

Ändring av offentligt upphandlade avtal på grund av covid-19 – vad är möjligt?

Utgångspunkten inom den offentliga upphandlingen är att offentligt upphandlade avtal inte får ändras utan en ny upphandling. Utgångspunkten i den svenska avtalsrätten är dessutom att avtal ska hållas. Inte sällan uppstår dock ett behov hos en upphandlande myndighet att under avtalstiden ändra ett ingånget avtal med leverantören. Detta behov kan givetvis även uppstå hos den leverantör som tilldelats avtalet. I denna artikel redogörs för de möjligheter som finns att göra ändringar i offentligt upphandlade avtal med anledning av rådande covid-19-pandemi.

Den kris som uppstått med anledning av covid-19-pandemin har på olika sätt lett till att företag drabbats av ekonomiska problem och leverantörer till den offentliga sektorn kan därmed ha svårigheter att leva upp till kraven i de avtal de ingått med upphandlande myndigheter. Likväl kan upphandlande myndigheter ha behov av att justera sina avtal om exempelvis myndighetens behov förändras så att större volymer än avtalad omfattning måste köpas in. I en tid som denna då covid-19-pandemin går hårt fram kan därför det finnas all anledning för upphandlande myndigheter att överväga om ändringar kan göras i ingångna avtal mot bakgrund härav.

Det finns inga bestämmelser i upphandlingslagstiftningen som särskilt reglerar vilka avtalsmässiga åtgärder en upphandlande myndighet får vidta vid en pandemi. Däremot finns ett antal undantag från huvudregeln att offentligt upphandlade avtal inte får ändras utan föregående upphandling. Dessa undantag återfinns i 17 kap 9–14 §§ LOU och består av möjligheten att göra ändringar som är av mindre värde, ändringar enligt ändrings- eller optionsklausuler, ändringar till följd av oförutsebara omständigheter, kompletterande beställningar, byte av leverantör samt ändringar som inte är väsentliga.¹ Bestämmelserna om ändringar av kontrakt gäller endast upphandlande myndigheter och kan alltså inte göras gällande av leverantörer. De undantag som räknas upp i 17 kap LOU är uttömmande vilket innebär att det inte finns några andra förhållanden än de uppräknade som medger att ett redan ingånget avtal får ändras. Om det inte finns stöd för en ändring i någon av kapitlets bestämmelser är ändringen inte tillåten måste den upphandlande myndigheten helt enkelt genomföra en ny upphandling.

¹ 17 kap 9–14 §§ lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). Bestämmelserna finns upptagna även i övriga upphandlingslagar.

För det fall en otillåten ändring görs av ett offentligt upphandlat avtal utan föregående upphandling kan det innebära att den upphandlande myndigheten gjort en otillåten direktupphandling. Ändringen innebär i sådant fall att myndigheten ingår ett nytt avtal. Konsekvensen av ett sådant agerande är att avtalet kan komma att förklaras ogiltigt av förvaltningsdomstol efter ansökan om överprövning av en leverantör. För den upphandlande myndigheten finns även en risk att Konkurrensverket, som är tillsynsmyndighet över den offentliga upphandlingen i Sverige, ansöker om upphandlingsskadeavgift samt en risk att andra leverantörer väcker en skadeståndstalan vid allmän domstol. Den upphandlande myndigheten gör därför klokt i att noggrant överväga och analysera en tänkt ändring. Föga förvånande i upphandlingskretsar har rådande covid-19-pandemi väckt ett antal frågor om upphandlande myndigheters möjligheter att göra ändringar av ingångna avtal på grund av pandemin. Europeiska kommissionen har under våren gått ut med ett meddelande med sitt ställningstagande att händelser med anledning av covid-19-pandemin är att betrakta som oförutsebara händelser. På det nationella planet har Upphandlingsmyndigheten tagit fram en vägledning som behandlar aktuella frågor och tar upp exempel på situationer då det kan vara tillåtet att ändra ett ingånget avtal med anledning av covid-19-pandemin. Den nyfikne läsaren undrar nu förstås vilka ändringar det kan tänkas bli fråga om.

Av de ändringsmöjligheter som räknas upp i 17 kap LOU kan ändringar av mindre värde, kompletterande beställningar och ändringar till följd av oförutsebara omständigheter vara möjliga handlingsalternativ för upphandlande myndigheter i covid-19-situation. Låt oss titta lite närmare på dessa tre möjligheter.

Ändringar av mindre värde får göras i ett avtal utan en ny upphandling. Ökningen eller minskningen av avtalets värde måste vara lägre än aktuellt tröskelvärde och ändringens värde måste dessutom understiga 10 procent av avtalets värde om det är fråga om upphandling av varor eller tjänster eller 15 procent av avtalets värde om det är fråga om upphandling av byggentreprenad. Om flera ändringar görs efter varandra, ska det samlade nettovärdet av ändringarna jämföras med de värden som nyss angetts. Upphandlande myndigheter har alltså en viss möjlighet att göra mindre ändringar under förutsättning att det sker inom angivna beloppsbegränsningar. Därtill kommer att avtalets övergripande karaktär inte får ändras (mer om detta nedan).

En kompletterande beställning av varor, tjänster eller byggentreprenader får göras från befintlig leverantör utan ny upphandling om beställningen inte innebär att värdet av avtalet ökar med mer än 50 procent. Det krävs också att beställningen måste ha blivit nödvändig, att leverantören av

ekonomiska eller tekniska skäl inte kan bytas och att byte av leverantör skulle medföra olägenheter eller betydligt större omkostnader för beställaren.

Undantaget om oförutsebara omständigheter medger att ett avtal får ändras utan en ny upphandling om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela avtalet. Undantaget kommer troligen få störst tillämpning i rådande covid-19-pandemi varför den fortsatta framställningen kommer ägnas åt detta. EU-kommissionen såväl som Upphandlingsmyndigheten har uttalat att covid-19-pandemin är en oförutsebar omständighet.² Dessa uttalanden ligger i linje med vad som anges i skälen till LOU-direktivet.³ I skäl 109 uttalas att den upphandlande myndigheten kan ställas inför yttre omständigheter som den inte hade kunnat förutse när den tilldelade avtalet, särskilt när fullgörandet av avtalet sker under en längre tidsperiod. Då behövs det en viss flexibilitet för att avtalet ska kunna anpassas till dessa omständigheter utan ett nytt upphandlingsförfarande. Begreppet oförutsebara omständigheter avser omständigheter som inte hade kunnat förutses trots att den upphandlande myndigheten visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga upphandlingen.

För att undantaget om oförutsebara omständigheter ska vara tillämpligt är det inte tillräckligt att det uppstått en oförutsedd omständighet. Det måste även finnas ett orsakssamband mellan den oförutsedda omständigheten och behovet av ändringen. Värdet av ändringen får dessutom inte överstiga 50 procent av avtalets värde. Om flera på varandra följande ändringar genomförs ska begränsningen i fråga om ökningen av värdet tillämpas på varje enskild ändring. Begränsningen om 50 procent gäller alltså per ändring och den upphandlande myndigheten har alltså möjlighet att göra flera ändringar upp till 50 procent av avtalets värde om behov skulle uppstå. Som en sista förutsättning för att ändringen ska vara tillåten gäller att avtalets övergripande karaktär inte får ändras. LOU-direktivet ger viss vägledning om när avtalets övergripande karaktär har ändrats. Om föremålet för det som upphandlats ersätts med något annat eller om typen av upphandling förändras i grunden så förändras avtalets övergripande karaktär. I sådana fall kan det nämligen antas att resultatet av upphandlingen skulle ha påverkats om ändringen hade varit med i upphandlingen från första början. Exempel på ändringar som kan innebära en ändring av avtalets övergripande karaktär är att bussar byts mot spårvagnar eller att avtalstypen ändras genom att ett köpekontrakt blir ett leasingavtal.

² Vägledning från Europeiska kommissionen om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen (2020/C 108 I/01). För Upphandlingsmyndighetens vägledning hänvisas till myndighetens websida www.upphandlingsmyndigheten.se

³ Direktiv 2014/24/EU

Under förutsättning att händelser som uppkommer kan kopplas till covid-19-pandemin är utgångspunkten alltså att händelserna inte har varit möjliga att förutse. För att underlätta för leverantörer som har drabbats av svårigheter att leverera till avtalade villkor på grund av covid-19-pandemin kan upphandlande myndigheter överväga om det finns möjlighet att göra ändringar i sina upphandlade avtal. Av de exempel som Upphandlingsmyndigheten nämner i sin vägledning ska några redogöras kort för nedan.

En tänkbar ändring som kan vara tillåten på grund av oförutsebara omständigheter är att vissa leveranser senareläggs för det fall en leverantör har svårt att leverera, eller omvänt, om möjligheten för en upphandlande myndighet att ta emot leveranser förändras. En senareläggning av leveransen bör dock inte vara längre än vad som är nödvändigt och får inte heller förändra avtalets övergripande karaktär.

En upphandlande myndighet bör också kunna ha möjlighet att tillfälligt avstå från att tillämpa det upphandlade avtalets sanktioner, exempelvis förseningsvite, för det fall leverantörens förmåga att uppfylla sina förpliktelser enligt avtalet påverkas av oförutsebara omständigheter under förutsättning att avtalets övergripande karaktär inte ändras. En annan ändring som bör kunna göras är att justera betalningsvillkoren så att en leverantör som drabbats av likviditetsproblem på grund av covid-19-pandemin kan få betalt tidigare än vad avtalet stipulerar. Återigen gäller att avtalets övergripande karaktär inte får ändras och myndigheten måste göra en bedömning av varje avtal och ändring som görs.

Sist men inte minst ska nämnas övergång från fysiska till digitala former för leveranser. Typiskt sett leveranser som består av utbildningar och konsultationer. En sådan ändring i det upphandlade avtalet kan vara tillåten under förutsättning att avtalets övergripande karaktär inte förändras, vilket skulle kunna ske om denna typ uppdraget i sig förändras så att det stöps om till ett helt nytt uppdrag. Vad som är viktigt att notera är att ovan nämnda exempel inte kan tolkas som att dessa ändringar alltid är tillåtna. De utgör just exempel och den upphandlande myndigheten måste pröva varje tänkt ändring i varje enskilt fall och avtal. Den omständigheten att en ändring är tillåten i en viss situation eller avtal innebär inte att motsvarande ändring är tillåten i en annan situation eller avtal. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ändringen är tillåten och det är också den upphandlande myndigheten som bär risken för att en otillåten ändring görs. Det finns alltså skäl att noggrant överväga en tänkt ändring.

Sammanfattningsvis finns alltså ett flertal handlingsalternativ att överväga när covid-19-pandemin orsakar bekymmer. Det ska här uppmärksammas att en upphandlande myndighet har möjlighet men inte skyldighet att göra en ändring i ett avtal. En leverantör kan alltså aldrig kräva en ändring men det står givetvis leverantören fritt att lyfta fram förslag på ändringar för dialog med myndigheten. Kanske blir ett ändringsförslaget – om det kan tillåtas – avgörande för leverantörens ekonomiska situation i rådande läge genom att leverantören tack vare ändringen fortsatt kan leverera på avtalet den upphandlande myndigheten i sin tur kan säkerställa att de behov som föranledde upphandlingen av avtalet fortsatt kan tillgodoses.

Har du några frågor gällande artikeln eller ämnet i stort?

Varmt välkommen att kontakta:

Johanna Hellström, advokat på Foyen advokatfirma

johanna.hellstrom@foyen.se

Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma. Rådgivningen når du på 08-506 184 00.