande av gällande rätt.

Upphandlingsrätten bygger på EU-rätten, vilken har företräde framför nationell rätt. En svensk domstol måste med andra ord tillämpa en EU-rättslig bestämmelse framför en nationell bestämmelse om dessa står i strid med varandra.<sup>2</sup>

Den EU-rättsliga rättskällevärdet ser till viss del annorlunda ut i jämförelse med den svenska. Bindande rättskällor i EU-rätten som rättstillämparen är skyldig att rätta sig efter är primärrätt (de grundläggande fördragen), bindande sekundärrätt (exempelvis förordningar och direktiv antagna enligt fördragen), internationella avtal, allmänna rättsprinciper och rättspraxis från EU-domstolen och tribunalen. Icke bindande sekundärrätt, förarbeten, generaladvokaternas förslag till avgöranden, EU-rättslig doktrin och ekonomiska teorier är endast vägledande.<sup>3</sup>

Allmänna rättsprinciper har följaktligen stor betydelse i EU-rätten eftersom de har samma värde som exempelvis fördragen. Principerna används bland annat som tolkningsinstrument och som utfyllnad när lagstiftningen inte ger

---

<sup>1</sup> Peczenik, Aleksander: *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 251.

<sup>2</sup> Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2011, s. 173.

<sup>3</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 40.

svar.<sup>4</sup> Inom offentlig upphandling finns fem grundläggande principer som är väldigt betydelsefulla. Dessa fem principer kan i sin tur härledas ur de grundläggande friheterna och rättigheterna i fördragen.

Med tanke på att upphandlingsrätten bygger på EU-rätten kommer i denna uppsats både den svenska och den EU-rättsliga normhierarkin beaktas inom ramen för den rättsdogmatiska metoden.

I svensk rätt regleras upphandlingsrätten av LOU, vilken i sin tur bygger på EU-direktiv. Upphandlingens ämnesområde, leverantörsbyte i upphandlingskontrakt, har fram tills år 2014 inte funnits specifikt reglerat i någon av de lagstiftningar som finns stadgade inom rättsområdet offentlig upphandling. 2014 antogs det nya upphandlingsdirektivet av Europaparlamentet och Europeiska unionens råd, direktiv 2014/14/EU. Innan dess reglerades upphandlingsrätten genom direktiv 2004/18/EG. Det nya upphandlingsdirektivet innehåller däremot bestämmelser om leverantörsbyte. Vid tidpunkten för slutförandet av denna uppsats har dock inte direktivet införlivats i svensk rätt ännu. På grund av att en ny LOU inte har presenterats av den svenska lagstiftaren, kommer hänvisningar i första hand göras till upphandlingsdirektivet. En ytterligare orsak till detta är att EU-domstolen hänvisar till upphandlingsdirektiven när de tolkar upphandlingsrätten.

Även förarbeten till direktiv och lagtext har refererats till för till viss del försöka att exemplifiera motiven och målen för rättsakterna. Sådana förarbeten kan vara SOU, Grönböcker och meddelanden från Europeiska kommissionen.

Upphandlingsrätten är ett jämförelsevis nytt rättsområde inom svensk juridik, men även inom den EU-rättsliga juridiken. Av den anledningen saknas ofta vägledande rättspraxis och doktrin. Eftersom leverantörsbyte i

---

<sup>4</sup> Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 26.

upphandlingskontrakt inte har reglerats i något upphandlingsdirektiv förrän i det nya upphandlingsdirektivet, så har i vilket fall det gamla upphandlingsdirektivet inte varit av nämnvärd betydelse för denna uppsats. På grund av bristen på lagstiftning har vägledning för att uppnå uppsatsens syfte till största delen inhämtats från rättspraxis, de allmänna rättsprinciperna inom EU-rätten och doktrin. Begreppet väsentlig ändring av villkor i ett upphandlingskontrakt, under vilket leverantörsbyte i upphandlingskontrakt kan kategoriseras, har tillkommit genom EU-domstolens praxis. I enlighet med fördragen har EU-domstolen fått ett särskilt ansvar för att säkerställa att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av EU-rätten.<sup>5</sup> Av denna anledning är EU-domstolens rättskipning den mest betydelsefulla av rättspraxis eftersom när de nationella domstolarna ska tolka EU-rätten, innebär EU-domstolens rättspraxis en bindande rättskälla.

När EU-domstolens praxis inte har besvarat frågorna inom ramen för uppsatsen har även svensk rättspraxis i viss mån använts. Ett mål rörande leverantörsbyte har såvitt jag har kunnat utröna inte varit föremål för prövning i Högsta förvaltningsdomstolen, vilket är den högsta instansen i Sverige en sådan fråga potentiellt kan ha prövats. Domar från kammarrätterna och förvaltningsrätterna har inte prejudikatvärde men kan likväl vara till viss del styrande och betydande för rättstillämpningen inom området. Därför har dessa hänvisats till stundtals.

Beslut och yttranden från tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling, KKV, samt den tidigare tillsynsmyndigheten NOU har även använts. Dessa yttranden och beslut har ingen prejudikatverkan men kan ändå ge vägledning inom rättsområdet. De kan således användas för att visa situationer och ståndpunkter inom uppsatsens syfte och frågeställning.

Det har inte skrivits särskilt mycket om leverantörsbyte i upphandlingskontrakt i den juridiska litteraturen. Det mesta som går att

---

<sup>5</sup> Artikel 19.1 FEU.

finna i litteraturen refererar till EU-domstolens praxis på området. Jag har dock funnit vägledning i artiklar. Artiklarna är publicerade i tidskrifter såsom *Public Procurement Law Review*, *Europarättslig tidskrift* och *Förvaltningsrättslig tidskrift*.

I uppsatsen hänvisas till källor som endast publicerats på elektroniska informationskanaler och inte i tryckt skrift. Dessa elektroniska källor utgörs till exempel av artiklar och analyser på hemsidor såsom JP Infonet samt Upphandling<sup>24</sup>, vilka är hemsidor som är inriktade på upphandlingsfrågor specifikt. Artiklarna och analyserna är huvudsakligen författade av yrkesverksamma advokater. Dessa källor betraktas inte uttryckligen som juridisk doktrin inom rättsvetenskapen. Jag anser dock att dessa källor ger ett betydande mervärde till uppsatsen eftersom de behandlar gällande rätt och innehåller ofta tydliga och övertygande argument. Det är dock viktigt att läsaren har i åtanke att dessa källor inte uteslutande skrivs för att främja författaren av källans personliga åsikt, vilken inte nödvändigtvis är helt och hållet grundad på ett objektivt eller ur ett rättsvetenskapligt perspektiv.

## 1.4 Avgränsningar

Upphandlingsreglerna kan delas upp två i sektorer, den klassiska sektorn där direktiv 2014/24/EU tillämpas och försörjningssektorn där direktiv 2014/25/EU<sup>6</sup> tillämpas. Motsvarande svenska lagar är LOU och LUF. Uppsatsen kommer endast utgå från det klassiska direktivet eftersom de för uppsatsen väsentliga direktivbestämmelserna är identiska.

Rörande de fem grundläggande principerna för offentlig upphandling kommer uppsatsen endast behandla principen om likabehandling och principen om öppenhet. Avgränsningen motiveras av att det enligt EU-

---

<sup>6</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

domstolen huvudsakligen är upprätthållandet av dessa två principer som är av betydelse vid bedömningen av ett leverantörsbyte i ett upphandlingskontrakt.

Eftersom uppsatsens syfte är att utreda rättsläget gällande leverantörsbyte i redan ingångna och pågående upphandlingskontrakt, skulle en detaljerad beskrivning av hur upphandlingskontraktet ingås inte tillföra särskilt mycket. Av utrymmesskäl och med beaktande av uppsatsens syfte och frågeställningar så kommer inte själva upphandlingsförfarandet att beskrivas. För en heltäckande översikt över upphandlingsförfarandet och det svenska och EU-rättsliga regelverket om offentlig upphandling rekommenderas exempelvis Kristian Pedersens bok *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling i försörjningssektorerna*.

Beträffande eventuella konsekvenser av ett otillåtet leverantörsbyte såsom ogiltigförklarande av kontrakt, upphandlingsskadeavgift och skadestånd kommer ingen större redogörelse att göras. Hur ett ingånget upphandlingskontrakt ogiltigförklaras och vad det innebär kommer inte heller att utredas. Avgränsningen motiveras av att det inte tillför något betydande för uppsatsens syfte och frågeställningar samt att komplexiteten i de frågorna gör att de inte kan prioriteras på grund av utrymmesskäl.

Vidare kommer det i uppsatsen inte redogöras för byte av underleverantör i pågående upphandlingskontrakt. Det finns rättspraxis på området och diskuteras i doktrin men det ligger utanför uppsatsens syfte och frågeställningar eftersom en underleverantör inte är i direkt avtalsrelation med den upphandlande myndigheten.

## 1.5 Uppsatsens disposition

Dispositionen av denna uppsats syftar till att konkretisera och i möjligaste mån underlätta för läsaren att förstå problematiken kring leverantörsbyte i ingångna upphandlingskontrakt.

Kapitel 2 är tänkt att ge läsaren en nödvändig grundläggande förståelse för offentlig upphandling för att underlätta ett tillgodogörande av resten av uppsatsen. I avsnitt 2.1 beskrivs syftet med ett EU-rättsligt regelverk om offentlig upphandling samt dess syften och mål för den inre marknaden inom EU. De grundläggande principerna redogörs i avsnitt 2.2. Avsnitt 2.4 ämnar att kort utreda upphandlingsrättens förhållande till avtalsrätten.

I kapitel 3 redogörs för begreppet väsentlig ändring, under vilket leverantörsbyte i upphandlingskontrakt kan kategoriseras. Därefter refereras Pressetext-domen förhållandevis ingående, eftersom det var genom den domen som EU-domstolen införde begreppet väsentlig ändring i upphandlingsrätten. I avsnitt 3.3 presenteras konsekvenserna av ett leverantörsbyte som inneburit en väsentlig förändring.

Kapitel 4 utgör den mest omfattande delen av uppsatsen. Här redogörs för rättsläget efter Pressetext-domen. Olika situationer och företagstransaktioner som leder till leverantörsbyte exemplifieras och rättsläget utreds.

I kapitel 5 presenteras det nya upphandlingsdirektivet och hur det påverkar rättsläget gällande leverantörsbyte.

I kapitel 6 tolkas och analyseras uppsatsens utredning för att uppnå uppsatsens syfte och besvara frågeställningarna.

# 2 Allmänt om offentlig upphandling

## 2.1 Syftet med offentlig upphandling

I slutet av finanskrisen 2010 satte Europeiska kommissionen de så kallade 2020-målen. I Europa 2020 föreslås tre prioriteringar som förstärker varandra. Prioriteringarna ska vara att utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi samt att stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med social och territoriell sammanhållning. Som del i uppfyllandet av dessa mål spelar offentlig upphandling en viktig roll eftersom det är ett marknadsbaserat instrument. Upphandlingsrätten ämnar till att säkerställa att offentliga medel används på ett så effektivt sätt som möjligt och att upphandlingsmarknader måste förbli öppna i hela EU.<sup>7</sup>

I Europa 2020-målen anges särskilt att offentlig upphandling bör utnyttjas till att:

- I. *”förbättra de grundläggande villkoren för företagens innovationskapacitet med fullt utnyttjande av ekonomisk-politiska åtgärder som avser ekonomins efterfrågesida,*
- II. *stödja övergången till en resurssnål ekonomi med låga koldioxidutsläpp, bland annat genom att uppmuntra en mer utbredd användning av miljöanpassad offentlig upphandling, samt*
- III. *förbättra företagsklimatet, särskilt för innovativa små och medelstora företag.”*<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> Meddelande från Kommissionen, Europa 2020 – en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig, 2010-03-03, s. 5.

<sup>8</sup> Grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, s. 5.

Syftet med EU-rättsliga regleringen av hur offentliga kontrakt ska tilldelas är att eliminera hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor. Upphandlingsreglerna är en procedurlagstiftning som upphandlande myndigheter ska tillämpa när de planerar att ingå kontrakt om köp av varor, tjänster och byggtreprenader. Lagstiftningen syftar till att reglera förfarandet från att en upphandlande myndighet beslutar sig för att upphandla något, till att ett upphandlingskontrakt har ingåtts med en leverantör.<sup>9</sup>

En marknad som kännetecknas av likabehandling och öppenhet förväntas leda till ökad konkurrens. Det i sin tur öppnar möjligheter för upphandlande myndigheter att ingå fördelaktiga kontrakt som i slutändan gynnar skattebetalarna.<sup>10</sup> Det huvudsakliga syftet med den unionsrättsliga regleringen kring offentlig upphandling är inte nödvändigtvis att det offentliga ska göra bra affärer.<sup>11</sup> Istället är syftet att skydda leverantörers intressen och att alla ges möjlighet att kunna göra affärer i samtliga medlemsländer med samma förutsättningar som nationella anbudsgivare. Vidare är det viktigt att upphandlande myndigheter inte låter sig styras av andra intressen än ekonomiska. Syftet med den unionsrättsliga och harmoniserade upphandlingslagstiftningen är således i slutändan att skapa en öppen och konkurrensutsatt marknad inom hela unionen.<sup>12</sup>

## 2.2 De grundläggande principerna

Den EU-rättsliga regleringen för offentlig upphandling bygger på de grundläggande friheterna och rättigheterna som finns i FEUF. Dessa principer är bland annat fri rörlighet av varor, etableringsfrihet och frihet att

---

<sup>9</sup> Pedersen, Kristian: *Upphandlingskrönika*, Europarättslig tidskrift, nr 4 2008, s. 1119.

<sup>10</sup> Rosén Andersson, Helena; Mülenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik och Piper, Catharina: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2015, kommentar till 1 kap 9 §, rubrik: En EU-rättslig grund för en god affär.

<sup>11</sup> Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2011, s. 26 och 30.

<sup>12</sup> Sundstrand (2012), s. 61.



tillhandahålla tjänster.<sup>13</sup> Ur de nämnda grundläggande principerna kan fem andra principer härledas, nämligen principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Dessa principer är kärnan i upphandlingsrätten och ska genomsyra hela upphandlingsförfarandet.<sup>14</sup> När upphandlingslagstiftningen inte ger svar på en frågeställning, är det utifrån dessa principer som EU-domstolen resonerar. På så sätt är det domstolen som definierar principernas innebörd. Vid bedömningen av leverantörsbyte i upphandlade kontrakt är det principen om öppenhet och principen om likabehandling som aktualiseras i första hand.<sup>15</sup>

## 2.2.1 Principen om likabehandling

Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och att ingen får särbehandlas. Krav på både leverantörer och de produkter eller tjänster som erbjuds ska upprätthållas och tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling.<sup>16</sup> Om en upphandlande myndighet ger en leverantör tillfälle att förtydliga eller komplettera något i sitt anbud, måste samtliga leverantörer ges möjlighet till motsvarande förtydliganden. En upphandlande myndighet måste även ge överensstämmande och samma mängd information gällande en upphandling till alla leverantörer.<sup>17</sup>

En ändring av ett villkor i en upphandling, antingen i ett förfrågningsunderlag eller senare i ett ingånget kontrakt, kan strida mot principen om likabehandling. Leverantörer som avstod från att delta i upphandlingen hade möjligtvis agerat annorlunda och lämnat anbud om förutsättningarna hade gällt från början. Även leverantörer som deltagit i

---

<sup>13</sup> Artikel 34, 49 och 56 FEUF.

<sup>14</sup> Beaktandesats 1 direktiv 2014/24/EU.

<sup>15</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 32 och 34.

<sup>16</sup> Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 2014, s. 63.

<sup>17</sup> Falk (2014), s. 64.

upphandlingen hade potentiellt utformat sina anbud på ett annorlunda sätt om de haft vetskap om att villkor i kontraktet ändrats.<sup>18</sup>

## 2.2.2 Principen om öppenhet

Principen om öppenhet härrör ur principen om likabehandling och är väsentlig för att den ska kunna upprätthållas. Principen kallas även principen om transparens och alla formalistiska bestämmelser i upphandlingsdirektiven om förfrågningsunderlag, utvärderingskriterier och liknande har uppkommit för att upprätthålla kravet på öppenhet.<sup>19</sup>

Öppenhet i en upphandling är en förutsättning för att upprätthålla en offentlighet som leder till att marknaden är öppen för konkurrens och att det går att kontrollera att upphandlingsförfaranden är opartiska. Detta leder i sin tur till att principen om likabehandling kan upprätthållas.<sup>20</sup>

Principen om öppenhet kan exemplifieras genom att förfrågningsunderlag i möjligaste mån ska vara offentliga och att information om kontraktstilldelning offentliggörs. Dessutom innebär principen att de uppställda kraven och kriterierna i ett upphandlingsförfarande ska vara tydliga för anbudsgivarna och att innebörden av dem ska kunna förstås.<sup>21</sup>

## 2.3 Upphandlingsrättens förhållande till avtalsrätten

Upphandlingsdirektiven och LOU syftar till att reglera hur själva ingåendet av ett kontrakt ska gå till. Efter tilldelningsbeslut, fristen för överprövning och slutligen undertecknandet av upphandlingskontraktet är upphandlingslagstiftningen inte längre tillämplig på kontraktet eller på

---

<sup>18</sup> Falk (2014), s. 64.

<sup>19</sup> Falk (2014), s. 65.

<sup>20</sup> Mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, punkt 60-62.

<sup>21</sup> Sundstrand (2012), s. 46.

upphandlingsförfarandet som lett fram till kontraktet. Det enda undantaget från detta är bestämmelserna om skadestånd.<sup>22</sup> Därefter är det respektive medlemslands avtalsrätt och dess verkningar som blir tillämpliga på kontraktet och partsförhållandet.<sup>23</sup> Det blir således avtalslagen<sup>24</sup> och allmänna avtalsrättsliga principer som blir tillämpligt.

Avtalslagen och LOU verkar parallellt med varandra så länge inte motstridigheter mellan de olika regelverken uppstår. Vid en sådan situation har LOU företräde eftersom lagen är en speciallagstiftning och tvingande, till skillnad från avtalslagen som är dispositiv.<sup>25</sup>

I ett avtal mellan exempelvis två näringsidkare där avtalsrätten är tillämplig förekommer ibland så kallade Change of Control-klausuler. Dessa klausuler innehåller en rätt för motparten att säga upp avtalet om ägarsituationen för den andra avtalsparten förändras. Med andra ord krävs ett godkännande från motparten om avtalet ska fortsätta att gälla i dess ursprungliga form. Om ett sådant villkor förekommer i ett avtal är det civilrättsligt bindande. Om det är möjligt för en upphandlande myndighet att i ett upphandlingskontrakt på detta sätt motsätta sig ett leverantörsbyte är oklart. Pedersen m.fl. anser att så länge ett sådant avtalsvillkor är proportionerligt genom att det exempelvis kan motiveras av ett behov av att ha kontroll över leveransen i kontraktet, bör det inte finnas några avgörande hinder mot att använda sådana klausuler i upphandlingskontrakt.<sup>26</sup> Rosén Andersson m.fl. är dock mer försiktiga och anser att användning av change of control-klausul i upphandlingskontrakt, i detta fall gällande byte av underleverantör, upphandlingsrättsligt kan innebära en väsentlig ändring av kontraktet och därmed utgöra en otillåten ändring.<sup>27</sup>

---

<sup>22</sup> Pedersen (2008), s. 1120.

<sup>23</sup> SOU 2014:51, s. 318.

<sup>24</sup> Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

<sup>25</sup> 1 § 3 st AvtL.

<sup>26</sup> Pedersen, Kristian och Sandstedt, Ingrid: *Upphandlingslagarnas betydelse i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner – analys*, JP-infonet, 2013-11-01, s. 2.

<sup>27</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015), kommentar till 11 kap 12 §, rubrik: Byte av underleverantör under kontraktets genomförande.

# 3 Leverantörsbyte i upphandlade kontrakt

## 3.1 Ändringar i ingångna kontrakt

Ett leverantörsbyte i ett ingånget kontrakt innebär en ändring av kontraktet. Huruvida en ändring i ett upphandlingskontrakt är tillåten eller otillåten regleras av upphandlingsrätten under benämningen väsentlig ändring av det ursprungliga kontraktet. Om en ändring är väsentlig är det förbjudet att utföra denna.<sup>28</sup> Syftet med detta förbud är att en upphandlande myndighet inte får ändra villkoren för en upphandling eftersom det kan missgynna potentiella konkurrenter och leverantörer. Väsentliga ändringar strider följaktligen mot de grundläggande principerna om offentlig upphandling, främst mot principen om likabehandling och principen om öppenhet.<sup>29</sup>

Det som avgör om en ändring är förbjuden eller acceptabel är om ändringen är väsentlig eller inte. EG-domstolen har uttalat att en ändring generellt sett är väsentlig om de ändrade bestämmelserna visar betydande skillnader i jämförelse med bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och därmed visar på parternas avsikt att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet. En väsentlig ändring av det ursprungliga kontraktet anses i sin tur innebära att ett nytt kontrakt har ingåtts och detta skulle ha föregåtts av ett nytt upphandlingsförfarande, vilket skulle ha följt bestämmelserna i upphandlingsdirektivet.<sup>30</sup>

NOU:s uppfattning om vad som avses med en väsentlig ändring av ett kontrakt är när ändringen i en upphandlingssituation skulle ha påverkat en

---

<sup>28</sup> Sundstrand (2012), s. 285.

<sup>29</sup> Mål C-87/94, *Vallonska bussarna*, punkt 56.

<sup>30</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 34 och Mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 44.

leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen.<sup>31</sup> De betonar således vikten av konkurrensaspekten och principen om likabehandling i upphandlingsförfarandet, vilka båda två ska genomsyra upphandlingsrätten.<sup>32</sup> NOU ansåg att ett leverantörsbyte borde kunna ske om en ny kvalificering görs i enlighet med de krav som ursprungligen ställdes och om inga väsentliga ändringar görs i kontraktsvillkoren.<sup>33</sup> Viktigt att påpeka är dock att NOU:s tolkning av rättsläget gällande leverantörsbyte gjordes år 2005, vilket var innan EU-domstolens viktiga dom Presstext.

Vad som klassificeras som en väsentlig ändring, det vill säga en otillåten ändring, och vad som är en tillåten ändring är viktigt att definiera. Ett leverantörsbyte kan eventuellt leda till att ett ingånget kontrakt i slutändan förklaras ogiltigt. Därför är det av stor vikt att gränsen för vilka ändringar som är tillåtna respektive otillåtna är tydlig så att parterna kan förutse konsekvenserna av exempelvis ett leverantörsbyte.

## 3.2 Rättspraxis från EU-domstolen

Begreppet väsentlig ändring, reglering kring detta och därmed leverantörsbyte, återfinns inte i upphandlingsdirektiven. Vägledande och avgörande består därför till största del av EU-domstolens domar och praxis.<sup>34</sup> Fram till att det nya upphandlingsdirektivet<sup>35</sup> antogs 2014 har frågan om möjlighet till leverantörsbyte i ingångna kontrakt inte i reglerats i upphandlingslagstiftningen. Av denna anledning är EU-domstolens rättspraxis den viktigaste vägledningen vid bedömningen av leverantörsbyte. Vid brist på reglering i lagtext är det upp till EU-domstolen att tolka rättsläget, eftersom domstolens rättspraxis är en bindande rättskälla.

---

<sup>31</sup> NOU:s ärende dnr 2005/0197-26, s.1.

<sup>32</sup> Se avsnitt 2.2.1 och 2.2.2 ovan.

<sup>33</sup> NOU:s ärende dnr 2005/0197-26, s.1

<sup>34</sup> Sundstrand (2012), s. 286.

<sup>35</sup> Se avsnitt 4.2 nedan där det redogörs för förändringarna i direktiv 2014/24/EU kring regleringen av leverantörsbyte i ingångna kontrakt.

EU-domstolen har i enlighet med unionsfördraget fått ett särskilt ansvar för att lag och rätt följs vid tolkning och tillämpning av EU-rätten.<sup>36</sup>

### 3.2.1 Mål C-454/06 Presstext

I EG-domstolens mål C-454/06 begärde den nationella domstolen i Österrike ett förhandsavgörande avseende tolkningen av de vid tidpunkten gällande upphandlingsdirektiven 92/50/EEG och 89/665/EEG.<sup>37</sup>

År 1994 ingick den österrikiska staten, det vill säga innan de blev medlem i EU, ett kontrakt med Austria Presse Agentur (APA) om tillhandahållande av vissa tjänster mot ersättning. APA är tillsammans med sina dotterbolag ledande på marknaden för nyhetsagenturer i Österrike. De flesta österrikiska dagstidningarna och det österrikiska radio- och tv-bolaget är medlemmar och APA drivs i form av en kooperativ förening. Genom kontraktet med APA fick den österrikiska staten tillgång till aktuell information, så kallad bastjänst, som fanns tillhandahållen i en databas som tillhörde APA. Genom databasen fanns även möjlighet att erhålla historisk information och historiska pressmeddelanden. Baskontraktet ingicks på obestämd tid samt med en klausul genom vilken parterna avstod från att säga upp kontraktet till den sista december 1999. Kontraktet innehöll även klausuler om tidpunkt för första prishöjning, maximibelopp för respektive höjning och prisindexering.<sup>38</sup>

År 2000 bildade APA det helägda dotterbolaget APA-OTS. Mellan de två bolagen finns avtal om överföring av vinster och förluster. Enligt APA framgår det i avtalet att APA-OTS administrativt, ekonomiskt och finansiellt är inkorporerat i APA samt att de ska överföra sin eventuella årsvinst till APA och att eventuell årsförlust ska tas av APA. Det framgår dessutom att APA-OTS ska driva bolaget i enlighet med APA:s instruktioner. APA överförde den av österrikiska staten upphandlade

---

<sup>36</sup> Artikel 19.1 FEU.

<sup>37</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 1.

<sup>38</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 8-13.

tjänsten till APA-OTS och informerade den österrikiska staten om förändringen inom en månad efter överföringen. De informerades även om att APA svarade solidariskt med APA-OTS och att tjänsten i sin helhet inte skulle ändras. Den österrikiska staten godkände överföringen och betalade därefter ut ersättning för den tillhandahållna tjänsten direkt till APA-OTS. Förutom bytet av avtalspart på leverantörssidan anpassades kontraktet på grund av övergången till euro, där ingen prisändring skedde förutom avrundning med anledning av bytet av valuta. Därutöver skedde flera mindre ändringar av det ursprungliga kontraktet<sup>39</sup>, vilka tillsammans med valutabytet är utan betydelse för denna uppsats utredning.

En konkurrent till APA, Presstext Nachrichtenagentur (Presstext), gav år 2004 in ett anbud till den österrikiska staten gällande nyhetsagenturtjänster. Inget kontrakt ingicks dock. Istället väckte Presstext en talan 2006 där de yrkade att domstolen skulle fastställa att ändringen av avtalspart från APA till APA-OTS samt att de andra kontraktsändringarna skulle anses som rättsstridiga.<sup>40</sup>

Den österrikiska domstolen begärde förhandsavgörande hos EG-domstolen gällande vissa tolkningsfrågor. Frågorna var bland annat om begreppen ”ingå” i artikel 3.1 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/50 ska tolkas så att de även inkluderar situationer när en upphandlande myndighet avser att använda tjänster av en leverantör (det vill säga i detta fall APA-OTS) om tjänsterna tidigare har levererats av en annan leverantör (i detta fall APA), vilken ensamt äger, kontrollerar och ger instruktioner till den framtida leverantören. Ytterligare ställdes frågan om det i sådant fall är rättsligt relevant att den österrikiska staten inte kan garantera att den framtida leverantörens bolagsandelar inte helt eller delvis överläts till tredje man.<sup>41</sup>

---

<sup>39</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 14-18.

<sup>40</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 25.

<sup>41</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 27.

EG-domstolen konstaterade, innan de besvarade frågorna, att den österrikiska domstolen ville veta under vilka förutsättningar ändringar i ett upphandlat kontrakt ska anses utgöra en ny upphandling och således ett nytt ingående av kontrakt. Frågan om vilka ändringar som är godtagbara att göra i ett pågående kontrakt regleras inte direkt av direktiv 92/50. Bedömningen kan därför endast göras utifrån den generella ramen som består av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling.<sup>42</sup>

Enligt utredningen i målet konstaterades att APA-OTS är ett annat rättssubjekt än APA. APA är den anbudsgivare som tilldelades kontraktet från början och därför har ett byte av avtalspart på leverantörssidan skett när APA-OTS tog över tillhandahållandet av tjänster till den österrikiska staten.<sup>43</sup> EG-domstolen konstaterade att när det gäller frågan om byte av avtalspart på leverantörssidan ska det i regel anses utgöra en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet. Domstolen noterar dock att det inte gäller de fall då byte av leverantör föreskrivits i det ursprungliga kontraktet, till exempel i form av en klausul om anlåtande av underleverantörer.<sup>44</sup>

EG-domstolen ansåg dock att verksamhetsövergången i detta fall hade vissa särdrag, som i den i målet uppkomna situationen gjorde att domstolen ansåg att ändringarna inte utgjorde en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet.<sup>45</sup> Domstolen drog denna slutsats på grund av dessa särskilda faktorer:

- i. APA-OTS är ett dotterbolag som APA äger till 100 procent.
- ii. APA har rätt att ge instruktioner till APA-OTS.
- iii. Att det mellan de två enheterna finns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster, som APA svarar för.
- iv. Att det av handlingarna även framgår att en person som har rätt att företräda APA försäkrade den upphandlande myndigheten om att

---

<sup>42</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 29-30.

<sup>43</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 41.

<sup>44</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 40.

<sup>45</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 43.



APA efter övergången av verksamheten svarade solidariskt med APA-OTS och att det inte skulle ske någon ändring av tjänsten i dess helhet.<sup>46</sup>

EG-domstolen ansåg att verksamhetsövergången på grund av ovan nämnda omständigheter utgjorde en intern omorganisation som inte ledde till någon väsentlig ändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.<sup>47</sup>

Vidare besvarade EG-domstolen den nationella domstolens fråga om det är rättsligt relevant att den upphandlande myndigheten inte kan garantera att den framtida leverantörens bolagsandelar inte helt eller delvis överlåts till tredje man under kontraktets löptid. Domstolen konstaterade att det inte skulle betraktas som en intern omorganisation om andelarna i APA-OTS hade överlåts till tredje man under kontraktets löptid. Det skulle istället i princip ses som en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet och medföra ett nytt ingående av kontrakt, vilket kräver en ny upphandling.<sup>48</sup> Att det inte finns en garanti för att andelarna i APA-OTS inte kommer att överlåtas till tredje man under kontraktets löptid, har dock ingen betydelse enligt domstolen.<sup>49</sup>

Vidare konstaterade EG-domstolen att om en anbudsgivare är ett aktiebolag som är noterat vid en fondbörs så är det naturligt att gruppen av aktieägare ständigt förändras. Så länge en sådan situation inte används för att kringgå reglerna om offentlig upphandling, innebär det i princip inte någon betydande ändring av det tilldelade kontraktet. Samma resonemang är även tillämpligt på ändringar i medlemskretsen av en kooperativ förening, vilken var den form APA bedrevs som.<sup>50</sup>

---

<sup>46</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 44.

<sup>47</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 45.

<sup>48</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 46-47.

<sup>49</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 49.

<sup>50</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 51-52.

Mot bakgrund av ovan beslutade domstolen att begreppen ”ingå” i artikel 3.1 och ”upphandla” i artiklarna 8 och 9 i direktiv 92/50/EEG<sup>51</sup> ska tolkas så att det inte omfattar en sådan situation som föreligger i målet vid den nationella domstolen. Situationen omfattas inte eftersom tillhandahållandet av tjänsten tas över av ett helägt dotterbolag till den ursprunglige leverantören, vilken även kontrollerar och ger instruktioner till den nya leverantören. Beslutet förutsätter dock att den ursprunglige leverantören hela tiden svarar för att skyldigheterna enligt kontraktet iakttas.<sup>52</sup>

### **3.3 Konsekvenser av ett leverantörsbyte som inneburit en väsentlig ändring**

Trots att ett upphandlingskontrakt i regel inte omfattas av upphandlingsreglerna efter dess ingående, kan de dock komma att tillämpas om en väsentlig ändring har skett. Vad som aktualiserar en tillämpning av upphandlingsregleringen är tilldelningen av ett nytt kontrakt, vilket anses vara följden av att en väsentlig ändring av det ursprungliga kontraktet har skett. Väsentliga ändringar är i sig inte otillåtna, men eftersom upphandlingsreglerna blir tillämpliga kan det innebära att en ny upphandling måste genomföras eller borde ha genomförts.<sup>53</sup>

Alla kontraktstilldelningar ska ske i enlighet med upphandlingsreglerna vilket innebär att förfarandet från annonsering av förfrågningsunderlag till tilldelning ska följas. Om en väsentlig ändring har skett och ett nytt kontrakt således har ingåtts utan att upphandlingsförfarandet har följts, innebär det att den upphandlande myndigheten har gjort en otillåten direktupphandling.<sup>54</sup> Ett sådant agerande kan hindra andra anbudsgivare från att kunna

---

<sup>51</sup> Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

<sup>52</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 90.

<sup>53</sup> Pedersen (2008), s. 1120.

<sup>54</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 34.

konkurrera på lika villkor, vilket kan innebära skada för dem men även för konkurrensen på marknaden i stort.<sup>55</sup>

Ett otillåtet direktupphandlat kontrakt riskerar enligt upphandlingsrätten att ogiltigförklaras om en leverantör begär överprövning av avtalets giltighet i domstol. Det kan även medföra att den upphandlande myndigheten riskerar att tvingas betala upphandlingsskadeavgift och skadestånd.<sup>56</sup> Ett kontrakt som ingåtts genom otillåten direktupphandling riskerar under sex månader från det att kontraktet ingicks att bli föremål för en ogiltighetstalan.<sup>57</sup>

Vid en företagstransaktion är dessa konsekvenser och risker viktiga att ha i åtanke. När en företagstransaktion planeras, exempelvis ett företagsförvärv, görs en noggrann genomgång av målbolaget. Denna genomgång kallas due diligence och utförs av parterna för att utreda transaktionen och dess omfattning. Om målbolaget innehar upphandlingskontrakt kan de vara av stort värde och få stor betydelse i transaktionen. Upphandlingskontrakt kan riskera att ogiltigförklaras om leverantörsbytet som transaktionen medför utgör en väsentlig ändring av upphandlingskontraktet. Om kontraktet ogiltigförklaras gäller ogiltigheten ex tunc, det vill säga retroaktivt och alla prestationer ska återgå. Detta kan leda till att den nya ägaren till målbolaget tvingas att återge prestationer som den tidigare ägaren till målbolaget kan ha tillgodogjort sig, vilket kan bli kostsamt.<sup>58</sup>

---

<sup>55</sup> Kkv Dnr 456/2009, beslut 2010-03-03, s. 7.

<sup>56</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2015) s. 300f.

<sup>57</sup> 16 kap. 18 § 1 st. LOU

<sup>58</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2015) s. 305f

## 4 Rättsläget efter Presstext

Eftersom direktiven saknar bestämmelser kring väsentliga ändringar är det EU-domstolen som genom Presstext-domen har infört och fastställt begreppet och dess innebörd. Domstolens praxis innebär som framställts ovan ett förbud mot väsentliga ändringar och på exempel på situationer som utgör respektive inte utgör en väsentlig ändring. Det som även framkommer av domen är att förbudet grundar sig på principen om likabehandling och principen om öppenhet.<sup>59</sup>

Presstext-domen kan sägas ha skapat en rättslig osäkerhet kring hur domen ska tolkas när det gäller leverantörsbyte. Det har kommit till Europeiska kommissionens kännedom att upphandlande myndigheter i EU anser att rättspraxis vad gäller vissa ändringar inte är tillräckligt tydlig i fråga om att fastställa huruvida det krävs ett nytt upphandlingsförfarande eller inte.<sup>60</sup> Presstext-domen kan tolkas så att ett leverantörsbyte som huvudregel alltid ska bedömas som en väsentlig ändring som kräver ny upphandling, förutom när det gäller en intern omorganisation med vissa förutsättningar eller ägarförändring i noterade bolag. Domen kan även tolkas så att leverantörsbyte är möjligt så länge möjlighet till detta klart och tydligt framgår av det ursprungliga upphandlingskontraktet.<sup>61</sup>

I Presstext-domen bedömde EU-domstolen att ett leverantörsbyte med de förutsättningar som förelåg i fallet inte var att betrakta som en väsentlig ändring, men målar också upp situationer där ett leverantörsbyte eventuellt skulle kunna innebära en väsentlig ändring. I målet handlade det om en intern omorganisation och ett av argumenten för att det inte utgjorde en väsentlig ändring var att moderbolaget svarade solidariskt med dotterbolaget. Domstolen säger dock inte uttryckligen att solidariskt ansvar

---

<sup>59</sup> Sundstrand (2012), s. 297.

<sup>60</sup> Grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, s. 26.

<sup>61</sup> Larsberger, Olof och Lavér, Joakim: *Nya direktiven klargör om leverantörsbyte*, Upphandling24, 2014-07-07.

är en förutsättning för att ändringen ska utgöra en intern omorganisation. Hartlev m.fl. anser att beroende på de särskilda omständigheterna måste det antas att en ändring kan utgöra en intern omorganisation trots att ett moderbolag inte svarar solidariskt med dotterbolaget.<sup>62</sup> Det är dock oklart hur domen ska tolkas i denna fråga.

Nedan kommer företagsförvärv, andra typer av företagstransaktioner som inte nödvändigtvis är rena uppköp och ytterligare andra situationer som aktualiserar ett leverantörsbyte exemplifieras. Därefter kommer rättsläget för respektive företagstransaktion och situation att utredas.

## 4.1 Företagsförvärv

Det finns i princip två sätt att köpa ett företag på, antingen genom att köpa ett företag i sin helhet eller att köpa hela eller delar av företagets verksamhet (så kallad inkråmsöverlåtelse). Av Pressetext-domen framgår att huvudregeln för ett leverantörsbyte, som skett genom exempelvis ett rent uppköp av ett bolag där det upphandlade kontraktet övertas av en annan juridisk person, är att det utgör en väsentlig ändring av upphandlingskontraktet och är därför inte tillåtet.<sup>63</sup> Ett ytterligare argument domstolen framhåller för att ett leverantörsbyte genom ett företagsförvärv utgör en väsentlig ändring är att om andelarna i dotterbolaget senare under kontraktets löptid överläts till en tredje part så skulle det vara ett faktiskt byte av medkontrahent.<sup>64</sup>

Pedersen & Sandstedt tolkar domen på så sätt att de anser att även en inkråmsöverlåtelse där upphandlade kontrakt följer med, innebär ett leverantörsbyte som förutsätter en ny upphandling. Det betyder följaktligen

---

<sup>62</sup> Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbøl, Morten: *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, Public Procurement Law Review 2013 no 2, s. 14.

<sup>63</sup> Mål C-454/06, *Pressetext*, punkt 40.

<sup>64</sup> Sundstrand (2012), s. 292.

att upphandlade kontrakt av allt att döma inte kan överlåtas på det övertagande bolaget.<sup>65</sup>

## 4.2 Överlåtelse av aktier i noterat bolag

När aktier i ett aktiebolag överlåts i en transaktion sker inget byte av avtalspart, utan det är aktiebolagets ägarsammansättning som förändras.<sup>66</sup> I Pressetext-domen tar EU-domstolen upp situationen med aktieöverlåtelse i ett bolag som är noterat vid en fondbörs, trots att det inte var en av frågorna som ställdes från den nationella domstolen. Enligt domstolen är det naturligt att gruppen av aktieägare i ett noterat aktiebolag kan ändras vid varje tidpunkt. Därför innebär en sådan situation i princip inte att den handling genom vilket ett sådant bolag tilldelas ett offentligt kontrakt blir ogiltig. Dock uttalar domstolen att det i undantagsfall skulle kunna bedömas annorlunda vid exempelvis manövrar som vidtas för att kringgå upphandlingsbestämmelserna.<sup>67</sup> Rättsläget gällande överlåtelse av aktier i noterade bolag tycks vara relativt klart.<sup>68</sup>

## 4.3 Överlåtelse av aktier i onoterat bolag

Innebörden av ett onoterat bolag är att dess aktier inte omsätts på en fondbörs. Pressetext-domen är svårtolkad gällande huruvida en ändring i gruppen av aktieägare i ett onoterat bolag innebär en väsentlig ändring eller inte. Det finns i nuläget ingen klagörande praxis varken från EU-domstolen eller svenska domstolar om hur ägarförändringar i onoterade bolag ska bedömas. Frågan har dock prövats av en tysk domstol, nämligen i den högre regionala domstolen i Naumburg. Den tyska domstolen ansåg att det EU-domstolen uttalat i frågan avseende ägarförändringar i noterade bolag även

---

<sup>65</sup> Pedersen & Sandstedt (2013), s. 2.

<sup>66</sup> Pedersen & Sandstedt (2013), s. 2.

<sup>67</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 52.

<sup>68</sup> Vaxenbäck, Sven och Lapinska, Anna: *Förvärv av offentliga kontrakt genom företagsöverlåtelse*, Förvaltningsrättslig tidskrift, nummer 2 2015, s. 302.

ska gälla för onoterade bolag. Det fanns enligt domstolen inget objektivt skäl till varför det skulle bedömas annorlunda. Argumentet som motiverade det påståendet var att både onoterade och noterade bolag är bolagiserade företag, vilka principiellt är oberoende av sina aktieägare och att även aktier i ett onoterat bolag är fritt tillgängliga för försäljning.<sup>69</sup>

Rosén Andersson m.fl. anser att Presstext-domen inte bör tolkas så att en upphandlande myndighet ska behöva upphandla kontraktet på nytt varje gång en ägarförändring sker i ett onoterat bolag. Om en ägarförändring skulle innebära en väsentlig ändring blir det svårt för upphandlande myndigheter att ingå kontrakt på lika villkor med onoterade respektive noterade bolag.<sup>70</sup> Pedersen & Sandstedt uttrycker sig också i samma riktning och anser att det mest ändamålsenliga är att ägarförändringar i onoterade och noterade bolag bedöms på samma sätt. Undantaget för båda formerna är dock vid upplägg som tydligt syftar till att kringgå upphandlingslagstiftningen.<sup>71</sup>

Vaxenbäck & Lapinska anser däremot att Presstext-domen inte ger stöd för en tolkning som talar för en likvärdig behandling av ägarförändringar i onoterade och noterade bolag, utan snarare för en striktare tolkning vad gäller onoterade bolag. EU-domstolen uttalade sig särskilt om ägarförändring i noterade bolag, trots att det inte var en fråga som den nationella domstolen hade ställt och som egentligen inte hade någon relevans för situationen i målet. Om domstolens åsikt hade varit att bedöma ägarförändringar på samma sätt i onoterade och noterade bolag, hade domstolen kunnat uttala sig generellt om ägarförändringar i aktiebolag istället.<sup>72</sup>

Rättsläget gällande om ägarförändringar i onoterade bolag innebär en väsentlig ändring eller inte är således oklart enligt ovan utredning.

---

<sup>69</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2015), s. 302f.

<sup>70</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015), kommentar till 1 kap 9 §, rubrik: Byte av leverantör.

<sup>71</sup> Pedersen & Sandstedt (2013), s. 2.

<sup>72</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2015), s. 307.

## 4.4 Fusion

En inte helt ovanlig situation som kan uppkomma är att juridiska personer går samman genom en fusion. En fusion innebär att två eller flera bolag slås samman genom att alla tillgångar och skulder övertas av det övertagande bolaget samtidigt som det överlåtande bolaget upplöses utan likvidation. I och med en fusion av en leverantör som innehar ett upphandlingskontrakt aktualiseras ett leverantörsbyte och därmed ett upphandlingsrättsligt problem.

Kammarrätten i Göteborg bedömde i ett mål från 2011 frågan om en fusion under en pågående upphandling utgjorde en väsentlig ändring eller inte. I målet hade en kommun uteslutit en leverantör på grund av en pågående fusion där leverantören som lämnat in anbudet skulle komma att fusioneras upp i det övertagande bolaget. Fusionen hade beskrivits i anbudet där det framkom att det övertagande bolaget skulle överta samtliga av anbudsgivarens kontrakt inklusive pågående upphandlingsförfaranden. Fusionen skedde efter anbudstidens utgång men innan tilldelningsbeslutet. Kammarrätten ansåg att kommunen endast prövat anbudsgivarens uppfyllelse av kvalificeringskraven och inte huruvida det nya bolaget i fusionerad form uppfyllde kraven. Om bolaget i fusionerad form hade tilldelats kontraktet utan att först prövats mot kvalificeringskraven hade det enligt domstolen stridit mot principen om likabehandling. Kommunen har enligt kammarrätten således haft skäl för att utesluta leverantören.<sup>73</sup>

Med beaktande av kammarrättens slutsats talar det enligt Rosén Andersson m.fl. för att även en fusion som infaller efter ingående av ett upphandlingskontrakt hade betraktats som en väsentlig ändring.<sup>74</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl anser istället att en fusion inte bör medföra en ny kontraktstilldelning om leverantörsbytet sker med anledning av en fusion. Förändringen är inte materiell eftersom bolaget i fusionerad form är i

---

<sup>73</sup> KamR Göteborg mål nr 4847-11.

<sup>74</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015), kommentar till 1 kap 9 §, rubrik: Byte av leverantör.



huvudsak identisk med det ursprungliga överlåtande bolaget. En överlåtelse av ett ingånget upphandlingskontrakt på grund av en fusion bör vara tillåtet eftersom bolaget i fusionerad form övertagit alla rättigheter och skyldigheter.<sup>75</sup> Även vid fusion får rättsläget anses oklart.

## 4.5 Konkurs

Om en leverantör som innehar ett upphandlingskontrakt med en upphandlande myndighet går i konkurs uppstår ett upphandlingsrättsligt problem. I ett tillsynsärende hos svenska Konkurrensverket bedömdes en sådan situation. En kommun hade ingått ett upphandlingskontrakt avseende äldreomsorg med en leverantör med en avtalstid på fem år med möjlighet till förlängning ytterligare två år. Ett år senare gick leverantören i konkurs. Ägaren till leverantören som gått i konkurs och ett annat bolag startade då ett nytt bolag tillsammans. Konkursboet överlät därefter verksamheten inklusive upphandlingskontraktet med kommunen till det nya bolaget. I upphandlingskontraktet fanns ett villkor om att en sådan överlåtelse ska godkännas av kommunen, vilket också skedde. Kommunen ansåg att detta var en godtagbar lösning eftersom kontraktet överlätts på oförändrade villkor, den nya leverantören uppfyllde alla ställda krav och övertar förpliktelserna enligt kontraktet, verksamheten är oförändrad samt att kontraktet uttryckligen medgav överlåtelse. Överlåtelsen innebar med andra ord ingen ändring av villkoren i upphandlingskontraktet enligt kommunen.<sup>76</sup>

Konkurrensverket var dock av en annan uppfattning. De ansåg inte att de särdrag samt undantagsfall som kan motivera ett undantag från förnyat upphandlingsförfarande vid leverantörsbyte föreligger i detta fall.

Konkurrensverket ansåg att omständigheten att det inte skulle ske någon ändring av tjänsten i dess helhet, inte ensamt kan motivera ett undantag från upphandlingsplikten. De uttalade vidare att en sådan tolkning skulle leda till

---

<sup>75</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013), s. 14.

<sup>76</sup> Kkv Dnr 456/2009, beslut 2010-03-03, s. 1f.

att ett leverantörsbyte i ett upphandlingskontrakt kunde ske utan någon inskränkning. En sådan utveckling ansåg Konkurrensverket inte vara förenlig med EU-domstolens uppfattning, då de tolkar Pressetext-domen på det sättet att ett leverantörsbyte som huvudregel ska utlösa en upphandlingsplikt.<sup>77</sup>

Hartlev & Wahl Liljenbøl anser att rättsläget är oklart i det fall en leverantör går i konkurs och konkursboet överlåter upphandlingskontraktet till en tredje part. De anser att om konkursboets verksamhet, tillsammans med upphandlingskontrakt, överlåts till tredje part så är det väldigt likt ett företagsförvärv. Om det ändå skulle vara möjligt så borde det rimligen krävas att villkoren i upphandlingskontraktet efter överlåtelsen är oförändrade. En annan lösning som inte är lika riskabel för den upphandlande myndigheten är att om möjligt tilldela upphandlingskontraktet direkt till den leverantören som kom tvåa i den ursprungliga upphandlingen.<sup>78</sup>

Även Europeiska kommissionen uttalar en möjlig lösning skulle kunna vara att exempelvis ge uppdraget till den leverantör som lämnade det näst bästa anbudet i det ursprungliga upphandlingsförfarandet. Ett annat alternativ skulle kunna vara att på nytt öppna anbuds-förfarandet med deltagande av endast anbudsgivarna i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, under förutsättning att det tidigare upphandlingsförfarandet inte ligger alltför långt tillbaka i tiden.<sup>79</sup>

---

<sup>77</sup> Kkv Dnr 456/2009, beslut 2010-03-03, s. 5.

<sup>78</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013), s. 14f.

<sup>79</sup> Grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, s. 27.

## 4.6 Överlåtelseklausuler i upphandlingskontrakt

EU-domstolen har gett uttryck för att ett leverantörsbyte i regel ska anses utgöra en väsentlig ändring av ett upphandlingskontrakt, såvida inte detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitande av underleverantörer.<sup>80</sup>

Pedersen ställer sig dock frågande till vilket handlingsutrymme detta undantag egentligen innebär. En möjlig tolkning är att ett leverantörsbyte alltid kan ske så länge det förutsetts i det ursprungliga kontraktet genom en överlåtelseklausul. Med andra ord att sådant som är förutsett från början inte kan utgöra en väsentlig ändring eftersom det framgår av det ursprungliga upphandlingskontraktet. En sådan generös tolkning skulle dock kunna leda till ett användande av vagt formulerade överlåtelseklausuler, vilket i sin tur skulle kunna leda till att upphandlingskontrakt alltid kan överlåtas. En sådan utveckling skulle inte vara önskvärd och skulle strida mot själva syftet med upphandlingsreglerna. Vidare anser Pedersen att EU-domstolen har formulerat ett undantag från huvudregeln, vilket inte innebär en fullständig frihet att göra ett leverantörsbyte bara för att det finns en överlåtelseklausul i upphandlingskontraktet.<sup>81</sup>

KKV:s anser att EU-domstolens uttalande om överlåtelseklausuler i Presstext-omen inte ska tolkas alltför långtgående. EU-domstolens exempel att det med leverantörsbyte avses anlitande av underleverantörer visar på att omfattningen av detta undantag från huvudregeln är begränsat.<sup>82</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl är också inne på vikten av att EU-domstolen exemplifierar uttalandet om överlåtelseklausuler med anlitande av underleverantörer. Underleverantörer är endast i avtalsrelation med den

---

<sup>80</sup> Mål C-454/06, *Presstext*, punkt 40.

<sup>81</sup> Pedersen (2008), s. 1123.

<sup>82</sup> Kkv Dnr 456/2009, beslut 2010-03-03, s. 6.

leverantör som den upphandlande myndigheten är avtalspart med och därför inte i direkt avtalsrelation med den upphandlande myndigheten.<sup>83</sup>

Hartlev & Wahl Liljenbøl uttrycker att en överlåtelseklausul som stadgar en möjlighet till leverantörsbyte genom att den upphandlande myndigheten lämnar samtycke till det är alltför generell. Om användning av överlåtelseklausuler är möjlig bör en sådan i så fall vara mer specifik samt ange omständigheter under vilka ett leverantörsbyte kan ske och på vilka villkor. Exempel på sådana villkor skulle kunna vara att den nya leverantören måste uppfylla samma kriterier som gällde i det ursprungliga upphandlingsförfarandet.<sup>84</sup>

---

<sup>83</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013), s. 16.

<sup>84</sup> Hartlev & Wahl Liljenbøl (2013), s. 16.

# 5 Det nya upphandlingsdirektivet

## 5.1 Bakgrund till direktivet

Den offentliga upphandlingen är ett av de marknadsbaserade instrument som kan användas och spelar en viktig roll för uppfyllelsen av 2020-målen. Upphandlingsrätten ska säkerställa att offentliga medel används på ett så effektivt sätt som möjligt och att upphandlingsmarknader måste förbli öppna inom hela EU. Därför är det synnerligen viktigt att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med hjälp av effektiva förfaranden. I ljuset av dessa utmaningar finns det ett större behov än någonsin av en fungerande och effektiv europeisk upphandlingsmarknad som kan leverera resultat för att nå dessa ambitiösa mål.<sup>85</sup> Det nya upphandlingsdirektivet kan följaktligen anses vara en del i uppfyllandet av Europa 2020-målen.<sup>86</sup>

I det gamla upphandlingsdirektivet reglerades inte upphandlingskontraktets fullgörande på annat sätt än genom att kräva förhandsöppenhet om klausuler som gäller fullgörande av kontrakt, exempelvis uppgift i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. En del problem som uppstår under upphandlingskontraktets löptid kan emellertid få allvarliga konsekvenser när det gäller likabehandling och icke diskriminering mellan leverantörer, och i fråga om sundheten i den offentliga upphandlingen generellt. Europeiska kommissionen tar upp frågan om huruvida EU-reglerna bör föreskriva specifika regleringsinstrument som skulle kunna göra det möjligt för de upphandlande myndigheterna att hantera dessa problem mer effektivt.<sup>87</sup>

---

<sup>85</sup> Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, 2011-01-27, s. 3.

<sup>86</sup> Beaktandesats 2 till direktiv 2014/24/EU.

<sup>87</sup> Grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, s. 25.

Den 26 februari 2014 antogs det nya direktivet om offentlig upphandling<sup>88</sup>, vilket är en omarbetning av det gamla direktivet från 2004. Genomförandeutredningen anser att direktivet anpassats till de skiftande villkoren i det ekonomiska livet gällande förändringar i ingångna kontrakt. Reglerna har förtydligats beträffande frågan om när ändringar i kontrakt ska ske utan att en ny upphandling måste göras.<sup>89</sup>

## 5.2 Leverantörsbyte i direktivet

I artikel 72 i det nya direktivet stadgas följande gällande möjlighet till leverantörsbyte:

*”1. Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall:*

*a) Om ändringarna, oberoende av dess penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler [...] Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.*

*[...]*

*d) Om den entreprenör som den upphandlande myndigheten ursprungligen hade tilldelat kontraktet byts ut mot en ny entreprenör, till följd av antingen*

*i) en entydig ändringsklausul eller en option i överensstämmelse med led a.*

---

<sup>88</sup> Direktiv 2014/24/EU

<sup>89</sup> SOU 2014:51, s. 15.

- ii) *att en annan ekonomisk aktör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av detta direktiv”*

I beaktandesats 110 i upphandlingsdirektivet anges att en leverantör i ett upphandlingskontrakt bör kunna genomgå vissa strukturella förändringar under fullgörandet av kontraktet. Exempel på sådana är rent interna omorganisationer, uppköp, sammanslagningar och förvärv eller insolvens. Sådana strukturella förändringar bör inte automatiskt kräva nya upphandlingsförfaranden för alla upphandlingskontrakt som leverantören fullgör.<sup>90</sup>

Beaktandesatserna till upphandlingsdirektivet bör ses som ett komplement till direktivet eftersom de innehåller förklaringar till artiklarna. Det är en svår uppgift för alla medlemsländer att enas om en utformning av artiklarna och därför hamnar dessa förklaringar till artiklarna bland beaktandesatserna, även fast det möjligen borde varit en del av artiklarna.<sup>91</sup>

### **5.3 Rättsläget gällande leverantörsbyte i upphandlingskontrakt efter det nya upphandlingsdirektivet**

En relevant fråga att ställa är om det nya upphandlingsdirektivet öppnar upp för fler situationer där leverantörsbyte anses vara godtagbart än vad

---

<sup>90</sup> Beaktandesats 110 till Direktiv 2014/24/EU.

<sup>91</sup> Vaxenbäck & Lapinska (2015) s. 304f.

rättspraxis hittills har tillåtit. Med tanke på att EU-domstolen inte har tillämpat reglerna i ett mål ännu, är det oklart hur de exakt ska tolkas och tillämpas.

Det är svårt att förutspå hur rättsläget gällande leverantörsbyte kommer att påverkas av det nya upphandlingsdirektivet. Bestämmelser i direktiv och förarbeten inom EU-rätten är ofta så vaga och målinriktade att de inte ger så mycket vägledning. Hur bestämmelserna ska tillämpas och tolkas styrs därför till stor del av den rättspraxis som finns på området.<sup>92</sup> Eftersom EU-domstolen ännu inte tillämpat och tolkat direktivsbestämmelsen om leverantörsbyte, är det svårt att med säkerhet säga hur leverantörsbyte kommer att bedömas efter att det nya direktivet antagits.

Pedersen & Sandstedt anser att det nya upphandlingsdirektivet är en kodifiering av EU-domstolens praxis. Förslaget förtydligar även att upphandlingsregleringen inte ska hindra ett effektivt näringsliv genom att en leverantör ska kunna genomgå strukturella förändringar trots att det är upphandlingskontrakt inblandade.<sup>93</sup> Även Rosén Andersson m.fl. anser att lagstiftaren har kodifierat praxis, men även infört bestämmelser som fastställer vilka typer av ändringar som får göras utan att ett nytt kontrakt därmed ska anses ha ingåtts. Enligt författarna får det anses framgå av direktivet att leverantörsbyte får ske till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens.<sup>94</sup>

---

<sup>92</sup> Hettne & Otken Eriksson (2011), s. 49.

<sup>93</sup> Pedersen & Sandstedt (2013), s. 3.

<sup>94</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015), kommentar till 1 kap 9 §, rubrik: Byte av leverantör.



## 6 Analys

Rättsläget gällande leverantörsbyte innan det nya upphandlingsdirektivet antogs bestod i princip endast utav EU-domstolens praxis genom Pressetext-domen. Domen är svårtolkad och gränsdragningen mellan vad som är ett tillåtet respektive otillåtet leverantörsbyte är otydlig. Domstolen uttalar att byte av leverantör *i regel* ska anses utgöra en väsentlig ändring av kontraktet, såvida detta byte inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitanande av underleverantörer. Detta skulle kunna tolkas som att det är tillåtet med ett leverantörsbyte så länge det framgår av det ursprungliga kontraktet. Problemet är dock att domstolen exemplifierar ett sådant föreskrivande med anlitanande av underleverantör. En underleverantör har inget med avtalsförhållandet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören att göra. Mest troligt är nog att domen bör tolkas som så att huvudregeln är att ett leverantörsbyte är en väsentlig ändring och innebär att ett nytt kontrakt ingåtts. Den tolkningen kan även motiveras av att risk för ett missbruk av sådana slags överlåtelseklausuler i kontrakt skulle kunna missbrukas och leda till att kontrakt alltid kan överlåtas.

Det finns dock företagstransaktioner som med säkerhet kan anses tillåtna enligt EU-domstolen, nämligen ägarförändringar i noterade bolag och intern omorganisation, i varje fall då den ursprungliga leverantören svarar solidariskt med den nya. Ägarförändringar i noterade bolag hade inget med Pressetext-målet att göra men ändå valde domstolen att ta upp den situationen och förklara att det utgör ett tillåtet leverantörsbyte. Innebär det att domen ska tolkas som så att huvudregeln är att leverantörsbyte alltid utgör en väsentlig ändring och att de enda undantagen till detta är ägarförändringar i noterade bolag eller en intern omorganisation där förutsättningarna måste se ut som i målet? Det verkar i alla fall svensk domstol och Konkurrensverket tycka, som har tolkat domen restriktivt.

Enligt min åsikt så är det ingen av de typer av företagstransaktioner som jag tagit upp i uppsatsen som skulle anses kunna leda till ett tillåtet leverantörsbyte förutom de två situationer som togs upp ovan. Den enda transaktionen skulle möjligen vara ägarförändring i onoterade bolag. Jag anser att det mest ändamålsenliga är att noterade bolag och onoterade bolag behandlas lika. Även aktier i ett onoterat bolag är fritt tillgängliga för försäljning. Risken om man särbehandlar dessa bolagsformer är att säljbarheten av aktierna inskränks. En sådan påverkan av konkurrensen och företagsklimatet på den inre marknaden är inte förenlig med syftet med upphandlingsrätten.

Det har under lång tid funnits en stor ovisshet angående möjligheten till leverantörsbyte i upphandlingskontrakt. Detta uppmärksammades av EU:s lagstiftare och det har nu införts en bestämmelse som kan tillämpas på leverantörsbyte i det nya upphandlingsdirektivet. EU-domstolen har ännu inte tolkat den nya bestämmelsen i någon dom.

Enligt bestämmelsen anses det inte innebära att ett nytt kontrakt ingåtts om ett leverantörsbyte sker till följd av att en annan leverantör som uppfyller kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts inträder i den ursprungliga leverantörens ställe *till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens*. Vidare får detta endast ske under förutsättning att det inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet och inte syftar till att kringgå tillämpningen av direktivet.

Vid första anblick kan det se solklart ut och att leverantörsbyte ska vara tillåtet i alla de företagstransaktioner och situationer som jag tagit upp i uppsatsen. Görs en jämförelse med beaktandesats 110 till direktivet säger att leverantören bör kunna genomgå vissa *strukturella förändringar, exempelvis rent interna omorganisationer, uppköp, sammanslagningar och förvärv eller insolvens*. Beaktandesatsen nämner de andra företagstransaktionerna avskilt från interna omorganisationer, vilket gör det

tydligt att även ”externa” förändringar omfattas. Uttrycket företagsomstruktureringar som direktivsbestämmelsen använder behöver nödvändigtvis inte betyda samma sak som strukturella förändringar som är uttrycket som används i beaktandesatsen. OECD definierar en företagsomstrukturering som en sammansättning av tillgångar, risker och/eller funktioner som flyttas över landsgränser inom en koncern.<sup>95</sup> Motsvarande ord i direktivet på engelska är corporate restructuring. Lagtexten kan därför tolkas som att endast omfatta interna omorganisationer. Det utgör då endast en kodifiering av Pressetext-domen och inte en utveckling av rättsläget. Dock finns inget krav på solidariskt ansvar och liknande, vilket var fallet i Pressetext-domen.

En annan mer tillåtande tolkning är att företagsomstrukturering ändå utgör ett samlingsnamn för de uppräknade förändringarna i bestämmelsen, oavsett om de sker internt eller till ett företag som inte är en del av samma koncern. Beaktandesatsen ger definitivt stöd för den tolkningen. Ett leverantörsbyte till ett utomstående företag är inte mer ingripande i partsförhållandet än om leverantörsbytet sker till ett företag inom koncernen. Eftersom bestämmelsen inte innehåller något krav på att den ursprungliga leverantören måste svara solidariskt med den nya leverantören bör interna och externa transaktioner behandlas på samma sätt. Min personliga åsikt är att den mer tillåtande tolkningen av direktivsbestämmelsen är den mest logiska.

En nyhet i bedömningen av leverantörsbyte som inte var ett krav i Pressetext-domen är att den nya leverantören måste uppfylla kriterierna för det kvalitativa urval som ursprungligen fastställts. Frågan blir då utifrån vilken tidpunkt den upphandlande myndigheten ska bedöma detta, antingen utifrån de omständigheter som förelåg vid den ursprungliga prövningen eller vid tidpunkten för leverantörsbytet.

---

<sup>95</sup> OECD Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion Draft for Public Comment, 2008.

Ett av 2020-målen inom EU är att främja en resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi. Offentlig upphandling spelar en stor roll och bör användas för att uppnå målen. Det framgår av EU-domstolens rättspraxis att den offentliga upphandlingens främsta syfte är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att det öppnas upp för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. De grundläggande principerna för offentlig upphandling kan ses som ett utflöde ur upphandlingsrättens syfte.

Upphandlingsreglerna är en procedurlagstiftning som reglerar hur en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt och ämnar leda till en inre marknad med hög konkurrens. Det handlar även om en balansgång vid utformning av upphandlingsreglerna för att de inte ska få motsatt effekt och istället stå i vägen för främjandet av en effektiv och konkurrenskraftig marknad. Strukturella förändringar av företag är ofta konkurrensfrämjande samt samhällsekonomiskt nyttiga och att då genom upphandlingslagstiftningen hindra ett leverantörsbyte som sker på grund av en företagstransaktion kan anses strida mot syftet med upphandlingsrätten.

Om man drar det till sin spets så är ändamålet för upphandlingslagstiftningen att den upphandlande myndigheten inte själv fritt ska få välja leverantör samt därmed också för att förhindra diskriminering av leverantörer och främja den inre marknaden. Från ett EU-rättsligt perspektiv borde leverantörsbyten därför endast hindras då den upphandlande myndigheten själv påverkar om ett leverantörsbyte ska ske. Ett leverantörsbyte uppkommer som ett resultat av marknadskrafter och ett fungerande näringsliv borde därför tillåtas. Offentlig upphandling är ett marknadsbaserat instrument och bör därför styras av marknadens vilja.

Ett argument för att vara restriktiv med leverantörsbyte är att konkurrenter på marknaden missgynnas och att principen om likabehandling inte upprätthålls. Direktivsbestämmelser hindrar precis detta genom den införda förutsättningen att den nya leverantören måste uppfylla de ursprungliga kraven för att ett leverantörsbyte ska anses vara tillåtet.

Ett annat argument för en restriktiv tolkning är att vid vetskap om ändringarna av kontraktet skulle det ha varit möjligt för andra anbudsgivare att lämna anbud eller att anbudsgivare som lämnade anbud i upphandlingen hade kunnat utforma sitt anbud annorlunda. Eftersom leverantörsbytet inte får medföra andra väsentliga ändringar av kontraktet än själva bytet av avtalspart så faller detta argument. Eftersom detta även är stadgat som en förutsättning i direktivsbestämmelsen så kan principen om likabehandling upprätthållas trots att ett leverantörsbyte sker.

Rättsläget efter det nya upphandlingsdirektivet får än så länge anses vara oklart. Enligt min åsikt och utav uppsatsens utredning bör leverantörsbyte ändå anses vara tillåtet i fler fall än vad det har varit innan det nya direktivet antogs. Slutsatsen är förenlig med syftet med upphandlingsrätten och för främjandet av en konkurrenskraftig inre marknad. Därför anser jag slutligen att så länge leverantörsbyten inte görs för att kringgå upphandlingslagarna bör leverantörsbyte i upphandlingskontrakt vara tillåtet.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (konsoliderad version), C 326/47, Europeiska unionens officiella tidning, 26 oktober 2012.

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

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

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

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

Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad, KOM(2011) 15 slutlig, Bryssel 27 januari 2011

Meddelande från Kommissionen, Europa 2020 – en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, KOM(2010) 2020 slutlig, Bryssel 3 mars 2010.

## **Sverige**

Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

SOU 2014:51, *Nya regler om offentlig upphandling*.

## **Litteratur**

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, tredje upplagan, 2014, Jure Förlag.

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida: *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, 2011, Norstedts Juridik.

Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, andra upplagan, 2011, Jure Förlag.

Rosén Andersson, Helena; Mülenbock, Eva-Maj; Willquist, Henrik och Piper, Catharina: *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, 2015, Norstedts Juridik.

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, Jure Förlag.

## Artiklar

Hartlev, Kristian och Wahl Liljenbøl, Morten: *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, Public Procurement Law Review 2013 no 2, Sweet & Maxwell.

Peczenik, Aleksander: *Juridikens allmänna läror*, Svensk Juristtidning, 2005.

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

Vaxenbäck, Sven och Lapinska, Anna: *Förvärv av offentliga kontrakt genom företagsöverlåtelse*, Förvaltningsrättslig tidskrift, nummer 2 2015.

## Elektroniska källor

Larsberger, Olof och Lavér, Joakim: *Nya direktiven klargör om leverantörsbyte*, PMP Public Media Partner AB, senast ändrad 7 juli 2014, informationen hämtad 2015-11-03.

<http://upphandling24.se/nya-direktiven-klargor-om-leverantorsbyte/>

Pedersen, Kristian och Sandstedt, Ingrid: *Upphandlingslagarnas betydelse i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner – analys*, JP Infonet AB, senast ändrad 1 november 2013, informationen hämtad 2015-10-21.

[http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1811966/Upphandlingslagarnas-betydelse-i-samband-med-foretagsforvarv-och-liknande-transaktioner---analys?pageid=22637&search=sandstedt,](http://www.jpinfonet.se/dokument/Analyser-och-referat/1811966/Upphandlingslagarnas-betydelse-i-samband-med-foretagsforvarv-och-liknande-transaktioner---analys?pageid=22637&search=sandstedt)



OECD Transfer Pricing Aspects of Business Restructurings: Discussion  
Draft for Public Comment, 19 september 2008 till 19 februari 2009,  
Organisationen för ekonomiskt samarbete och utveckling (OECD),  
informationen hämtad 2015-12-27.

[http://www.oecd.org/ctp/transfer-  
pricing/discussiondraftonthetransferpricingaspectsofbusinessrestructurings.h  
tm](http://www.oecd.org/ctp/transfer-pricing/discussiondraftonthetransferpricingaspectsofbusinessrestructurings.htm)

# Rättsfallsförteckning

## **EU-domstolen**

Mål C-87/94, Domstolens dom (femte avdelningen) den 25 april 1996, Kommissionen mot Belgien.

Mål C-324/98, Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 7 december 2000, Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH och Telekom Austria AG, tidigare Post & Telekom Austria AG, i närvaro av: Herold Business Data AG.

Mål C-337/98, Domstolens dom den 5 oktober 2000, Kommissionen mot Frankrike.

Mål C-454/06, Domstolens dom (tredje avdelningen) den 19 juni 2008, Preetext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund), APA-OTS Originaltext-Service GmbH och APA Austria Presse Agentur registrierte Genossenschaft mit beschränkter Haftung.

## **Svenska domstolar**

Kammarrätten i Göteborg, dom 8 november 2011, mål nr 4847-11.

## **Svenska myndigheter**

Nämnden om offentlig upphandling ärende diarienummer 2005/0197-26.

Konkurrensverkets beslut, diarienummer 456/2009, 3 mars 2010.