

JURIDISKA INSTITUTIONEN  
Stockholms universitet

---

**Övergripande karaktär  
- begränsningar vid ändringar av  
offentliga kontrakt**

*Magnus Mårtensson*

---

Examensarbete i *Offentlig rätt*, 30 hp  
Examinator:  
Stockholm, *Höstterminen 2017*



Stockholms  
universitet

## **Abstract**

There is a need for a possibility to change public contracts. The circumstances under which such changes can be made without a new competitive tendering procedure under the EU law has for a long time been associated with legal uncertainty. The possibility for contract changes was first recognized in the EU case law. However, directive 2014/24/EU clarifies the circumstances under which such changes can be made. Article 72 regulates those circumstances. Some of the provisions in article 72 state that a change can be made unless it alters the overall nature of the contract.

When implementing the regulation, the Swedish legislator expressed that a contract change alters the overall nature of the contract if a substantial change is made. This thesis therefore examines whether the concepts overall nature and substantial change are synonymous. The conclusion is that the concepts are not synonymous but there are significant similarities. Both concepts has their origins in the principles of equal treatment and transparency, and to some extent aims to establish the same parameters for lawful contract changes.

The overall nature of the contract can be altered not only when the procurement subject is replaced or when the type of procurement is fundamentally changed, but also when the procurement subject is extended or limited to such an extent that the post-change contract is aimed at another market. Furthermore, the overall nature can be altered through other changes than such changes which affect the procurement subject. The key reason is that a hypothetical influence on the outcome may also be assumed regarding other contract changes.

<b>Förkortningar</b> .....	<b>1</b>
<b>1. Inledning</b> .....	<b>2</b>
1.1 Ämnet .....	2
1.2 Syfte .....	3
1.3 Avgränsningar .....	4
1.4 Metod och material.....	4
1.5 Disposition .....	6
<b>2. Rättslig bakgrund</b> .....	<b>7</b>
2.1 Kort om unionsrätten.....	7
2.1.1 <i>De allmänna rättsprinciperna</i> .....	7
2.1.2 <i>Sekundärrätten</i> .....	8
2.2 Kontraksändringar.....	8
2.3 Kontraktets övergripande karaktär .....	9
2.3.1 <i>Allmänt</i> .....	9
2.3.2 <i>Begreppets enhetlighet</i> .....	10
<b>3. Väsentlig ändring och övergripande karaktär</b> .....	<b>12</b>
3.1 Inledning.....	12
3.2 Väsentliga ändringar .....	12
3.3 Relationen mellan väsentlig ändring och övergripande karaktär .....	16
3.3.1 <i>Väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna</i> .....	16
3.3.2 <i>Systematiken i art. 72 LOU-direktivet</i> .....	18
3.3.3 <i>Slutsatser</i> .....	20
3.4 Påverkan på resultatet.....	22
<b>4. Kontraktets övergripande karaktär</b> .....	<b>25</b>
4.1 Inledning.....	25
4.2 Uteslutning av begränsningar .....	25
4.2.1 <i>Ändringsgrunderna</i> .....	25
4.2.2 <i>Värdebegränsning</i> .....	27
4.3 Generellt om övergripande karaktär.....	27
4.4 Upphandlingsföremålet ersätts .....	28
4.4.1 <i>Ändrings- och optionsklausuler</i> .....	28
4.4.2 <i>Ändringar av mindre värde</i> .....	31

4.4.3 Oförutsebara omständigheter.....	32
4.5 Typen av upphandling förändras i grunden.....	34
<b>5. Övergripande karaktärs begränsningar.....</b>	<b>36</b>
5.1 Inledning.....	36
5.2 Upphandlingsföremålet .....	36
5.2.1 Inledning.....	36
5.2.2 Riktat sig till en annan marknad.....	37
5.2.3 Särskilt om ändrings- och optionsklausuler.....	41
5.3 Andra begränsningar .....	43
5.3.1 Inledning.....	43
5.3.2 Begränsningar .....	45
5.3.3 Slutsatser .....	51
5.4 Varför bara i de tre ändringsgrunderna? .....	52
<b>6. Sammanfattande slutsatser .....</b>	<b>54</b>
<b>Källförteckning .....</b>	<b>58</b>

## Förkortningar

E.P.P.P.L.	European Procurement & Public Private Partnership Law Review
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget)
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget)
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JT	Juridisk Tidskrift
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUF-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
LUK-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
Prop.	Regeringens proposition
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
TfR	Tidskrift for Rettsvitenskap
UHM	Upphandlingsmyndigheten
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

# 1. Inledning

## 1.1 Ämnet

Det kan många gånger föreligga ett behov att göra ändringar i ett redan upphandlat kontrakt, särskilt när fullgörandet av kontraktet sker under en längre tidsperiod. Det kan vara fråga om interna behov som har förändrats över tid, komplicerade upphandlingsföremål, oförutsedd teknikutveckling, leverantörer som ändrar sitt sortiment eller andra yttre faktorer som påverkar marknaden för det aktuella upphandlingsföremålet. Vissa av problemen kan lösas genom att den upphandlande myndigheten gör ett gediget arbete med behovs- och marknadsanalyser som resulterat i ett väl anpassat förfrågningsunderlag tillsammans med ett välformulerat kontrakt. Det är emellertid oundvikligt att det uppkommer situationer, som inte har funnits med i beräkningarna, vartill den enda lösningen är en ändring av det upphandlade kontraktet.<sup>1</sup>

Under vilka förutsättningar får en upphandlande myndighet ändra ett upphandlat kontrakt under tiden för dess fullgörande? Svaret på frågan har under en lång tid varit förenat med osäkerhet eftersom reglering av kontraktsändringar varken funnits i direktiven eller i den nationella lagstiftningen.<sup>2</sup> Samtidigt är otillåtna ändringar av upphandlade kontrakt sanktionerade med ogiltighet, skadestånd och upphandlingsskadeavgift.<sup>3</sup> Kombinationen av ett osäkert rättsläge och kännbara sanktioner innebär en betydande risk.

Även om möjligheten att ändra ett upphandlat kontrakt inte har varit reglerat i lagstiftning har en rättsutveckling skett genom praxis från EU-domstolen. I korthet har rättsläget bestått av en huvudregel innebärande att upphandlade kontrakt inte får ändras. Ändringar som inte är väsentliga har emellertid ansetts tillåtna. Frågan som har behandlats i en rad avgöranden från EU-domstolen har således varit vad som utgör en väsentlig ändring av ett kontrakt.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Se Nilsson, s. 259.

<sup>2</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 6.

<sup>3</sup> Se Simovart, 2015, s. 33.

<sup>4</sup> Se bl.a. dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351. Se även Arrowsmith, s. 577 ff.

De upphandlingsrättsliga direktiven som trädde ikraft år 2014 innehåller emellertid bestämmelser som reglerar under vilka förutsättningar upphandlade kontrakt får ändras utan att det anses som ett nytt kontrakt som kräver en ny upphandling. Syftet med bestämmelserna är att klargöra under vilka omständigheter kontrakt får ändras under dess fullgörande.<sup>5</sup>

Regleringen om ändring av kontrakt består av en huvudregel som innebär att ändringar är otillåtna samt ett antal undantag från huvudregeln. I ett antal av undantagen framgår att en ändring, för att vara tillåten, inte får medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras.<sup>6</sup> Det innebär att den som avser ändra ett kontrakt med stöd i någon av de aktuella ändringsgrunderna<sup>7</sup> måste kunna avgöra vilka omständigheter som medför en ändring av kontraktets övergripande karaktär. Vad begreppet innebär och vilka begränsningar i möjligheten att ändra ett kontrakt det är avsett att ha är emellertid oklart. Ämnet för uppsatsen är således den rättsliga innebörden i begreppet övergripande karaktär.

## 1.2 Syfte

Syftet med uppsatsen är att utröna vilken innebörd begreppet *övergripande karaktär* har.

Begreppet förekommer i tre bestämmelser vardera i tre olika direktiv vilket innebär att en första fråga att besvara är huruvida begreppet har en enhetlig innebörd.

På grund av en uppfattning i förarbetena till LOU om att begreppet övergripande karaktär är, åtminstone i viss mån, synonymt med ett sedan tidigare känt begrepp, *väsentlig ändring*, är det vidare nödvändigt att besvara frågan om begreppen har samma, eller liknande, rättsliga innebörd. För att kunna ta ställning i frågan krävs en precisering av det sedan tidigare kända begreppet väsentlig ändring.

Om begreppen inte är synonyma kvarstår frågan vilken rättslig innebörd begreppet övergripande karaktär har. Svaret på frågan är beroende av vilka begränsningar begreppet

---

<sup>5</sup> Se skäl 107 LOU-direktivet.

<sup>6</sup> I både LOU-direktivet och LOU används frekvent ”kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär”. I LUK-direktivet och LUK används vidare ”koncessionens övergripande karaktär”. I uppsatsen kommer för enkelheten enbart användas ”kontraktets övergripande karaktär”.

<sup>7</sup> Ändringsgrunderna är inget begrepp som återfinns i lagtext eller doktrin. Begreppet används i uppsatsen som ett samlingsbegrepp för de bestämmelser som tillåter ändringar under förutsättning att den övergripande karaktären inte ändras, d.v.s. art. 72.1 (a) och (c) samt 72.2 LOU-direktivet.

avser innebära, varför uppsatsen kommer fokusera på att identifiera sådana begränsningar och jämföra de med begränsningarna som begreppet väsentlig ändring innebär.

### **1.3 Avgränsningar**

Uppsatsen tar inte hänsyn till den avtalsrättsliga aspekten av frågan om ändringar av kontrakt. Regleringen i den upphandlingsrättsliga lagstiftningen av ändring av kontrakt är offentligrättslig lagstiftning. Den reglerar enbart under vilka förutsättningar en ändring får göras utan att det är att anse som en ny upphandling respektive ingående av ett nytt kontrakt. Regleringen tar således inte sikte på huruvida ändringen som sådan är tillåten i avtalsrättslig mening. Tillåtligheten av ändringen är, i det avseendet, beroende av avtalet och bedöms enligt avtalsrättsliga regler.<sup>8</sup>

Trots att begreppet övergripande karaktär förekommer i LUF- och LUK-direktivet samt LUF och LUK kommer hänvisningar i uppsatsen i språkligt syfte endast göras till bestämmelser och uttalanden i skälen i LOU-direktivet samt LOU.

### **1.4 Metod och material**

Uppsatsens valda frågeställning utreds och besvaras med användning av den rättsdogmatiska metoden. Den valda metoden kan sägas tillåta vissa argument att ligga till grund för hur en viss rättsregel ska tillämpas i ett specifikt fall.<sup>9</sup> Annorlunda uttryckt innebär metoden primärt att fastställa gällande rätt<sup>10</sup> med hjälp av att ställa de olika rättskällorna mot varandra i enlighet med den så kallade rättskälleläran. Inget hinder föreligger emellertid för en rättsdogmatisk argumentation som vidgar perspektivet och går utanför gällande rätt för att söka efter ideala lösningar.<sup>11</sup> Ett erkänt mål med den rättsdogmatiska metoden är att systematisera rätten genom att framställa rättsordningen som ett sammanhängande nätverk av huvudregler och undantag.<sup>12</sup>

Enligt den snävt definierade rättskälleläran är de rättskällor som kan beaktas vid fastställande av gällande rätt lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Det finns emellertid

---

<sup>8</sup> Se Karnov lagkommentar, 17 kap. 8 § LOU.

<sup>9</sup> Se Kleineman, s. 30 och Sandgren, s. 648.

<sup>10</sup> Gällande rätt är inget som existerar, utan är ett resultat som uppnås efter att ha följt allmänt accepterade regler för juridisk argumentation. Gällande rätt ska inte heller likställas med rätt svar på en viss fråga utan kan sägas vara en motiverad lösning av problemet, se Sandgren, s. 648.

<sup>11</sup> Jareborg, s. 1.

<sup>12</sup> Se Peczenic, s. 249, Sandgren, s. 648 och Warnling-Nerep, s. 25.



olika uppfattningar gällande vilka rättskällor som kan användas för att fastställa gällande rätt. Sundstrand är av uppfattningen att alla i samhället förekommande källor bör kunna användas under förutsättning att den rättsliga grunden anges och att de inordnas i rättskällevärdens hierarki.<sup>13</sup> Med hänsyn till att rättspraxis som grundar sig på den nya regleringen fortfarande saknas kommer ett större utrymme i uppsatsen ges till alternativa rättskällor. Alternativa rättskällor som kommer användas är bl.a. svenska och utländska myndighetspublikationer och artiklar publicerade i rättsvetenskapliga tidskrifter författade av praktiskt verksamma jurister. De alternativa rättskällorna kommer användas med stor försiktighet och endast som tolkningshjälp när inga andra rättskällor ger svar.

Även om rättskällornas inbördes hierarki kan skilja sig mellan olika rättsområden råder det bland svenska jurister bred konsensus angående att lag och andra författningar är överordnad övriga rättskällor.<sup>14</sup> Lag är således den primära rättskällan. Förarbetenas främsta användningsområde är som hjälpmedel för att förstå en lag, i synnerhet när det saknas vägledande rättspraxis. Den juridiska doktrinens främsta funktion kan sägas vara att fylla luckor och förklara sammanhang när andra rättskällor lämnar ofullständiga svar.<sup>15</sup> Rättspraxis från de högsta instanserna är en särskilt central rättskälla. När det finns ingående lagstiftning på ett område är dock den främsta funktionen för rättspraxis att komplettera aktuell lagtext.<sup>16</sup>

Den beskrivning av rättskällevärdens som getts ovan kompliceras emellertid av att rättsområdet som är föremål för uppsatsen i hög utsträckning grundar sig på unionsrätten. Komplikationen består i att unionsrättens källor skiljer sig mot de traditionella svenska rättskällorna.<sup>17</sup> Fördragen, de allmänna rättsprinciperna och bindande sekundärrätt anses utgöra bindande rättskällor, vilket även gäller EU-domstolens rättspraxis. EU-domstolen är, enligt art. 19.1 FEU, den yttersta uttolkaren av unionsrätten och den rättspraxis som domstolen genererar ska följas av medlemsstaternas domstolar.<sup>18</sup> Med hänsyn till att det för uppsatsen relevanta begreppet väsentlig ändring har utvecklats i EU-domstolens

---

<sup>13</sup> Se Sundstrand, 2012, s. 25.

<sup>14</sup> Se Warnling-Nerep, s. 54 f., Bernitz m.fl., s. 31 och Kleineman, s. 32.

<sup>15</sup> Se Bernitz m.fl., s. 185.

<sup>16</sup> Se Warnling-Nerep, s. 67 och Bernitz m.fl., s. 32.

<sup>17</sup> Se Sundstrand, 2012, s. 25.

<sup>18</sup> Se Bernitz & Kjellgren, s. 46.

rättspraxis kommer stor uppmärksamhet riktas mot rättspraxis som behandlar begreppet. Särskilt två av de allmänna rättsprinciperna, likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, ligger till grund för den reglering uppsatsen behandlar vilket med nödvändighet innebär att de återkommande återropas.

Bland de rättskällor som endast anses utgöra vägledande rättskällor finns bl.a. icke-bindande sekundärrätt, generaladvokaternas förslag till avgöranden, förarbeten samt unionsrättslig doktrin.<sup>19</sup> EU-rättsakter inleds med en ingress som innehåller skälen för tillkomsten av rättsakten. I avsaknad av förarbeten med svensk standard bör ingressen noggrant beaktas.<sup>20</sup>

Det finns vid tolkning av rättskällorna fyra särskilt centrala tolkningsprinciper, nämligen språklig, systematisk, syftestolkning och teleologisk tolkning.<sup>21</sup> Den tolkningsprincip som fått störst genomslag är den teleologiska, vars funktion är att främja syftet med en viss bestämmelse, motverka orimliga konsekvenser samt fylla ut luckor.<sup>22</sup> I uppsatsen har den teleologiska tolkningsprincipen valts.

## **1.5 Disposition**

Uppsatsen är indelad i sex kapitel. Det första kapitlet presenterar ämnet för uppsatsen samt syftet. I kapitlet presenteras även vald metod samt det material uppsatsen behandlar. I kapitel två ges en kortfattad rättslig bakgrund bestående av dels relevanta delar av den underliggande unionsrätten, samt de bestämmelser i direktiven och svensk lag som uppsatsen behandlar. Kapitel tre består av en precisering av begreppet väsentlig ändring samt de slutsatser som går att dra i förhållande till begreppet övergripande karaktär. I kapitel fyra analyseras de uttalanden som finns om begreppet övergripande karaktär i rättskällorna. I kapitel fem diskuteras vilka, samt även hur långtgående, begränsningar begreppet övergripande karaktär kan tänkas innebära. Kapitel sex, som avslutar uppsatsen, består av sammanfattande slutsatser.

---

<sup>19</sup> Se Hettne & Otken Eriksson, s. 40.

<sup>20</sup> Se Bernitz m.fl., s. 73.

<sup>21</sup> Se Bernitz m.fl., s. 74 f.

<sup>22</sup> Se Hettne & Otken Eriksson, s. 168 ff.

## 2. Rättslig bakgrund

### 2.1 Kort om unionsrätten

#### 2.1.1 De allmänna rättsprinciperna

Ett av unionsrättens kännetecken är den starka ställning de allmänna rättsprinciperna har.<sup>23</sup> Principerna fyller en viktig funktion genom att ge vägledning för rättstillämpningen när uttrycklig reglering saknas. De allmänna rättsprinciperna styr i stor utsträckning såväl utformningen av reglerna som rättstillämpningen.<sup>24</sup> Innebörden av de allmänna rättsprinciperna kan variera beroende av inom vilket rättsområde de tillämpas.<sup>25</sup> Även om alla rättsprinciper som finns inom unionsrätten gäller för offentlig upphandling så har några lyfts fram som särskilt betydelsefulla. Inom ramen för ändring av kontrakt är det särskilt två av principerna som aktualiseras, likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen.

*Likabehandlingsprincipen* innebär att alla anbudsgivare ska behandlas lika både vid utformningen av anbudet samt när anbudet sedan ska prövas.<sup>26</sup> Så länge det inte finns objektiva godtagbara skäl ska lika fall behandlas lika, vilket även innebär att olika fall inte får behandlas lika.<sup>27</sup> EU-domstolen har uttalat att säkerställande av att principen iakttas utgör själva kärnan för det upphandlingsrättsliga regelverket.<sup>28</sup>

*Öppenhetsprincipen* innebär att en upphandling ska genomföras med öppenhet och transparens. Principen utgör en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn, vilket förutsätter att det inte är omöjligt eller svårt för en normalt informerad och rimligt omsorgsfull anbudsgivare att förstå innebörden av kriterier och hur upphandlingen kommer genomföras.<sup>29</sup>

---

<sup>23</sup> Se Hettne, s. 42.

<sup>24</sup> Se Sundstrand, 2012, s. 43.

<sup>25</sup> Se Sundstrand, 2012, s. 42.

<sup>26</sup> Se dom av den 22 juni 1993, *Stora Bält*, C-243/89, EU:C:1993:257, punkterna 32-33.

<sup>27</sup> Se dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, de förenade målen C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, punkt 27.

<sup>28</sup> Se dom av den 16 december 2008, *Michaniki*, C-213/07, EU:C:2008:731, punkt 45.

<sup>29</sup> Se dom av den 10 maj 2012, *kommissionen/Nederländerna*, C-368/10, EU:C:2012:284, punkt 109.

### 2.1.2 Sekundärrätten

De upphandlingsrättsliga direktiven anses ha sin grund i likabehandlingsprincipen i art. 18 FEUF.<sup>30</sup> Syftet med direktiven är att undanröja hinder för den fria rörligheten av varor och tjänster och att skydda de ekonomiska aktörer som är etablerade i en medlemsstat och önskar erbjuda varor eller tjänster till en upphandlande myndighet eller enhet i en annan medlemsstat samt att skapa en öppen icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.<sup>31</sup> I samband med att de nya direktiven antogs angavs två kompletterande mål, varav det första är att öka effektiviteten i offentliga utgifter. Det fanns även ett behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet samt inbegripa vissa aspekter i väletablerad rättspraxis från EU-domstolen.<sup>32</sup>

## 2.2 Kontraktändringar

Utgångspunkten i den upphandlingsrättsliga lagstiftningen är att den reglerar förfarandet fram till dess att upphandlingen är avslutad, det är en så kallad förfarandelagstiftning.<sup>33</sup> I de gamla direktiven<sup>34</sup> saknades i stor utsträckning bestämmelser som reglerade det som inträffar efter en upphandling är avslutad. LOU-direktivet innehåller emellertid vissa bestämmelser som avser ändringar av kontrakt under tiden för dess fullgörande. Art. 72 i LOU-direktivet reglerar när ändring av kontrakt under löptiden får göras utan att det krävs en ny upphandling. Bestämmelserna har genomförts i 17 kap. 8-16 §§ LOU.

Huvudregeln i art. 72 i LOU-direktivet är att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om ändringar i ett upphandlat kontrakt görs under dess fullgörande. Av samma bestämmelse följer ett antal undantag som anger under vilka förutsättningar ett upphandlat kontrakt får ändras utan att det krävs ett nytt upphandlingsförfarande. Om en ändring görs

---

<sup>30</sup> Se t.ex. dom av den 4 december 2003, EVN och Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, punkt 47.

<sup>31</sup> Se dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkt 16, se även dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5, punkt 44. Även fast det var det gamla direktivet som låg till grund för avgörandena så är syftet med regleringen fortfarande detsamma.

<sup>32</sup> Se skäl 2 i LOU-direktivet.

<sup>33</sup> Se Pedersen, s. 180. Se dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 36 och 37 där EU-domstolen fastställer att en upphandling är påbörjad när den upphandlande myndigheten har valt upphandlingsförfarande. En upphandling är avslutad när ett giltigt kontrakt har tecknats med en leverantör.

<sup>34</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

utan stöd i någon av undantagsbestämmelserna anses den, med hänsyn till likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, kunna utgöra ett nytt kontrakt som har ingåtts genom en otillåten direktupphandling.<sup>35</sup>

Målsättningen med regleringen om ändring av kontrakt återfinns i skäl 107 i LOU-direktivet, där det anges att det är nödvändigt att klargöra under vilka omständigheter ändringar av ett kontrakt under dess fullgörande kräver ett nytt upphandlingsförfarande. När regeringen genomförde direktivbestämmelserna uttalades att regleringen är avsedd att klargöra i vilka fall ett upphandlat kontrakt får ändras utan att den upphandlande myndigheten eller enheten behöver genomföra en ny upphandling.<sup>36</sup> I både propositionen och i LOU-direktivet framgår att regleringen är avsedd att få till stånd en kodifiering av befintlig rättspraxis på området. Under genomförandeprocessen uttalades att innebörden av de nya bestämmelserna är något oklar men att det med hänsyn till vad EU-lagstiftaren anfört i de nya direktiven kan antas att bestämmelserna avser att kodifiera rättspraxis.<sup>37</sup>

## **2.3 Kontraktets övergripande karaktär**

### *2.3.1 Allmänt*

Begreppet kontraktets *övergripande karaktär* är sedan tidigare främmande i lagstiftning om offentlig upphandling. Begreppet förekom varken i de gamla direktiven eller i EU-domstolens rättspraxis. I LOU-direktivet finns begreppet i tre av de bestämmelser som stadgar när en ändring i ett upphandlat kontrakt får göras utan att det krävs en ny upphandling. Att kontraktets övergripande karaktär inte ändras är en förutsättning för att ändringen ska vara tillåten. Om kontraktets övergripande karaktär ändras krävs således ett nytt upphandlingsförfarande även om alla andra förutsättningar i någon av ändringsgrunderna är uppfyllda.

Trots att ett till synes nytt begrepp har förts in i LOU-direktivet och således även i LOU saknas en rättslig definition av begreppet övergripande karaktär. Det finns vissa uttalanden i skälen till LOU-direktivet angående begreppet, men uttalandena ger ingen tydlig vägledning. Begreppet diskuterades kortfattat i förarbetena till LOU, men den

---

<sup>35</sup> Se dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34. Se även Asplund m.fl., s. 255 ff.

<sup>36</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 843 f.

<sup>37</sup> Se SOU 2014:51, s. 315.

svenska lagstiftaren överlät åt rättstillämpningen att avgöra vad som avses med ett kontrakts övergripande karaktär.<sup>38</sup> Begreppet förekommer i följande bestämmelser.

I art. 72.1 (a) i LOU-direktivet stadgas att ändringar i kontrakt under vissa förutsättningar får göras genom *ändrings- och optionsklausuler*. Ändringar som skulle medföra en ändring av kontraktets övergripande karaktär är inte tillåtna. Bestämmelsen har genomförts i 17 kap. 10 § LOU.

I art. 72.1 (c) samma direktiv, genomförd i 17 kap. 12 § LOU, framgår att ändringar får göras i kontrakt om behovet av ändringen beror på *oförutsebara omständigheter*. En sådan ändring får dock inte medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras.

Slutligen återfinns begreppet i art. 72.2 samma direktiv som stadgar att ändringar av *mindre värde* får göras i kontrakt. Ingen kontroll behöver göras huruvida ändringen är väsentlig, men ändringen får inte medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras. Bestämmelsen har genomförts i 17 kap. 9 § LOU.

### 2.3.2 Begreppets enhetlighet

I skäl 109 i LOU-direktivet anges att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär<sup>39</sup> 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 det i en sådan situation kan antas att resultatet skulle ha påverkats. Uttalandet, som är det enda i direktivet angående begreppet övergripande karaktär, återfinns i anslutning till en förklaring av ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. Begreppet övergripande karaktär återfinns emellertid även i bestämmelserna om ändrings- och optionsklausuler samt ändringar av mindre värde.

I avsaknad av ytterligare uttalanden i direktivet finns det inget som talar för att begreppet övergripande karaktär är avsett att ha en annan innebörd i övriga bestämmelser. Det vore vidare språkligt olyckligt att införa ett sedan tidigare okänt begrepp med olika innebörd beroende av i vilken bestämmelse det förekommer. Att begreppet övergripande karaktär har en enhetlig innebörd synes även ha varit utgångspunkten i förarbetena vid

---

<sup>38</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 849 f.

<sup>39</sup> Att den övergripande upphandlingen får en annan karaktär är detsamma som att den övergripande karaktären ändras, vilket framgår av prop. 2015/16:195, s. 849 f. Se även bl.a. Treumer, 2014.2, s. 148.

genomförandet.<sup>40</sup> Vidare har begreppet samma språkliga utformning i samtliga av de nu gällande direktiven.<sup>41</sup> Mot den bakgrunden finns det inte heller något som talar för att begreppet övergripande karaktär skulle ha en annan innebörd i LUK- eller LUF-direktivet. Begreppet övergripande karaktär får således anses ha en enhetlig innebörd.

---

<sup>40</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 849 f. Se även UHM rapport 2017:4 som i rapporten utgår från att begreppet ska tolkas enhetligt, s. 14.

<sup>41</sup> LOU-, LUF-, och LUK-direktivet.

### 3. Väsentlig ändring och övergripande karaktär

#### 3.1 Inledning

Förevarande kapitel avser beskriva hur begreppet kontraktets övergripande karaktär förhåller sig till det, från EU-domstolens avgöranden, kända begreppet väsentlig ändring. I LOU-direktivets skäl 107 anges att 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, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Det är särskilt fallet om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga kontraktet.

När frågan vad som avses med kontraktets övergripande karaktär behandlades i förarbetena vid genomförandet hänvisades bl.a. till uttalandet i skäl 107 LOU-direktivet, som uttryckligen behandlar begreppet väsentlig ändring.<sup>42</sup> Regeringen synes genom hänvisningen vara av uppfattningen att en väsentlig ändring medför att den övergripande karaktären ändras och därmed att begreppen, åtminstone i viss mån, är synonyma. Det är mot bakgrund av uppfattningen som framkommit i förarbetena nödvändigt att inledningsvis utreda innebörden av begreppet väsentlig ändring, för att sedermera ta ställning till om regeringens uppfattning kan anses vara rimlig.

#### 3.2 Väsentliga ändringar

Begreppet väsentlig ändring återfinns inte i de gamla direktiven varför vägledande för definitionen är LOU-direktivet samt EU-domstolens rättspraxis som, enligt skäl 107 samma direktiv, har legat till grund för bestämmelserna i direktivet om ändringar av kontrakt.<sup>43</sup>

Som framgår av skäl 107 i LOU-direktivet krävs ett nytt upphandlingsförfarande om väsentliga ändringar görs i det ursprungliga kontraktet.<sup>44</sup> Syftet med förbudet mot väsentliga ändringar är att en upphandlande myndighet inte ska kunna ändra

---

<sup>42</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 849 f.

<sup>43</sup> EU-domstolens rättspraxis som redovisas i kapitlet kommer fortsatt vara relevant för tolkning av bestämmelserna i direktivet, se Arrowsmith, s. 598.

<sup>44</sup> Se även dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 44.



förutsättningarna för en publicerad upphandling, eftersom det skulle kunna strida mot likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen att ge fördelar till en leverantör.<sup>45</sup> Förbudet måste således ses mot bakgrund av de nämnda principerna.

Enligt art. 72.4 i LOU-direktivet ska en ändring av ett kontrakt under dess löptid anses vara väsentlig om ändringen innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen ingicks. Bestämmelsen känns igen från rättspraxis där EU-domstolen har uttalat att en ändring av ett upphandlat kontrakt ska anses vara ett nytt kontrakt om de ändrade bestämmelserna uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga kontraktet och följaktligen visar på en avsikt från parternas sida att omförhandla de väsentliga villkoren i kontraktet.<sup>46</sup> EU-domstolen utvecklade senare att parternas avsiktliga vilja att omförhandla kontraktsvillkoren inte är en avgörande omständighet. Klassificeringen av den väsentliga ändringen ska således göras utifrån ett *objektivt synsätt*.<sup>47</sup>

I art. 72.4 i LOU-direktivet ges exempel på när en ändring är väsentlig. En ändring ska i alla händelser anses vara väsentlig om den:

- (a) inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde än de som ursprungligen valdes eller att andra anbud än de som ursprungligen godkändes skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet,<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Se dom av den 25 april 1996, Vallonska bussarna, C-87/94, EU:C:1996:161, punkt 56.

<sup>46</sup> Se dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 44, dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 34, dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 37, dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510, punkt 54

<sup>47</sup> Se dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 33.

<sup>48</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 35, dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland, C-250/07, EU:C:2009:338, punkt 52, dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 38 och dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 29.

- (b) innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den leverantör som har tilldelats kontraktet på ett sätt som inte medgavs i det ursprungliga kontraktet,<sup>49</sup>
- (c) medför att kontraktets omfattning utvidgas betydligt,<sup>50</sup> eller
- (d) leverantör som ursprungligen tilldelades kontraktet byts ut mot en ny leverantör utan att bytet är tillåtet enligt regeln om leverantörsbyte.<sup>51</sup>

Det finns i doktrinen en uppfattning om att ytterligare en ändring alltid är att anse som väsentlig,<sup>52</sup> nämligen, så som EU-domstolen uttalade i domen *Succhi di Frutta*, om anbudsgivarna hade kunnat lämna väsentligen annorlunda anbud om ändringen hade förekommit redan i anbudsinfördran.<sup>53</sup> Att en sådan ändring alltid skulle vara att anse som väsentlig får emellertid inte stöd i senare avgöranden från EU-domstolen.

Uppfattningen finns att EU-domstolen i domen *Pressetext* inskränkte uttalandet ovan till att endast avse ändringar som skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare eller anta ett annat anbud.<sup>54</sup> När EU-domstolen upprepade uttalandet från domen *Pressetext* i domen *Wall*,<sup>55</sup> har det antagits att uttalandet i domen *Succhi di Frutta* övergavs och att det således inte alltid är fråga om en väsentlig ändring när anbudsgivaren hade kunnat lämna ett väsentligen annorlunda anbud om ändringen hade förekommit i anbudsinfördran.<sup>56</sup> Uttalandet i domen *Succhi di Frutta* fick inte heller någon plats i LOU-direktivet som är avsett att kodifiera rättspraxis från EU-domstolen på området.<sup>57</sup>

---

<sup>49</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 37.

<sup>50</sup> Av EU-domstolens avgöranden som ligger till grund för (c) har det framgått att ändringen är väsentlig om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. Uttalandet får även anses omfatta varor och byggtreprenader. Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 36 och dom av den 29 april 2010, kommissionen/Tyskland, C-160/08, EU:C:2010:230, punkt 99.

<sup>51</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 47.

<sup>52</sup> Se bl.a. Sundstrand, 2012, s. 286, och Morawetz, s. 88.

<sup>53</sup> Se dom av den 29 april 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 116.

<sup>54</sup> Se Hebly & Heijnsbroek, s. 173. Se även dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 35.

<sup>55</sup> Se dom av den 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 38.

<sup>56</sup> Se Hebly & Heijnsbroek, s. 173.

<sup>57</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 844.

Med hänsyn till att förbudet mot väsentliga ändringar ska ses mot bakgrund av likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen är det rimligt att anta att en sådan ändring som innebär att anbudsgivarna hade kunnat lämna väsentligen annorlunda anbud i många fall kommer anses utgöra en väsentlig ändring. En anbudsgivare som hade kunnat lämna ett väsentligen annorlunda anbud om ändringen var känd torde i regel inte ha blivit behandlad lika som den anbudsgivare som tilldelades kontraktet, och inte heller haft möjlighet att förstå att kontraktet skulle komma att ändras.

Om en ändring träffas av någon av leden i art. 72.4 (a)-(d) LOU-direktivet, som anger under vilka omständigheter en ändring i alla händelser ska vara väsentlig, anses ändringen som utgångspunkt vara väsentlig, men en helhetsbedömning av omständigheterna i det enskilda fallet måste göras.<sup>58</sup> Grunderna har beskrivits som starka presumtioner för att ändringen är väsentlig.<sup>59</sup> Det ska emellertid tilläggas att EU-domstolen har uttalat att undantag från skyldigheten att upphandla som regel ska tolkas restriktivt.<sup>60</sup>

En ändring kan anses vara väsentlig när den vinnande leverantören ersätter en underleverantör som var en avgörande faktor vid tecknande av kontrakt, även om den möjligheten föreskrevs i kontraktet.<sup>61</sup> Vidare framgår av skäl 107 i LOU-direktivet att omfördelning av parternas immateriella rättigheter i kontraktet kan vara en väsentlig ändring.

Slutligen ska nämnas att art. 72.1 (e) LOU-direktivet, om ändringar som inte är väsentliga, är tydlig i det avseendet att det alltid är tillåtet att göra ändringar som inte är väsentliga.<sup>62</sup> Sådana ändringar anses inte kunna åsidosätta likabehandlingsprincipen eller öppenhetsprincipen, varför det saknas anledning att göra sådana icke-väsentliga ändringar otillåtna.

---

<sup>58</sup> Se Hartlev & Wahl Liljenbøl, s. 51 och Troels Poulsen, s. 167.

<sup>59</sup> Se Morawetz, s. 88.

<sup>60</sup> Se dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220, punkt 58 och dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336, punkt 33.

<sup>61</sup> Se dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39. Se även Brown, 2010, NA160.

<sup>62</sup> Se Arrowsmith, s. 597.

### 3.3 Relationen mellan väsentlig ändring och övergripande karaktär

#### 3.3.1 Väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna

Ett möjligt tillvägagångssätt att avgöra huruvida begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär är synonymer eller fristående begrepp är genom att utreda huruvida det går att göra en väsentlig ändring med stöd i någon av bestämmelserna om ändrings- och optionsklausuler, ändringar av mindre värde eller ändringar på grund av oförutsebara omständigheter i LOU-direktivet.<sup>63</sup> Av samtliga tre bestämmelser framgår att ändringar som medför ändring av den övergripande karaktären inte får göras. Det innebär att ett jakande svar på frågan om väsentliga ändringar går att göra med stöd i någon av ändringsgrunderna följaktligen måste anses innebära att begreppen inte kan vara synonyma. Skälet till varför de inte kan vara synonyma vid ett jakande svar är att det skulle betyda att en väsentlig ändring å ena sidan är tillåten med stöd i en av ändringsgrunderna, samtidigt som ändringen å andra sidan är otillåten enligt samma bestämmelse eftersom den väsentliga ändringen medför ändring av den övergripande karaktären. Är svaret på frågan nekande innebär det inte per se att begreppen är synonyma.

I domarna *Pressetext* och *Finn Frogne* uttalade EU-domstolen att det är möjligt att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, under förutsättning att ändringen angavs i upphandlingsdokumenten.<sup>64</sup> Avgörandena har även legat till grund för en dom av HFD som slår fast att väsentliga ändringar får göras med stöd i en ändringsklausul.<sup>65</sup> I samma riktning talar *Succhi di Frutta* där EU-domstolen uttalade att en upphandlande myndighet som vill göra en väsentlig ändring är skyldig att uttryckligen ange det i upphandlingsdokumenten.<sup>66</sup> Under sådana omständigheter är den väsentliga ändringen således tillåten. Det finns alltså starkt stöd för att det skulle vara tillåtet att göra väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna.

---

<sup>63</sup> Se art. 72.1 (a) och (c) samt 72.2 LOU-direktivet. Gemensamt för de tre bestämmelserna är att de innehåller en begränsning för ändringar som medför ändring av den övergripande karaktären. Fortsättningsvis benämns bestämmelserna, som tidigare nämnts, ändringsgrunderna.

<sup>64</sup> Se dom av den 19 juni 2008, *pressetext Nachrichtenagentur*, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 40 och dom av den 7 september 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, punkterna 30 och 36.

<sup>65</sup> Se HFD 2016 ref. 85.

<sup>66</sup> Se dom av den 29 april 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkterna 117-118.

Det går emellertid att förstå avgörandena som att vissa ändringar som har angetts i upphandlingsdokumenten är tillåtna för att ändringarna inte är väsentliga.<sup>67</sup> Förbudet mot väsentliga ändringar ska ses mot bakgrund av principerna om likabehandling och öppenhet. Anledningen till varför sådana ändringar inte skulle vara väsentliga är att principerna inte åsidosätts i och med att ändringsklausulen fanns i upphandlingsdokumenten.<sup>68</sup> Till stöd för den tolkningen ligger även i viss mån ett uttalande från EU-domstolen i domen *Wall* med innebörd att byte av underleverantör under vissa omständigheter kan vara en väsentlig ändring trots att den föreskrivits i en ändringsklausul.<sup>69</sup> Det skulle innebära att det inte är möjligt att företa åtminstone vissa väsentliga ändringar med stöd i en ändringsklausul. En sådan uppfattning, som delas av Kotsonis, kan anses innebära att ändringsgrunderna i LOU-direktivet inte utgör undantag från förbudet mot väsentliga ändringar. Ändringsgrunderna identifierar istället vissa ändringar som inte ska anses vara väsentliga.<sup>70</sup>

Treumer är emellertid av uppfattningen att EU-domstolen i domen *Pressetext*<sup>71</sup> ville klargöra att såväl ett byte av leverantör som underleverantör kan vara en väsentlig ändring, och samtidigt klargöra att en ändringsklausul åtminstone i vissa fall kan göra en sådan ändring tillåten.<sup>72</sup> Vid ett senare tillfälle har Treumer varit än tydligare i nu aktuellt avseende. Art. 72.5 LOU-direktivet föreskriver att ett nytt upphandlingsförfarande krävs för andra ändringar av villkoren i ett offentligt kontrakt under löptiden än de som avses i undantagsbestämmelserna i art. 72.1-2 samma direktiv. Författaren hävdar emellertid att art. 72.5 LOU-direktivet ska förstås som att en väsentlig ändring ska leda till en skyldighet att genomföra ett nytt upphandlingsförfarande endast om ändringen inte har stöd i någon av bestämmelserna i art. 72.1-2 samma direktiv.<sup>73</sup> Har den väsentliga ändringen stöd i någon av bestämmelserna är den enligt författaren tillåten.

Vid tolkning av bestämmelsen om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter, som innehåller begränsningen att kontraktets övergripande karaktär inte

---

<sup>67</sup> Se Brown, 2008, NA253.

<sup>68</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 60.

<sup>69</sup> Se dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39. Se även Brown, 2010, NA 160.

<sup>70</sup> Se Kotsonis, s. 169.

<sup>71</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 40.

<sup>72</sup> Se Treumer, 2014.1, s. 21.

<sup>73</sup> Se Treumer, 2014.2, s. 148.

får ändras, har Arrowsmith hävdad att hänsyn inte behöver tas till om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören som tilldelades kontraktet.<sup>74</sup> En sådan ändring som innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören är emellertid alltid att anse som väsentlig enligt art. 72.4 (b) LOU-direktivet. Det innebär att synsättet leder till slutsatsen att det är möjligt att göra väsentliga ändringar med stöd i en bestämmelse som förbjuder ändringar som medför ändring av den övergripande karaktären. Även Simovart har kommit till slutsatsen att det, vid tillämpning av någon av ändringsgrunderna, inte föreligger någon skyldighet att kontrollera huruvida ändringen är väsentlig.<sup>75</sup>

Brodec & Janeček argumenterar även för att det är möjligt att göra en sådan väsentlig ändring, som i alla händelser är otillåten enligt art. 72.4 (a)-(d) LOU-direktivet, utan ett nytt upphandlingsförfarande om rekvisiten i ändringsgrunderna samtidigt är uppfyllda.<sup>76</sup> Författarna menar således att ändringsgrunderna stadgar i vilka situationer det är tillåtet att göra en väsentlig ändring av ett kontrakt. Uppfattningen får stöd av Semple & Andrecka som menar att ändringar som är väsentliga och således inte tillåtna enligt bestämmelsen i art. 72.1 (e) LOU-direktivet, som stadgar att väsentliga ändringar är otillåtna, ändå kan vara tillåtna enligt någon av de övriga undantagsbestämmelserna.<sup>77</sup> Mot bakgrund av att tre av undantagsbestämmelserna innehåller ett förbud mot ändringar som medför att kontraktets övergripande karaktär ändras innebär argumentationen att det är möjligt att göra väsentliga ändringar när stöd finns i någon av ändringsgrunderna.

### *3.3.2 Systematiken i art. 72 LOU-direktivet*

Ytterligare ett möjligt tillvägagångssätt för att få svar på frågan huruvida begreppen är synonyma är att undersöka om den språkliga utformningen eller systematiken i art. 72 LOU-direktivet ger något svar. Brodec & Janeček har hävdad att bestämmelsen från ett logiskt och systematiskt perspektiv skiljer mellan ändringar som är tillåtna och sådana som inte är tillåtna. De tillåtna ändringarna består dels av ändringar som inte är väsentliga, dels av ändringar som är väsentliga men samtidigt uppfyller rekvisiten i någon av

---

<sup>74</sup> Se Arrowsmith, s. 601.

<sup>75</sup> Se Simovart, 2016, s. 292.

<sup>76</sup> Se Brodec & Janeček, s. 90.

<sup>77</sup> Se Semple & Andrecka, s. 171.

ändringsgrunderna.<sup>78</sup> Ändringsgrunderna har även ansetts vara formulerade på ett sådant sätt att det inte är nödvändigt att göra en väsentlighetsbedömning<sup>79</sup> av en ändring som i övrigt är förenlig med rekvisiten i någon av ändringsgrunderna.<sup>80</sup> Art. 72.4 LOU-direktivet, som stadgar när en ändring ska anses vara väsentlig, föreskriver nämligen att utfallet av den väsentlighetsbedömning som görs enligt bestämmelsen inte påverkar tillämpningen av ändringsgrunderna. Det torde innebära att en ändring som har stöd i någon av ändringsgrunderna är tillåten oavsett om ändringen skulle visa sig vara väsentlig enligt den väsentlighetsbedömning som görs enligt art. 72.4 LOU-direktivet.

Enligt art. 72.2 LOU-direktivet får ändringar av mindre värde göras, utan någon kontroll av om ändringen är väsentlig enligt väsentlighetsbedömningen i art. 72.4 (a)-(d) samma direktiv, under förutsättning att kontraktets övergripande karaktär inte ändras. Vid en första anblick är det således lätt att få uppfattningen att en väsentlig ändring får göras med stöd i bestämmelsen. Arrowsmith menar att huruvida rekvisiten är uppfyllda i (a), som föreskriver att ändringar som påverkar resultatet av upphandlingen är väsentliga, inte behöver kontrolleras eftersom det är osannolikt att ändringar av lågt värde medför att andra anbudsgivare hade varit intresserade av kontraktet efter ändringen. Det är enligt författaren svårt att hitta liknande skäl till varför (b), som föreskriver att ändringar som innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till fördel för leverantören är väsentliga, inte skulle behöva kontrolleras. Ett kryphål öppnas genom att ingen kontroll behöver göras av huruvida kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören. Arrowsmith medger emellertid att en sådan ändring, trots att den alltid är att anse som väsentlig, kan göras med stöd i bestämmelsen om ändringar av mindre värde.<sup>81</sup>

Av skäl 107 i LOU-direktivet framgår att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet. Stadgandet kan förstås som ett generellt förbud mot väsentliga ändringar, oavsett om ändringen har stöd i någon av ändringsgrunderna. En sådan tolkning skulle kunna innebära att EU-lagstiftaren genom

---

<sup>78</sup> Se Brodec & Janeček, s. 90.

<sup>79</sup> Med väsentlighetsbedömningen avses den bedömning som ska göras av en kontraktsändring enligt art. 72.4 LOU-direktivet, genomförd i 17 kap. 14 § LOU, som innebär att ändringen ska anses vara väsentlig om den uppfyller något av kriterierna enligt bestämmelsen.

<sup>80</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 15.

<sup>81</sup> För hela stycket, se Arrowsmith, s. 598 f.

begreppet övergripande karaktär avsett införa en sådan begränsning i ändringsgrunderna som gör väsentliga ändringar otillåtna, och att begreppen således skulle kunna vara synonyma. Om begreppen skulle vara synonyma hade det emellertid varit önskvärt att lagstiftaren använde sig av samma terminologi i samtliga bestämmelser. Art. 72.1 (d) (ii) LOU-direktivet stadgar att byte av leverantör får göras under vissa omständigheter, under förutsättning att det inte medför andra väsentliga ändringar av kontraktet. Med en sådan skrivelse i en av undantagsbestämmelserna är det rimligt att anta att EU-lagstiftaren med begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär avsett införa olika begränsningar i möjligheten att ändra ett kontrakt. Det torde nämligen saknas skäl att i vissa bestämmelser använda sig av begreppet väsentlig ändring och i andra av begreppet övergripande karaktär, om det skulle vara samma begränsningar som avsågs.

### 3.3.3 Slutsatser

Inledningsvis kan konstateras att det finns ett visst stöd för att det inte skulle vara tillåtet att göra väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna. Uttalandet i domen *Wall*, om att byte av underleverantör under vissa omständigheter kan vara en väsentlig ändring trots att den föreskrivits i en ändringsklausul, samt viss doktrin har gett stöd för en sådan uppfattning.<sup>82</sup> Att det inte skulle vara tillåtet vinner vidare stöd i förarbetsuttalandet om att den övergripande karaktären ändras när en väsentlig ändring i kontraktet görs. Ett sådant synsätt innebär att det inte är tillåtet att göra väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna, eftersom det skulle medföra ändring av den övergripande karaktären. Slutligen vinner en sådan uppfattning visst stöd i det generella uttalandet i skäl 107 LOU-direktivet som stadgar att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet. Uttalandet i skälen skulle nämligen kunna förstås som att det avser alla ändringar, även sådana som har stöd i någon av ändringsgrunderna.

I övriga av EU-domstolens domar som hänvisats till ovan finns emellertid ett starkt stöd för att det skulle vara tillåtet att göra väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna.<sup>83</sup> Att så skulle vara fallet har även ett brett stöd i den redovisade

---

<sup>82</sup> Se avsnitt 3.3.1 ovan.

<sup>83</sup> Se avsnitt 3.3.1 ovan.



doktrinen. Systematiken i art. 72 LOU-direktivet, och främst bestämmelserna om ändringar av mindre värde och väsentliga ändringar, talar vidare starkt för att det är möjligt att göra väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna.

Det har i doktrinen uttryckligen hävdats att väsentliga ändringar och övergripande karaktär är två olika begrepp.<sup>84</sup> Mycket talar för att så skulle vara fallet, vilket emellertid inte utesluter att båda begreppen i viss mån är avsedda att göra samma typ av ändringar otillåtna.<sup>85</sup> Att det skulle vara fråga om synonyma begrepp får mot bakgrund av förevarande kapitel sannolikt anses uteslutet. Uppsatsen kommer fortsättningsvis utgå från att begreppen har olika rättslig innebörd samt att det är tillåtet att göra, åtminstone vissa, väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna.

Begreppsseparationen ovan definierar inte vad begreppet övergripande karaktär har för innebörd, men möjliggör för vissa tidiga slutsatser. Det förhållande att en väsentlig ändring kan göras med stöd i någon av ändringsgrunderna utan att den övergripande karaktären nödvändigtvis ändras torde innebära att begreppet övergripande karaktär tillåter mer långtgående ändringar än begreppet väsentlig ändring. Slutsatsen vinner stöd i ett uttalande innebärande att desto mer väsentlig en ändring är i förhållande till det ursprungliga kontraktet, desto mer sannolikt är det att ändringen medför att kontraktets övergripande karaktär ändras.<sup>86</sup> Det skulle kunna formuleras som att det finns olika grader av väsentlighet i ändringar, och att begreppet övergripande karaktär sannolikt är avsett att göra en sådan ändring som hör till den övre skalan av väsentlighet otillåten. Ett visst stöd för en sådan formulering finns i skälen till LOU-direktivet. Enligt skäl 109 ändras den övergripande karaktären eftersom det kan antas att resultatet skulle ha påverkats. Av skäl 107 följer att en ändring är väsentlig *särskilt* om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet. Båda uttalandena i skälen hänvisar till påverkan av resultatet och ger en antydning om att det är de mest väsentliga ändringarna som även medför ändring av den övergripande karaktären.

---

<sup>84</sup> Se Semple & Andrecka, s. 171.

<sup>85</sup> D.v.s. sådana ändringar som innebär åsidosättande av principerna om likabehandling och öppenhet.

<sup>86</sup> Se SIGMA, Brief 38, s. 4.

Det finns således redan nu anledning att anta att de begränsningar som följer av begreppet övergripande karaktär ger mer handlingsutrymme vid tillämpning av ändringsgrunderna än vad begränsningar enligt begreppet väsentliga ändringar hade gjort.<sup>87</sup> Att föra in ett nytt begrepp som inskränker ändringsmöjligheterna ytterligare får även anses osannolikt. Särskilt i ett direktiv vars målsättning var att klargöra grundläggande begrepp och principer för att säkerställa rättslig säkerhet, och i synnerhet i en grupp av bestämmelser som genom kodifieringen skulle preciseras.<sup>88</sup>

### 3.4 Påverkan på resultatet

Skäl 109 LOU-direktivet är tydligt i det avseendet att anledningen till att en ändring av den övergripande karaktären är otillåten är att det kan antas att resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats om ändringen var en del av det ursprungliga kontraktet. Det finns således en tydlig koppling mellan övergripande karaktär och den bedömning som görs för att bestämma huruvida en ändring är väsentlig. En väsentlig ändring föreligger alltid enligt art. 72.4 (a) LOU-direktivet när ändringen inför nya villkor som, om de hade ingått i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha medfört att andra anbudssökande getts tillträde, att andra anbud skulle ha godkänts eller skulle ha medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet. Skäl 109 sammanfaller emellertid inte med övriga led i väsentlighetsbedömningen som föreskriver att en ändring alltid är väsentlig om den innebär att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören, att kontraktets omfattning utvidgas betydligt eller om den innebär leverantörsbyte utan stöd i bestämmelsen om leverantörsbyte.<sup>89</sup> Att skäl 109 inte sammanfaller med de övriga leden i väsentlighetsbedömningen torde innebära att sådana hänsyn som utgångspunkt inte är relevanta för frågan huruvida den övergripande karaktären har ändrats. Avgörande för om en ändring har medfört ändring av den övergripande karaktären är således enbart om det i och med ändringen kan antas att resultatet har påverkats. Trots att sådana hänsyn som utgångspunkt inte är relevanta för frågan om den övergripande karaktären har ändrats finns

---

<sup>87</sup> Jfr UHM, nyheterna i den kommande lagstiftningen, s. 62. UHM rekommenderar *den försiktiga* upphandlande myndigheten att inte genomföra ändringar av kontrakt i större utsträckning än vad dagens praxis medger, vilket får förstås som att UHM är av uppfattningen att regleringen i LOU-direktivet torde ge ett ökat handlingsutrymme.

<sup>88</sup> Se skäl 107 LOU-direktivet. Se även Kotsonis, s. 169 och Treumer, 2014.3, s. 298 f.

<sup>89</sup> Se art. 72.4 (b)-(d) LOU-direktivet.

det anledning att återkomma till huruvida t.ex. en betydande utvidgning av kontraktets omfattning kan innebära att resultatet av upphandlingen påverkas och den övergripande karaktären således ändras.<sup>90</sup>

Att skäl 109 LOU-direktivet i nu aktuellt avseende sammanfaller med art. 72.4 (a) samma direktiv, men inte med de övriga leden i väsentlighetsbedömningen, måste ha sin förklaring i att båda begreppen, åtminstone i viss mån, är avsedda att göra samma typ av ändringar otillåtna, nämligen sådana som kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen. Med den utgångspunkten är det rimligt att anta att båda begreppen är utflöden av samma principer, nämligen *likabehandlingsprincipen* och *öppenhetsprincipen*, vilket uppsatsen fortsättningsvis utgår från.<sup>91</sup>

Det faktum att likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen sedan tidigare har fått sin tolkning genom begreppet väsentlig ändring och att begreppet övergripande karaktär i uppsatsen har påståtts ha en annan innebörd än väsentlig ändring kräver en förklaring. En sådan förklaring skulle kunna vara att de i direktivet angivna *ändringsgrunderna är privilegierade*, en upplåttnad av principernas begränsningar under vissa utpekade omständigheter. En sådan uppfattning vinner stöd i EU-domstolens uttalanden samt i doktrinen om att det är tillåtet att göra väsentliga ändringar under förutsättning att ändringen har stöd i någon av ändringsgrunderna.<sup>92</sup> Att ändringar som har stöd i ändringsgrunderna begränsas genom begreppet övergripande karaktär istället för begreppet väsentlig ändring skulle således innebära att parterna i kontraktet har ett större handlingsutrymme att ändra kontraktet under dess fullgörande när stöd för en sådan ändring finns i någon av ändringsgrunderna. Med den utgångspunkten skulle en synonym tolkning av begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär felaktigt begränsa ändringsgrundernas tillämpningsområde.<sup>93</sup> Att ändringsgrunderna är privilegierade betyder inte att principerna helt åsidosätts, utan endast att tolkningen av principerna och de begränsningar de medför är mindre långtgående. När en kontraktsändring genomförs som inte har stöd i någon av ändringsgrunderna kommer en väsentlighetsbedömning enligt art.

---

<sup>90</sup> Se avsnitt 4.4.1 nedan.

<sup>91</sup> Se t.ex. dom av den 29 april 2004, *Succhi di Frutta*, C-496/99 P, EU:C:2004:236, punkt 121. Se även *Arrowsmith*, s. 578 angående att förbudet mot väsentliga ändringar har sin grund i de nämnda principerna.

<sup>92</sup> Se avsnitt 3.3.1 ovan.

<sup>93</sup> Jfr UHM rapport 2017:4, s. 15.

72.4 LOU-direktivet göras, och huruvida ändringen är tillåten beror på utfallet av bedömningen.

Det kan å ena sidan hävdas att någon faktisk bedömning av huruvida resultatet kan antas ha påverkats inte torde vara nödvändig att göra. En ändring som medför en ändring av den övergripande karaktären kommer, mot bakgrund av att en sådan ändring till sin art är långtgående, alltid kunna antas ha påverkat resultatet.<sup>94</sup> Omvänt skulle det även kunna förhålla sig så att den övergripande karaktären anses ha ändrats just av den anledningen att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats, att det är följden som är avgörande. Frågan är således om det är ändringen i sig, följden av ändringen eller båda tillsammans som leder till att den övergripande karaktären ändras. Av skäl 109 LOU-direktivet framgår att vissa ändringar medför ändring av den övergripande karaktären *eftersom* det i sådana situationer kan antas att resultatet skulle ha påverkats. Det får sannolikt anses innebära att det är ändringen i sig som är avgörande för huruvida den övergripande karaktären ändras. Motsatsvis kan emellertid sägas att en ändring som de facto inte kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen inte heller kan medföra ändring av den övergripande karaktären. Huruvida resultatet kan anses ha påverkats när ändringen har stöd i en ändrings- eller optionsklausul och den därtill hörande transparensen diskuteras senare i uppsatsen.<sup>95</sup>

Sammanfattningsvis utgår uppsatsen framöver från att båda begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär är avsedda att göra samma typ av ändringar otillåtna, samt att båda har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen. Det innebär, trots att det ovan sades att begreppen sannolikt inte har samma rättsliga innebörd,<sup>96</sup> att det föreligger stora likheter mellan begreppen. Vidare innebär det förhållande att ändringsgrunderna begränsas med begreppet övergripande karaktär ett ökat handlingsutrymme i förhållande till om begränsningen hade varit begreppet väsentlig ändring. Det har ovan formulerats som att ändringsgrunderna är privilegierade.

---

<sup>94</sup> I den engelskspråkiga versionen av LOU-direktivet framgår att en viss ändring medför ändring av den övergripande karaktären eftersom "...a hypothetical influence on the outcome may be assumed". Det är alltså fråga om ett hypotetiskt resonemang.

<sup>95</sup> Se avsnitt 5.2.3 nedan.

<sup>96</sup> Se avsnitt 3.3.3 ovan.

## 4. Kontraktets övergripande karaktär

### 4.1 Inledning

Som tidigare nämnts finns ingen definition av begreppet övergripande karaktär. Begreppet har inte heller behandlats i rättspraxis ännu. Det finns vissa uttalanden angående begreppets betydelse i såväl skälen till LOU-direktivet som i doktrinen. Uttalandet i skälen är emellertid kortfattat och ger ingen tydlig vägledning. Doktrinen å sin sida har den svagheten att den har riktat in sig på en viss aspekt av begreppet övergripande karaktär och dess begränsningar, nämligen sådana där upphandlingsföremålet ersätts. Förevarande kapitel avser dels att utesluta vissa begränsningar från att omfattas av begreppet övergripande karaktär, och dels att analysera den uppfattning av begreppet som finns i rättskällorna samt i vissa alternativa rättskällor. Trots att uppsatsen konstaterat att begreppet bör ges en enhetlig innebörd kommer uttalanden som gjorts om begreppet övergripande karaktär, för enkelhetens skull, sorteras under de olika ändringsgrunderna som innehåller begreppet.

### 4.2 Uteslutning av begränsningar

#### 4.2.1 Ändringsgrunderna

I de tre ändringsgrunderna som förbjuder sådana ändringar som medför en ändring av kontraktets övergripande karaktär ligger vissa inbyggda begränsningar. Om ändringsgrunderna innehåller någon gemensam sådan begränsning tyder det på att det inte skulle vara nödvändigt att tillskriva begreppet övergripande karaktär en sådan begränsning.

Vad avser art. 72.2 LOU-direktivet, om ändringar av mindre värde, framgår av skäl 107 samma direktiv att ändringar som leder till smärre förändringar av kontraktsvärdet alltid bör kunna göras. Bestämmelsen anses omfatta både ökning och minskning av kontraktsvärdet.<sup>97</sup> Förutom att ändringen måste hålla sig inom de värdemässiga ramar som framgår av bestämmelsen följer emellertid att bestämmelsen enbart tar sikte på just ändringar som förändrar kontraktsvärdet. Ändringar som ska göras med stöd i bestämmelsen måste gå att uttrycka i penningvärde.<sup>98</sup> En ändring som tar sikte på ett annat

---

<sup>97</sup> Se prop 2015/16:195, s. 847 och Lagrådets yttrande, s. 204.

<sup>98</sup> Se Treumer, 2014.3, s. 294.

kontraktsvillkor, som inte påverkar kontraktsvärdet, omfattas således inte av bestämmelsen,<sup>99</sup> och kan därför anses vara väsentlig.<sup>100</sup>

Angående art. 72.1 (c) LOU-direktivet, om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter, framgår av skäl 109 samma direktiv att bestämmelsen är tänkt att fånga upp sådana ändringar som kan krävas på grund av ändrade yttre förhållanden. Omständigheterna måste vara sådana att de inte gick att förutse av en upphandlande myndighet som visar skälig omsorg när kontraktet tilldelades. Ändringsgrunden är ett utflöde av proportionalitetsprincipen. Det skulle vara oskäligt att behöva göra om en upphandling när det faktiskt inte var möjligt att förutse behovet av ändringen.<sup>101</sup> Begränsningarna som finns inbyggda i bestämmelsen är således inte lika snäva som vid ändringar av mindre värde, eftersom det går att ändra även andra kontraktsvillkor än sådana som endast påverkar värdet. Det är således svårt att se någon gemensam begränsning som inte skulle vara nödvändig att tillskriva begreppet övergripande karaktär.

Slutligen vad avser art. 72.1 (a) LOU-direktivet, om ändringar med stöd i ändrings- eller optionsklausuler, finns inga materiellt inbyggda begränsningar som sammanfaller med vare sig ändringar av mindre värde eller ändringar på grund av oförutsebara omständigheter. Av skäl 111 LOU-direktivet framgår endast att bestämmelsen inte bör ge en obegränsad frihet varpå en exemplifiering av vilka villkor som är möjliga att ändra följer.<sup>102</sup> Att ändrings- eller optionsklausulen enligt bestämmelsen ska vara klar, exakt och entydig samt ange omfattningen och arten av eventuella ändringar och när den får tillämpas får anses vara formella begränsningar snarare än materiella.

Med hänsyn till att skillnaderna mellan ändringarna de olika ändringsgrunderna är avsedda att göra tillåtna är så varierande, går det inte att dra några slutsatser om vilka begränsningar som nödvändigtvis inte ska tillskrivas begreppet övergripande karaktär på den grunden.

---

<sup>99</sup> T.ex. byte av underleverantör.

<sup>100</sup> Jfr Arrowsmith, s. 598 som menar att en ändring som inte håller sig inom bestämmelsens materiella område inte kan räddas från att vara väsentlig med stöd i bestämmelsen.

<sup>101</sup> Se Arrowsmith, s. 590.

<sup>102</sup> Se Arrowsmith, s. 587 som menar att en ändring inte är tillåten enbart eftersom den föreskrevs i en ändrings- eller optionsklausul. Det krävs att ändringen håller sig inom vissa materiella gränser.

#### 4.2.2 Värdebegränsning

En viktig fråga att ta ställning till är huruvida begreppet övergripande karaktär innebär någon begränsning av värdet av en ändring. Vad avser LOU-direktivets art. 72.2, om ändringar av mindre värde, och 72.1 (c), om ändringar på grund av oförutsebara omständigheter, kan konstateras att båda bestämmelserna innehåller självständiga värdebegränsningar, varför en sådan begränsning inom ramen för övergripande karaktär inte är nödvändig. Art. 72.1 (a) samma direktiv, om ändringar med stöd i ändrings- och optionsklausuler, uttrycker vidare explicit att ändringar får göras med stöd i en ändrings- eller optionsklausul oavsett dess penningvärde.<sup>103</sup> Att tillskriva övergripande karaktär en värdebegränsning skulle således innebära en inre motsägelse i bestämmelsen.

Arrowsmith har emellertid hävdats att en 10-faldig ökning av upphandlingsföremålets kvantitet skulle kunna ändra kontraktets övergripande karaktär.<sup>104</sup> Mot bakgrund av bestämmelsen om ändrings- och optionsklausulers uppbyggnad får det antas att om en sådan ändring skulle medföra en ändring av kontraktets övergripande karaktär, så är det åtminstone inte på grund av den faktiska värdeökningen. Uppsatsen utgår i det följande från att begreppet övergripande karaktär inte är avsett att ha någon värdebegränsning.<sup>105</sup> Huruvida en ändring av stort värde trots det kan ändra den övergripande karaktären finns det anledning att återkomma till.<sup>106</sup>

#### 4.3 Generellt om övergripande karaktär

I skäl 109 LOU-direktivet framgår att en ändring kan medföra att kontraktets övergripande karaktär ändras, exempelvis genom att de byggentreprenader, varor eller tjänster som ska upphandlas *ersätts med något annat* eller genom att typen av upphandling *förändras i grunden*, eftersom det i en sådan situation *kan antas att resultatet skulle ha påverkats*.<sup>107</sup> Även om det enligt uttalandet är fråga om en exemplifiering går det tidigt att dra slutsatsen att det ska vara fråga om grundläggande, betydande,<sup>108</sup> ändringar för att den övergripande

---

<sup>103</sup> Skrivelsen att en ändring får göras oavsett dess penningvärde har av oklar anledning inte genomförts i 17 kap. 10 § LOU.

<sup>104</sup> Se Arrowsmith, s. 600.

<sup>105</sup> Se även UHM rapport 2017:4, s. 15.

<sup>106</sup> Se avsnitt 4.4.1 och 5.2 nedan.

<sup>107</sup> Vad som avses med att resultatet kan antas ha påverkats har behandlats i avsnitt 3.4 ovan.

<sup>108</sup> Ordet betydande används för att tydliggöra att det inte är fråga om en väsentlig ändring.

karaktären ska ändras.<sup>109</sup> I linje med den slutsatsen ligger ett påstående av Risvig Hamer, som menar att den övergripande karaktären skulle ändras om en leverantör i ett ramavtal avseende matvaror för in t.ex. bilar eller diskmaskiner.<sup>110</sup> Det skulle nämligen innebära en betydande ändring av upphandlingsföremålet. Vidare har den betydande ändringen påverkat resultatet av upphandlingen eftersom andra leverantörer får antas ha velat lämna anbud om det ursprungliga ramavtalet avsåg bilar eller diskmaskiner.

Garcia-Andrade påstår att bedömningen av huruvida en ändring har medfört ändring av den övergripande karaktären skulle kunna vara samma bedömning som ska göras enligt art. 72.4 LOU-direktivet.<sup>111</sup> I bestämmelsen anges att en ändring av ett kontrakt under dess löptid ska anses vara väsentlig om ändringen innebär att kontraktet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen ingicks. Även mot bakgrund av den likhet mellan begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär som tidigare sades föreligga får det anses vara mindre tillfredsställande att två begrepp med, åtminstone i viss utsträckning, olika innebörd skulle grunda sig i samma bedömning.

#### **4.4 Upphandlingsföremålet ersätts**

##### *4.4.1 Ändrings- och optionsklausuler*

Enligt Arrowsmith innebär begränsningen övergripande karaktär att upphandlingsföremålets natur inte får ändras.<sup>112</sup> En ändringsklausul som uppfyller villkoren i övrigt men föreskriver att bilar får köpas i ett kontrakt avseende datorer ändrar således kontraktets övergripande karaktär.<sup>113</sup> Uppfattningen vinner stöd av Treumer som menar att begränsningen övergripande karaktär ska läsas i samband med vad som framgår av skäl 111 i LOU-direktivet, nämligen att den upphandlande myndigheten inte ska ges en obegränsad frihet.<sup>114</sup> Med hänsyn till att uppfattningen ligger i linje med att upphandlingsföremålet inte får ersättas enligt skäl 109 LOU-direktivet utgår uppsatsen i

---

<sup>109</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 14.

<sup>110</sup> Se Risvig Hamer, s. 201.

<sup>111</sup> Se Garcia-Andrade, s. 164.

<sup>112</sup> Det föreligger meningsskiljaktigheter om huruvida det över huvud taget är fråga om en ändring när det finns stöd i kontraktsvillkoren. Uppfattningen finns att det enbart är fråga om en tillämpning av det ursprungliga kontraktet, se t.ex. dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543, punkt 53 och Arrowsmith, s. 586 f. Oaktat hur det förhåller sig med det, använder sig uppsatsen av terminologin att det är fråga om en ändring när det finns stöd i en ändrings- eller optionsklausul.

<sup>113</sup> Se Arrowsmith, s. 600.

<sup>114</sup> Se Treumer, 2012, s. 153.



det följande från, det uppenbara, att den övergripande karaktären ändras när upphandlingsföremålet ersätts med ett annat upphandlingsföremål.

Båda författarna är vidare av uppfattningen att den övergripande karaktären kan ändras, inte bara när upphandlingsföremålet ersätts med ett till sin natur annat upphandlingsföremål, utan även när det befintliga upphandlingsföremålet utvidgas i viss utsträckning så att kontraktet efter ändringen omfattar mer av samma vara, tjänst eller byggtreprenad. I det avseendet är Arrowsmith av uppfattningen att en ändring som utvidgar upphandlingsföremålet till att bli tio gånger så stort kan medföra att den övergripande karaktären ändras.<sup>115</sup> Treumer anger inga kvantitativa gränser men konstaterar att upphandlingsföremålet inte kan utvidgas i vilken utsträckning som helst utan att det påverkar den övergripande karaktären.<sup>116</sup> Uppfattningen vinner även stöd på annat håll. Det har uttalats att den övergripande karaktären ändras om mängden av de tjänster (varor eller byggtreprenader) som ska levereras utvidgas i sådan utsträckning att kontraktet riktar sig till en annan marknad. Så skulle t.ex. kunna vara fallet om ett kontrakt avseende rengöring av en skola i en kommun utvidgas till att omfatta rengöring av alla kommunens institutioner.<sup>117</sup>

I förarbetena till LOU uttalades att om en upphandling avser köp av tio bussar, får kontraktet inte innehålla en option avseende köp av ytterligare 100 bussar. Det skulle vara en alltför dramatisk förändring av parternas förpliktelser, och således medföra en ändring av kontraktets övergripande karaktär.<sup>118</sup> Exemplet, liksom uttalandena i doktrinen, vinner inte fullt stöd i stadgandet i skäl 109 LOU-direktivet om att upphandlingsföremålet ska ersättas med något annat för att den övergripande karaktären ska ändras. Uppfattningen i doktrinen synes emellertid vara att upphandlingsföremålet ersätts med något annat när det befintliga upphandlingsföremålet utvidgas i viss utsträckning, vilket innebär att det inte står i strid med skäl 109 LOU-direktivet, utan snarare preciserar vad *ersätts* kan innebära. Det kan således sägas råda konsensus om att den övergripande karaktären kan ändras när upphandlingsföremålet utvidgas i viss utsträckning, eller med andra ord när kontraktet efter

---

<sup>115</sup> Se Arrowsmith, s. 600.

<sup>116</sup> Se Treumer, 2012, s. 153.

<sup>117</sup> Se Konkurrens- og Forbrugerstyrelsen, s. 251.

<sup>118</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 850.

ändringen riktar sig till en annan marknad.<sup>119</sup> Huruvida exemplet från förarbetena, eller liknande utvidgningar, per automatik medför en ändring av kontraktets övergripande karaktär, eller om det krävs något mer, finns det anledning att återkomma till.<sup>120</sup>

I en dom av Kammarrätten i Jönköping tilläts tilläggsbeställningar av mindre ombyggnadsarbeten i ett kontrakt avseende drift och underhåll av kommunalteknisk verksamhet och kommunala anläggningar. Ändringen hade stöd i kontraktsvillkoren.<sup>121</sup> Att sådana tilläggsbeställningar även fortsättningsvis ska anses vara tillåtna får anses rimligt, i synnerhet mot bakgrund av det ökade handlingsutrymme som begreppet övergripande karaktär har i förhållande till begreppet väsentlig ändring. En sådan ändring skulle alltså inte medföra ändring av den övergripande karaktären, med motiveringen att kontraktet efter ändringen inte har utvidgats i alltför betydande utsträckning, eller med andra ord att kontraktet efter ändringen inte riktar sig till en annan marknad.

Att kontraktets omfattning utvidgas betydligt är även en omständighet som alltid konstituerar en väsentlig ändring enligt art. 72.4 (c) LOU-direktivet. Det sades tidigare i uppsatsen att sådana hänsyn som utgångspunkt inte är relevanta för frågan om den övergripande karaktären har ändrats.<sup>122</sup> Nu har det emellertid visats förhålla sig så, att även en betydande utvidgning av upphandlingsföremålet sannolikt kan medföra ändring av den övergripande karaktären. Likheten mellan begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär har således blivit mer påtaglig. Det förhållandet att det är möjligt att göra väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna torde emellertid få betydelse i nu aktuellt avseende. Det skulle kunna hävdas att den övergripande karaktären ändras först när upphandlingsföremålet utvidgas i sådan utsträckning att det kan antas att resultatet av upphandlingen har påverkats.

Ett exempel får illustrera vad som avses med föregående stycke. Ett kontrakt som avser köp av 1 000 enheter ändras till att avse 1 500 enheter. Ändringen är väsentlig enligt art. 72.4 (c) eftersom kontraktets omfattning utvidgas betydligt.<sup>123</sup> Förutsatt att övriga

---

<sup>119</sup> För en utförligare diskussion om vad som avses med att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, se avsnitt 5.2.2 nedan.

<sup>120</sup> Se avsnitt 5.2.3 nedan.

<sup>121</sup> Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 30 november 2011 (mål nr 2852-11).

<sup>122</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

<sup>123</sup> Se även dom av den 19 juni 2008, pressetext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 36.

rekvisit i bestämmelsen om ändrings- och optionsklausuler är uppfyllda skulle en sådan ändring kunna vara tillåten. Den övergripande karaktären har således inte ändrats. Skulle ändringen istället bestå i att kontraktet avseende köp av 1000 enheter ändras till att avse 100 000 enheter skulle den även anses medföra ändring av den övergripande karaktären. I ett sådant fall kan det nämligen antas att resultatet av upphandlingen har påverkats, eftersom det måste antas att fler leverantörer hade varit intresserade av kontraktet. Att ändringen föreskrevs i en optionsklausul innebär inte att ändringen är tillåten. Vart gränsen går för när en ändring inte bara är väsentlig, utan även medför ändring av den övergripande karaktären, behandlas senare i uppsatsen.<sup>124</sup>

#### *4.4.2 Ändringar av mindre värde*

Vad avser ändringar av mindre värde menar Arrowsmith att den övergripande karaktären skulle ändras om det görs en ändring, som visserligen är ekonomiskt betydelselös, men samtidigt innebär en betydande ändring av typen av upphandlingsföremål. Anledningen är att en sådan ändring skulle leda till att andra anbudsgivare hade varit intresserade av kontraktet.<sup>125</sup> Å ena sidan är uttalandet problematiskt eftersom art. 72.2 LOU-direktivet om ändringar av mindre värde uttryckligen stadgar att ingen kontroll behöver göras av om ändringen påverkar resultatet av upphandlingen enligt art. 72.4 (a) samma direktiv. Å andra sidan står uttalandet i överensstämmelse med skäl 109 LOU-direktivet som föreskriver att den övergripande karaktären ändras under vissa omständigheter eftersom det kan antas att resultatet skulle ha påverkats. Konflikten kan emellertid delvis lösas genom att i tillägg till Arrowsmith hävda att andra anbudsgivare hade varit intresserade av kontraktet eftersom kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.<sup>126</sup>

Lösningen vinner visst stöd av Treumer som menar att begreppet övergripande karaktär ger den upphandlande myndigheten ett betydande handlingsutrymme för att göra ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna samtidigt som begreppet introducerar relevanta begränsningar för tillämpning av ändringsgrunderna.<sup>127</sup> Konsekvensen av lösningen blir, i överensstämmelse med Treumer, att den upphandlande myndigheten har

---

<sup>124</sup> Se avsnitt 5.2 nedan.

<sup>125</sup> Se Arrowsmith, s. 599.

<sup>126</sup> För en utförligare diskussion om vad som avses med att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, se avsnitt 5.2.2 nedan.

<sup>127</sup> Se Treumer, 2012, s. 153.

mer handlingsutrymme vid tillämpning av ändringsgrunderna än vad som följer av begränsningarna av begreppet väsentliga ändringar.<sup>128</sup> En väsentlig ändring hade kunnat föreligga redan om ändringen hade medfört ytterligare deltagare i upphandlingsförfarandet, även om kontraktet efter ändringen riktade sig till samma marknad. Stöd till slutsatsen finns vidare att hämta i ett uttalande om att det inte finns lagliga hinder mot att göra en ändring av mindre värde så länge ändringen inte har en *betydande* inverkan på den övergripande karaktären.<sup>129</sup>

#### 4.4.3 Oförutsebara omständigheter

Arrowsmith menar att förbudet mot att genomföra ändringar som medför ändring av kontraktets övergripande karaktär innebär en begränsning för att införskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader av en helt annan natur än det ursprungliga kontraktet. En upphandlande myndighet kan inte stödja sig på bestämmelsen om oförutsebara omständigheter när den har råkat ut för oförutsebara omständigheter som faller utanför det ursprungliga kontraktet.<sup>130</sup> Uttalandet är väl förenligt med slutsatsen att upphandlingsföremålet inte får ersättas, och den värdebegränsning som finns för varje ändring enligt bestämmelsen gör att det inte heller är möjligt att utvidga upphandlingsföremålet i vilken utsträckning som helst.<sup>131</sup>

Det går möjligtvis att utläsa ytterligare en komponent i uttalandet. Det samband som enligt Arrowsmith ska råda mellan de omständigheter som ska inträffa och den ändring omständigheterna ger upphov till skulle kunna sägas innebära att de varor, tjänster eller byggtreprenader som efter ändringen ingår i kontraktet ska ha ett samband med upphandlingsföremålet i det ursprungliga kontraktet. Slutsatsen är väl förenlig med ett exempel av Simovart, som menar att den övergripande karaktären inte nödvändigtvis ändras om antalet arbetstimmar i ett kontrakt fördubblas till följd av oförutsebara

---

<sup>128</sup> En ökning av priset med 10 % har tidigare ansetts utgöra en väsentlig ändring, se dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14, punkt 49. Se även Sánchez Graells, s. 430 f.

<sup>129</sup> SIGMA, Brief 38, s. 9.

<sup>130</sup> Se Arrowsmith, s. 600.

<sup>131</sup> Det går emellertid att göra flera på varandra följande ändringar om varje enskild ändring håller sig inom bestämmelsens värdebegränsning. Ytterst begränsas den friheten av att sådana ändringar, enligt bestämmelsen, inte får göras för att kringgå skyldigheten att upphandla.

omständigheter.<sup>132</sup> Det ökade antalet timmar avser fortfarande samma typ av arbete och har därmed ett samband med det ursprungliga upphandlingsföremålet.

I ett ramavtal avseende mobiltelefoner, som föreskriver att leverantörerna får införa nya produkter i sitt sortiment, skulle det vara tillåtet att byta ut en äldre modell mot en ny utan att det medför en ändring av den övergripande karaktären.<sup>133</sup> Produkterna har ett samband. Treumer har hävdats att det är oklart huruvida det skulle vara möjligt att i ett kontrakt införa en ny modell av en dator till samma pris med stöd i ändringar av mindre värde utan att den övergripande karaktären ändras. Författaren menar emellertid att det framgår att det är tillåtet.<sup>134</sup> Att produkterna har ett samband står klart.

Frågan är emellertid om en brist på samband mellan upphandlingsföremålet och det som införskaffas genom ändringen nödvändigtvis ändrar den övergripande karaktären. Det går att föreställa sig en ändring som varken innebär att upphandlingsföremålet ersätts eller att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad,<sup>135</sup> men som ändå borde kunna anses vara otillåten. Ett exempel skulle kunna vara att den upphandlande myndigheten, på grund av oförutsebara omständigheter, i ett kontrakt avseende köp av bussar även införskaffar mobiltelefoner.<sup>136</sup> Det är i sådana fall ett krav på att det som införskaffas ska ha ett samband med upphandlingsföremålet skulle fylla sin funktion. Vad den upphandlande myndigheten faktiskt gör när den införskaffar något som saknar samband med upphandlingsföremålet är att den införskaffar något som inte har utsatts för en öppen och fri konkurrens.<sup>137</sup> Redan på den grunden skulle en sådan ändring vara otillåten, eftersom det skulle strida mot art. 18.1 LOU-direktivet som föreskriver att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från direktivets tillämpningsområde eller för att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen.

---

<sup>132</sup> Se Simovart, 2016, s. 292.

<sup>133</sup> Se Risvig Hamer, s. 201.

<sup>134</sup> Se Treumer, 2014.2, s. 148.

<sup>135</sup> För en utförligare diskussion om vad som avses med att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, se avsnitt 5.2.2 nedan.

<sup>136</sup> Det skulle emellertid kunna förhålla sig så att mobiltelefonerna är kompatibla med bussarna på ett sätt som skulle innebära att de har ett samband. Exemplet avser ett förhållande när inget samband föreligger mellan bussarna och mobiltelefonerna.

<sup>137</sup> Om ändringen har stöd i kontraktsvillkoren och har prissatts så kan det emellertid inte anses som att den upphandlande myndigheten har införskaffat något som inte har konkurrensutsatts.

Mot den bakgrunden skulle det inte vara nödvändigt att tillskriva begreppet övergripande karaktär en begränsning innebärande att det som införskaffas genom ändringen ska ha ett samband med upphandlingsföremålet. En sådan begränsning skulle vidare felaktigt kunna begränsa tillämpningsområdet för ändrings- och optionsklausuler, eftersom det med stöd i en sådan klausul då inte skulle vara möjligt att införskaffa olika varor eller produkter inom ramen för samma kontrakt. Arrowsmiths uttalande som inledde förevarande avsnitt får således förstås så, att den övergripande karaktären ändras eftersom en sådan ändring som innebär att något annat införskaffas än vad ursprungskontraktet avsåg får till följd att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.<sup>138</sup>

#### **4.5 Typen av upphandling förändras i grunden**

Hittills har kapitlet behandlat vad som avses med att kontraktets övergripande karaktär ändras genom att upphandlingsföremålet ersätts med något annat. Enligt skäl 109 LOU-direktivet kan den övergripande karaktären även ändras genom att typen av upphandling förändras i grunden, om det kan antas att resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats. Vad som ska förstås med att typen av upphandling förändras i grunden har inte ägnats särskilt mycket uppmärksamhet i doktrinen. Ett exempel från förarbetena på en situation som kan medföra en ändring av den övergripande karaktären genom att typen av upphandling förändras i grunden har ansetts vara om den upphandlande myndigheten beslutar att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas från leverantören.<sup>139</sup> Av art. 2.1 punkt 8 LOU-direktivet och 1 kap. 24 § LOU följer att med varukontrakt avses både köp och leasing av en vara. En sådan ändring torde snarare kunna anses påverka upphandlingsföremålet än typen av upphandling eftersom själva köpet eller leasingen kan anses vara en del av upphandlingsföremålet.

En ändring som typiskt sett skulle kunna anses förändra upphandlingen i grunden är om ett kontrakt ändras till att vara ett ramavtal. I ett sådant fall kan det även antas att resultatet av upphandlingen hade påverkats eftersom fler leverantörer än den som tilldelades kontraktet skulle kunna vara del av ramavtalet, eller i förekommande fall att fler leverantörer hade varit intresserade av ramavtalet. Att en sådan ändring medför ändring av

---

<sup>138</sup> För en utförligare diskussion om vad som avses med att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, se avsnitt 5.2.2 nedan.

<sup>139</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 850 och UHM rapport 2017:4, s. 14.

den övergripande karaktären får anses sannolikt. Ytterligare en sådan grundläggande ändring skulle kunna vara att ett upphandlat kontrakt ändras till en koncession.<sup>140</sup> En sådan ändring skulle innebära att leverantören inte längre behöver göra vissa investeringar för att kunna fullgöra kontraktet, vilket innebär att fler leverantörer skulle kunna ha varit intresserade av koncessionen.

---

<sup>140</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 14.

## 5. Övergripande karaktärs begränsningar

### 5.1 Inledning

I kapitel tre konstaterades att begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär sannolikt inte har samma rättsliga innebörd. Båda begreppen är emellertid avsedda att ha en begränsande funktion för vilka ändringar som är tillåtna. Begreppet övergripande karaktär tillåter vissa väsentliga ändringar, men inte alla. Mot bakgrund av vad som framkommit tidigare i uppsatsen avser förevarande kapitel precisera vilka, samt även hur långtgående, begränsningar begreppet övergripande karaktär sannolikt kan och bör tillskrivas.

Som tidigare påpekats har doktrinen hittills inte behandlat alla tänkbara aspekter av begreppets begränsningar. I kapitlet kommer även undersökas om det är nödvändigt eller möjligt att tillskriva begreppet fler begränsningar än de som hittills har behandlats i uppsatsen, nämligen ändringar avseende upphandlingsföremålet och typen av upphandling. Anledningen till att ett sådant förhållningssätt till begreppet är nödvändigt är att det, liksom väsentlig ändring, har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen samt att det tidigare i uppsatsen har gjorts gällande att begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär i viss mån är avsedda att göra samma typ av ändringar otillåtna. Att ändringar som inte endast avser upphandlingsföremålet kan stå i strid med principerna har framgått tidigare i uppsatsen.<sup>141</sup>

### 5.2 Upphandlingsföremålet

#### 5.2.1 Inledning

Att den övergripande karaktären ändras när upphandlingsföremålet ersätts, t.ex. genom att köpa lastbilar istället för mobiltelefoner, råder det inget tvivel om. Inte heller när en byggtreprenad avseende byggnad av tunnel ändras så att en bro istället ska byggas.<sup>142</sup> Det finns många exempel på när det torde vara oproblematiskt att bedöma om upphandlingsföremålet har ersatts och den övergripande karaktären därmed har ändrats.

---

<sup>141</sup> Se främst avsnitt 3.2 ovan där det framgår att principerna, så som de har fått sin tolkning genom begreppet väsentlig ändring, kan åsidosättas även genom ändringar som inte endast avser upphandlingsföremålet.

<sup>142</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 14. Se även avsnitt 4.4.1 ovan.



Det finns emellertid ändringar som inte är lika enkla att bedöma. Har upphandlingsföremålet ersatts när ekologiska bananer införskaffas istället för icke-ekologiska bananer eller när upphandlande myndighet inför ett krav på att det kött som ska införskaffas ska vara halalslaktat?

Tidigare i uppsatsen drogs slutsatsen att den övergripande karaktären sannolikt kan ändras, inte bara när upphandlingsföremålet ersätts, utan även när upphandlingsföremålet utvidgas i viss utsträckning, eller med andra ord när kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.<sup>143</sup> Terminologin är hämtad från Konkurrens- och Forbrugerstyrelsen som med marknad synes avse leverantörsmarknad.<sup>144</sup> Följaktligen innebär det att den övergripande karaktären ändras när en ändring medför att kontraktet riktar sig till en annan leverantörsmarknad.<sup>145</sup> En ändring som inte medför att kontraktet riktar sig till en annan marknad ändrar således inte den övergripande karaktären, trots att ändringen kan vara att anse som väsentlig. I det följande kommer terminologin att kontraktet *riktar sig till en annan marknad* användas för att beskriva vad som minst krävs för att den övergripande karaktären ska ändras.

### 5.2.2 Riktar sig till en annan marknad

Frågan som nu ska söka besvaras är vad som avses med samma marknad och således hur långtgående begränsningen är. Mot bakgrund av att övergripande karaktär har sagts göra samma typ av ändringar otillåtna som begreppet väsentlig ändring tjänar det sitt syfte att förhålla frågan till begreppet väsentlig ändring. Utgångspunkten är emellertid att sådana begränsningar som följer av begreppet övergripande karaktär inte är lika långtgående som de begränsningar som följer av begreppet väsentlig ändring, vilket nämndes tidigare i uppsatsen.<sup>146</sup>

En första fråga är om bedömningen ska göras med beaktande av om kontraktet efter ändringen i sin helhet, t.ex. 100 bussar + 100 mobiltelefoner, riktar sig till en annan marknad, vilket är långt ifrån självklart eftersom leverantören som tilldelas kontraktet även

---

<sup>143</sup> Se avsnitt 4.4.1 ovan.

<sup>144</sup> Se t.ex. Konkurrens- och Forbrugerstyrelsen, s. 249 där det anges att det är en viss marknad som har intresse för ett visst kontrakt.

<sup>145</sup> I det följande används enbart ordet marknad, i överensstämmelse med Konkurrens- och Forbrugerstyrelsens terminologi.

<sup>146</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

efter ändringen måste kunna leverera 100 bussar. Om bedömningen istället ska göras av om det som införskaffas genom ändringen riktar sig till en annan marknad än vad det ursprungliga upphandlingsföremålet gjorde leder det emellertid till att en ändring innebärande köp av 100 mobiltelefoner i ett kontrakt avseende 100 bussar alltid riktar sig till en annan marknad. Ett än mer teoretiskt exempel som illustrerar situationen skulle kunna vara att det i ett byggtreprentkontrakt värt 500 miljoner kronor genom en ändring införskaffas även 10 datorer. Mot bakgrund av att det skulle vara missvisande att i en sådan situation påstå att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats så får det anses uteslutet att den övergripande karaktären ändras av en sådan ändring.

Mest ändamålsenligt torde således vara att bedöma huruvida kontraktet efter ändringen i sin helhet riktar sig till en annan marknad. I ett sådant fall där ändringen innebär köp av 10 datorer i ett byggtreprentkontrakt med högt värde kan ändringen istället anses otillåten eftersom det som införskaffas genom ändringen inte har konkurrensutsatts och således står i strid med art. 18.1 LOU-direktivet.<sup>147</sup> Bedömningen av om kontraktet riktar sig till samma marknad torde således göras med beaktande av kontraktet i sin helhet, och ändringen måste även förhålla sig till andra grundläggande principer.

Till stöd för slutsatsen ska ett exempel ges på en ändring som inte skulle innebära att kontraktet riktar sig till en annan marknad. Om ett kontrakt avseende avfallshantering av hushållssopor som sträcker sig över fyra år ändras så att kontraktet det sista året även omfattar grovsopor, så ändras inte den övergripande karaktären.<sup>148</sup> Även om andra leverantörer hade varit intresserade av att omhänderta grovsopor, så riktar sig inte kontraktet i sin helhet till en annan marknad efter ändringen, eftersom den övervägande delen av kontraktet fortfarande avser hushållssopor. Det kan inte heller antas att resultatet påverkades, eftersom leverantörer som enbart omhändertar grovsopor inte hade kunnat leverera den övervägande delen av kontraktet, nämligen hushållsavfallet. Om det inte skulle vara kontraktet i sin helhet som utgjorde utgångspunkt för bedömningen skulle en sådan ändring ofta, eller alltid, anses rikta sig till en annan marknad.

---

<sup>147</sup> Se avsnitt 4.4.3 ovan.

<sup>148</sup> Se Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen, s. 252.

Treumer har hävdad att den övergripande karaktären skulle kunna ändras om den upphandlande myndigheten inför ett krav på att kött ska vara halalslaktat eller ett krav på viss färgsättning av en produkt.<sup>149</sup> Uttalandet visar att en ändring, åtminstone för vissa, kan verka betydelselös, men ändå medföra att kontraktet, med nu använd terminologi, riktar sig till en annan marknad. Frågan om införandet av ett krav på färgsättning av en viss produkt innebär att kontraktet riktar sig till en annan marknad är emellertid inte självklar. Det går å ena sidan att hypotetiskt föreställa sig en marknad där varje leverantör har möjlighet att leverera en produkt i vilken färg som helst, och å andra sidan en marknad där leverantörerna i någon utsträckning bara har möjlighet att leverera en produkt i en viss färg. I det senare fallet skulle en sådan ändring innebära att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, eftersom ändringen innebär att andra leverantörer än den som tilldelades kontraktet hade kunnat leverera det ändrade föremålet. Den leverantör som avstått från att lämna anbud eftersom kravet på färg inte kunde mötas skulle således efter ändringen inte ha behandlats lika om leverantören hade kunnat leverera produkten i den färgen. Samma resonemang kan tillämpas på frågan om ett kontrakt avseende ekologisk frukt riktar sig till samma marknad som ett kontrakt avseende icke-ekologisk frukt.<sup>150</sup> Det torde kunna sägas innebära att vad som är samma marknad inte är något som kan ges en fast definition, utan är beroende av vilken marknad kontraktet riktar sig till.

Som tidigare nämnts ska det förhållande att den upphandlande myndigheten beslutar att köpa varor som enligt kontraktet ska leasas sannolikt anses påverka upphandlingsföremålet.<sup>151</sup> En sådan ändring ska således anses medföra ändring av den övergripande karaktären om kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.<sup>152</sup> Det torde stå klart att kontraktet, beroende av om det avser köp eller leasing, kan attrahera olika leverantörer. En leverantör kan mycket väl tänkas vara intresserad av att leasa ut vissa varor, men mindre intresserad av att sälja varorna. Som utgångspunkt torde köp och leasing anses rikta sig till olika marknader, även om det kan finnas vissa marknader som inte har en sådan uppdelning. Att en sådan ändring kan antas påverka resultatet får anses stå klart,

---

<sup>149</sup> Se Treumer, 2014.2, s. 148.

<sup>150</sup> Se Konkurrens- och Forbrugerstyrelsen, s. 251, där uppfattningen framförs att en sådan ändring innebär att kontraktet riktar sig till en annan marknad.

<sup>151</sup> Se avsnitt 4.5 ovan.

<sup>152</sup> Se Konkurrens- och Forbrugerstyrelsen, s. 251.

eftersom de leverantörer som valt att inte lämna anbud på grund av att kontraktet avsåg leasing kan antas ha varit intresserad av att lämna anbud om det ursprungliga kontraktet istället avsåg köp.

I domen *Finn Frogne* konstaterade EU-domstolen att en ändring av delarna i ett kontrakt genom en inskränkning av upphandlingsföremålet kan få till följd att ett större antal ekonomiska aktörer kan bli intresserade av att lämna anbud. En inskränkning av upphandlingsföremålet innebär nämligen att kontraktet blir intressant även för mindre ekonomiska aktörer.<sup>153</sup> Även om domen avser begreppet väsentlig ändring kan det sägas vara väl förenligt med påståendet att en bedömning ska göras huruvida kontraktet efter en ändring riktar sig till samma marknad eftersom även begreppet övergripande karaktär är beroende av huruvida resultatet kan antas ha påverkats. Uttalandet ger således stöd för att inte bara en utvidgning, utan även en inskränkning, av upphandlingsföremålet kan ändra den övergripande karaktären. Även en sådan ändring som inskränker upphandlingsföremålet kan nämligen anses innebära att kontraktet riktar sig till en annan marknad, eftersom ett större antal leverantörer sannolikt hade haft kapacitet att fullgöra kontraktet efter ändringen.

Det går att föreställa sig att ett kontrakt kan rikta sig till en annan marknad även när upphandlingsföremålet förblir detsamma, men ändringen innebär att en upphandlad tjänst ska genomföras i ett annat geografiskt område än det som föreskrevs i upphandlingsdokumenten. En sådan ändring torde kunna innebära att kontraktet riktar sig till en annan marknad, särskilt i fall där de olika geografiska områdena ligger långt ifrån varandra eftersom vissa leverantörer endast kan ha möjlighet att genomföra vissa tjänster inom vissa geografiska områden.

Exemplet ovan blir mer osäkert om tjänsten fortfarande ska levereras i samma geografiska område, men ändringen innebär att det i tillägg även ska levereras en mindre andel i ett annat geografiskt område. En sådan ändring innebär att den leverantör som tilldelas kontraktet fortfarande måste kunna leverera tjänsten i det ursprungliga geografiska

---

<sup>153</sup> Se dom av den 7 september 2016, *Finn Frogne*, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 29.

området, varför det är svårt att se att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.

Sammanfattningsvis ska bedömningen huruvida kontraktet riktar sig till en annan marknad göras av kontraktet i sin helhet efter ändringen. Vad som ska anses vara samma marknad kan inte ges en enhetlig definition eftersom det beror på vilken marknad det är fråga om. Såväl en utvidgning som en inskränkning av upphandlingsföremålet kan leda till att kontraktet riktar sig till en annan marknad.

### *5.2.3 Särskilt om ändrings- och optionsklausuler*

Ett exempel som i sammanhanget har skapat meningsskiljaktighet är om den övergripande karaktären ändras när det i ett kontrakt avseende köp av 10 bussar genom en optionsklausul införskaffas ytterligare 100 bussar. Enligt förarbetena till LOU innebär en sådan ändring per se att den övergripande karaktären ändras.<sup>154</sup> Uttalandet har blivit kritiserat för att felaktigt utgå från att det finns en värdebegränsning i begreppet övergripande karaktär och att när kontraktet efter ändringen fortsatt avser köp av bussar så ändras inte den övergripande karaktären.<sup>155</sup>

Om frågan istället bedöms efter huruvida kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad blir svaret inte lika svart eller vitt. Arrowsmith är något mjukare och påstår att en sådan utvidgning av upphandlingsföremålet inte måste, men kan medföra en ändring av den övergripande karaktären.<sup>156</sup> Uttalandet kan sägas överensstämma med att en bedömning av den aktuella marknaden måste göras och huruvida den övergripande karaktären har ändrats är beroende av utfallet av bedömningen. I exemplet med bussarna skulle det innebära att den övergripande karaktären kan ändras om ett kontrakt som omfattar 110 bussar vänder sig till en annan marknad än ett kontrakt som omfattar 10 bussar. Att så skulle vara fallet är långt ifrån självklart, vilket åtminstone får anses innebära att uttalandet i förarbetena åtminstone förespråkar en mer långtgående inskränkning än vad

---

<sup>154</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 850.

<sup>155</sup> Se UHM rapport 2017:4, s. 15 och Lavér & Elveljung, s. 151. Se avsnitt 4.2.2 ovan angående frågan om begreppet innebär någon värdebegränsning. Jfr Nilsson, s. 259, som är av uppfattningen att den övergripande karaktären kan ändras genom en option med högt värde, men sannolikt inte enbart på värdemässiga grunder.

<sup>156</sup> Se Arrowsmith, s. 600.

begreppet övergripande karaktär sannolikt gör anspråk på.<sup>157</sup> Svaret på frågan är således beroende av vilken marknad som är relevant för bedömningen, och marknaden för bussar kan skilja sig väsentligt från t.ex. marknaden för frukt i det avseendet att fler eller färre leverantörer kan ha möjlighet att leverera mer eller mindre av samma produkt. Om ändringen är tillräckligt stor för att utesluta åtminstone en del av leverantörerna skulle det kunna innebära att kontraktet riktar sig till en annan marknad.<sup>158</sup>

Som tidigare nämnts är det inte tillräckligt att kontraktet riktar sig till en annan marknad. Det ska inte heller kunna uteslutas att ändringen kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen.<sup>159</sup> I det omdiskuterade exemplet med bussarna hade ändringen föreskrivits i en optionsklausul, vilket innebär att alla leverantörer på förhand var införstådda med att kontraktet kunde komma att omfatta totalt 110 bussar. Det kan således hävdas att en ändring som utvidgar upphandlingsföremålet, med stöd i en optionsklausul, aldrig kan medföra att resultatet av upphandlingen påverkas, eftersom alla leverantörer känt till att kontraktet kan ändras i enlighet med optionsklausulen.<sup>160</sup> En sådan uppfattning skulle kunna anses innebära en obegränsad frihet för den upphandlande myndigheten, något som enligt Treumer inte är möjligt inom ramen för den övergripande karaktären. Treumer är av uppfattningen att skäl 111 LOU-direktivet, som föreskriver att en ändrings- eller optionsklausul inte bör ge den upphandlande myndigheten en obegränsad frihet, kan läsas tillsammans med begreppet övergripande karaktär. Det innebär enligt författaren att parterna i kontraktet beviljas en bred marginal för skönsmässiga ändringar.<sup>161</sup> Eftersom anledningen till att ändringar som medför ändring av den övergripande karaktären är otillåtna är att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats, skulle uppfattningen att resultatet inte kan ändras av en utvidgning av upphandlingsföremålet som har stöd i en optionsklausul vidare innebära att den övergripande karaktären aldrig kan ändras när det

---

<sup>157</sup> Jfr Treumer, 2014.2, s. 148 som menar att upphandlande myndigheter i och med införandet av begreppet övergripande karaktär har tillförsäkrats ett betydande handlingsutrymme.

<sup>158</sup> För att tilldelas kontraktet i den ursprungliga upphandlingen måste ju leverantören ha kapacitet att leverera även om ändrings- eller optionsklausulen aktiveras. Värdet av kontraktet ska beräknas som om options- och förlängningsklausuler i kontraktet hade utnyttjats enligt 5 kap. 3 § LOU, vilket innebär att kapacitetskraven avseende ekonomisk och finansiell ställning som får ställas enligt 14 kap. 3-4 §§ LOU kan utesluta vissa leverantörer från att kvalificera sig för upphandlingen.

<sup>159</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

<sup>160</sup> Se Trepte, s. 189.

<sup>161</sup> Se Treumer, 2012, s. 153. Se även Arrowsmith, s. 587 och Olivera, s. 35 som menar att en ändring inte kan vara tillåten enbart på den grunden att den föreskrevs i en ändrings- eller optionsklausul.

finns stöd i en ändrings- eller optionsklausul. Begreppet övergripande karaktär skulle således vara betydelselöst inom ramen för bestämmelsen om ändrings- och optionsklausuler, något som får anses orimligt.

Enligt ett mer ändamålsenligt synsätt skulle det kunna hävdas att om kontraktet efter en ändring, även med stöd i en ändrings- eller optionsklausul, riktar sig till en annan marknad, så skulle det per se innebära ett antagande om att resultatet av upphandlingen kan ha påverkats.<sup>162</sup> En sådan ändring skulle således medföra en ändring av den övergripande karaktären, och därmed vara otillåten. Slutsatsen vinner visst stöd i EU-domstolens uttalande i domen *Wall* om att en ändring som alla leverantörer kände till endast i undantagsfall kan innebära att ett nytt kontrakt ska anses ha ingåtts.<sup>163</sup> Att ett kontrakt ändras i sådan utsträckning att det riktar sig till en annan marknad får sannolikt anses vara ett sådant undantagsfall. Domen behandlar visserligen vad som kan anses utgöra en väsentlig ändring, men ledning går trots det att hämta i uttalandet eftersom frågan nu är om en ändrings- eller optionsklausul alltid gör en ändring tillåten med hänsyn till att alla leverantörer kände till ändringen på förhand och att likabehandlingsprincipen således inte har blivit åsidosatt.

### **5.3 Andra begränsningar**

#### *5.3.1 Inledning*

En nödvändig fråga att ställa är om de begränsningar som, enligt uppsatsen, tar sikte på upphandlingsföremålet eller typen av upphandling är tillräckliga, eller om begreppet övergripande karaktär ska tillskrivas även andra begränsningar. Det framgår av skäl 109 LOU-direktivet att när upphandlingsföremålet ersätts eller när typen av upphandling förändras i grunden är exempel på när den övergripande karaktären kan ändras. Det ger en antydning om att även andra typer av ändringar skulle kunna medföra ändring av den övergripande karaktären. Det kan inte heller sägas råda några tvivel om att även en ändring av något annat än upphandlingsföremålet eller typen av upphandling kan leda till den relevanta följden att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats. Trots det har

---

<sup>162</sup> Se även exemplet i avsnitt 4.4.1 ovan.

<sup>163</sup> Se dom av den 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39 och HFD 2016 ref. 85.

doktrinen nästan uteslutande fokuserat på att den övergripande karaktären ändras när upphandlingsföremålet ersätts.

Begreppet övergripande karaktär har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, som kan överträdas på avsevärt många fler sätt än just genom ändringar av upphandlingsföremålet i sig.<sup>164</sup> Även det ger en antydning om att sådana andra ändringar skulle kunna medföra ändring av den övergripande karaktären. Värt att notera är vidare att begreppet övergripande karaktär synes vara den enda materiella begränsning för ändringar, bortsett från värde, som följer av ändringsgrunderna.<sup>165</sup> Treumer har hävdad att kravet på att ändrings- och optionsklausuler ska vara klara, exakta och entydiga inte utesluter möjligheten att en upphandlande myndighet kan genomföra ändringar som åtminstone hypotetiskt sett inskränker konkurrensen i hög utsträckning.<sup>166</sup> Det skulle kunna sägas innebära att det är nödvändigt att begreppet övergripande karaktär fångar upp alla ändringar som inte ska anses vara tillåtna trots att de har stöd i någon av ändringsgrunderna. Mot den bakgrunden torde det vara rimligt, eller åtminstone möjligt, att begreppet ska tillskrivas fler begränsningar än sådana som avser upphandlingsföremålet eller typen av upphandling.

Tidigare i uppsatsen sades att båda begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär, åtminstone i viss mån, är avsedda att göra samma typ av ändringar otillåtna, nämligen sådana som kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen.<sup>167</sup> Mot den bakgrunden kommer förevarande avsnitt utgå från vissa väsentliga ändringar och undersöka huruvida de även kan medföra ändring av den övergripande karaktären. Utgångspunkterna för avsnittet är att det finns olika grader av väsentlighet i ändringar, och att begreppet övergripande karaktär sannolikt är avsett att göra en sådan ändring som hör till den övre skalan av väsentlighet otillåten,<sup>168</sup> samt att parterna i kontraktet har ett större

---

<sup>164</sup> Se avsnitt 3.2 ovan angående åsidosättande av principerna så som de har fått sin tolkning genom begreppet väsentlig ändring.

<sup>165</sup> Se avsnitt 4.2.1 ovan.

<sup>166</sup> Se Treumer, 2012, s. 153.

<sup>167</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

<sup>168</sup> Se avsnitt 3.3.3 ovan.



handlingsutrymme att ändra kontraktet under dess fullgörande när stöd för en sådan ändring finns i någon av ändringsgrunderna.<sup>169</sup>

### 5.3.2 Begränsningar

I förarbetena till LOU uttalades att den övergripande karaktären kan ändras om den upphandlande myndigheten avstår från att tillämpa ett väsentligt kontraktsvillkor.<sup>170</sup> Exemplet känns igen från en dom av Kammarrätten i Jönköping där ett krav i ett ramavtal på att den upphandlande myndigheten skulle tillerkännas vite vid försenad leverans inte tillämpades i de kontrakt som avropades från ramavtalet. Ändringen ansågs vara väsentlig.<sup>171</sup> Uppsatsen har tidigare konstaterat att det går att göra vissa väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna och en sådan ändring som ovan avser inte upphandlingsföremålet eller typen av upphandling. Om en sådan ändring inte anses medföra en ändring av den övergripande karaktären skulle den således kunna vara tillåten om den t.ex. föreskrevs i en ändringsklausul. Det finns inga bärande skäl för att en sådan ändring i alla händelser skulle vara tillåten om den föreskrevs i en ändringsklausul.<sup>172</sup> Det skulle ge den upphandlande myndigheten en i det närmaste obegränsad frihet. Att en sådan ändring, som inte avser upphandlingsföremålet eller typen av upphandling, kan medföra en ändring av den övergripande karaktären får således anses rimligt.

Det har tidigare hävdats att begreppet övergripande karaktär är avsett att göra ändringar som hör till den övre skalan av väsentlighet otillåtna.<sup>173</sup> Mot den bakgrunden kan det antas att en ändring som innebär att den upphandlande myndigheten avstår från att tillämpa ett kontraktsvillkor endast kommer medföra en ändring av den övergripande karaktären om t.ex. vitesbeloppet som den upphandlande myndigheten underlåter att utkräva är betydande. Att det i en sådan situation kan antas att resultatet av upphandlingen påverkas får anses klart, eftersom andra leverantörer får antas ha varit intresserade av att lämna anbud om ett sådant kontraktsvillkor inte skulle tillämpas. Det skulle emellertid,

---

<sup>169</sup> Se avsnitt 3.4 ovan.

<sup>170</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 850. Uttalandet skulle kunna vara en direkt följd av den påstådda sammanblandningen av begreppen övergripande karaktär och väsentlig ändring. Det finns ändå skäl att använda exemplet som utgångspunkt, i synnerhet eftersom begreppen har sin grund i samma principer.

<sup>171</sup> Se Kammarrätten i Jönköpings dom av den 10 juli 2009 (mål nr 953-09).

<sup>172</sup> Samma gäller om frånfallandet av tillämpningen beror på oförutsebara omständigheter, eller om ändringen anses vara av mindre värde.

<sup>173</sup> Se avsnitt 3.3.3 ovan.

med stöd i någon av ändringsgrunderna, kunna vara möjligt att avstå från att tillämpa ett viteskrav om vitesbeloppet inte är betydande.

I förarbetena framgår även att den övergripande karaktären skulle kunna ändras om den upphandlande myndigheten frånfaller ett krav som har ställts i upphandlingen.<sup>174</sup> En sådan ändring skulle anses vara väsentlig enligt art. 72.4 (a) LOU-direktivet om den hade inneburit bl.a. att andra anbud skulle ha godkänts, d.v.s. om resultatet av upphandlingen hade påverkats.<sup>175</sup> Frågan är om en sådan ändring går att göra med stöd i någon av ändringsgrunderna utan att den övergripande karaktären ändras. Frågan är relevant eftersom det tidigare har hävdats att det sannolikt går att göra vissa väsentliga ändringar med stöd i någon av ändringsgrunderna.<sup>176</sup> Om ingen begränsning finns mot en sådan ändring skulle det innebära att den upphandlande myndigheten gavs en i det närmaste obegränsad frihet, och dessutom leda till orimliga konsekvenser. En upphandlande myndighet skulle kunna frånfalla sådana obligatoriska krav som ställts i upphandlingen under kontraktets fullgörande med stöd i någon av ändringsgrunderna. En ändringsklausul skulle visserligen ha den effekten att alla leverantörer kände till ändringen, men skulle likväl kunna utesluta vissa leverantörer som inte kunde uppfylla det obligatoriska kravet från den ursprungliga upphandlingen. En leverantör som avstått från att lämna anbud p.g.a. att leverantören inte kunde uppfylla alla obligatoriska krav skulle sannolikt ha lämnat anbud om det obligatoriska kravet inte hade ställts i den ursprungliga upphandlingen. Det står åtminstone klart att en sådan ändring skulle åsidosätta likabehandlingsprincipen.<sup>177</sup> Att begreppet övergripande karaktär har sin grund i likabehandlingsprincipen torde kunna innebära att en sådan ändring kan medföra en ändring av den övergripande karaktären. Det förhållandet att begreppet sannolikt ska göra de mest väsentliga ändringarna otillåtna skulle kunna innebära att vissa ställda krav går att frånfalla. Att frånfalla ett obligatoriskt krav som är proportionerligt och har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen

---

<sup>174</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 850. Även det uttalandet skulle kunna vara en direkt följd av den påstådda sammanblandningen av begreppen övergripande karaktär och väsentlig ändring.

<sup>175</sup> Se dom av den 22 juni 1993, Stora Bält, C-243/89, EU:C:1993:257, punkt 37 där EU-domstolen konstaterar att likabehandlingsprincipen kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i upphandlingsdokumenten för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna.

<sup>176</sup> Se avsnitt 3.3.3 ovan.

<sup>177</sup> Se HFD 2016 ref. 37 II.

torde under alla omständigheter medföra en ändring av den övergripande karaktären.<sup>178</sup> I en sådan situation står det klart att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats.

Ett sådant krav som inte torde kunna frånfallas utan att den övergripande karaktären ändras skulle kunna vara om den upphandlande myndigheten har krävt att leverantören ska kunna genomföra en tjänst inom två olika geografiska områden. Även om endast en liten, i förhållande till kontraktet i sin helhet, del av kontraktet ska genomföras i ett annat geografiskt område än där huvuddelen ska genomföras skulle ett frånfallande från kravet att leverantören ska kunna leverera tjänsten i både områdena innebära att den övergripande karaktären ändras. En sådan ändring innebär ju att vissa leverantörer kan ha avstått från att lämna anbud eftersom de inte haft möjlighet att genomföra tjänsten i båda de geografiska områdena. Det kan således antas att resultatet av upphandlingen påverkas av en sådan ändring.

Ytterligare ett möjligt exempel på varför det skulle kunna vara nödvändigt att tillskriva begreppet övergripande karaktär sådana ytterligare begränsningar är ett uttalande i domen *Wall*. EU-domstolen anförde att ett byte av underleverantör i undantagsfall kan, även om möjligheten föreskrevs i en ändringsklausul, utgöra en ändring av de väsentliga delarna i kontraktet när valet av underleverantör har varit en avgörande faktor vid kontraktets tecknande.<sup>179</sup> En sådan ändring kan således enligt EU-domstolen vara väsentlig. Om en sådan ändring även efter ikraftträdandet av LOU-direktivet ska anses vara otillåten när den har stöd i någon av ändringsgrunderna krävs att den medför ändring av den övergripande karaktären. Mot bakgrund av det ökade handlingsutrymme begränsningar enligt övergripande karaktär sannolikt ger i förhållande till väsentliga ändringar finns det skäl att anta att en sådan ändring inte medför ändring av den övergripande karaktären. Det finns inte heller något som talar för att en sådan ändring kan antas ha påverkat resultatet i upphandlingen. I en situation där underleverantören t.ex. har patent på en lösning som ingår i upphandlingsföremålet skulle ett byte av underleverantör istället kunna bedömas enligt den ändring som nödvändigtvis sker av

---

<sup>178</sup> Jfr HFD 2016 ref. 37 II där Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att en upphandlande myndighet som godtar ett anbud med bortseende från ett sådant krav har handlat felaktigt.

<sup>179</sup> Se dom av den 13 april 2010, *Wall*, C-91/08, EU:C:2010:182, punkt 39.

upphandlingsföremålet.<sup>180</sup> I en sådan situation där upphandlingsföremålet ändras finns även möjligheten att ändringen kan innebära ett antagande om att resultatet hade påverkats. Det skulle således inte vara nödvändigt att den övergripande karaktären ändras när det sker ett byte av underleverantör, under förutsättning att bytet inte medför ändring av upphandlingsföremålet.

Ett exempel får illustrera det nyss sagda. En leverantör som har tilldelats ett kontrakt ska till den upphandlande myndigheten sälja en produkt med en inbyggd teknologi som en av leverantörens underleverantörer har patent på. Kontraktet innehåller en ändringsklausul som möjliggör byte av underleverantör. Den övergripande karaktären ändras inte p.g.a. att en underleverantör byts ut med stöd i ändringsklausulen. Om den underleverantör som har patent på den inbyggda teknologin byts ut innebär det att leverantören inte längre kan sälja produkten med den inbyggda teknologin. En sådan ändring skulle kunna medföra ändring av den övergripande karaktären, eftersom upphandlingsföremålet kan anses ersatt när kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.

En ändring av priset till förmån för leverantören har i en dom av Kammarrätten i Göteborg ansetts vara väsentlig och således otillåten när ändringen inte föreskrevs i upphandlingsdokumenten. Prisändringen var marginell men hade inte motiverats av några objektiva omständigheter.<sup>181</sup> Att en sådan ändring hade kunnat vara tillåten enligt en ändringsklausul följer av domen och ligger i linje med slutsatsen om att det är möjligt att göra vissa väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna. En sådan ändring torde inte kunna anses tillåten under alla omständigheter endast för att den framgår av kontraktsvillkoren, varför det kan sägas vara nödvändigt med en sådan begränsning inom ramen för begreppet övergripande karaktär. Eftersom begreppet övergripande karaktär har sagts göra sådana ändringar otillåtna vars väsentlighet hör till den övre skalan får det emellertid antas att endast en prisjustering till förmån för leverantören som är betydande kan medföra en ändring av den övergripande karaktären.

---

<sup>180</sup> Se avsnitt 5.2 ovan.

<sup>181</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 15 mars 2013 (mål nr 6952-12).

Frågan är då om en sådan ändring, som visserligen är av mindre värde, men ändrar kontraktets ekonomiska jämvikt till fördel för leverantören, alltid är tillåten enligt art. 72.2 LOU-direktivet om ändringar av mindre värde.<sup>182</sup> Frågan är relevant eftersom den övergripande karaktären enligt stycket ovan bara skulle ändras om förmånen för leverantören är betydande och det tidigare i uppsatsen har hävdats att begreppet övergripande karaktär inte innebär någon värdebegränsning.<sup>183</sup> Att ändringen är betydande torde vara uteslutet eftersom bestämmelsen bara tillåter ändringar av just mindre värde. Enligt Arrowsmith synes problemet kunna lösas genom att proportionalitetsprincipen sätter gränser för sådana ändringar som inte kan anses önskvärda, men som samtidigt inte medför en ändring av den övergripande karaktären. Proportionalitetsprincipen kräver nämligen att varje sådan ändring är nödvändig.<sup>184</sup> En begränsning av prisjusteringar till förmån för leverantören som inte är betydande skulle inom ramen för begreppet övergripande karaktär felaktigt begränsa möjligheten till prisjustering med stöd i en ändringsklausul. Det skulle därmed kunna hävdas att proportionalitetsprincipen fyller luckorna som begreppet övergripande karaktär med nödvändighet lämnar öppna.<sup>185</sup>

Frågan är om ett liknande resonemang skulle kunna föras angående kontraktsförlängningar. En kontraktsförlängning är en väsentlig ändring som är möjlig att genomföra med stöd i kontraktsvillkoren.<sup>186</sup> Det gäller även för kontrakt som enligt villkoren förlängs automatiskt om kontraktet inte sägs upp viss angiven tid.<sup>187</sup> En begränsning för hur långt ett kontrakt får sträcka sig måste finnas, även med beaktande av en förlängning som har stöd i en optionsklausul. Den upphandlande myndigheten skulle annars ges en obegränsad frihet att ingå kontrakt med valfri kontraktslängd. Det finns ingen tidsbegränsning angiven för kontrakt i LOU.<sup>188</sup> Enligt EU-domstolen finns det emellertid begränsningar för hur lång kontraktstiden får vara, eftersom en allt för lång tidsperiod i

---

<sup>182</sup> En prisjustering som är till nackdel för leverantören skulle svårligen kunna anses medföra en ändring av den övergripande karaktären, eftersom en sådan ändring inte kan antas ha påverkat resultatet.

<sup>183</sup> Se avsnitt 4.2.2 ovan.

<sup>184</sup> Se Arrowsmith, s. 599.

<sup>185</sup> Se Sánchez Graells, s. 431. Även vad avser ändringar på grund av oförutsebara omständigheter kan proportionalitetsprincipen fylla en sådan lucka och hindra att kontraktets ekonomiska jämvikt i allt för hög grad ändras till förmån för leverantören, se Arrowsmith, s. 601.

<sup>186</sup> Se Kammarrätten i Stockholms dom av den 14 september 2010 (mål nr 6784-09).

<sup>187</sup> Se Kammarrätten i Göteborgs dom av den 2 december 2011 (mål nr 5755-11).

<sup>188</sup> För ramavtal gäller enligt 7 kap. 2 § LOU att ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

onödan kan begränsa konkurrensen.<sup>189</sup> Huvudregeln är att kontraktstiden får vara så lång som är nödvändigt för att leverantören ska få rimlig avkastning på sin nödvändiga investering.<sup>190</sup>

Det skulle kunna hävdas att sådana begränsningar som redan följer av att ändringen innebär en inskränkning av konkurrensen inte är nödvändiga inom ramen för övergripande karaktär. Med ett sådant synsätt skulle det emellertid inte heller vara nödvändigt att begreppet begränsade sådana situationer när upphandlingsföremålet ersätts, vilket det med säkerhet gör enligt skäl 109 LOU-direktivet. En sådan ändring innebär ju de facto att det som införskaffas inte har varit utsatt för fri och öppen konkurrens, vilket är en grundläggande princip enligt art. 18.1 LOU-direktivet och 4 kap. 2 § LOU. I förarbetena till LOU uttalades att förbudet mot att begränsa konkurrensen gällde redan före direktivet trädde ikraft och att det följer av de allmänna rättsprinciperna.<sup>191</sup> Uppfattningen finns emellertid att även om principen om konkurrens och likabehandlingsprincipen är väldigt lik varandra så medför ett lagstadgande av principen om konkurrens delvis nya krav.<sup>192</sup> Simovart har uttalat att regleringen om ändringar av kontrakt syftar till att skydda både principen om konkurrens och anbudsgivarnas rättigheter.<sup>193</sup> Sánchez Graells synes vara av uppfattningen att principen om konkurrens är en underliggande och vägvisande princip för hur direktivet ska tillämpas.<sup>194</sup> Mot den bakgrunden skulle begreppet övergripande karaktär sannolikt kunna sägas innebära en begränsning för ändringar som inskränker konkurrensen, så som t.ex. en oproportionerlig tidsperiod för ett kontrakt.

Den stora likhet som föreligger mellan likabehandlingsprincipen och principen om konkurrens torde emellertid innebära att rättsläget inte påverkas i någon nämnvärd utsträckning av påståendet och att påståendet således inte är särskilt kontroversiellt. Arrowsmith är av uppfattningen att principen om konkurrens ger uttryck för den mer generella likabehandlingsprincipen,<sup>195</sup> vilket skulle kunna innebära att det finns utrymme

---

<sup>189</sup> Se dom av den 9 mars 2006, kommissionen/Spanien, C-323/03, EU:C:2006:159, punkt 44 och dom av den 9 september 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506, punkt 46.

<sup>190</sup> Se Sundstrand, 2013, s. 203.

<sup>191</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 427.

<sup>192</sup> Se Sánchez Graells, s. 227 ff.

<sup>193</sup> Se Simovart, 2016, s. 292.

<sup>194</sup> Se Sánchez Graells, s. 195 ff.

<sup>195</sup> Se Arrowsmith, s. 631.

för principen om konkurrens att utvecklas något mer självständigt i förhållande till likabehandlingsprincipen.

### 5.3.3 *Slutsatser*

Sammanfattningsvis har avsnittet visat att det är möjligt att tillskriva begreppet övergripande karaktär fler begränsningar än sådana som avser upphandlingsföremålet eller typen av upphandling. De situationer som har behandlats i avsnittet utgör exempel på sådana ändringar som skulle kunna medföra ändring av den övergripande karaktären. Mot bakgrund av de skäl som talar för att även andra begränsningar skulle kunna omfattas av begreppet övergripande karaktär,<sup>196</sup> får det anses sannolikt att även andra ändringar än sådana som har behandlats i förevarande avsnitt skulle kunna medföra ändring av den övergripande karaktären. Gemensamt för de övriga ändringar som enligt avsnittet har ansetts kunna ändra den övergripande karaktären är att samtliga ändringar skulle vara att anse som väsentliga. Likheten mellan begreppen övergripande karaktär och väsentlig ändring gör sig således tydligt gällande. För att på ett enhetligt sätt kunna beskriva vilken typ av begränsningar som omfattas av begreppet övergripande karaktär sades angående upphandlingsföremålet att kontraktet efter ändringen inte får rikta sig till en annan marknad.<sup>197</sup> Frågan är om samma terminologi kan användas för att förklara även vilka andra begränsningar som omfattas av begreppet övergripande karaktär.

Att kontraktet efter en ändring riktar sig till en annan marknad sades tidigare innebära att den övergripande karaktären ändras när en ändring medför att kontraktet riktar sig till en annan leverantörsmarknad.<sup>198</sup> Det avgörande för när ett kontrakt riktar sig till en annan marknad torde vara att andra eller ytterligare leverantörer hade varit intresserade av kontraktet efter ändringen. Det stämmer väl med skäl 109 LOU-direktivet som föreskriver att anledningen till att den övergripande karaktären ändras är att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats. Mot den bakgrunden får det anses rimligt att kontraktet, även efter andra ändringar än sådana som påverkar upphandlingsföremålet, kan rikta sig till en annan marknad. Terminologin kan således sägas vara generell tillämplig

---

<sup>196</sup> Se skälen till varför även andra ändringar torde kunna medföra ändring av den övergripande karaktären i avsnitt 5.3.1 ovan.

<sup>197</sup> Se avsnitt 4.4.1 och 5.2.2 ovan.

<sup>198</sup> Se avsnitt 5.2.1 ovan.

på ändringar. En betydande prisjustering till förmån för leverantören skulle kunna sägas innebära att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad, eftersom resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats av ändringen.

Det skulle kunna hävdas att sådana begränsningar uppsatsen tillskriver begreppet inte är nödvändiga eftersom sådana begränsningar redan följer av den rättspraxis från EU-domstolen som har legat till grund för lagstiftningen.<sup>199</sup> Ett sådant synsätt skulle innebära att begreppet övergripande karaktär är avsett att föra in nya begränsningar i möjligheterna till kontraktsändringar. Det skulle vidare innebära att begreppet inte fyller någon rättslig funktion, eftersom ändringar som med säkerhet medför ändring av den övergripande karaktären, t.ex. när upphandlingsföremålet faktiskt ersätts, skulle vara otillåtna redan på den grunden att de inte står i överensstämmelse med EU-domstolens praxis. En sådan ändring skulle under alla omständigheter innebära att det hade varit möjligt att godkänna andra anbudsgivare eller anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs.<sup>200</sup> Att det skulle förhålla sig så, att de begränsningar som enligt uppsatsen följer av begreppet inte är nödvändiga eftersom begränsningarna redan följer av rättspraxis, får således anses orimligt. Det får därför antas att begreppet övergripande karaktär är det begrepp som framöver avser göra vissa ändringar otillåtna, trots att de har stöd i någon av de privilegierade ändringsgrunderna.

#### **5.4 Varför bara i de tre ändringsgrunderna?**

Det kan avslutningsvis finnas skäl till att fundera över varför de begränsningar som följer av begreppet övergripande karaktär, så som de har redogjorts för i uppsatsen, endast skulle vara nödvändiga i ändringsgrunderna, och inte i de övriga undantagsbestämmelserna. Om det inte finns sakliga skäl till en sådan utformning av lagtexten skulle det kunna tyda på att definitionen av begreppet i någon mån måste vara felaktig.

Bestämmelsen om kompletterande beställningar i art. 72.1 (b) LOU-direktivet kan redan sägas innehålla de begränsningar som enligt uppsatsen följer av begreppet övergripande karaktär. Med hänsyn till att bestämmelsen innehåller en självständig

---

<sup>199</sup> Se prop. 2015/16:195, s. 844 där det framgår att regeringen är av uppfattningen att bestämmelserna om ändring av kontrakt avsett få till stånd en kodifiering av EU-domstolens rättspraxis på området.

<sup>200</sup> Se dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351, punkt 35.



värdebegränsning är det i princip uteslutet att kontraktet efter en sådan komplettering blivit utvidgat i sådan utsträckning att det riktar sig till en annan marknad. För att bestämmelsen om kompletterande beställningar ska vara tillämplig krävs vidare att leverantörsbyte inte kan ske av bl.a. tekniska skäl såsom krav på utbytarhet eller driftskompatibilitet. Att det ska vara fråga om just en komplettering från den leverantör som tilldelats det ursprungliga kontraktet innebär att kontraktet efter ändringen inte kan rikta sig till en annan marknad, eftersom anledningen till att bestämmelsen blir tillämplig är just att det är något från samma marknad som behöver införskaffas. Bestämmelsen är inte heller avsedd att göra andra ändringar än sådana som avser upphandlingsföremålet tillåtna. Det går t.ex. inte att göra en prisjustering till förmån för leverantören med stöd i bestämmelsen.

Begränsningarna som följer av begreppet övergripande karaktär synes inte heller vara nödvändiga i art. 72.1 (d) LOU-direktivet om byte av leverantör. Bestämmelsen tar enbart sikte på leverantörsbyte och omfattar således inte ändringar av upphandlingsföremålet eller ändringar av andra villkor i kontraktet. Slutligen, vad avser ändringar som inte är väsentliga enligt art. 72.1 (e) LOU-direktivet, skulle införande av begreppet övergripande karaktär inte påverka bestämmelsens tillämpningsområde. Det sades ovan att förbudet mot väsentliga ändringar är snävare än förbudet mot ändringar som medför ändring av den övergripande karaktären.<sup>201</sup> Begränsningarna som följer av övergripande karaktär skulle således inte fylla någon funktion inom ramen för bestämmelsen, eftersom ändringen alltid skulle anses vara väsentlig före den ansågs ha ändrat den övergripande karaktären.

Som synes finns det sakliga skäl till varför de begränsningar som följer av begreppet övergripande karaktär inte är nödvändiga inom ramen för någon av de övriga undantagsbestämmelserna. Begränsningarna som enligt uppsatsen följer av begreppet övergripande karaktär skulle inte fylla någon funktion, eftersom tillräckliga begränsningar i nu relevant avseende redan finns inbyggda i bestämmelserna.

---

<sup>201</sup> Se avsnitt 3.3.3 och 3.4 ovan.

## 6. Sammanfattande slutsatser

Tidigt i uppsatsen drogs slutsatsen att begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär inte är synonyma. Det konstaterades emellertid också tidigt att det finns likheter mellan begreppen eftersom den övergripande karaktären ändras under vissa omständigheter på grund av att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats, vilket också skulle vara en väsentlig ändring. Mot bakgrund av det sades att båda begreppen har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen. Det har i uppsatsen påståtts att uttalandet i förarbetena till LOU angående att den övergripande karaktären ändras när en väsentlig ändring företas felaktigt begränsar tillämpningsområdet för ändringsgrunderna. Uttalandet verkar emellertid vara rätt i den bemärkelsen att båda begreppen avser göra samma typ av ändringar otillåtna, nämligen sådana som kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen.

Att det är möjligt att göra åtminstone vissa väsentliga ändringar med stöd i ändringsgrunderna, trots att ändringsgrunderna innehåller begränsningen övergripande karaktär, innebär enligt uppsatsen att det finns ett större handlingsutrymme för ändringar inom ramen för den övergripande karaktären än vad det gör för väsentliga ändringar. Om det inte fanns ett större handlingsutrymme skulle det få den orimliga konsekvensen att ändringsgrunderna å ena sidan tillåter vissa väsentliga ändringar, samtidigt som sådana väsentliga ändringar skulle vara otillåtna enligt samma bestämmelse, på grund av att de medför ändring av den övergripande karaktären. Det uttrycktes genom att påstå att det finns olika grader av väsentlighet för ändringar, varav övergripande karaktär endast gör sådana ändringar som hör till den övre skalan otillåtna. Ändringsgrunderna benämndes av den anledningen som privilegierade.

Det synes vara just skillnaderna och likheterna mellan begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär som kan ge den tydligaste vägledningen för vilka begränsningar begreppet övergripande karaktär ska tillskrivas. Det ökade handlingsutrymme som enligt uppsatsen följer av begreppet övergripande karaktär innebär att definitionen av begreppet är beroende av vad som minst krävs för att den övergripande karaktären ska ändras. Någon bortre gräns är inte nödvändig att fastställa, eftersom alla ändringar som når över den lägsta

gränsen är otillåtna. Vad avser ändringar av upphandlingsföremålet ansåg uppsatsen att ett lämpligt sätt att definiera vad som minst krävs för att den övergripande karaktären ska ändras är att kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad. Bedömningen torde göras av kontraktet i sin helhet efter ändringen, och den övergripande karaktären kan ändras både när upphandlingsföremålet utvidgas och inskränks i sådan omfattning att det kan antas ha påverkat resultatet av upphandlingen.

Det konstaterades att begreppet övergripande karaktär inte innebär någon självständig värdebegränsning. Det innebär inte att en ändring som ändrar värdet per se är tillåten, utan enbart att en sådan ändring inte är otillåten enbart för att den påverkar värdet. Det finns vidare vissa ändringar som borde anses vara otillåtna trots att de inte medför en ändring av den övergripande karaktären. Andra grundläggande principer, så som principen om konkurrens och proportionalitetsprincipen, ansågs därför i nu relevant avseende fylla en kompletterande funktion.

Förutom begränsningar gällande upphandlingsföremålet och sådana som ändrar typen av upphandling i grunden, har uppsatsen även kommit till slutsatsen att andra ändringar kan ändra den övergripande karaktären. Att så är fallet har fått sin förklaring genom att uttalandet i skälen endast är en exemplifiering, att övergripande karaktär är den enda materiella begränsningen i ändringsgrunderna samt att övergripande karaktär har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen, som enligt uppsatsen har visats göra även sådana andra ändringar otillåtna. Den viktigaste förklaringen är emellertid att även sådana ändringar kan leda till att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats. Det ökade handlingsutrymme för ändringar som föreligger inom ramen för den övergripande karaktären i förhållande till väsentlig ändring har antagits innebära att enbart sådana ändringar som hör till den högre skalan av väsentlighet anses kunna ändra den övergripande karaktären. Även vad avser sådana andra ändringar har det ansetts lämpligt att använda terminologin att den övergripande karaktären ändras när kontraktet efter ändringen riktar sig till en annan marknad.

En följd av likheten mellan begreppen är att många av de tidigare avgörandena som har behandlats i uppsatsen angående väsentliga ändringar sannolikt skulle få samma utfall med dagens rättsläge, vilket uppsatsen har visat. Skillnaden skulle vara att det i dag finns

ett begrepp att motivera sådana otillåtna ändringar med, i synnerhet som begreppet i princip är den enda materiella begränsningen som stadgas i ändringsgrunderna. Mot den bakgrunden kan frågan ställas vad det egentligen innebär att begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär är så lika, men att övergripande karaktär är mindre begränsande. Det kan åtminstone antas att en sådan ordning innebär att rättstillämpningen framöver kan bli mer flexibel vad avser kontraktsändringar som har stöd i någon av de privilegierade ändringsgrunderna.

Det går enkelt att konstatera att de begränsningar som begreppet övergripande karaktär innebär har sin största betydelse för ändringar enligt ändrings- eller optionsklausuler. Det är ju med stöd av den bestämmelsen de största, och kanske viktigaste, ändringarna kan, och borde, göras. Övriga bestämmelser innehåller redan vissa begränsningar som i sig innebär att endast vissa ändringar under vissa särskilda omständigheter är möjliga. Fördelen med ändrings- och optionsklausuler är att alla leverantörer på förhand kände till att ändringen kunde komma att ske. Som uppsatsen har visat kan det emellertid förhålla sig så att en leverantör inte blir likabehandlad trots det, eftersom möjligheten till ändring enligt kontraktsvillkoren har omöjliggjort för leverantören att tilldelas kontraktet. Det kan även förhålla sig så att ändringen är så pass väsentlig att det inte finns anledning att göra den tillåten genom att föreskriva den i kontraktsvillkoren. En ändring är således inte tillåten enbart för att den föreskrevs i kontraktsvillkoren, eftersom en sådan ordning skulle kunna begränsa konkurrensen. Trots att det i uppsatsen har hävdats att begreppet övergripande karaktär har en enhetlig innebörd innebär det nyss sagda att begreppet inom ramen för bestämmelsen om ändrings- och optionsklausuler kan ges en ökad flexibilitet. Med stöd i en sådan klausul går det nämligen att i viss utsträckning påverka huruvida en leverantör i och med en ändring ska kunna anses ha blivit likabehandlad eller inte.

Sammanfattningsvis är begreppen väsentlig ändring och övergripande karaktär inte synonyma. Begreppen uppvisar dock stora likheter genom att båda har sin grund i likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen. Båda begreppen är avsedda att göra sådana ändringar otillåtna som innebär att resultatet av upphandlingen kan antas ha påverkats. Det kan vara ändringar som påverkar upphandlingsföremålet, att typen av

upphandling förändras i grunden samt även andra ändringar som t.ex. prisjusteringar till förmån för leverantören. Den övergripande karaktären ändras när kontraktet efter en sådan ändring riktar sig till en annan marknad än det ursprungliga kontraktet. Det innebär att en eller flera andra leverantörer hade varit intresserade av kontraktet om ändringen var en del av det ursprungliga kontraktet.

## Källförteckning

### Doktrin

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement: Regulation in the EU and UK, Volume 1*, 3 u., Sweet & Maxwell, London, 2014 [cit: Arrowsmith].

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

Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka & Vogel, Hans-Henrich, *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014 [cit: Bernitz m.fl.].

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014 [cit: Bernitz & Kjellgren].

Brodec, Jan & Janeček, Václav, *How does the Substantial Modification of a Public Contract Affect its Legal Regime?*, P.P.L.R. 2015, 3, s. 90-105 [cit: Brodec & Janeček].

Brown, Adrian, *When do changes to an existing public contract amount to the award of a new contract for the purpose of the EU procurement rules? Guidance at last in Case C-454/06*, P.P.L.R. 2008, 6, NA253-267 [cit: Brown, 2008].

Brown, Adrian, *Changing a sub-contractor under a public services concession: Wall AG v Stadt Frankfurt am Main (C-91/08)*, P.P.L.R. 2010, 5, NA160-166 [cit: Brown, 2010].

Garcia-Andrade, Xavier Codina, *Past and Present of the Spanish Public Contract Modification Regime*, E.P.P.P.L. 2015, 3, s. 164-170 [cit: Garcia-Andrade].

Hartlev, Kristian & Wahl Liljenbøl, Morten, *Changes to Existing Contracts Under the EU Public Procurement Rules and the Drafting of Review Clauses to Avoid the Need for a New Tender*, P.P.L.R. 2013, 2, s. 51-73 [cit: Hartlev & Wahl Liljenbøl].

Hebly, Jan M. & Heijnsbroek, Paul, *When amending leads to ending: A theoretical and practical insight into the retendering of contracts after a material change*, i *The Applied Law and Economics of Public Procurement* (red. Piga, Gustavo & Treumer, Steen), Routledge, Abingdon, 2013 [cit: Hebly & Heijnsbroek].

- Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel: Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, 1 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2008 [cit: Hettne].
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2011 [cit: Hettne & Otken Eriksson].
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT, 2004, s. 1-10 [cit: Jareborg].
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i *Juridisk metodlära* (red. Korling & Zamboni), Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit: Kleineman].
- Kotsonis, Totis, *The 2014 Utilities Directive of the EU: Codification, flexibilisation and other misdemeanours*, P.P.L.R. 2014, 4, s. 169-187 [cit: Kotsonis].
- Lavér, Joakim & Elveljung, Livia, *Ändringsklausuler: Om att klart, exakt och entydigt förutse framtida behov*, UrT 2017, s. 151-162 [cit: Lavér & Elveljung].
- Morawetz, Fredrik, *36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt*, JT, 2014-15, s. 88-104 [cit: Morawetz].
- Nilsson, Magnus, *Ändringar av kontrakt och ramavtal*, UrT 2016, s. 259-269 [cit: Nilsson].
- Nord, Eskil, LOU, 17 kap. 8 §, lagkommentar 312, Karnov Internet (uppdaterad 1 juli 2017) [cit: Karnov lagkommentar, 17 kap. 8 § LOU].
- Olivera, Rafael Dominguez, *Modification of Public Contracts*, E.P.P.P.L. 2015, 1, s. 35-49 [cit: Olivera].
- Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT, 2005, s. 249-272 [cit: Peczenik].
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: En introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 u., Jure Förlag, Stockholm, 2017 [cit: Pedersen].
- Risvig Hamer, Carina, *Regular Purchases and Aggregated Procurement: The Changes in the New Public Procurement Directive Regarding Framework Agreements, Dynamic Purchasing Systems and Central Purchasing Bodies*, P.P.L.R., 2014, 4, s. 201-210 [cit: Risvig Hamer].
- Sánchez Graells, Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, 2 u., Hart Publishing, Oxford, 2015 [cit: Sánchez Graells].
- Sandgren, Claes, *Är rättsdogmatiken dogmatisk?*, TfR 04-05/2005, s. 648-552 [cit: Sandgren].

- Semple, Abby & Andrecka, Marta, *Classification, Conflicts of Interest and Change of Contractor: A Critical Look at the Public Sector Procurement Directive*, E.P.P.P.L. 2015, 3, s. 171-186 [cit: Semple & Andrecka].
- Simovart, Mari Ann, *Old remedies for new violations? The deficit of remedies for enforcing public contract modification rules*, UrT 2015, s. 33-47 [cit: Simovart, 2015].
- Simovart, Mari Ann, *Is There a Devil in the Details? Modification of Public Contracts in the EU and the US*, E.P.P.P.L. 2016, 4, s. 292-300 [cit: Simovart, 2016].
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: Primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, (ak.avh.), Jure Förlag, Stockholm, 2012 [cit: Sundstrand, 2012].
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: En introduktion*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit: Sundstrand, 2013].
- Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU: A Practitioner's Guide*, 2 u., Oxford University Press, Oxford, 2007 [cit: Trepte].
- Treumer, Steen, *Regulation of contract changes leading to a duty to retender the contract: the European Commission's proposals of December 2011*, P.P.L.R. 2012, 5, s. 153-166 [cit: Treumer, 2012].
- Treumer, Steen, *Transfer of Contracts Covered by the EU Public Procurement Rules After Insolvency*, P.P.L.R. 2014, 1, s. 21-31 [cit: Treumer, 2014.1].
- Treumer, Steen, *Contract changes and the duty to retender under the new EU public procurement Directive*, P.P.L.R. 2014, 3, s. 148-155 [cit: Treumer, 2014.2].
- Treumer, Steen, *Regulation of Contract Changes in the New Public Procurement Directive*, i *Modernising Public Procurement: The New Directive* (Lichére, Francois, Caranta, Roberto & red. Treumer, Steen), DJØF Publishing, Copenhagen, 2014 [cit: Treumer, 2014.3].
- Troels Poulsen, Sune, *The possibilities for amending a public contract without a new competitive tendering procedure under EU law*, P.P.L.R. 2012, 5, s. 167-187 [cit: Troels Poulsen].
- Warnling-Nerep, Wiweka, *Vad är rätt?*, 2 u., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015 [cit: Warnling-Nerep].



## **Offentligt tryck**

### *EU*

SIGMA (2016), *Public Procurement: Contract Modifications*, Public Procurement Brief 38, OECD Publishing, Paris [cit: SIGMA, Brief 38]

### *Sverige*

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Lagrådets yttrande 2016-02-12 över Nytt regelverk om upphandling

## **Avgöranden**

### *EU-domstolen*

Dom av den 22 juni 1993, Stora Bält, C-243/89, EU:C:1993:257

Dom av den 25 april 1996, Vallonska bussarna, C-87/94, EU:C:1996:161

Dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529

Dom av den 5 oktober 2000, kommissionen/Frankrike, C-337/98, EU:C:2000:543

Dom av den 10 april 2003, kommissionen/Tyskland, de förenade målen C-20/01 och C-28/01, EU:C:2003:220

Dom av den 4 december 2003, EVN Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651

Dom av den 29 april 2004, Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236

Dom av den 11 januari 2005, Stadt Halle, C-26/03, EU:C:2005:5

Dom av den 13 januari 2005, kommissionen/Spanien, C-84/03, EU:C:2005:14

Dom av den 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127

Dom av den 2 juni 2005, kommissionen/Grekland, C-394/02, EU:C:2005:336

Dom av den 9 mars 2006, kommissionen/Spanien, C-323/03, EU:C:2006:159

Dom av den 19 juni 2008, presstext Nachrichtenagentur, C-454/06, EU:C:2008:351

Dom av den 16 december 2008, Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731

Dom av den 4 juni 2009, kommissionen/Grekland, C-250/07, EU:C:2009:338

Dom av den 13 april 2010, Wall, C-91/08, EU:C:2010:182

Dom av den 29 april 2010, kommissionen/Tyskland, C-160/08, EU:C:2010:230

Dom av den 9 september 2010, Engelmann, C-64/08, EU:C:2010:506

Dom av den 10 maj 2012, kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284

Dom av den 11 juli 2013, kommissionen/Nederländerna, C-576/10, EU:C:2013:510

Dom av den 7 september 2016, Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634

### *HFD*

HFD 2016 ref. 37

HFD 2016 ref. 85

### *Kammarrätterna*

Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 (mål nr 953-09)

Kammarrätten i Stockholms dom den 14 september 2010 (mål nr 6784-09)

Kammarrätten i Jönköpings dom den 30 november 2011 (mål nr 2852-11)

Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 december 2011 (mål nr 5755-11)

Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 (mål nr 6952-12)

## **Myndigheter**

### *Danmark*

Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen

Udbudsloven: Vejledning om udbudsreglerne, Januar 2016 [cit: Konkurrence- og Forbrugerstyrelsen]

### *Sverige*

Upphandlingsmyndigheten

UHM, *Nyheterna i den kommande lagstiftningen: Och hur hanterar vi mellantiden?*, Stockholm, 2016 [cit: UHM, nyheterna i den kommande lagstiftningen]

Rapport 2017:4 – *Ändringar av kontrakt och ramavtal: Möjligheterna i den nya upphandlingslagstiftningen*, Stockholm, 2017 [cit: UHM rapport 2017:4]