

Konkurrensverkets ställningstagande om ändringsbestämmelserna i LOU är tillämpliga på otillåtet direktupphandlade avtal

Sammanfattning

1. Konkurrensverket bedömer att ändringsbestämmelserna i LOU inte kan tillämpas för att ändra avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling. Detta oavsett om övriga rekvisit i en ändringsbestämmelse är uppfyllda.

Bakgrund

2. I lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) finns bestämmelser om ändring av avtal som omfattas av LOU:s tillämpningsområde. Bestämmelserna möjliggör viss flexibilitet under löptiden av upphandlingspliktiga avtal.
3. Konkurrensverket har uppmärksammat att det kan föreligga osäkerhet kring om ändringsbestämmelserna i LOU kan tillämpas för att ändra avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling.
4. I sammanhanget kan noteras att det även i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner finns bestämmelser om förutsättningarna att ändra avtal som omfattas av aktuella lagars tillämpningsområde. Enligt praxis från EU-domstolen finns också vissa möjligheter att ändra avtal som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Frågeställningen i detta ställningstagande besvaras dock för att underlätta framställningen endast med utgångspunkt i de direktivstyrda bestämmelserna i LOU.

Frågeställning

5. Är ändringsbestämmelserna i LOU tillämpliga på otillåtet direktupphandlade avtal?



Upphandlingslagstiftningens och ändringsbestämmelsernas syfte

6. Upphandlingslagstiftningens huvudsakliga syfte är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens och att främja den fria rörligheten för varor och tjänster på den inre marknaden.¹ Mot bakgrund av detta ska upphandlingar som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att delta i upphandlingar.²
7. För att säkerställa att lagstiftningen uppnår sitt syfte är det även viktigt att upphandlingspliktiga avtal utformas och tillämpas i enlighet med villkoren som angivits i upphandlingen. Principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna, utgör hinder för att efter tilldelningen av ett avtal ändra villkoren i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till villkoren i det ursprungliga avtalet.³

Rättslig reglering m.m.

8. I 17 kap. 8–14 §§ LOU finns ett antal bestämmelser som reglerar förutsättningarna för att ändra avtal som omfattas av LOU:s tillämpningsområde. Ändringsbestämmelserna genomför bestämmelser i LOU-direktivet, som i sin tur delvis utgör en kodifiering av EU-domstolens praxis avseende förutsättningarna att ändra upphandlingspliktiga avtal under dess löptid.⁴
9. Ändring av ett avtal som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU:s tillämpningsområde förutsätter att någon av de aktuella ändringsbestämmelserna är tillämplig.⁵ Ändringsbestämmelserna utgör en form av undantag från huvudregeln att upphandlingar ska annonseras. Bestämmelserna möjliggör flexibilitet genom att tillåta ändringar som bedöms vara motiverade i förhållande till ändringarnas inverkan på konkurrensen.

Konkurrensverkets bedömning

10. Enligt Konkurrensverkets bedömning följer det redan av LOU:s, och det bakomliggande direktivets, ordalydelse och systematik att ändringsbestämmelserna i LOU är avsedda att tillämpas vid ändring av avtal som ingåtts efter genomförandet av en upphandling i enlighet med LOU.
11. Av 17 kap. 8 § LOU följer att avtal får ändras utan en ny upphandling om ändringen görs med stöd av någon av ändringsbestämmelserna i 17 kap. 9–14

¹ Se bland annat skäl 1 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), mål C-26/03, Stadt Halle, EU:C:2005:5, p. 44 och 47 och mål C-16/98, Kommissionen mot Frankrike, EU:C:2000:541, p. 44.

² Se 10 kap. 1 § LOU.

³ Mål C-526/17, Kommissionen mot Italien, EU:C:2019:756, p. 58–59. Jfr även skäl 107 till LOU-direktivet.

⁴ Se prop. 2015/16:195 s. 843 f. EU-domstolens praxis bygger i sin tur på de grundläggande upphandlingsprinciperna, jfr bland annat mål C-454/06, Pressetext, EU:C:2008:351.

⁵ 17 kap. 8 § LOU.

§§ LOU. Utgångspunkten vid tolkning och tillämpning av upphandlingslagstiftningen är att upphandlande myndigheter agerar i enlighet med tillämplig upphandlingslagstiftning.⁶ Vidare ställs krav på att samtliga offentliga kontrakt ska annonseras och upphandlas i enlighet med upphandlingslagstiftningen.⁷ I ljuset av detta måste formuleringen att ett avtal får ändras utan en ny upphandling tolkas som att bestämmelsen förutsätter att tidigare genomförd upphandling har genomförts i enlighet med LOU. För denna tolkning talar också att det av LOU-direktivet, som LOU genomför, framgår att avtal får ändras "utan nytt upphandlingsförfarande enligt detta direktiv" respektive att avtal får ändras "utan något nytt upphandlingsförfarande i enlighet med detta direktiv", under vissa särskilt angivna förutsättningar.⁸

12. I sammanhanget noteras att EU-domstolen i praxis har tagit ställning till frågan om bestämmelsen om byte av leverantör i artikel 72.1 LOU-direktivet kan tillämpas för att byta leverantör i en situation där det aktuella kontraktet tilldelats den ursprungliga leverantören utan föregående annonserad upphandling med stöd av undantag för intern upphandling. I bedömningen konstaterade EU-domstolen att det av ordalydelsen i artikel 72.1 framgår att artikelns tillämpningsområde är begränsat till det fall att den ursprungliga entreprenören fortsätter fullgöra ett offentligt kontrakt som varit föremål för ett initialt upphandlingsförfarande som uppfyller kraven i LOU-direktivet.⁹
13. Enligt Konkurrensverkets bedömning följer det också av upphandlingslagstiftningens och ändringsbestämmelsernas syfte att ändringsbestämmelserna inte kan tillämpas för att genomföra ändringar av otillåtet direktupphandlade avtal. Som framhållits ovan är upphandlingslagstiftningens huvudsakliga syfte att främja konkurrensen på marknaden och med anledning av detta ska ingåendet av avtal som huvudregel föregås av en annonserad upphandling. Det skulle stå i direkt strid med detta syfte om en upphandlande myndighet, som inte iakttagit kravet på annonsering vid genomförandet av en upphandling, skulle kunna åtnjuta den flexibilitet som ändringsbestämmelserna medför för att exempelvis utöka en otillåten direktupphandling.¹⁰ En motsatt tolkning av ändringsbestämmelserna skulle innebära ett avsteg från den så kallade konkurrensprincipen, enligt vilken en upphandling inte får utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹¹ Att tillåta ändringar av ett avtal som tillkommit genom en otillåten direktupphandling skulle få till följd att en otillåten direktupphandling blir tillåten genom en mindre ändring av avtalet.

⁶ Mål C-26/03, Stadt Halle, EU:C:2005:5, p. 44.

⁷ Se 10 kap. 1 § LOU.

⁸ Artikel 72 LOU-direktivet.

⁹ Se mål C-719/20, Comune di Lerici, EU:C:2022:372, p. 41–42.

¹⁰ Jfr angående detta mål C-719/20, Comune di Lerici, EU:C:2022:372, p. 40–42.

¹¹ Se Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 2 november 2022 i mål nr 8226-21.



14. Konkurrensverkets bedömning är således att ändringsbestämmelserna inte kan tillämpas för att ändra avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling. Detta oavsett om övriga rekvisit i en ändringsbestämmelse är uppfyllda.
15. En upphandlande myndighet som med hänvisning till någon av ändringsbestämmelserna genomför ändring av ett otillåtet direktupphandlat avtal riskerar därmed att genomföra en otillåten direktupphandling. En upphandlande myndighet som genomför en otillåten direktupphandling riskerar att behöva betala upphandlingsskadeavgift.¹² Den upphandlande myndigheten riskerar även att kritiseras av Konkurrensverket genom ett så kallat tillsynsbeslut.¹³ Ett avtal som ingåtts genom otillåten direktupphandling kan även, efter ansökan av en leverantör, förklaras ogiltigt av domstol.¹⁴
16. Det är emellertid inte endast risken för granskning och prövning som bör avhålla upphandlande myndigheter från att genomföra otillåtna ändringar av upphandlingspliktiga avtal. Konkurrensverket vill understryka att det finns goda skäl till att tillvarata konkurrensen på marknaden genom konkurrensutsättning i enlighet med LOU.
17. Utöver att tillvaratagande av konkurrensen leder till positiva effekter i enskilda upphandlingar, bidrar det också till positiva följder för såväl den upphandlande myndigheten som det allmänna i stort på både kort och lång sikt.¹⁵

Ställningstagandets tillämpning

Detta ställningstagande tillämpas från och med den 15 november 2023.

Detta ställningstagande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit enhetschefen Therése Westermarck.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

¹² 21 kap. 1–2 §§ LOU.

¹³ För mer information om Konkurrensverkets tillsynsbeslut, se konkurrensverket.se.

¹⁴ 20 kap. 4 § och 13 § LOU.

¹⁵ I Konkurrensverkets informationsskrift *Nyttja konkurrensen vid offentliga upphandlingar* finns närmare information om betydelsen av en väl fungerande konkurrens.