

De viktigaste nyheterna i de nya upphandlingslagarna

av Kristian Pedersen & Erik Olsson

Den 1 januari 2017 fick Sverige tre nya upphandlingslagar, dels nya lagar om offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, vilka ersätter de tidigare motsvarande lagarna, dels en helt ny lag om upphandling av koncessioner. I denna artikel redogör advokaterna Kristian Pedersen och Erik Olsson¹, för de viktigaste nyheterna i de nya lagarna.

1. Inledning

Den 26 februari 2014 antogs tre nya EU-direktiv om upphandling.² Det uttalade syftet med dessa nya direktiv är att stimulera tillväxt och främja förtroendet för den inre marknaden, förenkla, att införa ökad flexibilitet i regelverket för effektivisering när det gäller offentliga utgifter samt att underlätta för små och medelstora företags deltagande i upphandlingar. Vidare har avsikten varit att genom upphandling stödja olika samhällliga mål, såsom innovation, sysselsättning och social integration. Sett ur ett praktiskt perspektiv har direktiven också syftat till att förenkla tillämpningen av regelverket, genom att kodifiera tio års rättspraxis från EU-domstolen.

¹ Advokatfirman Kahn Pedersen, www.kahnpedersen.se.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner, Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Bestämmelserna i direktiven skulle ha införlivats i medlemsstaternas nationella rättsordningar senast den 18 april 2016. Det svenska lagstiftningsarbetet blev dock av flera skäl försenat, och det var dessutom länge osäkert om lagförslaget skulle antas av riksdagen.³ De svenska lagarna trädde därför inte i kraft förrän den 1 januari 2017.

Även om mycket i nya LOU⁴ och LUF⁵ känns igen från 2007 års LOU⁶ och LUF⁷, såsom att den grundläggande strukturen i lagstiftningen i stort sett är intakt och att många av förfarandena i princip är oförändrade, finns det också ett antal större och mindre ändringar och nyheter i de nya lagarna. En betydelsefull nyhet i regelverket är också att upphandling av koncessioner, ett område som till stora delar tidigare varit oreglerat, numera regleras i den nya LUK.⁸

I denna artikel redogör vi för de, enligt vår mening, största och mest betydelsefulla nyheterna i de nya upphandlingslagarna. Det bör dock observeras att det utöver dessa även finns en rad andra nyheter som upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer bör känna till, men som av utrymmesskal inte behandlas i denna artikel.⁹

2. Uppdelning av kontrakt

En av de mer spännande nyheterna i den nya lagstiftningen är möjligheterna för en upphandlande myndighet att bestämma i vilken mån en och samma leverantör får lämna anbud på, eller tilldelas, en, flera eller alla delar av ett kontrakt.

³ Se Pedersen och Olsson, *Offentlig upphandling och villkor enligt kollektivavtal – en uppdatering om det pågående lagstiftningsarbetet* i Ny Juridik 4:16.

⁴ Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

⁵ Lagen (2016:1146) om upphandling i försörjningssektorerna.

⁶ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

⁷ Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁸ Lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner.

⁹ För mer information om nyheterna i lagstiftningen hänvisas till Upphandlingsmyndighetens webbplats; <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/aktuellt/nu-har-de-nya-upphandlingslagarna-tratt-ikraft/> eller den litteratur som finns på området, bl.a. Pedersen, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4:e uppl., Jure Förlag, 2017.

Skälen bakom dessa bestämmelser, vilka finns i 4 kap. 13–16 §§ LOU respektive 4 kap. 11–15 §§ LUF, är dels att se till att små och medelstora företag ska kunna lämna anbud, dels att se till att myndigheter inte genom alltför stora upphandlingar medverkar till att försämra konkurrensen över tid.

Under de senaste åren har vi sett en ökad centralisering av offentlig sektors inköp. Regionala myndigheter upprättar särskilda organisationer för inköpssamverkan och nationella inköpscentraler tar sig an ansvaret för allt större ramavtal avseende allt fler varor och tjänster. Det är i huvudsak två faktorer som, enligt vår mening, driver denna utveckling. Den första faktorn är att de varor och tjänster som upphandlande myndigheter och enheter köper blir allt mer komplicerade och att det helt enkelt krävs mer och mer kompetens hos den upphandlande myndigheten eller enheten för att kunna göra en relevant behovsanalys och jämförelse mellan de alternativa lösningar som marknaden erbjuder. Det är idag svårt för en myndighet eller enhet att ha tillräcklig beställarkompetens för att kunna göra alla slags inköp på ett tillfredsställande sätt. Av denna anledning samverkar myndigheter och enheter ofta på så sätt att den som är bäst på IT-upphandling får sköta sådana inköp även för andra myndigheter eller enheter som i sin tur specialiserat sig på någon annan typ av inköp. Denna typ av samverkan är klok och leder till bättre inköp för offentlig sektor i ett brett perspektiv. Dessvärre är en drivande faktor för samverkan även att upphandlingsregelverket som sådant är, eller åtminstone upplevs som, så komplicerat att mindre myndigheter eller enheter inte själva kan bygga upp tillräcklig kompetens för att genomföra en upphandling enligt upphandlingslagarna på ett optimalt sätt. Medan det är framförallt den första faktorn som driver regional upphandlingssamverkan vågar vi hävda att det är framförallt den andra faktorn som driver upphandling genom nationella inköpscentraler såsom SKL Kommentus inköpscentral och Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet.

Det största problemet med ökningen av centraliserad inköpssamverkan är, förutom att upphandlingarna sker längre från den verksamhet som ska använda de varor och tjänster som upphandlas, att de kontrakt som upphandlas blir allt större och viktigare för de leverantörer som berörs. Detta kan kortsiktigt leda till lägre priser men leder samtidigt till att mindre leverantörer inte kan lämna anbud och långsiktigt till att konkurrensen på marknaden begränsas. När det exempelvis tilldelas ett ramavtal för hela Sverige avseende medicintekniska produkter

eller läromedel, produkter där det sällan finns någon annan köpare än offentlig sektor, medför detta i praktiken att alla leverantörer utom den som vinner upphandlingen slås ut. När väl det tilldelade ramavtalet löpt ut, normalt fyra år senare, är risken överhängande för att det inte kommer att finnas någon konkurrens att tala om och att priserna i kommande upphandlingar kommer att öka väsentligt.

Det kan även konstateras att upphandlingar som är så stora att leverantörerna upplever att de inte har råd att förlora dem medför att förlorande leverantörer också kommer känna sig tvungna att ansöka om överprövning. Det finns gott om exempel där överprövningsprocesser avseende viktiga kontrakt förs under flera års tid till stor kostnad för såväl leverantörer som upphandlande myndigheter och enheter.

Det är här bestämmelserna i 4 kap. 13–16 §§ i LOU respektive LUF kommer in. Enligt 4 kap. 13 § LOU respektive 4 kap. 11 § LUF får en upphandlande myndighet eller enhet besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Som framgår av 4 kap. 14 § LOU respektive 4 kap. 12 § LUF ska den myndighet eller enhet som väljer att inte tilldela ett kontrakt i separata delar motivera detta och ange skälen i upphandlingsdokumenten. Det finns således en tydlig ambition hos lagstiftaren att förmå upphandlande myndigheter och enheter att överväga om uppdelning av ett kontrakt är möjligt.

Den myndighet eller enhet som väljer att dela upp ett kontrakt i flera delar kan sedan enligt 4 kap. 15 § LOU respektive 4 kap. 13 § LUF bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet. Det är således möjligt att begränsa hur många delar av ett kontrakt som en och samma anbudsgivare får lämna anbud på.

Än viktigare är emellertid den möjlighet som finns i 4 kap. 15 § andra stycket LOU respektive 4 kap. 13 § andra stycket LUF att begränsa det antal delar av kontraktet som myndigheten eller enheten kan komma att tilldela en och samma leverantör. Det blir alltså möjligt att i och för sig tillåta samtliga leverantörer att lämna anbud på alla delar men samtidigt ange att en och samma leverantör endast kan tilldelas en eller flera delar av kontraktet. I sådana fall ska myndigheten eller enheten också föreskriva hur valet av vilken del som tilldelas vilken leverantör ska ske i de fall en leverantör enligt tilldelningskriterierna inkommit med det bästa anbudet för fler delar än vad den angivna begränsningen medger.

Bestämmelserna innebär att det är möjligt att göra undantag från principen om att kvalificerade anbudsgivare har rätt att lämna anbud (favor participationis) respektive principen om att avtal alltid ska tilldelas den anbudsgivare som inkommit med det bästa anbudet i varje del.

Detta innebär inte att upphandlingarna som sådana behöver eller ska delas upp. Eftersom begränsningen gäller möjligheten att lämna anbud respektive tilldelas kontrakt kan myndigheter och enheter fortfarande uppnå samma samordningsvinster som tidigare, men med den fördelen att man kan motverka att kontrakten blir så stora att små och medelstora företag inte kan delta eller att konkurrensen begränsas på sikt.

Många myndigheter och enheter arbetar idag aktivt med att få ner antalet leverantörer som de har avtal med, och den nämnda regleringen motverkar av lätt insedda skäl en sådan ambition. Som anledning till att man önskar få ner antalet leverantörer nämns ofta att avtalsförvaltningen blir dyrare ju fler leverantörer en myndighet eller enhet har. Det ligger säkert något i det, men om man ska göra en rättvisande kostnadsjämförelse måste man även beräkna kostnaden som det innebär om man som myndighet eller enhet agerar på ett sätt som begränsar konkurrensen på marknaden över tid och, inte minst, kostnaderna för de omfattande överprövningsprocesser som ofta blir resultatet av att kontrakt blir så stora att leverantörerna inte har råd att acceptera en förlust.

Många myndigheter och enheter arbetar idag, för att säkra leverans, med ramavtal med flera leverantörer i rangordning. Ett problem med detta är att de leverantörer som är rangordnade på andra respektive tredje plats ofta inte får tillräckligt många avrop för att få kostnadsäckning för de investeringar som krävs för att kunna hålla beredskap för det fall avropsvolymen skulle öka. Detta gör att myndigheten eller enheten inte utan vidare kan ändra i rangordningen för det fall den leverantör som är rangordnad på första plats exempelvis skulle missköta sig. Om myndigheten eller enheten däremot redan vid upphandlingen av ramavtalet ser till att dela upp ramavtalet, så att varje leverantör får någon del, kommer det vara mycket lättare för myndigheten eller enheten att arbeta med aktiv avtalsförvaltning och använda avropsvolymen för att skapa incitament för leverantörerna att sköta sig. Samtidigt får var och en av leverantörerna möjlighet till kostnadsäckning för sina investeringar.

Potentialen i de nya reglerna om uppdelning av kontrakt är stor. Det återstår att se om upphandlande myndigheter och enheter också utnyttjar den.

3. Högsta tillåtna krav på anbudsgivares årsomsättning

Av 14 kap. 4 § LOU framgår att den upphandlande myndighet som uppställer kvalificeringskrav avseende den minsta årsomsättning som en leverantör ska ha som huvudregel inte får bestämma ett sådant krav till ett belopp som är mer än två gånger så stort som det uppskattade värdet av upphandlingen. Endast om det finns särskilda skäl med hänsyn till byggtreprenadernas, tjänsternas eller varornas art får omsättningskravet bestämmas till ett högre belopp. Den upphandlande myndigheten ska i sådana fall i upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport ange vilka omständigheter som utgör eller har utgjort sådana särskilda skäl.

Som framgår av det underliggande upphandlingsdirektivet är begränsningen i möjligheten att uppställa ett omsättningskrav motiverad av hänsyn till små och medelstora företags möjlighet att delta i offentlig upphandling.¹⁰

Inte heller enligt det tidigare regelverket var det möjligt för en upphandlande myndighet att uppställa hur höga omsättningskrav som helst i en offentlig upphandling. Myndigheters möjlighet att uppställa sådana krav är nämligen, precis som alla andra krav i upphandlings-sammanhang, begränsade av proportionalitetsprincipen, som kräver att uppställda kvalificeringskrav står i rimlig proportion till det som upphandlas. Utifrån detta förhållande kan man säga att den nya regeln om omsättningskrav har ytterligare en viktig funktion, utöver att möjliggöra för små och medelstora företag att inkomma med anbud, nämligen att den skapar en förutsebarhet för upphandlande myndigheter i det att dessa nu med säkerhet kan säga att ett omsättningskrav som understiger två gånger en upphandlings värde alltid är förenligt med proportionalitetsprincipen.

Bestämmelsen anger även att om ett kontrakt ska tilldelas i delar, såsom beskrevs i föregående avsnitt, ska begränsningen i minsta omsättning beräknas utifrån det antal delar som kan tilldelas en och samma leverantör, i den mån delarna ska utföras samtidigt.

¹⁰ Direktiv 2014/24/EU, skäl 83.

Så långt är bestämmelsen tydlig. Dessvärre besvarar bestämmelsen inte en helt central fråga, nämligen hur begränsningen avseende krav på årsomsättning ska beräknas vid upphandlingar som rör ramavtal vilka sträcker sig över mer än ett (1) år. Bestämmelsens ordalydelse ger vid handen att begränsningen skulle vara att ett krav på minsta årsomsättning högst får uppgå till två gånger upphandlingens värde. Vid ett ramavtal på fyra år, vilket är den normala längden på ett ramavtal enligt LOU, skulle ett krav på årsomsättning i praktiken således kunna uppgå till åtta gånger den förväntade årliga omsättningen på ramavtalet. Vid särskilda skäl får ramavtal löpa längre än fyra år och det är inte svårt att tänka sig en situation där längden på ett åtagande får väsentligt större betydelse än åtagandets faktiska volym för vilket omsättningskrav myndigheten har rätt att ställa. Detta trots att omsättningskrav rimligen syftar till att tillse att en leverantör har tillräckliga resurser för att säkerställa leverans under ramavtalets löptid, snarare än för hela ramavtalets löptid redan vid avtalstecknandet.

Sue Arrowsmith föreslår att det maximala omsättningskravet ska beräknas utifrån hela ramavtalets löptid men ytterst begränsas av proportionalitetsprincipen i de fall omsättningskravet, som resultat av en sådan beräkningsmodell, blir allt för högt.¹¹ Det är enligt vår mening en olämplig ordning som i princip förtar de positiva effekter som en regel om maximalt omsättningskrav medför.

Först och främst innebär det att det maximala årsomsättningskravet kan bli mycket högt i förhållande till den faktiska årsomsättningen på det ramavtal som upphandlingen rör. Detta gör att regeln inte får sin föreskrivna verkan, nämligen att möjliggöra för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling.

Vidare medför en sådan tolkning att regeln inte längre får den tydliggörande funktion som den annars hade kunnat få. Detta eftersom upphandlande myndigheter, enligt vad Arrowsmith riktigt påpekar, riskerar att ett krav på minsta årsomsättning vilket beräknats på ett ramavtals totala värde över hela löptiden är oproportionerligt och därmed kan underkännas vid en domstolsprövning. Den rättsäkerhet för myndigheter som maxgränsen är tänkt att skapa uteblir därmed.

Vi förordar därför en ändamålstolkning av den relevanta bestämmelsen så att begränsningen på krav på minsta årsomsättning beräk-

¹¹ Sue Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement – regulation in the EU and UK*, 3:e uppl., s. 1193–1194.

nas utifrån årsomsättningen på det ramavtal som ska upphandlas snarare än utifrån omsättningen på hela ramavtalet. På detta sätt uppnås både en rättssäkerhet för myndigheten och ändamålet att möjliggöra anbudsgivning för små och medelstora företag. I den mån särskilda skäl i det enskilda fallet skulle motivera ett högre omsättningskrav finns, som beskrevs inledningsvis, i bestämmelsen en särskild möjlighet för myndigheten att motivera detta.

Vad gäller LUF anges i 14 kap. 1 § att en upphandlande enhet i en upphandling får fastställa objektiva villkor för uteslutning och kvalificering och ska i så fall se till att dessa villkor är tillgängliga för de presumtiva leverantörerna. Denna bestämmelse ger uttryck för den större frihet att utforma kvalificeringskriterier som upphandlande enheter har enligt LUF i jämförelse med LOU.

Som framgår av 14 kap. 2 § LUF har en upphandlande enhet emellertid rätt att använda de kvalificeringskriterier som framgår av 14 kap. 1 § LOU, där bland annat krav på ekonomisk och finansiell ställning nämns. Om en upphandlande enhet väljer att på detta sätt tillämpa krav på ekonomisk och finansiell ställning är enheten enligt samma bestämmelse bland annat skyldig att iaktta den begränsning avseende omsättningskrav som vi behandlat ovan. I den mån en upphandlande enhet väljer att använda krav på finansiell och ekonomisk ställning i form av ett omsättningskrav är enheten således skyldig att iaktta samma begränsningar som gäller enligt LOU.¹²

4. Ökade möjligheter till förhandling enligt nya LOU

Huvudregeln enligt nya LOU är att upphandlingar över tröskelvärdena ska genomföras som öppna eller selektiva förfaranden. I vissa specifika situationer får dock något av de andra upphandlingsförfarandena användas, dvs. förhandlat förfarande med föregående annonsering, konkurrenspräglad dialog och förfarande för inrättande av innovationspartnerskap. Till skillnad från vad som gäller enligt nya (och 2007 års) LUF är förhandlat förfarande med föregående annonsering fortfarande inte tillåtet att använda som förstahandsalternativ, utan ett undantagsförfarande enligt LOU.¹³ I vissa undantagsfall får också förhandlat förfarande utan föregående annonsering tillämpas.

¹² Se härvidlag skäl 92 till direktiv 2014/25.

¹³ I förarbetena anges att öppet förfarande och selektivt förfarande inte är att

Möjligheterna att använda förhandlat förfarande med föregående annonsering har, i förhållande till 2007 års LOU, utökats något i nya LOU. Numera är förhandlat förfarande med föregående annonsering tillåtet i fem olika situationer. Fyra av dessa situationer regleras i 6 kap. 5 § LOU, av vilken framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas:

1. om den upphandlande myndighetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar (dvs. sådana lösningar som är lättillgängliga på marknaden),
2. om upphandlingen inbegriper formgivning eller innovativa lösningar,
3. om kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter som avser arten, komplexiteten eller den rättsliga och ekonomiska utformningen av det som ska anskaffas eller på grund av riskerna i anslutning till dessa omständigheter, eller
4. om den upphandlande myndigheten inte med tillräcklig precision kan utarbeta tekniska specifikationer med hänvisning till en standard, europeisk teknisk bedömning, gemensam teknisk specifikation eller teknisk referens.

De två förstnämnda situationerna (punkterna 1–2 ovan) är så närliggande att det i praktiken sannolikt i många fall kan vara svårt att särskilja dem. Gemensamt för dem är också att kraven för att i dessa situationer få använda förhandlat förfarande med föregående annonsering förefaller vara relativt lågt ställda.¹⁴

Den femte situationen då förhandlat förfaranden med föregående annonsering får användas regleras i 6 kap. 6 § LOU. Av paragrafen framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt för-

betrakta som "huvudförfaranden" i förhållande till de övriga förfarandena, se prop. 2015/16:195 s. 494. Mot bakgrund av att särskilda förutsättningar måste vara uppfyllda för att något av de övriga förfarandena ska få användas är det dock i praktiken svårt att uppfatta öppet förfarande och selektivt förfarande som något annat än huvudregeln och övriga förfaranden som undantag från denna huvudregel.

¹⁴ Jfr direktiv 2014/24/EU, skäl 42–43.

farande är ogiltiga eller inte acceptabla.¹⁵ Det finns visserligen ingen uttömmande förteckning över fall då ett anbud ska anses ogiltigt. I direktivet anges dock att i synnerhet anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten, som inkommit för sent, där det finns bevis för hemligt samförstånd mellan leverantörer eller korrupktion, eller som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga, ska anses vara ogiltiga. Beträffande anbud som inte är acceptabla anges i direktivet också, som en icke uttömmande lista med exempel, att i synnerhet anbud som lämnats in av anbudsgivare som saknar de kvalifikationer som fordras och anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds, ska anses vara oacceptabla.¹⁶

I sammanhanget bör också nämnas att det sannolikt i praktiken kommer att medföra förhållandevis låg risk för en upphandlande myndighet att välja att tillämpa ett förhandlat förfarande. Även om myndigheten felaktigt skulle tillämpa förhandlat förfarande i en situation där detta inte är tillåtet räcker det nämligen inte för att en domstol, i händelse av att någon leverantör ansöker om överprövning, ska ingripa mot upphandlingen. Istället krävs det även att leverantören lider eller riskerar att lida skada av det felaktiga valet av förfarande, och så länge förhandlingarna genomförs på ett korrekt sätt kan det i många fall vara svårt för en leverantör att påvisa skada eller risk för skada enbart av det faktum att den upphandlande myndigheten valt fel upphandlingsförfarande.¹⁷

5. Uteslutning

Nya LOU och LUF innehåller en del nya uteslutningsgrunder och ett delvis nytt system för självсанering.

¹⁵ Av 6 kap. 16 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten då istället får välja att tillämpa förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering om den i förfarandet tar med endast anbudsgivare som inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap. (om uteslutningsgrunderna), uppfyller de krav som anges i 14 kap. (kvalificeringskraven) och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för förfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.

¹⁶ Direktiv 2014/24/EU, artikel 26.4 b.

¹⁷ Se exempelvis HFD 2013 ref. 53.

Tre nya obligatoriska uteslutningsgrunder införs. Uteslutning för terroristbrott och brott med anknytning till terroristverksamhet, uteslutning för människohandel och uteslutning för obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter.

I anslutning till uteslutningsgrunderna föreskrivs dels att en leverantör, innan uteslutning sker, ska ges möjlighet att yttra sig över de tänkta grunderna för uteslutning (det kontradiktoriska förfarandet), dels att en leverantör för vilken grund för uteslutning föreligger ska ha möjlighet att genom en särskild redogörelse visa sin tillförlitlighet som leverantör, trots den aktuella uteslutningsgrunden (så kallad self-cleaning eller självsanering). I begreppet självsanering ligger att leverantören ska visa att den har ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra fortsatta brott eller missförhållanden.

Dessa bestämmelser är nog så viktiga men kommer i praktiskt hänseende förmodligen att överskuggas av en annan långt mer betydelsefull ändring i förhållande till tidigare reglering.

Enligt den tidigare regleringen fanns skyldighet att kontrollera förekomsten av skäl för uteslutning endast om myndigheten hade grundad anledning att anta att en leverantör skulle uteslutas till följd av de obligatoriska uteslutningsgrunderna. Med tanke på den mycket specifika brottskatalog som omfattas av de obligatoriska uteslutningsgrunderna har det i praktiken varit mycket ovanligt att upphandlande myndigheter fått anledning att göra en mer ingripande kontroll än att ombebudsgivarna att i sina anbud intyga att sådan uteslutningsgrund inte föreligger.

I nya LOU och LUF blir det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att, innan tilldelning sker, kontrollera att obligatoriska uteslutningsgrunder inte föreligger för den leverantör som myndigheten avser att tilldela kontrakt.

Eftersom de brott som omfattas av uteslutningskatalogen i huvudsak inte är sådana som företag kan dömas för kommer kontrollen i praktiken huvudsakligen röra de personer som ingår i leverantörens förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan samt personer som i övrigt är behöriga att företräda, fatta beslut om eller kontrollera leverantören.

Rent praktiskt innebär den obligatoriska kontrollskyldigheten att myndigheter blir tvungna att be den vinnande leverantören ordna så att berörda personer i dess ledning inkommer till myndigheten med utdrag ur belastningsregistret. Eftersom en begäran om sådant utdrag endast kan göras av den berörda personen själv, måste varje enskild person som berörs själv kontakta Polismyndigheten och begära ett utdrag ur belastningsregistret, vilket leverantören sedan kan skicka vidare till den upphandlande myndigheten.

Det finns idag inget särskilt formulär hos Polismyndigheten för den som vill begära ut ett utdrag från belastningsregistret i syfte att visa att sådana uteslutningsgrunder inte föreligger. Den enda möjlighet som idag finns är att de berörda personerna använder blanketten för egenkontroll av uppgifter i belastningsregistret. En sådan begäran omfattar emellertid all brottslighet och således inte bara den begränsade brottskatalog som anges i 13 kap. 1 § LOU respektive LUF.

Den leverantör som idag står i begrepp att vinna ett kontrakt tvingas med andra ord att be sina företrädare att till myndigheten inkomma med ett fullständigt registerutdrag som potentiellt omfattar överträdelser som helt saknar relevans för den uteslutningsprövning som myndigheten har att göra enligt 13 kap. 1 § LOU och LUF.

Det kan vidare konstateras att det saknas särskilt lagstöd i offentlighets- och sekretesslagen varigenom myndigheten kan säkerställa sekretess för dessa potentiellt mycket känsliga personuppgifter. Eftersom ett registerutdrag kommer att utgöra en inkommen handling hos myndigheten finns en överhängande risk för att myndigheten blir tvungen att lämna ut uppgifter, om exempelvis en konkurrerande leverantör begär ut handlingar i en upphandling.

Det kan också konstateras att det är osäkert huruvida det ens är möjligt för myndigheten att behandla de aktuella personuppgifterna, eller om en sådan behandling skulle kunna innebära en otillåten personuppgiftsbehandling enligt PUL.

Därtill kan läggas att den administrativa processen med att begära in registerutdrag kommer att fördröja tilldelningsprocessen i varje upphandling med flera veckor.

I förarbetena kommenterar regeringen dessa förhållanden på följande sätt.¹⁸

¹⁸ Prop. 2015/16:195 s. 771.

”Den nya regleringen innebär däremot att det införs en obligatorisk kontroll av dokumentation rörande brottslighet avseende leverantörer som myndigheterna avser att tilldela kontrakt. Denna skyldighet för myndigheterna kan också i praktiken komma att innebära, trots att syftet med de nya direktiven kan sägas vara den motsatta, en viss ökning av antalet belastningsregisterutdrag som begärs ut och ges in till myndigheter med anledning av ett upphandlingsförfarande. Uppgifter i belastningsregistret anses vara särskilt integritetskänsliga. Mot denna bakgrund finns det anledning att överväga behovet av att anpassa det regelverk som styr tillgången till uppgifter i belastningsregistret. Regeringen avser att återkomma i denna del.”

Det är enligt vår mening en olämplig ordning att regeringen inför denna typ av skyldighet samtidigt som man skjuter alla frågor kring hur den rent praktiskt ska hanteras, inklusive frågor om sekretess och personuppgiftsbehandling, på framtiden. I praktiken innebär detta att regeringen lämnar åt myndigheterna att, i väntan på att regeringen ska slutföra sitt arbete, själva överväga hur de ska kunna hantera kontrollskyldigheten på ett sätt som blir praktiskt genomförbart och som inte innebär en otillåten behandling av personuppgifter.

6. Egen försäkran och ESPD

Begreppet *egen försäkran* är en nyhet i de nya upphandlingslagarna. Bestämmelserna återfinns i sin helhet endast i nya LOU, men ska i många fall tillämpas även vid upphandling enligt LUF.

En leverantör som lämnar en anbudsansökan eller ett anbud ska i samband med det lämna en egen försäkran om att leverantören inte omfattas av någon grund för uteslutning och att leverantören uppfyller samtliga kvalificeringskrav i upphandlingen. Om leverantören åberopar ett eller flera andra företags kapacitet ska leverantören också bifoga en egen försäkran för vart och ett av de företag vars kapacitet åberopas.

En egen försäkran får lämnas i standardformuläret för det europeiska enhetliga upphandlingsdokumentet, *ESPD*.¹⁹ ESPD kommer, fram till den 18 april 2018, att kunna användas i pappersform, men därefter kommer ESPD endast att få användas i sin elektroniska form, *eESPD*. I förarbetena anges att det inte är obligatoriskt för leverantörer att använda ESPD, utan att den leverantör som vill istället får lämna

¹⁹ European Single Procurement Document.

in andra dokument som visar motsvarande som den egna försäkran.²⁰ Det är dock obligatoriskt för den upphandlande myndigheten, eller i förekommande fall enheten, att tillhandahålla en ESPD för varje upphandling. I praktiken är det dock sannolikt ovanligt att leverantörer kommer att lämna egen försäkran i annan form än i den ESPD som den upphandlande myndigheten eller enheten tillhandahåller, inte minst eftersom det riskerar att innebära att leverantören glömmer att lämna försäkran avseende uppgifter som begärts i upphandlingen.

Den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att preliminärt godta en egen försäkran som bevis för att leverantören inte ska uteslutas och att den uppfyller kvalificeringskraven. Det innebär att leverantören inte är skyldig att, vid lämnande av anbudsansökan eller anbud, ge in någon ytterligare bevisning.

En egen försäkran som en leverantör har lämnat i en tidigare upphandling ska godtas om leverantören bekräftar att den fortfarande är korrekt. För att detta ska vara möjligt krävs dock att den upphandlande myndigheten eller enheten inte har ställt andra kvalificeringskrav i den nya upphandlingen än i den tidigare upphandlingen. Det kommer därför i praktiken sannolikt vara ovanligt att en tidigare lämnad egen försäkran kan återanvändas.

En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig, innan den fattar tilldelningsbeslut, att begära kompletterande dokumentation om de förhållanden som den egna försäkran omfattar från den leverantör som myndigheten eller enheten avser att tilldela kontrakt. En kontroll ska med andra ord göras av att de uppgifter som den vinnande anbudsgivaren lämnat i sin ESPD är korrekta. Den upphandlande myndigheten eller enheten är således inte skyldig att begära in dokumentation från alla anbudssökande eller anbudsgivare, utan endast från den eller de leverantörer som ska tilldelas kontrakt.

Bestämmelserna om egen försäkran och ESPD gäller inte vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området, dvs. enligt 19 kap. nya LOU respektive LUF.

²⁰ Prop. 2015/16:195 s. 769.

7. Anbudsutvärdering

Bestämmelserna om anbudsutvärdering i nya LOU och LUF avviker vad gäller terminologin på vissa punkter från motsvarande bestämmelser i 2007 års upphandlingslagar.

I de tidigare lagarna fanns det två alternativa grunder för utvärdering, *det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet* och *lägsta pris*. I nya LOU och LUF ska alltid det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller enheten. Begreppet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har dock inte samma innebörd som tidigare, utan är numera ett överordnat begrepp, som inrymmer tre olika grunder för utvärdering; *bästa förhållandet mellan pris och kvalitet*, *kostnad* och *pris*.

I sak har dock inget förändrats. Den utvärderingsgrund som i 2007 års lagar kallades för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet finns kvar, men den har bytt namn till bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Det innebär också att den rättspraxis som utvecklats rörande begreppet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att fortsätta vara relevant för tolkningen av begreppet bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Begreppet kostnad fastställs genom en analys av kostnadseffektivitet där exempelvis livscykelkostnader kan ingå. Livscykelkostnaderna får då bl.a. omfatta kostnader för externa miljöeffekter som har anknytning till det som ska anskaffas, om miljöeffekterna kan fastställas till ett belopp i pengar som kan kontrolleras. Om den upphandlande myndigheten eller enheten avser att beakta livscykelkostnader vid utvärderingen, ska den i upphandlingsdokumenten ange vilka uppgifter som leverantörerna ska lämna för detta ändamål och vilken metod som kommer att användas för att fastställa livscykelkostnaderna.

Begreppet pris motsvarar utvärderingsgrunden lägsta pris enligt bestämmelserna i 2007 års upphandlingslagar. Den rättspraxis som utvecklats rörande begreppet lägsta pris kommer därför sannolikt att fortsätta vara relevant för tolkningen av begreppet pris.

8. Innovationspartnerskap

Som nämnts inledningsvis är främjande av innovation numera ett av de uttalade syftena med upphandlingslagstiftningen. Detta kommer till uttryck på flera sätt i nya LOU och LUF, men särskilt genom att

det införts en ny avtalstyp, *innovationspartnerskap*, med ett särskilt eget upphandlingsförfarande, *förfarande för inrättande av innovationspartnerskap*. Ett förfarande för inrättande av innovationspartnerskap får användas för att anskaffa en vara, tjänst eller byggtreprenad för att tillgodose behov som den upphandlande myndigheten eller enheten bedömer inte kan tillgodoses genom lösningar som finns tillgängliga på marknaden.

Ett innovationspartnerskap omfattar såväl utveckling och framtagande av den innovativa lösningen som efterföljande anskaffningar av den färdigutvecklade produkten, förutsatt att den kan levereras till överenskomna kapacitetsnivåer och kostnader.

Förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap är ett förfarande med föregående annonsering i vilket leverantörer får ansöka om att få lämna anbud, den upphandlande myndigheten eller enheten genomför en leverantörskvalificering, gör ett urval bland de kvalificerade anbudssökande, bjuder in vissa av dem att lämna anbud och där efter får förhandla med anbudsgivarna.

Vid urvalet av kvalificerade anbudssökande som ska bjudas in till anbudsgivning ska den upphandlande myndigheten eller enheten särskilt beakta leverantörernas kapacitet inom området forskning och utveckling och deras kapacitet att utveckla och genomföra innovativa lösningar.

Av nya LOU och LUF framgår att en upphandlande myndighet eller enhet får inrätta innovationspartnerskap endast med sådana leverantörer som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet. I förarbetena anges att det betyder att innovationspartnerskap endast får ingås med en leverantör som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet och att detta betyder att forsknings- och utvecklingsverksamheten inte kan vara en del av den löpande produktionen.²¹

Denna tolkning framstår dock, enligt vår mening, som felaktig. Av de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektiven framgår att upphandlande myndigheter respektive enheter får inrätta innovationspartnerskap med en eller flera partners som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.²² Vår uppfattning är dock att ordet ”separat” inte syftar till att säkerställa att leverantörerna i ett innovationspartnerskap bedriver sin forskning och utveckling åtskild från

²¹ Prop. 2015/16:195 s. 505.

²² Direktiv 2014/24/EU, artikel 31.1 och direktiv 2014/25/EU, artikel 49.1.

den löpande verksamheten eller produktionen. Detta särskilt mot bakgrund av att det framstår som svårförståeligt varför unionslagstiftaren skulle vilja begränsa kretsen av potentiella leverantörer i innovationspartnerskap till företag som har separata avdelningar för forskning och utveckling. Vad som istället avses i bestämmelsen är, enligt vår mening, att den upphandlande myndigheten eller enheten får ingå innovationspartnerskap med en partner, eller med flera partners som var för sig – dvs. oberoende av varandra – bedriver forsknings- och utvecklingsverksamhet. Bestämmelsen innebär med andra ord att det inte finns något som hindrar att den upphandlande myndigheten eller enheten har flera samtidiga pågående partnerskap, med olika leverantörer, om samma typ av upphandlingsföremål. Denna tolkning framstår också, enligt vår mening, som mest förenlig med upphandlingsdirektivens syfte, eftersom den leder till att så många leverantörer som möjligt kan delta.

Ett innovationspartnerskap ska innehålla delmål som de deltagande parterna ska uppfylla samt reglera ersättningen i lämpliga delbetalningar. Baserat på delmålen får den upphandlande myndigheten eller enheten, efter respektive etapp (delmål) avsluta innovationspartnerskapet eller, om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, minska antalet leverantörer genom att avsluta enskilda kontrakt. Det förutsätter dock att denna möjlighet framgår av upphandlingsdokumenten.

9. Ramavtal

Bestämmelserna om ramavtal i nya LOU och LUF skiljer sig på vissa punkter från ramavtalsbestämmelserna i 2007 års upphandlingslagar. Något förenklat kan konstateras att bestämmelserna för den klassiska sektorn blivit något mer flexibla, medan bestämmelserna för försörjningssektorerna blivit mindre flexibla.

Gemensamt för båda lagarna är att upphandling av själva ramavtalet ska ske i enlighet med något av de ordinarie upphandlingsförfarandena. En skillnad mellan lagarna är dock att huvudregeln enligt nya LOU är att ramavtal inte får gälla under längre tid än fyra år, om det inte finns särskilda skäl, medan motsvarande huvudregel enligt nya LUF är åtta år.

De två lagarnas bestämmelser om tilldelning av kontrakt baserade på ramavtal skiljer sig dock åt.

9.1 Tilldelning av kontrakt enligt nya LOU

Vid ramavtal med en leverantör ska, enligt nya LOU, kontrakt som bygger på ramavtalet tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får skriftligen samråda med leverantören och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud.

Vid ramavtal med flera leverantörer ska, enligt nya LOU, den upphandlande myndigheten, om samtliga villkor för tillhandahållande av de varor, tjänster eller byggtreprenader, som ramavtalet avser, är fastställda tilldela kontrakt som grundas på ramavtalet utan förnyad konkurrensutsättning eller delvis efter förnyad konkurrensutsättning. När ramavtalet inte har samtliga sådana villkor fastställda, ska tilldelning ske efter förnyad konkurrensutsättning. Det är också tillåtet att använda s.k. kombinationsramavtal, dvs. ramavtal som i vissa delar har alla villkor fastställda medan andra delar har villkor som är öppna, så att endast kontrakt av större värde, viss volym eller produkter av en viss typ blir föremål för förnyad konkurrensutsättning. En förutsättning för detta är dock att det av upphandlingsdokumenten till ramavtalet framgår vilket tilldelningsförfarande som ska användas i vilka situationer. Möjligheten att använda kombinationsramavtal har tidigare endast framgått av rättspraxis, men framgår alltså nu uttryckligen av lagtexten.

När kontrakt tilldelas utan förnyad konkurrensutsättning ska den upphandlande myndigheten tillämpa objektiva villkor, en s.k. fördelningsnyckel, för att avgöra vilken av leverantörerna som ska tilldelas kontraktet, och denna fördelningsnyckel ska anges i något av upphandlingsdokumenten i upphandlingen av ramavtalet. Utöver rangordning, som hittills uppfattats som huvudregel, är andra tänkbara fördelningsnycklar exempelvis procentuell fördelning eller turordning. När det gäller varor eller tjänster avsedda att användas av fysiska personer får villkoren i fördelningsnyckeln innefatta de berörda fysiska personernas behov eller val. Det är därför möjligt att använda detta som en objektiv metod för val av utförare, förutsatt att den berörda personens behov är klarlagt och definierat och kan matchas mot villkoren i fördelningsnyckeln så att avropet i praktiken inte styrs av den upphandlande myndighetens godtycke.²³

Vid tilldelning av kontrakt baserade på ramavtal som inte har samtliga villkor fastställda ska den upphandlande myndigheten, enligt nya

²³ Prop. 2015/16:195 s. 1013.

LOU, genomföra en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet, dvs. bjuda in dem att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Villkoren i ramavtalet får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor, förutsatt att dessa angetts i upphandlingsdokumenten till ramavtalet.

9.2 Tilldelning av kontrakt enligt nya LUF

Nya LUF:s bestämmelser om tilldelning av kontrakt baserade på ramavtal är mindre detaljerade, och därför mer flexibla, än bestämmelserna i nya LOU. Samtidigt innebär de nya bestämmelserna mindre handlingsfrihet för upphandlande enheter än bestämmelserna i 2007 års LUF.

Av 2007 års LUF framgick att en upphandlande enhet som upphandlat ett ramavtal enligt lagens bestämmelser därefter fick tilldela kontrakt genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering.²⁴ I övrigt fanns inga förfarandebestämmelser, och detta innebar ett betydande handlingsutrymme för upphandlande enheter. I nya LUF har bestämmelser införts som mer påminner om bestämmelserna i nya LOU, om än inte lika detaljerade.

Av LUF framgår endast att kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier samt att den upphandlande enheten ska ange reglerna och kriterierna i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet. Det kan innebära att den upphandlande enheten tillämpar en rangordning eller annan fördelningsnyckel, men behöver inte göra det, utan även andra objektiva tilldelningsförfaranden kan användas, så länge de är förenliga med de grundläggande principerna.

Kontrakt som grundar sig på ramavtal får också tilldelas genom förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet. Att använda förnyad konkurrensutsättning är alltså en möjlighet, men ingen skyldighet, för upphandlande enheter. Även i övrigt är utrymmet för flexibilitet och situationsanpassade lösningar större enligt nya LUF än enligt LOU. Exempelvis finns det inget hinder mot förhandlingar i samband med tilldelning av kontrakt baserade på ramavtal enligt LUF.²⁵

²⁴ 4 kap. 2 § 9 p. 2007 års LUF.

²⁵ Prop. 2015/16:195 s. 524.

10. Ändringar i kontrakt och ramavtal

En betydelsefull nyhet i de nya upphandlingslagarna är att det numera finns en uttrycklig reglering av i vilken mån ett upphandlat kontrakt eller ramavtal får lov att ändras, utan att ny upphandling behöver ske.

Bestämmelserna som framgår av 17 kap. 8–16 §§ LOU respektive 16 kap. 8–16 §§ LUF innehåller en reglering av sex huvudsakliga ändringstyper; ändringar av mindre värde, ändrings- eller optionsklausuler, kompletterande beställningar, oförutsedda omständigheter, byte av leverantör samt övriga ändringar som inte är väsentliga.

10.1 Ändringar av mindre värde

Genom bestämmelsen om ändringar av mindre värde skapas en form av de minimisregel som ger upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer en möjlighet att alltid ändra upphandlande kontrakt i viss begränsad utsträckning. Ändringar som får göras enligt denna bestämmelse har två huvudsakliga begränsningar.

1. Ändringens värde får inte överstiga tillämpligt tröskelvärde (1 233 941 kr för varor och tjänster köpta av statliga myndigheter enligt LOU respektive 3 820 645 kr enligt LUF, 1 910 323 kr för varor och tjänster köpta av andra myndigheter än statliga enligt LOU respektive 3 820 645 kr enligt LUF samt 47 758 068 kr för byggentreprenader enligt båda lagarna).
2. Ändringens värde får inte överstiga 10 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om varuupphandling eller upphandling av tjänst, eller 15 procent av kontraktets eller ramavtalets värde, om det är fråga om upphandling av byggentreprenad.

Om flera ändringar görs efter varandra ska dessa kumuleras vid bedömningen av om ändringarnas sammanlagda värde överstiger ovanstående begränsningar.

10.2 Ändringar enligt ändrings- och optionsklausuler

Enligt 17 kap. 10 § LOU respektive 16 kap. 10 § LUF är en ändring tillåten om den sker i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul som angetts i det ursprungliga kontraktet.

Förutsättningarna för detta är emellertid att ändrings- eller optionsklausulen angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprung-

liga upphandlingen (dvs. att den annonserats), att den klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas samt att den anger omfattningen och arten av de ändringar som kan komma att göras.

Det kan konstateras att många av de ändringsklausuler som idag förekommer i upphandlande avtal inte förefaller uppfylla de krav på precision som LOU nu kräver för att de ska kunna tillämpas. Det är härvidlag intressant att notera att Högsta förvaltningsdomstolen i ett nyligen meddelat avgörande accepterat en omförhandling av pris på grundval av en prisjusteringsklausul som på intet sätt kan anses uppfylla de precisionskrav som den nya lagen uppställer.²⁶ Högsta förvaltningsdomstolens avgörande rörde den tidigare lagen och dess betydelse som prejudikat får, med tanke på de nya reglerna, anses både begränsat och kortvarigt.

10.3 Kompletterande beställningar

Som framgår av 17 kap. 11 § LOU får en upphandlande myndighet göra kompletterande beställningar från en leverantör med vilken man har ett kontrakt så länge bestämmelsen inte innebär att värdet av kontraktet ökar med mer än 50 procent. Följande förutsättningar måste emellertid föreligga för att en sådan kompletterande beställning ska tillåtas.

1. Beställningen ska vara nödvändig,
2. Leverantören ska av ekonomiska eller tekniska skäl inte kunna bytas ut, och
3. Ett byte av leverantör skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande myndigheten.

Till skillnad från vad som gäller för ändringar av mindre värde ska begränsningen om 50 procent inte räknas samlat för alla kompletterande beställningar utan för varje enskild beställning. Så länge övriga förutsättningar för en kompletterande beställning är uppfylla är det således tänkbart att kompletterande beställningar över tid uppgår till ett värde som vida överstiger det ursprungliga kontraktets värde.

²⁶ Se Högsta förvaltningsdomstolens dom den 22 december 2016 i mål nr 3874-15.

I begreppet kompletterande beställning ligger emellertid att de köp som myndigheten gör på grundval av denna bestämmelse måste avse samma typ av varor, tjänster och byggtreprenader som kontraktet ursprungligen avsett.

Om myndigheten gör en ändring med stöd av denna bestämmelse ska ändringen annonseras i en särskild annons.

Vad gäller LUF kan konstateras att 16 kap. 11 § LUF innehåller en reglering som motsvarar 17 kap. 11 § LOU med den viktiga skillnaden att begränsningen om 50 procent saknas.

10.4 Oförutsebara omständigheter

Om myndigheten, istället för en kompletterande beställning, vill köpa något annat än de varor, tjänster och byggtreprenader som omfattas av det ursprungliga kontraktet kan myndigheten under vissa förutsättningar använda sig av bestämmelsen om oförutsebara omständigheter.

Enligt denna bestämmelse, som återfinns i 17 kap. 12 § LOU får ett kontrakt eller ramavtal ändras om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller ingå ramavtalet.

En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras eller innebära att värdet av kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 procent. Liksom med kompletterande beställningar ska begränsningen om 50 procent tillämpas på varje enskild ändring för sig. LUF innehåller motsvarande reglering om oförutsebara omständigheter i 16 kap. 12 § men saknar begränsningen om 50 procent.

Om myndigheten eller enheten gör en ändring med stöd av denna bestämmelse ska ändringen annonseras i en särskild annons.

10.5 Byte av leverantör

En mycket viktig bestämmelse är den om möjligheten att byta leverantör i 17 kap. 13 § LOU respektive 16 kap. 13 § LUF. Till följd av bland annat EU-domstolens avgörande i *Pressetext* har det under lång tid funnits en osäkerhet kring i vilken mån upphandlande myndigheter och enheter kan tillåta leverantörsbyten i offentliga kontrakt.²⁷ Bestäm-

²⁷ Mål C-454/06, *Pressetext*.

melsen ger en länge eftersökt klarhet och anger att byte av leverantör är tillåtet om:

1. den nya leverantören helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe till följd av företagsomstruktureringar, inklusive uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, och
2. det förhållandet att en ny leverantör helt eller delvis inträder i den ursprungliga leverantörens ställe inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet eller ramavtalet samt,
3. den nya leverantören inte är föremål för någon uteslutningsgrund samt uppfyller i den ursprungliga upphandlingen uppställda kvalificeringskrav.

I bestämmelsen anges även att en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör får komma överens om att en underleverantör ska träda in i leverantörens ställe.

10.6 Ändringar som inte är väsentliga

I 17 kap. 14 § LOU respektive 16 kap. 14 § LUF finns en uppsamlingsbestämmelse för sådana ändringar som inte omfattas av bestämmelserna i 9–13 §§. Där anges att även andra ändringar är tillåtna så länge de inte utgör väsentliga ändringar i bland annat följande bemärkelser.

1. Ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökanden bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen,
2. Innebär att kontraktets eller ramavtalets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet eller är part i ramavtalet,
3. Medför att kontraktets eller ramavtalets omfattning utvidgas betydligt, eller
4. Innebär byte av leverantör (i andra fall än de som beskrivits i avsnitt 10.5 ovan).

Användningen av termen bland annat ger vid handen att uppräknningen inte är uttömmande utan att det även skulle kunna finnas andra

ändringar som är otillåtna. Vi har emellertid svårt att tänka oss var det skulle kunna vara.

10.7 Sammanfattning

Bestämmelserna om ändring av kontrakt är ett av de mest välkomna förtydligandena i den nya lagen. Framförallt skapas en rättssäkerhet för myndigheter och enheter i sin förvaltning av upphandlade kontrakt. Bestämmelserna som sådana kan dock medföra att det riktas mer uppmärksamhet mot ändringar i offentliga kontrakt. Det finns således, ironiskt nog, en risk för att denna ökade rättssäkerhet leder till en ökning av antalet processer avseende ändringar av offentliga kontrakt.

11. LUK

Som en nyhet som möjligen överskuggar alla andra måste avslutningsvis nämnas att vi i och med årsskiftet fick en helt ny lag på upphandlingsområdet, nämligen lagen om upphandling av koncessioner.

En koncession är ett upphandlingskontrakt där myndigheten eller enheten helt eller delvis betalar för koncessionen genom att leverantören ges en rättighet att ta betalt från tredje man vid sitt utnyttjande av koncessionen. Leverantören bär således en ekonomisk risk för efterfrågan av de nyttigheter som tillhandahålls inom ramen för koncessionen.

Upphandling av koncessioner har hittills endast varit föremål för en mycket begränsad reglering. Vad avser byggkoncessioner har det funnits viss reglering i 13 kap. i 2007 års LOU, men avseende tjänstekoncessioner har dessa endast reglerats på så sätt att EU-domstolen har uttalat att tilldelning av tjänstekoncessioner med ett bestämt gränsöverskridande intresse skulle konkurrensutsättas i ett förfarande som var förenligt med de grundläggande principerna. I Sverige har detta fått mycket liten praktisk betydelse, eftersom det saknats rättsmedel mot eventuella överträdelser i detta avseende.

LUK innebär en detaljreglering, snarlik den som finns i de andra upphandlingslagarna, för hur en koncession ska annonseras och tilldelas, om än med mer flexibla regler för upphandlingsförfarandet. Än viktigare medför lagen att samma rättsmedel som finns för övriga lagar nu även gäller för koncessioner.

Tröskelvärdena för de direktivstyrda reglerna är emellertid högt, 5 225 000 euro. För upphandling under detta belopp finns dock nationella regler motsvarande 19 kap. LOU och LUF.

En problematik i sammanhanget är möjligen att tidsbegränsningen för en koncessions varaktighet är ovanligt kort med tanke på de investeringar och den risk som leverantören tar, fem år. Det är dock möjligt att bestämma en längre tid om investeringar och möjligheten till en rimlig avkastning för leverantören kräver det.

12. Avslutande kommentarer

Vi har ovan redogjort för ett axplock av de många nyheter som de nya upphandlingslagarna innebär. Som vi har kunnat se lämnar lagen och förarbetena dessvärre en hel del frågor obesvarade och det kommer att ta lång tid innan rättsläget sätter sig.

Det kan konstateras att de nya reglerna blir mer administrativt betungande och i ett par avgörande avseenden svårare att uppfylla än tidigare bestämmelser. Det är enligt vår mening olyckligt att lagstiftaren inte gjort mer för att förtydliga rättsläget redan med lagens ikraftträdande utan istället lämnat åt myndigheter att laga efter läge.

Samtidigt kan konstateras att lagarna innehåller en hel del efterlängtrade förtydliganden och regleringar som vi är övertygade på sikt kommer att leda till en bättre marknad för offentliga inköp. Vi hoppas därför att upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer inte blir alltför modfällda av lagarnas omfattning, utan istället sätter igång att analysera vilka affärsmöjligheter lagarna kan innebära för dem.

