

Front Advokater

Väsentliga ändringar av kontrakt

Advokat Kaisa Adlercreutz, Advokat Johan Lidén,
jur. kand. Amir Daneshpip

28 september 2016

Nuvarande ordning

- Inga regler som explicit tar sikte på ändringar av kontrakt
- Ledning får sökas i rättspraxis
- I de nya upphandlingsdirektiven finns regler om ändringar av kontrakt
 - Artikel 72 i direktiv 2014/24/EU (LOU-direktivet)
 - Artikel 89 i direktiv 2014/25/EU (LUF-direktivet)
 - 17 kap. 8-16 §§ i det nya förslaget till LOU (*se prop. 2015/16:195*)
 - 16 kap. 8-16 §§ i det nya förslaget till LUF (*se prop. 2015/16:195*)

LOU-direktivet

- Beaktandesats 107 (se även beaktandesats 108-111)

”Det är nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver ett nytt upphandlingsförfarande, med hänsyn till relevant rättspraxis från EU-domstolen. Ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter..(…).”

- Tydligt att EU-lagstiftaren genom bestämmelserna i direktiven har önskat att få till stånd en kodifiering av rättspraxis.

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

- Huvudregeln enligt artikel 72 innebär att bestämmelserna i ett kontrakt eller ett ramavtal inte får ändras utan att det genomförs en ny upphandling (se artikel 72.5 i LOU-direktivet och artikel 89.5 i LUF-direktivet).
- Huvudregeln är dock försedd med flera undantag. De undantag som anges i direktiven är uttömmande reglerade.

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

- Icke-tillåtna ändringar (huvudregel)

Artikel 72.5 – Alla ändringar än de undantagna kräver ny upphandling.

- Tillåtna ändringar (undantaget)

Artikel 72.1 a-d – Specifika situationer

Artikel 72.2 – Ändringar av mindre värde

Artikel 72.1 e och 72.4 – Icke-väsentliga ändringar och väsentliga ändringar

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Tillåtna ändringar – specifika situationer

■ Art. 72.1 a. – Ändrings- eller optionsklausuler

- *Ändringar ska ha angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten. Det ska röra sig om klara, exakta och entydiga ändringsklausuler. De ska ange omfattningen och arten av eventuella ändringar eller optioner samt villkoren för när de får tillämpas.*
- *Ej förändra ett kontrakts övergripande karaktär.*

■ Art. 72.1. b. – Kompletterande beställningar

- *som har blivit nödvändiga, och som inte ingår i den ursprungliga upphandlingen, i de fall ett byte av entreprenör inte kan ske av ekonomiska eller tekniska skäl, och skulle medföra betydande olägenheter eller betydligt större omkostnader för den upphandlande enheten.*
- *Eventuella prishöjningar får inte vara högre än 50% av värdet på det ursprungliga kontraktet (gäller ej LUF).*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Tillåtna ändringar – specifika situationer

- Art. 72.1 c. – Oförutsebara omständigheter
 - *En omdömesgill upphandlande myndighet ska inte kunnat ha förutsett behovet*
 - *Kontraktets övergripande karaktär förändras ej*
 - *Eventuella prisökningar får ej överstiga 50 procent av kontraktets ursprungliga värde (gäller ej LUF)*
- Art. 72.1 d. – Leverantörsbyten
 - *Byte av leverantör till följd av ändringsklausul i överensstämmelse med art. 72.1 a. (klara, exakta entydiga ändringsklausuler)*
 - *Byte av leverantör till följd av företagsomstruktureringar, uppköp, sammanslagningar, förvärv eller insolvens, under förutsättning att detta inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet*
 - *Myndigheten tar själv på sig leverantörens skyldigheter gentemot underleverantör*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Ändringar av mindre värde

■ Art. 72.2

- *Ett kontrakt får ändras om värdet av ändringen är lägre än både tröskelvärdena i artikel 4 i LOU-direktivet, och 10 procent av det ursprungliga kontraktets värde för tjänste- och varukontrakt och lägre än 15 procent av det ursprungliga kontraktets värde för byggentreprenadkontrakt*
- *Ändringen får inte medföra att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras*
- *(Av upphandlingspropositionen framgår att såväl ökningar som minskningar omfattas av denna bestämmelse)*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Ändringar som inte är väsentliga (alltid tillåtna)

- Art. 72.1 e. – Icke-väsentliga ändringar
 - *Kontrakt och ramavtal får ändras om ändringarna, oberoende av deras värde, inte är väsentliga i den mån som avses i artikel 72.4*

- Art. 72.4 – Vad utgör väsentliga ändringar?
 - *Kodifiering av EU-domstolens avgörande i mål C-454/06 Presstext*
 - *Ändringar som innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt från det ursprungliga kontraktet*
 - *Ändringar som medför att andra anbudssökande hade kunnat eller velat delta i den ursprungliga upphandlingen*
 - *Den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för leverantören*
 - *Kontraktets omfattning utvidgas betydligt*
 - *Leverantören byts ut på ett otillåtet sätt*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Annonsering om ändringar i kontrakt

▪ Art. 72.1 andra stycket

- *En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt genom kompletterande beställningar eller till följd av oförutsebara omständigheter ska publicera en annons om det i EUT.*
- *Särskilda krav på vad som ska framgå i annonsen och hur annonsen ska publiceras (elektronisk publicering).*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Några exempel

- i. Om en upphandling avser köp av tio bussar, får kontraktet innehålla en option avseende köp av ytterligare 100 bussar?*
- ii. Kan en upphandlande myndighet besluta att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas från leverantören?*

Artikel 72 LOU-direktivet – ändring av kontrakt under löptiden

Några exempel

- i. *Om en upphandling avser köp av tio bussar, får kontraktet innehålla en option avseende köp av ytterligare 100 bussar?*
 - ii. *Kan en upphandlande myndighet besluta att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas från leverantören?*
- Skäl 109 i LOU-direktivet: ”*(...en ändring är inte tillåten om ändringen leder till att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär, exempelvis genom att de byggtreprenader, varor eller tjänster som upphandlas ersätts med något annat eller genom typen av upphandling förändras i grunden, eftersom man i en sådan situationer kan anta att resultatet skulle ha påverkats.*”
 - Alltför dramatiska förändringar av parternas förpliktelser ändrar avtalets övergripande karaktär. Ytterst är det en fråga för rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts (eller ramavtals) övergripande karaktär.

Aktuell praxis

EU-domstolens dom den 7 september 2016 i mål C-549/14 (Finn Frogne)

Bakgrund

- Kommunikationssystem för alarmeringstjänst + underhåll
- Kontraktsvärde ca 70 miljoner euro
- Leveranssvårigheter

➤ **Förlikning**

- Väsentlig inskränkning av kontraktet (endast viss radiokommunikation, värde ca 5 miljoner euro)
- Avveckling och rättighetsavståenden i övriga delar
- UM köpte två serverkluster, värde ca 7 miljoner euro, som leverantören tidigare förvärvat för uthyrning till UM

Aktuell praxis

EU-domstolens avgörande i mål C-549/14 (Finn Frogne)

EU-domstolen:

- **Betonar objektiv bedömning (p. 32)**

”... varken den omständigheten att en väsentlig ändring av villkoren i ett offentligt kontrakt

inte beror på den upphandlande myndighetens och anbudsgivarens *avsiktliga* önskan att omförhandla kontraktsvillkoren *utan*

på deras *önskan att nå en förlikning* som reglerar de *objektiva svårigheter* som uppstått vid fullgörandet av kontraktet, eller

den *objektivt sett osäkra karaktären* hos vissa kontrakt,

kan rättfärdiga att en sådan ändring görs utan iakttagande av principen om likabehandling, vilken ska gälla för alla aktörer som potentiellt är intresserade av ett offentligt kontrakt.”

Aktuell praxis

EU-domstolens avgörande i mål C-549/14 (Finn Frogne)

EU-domstolen:

- **Betonar UM:s ansvar för att förutse tillämpningssvårigheter och reglera frågorna i FFU/avtalet (p. 36)**

”... att vissa offentliga kontrakt på grund av deras kontraktsföremål direkt kan anses vara osäkra, gör det för övrigt möjligt att förutse risken för att svårigheter uppkommer under genomförandet. För ett sådant kontrakt ankommer det därmed på den upphandlande myndigheten att inte enbart använda de upphandlingsförfaranden som är mest lämpliga, utan även att fastställa kontraktsföremålet med försiktighet. Vidare kan den upphandlande myndigheten, vilket framgår av punkt 30 ovan, använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av kontraktet efter tilldelningen av detsamma, under förutsättning att detta anges av myndigheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet.”

Aktuell praxis

EU-domstolens avgörande i mål C-549/14 (Finn Frogne)

EU-domstolen:

- **Betonar UM:s ansvar för att förutse tillämpningssvårigheter och reglera frågorna i FFU/avtalet (p. 37)**

”Balansen mellan [de grundläggande upphandlingsprinciperna] och [olika kontrakts särdrag] säkerställs genom att de kontraktsvillkor som fastställts i upphandlingsdokumenten noggrant iakttas ända fram till dess att genomförandet av detta kontrakt avslutats, men även genom möjligheten att i dessa dokument *uttryckligen ange att den upphandlande myndigheten kan komma att justera vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, efter kontraktstilldelningen*. Genom att i nämnda dokument *uttryckligen ange att villkoren kan komma att justeras*, och genom att ange *på vilka villkor detta kan ske*, säkerställer den upphandlande myndigheten att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud.”

Aktuell praxis

EU-domstolens avgörande i mål C-549/14 (Finn Frogne)

Slutsats

En väsentlig ändring är otillåten även om ändringen objektivt sett utgör ett förlikningsavtal som innebär att båda parter ömsesidigt ger avkall på sina krav i syfte att lösa en tvist vars utgång är oviss och som uppstått på grund av svårigheter att fullgöra kontraktet.

Aktuell praxis

EU-domstolens avgörande i mål C-549/14 (Finn Frogne)

Reflektioner

- Är det möjligt att utforma en tillräckligt entydig och exakt ändringsklausul som tar sikte på ett framtida behov av att förlikas?
- Idealiserad bild av ”perfekta” kontrakt?
- Hur förhåller sig en UM:s plikt att utforma optimala kontrakt till rekvisitet ”varken förutsåg eller borde ha förutsett” i förslaget till ny 6 kap. 12 § LOU (art. 72.1 c) om oförutsebara omständigheter? Är det meningsfullt/tillräckligt att försöka reglera hur specifika kontraktsvillkor kan komma att behöva justeras i framtiden, om oförutsebara omständigheter skulle inträffa? Vilken grad av konkretion krävs?

Avslutande reflektioner

Förhandsinsyn (en annons om avsikten att inte annonsera)

- Ej tillgängligt när det gäller frågor om tillåten/otillåten ändring
- Dock även fortsättningsvis möjligt vid förhandlat förfarande utan föregående annons enligt 6 kap. 17-18 §§ LOU [ungefär nuvarande 4 kap. 7-8 §§ LOU]

Högsta förvaltningsdomstolen mål nr 3874-15 (PT den 15 mars 2016)

- Den fråga i målet som har lett till att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat prövningstillstånd gäller om en ändring av villkor i ett upphandlat kontrakt, i samband med att kontraktet förlängs, innebär att den upphandlande myndigheten och leverantören ingår ett nytt avtal som borde ha föregåtts av en ny upphandling för vilken annonseringsskyldighet föreligger enligt LOU.

Frågor