



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Julia Rist

Takvolymen i förhållande till ändringar i ramavtal

Med särskilt fokus på de frågor som uppkommit med
anledning av EU-domstolens dom i målet Coopservice

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Vilhelm Persson

Termin för examen: Period 1 VT2020

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till uppsatsämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	7
1.5 Forskningsläget	9
1.6 Disposition	10
2 UPPHANDLINGSRÄTTSLIG BAKGRUND	11
2.1 Syftet med offentlig upphandling	11
2.2 De upphandlingsrättsliga principerna	12
2.2.1 Likabehandlingsprincipen	13
2.2.2 Öppenhetsprincipen	13
2.3 Avtalsformen ramavtal	14
2.3.1 Syftet med ramavtal	15
2.3.2 Olika typer av ramavtal	16
2.3.2.1 Ramavtalsparter	16
2.3.2.2 Avropa från ett ramavtal	16
3 TAKVOLYMER I RAMAVTAL	18
3.1 Bakgrund i målet Coopservice	18
3.2 EU-domstolens bedömning	19
3.3 Tolkning av domen	20
3.3.1 Är EU-domstolens uttalanden om takvolymmer tillämpliga på upphandlingar som omfattas av 2014 års direktiv?	20
3.3.2 Ramavtal med en leverantör	21
3.3.3 Ramavtal med flera leverantörer	21
3.3.4 Hur ska takvolymmer anges?	23
3.4 Slutsatser	24

4	TILLÅTNA ÄNDRINGAR AV RAMAVTAL MED STÖD AV BESTÄMMELSER I LOU	25
4.1	Gemensamma utgångspunkter	25
4.2	Ändringar av mindre värde	26
4.3	Ändringar till följd av oförutsebara omständigheter	30
4.4	Ändringar som inte är väsentliga	32
4.5	Slutsatser	35
5	TILLÅTNA ÄNDRINGAR AV RAMAVTAL MED STÖD AV EN ÄNDRINGS- ELLER OPTIONSCLAUSUL	37
5.1	Bestämmelsens utformning i 2014 års direktiv och LOU	37
5.2	Definitionen av ändrings- och optionsklausuler	38
5.3	Innehållet i en ändrings- eller optionsklausul	40
5.3.1	Angivandet i upphandlingsdokumenten	40
5.3.2	Omfattning, art och den övergripande karaktären	40
5.3.3	Klara, exakta och entydiga ändrings- och optionsklausuler	42
5.4	Ska alla typer av ändrings- och optionsklausuler ingå i ramavtalets takvolym?	43
5.5	Slutsatser	45
6	EFFEKTER AV OTILLÅTNA ÄNDRINGAR	46
6.1	Överprövning	46
6.2	Ogiltighet	48
6.2.1	Ogiltighetens räckvidd	48
6.2.2	Konsekvenser av ogiltighet	49
6.3	Skadestånd	50
6.4	Upphandlingsskadeavgift	51
6.5	Slutsatser	52
7	AVSLUTANDE KOMMENTARER	54
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	57
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	61

Summary

A significant part of all public procurements leads to the conclusion of framework agreements. Framework agreements are agreements that define the terms of contracts to be awarded later.

In a 2018 judgment, the European Court of Justice dealt with a new phenomenon for the procurement area. The judgment concerns determined volumes in framework agreements, which refer to a specific limit on how much contracting authorities are entitled to call off. Since the procurement legislation contains provisions that enable certain modifications of framework agreements during their term, it has been of interest to analyze in more detail how these provisions relate to the judgment. The statutory provisions cover four categories of modifications: (i) modifications of lesser value, (ii) modifications due to unforeseeable circumstances, (iii) modifications that are not substantial, and (iv) modifications based on a review or option clause.

The author's conclusions are that modifications of lesser value, modifications due to unforeseeable circumstances and modifications that are not substantial should be possible despite the determined volume being exceeded. The author reaches this conclusion since the provisions regarding modifications as such cannot be considered contrary to the purpose that determined volumes are intended to fulfill. If the room for legal contract modifications would be restricted by the stated determined volume, there is a risk that contracting authorities would state disproportionately high volumes. This would erroneously exclude economic operators who otherwise would have been able to participate in a procurement. By allowing certain modifications, conditions for flexible framework agreements increase where the risk of circumventing of procurement legislation is minimized.

Regarding the fourth category, modifications based on review or option clauses, the situation is different. There are compelling reasons why all types of review and option clauses are to be included in the determined volume of the framework agreement. Thus, contrary to the other statutory provisions that enable modifications, the provision regarding review and option clauses can never be applied to change the determined volume.

If a framework agreement is modified in contravention of the above provisions, the modification is considered to be an unauthorized direct procurement. This entails, among other things, the risk of annulment. It is up to the court to decide whether annul refers only to the modification as such or the framework agreement as a whole. However, most things indicate that the annulment would only refer to the modification itself.

Sammanfattning

En betydande del av alla offentliga upphandlingar leder till upprättande av ramavtal. Ramavtal är avtal som fastställer villkoren för kontrakt som senare ska tilldelas.

EU-domstolen har i en dom från 2018 behandlat ett för upphandlingsområdet nytt fenomen. Domen rör takvolymen i ramavtal vilket avser en bestämd gräns för hur mycket som är tillåtet att avropa. Eftersom 2014 års direktiv och sedermera LOU innehåller bestämmelser som ger vissa möjligheter till ändringar av ramavtal har det varit av intresse att närmare analysera hur bestämmelserna förhåller sig till domen. Bestämmelserna behandlar fyra olika kategorier av ändringar enligt följande: (i) ändringar av mindre värde, (ii) ändringar till följd av oförutsebara omständigheter, (iii) ändringar som inte är väsentliga, samt (iv) ändringar som görs med stöd av en ändrings- eller optionsklausul.

Uppsatsförfattarens slutsatser är att ändringar av mindre värde, ändringar till följd av oförutsebara omständigheter och ändringar som inte är väsentliga ska kunna genomföras trots att takvolymen överskrids. Uppsatsförfattaren når denna slutsats eftersom en tillämpning av bestämmelserna i sig inte kan anses strida mot det syfte som takvolymen är tänkta att uppfylla. Om möjligheterna till lagenliga avtalsändringar skulle begränsas genom angiven takvolym skulle detta även medföra att upphandlande myndigheter angav oproportionerligt höga volymer. Detta skulle felaktigt utesluta leverantörer som annars hade kunnat delta i en upphandling. Genom att tillåta vissa ändringar ökar således förutsättningarna för flexibla ramavtal där risk för kringgående av upphandlingslagstiftningen minimeras.

Vad gäller den fjärde kategorin, ändringar som görs med stöd av ändrings- eller optionsklausuler, är situationen annorlunda. Övervägande skäl talar för att alla typer av ändrings- och optionsklausuler ska ingå i ramavtalets takvolym. Således kan bestämmelsen som reglerar ändrings- eller optionsklausuler, till skillnad från övriga ändringsbestämmelser, aldrig tillämpas för att ändra takvolymen.

Om ett ramavtal ändras i strid med ovanstående ändringsbestämmelser anses ändringen utgöra en otillåten direktupphandling. Detta medför bland annat risk för ogiltigförklaring. Det ankommer på rätten att besluta huruvida ogiltighet endast avser ändringen som sådan eller ramavtalet som helhet. Vad gäller ändringar av takvolymen tyder det mesta dock på att en ogiltigförklaring endast skulle avse själva ändringen.

Förord

Examensarbetet sätter punkt för min studietid på juristprogrammet vid Lunds universitet. Det vore kul om fler än min handledare, opponent och examinator mäktar ta sig igenom framställningen.

Jag vill rikta ett stort tack till alla som har gjort min studietid i Lund till vad den varit. Ett särskilt tack ska riktas till Rebecca Hörnell och Einar Tingström.

Jag vill även tacka min handledare Vilhelm Persson. Du har genom långa telefonsamtal givit mig många kloka råd och synpunkter under processens gång.

Ett stort tack ska även riktas till mina numera kollegor på Advokatfirman Lindahl. Det har varit ovärderligt att ha en plats hos er i tider som dessa.

Sist men inte minst, tack till Emil. Du har, trots omständigheterna, gjort den här våren till en vår att minnas.

Allt gott,

Julia Rist
Malmö den 14 maj 2020

Förkortningar

Art.	Artikel
EU	Europeiska Unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Genomförandeförordning 2015/1986	Genomförandeförordning (EU) 2015/1986 av den 11 november 2015 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) nr 842/2011
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
Prop.	Proposition
2004 års direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
2007 års ändringsdirektiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
2014 års direktiv	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

1 Inledning

1.1 Introduktion till uppsatsämnet

Upphandlande myndigheter är som huvudregel skyldiga att konkurrensutsätta sina inköp. I de fall myndigheterna har ett löpande behov av vissa varor, tjänster eller byggtreprenader men behovet inte går att bestämma i förväg, är det lämpligt att ingå ett ramavtal.¹ Ett ramavtal är ett avtal som ingås med en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas.² Syftet med ramavtal är således att upphandlande myndigheter under en viss tid, vanligtvis fyra år, ska ha möjlighet att göra löpande avrop från ramavtal och på så sätt tillfredsställa aktuella behov när de uppstår.³

En effekt av att ramavtal löper under flera år och ofta omfattar flera myndigheter är att det behov som ett ramavtal är avsett att täcka av naturliga skäl kan komma att ändras. EU:s upphandlingsdirektiv och LOU har emellertid sedan dess tillkomst haft ett tydligt fokus på upphandlingsprocessen. Vad som sker när en upphandling är avslutad har närmast lämnats oreglerat. Att lagstiftningen inte innehållit några regler som uttryckligen tar sikte på hur ett ramavtal får hanteras när det väl är tecknat kan tyckas märkligt men har till viss del reparerats genom 2014 års direktiv.⁴ Av såväl 2014 års direktiv som LOU framgår numera att en ändring av ett upphandlat ramavtal bland annat får genomföras om ändringen avser ett mindre värde, om ändringen uppkommer till följd av oförutsebara omständigheter, om ändringen inte är väsentlig eller om ändringen sker i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul. En förhoppning med angivna bestämmelser har varit att förenkla för upphandlande myndigheter att genomföra lagenliga avtalsändringar.⁵

Samtidigt innehåller ovanstående bestämmelser en rad vaga begrepp vars innebörd närmare kommer att behandlas i denna uppsats. Vidare har EU-domstolen i ett mål från 2018 behandlat ett för upphandlingsområdet nytt fenomen som ytterligare komplicerat frågan. Målet, som fortsättningsvis kommer att benämnas som målet Coopservice, rör takvolymen i ramavtal vilket avser en bestämd gräns för hur mycket som är tillåtet att avropa från ett ramavtal. EU-domstolen har uttalat att ramavtal som nått denna gräns inte längre har någon verkan.⁶ Frågan uppkommer hur uttalandet förhåller sig till ovanstående ändringsbestämmelser.

För att tydliggöra problematiken ska ett exempel ges. En kommun ska bygga ett antal flerbostadshus och har av denna anledning upphandlat ett ramavtal

¹ Olsson & Robertson (2019) s. 527.

² 1 kap. 20 § LOU.

³ Olsson & Robertson (2019) s. 527.

⁴ Nilsson (2016) s. 259; jämför skäl 107 och artikel 71 2014 års direktiv.

⁵ Jämför Olsson & Pedersen (2017) s. 30.

⁶ Mål C-216/17 Coopservice punkt 61.

avseende byggentreprenader. Ramavtalet avseende flerbostadshusen uppgår till ett beräknat värde av 100 miljoner kronor. På grund av att behovet av bostäder ökat har kommunen gjort bedömningen att ramavtalet måste ändras till att omfatta ytterligare flerbostadshus, vilket ökar värdet på ramavtalet med 10 miljoner kronor. Ökningen ändrar inte ramavtalets övergripande karaktär, understiger tröskelvärdet och är mindre än 15 procent av ramavtalets ursprungliga värde. Ändringen ska således anses tillåten enligt bestämmelsen som reglerar ändringar av mindre värde.⁷ Däremot överskrids ramavtalets takvolym. Frågan uppkommer om detta medför att ändringen ändå ska anses otillåten.

1.2 Syfte och frågeställningar

Genom målet Coopservice har en uppfattning om att ramavtal är utan verkan så snart den angivna takvolymen överskridits vuxit fram. Av såväl 2014 års direktiv som LOU framgår emellertid att vissa ändringar av ramavtal får ske. Uppsatsen syftar till att beskriva den osäkerhet som målet Coopservice ger upphov till i förhållande till sådana ändringar. För att uppnå syftet med uppsatsen ska följande frågeställningar besvaras:

- Vad ska en upphandlande myndighet tänka på när den vill ändra villkoren i ett ramavtal?
- Vilka rättsliga konsekvenser kan en ändring av ett ramavtal som inte är genomförd i enlighet med gällande rätt få?

1.3 Avgränsningar

Anskaffning genom offentlig upphandling kan antingen resultera i ett kontrakt eller i ett ramavtal.⁸ Ett kontrakt eller ett ramavtal får ändras om ändringen är av mindre värde, om ändringen beror på oförutsebara omständigheter, om ändringen inte är väsentlig, om ändringen avser byte av leverantör eller om ändringen sker i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul. Även om bestämmelserna både reglerar ändringar av kontrakt och ramavtal kommer uppsatsen av utrymmesskäl enbart att behandla ramavtal. En ytterligare avgränsning som gjorts är att bestämmelsen som reglerar byte av leverantör inte behandlas i uppsatsen. Anledningen till detta är att målet Coopservice inte får några rättsliga konsekvenser på tillämpningen av bestämmelsen.

Det är tillåtet för en upphandlande myndighet att ingå ramavtal om den använder något av upphandlingsförfarandena i LOU och LUF.⁹ Regleringen avseende ramavtal är närmast identisk i de båda lagarna. Av utrymmesskäl kommer dock enbart LOU att behandlas.

⁷ Regleringen avseende ändringar av mindre värde kommer att behandlas mer utförligt i avsnitt 4.2.

⁸ Lindahl Toftegaard (2018) s. 76.

⁹ 7 kap. 1 § LOU; 7 kap. 1 § LUF.

Plikten att upphandla enligt LOU regleras utifrån så kallade tröskelvärden. För närvarande är tröskelvärdet för upphandling av varor och tjänster för statliga myndigheter 1 427 377 kronor, för upphandling av varor och tjänster för övriga upphandlande myndigheter 2 197 545 kronor och för upphandling för byggtreprenader för samtliga upphandlande myndigheter 54 938 615 kronor.¹⁰ Vad gäller upphandlingar vars värde beräknas understiga tröskelvärdena samt upphandlingar av vissa speciella tjänster sker upphandling genom förenklade former. Dessa omfattas inte av EU-direktiv utan regleras utifrån Sveriges nationella upphandlingsregler.¹¹ Även om regleringen på många sätt är samstämmig med LOU i övrigt kommer uppsatsen av utrymmesskäl enbart att behandla upphandlingar över tröskelvärdena.

1.4 Metod och material

Framställningen går ut på att försöka fastslå och analysera gällande rätt avseende de frågor som redovisats i avsnitt 1.2. En undersökning som avser att tolka och systematisera rätten kallas för rättsdogmatisk.¹² Den rättsdogmatiska metoden tar utgångspunkt i de allmänt accepterade rättskällorna. Till dessa räknas lagstiftning, förarbeten, rättspraxis och doktrin.¹³

Peczenik är av uppfattningen att rättsdogmatiken både beskriver gällande rätt och utvecklar normativa ståndpunkter som rättfärdigar och kritiserar.¹⁴ Även Jareborg är av denna uppfattning men uttrycker det i stället som att rättsdogmatiken primärt förknippas med gällande rätt men att detta inte hindrar att man vid en rättsdogmatisk argumentation vidgar perspektivet.¹⁵ Sandgren är i stället av uppfattningen att den rättsdogmatiska metoden inte ger utrymme för sådan analys eftersom metoden endast avser att fastslå gällande rätt. En metod där rätten analyseras bör enligt Sandgren i stället kallas rättsanalytisk.¹⁶ I likhet med Peczenik och Jareborg har jag en bred syn på rättsdogmatiken där analys av gällande rätt innefattas i begreppet. Detta kommer till uttryck i uppsatsen eftersom gällande rätt genomgående analyseras.

Det material som huvudsakligen studeras i uppsatsen är EU-domstolens dom i målet Coopservice samt LOU. LOU har sin grund i 2014 års direktiv. Direktiv är inte direkt tillämpliga utan överlåter till medlemsländerna att själv bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. Tanken med direktiv är således att skyldigheter ska kunna genomföras i det nationella

¹⁰ Se tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹¹ Prop. 2015/16:195 s. 476; se även 19 kap. LOU.

¹² Peczenik (1995) s. 33.

¹³ Kleineman (2018) s. 21.

¹⁴ Peczenik (2005) s. 249 f.

¹⁵ Jareborg (2004) s. 4.

¹⁶ Sandgren (2018) s. 50 f.

rättssystemet på det sätt som bäst passar den nationella strukturen, under förutsättning att det resultat som direktivet syftar till uppfylls.¹⁷

Eftersom LOU befinner sig inom EU-rättens tillämpningsområde ska lagstiftningen tolkas EU-konformt. Detta innebär att LOU i så stor utsträckning som möjligt ska tolkas på ett sätt som överensstämmer med 2014 års direktiv.¹⁸ En korrekt tolkning av LOU ska således styras av tolkningsunderlag som har en auktoritativ ställning inom EU-rätten. Sådant tolkningsunderlag avser främst EU-domstolens praxis, EU:s allmänna rättsprinciper samt direktivskäl. Nationella tolkningskällor kan även användas men har inte samma starka ställning. Dessa fyller snarare en deskriptiv funktion som bör ge vika för de fall EU-rättsliga tolkningskällor har ett annat innehåll.¹⁹ I enlighet med ovanstående har jag tolkat gällande rätt med hjälp av 2014 års direktiv, EU-domstolens praxis, EU:s allmänna rättsprinciper samt direktivskäl. Därtill fyller de svenska förarbetena, nationell praxis och doktrin en viktig funktion för att tolka och utveckla rätten där EU-rätten inte ger några tydliga svar.

De bestämmelser som reglerar ändringar av ramavtal återfinns i 17 kap. LOU. Bestämmelserna utgör till stor del en kodifiering av tidigare praxis från EU-domstolen.²⁰ Detta innebär att den EU-rättsliga praxis som ligger till grund för bestämmelserna, samt nationell praxis som avgjorts med stöd av denna EU-rättsliga praxis, generellt sett fortfarande är intressant för att tolka nu gällande rätt. För svenskt vidkommande granskas huvudsakligen domar från HFD. I viss mån studeras även avgöranden från kammarrätterna. Trots att sådana avgöranden inte har någon prejudicerande verkan fyller de en viktig funktion genom att exemplifiera och tydliggöra resonemang i uppsatsen.

Fenomenet takvolym i ramavtal uppkom först genom EU-domstolens dom i målet Coopservice. Domen utgör en central del av uppsatsen och kommer att behandlas ingående. Analys av domen sker huvudsakligen med hjälp av Konkurrensverkets ställningstagande *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen - EU-domstolens avgörande i mål C-2016/17 Coopservice* samt Upphandlingsmyndighetens vägledning *Takvolym i ramavtal*. Även om dessa myndighetspublikationer inte innefattas i den klassiska rättskälleläran får de anses utgöra betydande material i uppsatsen. Att så är fallet har att göra med att Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för den offentliga upphandlingen i Sverige och Upphandlingsmyndigheten är en myndighet som ska utveckla och förmedla kunskap inom upphandlingsområdet.

¹⁷ Hettne & Eriksson (2011) s. 178 f; Bergström & Hettne (2014) s. 440 f.

¹⁸ Jämför Bergström & Hettne (2014) s. 100; Bernitz & Kjellgren (2018) s. 125; se även mål C-262/97 Rijkdienst voor Pensioenen punkt 39.

¹⁹ Jämför Reichel (2018) s. 125 f.

²⁰ Skäl 107 2014 års direktiv; prop. 2015/16:195 s. 844.

1.5 Forskningsläget

Ämnet offentlig upphandling behandlas i ett flertal juridiska framställningar. På EU-rättslig nivå bör särskilt nämnas Sue Arrowsmiths verk *The law of public and utilities procurement, regulation in the EU and UK*. För nationellt vidkommande ska särskilt nämnas Eva Lindahl Toftegaards verk *Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen*, Kristian Pedersens verk *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna* samt Niclas Forsbergs verk *Upphandling enligt LOU, LUF, LUK, LUFs och LOV*. Samtliga framställningar behandlar nuvarande LOU vilket gör dem särskilt relevanta. I de avseenden som upphandlingsrätten är oförändrad är dock äldre litteratur även användbar. Här bör särskilt nämnas Anders Asplund, Magnus Ehn, Daniel Johansson och Erik Olssons verk *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*.

Vad gäller frågor om ändringar av ramavtal kan ledning endast hämtas ur nyare forskning. Att så är fallet har att göra med att bestämmelserna som reglerar ändringar av ramavtal tillkom genom 2014 års direktiv. Däremot behandlar inget av ovanstående nämnda verk ämnet särskilt ingående. Dock har Upphandlingsmyndigheten med hjälp av advokaterna Carl Bokwall och Lina Håkansson Kjellén publicerat rapporten *Ändringar av kontrakt och ramavtal, möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen*. Vidare behandlas ändringsbestämmelserna i flertalet juridiska artiklar. Bland dessa bör särskilt nämnas Magnus Nilssons artikel *Ändringar av kontrakt och ramavtal* som publicerades i Upphandlingsrättslig Tidskrift 2016 samt Magnus Mårtenssons artikel *Avtalsändringar i offentlig upphandling* som publicerades i Upphandlingsrättslig Tidskrift 2018.

Fenomenet takvolym i ramavtal uppkom som tidigare nämnts genom EU-domstolens dom i målet Coopservice. Tidigare uppfattning på området har inte behandlats i den svenska doktrinen men går att återfinna i Sue Arrowsmiths ovan nämnda verk. Av det material som behandlat ämnet efter domen bör särskilt nämnas Konkurrensverkets ställningstagande *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen - EU-domstolens avgörande i mål C-2016/17 Coopservice*, Upphandlingsmyndighetens vägledning *Takvolym i ramavtal* samt Danska Konkurrens- og Forbrugerstyrelsens tolkning av domen *Verdurering af EU-domstolens dom af 19. december i sagen C-2016/17*. Därutöver ska särskilt nämnas Erik Olsson och Viktor Robertsons artikel *Om ramen för ramavtalet – något om EU-domstolens dom Coopservice och Konkurrensverkets nya ställningstagande* som publicerades i Europarättslig Tidskrift 2019. Takvolym i förhållande till ändringar i ramavtal har emellertid aldrig varit föremål för forskning. Det finns således anledning att närmare utreda frågan.

1.6 Disposition

Utöver detta inledande kapitel består uppsatsen av ytterligare sex kapitel. I framställningens andra kapitel ges viss rättslig bakgrund av upphandlingsområdet, för att säkerställa att läsaren har tillräckliga kunskaper för att tillgodogöra sig uppsatsens innehåll. I uppsatsens tredje kapitel behandlas takvolymen i ramavtal. Kapitlet utgör en central del av uppsatsen och sätter ramarna för den diskussion som följer i resterande kapitel. I kapitel fyra behandlas förutsättningarna för att ändra villkoren i ett ramavtal med hänvisning till särskilda bestämmelser i LOU. I femte kapitlet behandlas förutsättningarna för att ändra villkoren i ett ramavtal genom en ändrings- eller optionsklausul. Syftet med båda kapitlen är att problematisera vilka rättsliga konsekvenser målet Coopservice får i förhållande till ändringar i ramavtal. Anledningen till uppdelningen är att bestämmelsen som reglerar ändringar i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul får särskilda konsekvenser i förhållande till målet Coopservice. Det sjätte kapitlet behandlar de rättsliga konsekvenser som aktualiseras om ett ramavtal ändras i strid med gällande rätt. Framställningen avslutas med ett sjunde kapitel där mina slutsatser summeras. Det ska framhållas att analys av gällande rätt sker löpande i samtliga kapitel.

2 Upphandlingsrättslig bakgrund

I detta kapitel ges viss rättslig bakgrund på upphandlingsområdet. Kapitlet inleds med ett kort avsnitt som redogör för syftet med offentlig upphandling. Därefter behandlas de upphandlingsrättsliga principerna. Efter det behandlas avtalsformen ramavtal. Syftet med kapitlet är att ge läsaren tillräcklig bakgrundsinformation för att kunna tillgodogöra sig uppsatsens innehåll.

2.1 Syftet med offentlig upphandling

Reglerna om offentlig upphandling styr det offentliga anskaffning av varor, tjänster och byggtreprenader och ämnar stimulera tillväxten och bidra till en effektiv konkurrens. Reglerna syftar även till att säkerställa en kostnads-effektiv och ändamålsenlig hantering av skattemedel. Utgångspunkten för regelverket är att effektiv konkurrens främjar lägre priser och skapar förutsättningar för en dynamisk marknad som kan leverera efterfrågad vara, tjänst eller byggtreprenad.²¹

Eftersom offentlig upphandling utgör en viktig del av EU:s inre marknad behöver upphandlingslagstiftningen säkerställa en öppen konkurrens där leverantörer från EU:s medlemsländer kan konkurrera på lika villkor.²² För att uppnå detta tillämpas vissa grundläggande principer, vilka samtliga syftar till att garantera samma förutsättningar för alla leverantörer inom unionen vad gäller etableringsfrihet samt fri rörlighet av varor och tjänster.²³ Således ämnar lagstiftningen undanröja risker för att nationella anbudsgivare eller nationella anbudssökande ges företräde när myndigheter genomför offentliga upphandlingar.²⁴

Behovet av en reglering om offentlig upphandling har därutöver att göra med att den offentliga sektorn, till skillnad från den privata, inte utsätts för någon konkurrens på marknaden. Myndigheterna behöver heller inte använda egna intjänade medel för eventuella inköp utan finansieras vanligtvis med en årlig budget. Således behövs upphandlingsregler som tvingar myndigheterna att konkurrensutsätta sina anskaffningar.²⁵ Att skapa förutsättningar för en så bred konkurrens som möjligt ligger även i de upphandlande myndigheternas intresse, eftersom myndigheterna därigenom får fler valmöjligheter vad gäller bäst anpassat och mest fördelaktigt anbud.²⁶

²¹ Lindahl Toftagaard (2018) s. 23.

²² Lindahl Toftagaard (2018) s. 23 f.

²³ Skäl 1 2014 års direktiv.

²⁴ Jämför mål C-410/14 Falk Pharma punkt 35; mål C-360/96 BFI Holding punkt 42; mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl. punkt 33.

²⁵ Lindahl Toftagaard (2018) s. 25.

²⁶ Mål C-305/08 CoNISMa punkt 37.

Även om en bred konkurrens medför större valmöjligheter måste samtliga val ske på objektiva grunder. Att en upphandling ska ske på objektiva grunder är viktigt för att nyetablerade och mindre aktörer ska kunna etablera sig på marknaden. En effektiv konkurrens begränsar således monopolbildning och motverkar att få stora företag dominerar marknaden.²⁷

2.2 De upphandlingsrättsliga principerna

För att uppnå och bibehålla syftet med offentlig upphandling genomsyras området av ett antal grundläggande principer.²⁸ Principerna framgår av såväl EU-rättslig som nationell reglering och innefattar krav på likabehandling, proportionalitet, öppenhet, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande.²⁹ Om en upphandlande myndighet brutit mot någon av ovanstående principer, och detta medfört att en leverantör lidit eller riskerar att lida skada, ska domstolen besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.³⁰ Att principerna har en avgörande betydelse syns tydligt i praxis eftersom de åberopas i näst intill varje överprövningsmål.³¹

Olika delar av upphandlingsområdet påverkas i olika hög utsträckning av olika principer. Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Principen genomsyrar således hela upphandlingsprocessen. Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som upphandlande myndigheter ställer ska stå i rimlig proportion till det behov som ska täckas. Principen aktualiseras således främst vid bedömningen av vilka krav som kan ställas på leverantörer. Öppenhetsprincipen innebär att en upphandling ska präglas av öppenhet och förutsägbarhet. Principen blir således särskilt aktuell vid hantering av information till leverantörer. Icke-diskrimineringsprincipen innebär en skyldighet för upphandlande myndigheter att inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan utföra. Principen om ömsesidigt erkännande innebär vidare att intyg och certifikat som utfärdats av en behörig myndighet i en medlemsstat ska ha samma status i andra medlemsstater. Dessa två principer tar således sikte på utländska leverantörers rätt att delta i upphandlingar.³²

Vid ändringar av ramavtal är det främst likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen som aktualiseras. Av denna anledning kommer dessa principer att presenteras mer utförligt.

²⁷ Prop. 2009/10:180 s. 261.

²⁸ Pedersen (2019) s. 31.

²⁹ Art. 18.1 1 st. 2014 års direktiv; 4 kap. 1 § LOU.

³⁰ 20 kap. 6 § LOU.

³¹ Ulfsdotter Forssell, Anna, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 4 kap. 1 § Lexino 2018-04-24, i JUNO, besökt 2020-01-31.

³² Jämför prop. 2006/07:128 s. 132.

2.2.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan väsentlig hänsyn. Enlig praxis från EU-domstolen är utgångspunkten att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte föreligger sakliga skäl för en sådan behandling.³³ Ett exempel på när sakliga skäl föreligger är om en upphandlande myndighet inte kan inhämta vissa uppgifter från utlandet. Myndigheten kan då inhämta uppgiften om de svenska leverantörerna men begära att utländska leverantörer själva ska skicka in likvärdigt underlag.³⁴ En upphandling får emellertid aldrig utformas så att den på ett otillbörligt sätt medvetet favoriserar eller missgynnar vissa ekonomiska aktörer.³⁵

För att likabehandlingsprincipen ska vara uppfylld krävs att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Således måste samma anbudsvillkor gälla för alla anbudsgivare.³⁶ Det bör dock poängteras att principen inte enbart är tillämplig på anbudssökande och anbudsgivare utan även på leverantörer som valt att inte delta i en upphandling.³⁷ Detta innebär till exempel att eventuella avvikelser från upphandlingsdokumenten inte enbart ska kommuniceras till leverantörer som lämnat anbud utan även till potentiella sådana.³⁸ Med upphandlingsdokument avses samtliga dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i en upphandling.³⁹

2.2.2 Öppenhetsprincipen

Öppenhetsprincipen innebär att en upphandling ska präglas av öppenhet och förutsägbarhet.⁴⁰ Kravet rör framförallt hantering av information och innefattar bland annat att annonsering ska ske på rätt sätt, att alla ska kunna ta del av alla upphandlingsdokument på lika villkor samt att de som deltagit i en upphandling ska få besked om resultatet.⁴¹

Principen innebär vidare att samtliga upphandlingsdokument ska vara så tydligt utformade att de räcker som underlag för att avgöra vad en myndighet tillmäter betydelse i vid en upphandling.⁴² Principen innefattar också ett krav på att upphandlande myndigheter måste förhålla sig till de upphandlingsdokument som tagits fram samt att väsentliga förutsättningar inte får ändras

³³ Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom* punkt 27; mål C-434/02 *Arnold André* punkt 68 och där angiven praxis; mål C-210/03 *Swedish match* punkt 70 och där angiven praxis.

³⁴ HFD 2018 ref. 14.

³⁵ Art. 18.1 2 st. 2014 års direktiv.

³⁶ Mål C-496/99 P *Succhi di Frutta* punkt 110.

³⁷ Forsberg (2019) s. 434.

³⁸ HFD 2016 ref. 37.

³⁹ Art. 2.1.13 2014 års direktiv.

⁴⁰ Pedersen (2019) s. 32.

⁴¹ Forsberg (2019) s. 384.

⁴² RÅ 2002 ref. 50.

under upphandlingens gång.⁴³ Öppenhetsprincipen är därutöver viktig för att säkerställa att övriga principer efterlevs.⁴⁴

2.3 Avtalsformen ramavtal

Anskaffning genom offentlig upphandling kan antingen resultera i ett kontrakt eller i ett ramavtal. För att förstå vad som utgör ett ramavtal måste avtalsformen kontrakt kortfattat presenteras. Ett kontrakt avser ett specifikt köp och när anskaffningen är genomförd avslutas avtalsrelationen. Detta förutsätter att en leverantörs åtagande framgår av kontraktets villkor och inte är beroende av ytterligare åtgärder eller beslut från myndighetens sida. Ett kontrakt är således ömsesidigt förpliktigande för parterna. Detta innebär att den upphandlande myndigheten åtar sig att anskaffa viss prestation mot viss ersättning samtidigt som leverantören åtar sig att tillhandahålla prestationen.⁴⁵ Avtalsformen används vanligtvis för enstaka köp som den upphandlande myndigheten inte har ett återkommande behov av.⁴⁶

Till skillnad från kontrakt som avser en eller flera faktiska anskaffningar har ramavtal som funktion att helt eller delvis fastställa villkoren för eventuella framtida anskaffningar.⁴⁷ Av 2014 års direktiv framgår att ramavtal avser ”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattade kvantiteter.”⁴⁸ Typiskt sett utformas ett ramavtal genom att den upphandlande myndigheten lämnar en skrivelse om att uppdrag sker efter överenskommelse.⁴⁹ Således garanteras inga inköpsvolymer vilket medför att den upphandlande myndigheten måste göra ett så kallat avrop för att en leverans ska komma i fråga.⁵⁰

Ramavtal är stängda för tillträde av nya leverantörer under löptiden. Genom sin konstruktion har ramavtal således viss konkurrensbegränsande effekt på marknaden.⁵¹ Av denna anledning är huvudregeln att ramavtal inte får gälla under längre tid än fyra år.⁵²

⁴³ Forsberg (2019) s. 32.

⁴⁴ Jämför mål C-496/99 P *Succhi di Frutta* punkt 111.

⁴⁵ Prop. 2006/07:128 s. 160.

⁴⁶ Lindahl Toftgaard (2018) s. 76.

⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 514.

⁴⁸ Artikel 33.1 2014 års direktiv.

⁴⁹ Kammarrätten i Göteborg mål nr 3124-3127-13 dom 2013-07-22.

⁵⁰ Prop. 2006/07:128 s. 160; jämför även Kammarrätten i Göteborg mål nr 5389-5390-16 dom 2017-04-04 och Kammarrätten i Sundsvall mål nr 2459-18 dom 2019-05-07.

⁵¹ Lindahl Toftgaard (2018) s. 178.

⁵² 7 kap. 2 § LOU.

2.3.1 Syftet med ramavtal

Bestämmelser om ramavtal tillkom först genom 2004 års direktiv.⁵³ Avtalsformen förekom dock i stor utsträckning redan innan införlivandet av direktivet.⁵⁴ Varken 2004 års direktiv, 2014 års direktiv eller något av de svenska förarbetena till nuvarande eller föregående lagstiftning har emellertid diskuterat syftet med användningen särskilt ingående. I 2004 års direktiv kan endast utläsas att centraliserade inköp genom ramavtal omfattar stora volymer som därigenom ökar konkurrensen och förbättrar effektiviteten i den offentliga upphandlingen.⁵⁵ I 2014 års direktiv kan vidare utläsas att ramavtal är ett effektivt instrument för upphandling som används i stor utsträckning.⁵⁶ Något mer omfattande ställningstagande kring ramavtal har emellertid inte gjorts och det ankommer på upphandlande myndigheter att själva bedöma huruvida avtalsformen är ett lämpligt alternativ.⁵⁷

Ett skäl till att teckna ett ramavtal är att myndigheten har ett kontinuerligt återkommande behov av en liknande vara, tjänst eller byggtjänst. Ett annat skäl är att myndigheten har svårt att fastställa hur stort behovet av en viss vara, tjänst eller byggtjänst kommer att vara.⁵⁸ I sådana fall kan det vara lämpligt att använda sig av ett ramavtal. Att så är fallet har att göra med att regleringen inte föreskriver någon skyldighet att använda avtalet samtidigt som det eventuella behovet säkras.⁵⁹

När en upphandlande myndighet vill använda sig av ett ramavtal krävs att myndigheten gör ett så kallat avrop från ramavtalet. Det är först vid detta tillfälle som själva anskaffningen sker och det är först då den specifika insatsen behöver beskrivas av myndigheten. Ramavtal ger således, till skillnad från avtalsformen kontrakt, möjlighet att senarelägga vissa ställningstaganden.⁶⁰ Detta lämpar sig typiskt sett för situationer där den upphandlande myndigheten förutser ett framtida behov som den inte vet de exakta förutsättningarna för.⁶¹ Så kan till exempel vara fallet då en kommun är i behov av arkitekttjänster. Själva ramavtalet kan då innehålla krav på vilka moment som ska ingå men mer specificerade krav på arbetsinsatserna bestäms först i samband med avropstillfället.⁶²

⁵³ Art. 32.1 2004 års direktiv. Det ska dock tilläggas att regleringen sedan 2014 års direktiv är obligatorisk för medlemsstaterna att införa, se art. 33 2014 års direktiv samt prop. 2015/16:195 s. 512.

⁵⁴ Prop. 2006/07:128 s. 165.

⁵⁵ Skäl 15 2004 års direktiv.

⁵⁶ Skäl 60 2014 års direktiv.

⁵⁷ Lindahl Toftgaard (2018) s. 76.

⁵⁸ Lindahl Toftgaard (2018) s. 76; Olsson & Robertson (2019) s. 527.

⁵⁹ Jämför skäl 61 3 st. 2014 års direktiv.

⁶⁰ Lindahl Toftgaard (2018) s. 77.

⁶¹ Prop. 2015/16:195 s. 515.

⁶² Jämför Lindahl Toftgaard (2018) s. 77.

2.3.2 Olika typer av ramavtal

Ramavtal kan utformas på flera olika sätt och en upphandlande myndighet har stort utrymme att själv välja hur den vill utforma sitt ramavtal. Nedan följer en kort redogörelse av de valmöjligheter som finns.

2.3.2.1 Ramavtalsparter

Det finns tre alternativa sätt för en upphandlande myndighet att få avropa från ett ramavtal. Det första alternativet är att myndigheten själv ingår ramavtalet. Det andra alternativet är att myndigheten anmäler sitt intresse att få avropa från ett ramavtal som en annan upphandlande myndighet undertecknar. Det tredje alternativet är som utgångspunkt endast tillgängligt för statliga myndigheter och innefattar att myndigheten använder andra myndigheters ramavtal inom ramen för den statliga inköpsordningen.⁶³ I sådana fall är det en inköpscentral vilken stadigvarande bedriver centraliserad inköpsverksamhet som ingår avtalet.⁶⁴

Eftersom ramavtal typiskt sett syftar till att planera för ett återkommande behov, som dessutom ofta återfinns hos flera upphandlande myndigheter, används ofta sådana ramavtal där flera upphandlande myndigheter får avropa från ramavtalet.⁶⁵ Oaktat vilken typ av ramavtal som används måste dock de upphandlande myndigheter som ska använda sig av ramavtalet, det vill säga avropa från ramavtalet, vara identifierade i upphandlingsdokumenten.⁶⁶

2.3.2.2 Avropa från ett ramavtal

Det finns tre olika modeller för att avropa från ett ramavtal. Den första modellen omfattar avrop från ramavtal med en leverantör. I sådana fall ska tilldelning av kontrakt ske enligt villkoren i ramavtalet. Inför tilldelning får myndigheten skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.⁶⁷ Samrådet och kompletteringarna får emellertid inte medföra några väsentliga ändringar i ramavtalet.⁶⁸

Den andra modellen omfattar avrop från ramavtal med flera leverantörer utan nya anbud. I sådana fall ska den upphandlande myndigheten tillämpa så kallade objektiva villkor för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet. De objektiva villkoren måste således framgå i den ursprungliga upphandlingen.⁶⁹ Exempel på objektiva villkor är rangordning, procentuell fördelning eller turordning.⁷⁰

Den tredje modellen omfattar avrop från ramavtal med flera leverantörer efter nya anbud, vilket kallas förnyad konkurrensutsättning. Detta innebär att

⁶³ Lindahl Toftegaard (2018) s. 179.

⁶⁴ Lindahl Toftegaard (2018) s. 183 f.

⁶⁵ Lindahl Toftegaard (2018) s. 179.

⁶⁶ 7 kap. 3 § LOU; se även prop. 2015/16:195 s. 1009.

⁶⁷ 7 kap. 4 § LOU; se även art. 33.3 2014 års direktiv.

⁶⁸ Prop. 2006/07:128 s. 335.

⁶⁹ 7 kap. 6 § LOU; se även art. 33.4 a) 2014 års direktiv.

⁷⁰ Prop. 2015/16:195 s. 1012 f; Forsberg (2019) s. 148 f; Olsson & Pedersen (2017) s. 24.

leverantörerna uppmanas att lämna nya anbud inför tilldelning av ett kontrakt.⁷¹ Vid förnyad konkurrensutsättning är samtliga villkor i ramavtalet inte helt fastställda. Tanken är således att leverantörerna ska konkurrera om att lägga det bästa anbudet. Exempel på villkor som myndigheten kan välja att inte fastställa i ramavtalet och därmed låta leverantörerna konkurrera om är pris och leveranstid.⁷²

⁷¹ 7 kap. 9 § LOU: se även art. 33.4 c) 2014 års direktiv.

⁷² Lindahl Toftegaard (2018) s. 182.

3 Takvolym i ramavtal

LOU ställer inget uttryckligt krav på att det i ett ramavtal ska framgå en total kvantitet som kan komma att avropas och av förarbetena framgår att volymuppskattningar främst är en avtalsrättslig fråga.⁷³ I såväl 2004 års direktiv som 2014 års direktiv framgår endast att man *i tillämpliga fall* ska ange en uppskattad kvantitet.⁷⁴ I linje med detta har tidigare uppfattning varit att det visserligen finns en gräns för hur mycket som kan avropas från ett ramavtal. Det har emellertid inte varit självklart när denna gräns ska anses nådd.⁷⁵ Genom EU-domstolens dom i målet Coopservice har uppfattningen ändrats. Domen behandlar takvolym i ramavtal vilket avser en bestämd gräns för hur mycket som är tillåtet att avropa.

I detta kapitel ges först en kort bakgrund i målet Coopservice. Därefter redogörs för EU-domstolens bedömning genom att dela upp domen i fyra punkter. Denna uppdelning har gjorts eftersom domen är komplicerad. Det finns emellertid ett värde i att förstå domen i sin helhet. Betydelsen av domen kommer därefter att brytas ner till fyra mindre frågor som analyseras i vars ett avsnitt. Avslutningsvis summeras de slutsatser som kan dras utifrån domen.

3.1 Bakgrund i målet Coopservice

Det aktuella målet rörde tillämpningen av ett ramavtal med en leverantör där samtliga villkor var fastställda.⁷⁶ Ramavtalet innehöll en klausul som gjorde det möjligt för ett antal myndigheter att i efterhand ansluta sig till avtalet. Anslutning skulle i sådana fall ske på samma villkor som i ramavtalet och resultera i ett självständigt kontraktsförhållande. Några kvantiteter för de myndigheter som hade rätt att ansluta sig fanns inte angivna.⁷⁷

Efter att en av myndigheterna som fanns uppräknad i klausulen beslutade att teckna kontrakt med leverantören väcktes talan om ogiltighet. Grunden för talan var att klausulen möjliggjorde tilldelning av ett nytt kontrakt utan genomförande av ett nytt anbudsförfarande.⁷⁸ Detta kallas i svensk rätt för otillåten direktupphandling.⁷⁹

EU-domstolen hade två tolkningsfrågor att besvara varav den ena är av relevans för denna uppsats. Den aktuella frågan var huruvida en upphandlande myndighet, som inte har undertecknat ett ramavtal men som är

⁷³ Prop. 2015/16:195 s. 513 f. och s. 482.

⁷⁴ Art. 1.5 2004 års direktiv; art. 33.1 2014 års direktiv.

⁷⁵ Arrowsmith (2014) s. 1120; se även Linder & Dubois, EU-dom får stor påverkan på ramavtalsupphandlingar, publicerad 2019-02-04, besökt 2020-03-26.

⁷⁶ De olika typer av ramavtal som finns har behandlats i avsnitt 2.3.2.2.

⁷⁷ Mål C-216/17 Coopservice punkt 20.

⁷⁸ Mål C-216/17 Coopservice punkt 21.

⁷⁹ Jämför prop. 2015/16:195 s. 1127.

avropsberättigad, kan underlåta att fastställa kvantiteten av de tjänster som ska beställas när den ingår efterföljande kontrakt, eller om den kan fastställa kvantiteten med hänvisning till dess ordinarie behov.⁸⁰

3.2 EU-domstolens bedömning

EU-domstolen prövade målet utifrån 2004 års direktiv. Anledningen till detta är att man enligt praxis från EU-domstolen ska tillämpa det direktiv som var i kraft när det ursprungliga avtalet ingicks.⁸¹

Domstolen slog fast att en upphandlande myndighet som inte har undertecknat ett ramavtal men som är avropsberättigad inte har rätt att underlåta att ange den kvantitet som kan komma att bli aktuell med avseende på efterföljande kontrakt. Kvantiteten kan heller inte anges genom en hänvisning till myndighetens ordinarie behov.⁸² Som stöd för en sådan slutsats redovisade EU-domstolen fyra argument:

1. En upphandlande myndighet som från början är part i ett ramavtal är tvungen att precisera den totala kvantitet som kan komma att bli aktuell för efterföljande kontrakt. Detta följer av bestämmelserna som reglerar beräkning av värdet av ramavtal och av vilka uppgifter som ska anges i annonser om upphandling av ramavtal.⁸³

2. Ramavtal som sluts med en ekonomisk aktör inbegriper att den upphandlande myndigheten endast kan handla inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har avtalet inte längre någon verkan.⁸⁴ Observera att uttalandet ger uttryck för det som i uppsatsen benämns som ramavtalets takvolym. Det är främst den här delen av domen som skapat diskussion och som får anses som en nyhet på området.

3. Principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet skulle åsidosättas om en upphandlande myndighet inte angav den totala kvantiteten som ett ramavtal avsåg.⁸⁵ Om en upphandlande myndighet som från början var part i ett ramavtal inte var skyldig att ange kvantiteten och det högsta belopp som ett ramavtal avsåg skulle ramavtal kunna användas för att uppnå en artificiell uppdelning av ramavtal i syfte att ligga under tröskelvärdena.⁸⁶ Att endast hänvisa till myndighetens ordinarie behov skulle även medföra ett informationsövertag för inhemska leverantörer.⁸⁷

⁸⁰ Mål C-216/17 Coopservice punkt 48.

⁸¹ Mål C-216/17 Coopservice punkt 45-47; se även mål C-213/13 Impresa Pizzarotti punkt 31 och där angiven praxis.

⁸² Mål C-216/17 Coopservice punkt 70.

⁸³ Mål C-216/17 Coopservice punkt 60; se även art. 9.9 2004 års direktiv och punkt 6 c) bilaga VII A till 2004 års direktiv.

⁸⁴ Mål C-216/17 Coopservice punkt 61; se även art. 32.3 2004 års direktiv.

⁸⁵ Mål C-216/17 Coopservice punkt 62-64.

⁸⁶ Mål C-216/17 Coopservice punkt 66.

⁸⁷ Mål C-216/17 Coopservice punkt 67.

4. Kravet på att ange kvantiteten och beloppet med avseende på de tjänster som ett ramavtal kan komma att omfatta är ett uttryck för förbudet mot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.⁸⁸

3.3 Tolkning av domen

Utifrån ovanstående punkter går det att konstatera att EU-domstolens dom ger upphov till en mängd spörsmål. För att underlätta för läsaren kommer betydelsen av domen att brytas ner till fyra frågor som behandlas i vars ett avsnitt. Det första avsnittet behandlar hur EU-domstolens uttalanden förhåller sig till upphandlingar som omfattas av 2014 års direktiv. Därefter behandlas EU-domstolens uttalanden om takvolym. Det bör uppmärksammas att man utifrån ordalydelsen i domen enbart kan konstatera att ramavtal med *en leverantör* ska ha en fastställd takvolym. Jag har därför valt att behandla betydelsen av domen för ramavtal med en leverantör och ramavtal med flera leverantörer i vars ett avsnitt. Det är vidare inte självklart hur en takvolym ska anges. Av denna anledning ägnas det fjärde avsnittet till att närmare utreda den frågan. Avslutningsvis summeras de slutsatser som kan dras utifrån domen.

Analysen tar utgångspunkt i Konkurrensverkets ställningstagande *Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen - EU-domstolens avgörande i mål C-2016/17 Coopservice* samt Upphandlingsmyndighetens vägledning *Takvolym i ramavtal*. De slutsatser som respektive myndighet kommit fram till kommer således att närmare diskuteras.

3.3.1 Är EU-domstolens uttalanden om takvolym tillämpliga på upphandlingar som omfattas av 2014 års direktiv?

I domen togs som tidigare presenterats utgångspunkt i 2004 års direktiv. Trots detta anser såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten att EU-domstolens uttalanden även gäller för ramavtalsupphandlingar som regleras i 2014 års direktiv. Anledningen till detta är att många av de bestämmelser som EU-domstolen hänvisar till har samma lydelse i 2004 års direktiv och 2014 års direktiv. De generella slutsatser som kan dras av domen bör således även gälla för ramavtal som upphandlas i enlighet med nu gällande LOU.⁸⁹ Det går emellertid att ifrågasätta vilken betydelse domen bör ha på de specifika punkter där 2004 års direktiv och 2014 års direktiv skiljer sig åt. Detta kommer närmare att behandlas i avsnitt 3.3.4.

⁸⁸ Mål C-216/17 Coopservice punkt 69.

⁸⁹ Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s 3; Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 10 ff.

3.3.2 Ramavtal med en leverantör

Såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten är av uppfattningen att det för ramavtal med en leverantör som utgångspunkt krävs att en upphandlande myndighet preciserar en uppskattad kvantitet och att denna uppskattning sedan kan komma att utgöra en gräns för vad som kan avropas från ett ramavtal, alltså en takvolym.⁹⁰ En sådan tolkning går i linje med ordalydelsen i domen.⁹¹

Konkurrensverket har därutöver uttryckt att skyldigheten att ange en takvolym måste medföra ett visst utrymme av flexibilitet, eftersom ramavtal typiskt sett innehar en viss osäkerhet om vilka volymer som kan komma att avropas. Konkurrensverket menar därför att kravet endast handlar om att ge en rimlig uppskattning.⁹² Hur detta i sådana fall ska förhålla sig till en situation där uppskattningen överskrids är enligt mig oklart. Konkurrensverket verkar vara av uppfattningen att ett överskridande oberoende om takvolymen varit svår att fastställa utgör en otillåten direktupphandling.⁹³

Upphandlingsmyndigheten hanterar ovanstående svårigheter genom att uttala att det finns vissa undantagssituationer där en uppskattad takvolym inte måste anges.⁹⁴ Som typfall använder Upphandlingsmyndigheten Generaladvokatens exempel om reservdelar till fordon, vilket presenterades i ett förslag till avgörande av målet.⁹⁵ Det går emellertid att ifrågasätta hur detta resonemang förhåller sig till EU-domstolens tidigare praxis. EU-domstolen har nämligen uttalat att avtal som på grund av sin karaktär är osäkra också gör det möjligt för den upphandlande myndigheten att förutse risker. I sådana situationer krävs att avtalsföremålet fastställs med försiktighet samt att eventuella svårigheter regleras i en ändrings- eller optionsklausul.⁹⁶ Vilka krav som ställs på ändrings- och optionsklausuler samt hur ändrings- och optionsklausuler förhåller sig till ramavtalets takvolym kommer att behandlas i kapitel 5.

3.3.3 Ramavtal med flera leverantörer

EU-domstolens uttalande om takvolymen får enligt dess ordalydelse anses begränsad till ramavtal med en leverantör.⁹⁷ Således uppkommer frågan hur domen förhåller sig till övriga typer av ramavtal.

⁹⁰ Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 8 f.; Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 12.

⁹¹ Se särskilt mål C-216/17 Coopservice punkt 61.

⁹² Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 8.

⁹³ Jämför Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 8.

⁹⁴ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 16.

⁹⁵ Förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona mål nr C-216/17 punkt 43.

⁹⁶ Mål C-549/14 Finn Frogne punkt 36-37.

⁹⁷ Se särskilt mål C-216/17 Coopservice punkt 61.

Konkurrensverket har uttalat att direktivets krav på information gäller för samtliga upphandlingar av ramavtal.⁹⁸ Även Upphandlingsmyndigheten är av denna uppfattning men har därutöver ifrågasatt huruvida uppskattningen utgör en absolut gräns.⁹⁹ Det ska redan nu klargöras att Upphandlingsmyndigheten konstaterat att rättsläget är oklart och därför rekommenderat att upphandlande myndigheter alltid ska tillämpa en takvolym.¹⁰⁰ Upphandlingsmyndigheten har emellertid lyft fram flera intressanta argument som talar för att takvolymen endast bör tillämpas på ramavtal med en leverantör. Nedan följer en analys av de mest centrala argumenten.

Som följer av såväl 2004 års direktiv som 2014 års direktiv får ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte under några omständigheter leda till väsentliga ändringar av villkoren i ramavtalet. Ramavtal med en leverantör pekas i samband med det ut som ett fall då detta är särskilt viktigt.¹⁰¹ Upphandlingsmyndigheten menar därför att direktivet gör en åtskillnad mellan ramavtal med en respektive flera leverantörer.¹⁰² Av förarbetena framgår emellertid att formuleringen endast bör ses som erinran om att det är *särskilt viktigt* att beakta transparens- och likabehandlingsprincipen i ramavtal med en leverantör.¹⁰³ Jag uppfattar det således inte som självklart att formuleringen ska tolkas som att det görs någon faktisk åtskillnad på ramavtal med en respektive flera leverantörer.

Upphandlingsmyndigheten menar därutöver att det för ramavtal med en leverantör i princip saknas insyn i avtalsförhållandet. Av denna anledning framstår det som särskilt viktigt att tillämpningen av villkoren i ett ramavtal inte avviker från det som anbudsgivarna tog ställning till vid upphandlingen.¹⁰⁴ Samma krav torde emellertid gälla för ramavtal med flera leverantörer. Avrop från ramavtal medför nämligen inte någon skyldighet att skicka meddelande om resultatet av tilldelning. Detta gäller både för ramavtal med en respektive flera leverantörer.¹⁰⁵ Det går således inte att garantera att insyn föreligger, oavsett om ramavtalet har en eller flera leverantörer. Detta talar enligt mig för att takvolymen ska tillämpas på alla typer av ramavtal.

Vidare menar Upphandlingsmyndigheten att det görs en åtskillnad mellan ramavtal som fastställer samtliga villkor för tillhandahållande och ramavtal som inte gör det.¹⁰⁶ Kontrakt som grundas på ett ramavtal med en eller flera leverantörer där samtliga villkor är fastställda ska tilldelas *i enlighet med* respektive *enligt* villkoren i ramavtalet.¹⁰⁷ Ramavtal där förnyad

⁹⁸ Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 8; se även Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 4509-19 dom 2019-07-12.

⁹⁹ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 12.

¹⁰⁰ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 14.

¹⁰¹ Art 32.2 3 st. 2004 års direktiv; se även art. 33.3 2014 års direktiv.

¹⁰² Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 13.

¹⁰³ Jämför prop. 2015/16:195 s. 1010.

¹⁰⁴ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 13.

¹⁰⁵ Art. 35.4 2 st. 2004 års direktiv; art. 50.2 st. 2014 års direktiv.

¹⁰⁶ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 14.

¹⁰⁷ Art. 33.3 och art. 33.4 a) 2014 års direktiv.

konkurrensutsättning sker ska i stället *grundas på samma villkor* som tillämpades vid tilldelningen av ramavtalet.¹⁰⁸ Av denna anledning menar Upphandlingsmyndigheten att ramavtal där förnyad konkurrensutsättning sker medger större flexibilitet. Detta talar enligt myndigheten för att sådana ramavtal inte träffas av kravet på takvolym.¹⁰⁹ Det går emellertid att ifrågasätta om utrymmet för flexibilitet omfattar anpassningar som går att härleda till den upphandlande myndigheten. En mer rimlig tolkning torde vara att skrivelsen avser anpassningar som tar utgångspunkt i sådant som leverantörerna kan konkurrera om, så som till exempel pris eller leveranstid.¹¹⁰ Även detta talar enligt mig för att takvolym ska tillämpas på alla typer av ramavtal.

Trots att Upphandlingsmyndigheten alltså uttryckt att det som huvudregel är lämpligt att tillämpa takvolym på alla typer av ramavtal har myndigheten också uttryckt att relativt starka skäl talar för att takvolym inte behöver tillämpas där förnyad konkurrensutsättning sker. Jag är i stället av uppfattningen att det mesta talar för att takvolym alltid ska tillämpas.

3.3.4 Hur ska takvolym anges?

En ytterligare fråga som aktualiseras med anledning av målet Coopservice är vilka krav som gäller för hur takvolym ska anges. Konkurrensverket tolkar EU-domstolens dom som att skyldigheten att ange ett tak både omfattar en skyldighet att ange volym av den vara, tjänst eller byggtreprenad som omfattas och högsta belopp som kan komma att avropas.¹¹¹ En sådan tolkning har även presenterats i ett mål från Kammarrätten i Jönköping.¹¹² Upphandlingsmyndigheten är i stället av uppfattningen att en takvolym huvudsakligen avser en volym i form av mängd eller omfattning, men att en takvolym också kan anges genom ett faktiskt värde.¹¹³ En sådan tolkning har även presenterats av danska Konkurrens- og Forbrugerstyrelsen.¹¹⁴

Ingen av ovanstående myndigheter har i sin analys beaktat de skillnader som följer mellan 2004 års direktiv och 2014 års direktiv. Som presenterades i avsnitt 3.2 tog EU-domstolen utgångspunkt i vilka uppgifter som ska anges i annonsen till en upphandling. Av 2004 års direktiv framgår att ”avtalets planerade löptid, det totala beräknade värdet för tjänsterna under hela ramavtalets löptid samt, i den utsträckning detta är möjligt, kontraktens värde och frekvens ska anges”.¹¹⁵ Motsvarande bestämmelse i 2014 års direktiv har en något annorlunda lydelse. Där framgår i stället att ”värde eller storleksordning och frekvens” ska anges.¹¹⁶ Kraven på vad en upphandlande

¹⁰⁸ Art. 33.5 2014 års direktiv.

¹⁰⁹ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 14.

¹¹⁰ Jämför Lindahl Toftegaard (2018) s. 182.

¹¹¹ Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 8; jämför även mål C-216/17 Coopservice punkt 66.

¹¹² Kammarrätten i Jönköping mål nr 3390-19 dom 2020-03-27.

¹¹³ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 18.

¹¹⁴ Verdurering af EU-domstolens dom af 19. december i sagen C-2016/17 s. 17.

¹¹⁵ Punkt 6 c) bilaga VII A till 2004 års direktiv. Min kursivering.

¹¹⁶ Punkt 10 a) bilaga V C till 2014 års direktiv. Min kursivering.

myndighet måste ange i annonsen till en upphandling är med andra ord lägre i 2014 års direktiv jämfört med motsvarande krav i 2004 års direktiv. Det är således inte självklart att EU-domstolen skulle uppställt ett krav på att både värdet och kvantiteten skulle anges om den hade prövat målet utifrån den förändrade bestämmelsen i 2014 års direktiv.¹¹⁷

Ett argument emot en sådan tolkning är att EU-domstolen i målet Coopservice verkar särskilja begreppen värde och kvantitet. Detta görs både i den engelska och i den svenska språkversionen. Vidare uttrycker EU-domstolen att värdet *får uppskattas* medan kvantiteten *ska preciseras*.¹¹⁸

Kraven på att uppge ett värde och en kvantitet uppfyller även olika syften. Att en kvantitet ska anges får framförallt antas handla om att uppnå förutsägbarhet. Att ett värde ska anges har i stället att göra med att den upphandlande myndigheten inte ska kunna dela upp upphandlingen och således hamna under tröskelvärdena i avsikt att kringgå lagstiftningen.¹¹⁹ Det är således inte säkert att en angivelse i form av ett värde kan anses uppfylla det syfte som en angivelse i form av en kvantitet är tänkt att uppfylla. Vidare är eventuella värden inte något som den upphandlande myndigheten på samma sätt har kontroll över, eftersom de är beroende av leverantörernas prissättning. Sammanfattningsvis talar således övervägande skäl för att både värdet och kvantiteten på en upphandling ska anges.

3.4 Slutsatser

Sett till sin ordalydelse borde ramavtal ge stort utrymme för flexibilitet. Denna flexibilitet får emellertid anses begränsats genom målet Coopservice. Som tidigare konstaterats talar övervägande skäl för att angiven takvolym alltid utgör en borte gräns för hur mycket som är tillåtet att avropa från ett upphandlat ramavtal. Vidare talar övervägande skäl för att både värdet och kvantiteten på ett ramavtal ska anges. Detta kommer skapa praktiska problem för upphandlande myndigheter. Att så är fallet har att göra med att det exakta värdet och den exakta kvantiteten av den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska upphandlas många gånger torde vara svårt att förutspå. Således finns en risk att upphandlande myndigheter tillämpar oproportionerligt höga marginaler när de anger takvolymen. Detta riskerar att felaktigt utesluta leverantörer som annars hade kunnat delta i en upphandling.

¹¹⁷ Olsson & Robertson (2019) s. 532 f.

¹¹⁸ Mål C-216/17 Coopservice punkt 60.

¹¹⁹ Se särskilt art. 9.3 2004 års direktiv och art. 4.3 2014 års direktiv.

4 Tillåtna ändringar av ramavtal med stöd av bestämmelser i LOU

EU-domstolens uttalande i målet Coopservice kan uppfattas som att ramavtal är utan verkan så snart den angivna takvolymen överskridits. En sådan tolkning medför att en ändring som ökar volymen på ett ramavtal inte är möjlig.¹²⁰ Frågan är emellertid om domen bör uppfattas så att varje avvikelse är otillåten. Såväl Konkurrensverket som Upphandlingsmyndigheten har tolkat domen som att ändringsbestämmelserna i 17 kap. LOU ska kunna tillämpas. Bestämmelserna behandlar fyra olika kategorier av ändringar enligt följande: (i) ändringar av mindre värde, (ii) ändringar till följd av oförutsebara omständigheter, (iii) ändringar som inte är väsentliga, samt (iv) ändringar som görs med stöd av en ändrings- eller optionsklausul.¹²¹

Det är emellertid inte självklart hur ovan nämnda ändringsbestämmelser förhåller sig till ramavtalets takvolym. Anledningen till detta är att EU-domstolen inte nämner bestämmelserna i domen. Som tidigare presenterats avgjordes målet Coopservice med stöd av bestämmelser i 2004 års direktiv. Ändringsbestämmelserna tillkom först genom 2014 års direktiv. Eftersom 2014 års direktiv i allmänhet gällde när domen avkunnades är det emellertid anmärkningsvärt att EU-domstolen inte nämner bestämmelsernas tillämplighet. För att utreda frågan ska respektive bestämmelse närmare behandlas.

Kapitlet inleds med ett avsnitt som presenterar några gemensamma utgångspunkter som gäller för samtliga ändringsbestämmelser. Därefter behandlas varje ändringsbestämmelse i varsitt avsnitt. Bestämmelsen som reglerar ändringar som sker med stöd av en ändrings- eller optionsklausul kommer emellertid att behandlas separat i nästkommande kapitel. Anledningen till uppdelningen är att ändrings- och optionsklausuler medför särskilda typer av frågeställningar i förhållande till målet Coopservice.

4.1 Gemensamma utgångspunkter

Av EU-domstolens praxis framgår att principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer därav, hindrar upphandlande myndigheter från att ändra bestämmelser i ramavtal så att de uppvisar betydande skillnader i förhållande till de ursprungliga avtalen.¹²² I enlighet

¹²⁰ Se särskilt mål C-216/17 Coopservice punkt 61; se även Olsson & Robertson (2019) s. 533.

¹²¹ Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1 s. 9; Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 24.

¹²² Mål C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur punkt 34-37; mål C-549/14 Finn Frogne punkt 28-29.

med detta har möjligheterna att göra ändringar i upphandlande ramavtal länge betraktats som begränsade. Ändringar som inte är väsentliga har i och för sig ansetts tillåtna men vad som utgör en väsentlig förändring har inte framgått i lagstiftningen.¹²³ För att klargöra frågan om vilka ändringar som får genomföras har 2014 års direktiv kodifierat relevant praxis på området vilket fått genomslag i svensk rätt genom 17 kap. LOU.¹²⁴ Praxis från EU-domstolen är således av avgörande betydelse för att tolka gällande rätt.

Trots att LOU ger vissa möjligheter till ändringar är huvudregeln att ramavtal inte får ändras och att en eventuell ändring ska föregås av en ny upphandling.¹²⁵ Huvudregeln grundar sig i att om ett upphandlat ramavtal ändras, i alltför stor utsträckning i förhållande till de ursprungliga villkoren, så anses den upphandlande myndigheten tilldelat ett nytt ramavtal med nya villkor. Detta innebär att det nya ramavtalet precis som det ursprungliga ramavtalet träffas av LOU:s bestämmelser om upphandlingsskyldighet.¹²⁶ Ändringsbestämmelserna ska således ses som en uttömmande uppräkningsav undantag från upphandlingsplikten.¹²⁷ Bestämmelser som tillåter undantag från regler som är avsedda att säkerställa konkurrensen ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt.¹²⁸

Av de allmänna bestämmelserna i 2014 års direktiv framgår att upphandlande myndigheter ska behandla alla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och proportionerligt. En upphandling får således inte utformas i syfte att undanta den från upphandlingslagstiftningen eller på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.¹²⁹ Samma krav framgår även av vissa ändringsbestämmelser i 2014 års direktiv.¹³⁰ I de svenska ändringsbestämmelserna framgår emellertid inget uttryckligt krav på att principerna efterlevs. Anledningen till detta är att kravet redan följer av de allmänna bestämmelserna om principer för upphandling. Att kravet inte framgår av den svenska regleringen ska således inte tolkas som att principerna är mindre viktiga.¹³¹

4.2 Ändringar av mindre värde

Ett ramavtal får ändras utan att en ny upphandling genomförs om ändringen innebär att värdet på ökningen eller minskningen av ramavtalet inte överstiger 10 procent av ramavtalets värde i de fall ramavtalet rör varor eller tjänster, respektive 15 procent av ramavtalets värde i de fall ramavtalet rör en byggtreprenad. Värdet på en ändring får heller inte överstiga tröskel-

¹²³ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 6.

¹²⁴ Skäl 107 2014 års direktiv.

¹²⁵ Art. 72.5 2014 års direktiv.

¹²⁶ Prop. 2015/16:195 s. 1127.

¹²⁷ Prop. 2015/16:195 s. 844.

¹²⁸ Mål 199/85 Kommissionen mot Italien punkt 14.

¹²⁹ Art. 18.1 2014 års direktiv.

¹³⁰ Se art. 72.1 b) 2 st.; art. 72.1 c) iii); art. 72.1 d) ii) 2014 års direktiv.

¹³¹ Jämför prop. 2015/16:195 s. 847; se även 4 kap. 1 § LOU.

värdet.¹³² Att så är fallet ligger i linje med att tröskelvärdet är den beloppsmässiga gräns för när upphandlingsplikt enligt LOU föreligger.¹³³

Om en upphandlande myndighet gör flera ändringar av mindre värde måste myndigheten sammanställa det totala värdet av ändringarna.¹³⁴ Det krävs således inte att ändringarna har något inbördes samband. Värdena ska läggas ihop oavsett när i tiden ändringarna skett och oavsett vad de avsett.¹³⁵ Följande exempel kan illustrera. En upphandlande myndighet tecknar ett fyraårigt ramavtal avseende inköp av kontorsmaterial. Värdet av ramavtalet är 500 000 kronor vilket innebär att myndigheten kan genomföra ändringar av mindre värde motsvarande 50 000 kronor. Under det första året görs fyra olika ändringar motsvarande 10 000 kronor vardera. Det sammanlagda värdet av ändringarna är således 40 000 kronor vilket är under det tillåtna gränsvärdet. Under två år görs inga ändringar. Under det fjärde året vill myndigheten göra en ändring till ett värde av 20 000 kronor. Trots att det gått lång tid sedan de tidigare ändringarna måste värdet av samtliga ändringar inkluderas i beräkningen. Eftersom den sista ändringen skulle innebära att det totala värdet av ändringarna överstiger gränsvärdet kan bestämmelsen om ändringar av mindre värde inte tillämpas i förhållande till den sista ändringen.

Värdet på en ändring ska beräknas på samma sätt som värdet på ett ramavtal.¹³⁶ Således ska värdet uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet under dess löptid.¹³⁷ I 2014 års direktiv anges att värdet på en ändring ska sättas i relation till värdet på det *ursprungliga* ramavtalet.¹³⁸ Bestämmelsen är enligt förarbetena missvisande.¹³⁹ Anledningen till detta är att det framgår av det standardformulär som ska användas vid annonsering av en ändring att jämförelsen ska avse det *uppdaterade* totala värdet med beaktande av tidigare ändringar och prisanpassningar.¹⁴⁰ Om man utgår från de uppgifter som följer av standardformuläret kan en upphandlande myndighet således inte förlita sig på den beräkning som gjordes i samband med annonseringen av en upphandling. Myndigheten måste i stället göra en uppdaterad uppskattning av värdet med hänsyn till gjorda avrop.¹⁴¹ Hur det uppdaterade värdet ska beräknas framgår inte av varken 2014 års direktiv eller LOU. Jag gör därför bedömningen att ledning bör tas i hur värdet på ramavtal uppskattas generellt. Detta innebär att det uppdaterade värdet ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planerats inom ramen för ramavtalet under dess löptid.¹⁴²

¹³² 17 kap. 9 § LOU.

¹³³ Jämför 1 kap. 4 § LOU.

¹³⁴ 17 kap. 9 § 3 st. LOU.

¹³⁵ Prop. 2015/16:195 s. 847.

¹³⁶ 17 kap. 9 § 2 st. LOU.

¹³⁷ 5 kap. 14 § LOU.

¹³⁸ Art. 72.2 ii) 2014 års direktiv.

¹³⁹ Prop. 2015/16:195 s. 847.

¹⁴⁰ Standardformulär 20: ”Ändringsmeddelande”: Bilaga XVII, Genomförandeförordning 2015/1986.

¹⁴¹ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 19.

¹⁴² 5 kap. 14 § LOU.

Det bör uppmärksammas att ramavtal vanligtvis inte har några garanterade inköpsvolymen vilket innebär att myndigheternas faktiska inköp inte alltid stämmer överens med det uppskattade värdet. Beräkningen blir därför mer komplicerad. Svårigheterna förväntas vara störst i början av ramavtalets löptid. Ju längre tid som gått desto bättre förutsättningar finns för säkrare avropsstatistik.¹⁴³ För en upphandlande myndighet som själv ingår ett ramavtal är det endast det egna behovet som behöver beaktas vilket brukar kunna uppskattas med hänvisning till historiska inköp eller en behovsanalys. Svårigheterna med att uppskatta värdet på ett ramavtal ökar emellertid ju fler avropsberättigade myndigheter som är anslutna.¹⁴⁴ Utmaningen ligger i att uppskatta hur många avropsberättigade myndigheter som faktiskt planerar att använda ramavtalet och göra avrop. Om en upphandlande myndighet räknar med att samtliga avropsberättigade kommer att göra avrop ökar värdet på ramavtalet vilket ger större möjlighet till ändringar. Således finns en risk att osäkerhet på området används i syfte att kringgå upphandlingslagstiftningen.¹⁴⁵

Utöver ovanstående beloppsmässiga begränsningar innehåller bestämmelsen om ändringar av mindre värde ett krav på att ramavtalets övergripande karaktär inte får ändras.¹⁴⁶ Begreppet övergripande karaktär förekommer varken i 2004 års direktiv eller EU-domstolens tidigare praxis. Även om ett nytt begrepp införts i 2014 års direktiv och således även LOU saknas en tydlig rättslig definition. Det finns vissa uttalanden i skälen till 2014 års direktiv angående begreppet, men uttalandena ger begränsad vägledning. Begreppet diskuterades även kortfattat i förarbetena, men den svenska lagstiftaren har överlåtit till rättstillämpningen att avgöra huruvida ramavtalets övergripande karaktär ändrats.¹⁴⁷

I ett av skälen till 2014 års direktiv anges att ramavtalets övergripande karaktär förändras ”exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas ersätts med något annat eller genom att typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situation kan anta att resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats.”¹⁴⁸ Det bör noteras att uttalandet återfinns i ett skäl som endast behandlar ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. I avsaknad av ytterligare uttalanden finns emellertid inget som talar för att begreppet skulle ha olika innebörd i olika ändringsbestämmelser.¹⁴⁹ Att begreppet bör ha en enhetlig innebörd har även uttryckts i förarbetena.¹⁵⁰

Det är inte helt självklart vad som avses med ovanstående formulering i skälen till 2014 års direktiv. Det går emellertid att konstatera att de få exempel

¹⁴³ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 18.

¹⁴⁴ Nilsson (2016) s. 259.

¹⁴⁵ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 19.

¹⁴⁶ 17 kap. 9 § 1 st. LOU.

¹⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 850.

¹⁴⁸ Skäl 109 2014 års direktiv.

¹⁴⁹ Mårtensson (2018) s. 48.

¹⁵⁰ Prop. 2015/16:195 s. 849 f.

som räknas upp får anses utgöra stora och grundläggande förändringar av en upphandling. Det anges till exempel att de byggtreprenader, varor eller tjänster som upphandlats *ersätts* med något annat. Att ordet *ersätts* används tyder enligt mig på att direktivet avser situationer där upphandlingsföremålet helt eller delvis byts ut.

Den svenska lagstiftaren verkar tolka begreppet övergripande karaktär annorlunda. För att klargöra vad som ändrar ramavtalets övergripande karaktär har lagstiftaren hänvisat till det skäl som redovisats ovan, men även till det skäl som behandlar väsentliga ändringar av ramavtal.¹⁵¹ I det sistnämnda skälet anges att ”ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga avtalet, *särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter*.”¹⁵² Således kan de svenska förarbetena tolkas som att omfattningen av en ändring är relevant vid bedömningen om ramavtalets övergripande karaktär ändrats. En sådan tillämpning är enligt mig felaktig. Det framgår nämligen uttryckligen av bestämmelsen som reglerar ändringar av mindre värde att någon väsentlighetsbedömning inte behöver göras så länge gränsvärdena inte överskrids.¹⁵³

Även om begreppen övergripande karaktär respektive väsentlig förändring inte kan anses samspela på det sätt som förarbetena verkar ge uttryck för används båda begreppen som en gräns för det otillåtna. Det kan därför finnas ett samband mellan begreppen. En möjlig tolkning av begreppen är att ju mer väsentlig en ändring är, i förhållande till det ursprungliga avtalet, desto mer sannolikt är det att ändringen skulle medföra att avtalets övergripande karaktär ändras.¹⁵⁴ Det skulle kunna formuleras som att det finns olika grad av väsentlighet i ändringar och att begreppet övergripande karaktär utgör en övre grad av skalan.¹⁵⁵ Visst stöd för en sådan formulering finns i skälen till 2014 års direktiv. Där anges att en ändring av ramavtalets övergripande karaktär förväntas medföra att ”resultatet skulle ha påverkats” samt att en ändring är väsentlig ”*särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet*”.¹⁵⁶ Båda uttalandena hänvisar nämligen till påverkan av resultatet och ger en antydning om att det är de mest väsentliga ändringarna som medför en ändring av den övergripande karaktären.¹⁵⁷

Jag drar med hänvisning till ovanstående slutsatsen att en ändring av den övergripande karaktären endast bör innefatta stora och grundläggande förändringar av en upphandling, där resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats om ändringen hade varit en del av förutsättningarna från början. Eftersom en tydlig rättslig definition av begreppet saknas finns emellertid stort utrymme för tolkning. Detta medför en osäkerhet kring vad som

¹⁵¹ Prop. 2015/16:195 s. 850. Ändringar som inte är väsentliga kommer att behandlas mer utförligt i avsnitt 4.4.

¹⁵² Skäl 107 2014 års direktiv. Min kursivering.

¹⁵³ Art. 72.2 2014 års direktiv.

¹⁵⁴ Hill, Public Procurement Brief 38 (s. 4), publicerad september 2016, besökt 2020-03-26.

¹⁵⁵ Mårtensson (2018) s. 53.

¹⁵⁶ Jämför skäl 109 och skäl 107 2014 års direktiv. Min kursivering.

¹⁵⁷ Mårtensson (2018) s. 53.

innefattas i begreppet. En sådan osäkerhet riskerar att medföra att bestämmelsen inte tillämpas på det sätt som direktivet avsett.

Exakt vad direktivet avsett att uppnå med bestämmelsen är emellertid oklart. Min uppfattning är att det ter sig naturligt att det är tillåtet med ändringar av mindre värde, eftersom sådant behov i flera fall annars hade kunnat mötas med ett kontrakt som löpte parallellt med ramavtalet i enlighet med reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering.¹⁵⁸ Genom att tillåta ändringar av mindre värde underlättas således avtalets fullgörande vilket medför flexibilitet på upphandlingsområdet. Att sådan flexibilitet i sig inte kan anses utgöra ett hot mot konkurrensen följer av att 2014 års direktiv uttryckligen anger att ändringar som understiger gränsvärdet alltid ska kunna genomföras. För att garantera rättslig säkerhet uppställs därtill ett krav på att ramavtalets övergripande karaktär inte får ändras.¹⁵⁹ Kravet bör enligt mig således ses som en slags säkerhetsventil. Denna säkerhetsventil bör emellertid inte tolkas så att utrymmet för flexibilitet begränsas mer än nödvändigt.

4.3 Ändringar till följd av oförutsebara omständigheter

Ett ramavtal får ändras om behovet av en ändring beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att ingå ramavtalet. En sådan ändring får emellertid inte medföra att ramavtalets övergripande karaktär ändras eller att ramavtalets värde ökar med mer än 50 procent.¹⁶⁰ Vad som innebär att ramavtalets övergripande karaktär ändras samt hur man beräknar avtalsändringens värde har behandlats i föregående avsnitt.

Om en upphandlande myndighet behöver göra flera på varandra följande ändringar till följd av oförutsebara omständigheter ska begränsningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring.¹⁶¹ En upphandlande myndighet kan således genomföra flera ändringar efter varandra där varje enskild ändring ökar värdet på ramavtalet med upp till 50 procent. Möjligheterna att göra flera ändringar får dock inte utnyttjas i syfte att kringgå upphandlingsreglerna.¹⁶² En upphandlande myndighet som på grund av oförutsebara omständigheter har ett behov av att göra en ändring som medför att värdet på upphandlingen ökar med 60 procent får således inte dela upp ändringen i två delar för att komma under beloppsgränsen.¹⁶³

Bestämmelsen som reglerar ändringar på grund av oförutsebara omständigheter tar enligt skälen till 2014 års direktiv enbart sikte på *yttre omständigheter som inte hade kunnat förutses*. Vilken nivå av oförutsebarhet

¹⁵⁸ Jämför 6 kap. 18 § LOU; se även prop. 2015/16:195 s. 848.

¹⁵⁹ Jämför skäl 107 2 st. 2014 års direktiv.

¹⁶⁰ 17 kap. 12 § LOU.

¹⁶¹ 17 kap. 12 § 2 st. LOU.

¹⁶² Prop. 2015/16:195 s. 845.

¹⁶³ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 34.

som måste vara för handen framgår emellertid inte av direktivet. Däremot anges att begreppet oförutsebara omständigheter endast avser ”omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten visat *skälig omsorg* i förberedelserna av den ursprungliga upphandlingen”. Huruvida myndigheten visat skälig omsorg ska enligt direktivet bedömas med hänsyn till myndighetens tillgängliga medel, projektets beskaffenhet och egenskaper samt den branschpraxis som finns på området. Därtill ska hänsyn tas till förhållandet mellan de resurser som ägnas åt att förbereda tilldelning av ramavtalet och dess förutsebara värde.¹⁶⁴

Jag tolkar direktivet som att utgångspunkt bör tas i vad en normalt omdömesgill upphandlande myndighet i det specifika fallet rimligtvis borde kunnat förutse. De krav som ställs på upphandlande myndigheter får enligt praxis emellertid anses högt ställda. EU-domstolen har till exempel uttalat att avtal som på grund av sin karaktär är osäkra också möjliggör för en upphandlande myndighet att förutse risker. I sådana fall krävs att avtalsföremålet fastställs med försiktighet samt att myndigheten reglerar eventuella svårigheter i en ändrings- eller optionsklausul.¹⁶⁵

Utöver det ovanstående ger 2014 års direktiv ingen ytterligare vägledning i vad som kan anses utgöra en oförutsebar omständighet. Vidare saknas nyare praxis på området. Av de svenska förarbetena framgår emellertid att bestämmelsen som reglerar ändringar till följd av oförutsebara omständigheter är en vidareutveckling av bestämmelsen som reglerar direkttilldelning på grund av oförutsebara omständigheter.¹⁶⁶ Således bör ledning kunna hämtas i praxis som behandlat den lagstiftningen.¹⁶⁷

EU-domstolen har uttalat att ”den omständigheten att en instans som skall godkänna ett projekt före en fastställd tidsgräns kommer med sådana invändningar som den har rätt att göra, utgör en omständighet som hade kunnat förutses under godkännandeförfarandets gång.”¹⁶⁸ Vidare har EU-domstolen uttalat att ”den omständigheten att det var nödvändigt att utföra de aktuella arbetena inom de frister som uppställs av den behöriga myndigheten för miljökonsekvensbedömningar kan inte anses utgöra synnerlig brådska till följd av en omständighet som inte hade kunnat förutses.”¹⁶⁹ Således kan slutsatsen dras att varken vägrade myndighetsgodkännanden eller tidsfrister från andra myndigheter kan anses utgöra en oförutsebar omständighet.

Utifrån ett svenskt perspektiv har HFD prövat en närliggande fråga. I det aktuella målet hade regeringen beslutat att tillsätta en utredning för att förbereda bildandet av ett myndighetsgemensamt servicecenter med uppdrag att erbjuda tjänster inom ekonomi och personaladministration. Beslutet togs i november 2010. I november 2011 beslutade regeringen om ett tilläggsdirektiv

¹⁶⁴ Skäl 109 2014 års direktiv. Min kursivering.

¹⁶⁵ Mål C-549/14 Finn Frogne punkt 36-37.

¹⁶⁶ Prop. 2015/16:195 s. 1130.

¹⁶⁷ Hård af Segerstad (2018) s. 230.

¹⁶⁸ Mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland punkt 18.

¹⁶⁹ Mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland punkt 42.

där utredningen gavs i uppdrag att vidta nödvändiga åtgärder för att servicecentret skulle kunna inleda sin verksamhet i juni 2012. Utredningen skulle bland annat besluta om myndighetens organisation, ingå nödvändiga avtal för myndighetens räkning samt bemanna myndigheten. Utredningen träffade därefter avtal med ett revisions- och konsultföretag som servicecentret inledningsvis skulle kunna använda sig av. HFD konstaterade att det med hänvisning till tidsaspekten var nödvändigt för servicecentret att i inledningsskedet förlita sig på konsulttjänster för att kunna fullgöra uppdraget. Den brådska som uppkom för att få myndigheten funktionsduglig berodde på den snäva tidsram som regeringen hade satt upp. Ett regeringsbeslut om att en myndighet skulle inleda sin verksamhet vid en viss tidpunkt kunde emellertid inte anses utgöra en oförutsebar omständighet.¹⁷⁰

Som framgår av ovanstående angiven praxis ligger situationerna delvis utanför den upphandlande myndighetens kontroll. Även om så är fallet har ingen av situationerna ansetts utgöra en oförutsebar omständighet. Jag drar därför slutsatsen att bestämmelsen bör tolkas snävt och tillämpas med försiktighet. Enligt rådande praxis verkar domstolen närmast kräva att omständigheterna ska ha karaktären av force majeure. En sådan uppfattning har även framförts i ett mål från Kammarrätten i Sundsvall.¹⁷¹

4.4 Ändringar som inte är väsentliga

De ändringsbestämmelser som behandlats i ovanstående avsnitt rör specifika situationer där ett flertal angivna förutsättningar måste vara uppfyllda för att ändringarna ska vara tillåtna. Att en ändring inte faller in under någon av dessa situationer betyder inte nödvändigtvis att ändringen är otillåten. Ändringen kan fortfarande vara möjlig att genomföra förutsatt att den inte anses vara väsentlig.¹⁷²

Distinktionen mellan begreppen övergripande karaktär och väsentlig förändring har kortfattat behandlats i avsnitt 4.2. I detta avsnitt behandlas mer ingående vad som utgör en väsentlig förändring samt vilka ändringar som enligt bestämmelsen ska anses tillåtna.

Av 2014 års direktiv kan utläsas att en ändring är väsentlig om den innebär att ”ramavtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det ramavtal som ursprungligen ingicks.”¹⁷³ Någon motsvarande skrivelse återfinns inte i den svenska regleringen. Däremot exemplifierar både 2014 års direktiv och den svenska bestämmelsen vad som utgör en väsentlig förändring genom att hänvisa till fyra exempel. Det första exemplet anger att en ändring ska anses vara väsentlig om den inför nya villkor i ramavtalet som, om de hade funnits med vid den ursprungliga upphandlingen, hade påverkat vem som ville och kunde lämna anbud. Det andra exemplet anger att en ändring ska anses vara

¹⁷⁰ HFD 2017 ref. 66.

¹⁷¹ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3208-14 dom 2015-08-26.

¹⁷² Prop. 2015/16:195 s. 1132.

¹⁷³ Art. 72.4 2014 års direktiv. Min kursivering.

väsentlig om den innebär att ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som är part i avtalet. Det tredje exemplet anger att en ändring ska anses vara väsentlig om ändringen medför att ramavtalets omfattning utvidgas betydligt. Det fjärde exemplet anger att en ändring ska anses vara väsentlig om den innebär att den leverantör som den upphandlande myndigheten ursprungligen tilldelade ramavtalet byts ut.¹⁷⁴

Bedömningen om en ändring anses väsentlig ska enligt 2014 års direktiv ske oberoende av ändringens värde.¹⁷⁵ Ändringar som tar sikte på omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter ska emellertid beaktas. Anledningen till detta är att sådana villkor indikerar att parterna redan från början haft avsikt att ändra villkoren i avtalet. Så anses vara fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen.¹⁷⁶ Jag tolkar direktivet som att värdet på en ändring inte ska tillmätas någon avgörande betydelse vid bedömningen om en ändring anses väsentlig. Bedömningen bör i stället utgå från villkorsändringens eventuella effekter på den ursprungliga upphandlingen. Om ändringens värde varit högt men resultatet av upphandlingen inte hade påverkats om ändringen fanns med från början ska ändringen således inte anses väsentlig.

I de svenska förarbetena anges att bestämmelsen som reglerar ändringar som inte är väsentliga direkt anknyter till EU-domstolens dom i målet *Pressetext*.¹⁷⁷ Vidare stämmer innehållet i bestämmelsen väl överens med ytterligare praxis från EU-domstolen.¹⁷⁸ För att förstå vilka ändringar som anses väsentliga ska praxis på området därför närmare studeras.

I målet *Pressetext* hade Österrike ingått kontrakt med en leverantör avseende informationstjänster. Kontraktet ingicks 1994 och fram till 2016 skedde ett antal ändringar i avtalet. De för uppsatsen mest relevanta avtalsändringarna gällde prissättning och rabatt samt en uppsägningsklausul som togs bort.¹⁷⁹ Vad gällde den ändrade prissättningen framhöll EU-domstolen att det i och för sig var uppenbart att priset var ett viktigt villkor och att det fanns risk att principerna om insyn och likabehandling överträdades om ett sådant villkor ändrades utan att det uttryckligen var tillåtet enligt villkoren i det ursprungliga avtalet.¹⁸⁰ I det aktuella målet berodde ändringen dock på övergången till euro vilket sågs som en anpassning till en yttre omständighet. Att viss avrundning i beräkningen gjordes bedömdes vara tillåtet under förutsättning att den var ytterst liten och grundade sig på objektiva förklaringar så som till exempel att underlätta fakturering.¹⁸¹ Vad gällde de rabatter som hade tillkommit uttryckte domstolen att dessa avsåg mindre belopp som dessutom var till

¹⁷⁴ Art. 72.4 a-d) 2014 års direktiv; jämför 17 kap. 14 § 2 st. LOU.

¹⁷⁵ Art. 72.1 e) 2014 års direktiv.

¹⁷⁶ Jämför skäl 107 2014 års direktiv; se även mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike punkt 44.

¹⁷⁷ Prop. 2015/16:195 s. 1132.

¹⁷⁸ Jämför Hane (2017) s. 328.

¹⁷⁹ Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* punkt 10-11 och punkt 16-23.

¹⁸⁰ Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* punkt 59-60.

¹⁸¹ Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* punkt 57 och 61.

nackdel för den leverantör som hade tilldelats kontraktet.¹⁸² Angående klausulen om avstående från uppsägning fann domstolen att det inte var visat att klausulen medförde en risk för snedvridning av konkurrensen eftersom inget i fallet tydde på att kontraktet annars hade sagts upp.¹⁸³ Sammantaget kunde ändringarna således inte anses väsentliga.

I målet *Succhi di Frutta* fastslog EU-domstolen vidare att ett villkor om hur betalning ska ske utgör ett väsentligt villkor.¹⁸⁴ Det aktuella målet rörde en upphandling av fruktsaft och fruktsylt där betalning specifikt skulle ske genom återköp av äpplen och apelsiner. På grund av brist på dessa frukter ersattes betalningen med persikor. EU-domstolen konstaterade att en upphandlande myndighet inte får ändra en bestämmelse som, om den hade förekommit i anbudsinfördran, skulle ha gjort det möjligt för anbudsgivarna att lämna väsentligt annorlunda anbud. Om en upphandlande myndighet hade önskat ha en sådan möjlighet att ändra villkoren hade det krävts att detta framgick av anbudsinfördran. På så vis hade samtliga företag som var intresserade av att delta fått kännedom om detta och således behandlats lika när de utformade sina anbud.¹⁸⁵

Ytterligare ett intressant mål är *Kommissionen mot Frankrike*. Målet rörde en upphandling avseende byggnation av spårväg med förarlösa tåg. Tilldelning skedde 1989 men på grund av långdragna avtalsförhandlingar godkändes det slutliga kontraktet först 1996. Föremålet för kontraktet hade då ändrats till att omfatta en ny version av teknologin och därmed höjdes även priset med cirka 10 procent.¹⁸⁶ Domstolen konstaterade att förfaranden som på grund av sin natur kan sträcka sig under lång tid behöver beakta den tekniska utvecklingen utan att detta ska anses utgöra en väsentlig förändring. Vidare kunde inte prisskillnader som i stora drag följde inflationen eller en formel för prisöversyn i kontraktet utgöra en ändring av ett väsentligt villkor. Tvärtom tydde en sådan omständighet på kontinuitet i förfarandet.¹⁸⁷

I sammanhanget ska dock klargöras att skälen till en ändring saknar betydelse för om den är väsentlig. En ändring kan således inte rättfärdigas med att den inte berodde på parternas avsiktliga önskan vilket konstaterats i målet *Finn Frogne*.¹⁸⁸ I det aktuella målet hade den danska Rikspolisens upphandlat ett omfattande och komplext avtal avseende ett globalt kommunikationssystem. Under kontraktets fullgörande uppstod leveranssvårigheter vilket både den upphandlande myndigheten och leverantören bestred ansvar för. Parterna ingick sedermera ett förlikningsavtal vilket begränsade kontraktet kraftigt. Därutöver köptes viss utrustning som enligt det ursprungliga avtalet skulle hyras.¹⁸⁹ EU-domstolen konstaterade att en ändring var väsentlig om den resulterade i att kontraktet i hög utsträckning utvidgades. Vidare skulle en

¹⁸² Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* punkt 62-63.

¹⁸³ Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur* punkt 79.

¹⁸⁴ Mål C-496/99 *P Succhi di frutta* punkt 77.

¹⁸⁵ Mål C-496/99 *P Succhi di frutta* punkt 116-119.

¹⁸⁶ Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* punkt 48.

¹⁸⁷ Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike* punkt 51-53.

¹⁸⁸ Mål C-549/14 *Finn Frogne* punkt 32.

¹⁸⁹ Mål C-549/14 *Finn Frogne* punkt 8-12.

ändring anses väsentlig om kontraktets ekonomiska jämvikt ändrades till förmån för anbudsgivaren eller om ändringen innebar att kontraktstildelningen kunde ifrågasättas på så sätt att om ändringen hade funnits med i den ursprungliga upphandlingen så hade ett annat anbud kunnat vinna eller andra anbudsgivare kunnat delta.¹⁹⁰ Den ekonomiska förändringen av avtalet ansågs vara väsentlig då det sannolikt kunde ha varit intressant för mindre företag att lämna anbud i en sådan upphandling.¹⁹¹

Ovanstående mål tar framförallt utgångspunkt i förändringar avseende det ekonomiska värdet. I Kommissionen mot Tyskland hade ett kontrakt i stället utvidgats från att omfatta sjuktransporter till att även omfatta driften av en ambulansstation. EU-domstolen fastslog att ändringen var betydande med hänsyn till att kontraktet i väsentlig grad utvidgats till att även omfatta tjänster som inte först avsågs.¹⁹²

Sammanfattningsvis kan konstateras att EU-domstolens resonemang följer ett tydligt mönster. Samtliga bedömningar har gemensamt att de på olika sätt tar sikte på om ändringen snedvrider konkurrensen mellan anbudsgivarna vid tidpunkten för upphandlingen, det vill säga om ändringen hade kunnat påverka resultatet av upphandlingen om den hade varit en del av anbudsförutsättningarna från början. I de fall EU-domstolen godtagit ändringar har ändringarna berott på yttre omständigheter. Det finns således anledning att ifrågasätta om bestämmelsen kan tillämpas på situationer som enbart berott på den upphandlande myndighetens egna beslut.

4.5 Slutsatser

Det går inte att dra några säkra slutsatser om hur takvolymen förhåller sig till ovanstående ändringsbestämmelser. En möjlig tolkning är att en takvolym alltid utgör en absolut gräns och att ändringar därefter är otillåtna. Med hänvisning till att frågan om takvolymen bör tolkas i enlighet med dess syfte och sammanhang bör en sådan slutsats emellertid anses för långtgående. I målet Coopservice togs framförallt utgångspunkt i att kravet på likabehandling och öppenhet skulle säkerställas. En tillämpning av ändringsbestämmelserna kan i sig inte anses strida mot dessa principer.

Bestämmelsen som reglerar ändringar av mindre värde och bestämmelsen som reglerar ändringar till följd av oförutsebara omständigheter utgår enbart från att ändringens värde inte får överstiga en viss gräns samt att ändringen inte får ändra ramavtalets övergripande karaktär. Därtill uppkommer frågan om ändringar som överskrider ramavtalets takvolym kan innebära att ramavtalets övergripande karaktär ändras. Huruvida så är fallet är beroende av vad som anses utgöra ramavtalets övergripande karaktär. Å ena sidan går det att hävda att en ändring av ramavtalets övergripande karaktär endast innefattar stora och grundläggande förändringar där upphandlingsföremålet

¹⁹⁰ Mål C-549/14 Finn Frogne punkt 28.

¹⁹¹ Mål C-549/14 Finn Frogne punkt 29.

¹⁹² Mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland punkt 99.

helt eller delvis byts ut. En sådan tolkning medför att en ändring av takvolymen måste anses tillåten så länge upphandlingsföremålet inte ändras och gränsvärdena i respektive ändringsbestämmelse inte överskrids. Å andra sidan går det att hävda att en ändring av ramavtalets övergripande karaktär innefattar alla situationer där ändringen skulle ha påverkat resultatet om den fanns med från början. En sådan tolkning medför att en ändring av takvolymen som påverkar vilka potentiella anbudsgivare som skulle deltagit i upphandlingen anses ändra ramavtalets övergripande karaktär. Resonemanget faller dock på sin egen orimlighet eftersom ändringar som understiger gränsvärdena enligt direktivet anses vara så små att de inte hade gett någon effekt på konkurrensen. Jag drar därför slutsatsen att en ändring av takvolymen bör kunna genomföras så länge gränsvärdena i respektive ändringsbestämmelse inte överskrids.

Bestämmelsen som reglerar ändringar som inte är väsentliga innehåller inte några gränsvärden. Således bör en ändring av en takvolym, som överstiger gränsvärdet i enlighet med bestämmelsen som reglerar ändringar av mindre värde, kunna prövas enligt bestämmelsen som reglerar ändringar som inte är väsentliga. Enligt bestämmelsen ska en ändring anses väsentlig om den medför att ramavtalets omfattning utvidgas betydligt. Huruvida utvidgningen får anses betydande är beroende av om upphandlingen skulle ha fått en annan utgång om ändringen hade varit en del av anbudsförutsättningarna från början. En större utvidgning av takvolymen bör anses påverka vilka potentiella anbudsgivare som skulle deltagit i upphandlingen. Hur stor utvidgningen kan vara är emellertid oklart.

5 Tillåtna ändringar av ramavtal med stöd av en ändrings- eller optionsklausul

Utöver de undantagsbestämmelser som presenterats ovan för finns ytterligare en möjlighet att ändra ett ramavtal utan att en ny upphandling behöver genomföras. Detta förutsätter att ramavtalet innehåller en ändrings- eller optionsklausul. Frågan uppkommer hur ändrings- och optionsklausuler förhåller sig till ramavtalets takvolym.

Kapitlet inleds med ett avsnitt som redogör för ändringsbestämmelsernas utformning i 2014 års direktiv och LOU. Syftet med avsnittet är att visa de skillnader som föreligger mellan direktivets utformning och den svenska bestämmelsen. Det är viktigt att uppmärksamma dessa skillnader eftersom de får betydelse för hur ändrings- och optionsklausuler kan tillämpas. Därefter behandlas definitionen av ändrings- och optionsklausuler. Efter det behandlas de krav som ställs på innehållet i ändrings- och optionsklausuler. Därefter analyseras huruvida samtliga typer av ändrings- och optionsklausuler ska omfattas av ramavtalets takvolym. Avslutningsvis summeras de effekter som målet Coopservice förväntas få på tillämpningen av ändrings- och optionsklausuler.

5.1 Bestämmelsens utformning i 2014 års direktiv och LOU

I följande avsnitt jämförs bestämmelsen som reglerar ändrings- och optionsklausuler i 2014 års direktiv med LOU.

I 17 kap. LOU stadgas att:

”Ett kontrakt eller ramavtal får ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling måste genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen

1. har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen,
2. klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och
3. anger omfattningen och arten på ändringarna som kan komma att göras.”¹⁹³

I 2014 års direktiv stadgas att:

”Kontrakt och ramavtal får ändras utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv i följande fall: Om ändringarna, oberoende av deras

¹⁹³ 17 kap. 10 § LOU.

penningvärde, anges i de ursprungliga upphandlingsdokumenten genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler, som kan omfatta prisändringsklausuler, eller optioner. Sådana ändringsklausuler ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas. Ändringar eller optioner som skulle medföra en ändring av kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär är inte tillåtna.”¹⁹⁴

Alltså anger 2014 års direktiv att klausuler *kan* omfatta prisändringsklausuler och optionsklausuler. Denna uppräknings saknas i LOU. Att direktivet är formulerat med begreppet ”kan” tyder enligt mig på att de klausuler som anges inte utgör en uttömmande uppräknings. En sådan uppfattning har även presenterats i förarbetena.¹⁹⁵

Vidare bör särskilt uppmärksammas att formuleringen som anger att en ändring är oberoende av ändringens värde utelämnats i den svenska bestämmelsen. Eftersom LOU ska tolkas EU-konformt följer emellertid inga praktiska konsekvenser av detta.¹⁹⁶ Det är ändå viktigt att uppmärksamma skrivelsen eftersom den får betydelse för vilka ändringar som kan genomföras med stöd av en ändrings- eller optionsklausul. Detta kommer närmare att behandlas i avsnitt 5.3.2.

Utifrån ovanstående går det att konstatera att utformningen i de olika ändringsbestämmelserna skiljer sig åt. Båda bestämmelserna är även vagt formulerade. Det är således inte möjligt att enbart genom bestämmelsernas ordalydelse avgöra hur en ändrings- eller optionsklausul ska utformas. Av denna anledning efterfrågade flera remissinstanser förtydliganden av den svenska bestämmelsens innebörd. Någon närmare tolkning kunde emellertid inte ges enligt regeringen, eftersom bestämmelsen avsåg genomförande av ett direktiv.¹⁹⁷

5.2 Definitionen av ändrings- och optionsklausuler

Av den svenska bestämmelsen som reglerar ändrings- och optionsklausuler kan inte utläsas några begränsningar vad avser typen av klausuler som omfattas. Som tidigare konstaterats utgör de klausuler som nämns i 2014 års direktiv endast exemplifieringar. Upphandlingsmyndigheten har tolkat 2014 års direktiv som att man medvetet valt en vag formulering i syfte att täcka in alla tänkbara ändringsklausuler.¹⁹⁸ En sådan tolkning får anses rimlig mot bakgrund av att bestämmelsen synes omfatta många olika typer av ändringar. I skälen till 2014 års direktiv anges att ändrings- och optionsklausuler *exempelvis* ska kunna användas för att föreskriva prisindexering eller för att

¹⁹⁴ Art. 72.1 a) 2014 års direktiv.

¹⁹⁵ SOU 2014:51 s. 442.

¹⁹⁶ Jämför mål C-14/83 Von Colson och Kamann punkt 28.

¹⁹⁷ Prop. 2015/16:195 s. 859.

¹⁹⁸ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 23.

garantera att kommunikationsutrustning fortsätter att vara lämplig även om tekniska förändringar inträffar. Vidare framgår att ändringsklausuler ska kunna användas för att föreskriva anpassningar som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter som framkommit vid användning eller underhåll. Sådana anpassningar ska både kunna inbegripa ordinarie underhåll och extraordinära åtgärder.¹⁹⁹ Särskilt med hänvisning till att formuleringen ”exempelvis” används i direktivskälen drar jag likt Upphandlingsmyndigheten slutsatsen att ändrings- och optionsklausuler ska kunna tillämpas vidsträckt.

Även om det går att konstatera att ändrings- och optionsklausuler ska tolkas vidsträckt är det inte självklart hur ändringsklausuler och optionsklausuler förhåller sig till varandra. I 2014 års direktiv beskrivs först optionsklausuler som en typ av ändringsklausul, medan begreppen i nästkommande mening behandlas separat.²⁰⁰ Det är oklart exakt vad som avses med de olika formuleringarna men direktivet bör enligt mig åtminstone tolkas som att det finns någon typ av distinktion mellan begreppen.

Begreppet optioner är sedan tidigare känt inom upphandlingsrätten.²⁰¹ För svenskt vidkommande beskrivs en option som en ensidig rätt att i framtiden välja ett visst alternativ.²⁰² Optioner bör således ses som färdiga tillägg som kan komma att ingå i avtal. Det är redan klarlagt vad optionen omfattar och det enda som är oklart är om optionen kommer att användas eller inte.²⁰³ Detta stämmer även väl överens med hur begreppet optioner används i EU-domstolens praxis.²⁰⁴

Ändringsklausuler är ett nytt begrepp som inte ges någon tydlig definition i direktivet. Upphandlingsmyndigheten är av uppfattningen att ändringsklausuler, i motsats till optionsklausuler, inte utgör färdiga tillägg som direkt kan komma att tillämpas. Detta synsätt grundar sig i att en ändring i enlighet med en ändringsklausul i strikt mening innebär en förändring av avtalsvillkoren och inte en tillämpning av dem.²⁰⁵ Det råder emellertid delade meningar om så faktiskt är fallet. Lagrådet har till exempel påpekat att en ändring av rättigheter eller förpliktelser i ett avtal inte utgör en ändring av avtalet, när ändringen görs med stöd av en uttrycklig rätt.²⁰⁶ Utifrån ett sådant synsätt går det att ifrågasätta varför bestämmelsen som reglerar ändrings- och optionsklausuler behandlas som just *ändringar* av ramavtal. Det faktum att 2014 års direktiv klassificerar ändrings- och optionsklausuler som ändringar tyder enligt mig på att ändringsklausuler kan medföra faktiska ändringar av avtalsvillkoren. Detta får i sådana fall praktisk betydelse för vilka krav som

¹⁹⁹ Skäl 111 2014 års direktiv.

²⁰⁰ Se första och andra meningen i art. 72.1 a) 2014 års direktiv.

²⁰¹ Se till exempel art. 9.1 2004 års direktiv och prop. 2009/10:180 s. 188.

²⁰² Ramberg & Ramberg (2016) s. 82 f; se även domstolens resonemang i HFD 2017 ref. 66.

²⁰³ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 24.

²⁰⁴ Se till exempel mål C-549/14 Finn Frogne punkt 9.

²⁰⁵ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 24.

²⁰⁶ Lagrådets yttrande s. 204 ff.

kan ställas på klausulens utformning vilket närmare kommer att behandlas i avsnitt 5.3.3.

5.3 Innehållet i en ändrings- eller optionsklausul

Av skälen till 2014 års direktiv framgår att möjligheterna att införa ändringar genom en ändrings- och optionsklausul inte får vara obegränsade.²⁰⁷ Det är således av intresse att närmare undersöka vilka begränsningar som uppställs. Framställningen sker genom att bestämmelserna i 2014 års direktiv och LOU bryts ner och delas upp i följande kategorier:

1. Angivandet i upphandlingsdokumenten.
2. Ändringens omfattning och art samt ramavtalets övergripande karaktär.
3. Klara, exakta och entydiga ändrings- och optionsklausuler.

5.3.1 Angivandet i upphandlingsdokumenten

Av såväl 2014 års direktiv som av LOU framgår att ändrings- och optionsklausuler ska anges i upphandlingsdokumenten. Med upphandlingsdokument avses som presenterades i avsnitt 2.2.1 samtliga dokument som en upphandlande myndighet använder för att beskriva eller fastställa innehållet i en upphandling.²⁰⁸

Att en ändrings- eller optionsklausul ska anges i upphandlingsdokumenten följer av praxis från EU-domstolen. Genom att avisera potentiella ändringar säkerställs nämligen att samtliga leverantörer som är intresserade av upphandlingen får kännedom om detta från början och behandlas lika när de utformar sina anbud. Kravet är således ett uttryck för kravet på likabehandling och öppenhet.²⁰⁹ Kravet vållar inga större tillämpningssvårigheter och kommer av denna anledning inte att behandlas mer utförligt i uppsatsen. Frågan kvarstår emellertid vilka krav som ställs på innehållet i en ändrings- eller optionsklausul. Detta kommer att behandlas i nästkommande avsnitt.

5.3.2 Omfattning, art och den övergripande karaktären

I såväl 2014 års direktiv som LOU anges att både omfattningen och arten av eventuella ändringar måste framgå i en ändrings- eller optionsklausul.²¹⁰

För att närmare utreda vad som avses med begreppet omfattning kan viss ledning hämtas i den engelska direktivtexten. Där används begreppet scope. Scope kan enligt EU:s termbank översättas till omfattning, omfång eller

²⁰⁷ Skäl 111 2014 års direktiv.

²⁰⁸ Art. 2.1.13 2014 års direktiv.

²⁰⁹ Jämför mål C-496/99 P *Succhi di Frutta* punkt 110-111; mål C-549/14 *Finn Frogne* punkt 37.

²¹⁰ Art. 72.1 a) 2014 års direktiv; 17 kap. 10 § 3 p. LOU.

räckvidd.²¹¹ En rimlig tolkning är således att begreppet omfattning framförallt avser storleken på en ändring. Visst stöd för en sådan tolkning kan även hämtas ur en bilaga till 2014 års direktiv. Där används begreppet quantity som en synonym till begreppet scope.²¹² Quantity kan enligt EU:s termbank översättas till värde, storlek, mängd eller kvantitet.²¹³ Utifrån detta drar jag slutsatsen att omfattningen på en ändring framförallt avser själva storleken eller värdet av den vara, tjänst eller byggtreprenad som upphandlats.

Begreppet art förekommer i den engelska direktivtexten genom formuleringen nature. Nature kan enligt EU:s termbank översättas till natur, karaktär, art och slag.²¹⁴ Utifrån ordalydelsen bör begreppet art således ta sikte på vilka slags ändringar som avses, såsom ändringar av kontraktsföremålet eller typen av klausul. Ett exempel på en typ av klausul är en prisjusteringsklausul. Ett annat exempel är en förlängningsklausul.

Bestämmelsen som reglerar ändrings- och optionsklausuler har inte några begränsningar vad avser typen av klausuler som omfattas. Vidare saknar värdet på en ändring i sig betydelse för om ändringen är tillåten. Bedömningen av huruvida en ändring är tillåten får således göras utifrån om ramavtalets övergripande karaktär förändrats. Jag har ovan dragit slutsatsen att en ändring av den övergripande karaktären endast bör innefatta stora och grundläggande förändringar av en upphandling, som medför att resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats om ändringen fanns med från början.²¹⁵ Att samma gränsdragning bör göras för ändrings- och optionsklausuler följer av praxis från EU-domstolen. EU-domstolen har uttalat att den, för att säkerställa att öppenhetsprincipen och likabehandlingsprincipen uppfylls, visserligen drar en yttre gräns för vad som ska anses tillåtet att reglera i en ändrings- eller optionsklausul. En sådan gräns tar emellertid enbart sikte på undantagsfall där hänsyn måste tas till de enskilda prestationernas särdrag och huruvida dessa varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande.²¹⁶

Arrowsmith är av uppfattningen att en ändring som utvidgar upphandlingsföremålet till att bli tio gånger så stort kan medföra att den övergripande karaktären ändras.²¹⁷ Även om någon kvantitativ gräns inte går att utläsa ur direktivet kan slutsatsen dras att den övergripande karaktären troligtvis anses förändrad om mängden av det som upphandlats utvidgats i sådan utsträckning att ramavtalet riktar sig till en annan marknad.²¹⁸ I en sådan situation går det att anta att ändringen hade varit en avgörande faktor vid avtalets tecknande.²¹⁹

²¹¹ IATE, European Union terminology, sökord: scope.

²¹² Punkt 2 a) bilaga IX till 2014 års direktiv.

²¹³ IATE, European Union terminology, sökord: quantity.

²¹⁴ IATE, European Union terminology, sökord: nature.

²¹⁵ Se avsnitt 4.2.

²¹⁶ Mål C-91/08 Wall punkt 39.

²¹⁷ Arrowsmith (2014) s. 600.

²¹⁸ Jämför Mårtensson (2018) s. 56.

²¹⁹ Jämför mål C-91/08 Wall punkt 39.

5.3.3 Klara, exakta och entydiga ändrings- och optionklausuler

Såväl 2014 års direktiv som LOU uppställer vissa krav på tydligheten i en ändrings- eller optionsklausul. Formuleringen av kraven skiljer sig emellertid åt i de olika bestämmelserna. Följande formuleringar framgår i 2014 års direktiv samt LOU:

Artikel 72.1 a) 2014 års direktiv: ”[...] genom klara, exakta och entydiga ändringsklausuler.”

17 kap. 10 § LOU: ”[...] klausulen klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas.”

Ordalydelsen i LOU indikerar att kravet på tydlighet avser *förutsättningarna* för att kunna använda ändrings- eller optionsklausuler. Direktivet synes i stället ta sikte på att det är *klausulerna* som ska vara klara, exakta och entydiga. Kravet på tydlighet tycks således avse hela klausulen och begränsar sig inte enbart till förutsättningarna för att använda klausulen. Utifrån detta synsätt bör kravet på tydlighet även tillämpas på omfattningen och arten på eventuella ändringar.

Lagrådet har påpekat att en tolkning av kravet enligt dess ordalydelse tyder på så högt ställda krav att få klausuler i praktiken skulle uppfylla dem. En sådan tillämpning kan inte anses ha varit avsikten med bestämmelsen. Lagrådet har därför förespråkat en mer generös syn på bestämmelsen där kvantitativa och kvalitativa ändringar ska anses tillåtna så länge de följer av en uttrycklig rätt i avtalet.²²⁰ Visst stöd för en sådan tolkning går även att finna i skälen till 2014 års direktiv där det framgår att ändrings- och optionsklausuler ska vara ”tillräckligt tydligt utformade”.²²¹

EU-domstolen har i likhet med ovanstående intagit en till synes praktisk inställning till hur tydliga ändrings- och optionsklausuler måste vara i sin utformning. I målet *Succhi di Frutta* uttalade EU-domstolen till exempel att ”samtliga villkor och bestämmelser om upphandlingsförfarandet ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden och tolka dem på samma sätt”.²²² Formuleringen är lik nuvarande krav på att ändrings- och optionsklausuler ska vara klart, exakt och entydigt utformade. I domen togs emellertid utgångspunkt i att anbudsgivarna skulle få lika möjlighet att beakta att ändringar kunde komma att göras.

²²⁰ Lagrådets yttrande s. 204 f.

²²¹ Skäl 111 2014 års direktiv.

²²² Mål C-496/99 P *Succhi di Frutta* punkt 111.

Således gjordes ingen djupgående språklig analys av precisionen i klausulen.²²³

I domen Finn Frogne uttalade EU-domstolen vidare att principerna om likabehandling och öppenhet måste vägas mot behovet av att beakta särdragen i ett avtal. EU-domstolen konstaterade att balansen säkerställs genom att ”uttryckligen ange att villkoren kan komma att justeras, och genom att ange på vilka villkor detta kan ske”.²²⁴ Av domen går emellertid inte att utläsa att den exakta omfattningen och arten av en ändring behövde specificeras. Avgörande var i stället att samtliga ekonomiska aktörer fått kännedom om ändringen och således behandlats lika när de utformade sina anbud.

Härvid bör särskilt påpekas att nuvarande bestämmelse är tänkt att utgöra en kodifiering av tidigare praxis.²²⁵ Med hänvisning till bestämmelsens ordalydelse kan emellertid ifrågasättas om 2014 års direktiv avser att frångå denna praxis och införa en mer strikt reglering.

Upphandlingsmyndigheten har uttryckt att en mer strikt reglering riskerar att begränsa bestämmelsens tillämpningsområde alltför mycket. De skillnader som följer mellan ändrings- och optionsklausuler bör därför återspeglas i förhållande till vilka krav som kan ställas på klausulernas utformning. Eftersom det är svårare att förutse hur tillämpningen av en ändringsklausul kommer att ändra avtalsvillkoren bör kravet på tydlighet vara lägre jämfört med optionsklausuler. En bokstavlig tolkning av bestämmelsen riskerar att begränsa tillämpningen till att enbart omfatta fastställda optioner. En sådan tillämpning kan inte anses ha varit syftet med bestämmelsen eftersom det uttryckligen framgår att både ändrings- och optionsklausuler ska omfattas.²²⁶

Denna uppfattning går även i linje med de exempel på ändringsklausuler som presenterades i skälen till 2014 års direktiv. Till exempel angavs att en upphandlande myndighet ska kunna föreskriva anpassningar av avtal som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter.²²⁷ Att i sådana fall uppställa ett precisionskrav enligt bestämmelsens ordalydelse skulle medföra att denna typ av klausuler inte kunde användas eftersom problemens omfattning och art många gånger torde vara svåra att förutspå.²²⁸

5.4 Ska alla typer av ändrings- och optionsklausuler ingå i ramavtalets takvolym?

En närliggande fråga att behandla är huruvida samtliga ändrings- och optionsklausuler ska omfattas av ramavtalets takvolym. Om så är fallet

²²³ Lavér & Elveljung (2017) s. 160.

²²⁴ Mål C-549/14 Finn Frogne punkt 37.

²²⁵ Skäl 107 2014 års direktiv; prop. 2015/16:195 s. 844.

²²⁶ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 25.

²²⁷ Skäl 111 2014 års direktiv.

²²⁸ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 25.

innebär detta att ändrings- och optionsklausuler aldrig kan användas för att ändra takvolymen. Följande exempel kan illustrera påståendet. En myndighet har genomfört en upphandling avseende byggnation och underhåll av hissar. Avtalet som är ett ramavtal uppgår till ett beräknat värde av 50 miljoner kronor. På grund av att upphandlingen innefattar ny avancerad teknik har myndigheten infört en ändringsklausul som gör det möjligt för parterna att anpassa avtalet om det blir nödvändigt på grund av tekniska svårigheter. Eftersom tekniken är ny är det svårt att förutse omfattningen och arten på ändringarna. Myndigheten har därför uppskattat värdet på klausulen till 2 miljoner kronor. Om ändringsklausulen ska ingå i ramavtalets takvolym är ändringar som överskrider takvolymen på 52 miljoner inte tillåtna.

Upphandlingsmyndigheten är av uppfattningen att både ändrings- och optionsklausuler ska ingå i takvolymen som är kopplad till ramavtalets giltighet.²²⁹ För att nå denna slutsats hänvisar myndigheten till bestämmelsen som reglerar beräkningen av värdet av ramavtal. Av 2014 års direktiv framgår emellertid endast att ”beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling ska grundas på det totala beloppet exklusive mervärdesskatt som ska betalas enligt den upphandlande myndighetens egen uppskattning, inbegripet varje form av eventuell *optionsrätt* och *eventuella klausuler om förlängning av kontrakten* som uttryckligen anges i upphandlingsdokumenten”.²³⁰ Som presenterades i kapitlets inledande avsnitt skiljer 2014 års direktiv mellan begreppen ändringsklausul och optionsklausul. Det är således inte självklart att *alla ändringsklausuler* ska omfattas i beräkningen. Det faktum att direktivet endast anger att optionsrätter och förlängningsklausuler omfattas antyder enligt mig att så inte är fallet.

I målet Coopservice behandlades frågan om en så kallad *utvidgningsklausul*, vilken gjorde det möjligt för ytterligare myndigheter att i efterhand ansluta sig till ramavtalet. Anslutning skulle enligt klausulen ske på *samma villkor* som i ramavtalet och resultera i ett självständigt kontraktsförhållande.²³¹ Klausulen bör enligt mig uppfattas som en option. Att optioner ska ingå i beräkningen av värdet av ramavtal framgår av direktivet. Frågan är emellertid om alla typer av ändringsklausuler ska ingå i beräkningen. Som framgår av skälen till 2014 års direktiv ska ändringsklausuler till exempel kunna användas för att föreskriva anpassningar av avtal som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter.²³² Att beräkna värdet på sådana klausuler får i vissa fall anses omöjligt.²³³ Detta talar enligt mig för att alla typer av ändringsklausuler inte ska ingå i takvolymen.

Det finns emellertid flera argument som talar emot ett sådant synsätt. I målet Coopservice uttalade EU-domstolen att såväl likabehandlingsprincipen som icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen innebär att samtliga

²²⁹ Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3 s. 24.

²³⁰ Art. 5.1 2014 års direktiv. Min kursivering.

²³¹ Jämför Mål C-216/17 Coopservice punkt 20.

²³² Skäl 111 2014 års direktiv.

²³³ Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4 s. 25; jämför även förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona mål nr C-216/17 punkt 43.

villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska förstå och tolka den exakta innebörden på samma sätt.²³⁴ Detta förutsätter enligt EU-domstolen att en takvolym anges.²³⁵ Att en takvolym inte bör innefatta vissa typer av ändringsklausuler går inte att utläsa ur domen.

Som tidigare presenterats framgår det även uttryckligen av bestämmelsen som reglerar ändrings- och optionsklausuler att omfattningen och arten på en ändring ska framgå av klausulen. Att kravet inte skulle omfatta vissa typer av ändringsklausuler går inte att utläsa ur direktivet. Det faktum att omfattningen och arten på en ändring ska vara möjlig att beräkna indikerar att samma resonemang skulle gälla för den totala beräkningen av klausulen.

Vidare kan en ändring genom en ändrings- eller optionsklausul ske oberoende av ändringens penningvärde. Om vissa ändringsklausuler inte ska omfattas i ramavtalets takvolym kan sådana klausuler således användas för att uppnå en artificiell uppdelning av ramavtal. En tillämpning av takvolymen där detta är möjligt kan inte anses ha varit syftet med kravet. Sammanfattningsvis talar alltså övervägande skäl för att alla typer av ändringsklausuler ska ingå i ramavtalets takvolym.

5.5 Slutsatser

Vid beaktande av vilka ändringar som ska vara tillåtna inom ramen för upphandlande ramavtal och omvänt hur höga krav som ska ställas på ändrings- och optionsklausuler aktualiseras motstående intressen. Att tillåta alltför allmänt hållna klausuler vore att inskränka principerna om likabehandling och öppenhet. Samtidigt är det i många fall svårt för en upphandlande myndighet att förutse det exakta resultat som en ändringsklausul medför.

Oavsett om alla typer av ändrings- och optionsklausuler ska ingå i ramavtalets takvolym måste upphandlande myndigheter genom klara, exakta och entydiga klausuler ange omfattningen och arten på eventuella ändringar. Detta medför i praktiken högt ställda krav på myndigheterna som i vissa fall kan vara omöjliga att uppfylla. Målet Coopservice torde emellertid inte få några omedelbara konsekvenser på tillämpningen av ändrings- och optionsklausuler, eftersom kraven på klausulers utformning redan är högt ställda. Ett generellt problem med de höga krav som uppställs är dock att kraven riskerar att medföra att myndigheterna, när de utformar ändrings- och optionsklausuler, använder sig av oproportionerligt höga marginaler. Detta riskerar att felaktigt utesluta leverantörer som annars hade kunnat delta i upphandlingen.

²³⁴ Mål C-216/17 Coopservice punkt 63.

²³⁵ Jämför mål C-216/17 Coopservice punkt 64.

6 Effekter av otillåtna ändringar

Såväl upphandlande myndigheter som leverantörer har starka incitament att hålla sig inom de tillåtna gränserna för ändringar av ramavtal som LOU föreskriver. Som presenterades i avsnitt 4.1 anses en otillåten ändring innebära att ett nytt avtal träffats. Detta kan i sin tur innebära att den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.²³⁶ Om en otillåten direktupphandling genomförs kan upphandlingen komma att överprövas och rätten besluta att ändringen ska ogiltigförklaras. Den upphandlande myndigheten kan också bli skyldig att betala skadestånd och en upphandlingsskadeavgift.²³⁷ Samtliga rättsliga konsekvenser och förutsättningarna för dessa kommer nu närmare att behandlas. Därefter analyseras vilka problem regleringen får i förhållande till målet Coopservice.

6.1 Överprövning

Det är allmän förvaltningsdomstol som efter ansökan från en leverantör överprövar en upphandling eller giltigheten av ett avtal.²³⁸ Det är således leverantörer som har talerätt. Begreppet leverantör ska tolkas vidsträckt och avser alla som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader.²³⁹ Det finns således inget krav på att den som har talerätt själv ska ha deltagit i upphandlingen.²⁴⁰ Däremot har HFD konstaterat att en leverantör endast ska ha talerätt om den *haft intresse* av att tilldelas avtalet. Om en leverantör är verksam inom marknaden men på grund av till exempel affärsmässiga skäl avstått från anbudsgivning saknas således talerätt.²⁴¹

Det är viktigt att poängtera att en upphandling i sig inte kan bli föremål för överprövning efter det att avtal slutits mellan parterna. I sådana fall prövas i stället avtalets giltighet.²⁴² Skaderekvisitet för överprövning av en upphandling respektive överprövning av avtalets giltighet skiljer sig åt. För överprövning av en upphandling krävs att sökanden *visat* att den lidit eller riskerar att lida skada.²⁴³ För överprövning av ett avtals giltighet räcker att sökanden *anser* att så är fallet.²⁴⁴ I korthet innebär detta att det subjektiva rekvisitet i sistnämnda reglering öppnar vägen till en process i domstol och i

²³⁶ Prop. 2015/16:195 s. 1126; prop. 2009/10:180 s. 188; Pedersen (2019) s. 189 f.; jämför även mål C-454/06 Pressetext Nachrichtenagentur punkt 34.

²³⁷ 20 kap. 13 § LOU; se även prop. 2009/10:180 s. 361 f.

²³⁸ 20 kap. 4 § LOU.

²³⁹ Skäl 14 2014 års direktiv.

²⁴⁰ Prop. 2015/16:195 s. 941.

²⁴¹ HFD 2017 ref. 62.

²⁴² Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 4 § Karnov, i JUNO, besökt 2020-03-13.

²⁴³ 20 kap. 6 § LOU; se även domstolens resonemang i HFD 2013 ref. 53.

²⁴⁴ 20 kap. 4 § LOU.

princip är uppfyllt genom ett påstående.²⁴⁵ Att så är fallet har att göra med att otillåtna direktupphandlingar ses som den enskilt mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen. Således presumeras att skada alltid föreligger.²⁴⁶

Även om samtliga förutsättningar för att ogiltigförklara ett avtal föreligger kan domstolen i vissa fall besluta att avtalet ska bestå. Så är fallet om det motiveras av hänsyn till tvingande allmänintresse.²⁴⁷ Begreppet ska enligt EU-domstolens praxis tolkas restriktivt och omfattar till exempel allmän ordning, allmän säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt skydd av miljö. Det är således endast exceptionella omständigheter som ska kunna medföra att ett avtal får bestå.²⁴⁸

Tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet är enligt huvudregeln sex månader från den dag då den otillåtna direktupphandlingen ägde rum.²⁴⁹ Domstolen utgår från den tidpunkt då civilrättslig avtalsbundenhet uppkom mellan parterna oavsett skriftlig eller muntlig form.²⁵⁰ Även om bedömningen tar utgångspunkt i civilrätten kan upphandlingsrättsliga aspekter få betydelse. Att så är fallet har att göra med att ändringar av villkor ofta växer fram succesivt genom parternas agerande. Detta gör det svårt att peka ut en specifik dag eller händelse som föranledde att ett nytt avtal uppstod.²⁵¹ EU-domstolen har av denna anledning uttryckt att nationella domstolar har en skyldighet att tillämpa tidsfrister på ett sätt som säkerställer att fristerna inte börjar löpa förrän den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om ändringen. Således ska särskild hänsyn tas till när sökanden hade möjlighet att upptäcka de förhållanden som låg till grund för ogiltigheten.²⁵² I förarbetena har emellertid framförts att ogiltigförklaringar av avtal är en mycket ingripande åtgärd som av rättssäkerhetsskäl måste begränsas i tiden.²⁵³ Mot bakgrund av att tidsfrister enligt EU-domstolen ska bedömas utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet leder tillämpningen enligt mig till en osäkerhet för upphandlande myndigheter.

²⁴⁵ Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 4 § Karnov, i JUNO, besökt 2020-03-13.

²⁴⁶ Pedersen (2010) s. 814.

²⁴⁷ 20 kap. 14 § LOU.

²⁴⁸ Prop. 2009/10:180 s. 138 f; HFD 2019 ref. 18.

²⁴⁹ 20 kap. 17 § LOU.

²⁵⁰ Kammarrätten i Stockholm mål nr 4174-14 dom 2014-11-24.

²⁵¹ Asplund m.fl. (2012) s. 267.

²⁵² Mål C-406/08 Uniplex punkt 49-50; se även Kammarrätten i Stockholm mål nr 4410-17 dom 2018-03-15.

²⁵³ Prop. 2009/10:180 s. 169.

6.2 Ogiltighet

6.2.1 Ogiltighetens räckvidd

Sedan 2007 års ändringsdirektiv uppställs ett krav på att leverantörer ska kunna begära överprövning av giltigheten av ett avtal.²⁵⁴ Det ankommer emellertid på medlemsstaterna att själv reglera följderna av ogiltighet. Nationell lagstiftning får således föreskriva ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter, alltså ogiltighet *ex tunc*, eller begränsa upphörandet till att omfatta de skyldigheter som ännu inte fullgjorts, alltså ogiltighet *ex nunc*.²⁵⁵

I de svenska förarbetena har framförts att en ogiltigförklaring bör omfatta ogiltighet *ex tunc*, eftersom en sådan tillämpning förväntas ha större preventiv effekt. Vidare medför en sådan reglering störst incitament för leverantörer att föra talan om ogiltighet, eftersom bifall till talan innebär en möjlighet att vid en förnyad upphandling tilldelas hela avtalet och inte enbart det som eventuellt redan fullgjorts.²⁵⁶

Eftersom en otillåten ändring av ett ramavtal ses som ett ingående av ett nytt avtal uppkommer frågan om parterna vid en ogiltigförklaring kan välja att återgå till det ursprungliga avtalet. Det faktum att lagstiftaren ser avtalen som två separata avtal tyder på att så är fallet.²⁵⁷ Samtidigt medför en sådan tolkning att skillnaden mellan ogiltighet *ex tunc* och ogiltighet *ex nunc* blir ytterst magrinell.²⁵⁸ En sådan tillämpning kan enligt mig inte anses ha varit syftet med bestämmelsen eftersom lagstiftaren uttryckligen angivit att regleringen ska innebära en möjlighet för leverantörer att vid förnyad upphandling tilldelas *hela avtalet*.²⁵⁹ Vidare har lagstiftaren hänvisat till 2014 års direktiv där det uttryckligen framgår att ogiltighet *ex tunc* innebär ”retroaktivt upphörande av *alla* avtalsskyldigheter”.²⁶⁰ Således bör utgångspunkten vara att även det ursprungliga avtalet är ogiltigt om inget annat föranleder att en annan tolkning framstår som rimligare.²⁶¹

En situation där en annan tolkning troligtvis framstår som rimligare är om ändringen kan ses som ett fristående avtal och det ursprungliga avtalet kan genomföras oaktat vad som händer med ändringen. Så kan till exempel vara fallet om ändringen utgör ett tillägg som har hög grad av särskiljbarhet från det ursprungliga avtalet. Att i sådana fall även ogiltigförklara det från början upphandlande ramavtalet framstår mer som ett bestraffande av avtalsparterna än ett återställande av den uteblivna konkurrensen.²⁶² Situationen är emellertid annorlunda om ändringarna integrerats med det ursprungliga

²⁵⁴ Artikel 2d 2007 års ändringsdirektiv.

²⁵⁵ Skäl 21 och art. 2d.2 2007 års ändringsdirektiv.

²⁵⁶ Prop. 2009/10:180 s. 136.

²⁵⁷ Hård af Segerstad (2018) s. 232 f.

²⁵⁸ Hunt (2018) s. 96.

²⁵⁹ Prop. 2009/10:180 s. 136.

²⁶⁰ Prop. 2009/10:180 s. 136; skäl 21 2007 års ändringsdirektiv. Min kursivering.

²⁶¹ Hunt (2018) s. 96.

²⁶² Hunt (2018) s. 97.

avtalet. I sådana fall föreligger ingen särskiljbarhet.²⁶³ I ett mål från Kammarrätten i Göteborg uttryckte domstolen att det faktum att avtalen behöver läsas ihop för att sammanhanget ska framgå innebär att avtalen ska ses som ett enda avtal.²⁶⁴ Så är även fallet om ändringarna medför sådana avsteg att det ursprungliga ramavtalet redan måste anses ersatt, vilket konstaterades i ett mål från Kammarrätten i Stockholm.²⁶⁵ I en sådan situation har parterna visat på en vilja att inte genomföra avtalet enligt de ursprungliga förutsättningarna. Att ogiltigförklara ändringarna för att återställa avtalet kan därmed inte anses ändamålsenligt.²⁶⁶

Sammanfattningsvis drar jag slutsatsen att ändringar av villkor i ramavtal kan få oförutsebara konsekvenser, eftersom det ankommer på rätten att besluta huruvida ogiltighet endast avser ändringen som sådan eller ramavtalet som helhet. Således finns stort utrymme för skönsmässig bedömning. En sådan tillämpning medför en osäkerhet för parter som vill göra ändringar i ramavtal, eftersom hela avtalsrelationen riskerar att påverkas.

6.2.2 Konsekvenser av ogiltighet

Följderna av ogiltighet ska som tidigare presenterats bestämmas i nationell lagstiftning.²⁶⁷ I de svenska förarbetena kan emellertid utläsas att det varken är nödvändigt eller lämpligt att reglera rättsföljden av ogiltigförklarade avtal. Lagstiftaren har i stället hänvisat till civilrätten.²⁶⁸

Civilrättsligt innebär en ogiltigförklaring att avtalet inte kan göras gällande. Skyldigheten att fullgöra avtalet bortfaller således för båda parter.²⁶⁹ Har eventuella förpliktelser helt eller delvis uppfyllts ska prestationerna även återgå. Om en återgång inte är möjlig ska det förmögenhetsläge som gällde innan avtalet slöts återställas. Detta innebär i praktiken att om en byggnad uppförts till hälften när ett avtal förklaras ogiltigt, ska ersättning lämnas för den prestation som utförts medan framtida prestationer inte får utföras.²⁷⁰ Resultatet av detta blir att avtalet ogiltigförklaras ex nunc, till skillnad från ex tunc som varit avsikten i förarbetena. Ogiltighet ex tunc skulle emellertid inte vara ändamålsenligt eftersom en sådan tillämpning skulle försätta en av parterna i en betydligt bättre ställning än den andra.²⁷¹

En fråga som därtill kvarstår är vilka praktiska effekter en ogiltigförklarad ändring får. Rätten behöver inte ta ställning i frågan och det är således upp till ramavtalsparterna att själva avveckla avtalet. En naturlig konsekvens av detta blir att parterna saknar incitament till avveckling och av denna anledning låter

²⁶³ Hunt (2018) s. 97 f.

²⁶⁴ Kammarrätten i Göteborg mål nr 2751-17 dom 2018-04-25.

²⁶⁵ Kammarrätten i Stockholm mål nr 4410-17 dom 2018-03-15.

²⁶⁶ Hunt (2018) s. 98.

²⁶⁷ Art. 2d.2 och skäl 21 2007 års direktiv.

²⁶⁸ Prop. 2009/10:180 s. 136.

²⁶⁹ Asplund m.fl. (2012) s. 270.

²⁷⁰ Prop. 2009/10:180 s. 361 f.

²⁷¹ Hunt (2018) s. 99 f; jämför prop. 2009/10:180 s. 361 f.

så mycket som möjligt av avtalet bestå.²⁷² Frågor rörande utförda prestationer och andra avvecklingsfrågor bör enligt doktrin kunna tas upp av allmän domstol. Parterna kan således väcka talan mot varandra för att reda ut sådana frågor.²⁷³ Det är emellertid inte självklart vilka rättsliga förutsättningar övriga leverantörer har.²⁷⁴ Jag drar således slutsatsen att den praktiska innebörden av en ogiltigförklaring är oklar. Detta riskerar att medföra att leverantörer som vill föra talan om ogiltighet avstår eftersom resultatet är ovisst.

6.3 Skadestånd

Utöver ogiltighet kan en otillåten ändring av ett ramavtal få ytterligare rättsliga konsekvenser. Av LOU följer att en upphandlande myndighet som inte följt upphandlingslagstiftningen i övrigt ska ersätta den skada som därigenom uppkommit för en leverantör.²⁷⁵ Talan om skadestånd ska till skillnad från talan om överprövning och upphandlingsskadeavgift, vilket behandlas i nästa avsnitt, väckas vid allmän domstol.²⁷⁶

Det finns två typer av leverantörer som kan anses lida skada av att ett ramavtal ändras utan att en ny upphandling genomförs när sådan skyldighet föreligger. Den första typen är de leverantörer som genom den upphandlande myndighetens överträdelse berövats sina möjligheter att konkurrera om det upphandlade avtalet, alltså potentiella anbudsgivare.²⁷⁷ Däremot föreligger ingen skadeståndsskyldighet i den mån domstolen förklarar avtalet ogiltigt. I sådana fall anses skadan undanröjd.²⁷⁸ Om domstolen däremot underlåtit att ogiltigförklara ett avtal, trots att förutsättningarna för detta varit uppfyllda, föreligger rätt till skadestånd. Så kan till exempel vara fallet om avtalet får bestå på grund av hänsyn till tvingande allmänintresse. Rätt till skadestånd föreligger därutöver om avtalet ogiltigförklaras men prestationerna inte kan återställas.²⁷⁹ Det är endast leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat anbud och som därvid skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla avtalet som kan få skadestånd. Skadestånd kan uppgå till det positiva kontraktssintresset där hänsyn bland annat ska tas till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst.²⁸⁰

Den andra typen av leverantör som kan vara skadeståndsberättigad är den leverantör som tilldelats avtalet som sedermera ogiltigförklarats. Skada som därtill uppkommer kan bland annat bestå i att leverantören ingått avtal som löper med uppsägningstid, eller att det uppkommit kostnader med anledning av avtal som ingåtts med underleverantörer.²⁸¹ Eventuell ersättning kan dock

²⁷² Asplund m.fl. (2012) s. 270 f.

²⁷³ Asplund m.fl. (2012) s. 269.

²⁷⁴ Jämför Hunt (2018) s. 100.

²⁷⁵ 20 kap. 20 § LOU.

²⁷⁶ 20 kap. 21 § LOU.

²⁷⁷ Hunt (2018) s. 102.

²⁷⁸ NJA 2013 s. 762.

²⁷⁹ Hunt (2018) s. 102.

²⁸⁰ Prop. 1992/93:88 s. 103; NJA 2007 s. 349; NJA 2000 s. 712.

²⁸¹ Prop. 2009/10:180 s. 226.

även omfatta det positiva kontraktsintresset.²⁸² Eftersom leverantören är medkontrahent i avtalet ska rätten till skadestånd bedömas utifrån om leverantören varit i god eller ond tro. Eftersom god eller ond tro inte omfattar innebörden av gällande rätt tas utgångspunkt i de faktiska omständigheterna. Till exempel kan en leverantör anses vara i god tro om den upphandlande myndigheten lämnat information som gett leverantören anledning att tro att omständigheterna var sådana att grund för ändring förelåg.²⁸³

Det ska poängteras att man i praxis konstaterat att rätt till skadestånd enligt LOU förutsätter att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av lagen. Det ska således vara fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse.²⁸⁴ Det kan med hänsyn till detta konstateras att domstolen tillåts förbise vissa mindre fel, vilket i sin tur leder till att leverantörers rätt till skadestånd begränsas.

6.4 Upphandlingsskadeavgift

Utöver talan om skadestånd som sker på initiativ av en leverantör kan även Konkurrensverket, i rollen som tillsynsmyndighet, ansöka om att en upphandlande myndighet som gjort en otillåten ändring ska betala en upphandlingsskadeavgift.²⁸⁵ Ansökan är inte obligatorisk.²⁸⁶ För samtliga överträdelser som kan medföra upphandlingsskadeavgift gäller strikt ansvar.²⁸⁷

En upphandlingsskadeavgift ska uppgå till lägst 10 000 kr och högst 10 000 000 kronor men får aldrig överstiga tio procent av upphandlingens värde.²⁸⁸ Domstolen har inom de givna beloppsramarna stort utrymme att själv besluta om avgiftens storlek. Ju allvarigare överträdelsen kan anses vara desto högre belopp bör avgiften fastställas till. Därtill måste hänsyn tas till avtalstidens längd och värdet på upphandlingen. Vidare ska även tillmätas betydelse om det varit fråga om ett upprepat beteende från myndighetens sida. Om rättsläget är oklart bör detta medföra att överträdelsen anses mindre allvarlig. Otillåtna direktupphandlingar är dock en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet vilket medför att sanktionsvärdet alltid bör anses högt. Trots detta har lagstiftaren påpekat att om det utifrån rådande praxis är oklart vad som gäller så kan sanktionsvärdet anses lågt i just det fallet.²⁸⁹

²⁸² NJA 2013 s. 762 punkt 18.

²⁸³ Pedersen (2010) s. 818.

²⁸⁴ NJA 2016 s. 358.

²⁸⁵ 21 kap. 1 § 3 p. och 20 kap. 2 § LOU.

²⁸⁶ 21 kap. 2 § 2 st. Däremot föreligger en skyldighet att lämna en ansökan om rätten beslutat att inte ogiltigförklara ett avtal trots att sådana skäl föreligger, se 20 kap. 1 § 2 p. LOU.

²⁸⁷ Pedersen (2019) s. 209.

²⁸⁸ 21 kap. 4 § LOU.

²⁸⁹ Prop. 2009/10:180 s. 197 f.

6.5 Slutsatser

Möjligheterna till överprövning av en ändring av ett ramavtal är vidsträckta. Att så är fallet har att göra med att samtliga leverantörer som haft intresse av att tilldelas ett avtal har rätt att klandra en ändring. Vidare krävs inte att sökanden visat att den lidit skada utan det räcker att den anser att så är fallet. Lagstiftningens låga krav för att skaderekvisitet ska uppfyllas medför särskilda problem i förhållande till målet Coopservice, eftersom ett överskridande av takvolymen i sig öppnar vägen för en process i domstol. Således riskeras att upphandlande myndigheter inte utnyttjar de möjligheter till ändringar som lagstiftningen ger.

Vidare kan en ändring som anses otillåten få oförutsebara konsekvenser, eftersom det ankommer på rätten att besluta huruvida ogiltighet endast avser ändringen som sådan eller ramavtalet som helhet. Vad gäller ändringar av takvolymen tyder det mesta dock på att en följd som resulterar i ogiltighet endast skulle avse själva ändringen, eftersom sådana ändringar som utgångspunkt får anses ha en hög grad av särskiljbarhet. Att i sådana fall även ogiltigförklara det ursprungliga avtalet skulle snarare utgöra ett bestraffande än ett återställande av den uteblivna konkurrensen.

Vad gäller risk för skadestånd i förhållande till ändringar av takvolymen är skadeståndsansvaret troligtvis begränsat till situationer där prestationerna inte kan återställas. Det är endast leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat anbud och som därvid skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla avtalet som kan få skadestånd. Det bör särskilt poängteras att otillåtna direktupphandlingar ses som en allvarlig överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Däremot har leverantörer i sådana fall inte haft några nedlagda kostnader. Hur en domstol kommer att förhålla sig till frågan om det positiva kontraktsintresset är vidare oklart.

Utifrån ett rimlighetsperspektiv går det att ifrågasätta vilka praktiska konsekvenser en ändring av en takvolym kommer få. Det är svårt för leverantörer att ha insyn och kontroll över huruvida en takvolym överskrids. För att utreda frågan närmare behöver leverantörer göra gedigna utredningar om myndigheternas affärer. Detta skulle till exempel kunna göras genom att en leverantör begärde ut utdrag av myndighetens alla fakturor. Sannolikheten att en leverantör skulle genomföra det arbetet är emellertid liten. Således går det att ifrågasätta vilka effekter målet Coopservice kommer att få på ramavtal i praktiken.

Vad gäller frågan om upphandlingsskadeavgift drar jag följande slutsatser. Det är Konkurrensverket i rollen som tillsynsmyndighet som ansöker om upphandlingsskadeavgift. Även om möjligheterna till insyn i en upphandlande myndighets affärer generellt sätt är begränsade får Konkurrensverket anses ha betydligt bättre förutsättningar att utreda frågor än vad en enskild leverantör har. Det faktum att lagstiftaren ser allvarligt på just otillåtna direktupphandlingar föranleder att Konkurrensverket borde ställa höga krav på upphandlande myndigheter. Även det faktum att EU-

domstolen i målet Coopservice uttryckligen angivit att takvolymen inte får överskridas stärker denna uppfattning. Således har Konkurrensverket starka incitament att kontrollera att takvolymen inte överskrids. Däremot är rättsläget oklart vilket troligtvis skulle kunna utgöra en förmildrande omständighet.

7 Avslutande kommentarer

Det går inte att slå fast samtliga rättsliga konsekvenser som målet Coopservice kommer att få på tillämpningen av ramavtal. Det går emellertid att konstatera att domen kommer att påverka området. EU-domstolens uttalande om takvolymen är enligt ordalydelsen i domen tillämplig på ramavtal med en leverantör. I uppsatsen har emellertid dragits slutsatsen att det mesta talar för att takvolymen bör gälla på alla typer av ramavtal.

Genom målet Coopservice går det att konstatera att upphandlande myndigheter som utgångspunkt både måste ange värdet och kvantiteten av ett ramavtal. Att det totala värdet av ett ramavtal måste anges är sedan tidigare känt. Genom att därtill uppställa ett krav på att även kvantiteten ska anges möjliggörs mer förutsebara ramavtalsupphandlingar. De ökade kraven som uppställs har emellertid negativ inverkan på flexibiliteten. Det kan i många fall vara svårt att fastställa exakt hur stort behovet av en viss vara, tjänst eller byggtentreprenad kommer att vara.

Kravet på att ange en kvantitet stämmer även dåligt överens med syftet med ramavtal. Ramavtal lämpar sig typiskt sett för situationer där en upphandlande myndighet förutser ett framtida behov som inte går att fastställa. Genom att uppställa ett krav på att kvantiteten på ett ramavtal ska anges tvingas emellertid myndigheter att förutse behovet. För att myndigheter ändå ska kunna använda ramavtal på ett ändamålsenligt sätt finns en risk att oproportionerligt höga takvolymen anges. Huruvida en takvolym är oproportionerligt hög är svårt att kontrollera, eftersom takvolymen utgör en uppskattning. Således går det att ifrågasätta om målet Coopservice verkligen kommer att ge några positiva effekter på konkurrensen.

I målet Coopservice tog EU-domstolen utgångspunkt i 2004 års direktiv. Bestämmelser om ändringar av ramavtal tillkom först genom 2014 års direktiv. En möjlig tolkning av domen är således att takvolymen inte är tillämpliga på ramavtalsupphandlingar som regleras enligt 2014 års direktiv, eftersom direktivet uttryckligen anger att vissa ändringar får göras. En sådan tolkning förefaller dock orimlig mot bakgrund av att EU-domstolen redan innan 2014 års direktiv godtog icke-väsentliga ändringar och ändringar som gjordes med stöd av en ändrings- eller optionsklausul. Således bör EU-domstolens uttalande om takvolymen även gälla för ramavtal som regleras enligt 2014 års direktiv. Förhållandet mellan takvolymen och de ändringsbestämmelser som regleras i 2014 års direktiv är dock svårt att avgöra, eftersom det inte uttryckligen anges något i målet angående detta.

Min slutsats är dock att lagenliga avtalsändringar bör kunna tillämpas, även om de medför att takvolymen överskrids. Bestämmelsen som reglerar ändringar av mindre värde har motiverats med att sådana ändringar anses vara så små att de inte hade gett någon effekt på konkurrensen om de fanns med i upphandlingen från början. En ändring som överstiger ramavtalets takvolym,

men som understiger gränsvärdet i bestämmelsen, kan således inte utgöra ett hot mot konkurrensen. Detta innebär att bestämmelsen bör kunna tillämpas så länge ramavtalets övergripande karaktär inte ändras. Att tillåta mindre ändringar av takvolymen ter sig även naturligt eftersom sådant behov i flera fall annars hade kunnat mötas med ett kontrakt som löpte parallellt med ramavtalet i enlighet med reglerna om förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Bestämmelsen som reglerar ändringar till följd av oförutsebara omständigheter har motiverats med att upphandlande myndigheter kan ställas inför yttre omständigheter som de inte hade kunnat förutse. Även om gränsvärdet i bestämmelsen förefaller högt är möjligheterna att använda bestämmelsen starkt begränsade. Eftersom bestämmelsen enbart är tillämplig på situationer som varit omöjliga att förutse vore det orimligt om angiven takvolym begränsade möjligheten till sådana ändringar.

Bestämmelsen som reglerar ändringar som inte är väsentliga har inte några gränsvärden. I stället förtydligas vad som utgör en väsentlig förändring genom att lagtexten hänvisar till fyra exempel. Ett av exemplen anger att en ändring anses väsentlig om den medför att ramavtalets omfattning utvidgas betydligt. En tolkning av skrivelsen motsatsvis är således att icke-väsentliga ändringar av föremålet för avtalet godtas. Bedömningen av huruvida ändringen är väsentlig tar utgångspunkt i om upphandlingen skulle ha fått en annan utgång om ändringen hade varit en del av anbudsförutsättningarna från början. Huruvida så är fallet får bedömas från fall till fall.

Om angiven takvolym skulle begränsa ovanstående möjligheter till ändringar skulle detta troligtvis medföra att upphandlande myndigheter angav oproportionerligt höga takvolym. Om en takvolym är oproportionerligt hög kommer den felaktigt utesluta leverantörer som annars hade kunnat delta i upphandlingen. Ändringsbestämmelserna skapar således förutsättningar för att ange realistiska takvolym där vissa justeringar kan ske. Även detta talar för att ändringsbestämmelserna ska kunna tillämpas.

Vad gäller ändrings- och optionsklausuler är situationen annorlunda. Som tidigare presenterats talar övervägande skäl för att alla typer av ändrings- och optionsklausuler ska ingå i ramavtalets takvolym. Således kan ändrings- och optionsklausuler aldrig användas för att ändra takvolymen. Detta torde emellertid inte påverka tillämpningen av ändrings- och optionsklausuler eftersom kravet på att ange omfattningen på en ändring redan följer av bestämmelsen. Detta krav begränsar dock användningsområdet av vissa ändringsklausuler som enligt direktivet ska vara tillåtna. Så kan till exempel vara fallet om ändringsklausulerna föreskriver anpassningar av avtal som blivit nödvändiga på grund av tekniska svårigheter. Att i sådana fall uppställa ett precisionskrav enligt bestämmelsens ordalydelse medför att sådana klausuler i praktiken inte kan användas. För att upphandlande myndigheter ändå ska kunna använda den typen av ändringsklausuler finns en risk för att oproportionerliga marginaler tillämpas. Risken för detta begränsas emellertid genom ändringsbestämmelsens högt ställda krav på tydlighet.

Vidare bör återigen framhållas att möjligheterna till överprövning av en ändring av ett ramavtal är vidsträckta. Att så är fallet har att göra med det låga skaderekvisit som följer av bestämmelsen som reglerar överprövning av ett avtals giltighet. Detta blir särskilt problematiskt i förhållande till EU-domstolens uttalande om takvolym, eftersom ett överskridande i sig i dagsläget öppnar vägen för en process i domstol. Det är därför av stor vikt att EU-domstolen klargör hur ändringsbestämmelserna förhåller sig till ramavtalets takvolym.

De rättsliga konsekvenser som en otillåten ändring kan medföra är även allvarliga. Att frågor kvarstår avseende ogiltighetens omfattning utgör ett särskilt stort orosmoment för upphandlande myndigheter. Detta riskerar att medföra att upphandlande myndigheter inte utnyttjar de möjligheter till ändringar som finns.

I skrivande stund finns inget tydligt svar på hur takvolym förhåller sig till ändringar i ramavtal. Jag ser därför fram emot ett klargörande från EU-domstolen.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014.
[Citeras Arrowsmith (2014)].

Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling: och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, Stockholm, 2012.
[Citeras Asplund m.fl. (2012)].

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.
[Citeras Bergström & Hettne (2014)].

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Sjätte upplagan, Norstedts juridik, Stockholm, 2018.
[Citeras Bernitz & Kjellgren (2018)].

Forsberg, Niclas, *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUFs och LOV*, Femte upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2019.
[Citeras Forsberg (2019)].

Hane, Johan, 'Förbudet mot väsentliga ändringar av offentliga kontrakt och den traditionella ändringsdispensen inom entreprenadrätten', *Europarättslig Tidskrift* nr 2 2017 s. 327-355.
[Citeras Hane (2017)].

Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011.
[Citeras Hettne & Eriksson (2011)].

Hunt, Alex, 'Ogiltighet i upphandlingsrätten – innebörd och följder vid otillåten ändring', *Upphandlingsrättslig tidskrift* 2/2018 s. 89-105.
[Citeras Hunt (2018)].

Hård af Segerstad, Viktor, 'Ändring av offentligt upphandlade avtal & effekter av otillåtna ändringar', *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 4/2018 s. 227-238.
[Citeras Hård af Segerstad (2018)].

Jareborg, Nils, Rättsdogmatik som vetenskap, *SvJT* 2004 s. 1–10.
[Citeras Jareborg (2004)].

Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018. [Citeras Kleineman (2018)].

Lavér, Joakim & Elveljung, Livia 'Ändringsklausuler – om att klart, exakt och entydigt förutse framtida behov', *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 4/2017 s. 151-162. [Citeras Lavér & Elveljung (2017)].

Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling: LOU och upphandlingsprocessen*, Upplaga 1, Studentlitteratur, Lund, 2018. [Citeras Lindahl Toftegard (2018)].

Mårtensson, Magnus, 'Avtalsändringar i offentlig upphandling', *Upphandlingsrättslig tidskrift* 1/2018 s. 47-62. [Citeras Mårtensson (2018)].

Nilsson, Magnus, 'Ändringar av kontrakt och ramavtal', *Upphandlingsrättslig Tidskrift* 4/2016 s. 259-269. [Citeras Nilsson (2016)].

Olsson, Erik & Pedersen, Kristian, 'De viktigaste nyheterna i de nya upphandlingslagarna' *Ny Juridik* 1:17 s. 7-31. [Citeras Olsson & Pedersen (2017)].

Olsson, Erik & Robertson, Viktor, 'Om ramen för ramavtalet – något om EU-domstolens dom Coopservice och Konkurrensverkets nya ställningstagande', *Europarättslig Tidskrift* nr 4 2019 s. 527-536. [Citeras Olsson & Robertson (2019)].

Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, *SvJT* 2005 s. 249–272. [Citeras Peczenik (2005)].

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, 1. uppl., Fritze, Stockholm, 1995. [Citeras Peczenik 1995)].

Pedersen, Kristian, 'Upphandlingskrönika – Ogiltighet av avtal', *Europarättslig tidskrift* nr 4 2010 s. 812–818. [Citeras Pedersen (2010)].

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Femte upplagan, Jure, Stockholm, 2019. [Citeras Pedersen (2019)].

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10., omarb. och utök. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016. [Citeras Ramberg & Ramberg (2016)].

Reichel, Jane, *EU-rättslig metod*, i Nääv, Maria & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, Andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2018.
[Citeras Reichel (2018)].

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, Fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2018.
[Citeras Sandgren (2018)].

Elektroniska källor

Hill, Karen, Public Procurement Brief 38, 'Contract Modifications', <<http://www.sigmaweb.org/publications/Public-Procurement-Policy-Brief-38-200117.pdf>>, publicerad september 2016, senast besökt 2020-03-26.

IATE, European Union terminology, EU:s termbank, <<https://iate.europa.eu/home>>, senast besökt 2020-05-14.

Linder, Fredrik och Dubois, Mikael, 'EU-dom får stor påverkan på ramavtalsupphandlingar', Upphandling24, <<https://upphandling24.se/eu-dom-far-stor-paverkan-pa-ramavtalsupphandlingar/>>, publicerad 2019-02-04, senast besökt 2020-03-26.

Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 1 kap. 2 § Karnov, i JUNO, senast besökt 2020-05-14.

Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap. 4 § Karnov, i JUNO, senast besökt 2020-05-14.

Ulfsdotter, Forssell, Anna, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 4 kap. 1 § Lexino 2018-04-24, i JUNO, senast besökt 2020-05-14.

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1992/93:88 Om offentlig upphandling.

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

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

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

Utredningsbetänkanden

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling.

Yttranden

Yttrande från Lagrådet av den 12 februari 2016, Nytt regelverk om offentlig upphandling.

[Citeras Lagrådets yttrande].

Myndighetspublikationer

Sverige

Upphandlingsmyndigheten, 'Ändringar av kontrakt och ramavtal, möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen', Rapport 2017:4.

[Citeras Upphandlingsmyndighetens rapport 2017:4].

Konkurrensverket, 'Ramavtalsupphandlingar och öppenhetsprincipen - EU-domstolens avgörande i mål C-2016/17 Coopservice', Konkurrensverket ställningstagande 2019:1.

[Citeras Konkurrensverkets ställningstagande 2019:1].

Upphandlingsmyndigheten, 'Takvolym i ramavtal', Vägledning nr 2019:3.

[Citeras Upphandlingsmyndighetens vägledning 2019:3].

Danmark

Danska Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, 'Verdurering af EU-domstolens dom af 19. december i sagen C-2016/17 (opdateret den 13. november 2019)', notat 13 december 2019.

[Citeras Verdurering af EU-domstolens dom af 19. december i sagen C-2016/17].

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

- Mål C-14/83 *Von Colson och Kamann*, ECLI:EU:C:1984:153.
Mål 199/85 *Kommissionen mot Italien*, ECLI:EU:C:1987:115.
Mål C-318/94 *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:1996:149.
Mål C-44/96 *Mannesmann Anlagenbau Austria m.fl.*, ECLI:EU:C:1998:4.
Mål C-360/96 *BFI Holding*, ECLI:EU:C:1998:525.
Mål C-262/97 *Rijksdienst voor Pensioenen*, ECLI:EU:C:2000:492.
Mål C-337/98 *Kommissionen mot Frankrike*, ECLI:EU:C:2000:543.
Mål C-496/99 *P Succhi di Frutta*, ECLI:EU:C:2004:236.
Mål C-434/02 *Arnold André*, ECLI:EU:C:2004:800.
Mål C-210/03 *Swedish match*, ECLI:EU:C:2004:802.
Förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, ECLI:EU:C:2005:127.
Mål C-394/02 *Kommissionen mot Grekland*, ECLI:EU:C:2005:336.
Mål C-454/06 *Pressetext Nachrichtenagentur*, ECLI:EU:C:2008:351.
Mål C-305/08 *CoNISMa*, ECLI:EU:C:2009:807.
Mål C-406/08 *Uniplex*, ECLI:EU:C:2010:45.
Mål C-91/08 *Wall*, ECLI:EU:C:2010:182.
Mål C-160/08 *Kommissionen mot Tyskland*, ECLI:EU:C:2010:230.
Mål C-213/13 *Impresa Pizzarotti*, ECLI:EU:C:2014:2067.
Mål C-410/14 *Falk Pharma*, ECLI:EU:C:2016:399.
Mål C-549/14 *Finn Frogne*, ECLI:EU:C:2016:634.
Mål C-9/17 *Tirkkonen*, ECLI:EU:C:2018:142.
Mål C-216/17 *Coopservice*, ECLI:EU:C:2018:1034.

Mål C-216/17, Förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona, ECLI:EU:C:2018:797.

Högsta domstolen

- NJA 2000 s. 712.
NJA 2007 s. 349.
NJA 2013 s. 762.
NJA 2016 s. 358.

Högsta förvaltningsdomstolen

- RÅ 2002 ref. 50.
HFD 2013 ref. 53.
HFD 2016 ref. 37.
HFD 2017 ref. 62.
HFD 2017 ref. 66.
HFD 2018 ref. 14.
HFD 2019 ref. 18.

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborg mål nr 3124-3127-13 dom 2013-07-22.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 4174-14 dom 2014-11-24.

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 3208-14 dom 2015-08-26.

Kammarrätten i Göteborg mål nr 5389-5390-16 dom 2017-04-04.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 4410-17 dom 2018-03-15.

Kammarrätten i Göteborg mål nr 2751-17 dom 2018-04-25.

Kammarrätten i Jönköping mål nr 3390-19 dom 2020-03-27.

Förvaltningsrätt

Förvaltningsrätten i Stockholm mål nr 4509-19 dom 2019-07-12.