
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Redan vid en första anblick framgår tydligt att EG-direktiven om offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, och därför även de svenska upphandlingslagarna, reglerar det förfarande som upphandlande myndigheter och enheter skall tillämpa då de väljer ut vilka leverantörer som de skall ingå avtal med vid köp av varor, tjänster och byggtreprenader. Upphandlingsreglerna¹ är därmed, möjligen med undantag för bestämmelserna om rättsmedlen överprövning och skadestånd, en utpräglad procedurlagstiftning som reglerar upphandlingsprocessen från den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut att genomföra upphandling² till dess att tiodagarsfristen för överprövning löpt ut och det föreligger ett undertecknat upphandlingskontrakt.

Mot denna bakgrund kan det möjligen för somliga komma som en överraskning att upphandlingsreglerna, trots karaktären av procedurregler för tilldelning av kontrakt, också kan vara av avgörande betydelse för hur kontraktet kan hanteras långt efter det att upphandlingen avslutats och att upphandlingsreglerna kan komma till användning även i andra rättsliga sammanhang, t.ex. vid due diligence i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner.

Jag kommer i denna upphandlingskrönika att, mot bakgrund av en dom från EG-domstolen tidigare i år, belysa frågan om upphandlingsreglernas betydelse vid överlåtelse av kontrakt och företagsöverlåtelser.³ Som en inledning till detta ämne kan det dock finnas anledning att redogöra för begreppet ”väsentliga förändringar” och dess betydelse i upphandlingssammanhang.

* Jur. kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

¹ Med ”upphandlingsreglerna” avses i denna krönika såväl EG-direktiven som de svenska upphandlingslagarna, såvitt annat inte anges.

² Av EG-domstolens dom i mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Lochau m.fl., REG 2005 s. I-0001, framgår att det första beslut som kan bli föremål för överprövning är den upphandlande myndighetens eller enhetens beslut om huruvida upphandling skall genomgöras eller ej. Av detta kan utläsas att en upphandling skall anses påbörjad i och med beslutet att påbörja en upphandling.

³ Mål C-454/06, Pressetext Nachrichtenagentur, äep.

2. VÄSENTLIGA FÖRÄNDRINGAR I UPPHANDLADE KONTRAKT

Det har sedan länge stått klart att väsentliga förändringar i ett upphandlat kontrakt medför att upphandlingsreglerna blir tillämpliga. EG-domstolen uttalade t.ex. redan år 2000 att betydande skillnader som "[...] visar på en önskan från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i avtalet [...]" kan medföra att upphandlingsreglerna blir tillämpliga.⁴

Det bakomliggande resonemanget till detta synsätt är att om ett upphandlingskontrakt ändras alltför mycket i förhållande till de ursprungliga villkoren så har den upphandlande myndigheten eller enheten i praktiken tilldelat ett nytt kontrakt med nya villkor. Det förtjänar således att påpekas att det i formell mening inte är det ursprungliga kontraktet som träffas av upphandlingsreglerna. Att så inte kan ske framgår av det som nämnts ovan, dvs. att upphandlingsreglerna upphör att vara tillämpliga på en kontraktstilldelning efter det att tiodagarsfristen för överprövning löpt ut och det föreligger ett undertecknat upphandlingskontrakt. Efter denna tidpunkt kan upphandlingsreglerna, med undantag för bestämmelserna om skadestånd, inte åter bli tillämpliga på kontraktet eller det förfarande genom vilket det upphandlades. Vad som istället aktualiserar en tillämpning av upphandlingsreglerna är den tilldelning av ett nytt kontrakt som anses bli följd av väsentliga förändringar i det ursprungliga kontraktet och det faktum att denna kontraktstilldelning, liksom andra kontraktstilldelningar, skall ske i enlighet med upphandlingsreglerna. Det förtjänar således att påpekas att väsentliga förändringar i sig inte är otillåtna men att de, eftersom upphandlingsreglerna blir tillämpliga, kan medföra att en ny upphandling måste genomföras, om inte någon undantagsbestämmelse är tillämplig.

Vad som utgör en väsentlig förändring kan dock i praktiken vara svårt att bedöma. Den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU) gav i ett yttrande från 2006, som ett slags "tumregel", uttryck för att "[...] det sannolikt är en väsentlig förändring av ett avtal om ändringen i en upphandlingssituation skulle ha påverkat en leverantörs möjlighet eller intresse av att delta i upphandlingen."⁵ I sammanhanget kan konstateras att denna tumregel i sak överensstämmer väl med vad EG-domstolen uttalat tidigare i år i det mål som är det huvudsakliga ämnet för denna krönika. I domen uttalade EG-domstolen att "[e]n ändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det

⁴ Mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike, REG 2000 s. I-08377.

⁵ NOU:s ärende dnr 2005/0197-26.

möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.”⁶

3. MÅL C-454/06, PRESSETEXT NACHRICHTENAGENTUR

3.1 Bakgrund

Den 19 juni i år meddelade EG-domstolen, med anledning av en begäran om förhandsavgörande från den österrikiska Bundesvergabeamt⁷ (BVA), dom i mål C-454/06.⁸ Domen innehåller flera frågor men är bl.a. intressant för bedömningen av upphandlingsreglernas betydelse vid överlåtelse av kontrakt och företagsöverlåtelser. I det följande refereras domen endast i de delar som är av relevans för denna fråga.

Omständigheterna i målet var i korthet följande. APA Austria Presse Agentur var en kooperativ förening som bildades efter andra världskriget. Nästan alla österrikiska dagstidningar samt det österrikiska radio- och TV-bolaget ORF var medlemmar i föreningen. År 1994 ingick den österrikiska regeringen ett kontrakt med APA (det s.k. baskontraktet). Kontraktet innebar att APA skulle tillhandahålla vissa informationstjänster till de österrikiska federala myndigheterna, att myndigheterna skulle få tillgång till historisk information i APA:s databas och att myndigheterna skulle kunna använda APA:s s.k. originaltexttjänst OTS för olika ändamål.

Under år 2000 bildade APA det helägda dotterbolaget APA-OTS. Mellan de båda bolagen fanns ett avtal om överföring av förluster och vinster, vilket enligt bolagen innebar att APA-OTS finansiellt, administrativt och ekonomiskt var integrerat i APA och att APA-OTS skulle leda och driva sin verksamhet i enlighet med APA:s instruktioner. APA-OTS var dessutom skyldigt att överföra sin årsvinst till APA, medan APA skulle svara för APA-OTS eventuella årsförlust. Verksamheten avseende OTS-tjänsten överfördes därefter från APA till APA-OTS och de österrikiska myndigheterna lämnade sitt godkännande till att

⁶ Mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, äep, p. 35. Därutöver kan också nämnas att EG-domstolen även uttalade att det kan utgöra en väsentlig förändring att i väsentlig utsträckning utsträcka ett kontrakt så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs eller så att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet.

⁷ Bundesvergabeamt (eng: The Federal Public Procurement Office) är en domstolsliknande myndighet vars syfte är att, till uppfyllande av Österrikes skyldigheter enligt rättsmedelsdirektiven, tillhandahålla rättslig prövning av österrikiska upphandlingar. Myndighetens avgöranden kan överklagas till förvaltningsdomstol och/eller författningsdomstol. Se vidare <http://www.bva.gv.at>.

⁸ Mål C-454/06, Presstext Nachrichtenagentur, äep.

tjänsten framöver skulle tillhandahållas av APA-OTS samt att betalning för tjänsten framgent skulle erläggas direkt till APA-OTS. Med anledning av det inträffade väckte Presstext Nachrichtenagentur, som var en mindre konkurrent till APA, talan vid BVA och yrkade bl.a. att BVA skulle fastställa att omstruktureringarna av APA var rättsstridiga.

BVA beslutade att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen och ställde ett antal frågor, av vilka den första är av intresse för det ämne som behandlas i denna krönika. Denna fråga bestod i sin tur av tre delfrågor. Den första av dessa innebar, något förenklat, att BVA bad EG-domstolen svara på om överföringen av baskontraktet såvitt avsåg OTS-tjänsten från APA till APA-OTS, och myndigheternas avsikt att i framtiden köpa tjänsten från APA-OTS, skulle anses utgöra en ny kontraktstilldelning, dvs. en ny upphandling (som i så fall underförstått skulle följa upphandlingsreglerna). Den andra delfrågan innebar att BVA önskade svar på om det i sammanhanget hade någon rättslig relevans att myndigheterna inte hade fått någon garanti för att ägandet i APA-OTS inte, helt eller delvis, skulle överlåtas till tredje man under hela det ursprungliga kontraktets löptid. Den tredje delfrågan innebar att BVA bad om svar på om det i sammanhanget hade någon rättslig relevans att myndigheterna inte hade fått någon garanti för att medlemssammansättningen för den ursprungligen, som kooperativ förening organiserade tjänsteleverantören (dvs. APA), inte skulle ändras under hela det ursprungliga kontraktets löptid.

3.2 EG-domstolens svar på den första delfrågan

EG-domstolen inledde sitt svar på BVA:s första delfråga med att slå fast att "[d]en åtgärd genom vilken den medkontrahent som den upphandlande myndigheten först hade tilldelat kontraktet ersätts med en ny ska i regel anses utgöra en ändring av ett av de väsentliga villkoren i det offentliga kontraktet i fråga, såvida inte detta byte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, exempelvis genom anlitan av underleverantörer."

Huvudregeln är således, enligt EG-domstolen, att ett upphandlat kontrakt inte kan överlåtas till en ny leverantör och, som det får förstås, att leverantören inte heller på annat vis kan sätta en annan i sitt ställe, utan att detta betraktas som en ny upphandling som skall genomföras i enlighet med upphandlingsreglerna. Även om detta ställningstagande i och för sig inte kan anses särskilt oväntat kan noteras att det innebär en strängare tolkning av upphandlingsreglerna än den som tidigare ansetts gälla i Sverige. Som exempel kan nämnas att NOU tidigare gett uttryck för att ett leverantörsbyte kunde ske under förutsättning att en ny kvalificering gjordes av den nya leverantören i enlighet med de krav som ställdes i upphandlingen och inga väsentliga förändringar gjordes i avtalsvillko-

ren.⁹ Genom EG-domstolens dom får dock anses klarlagt att denna tolkning varit alltför tillåtande.

Från den ovan nämnda huvudregeln finns dock, enligt EG-domstolen, ett undantag såtillvida att ett kontrakt kan överlåtas utan ny upphandling om det föreskrivs i det ursprungliga kontraktet. Frågan är dock vilket handlingsutrymme detta undantag egentligen innebär. Å ena sidan kan EG-domstolens uttalande i denna del uppfattas som att en överlåtelse alltid kan ske så länge den ryms inom en överlåtelseklausul i det ursprungliga kontraktet. Å andra sidan skulle en sådan tolkning riskera att leda till en ökad användning av mycket generösa och vagt formulerade klausuler som i princip skulle kunna medföra att kontrakt alltid skulle kunna överlåtas. En sådan utveckling skulle också kunna leda till en önskad handel med offentliga kontrakt, genom att leverantörer med goda finanser och god teknisk förmåga och kapacitet skulle kunna tjäna pengar på att lämna anbud i upphandlingar och därefter överlåta kontrakten till mindre seriösa leverantörer. En sådan utveckling skulle också sannolikt strida mot de mer generella uttalanden som EG-domstolen också gjorde i domen, rörande att syftet med upphandlingsreglerna är att säkerställa fri rörlighet och öppna upp marknaden för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater. För egen del menar jag därför att det undantag från huvudregeln som EG-domstolen formulerat knappast skall tolkas som en fullständig frihet att överlåta upphandlade kontrakt så länge det finns en överlåtelseklausul i det ursprungliga kontraktet.¹⁰

Det är också intressant att notera att EG-domstolen själv exemplifierar undantagets tillämpningsområde med det fallet att kontraktet förutsätter anlåtande av underleverantörer vilket, eftersom anlåtande av underleverantörer normalt inte innebär att kontraktet överläts från huvudleverantören till underleverantören, får anses vara en betydligt mindre förändring än att överlåta hela kontraktet till en ny leverantör. Möjligen bör detta exempel därför läsas som att EG-domstolen avsett att undantaget från huvudregeln, om förbud mot överlåtelse av kontrakt utan ny upphandling, skall tolkas och tillämpas restriktivt.

Dessutom har den gängse uppfattningen hittills varit att det inte finns något som hindrar att en leverantör anlitar underleverantörer även om detta inte uttryckligen medges i kontraktet. På detta tema har EG-domstolen tidigare uttalat att en leverantörs möjligheter att anlita underleverantörer endast får begränsas då det rör utförandet av grundläggande delar av ett kontrakt och den upphandlande myndigheten eller enheten inte har haft möjlighet att kontrol-

⁹ NOU:s ärende dnr 2005/0197-26. Två av nämndens ledamöter var dock skiljaktiga och förespråkade en tolkning av upphandlingsreglerna som ligger närmare den som EG-domstolen nu fastslagit.

¹⁰ I denna del finner jag också NOU:s synpunkt, att den nya leverantören måste uppfylla de kvalificeringskrav som tillämpades i upphandlingen, tilltalande även om något stöd för denna knappast kan utläsas ur EG-domstolens dom.

lera underleverantörernas tekniska och ekonomiska kapacitet i samband med upphandlingen.¹¹ Att EG-domstolen använder anlitage av underleverantör för att exemplifiera undantag från huvudregeln leder därför, utöver att antyda ett snävt tillämpningsområde för undantaget, även till viss osäkerhet om huruvida anlitage av underleverantörer förutsätter att en uttrycklig bestämmelse om detta tagits in i det ursprungliga kontraktet.

Baserat på de överväganden som redogjorts för ovan hade man möjligen kunnat förvänta sig att EG-domstolen skulle anse att överföringen av baskontraktet från APA till APA-OTS skulle ha utgjort en ny upphandling. Beträffande de omständigheter som förelåg i målet vid BVA uttalade EG-domstolen dock att de hade vissa särdrag som gjorde det möjligt att dra slutsatsen att det inte var fråga om en väsentlig ändring av kontraktet. Detta eftersom APA-OTS var ett dotterbolag som APA ägde till 100 procent, APA hade rätt att ge instruktioner till APA-OTS, det mellan de två enheterna fanns ett kontrakt om överföring av vinster och förluster som APA svarade för, APA efter övergången av OTS-verksamheten svarade solidariskt med APA-OTS och det inte skulle ske någon ändring vad gäller tjänsten i dess helhet. Åtgärden fick därför endast anses utgöra en intern omorganisation av medkontrahenten, vilken inte medförde någon väsentlig förändring av villkoren i det ursprungliga kontraktet.

3.3 EG-domstolens svar på den andra delfrågan

Som svar på den andra delfrågan uttalade EG-domstolen att ”[o]m andelarna i APA-OTS hade överlåtits till en tredje man under löptiden för kontraktet, skulle det inte röra sig om en intern omorganisation av den ursprungliga medkontrahenten, utan om ett faktiskt byte av medkontrahent” samt att detta i princip skulle utgöra en ändring av ett väsentligt villkor i kontraktet och därför en ny upphandling i upphandlingsreglernas mening. Detsamma skulle, enligt EG-domstolen, gälla om det förutsågs redan när verksamheten överfördes till dotterbolaget att andelarna i dotterbolaget skulle överlåtas till tredje man. Så länge en sådan överlåtelse inte ägt rum skulle dock överföringen betraktas som en intern omorganisation, och detta oavsett att det inte fanns någon garanti för att andelarna i dotterbolaget inte skulle överlåtas till tredje man under kontraktets löptid.

3.4 EG-domstolens svar på den tredje delfrågan

I sitt svar på den tredje delfrågan konstaterade EG-domstolen inledningsvis att det normalt är juridiska personer som tilldelas offentliga kontrakt och att det, i

¹¹ Mål C-314/01 Siemens och ARGE Telekom & Partner, REG 2004 s. I-02549.

de fall då det rör sig om ett aktiebolag noterat på en fondbörs, är naturligt att kretsen av aktieägare kontinuerligt kan ändras. Detta innebär dock, enligt EG-domstolen, inte att giltigheten av tilldelade kontrakt påverkas (dvs. att det skulle vara fråga om en väsentlig förändring) annat än i undantagsfall, då det t.ex. är fråga om manövrar som syftar till att kringgå upphandlingsreglerna. Detsamma ansågs också gälla eventuella ändringar i sammansättningen av en kooperativ förenings medlemskrets.

4. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

För att sammanfatta innebörden av EG-domstolens uttalanden i målet förefaller det således i regel utgöra en väsentlig förändring att överlåta ett upphandlingskontrakt till en ny leverantör (tredje man). En sådan överlåtelse anses därför normalt utgöra en ny kontraktstilldelning, dvs. ny upphandling, utom i vissa undantagsfall då kontraktsvillkoren medger överlåtelse. Som nämnts ovan skall denna möjlighet till undantag sannolikt tolkas och tillämpas restriktivt.

Däremot får det anses acceptabelt att överlåta ett upphandlat kontrakt till ett helägt dotterbolag så länge inga väsentliga förändringar görs i de ursprungliga kontraktsvillkoren, i vart fall om moderbolaget gentemot den upphandlande myndigheten eller enheten åtar sig dels att täcka eventuella förluster i dotterbolaget, dels att ansvara solidariskt med dotterbolaget för de kontraktuella åtagandena.¹² En sådan överlåtelse anses med andra ord inte innebära en väsentlig förändring och därför inte heller att någon ny kontraktstilldelning, dvs. ny upphandling.

Dock anses en överlåtelse av ett bolag, som tilldelats ett offentligt kontrakt, till tredje man utgöra en väsentlig förändring och detsamma gäller en överlåtelse av ett upphandlat kontrakt till ett dotterbolag vilket kan förutses bli förvärvat av tredje man under kontraktets löptid.

Emellertid förefaller EG-domstolen anse att man, i de två sistnämnda fallen, måste göra undantag för börsnoterade bolag och kooperativa föreningar, där omsättning av aktier respektive ändringar i medlemskretsen inte anses leda till ny upphandling annat än i undantagsfall då det är fråga om åtgärder som syftar till att kringgå upphandlingsreglerna. För dessa fall förefaller det, enligt min mening, vara en rimlig tolkning att först när det rör sig om ett förvärv av samtliga aktier i bolaget respektive samtliga andelar i föreningen som det skulle anses utgöra en väsentlig förändring.

¹² Det kan sannolikt inte helt uteslutas att EG-domstolen skulle ha accepterat överlåtelsen till dotterbolaget APA-OTS utan den långtgående integrationen med moderbolaget APA, men möjligen anar man i denna del en tankegång om snarlik den som NOU lanserat, dvs. att kvalificeringskraven i den ursprungliga upphandlingen måste vara uppfyllda även efter överlåtelsen.

Det bör i och för sig beaktas dels att de ovan refererade uttalandena i vissa delar kan vara alltför in casu-betonade för att kunna läggas till grund för mer långtgående slutsatser beträffande upphandlingsreglernas tillämplighet vid överlåtelse av kontrakt och företagsöverlåtelser, dels att domen är den första i sitt slag och sannolikt kommer att följas av fler på samma tema, vilka närmare klargör rättsläget.

Redan nu står det emellertid, enligt min mening, klart att den eventuella förekomsten av offentliga kontrakt framöver kommer att behöva beaktas vid due diligence i samband med företagsförvärv och liknande transaktioner.¹³

¹³ Behovet av att i samband med transaktioner göra en s.k. "PP-DD" (public procurement due diligence) kommer således att öka.