

Michael Slavicek

Arbetsmarknadsstyrelsen
Juridiska enheten
113 99 STOCKHOLM

Medgivande av AMS att ett upphandlingskontrakt får övertagas av annan leverantör än den som tilldelats kontraktet

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har uppmärksammat att Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) har medgivit att ramavtalsleverantören AB Åhs Express har överlåtit ramavtal avseende kontorsflyttningar för statsförvaltningens räkning till Flyttgruppen i Sverige AB med hänvisning till ramavtalets § 26 - Överlåtelse av avtal. Flyttgruppen i Sverige AB har accepterat att överta befintligt avtal gällande kontorsflyttningar vilket innebär att Flyttgruppen övertar samtliga rättigheter och skyldigheter som följer av avtalet.

AMS uppgav därvid följande: "Flyttgruppen i Sverige AB ägs av sex väletablerade och lokalt förankrade flyttföretag, från Luleå i norr till Malmö i söder. Genom att ringa Flyttgruppens telefonnummer sker avrop via det regionkontor som ligger närmast den avropande enhetens verksamhet. Observera att avropsordning tillämpas vid avrop av flyttuppdrag enligt § 5 i detta avtal. Uppgifter om gällande avropsordning, flyttföretag och kontaktuppgifter finns tillgängliga via IHS Avtalssystem."

NOU har vidare uppmärksammat att i avtal som länsarbetsnämnder bifogar sina förfrågningsunderlag finns följande klausul.

"Säljaren får inte överlåta sina rättigheter och skyldigheter enligt detta avtal på annan utan köparens godkännande. Om så sker har Köparen rätt att säga upp avtalet."

NOU bad AMS att ange bl.a. på vilken grund ett upphandlingskontrakt som tecknats med en leverantör - vilken kvalificerat sig på grund av ingivna uppgifter och vars anbud, i konkurrens med andra anbud, valts som det ekonomiskt mest fördelaktiga eller billigaste anbudet - kunde överlåtas på en ny leverantör utan att det görs en ny formell upphandling.

AMS har i yttrande den 12 mars 2004 angivit att utgångspunkten är att en överlåtelse av avtalet inte sker. AMS har ingen statistik över hur ofta frågan

Michael Slavicek

om leverantörsbyte aktualiseras men det kan med säkerhet sägas att det sker ytterst sällan. I vissa fall, som det aktuella, är det dock enligt AMS både ändamålsenligt och förenligt med LOU att medge ett leverantörsbyte. Flyttgruppen är en sammansättning av sex företag som ingick i Åhs anbud i den aktuella upphandlingen. Åhs klargjorde under upphandlingen sin avsikt att bilda Flyttgruppen tillsammans med de fem underleverantörer som redovisades i anbudet. AMS fann ingen anledning att kräva att denna sammanslagning genomfördes redan innan avtal tecknades då AMS bedömde att den konstruktion av huvudleverantör och underleverantörer som presenterades i anbudet var tillräcklig. När Åhs den 19 november 2003 inkom med önskemålet att avtalet skulle överlåtas på Flyttgruppen som ägs till lika delar av Åhs och de fem underleverantörerna har AMS efter prövning godtagit detta. Flyttgruppen har precis som Åhs ställt den erforderliga bankgarantin om tre miljoner kronor. AMS har tecknat avtal med fyra leverantörer avseende kontorsflyttning för statsförvaltningen. Åhs/Flyttgruppen är fjärdehandsval i denna rangordning.

NOU:s bedömning

Motsvarande frågor har inte varit föremål för domstolsbehandling. NOU har dock berört frågorna tidigare och har i NOU info juni 2001 angivit följande.

Uppköp av en upphandlad leverantörs företag

NOU får regelbundet frågor avseende avtal med upphandlade leverantörer som, efter det att avtalet trätt ikraft, köps upp av andra leverantörer. Då innehållet i sådana uppköpsavtal varierar kraftigt är det viktigt att bedöma varje situation för sig. Som huvudregel tolkar NOU lagstiftningen så att ett övertagande av samtliga aktier i en upphandlad leverantör, utan att den juridiska personen i sig förändras, naturligtvis inte förändrar avtalssituationen mellan den upphandlande enheten och leverantören. NOU anser inte heller att situationen då den uppköpta leverantörens verksamhet helt uppgår i ett annat bolag är en situation som förändrar det ingångna avtalet, trots att det då blir nödvändigt att ändra namn på avtalssparten i upphandlingskontraktet. Däremot kan den situationen, att endast en viss del av den upphandlade leverantören övertas av ett annat bolag, innebära att en ny upphandling kan bli nödvändig. Den upphandlade leverantören kanske avser att upphöra med produktionen av den berörda varan eller tjänsten och säljer just denna del av bolaget. I det fallet har den nya leverantören inte blivit prövad i upphandlingen vad avser dess ekonomiska och finansiella ställning och förmåga och avtalet får inte överföras till det nya bolaget. Tilldelningen av ett nytt avtal får då ske först efter en ny upphandling.

Michael Slavicek

Det som NOU anser vara av avgörande betydelse, är alltså om det finns en fortsatt identitet mellan det bolag som lämnat anbud, kvalificerat sig i upphandlingen samt tecknat avtal och det bolag som sedan genomför avtalet.

NOU anser att offentlig upphandling, som handlar om tilldelning av offentliga kontrakt, inte generellt kan medföra ett en upphandlande enhet efter kvalificering av en leverantör och utvärdering av hans anbud tilldelar någon ett kontrakt för att senare låta någon annan leverantör inta dennes ställe. Ett upphandlat avtal kan således inte enbart med hänvisning till en avtalsklausul överlåtas på annan leverantör. Av denna anledning är det fel om AMS regelmässigt i sina avtalsmallar och avtal infogar en klausul att överlåtelse av avtalet får ske. Detta ger anbudsgivarna och den upphandlande enheten en föreställning att ett avtal, efter ömsesidig överenskommelse, alltid kan överlåtas på någon annan leverantör. Eventuella problem som följde av en framtida sammanslagning i det aktuella fallet, vilka man kände till redan före kontraktsskrivningen, bedömdes kunde lösas med hjälp av nämnda överlåtelseklausul. AMS har sannolikt av denna anledning inte ansett det nödvändigt att begära att sammanslagningen av företagen genomfördes innan avtalet slöts med ett av dessa. De fem leverantörer, som inte kvalificerats var för sig eller tillsammans, har genom överlåtelse av avtalet fått en väsentligen ändrad status, som huvudleverantörer i stället för underleverantörer. Företagen har därmed fått ökade möjligheter att gentemot AMS och de andra avtalslutande statsförvaltningarna förhandla, själva anta avrop och genomföra uppdrag, föra talan i domstol m.m.

NOU anser vidare att en upphandlande enhet inte skall ha några uttryckliga klausuler om överlåtelse av avtalet. Myndigheten kan dock upplysa om att den kommer, såsom det anges i utdraget ur NOU info, i varje enskilt fall bedöma om det finns identitet mellan den leverantör som enheten slutit avtalet med och den leverantör som vid eventuella ändringar skall fullfölja kontraktet. Det avgörande är således enligt NOU:s bedömning om enheten fortfarande har samma kontrakt med samma leverantör. Om så är fallet är det inte fråga om någon överlåtelse utan samma avtal tillämpas, med den skillnaden att den gamle leverantören ändrat företagsnamn. En viktig förutsättning är givetvis att avtalet i övrigt inte väsentligen ändras, framför allt beträffande avtalstid, mängd och omfattning av det som köps in.

I förevarande fall rör det sig om ett ramavtal. Några närmare regler för tillämpning av ramavtal inom klassiska sektorn finns inte i den nuvarande lagstiftningen. Av EG-direktiv 2004/18/EG framgår dock klart att ett ramavtal är ett slutet system som inte medger att någon ny leverantör

Michael Slavicek

ansluter sig till systemet under avtalstiden. Den ökade kapaciteten i Flyttgruppen och att gruppen som huvudleverantör numera finns på flera orter medför att statsförvaltningen måste noggrant följa den i förväg angivna avropsordningen för att gruppen inte skall få större andel av de uppskattade avropen än vad som fallit på den ursprungliga leverantören.

I den sedan år 1993 upphävda upphandlingsförordningen angavs att myndigheten kunde komma överens med leverantören om ändring i avtalade villkor eller medge att leverantören överlåt avtalet på någon annan. Villkoret var att myndigheten skulle iaktta affärsmässighet. NOU anser att en sådan regel inte kan anses gälla enligt LOU. Motsvarande regel har inte heller tagits med i LOU. NOU har vidare upprepade gånger vid sina nämndsammanträden angivit att en upphandlande enhet inte får ändra villkor i ett upphandlingskontrakt i sådan utsträckning att ett nytt kontrakt får anses ha slutits. NOU har vidare påpekat att ett kontrakt inte får innehålla regler som sätter LOU:s regelverk ur spel, t.ex. att en upphandlande enhet i ett avtal inte lagligen får binda sig för framtida anskaffningar utöver det som regleras i avtalet som upphandlats i enlighet med gällande upphandlingsregler.¹

NOU har tagit kontakt även med några representanter för myndigheter i andra länder² som uppgivit att frågan om överlåtelse av kontrakt inte kommit upp eller att överlåtelse av kontrakt inte är tillåtet. Medlemsstaterna betonar dock att en ny leverantör får sättas in i situationer som ovan beskrivs av NOU, när det ursprungligen upphandlade kontraktet fortfarande kan anses giltigt.

Tjänstemän vid EG-kommissionen har varit och är fortfarande helt avvisande till tanken på överlåtelse av kontrakt.³ I EG-kommissionens Grönbok om offentlig-privata partnerskap och EG-rätten om offentlig upphandling och koncessioner anges att det bör undersökas om det i situationer som avser offentlig-privat partnerskap behöver skapas regler som möjliggör att ett sådant kontrakt får överföras på en annan leverantör, s.k. step in. Uttalandet kan tolkas så att sådan möjlighet enligt Kommissionens

¹ NOU:s yttrande dnr 2001/0036-21.

² Danmark, Storbritannien, Spanien, Norge, Finland.

³ Enligt protokoll från nämndledamöternas besök vid kommissionen i maj 1999 har chefen för upphandlingsenheten vid DG XV uttalat att Kommissionen anser att det inte är tillåtet att byta leverantör under pågående avtalstid, men att det däremot är tillåtet för en upphandlande enhet att överta ett upphandlat kontrakt från en annan upphandlande enhet, om den övertar ett projekt vari kontraktet är en del, t.ex. vid övertagande av byggtreprenader m.m. Motsvarande besked har i början av 2005 lämnats till NOU av företrädare för DG inre marknad.

Michael Slavicek

uppfattning, inte föreligger för närvarande. NOU har i yttrandet över grönboken anfört följande.⁴

Med "step-in"-uppläggningar avses huvudsakligen en klausul i avtalet mellan leverantören och bankerna och/eller andra finansieringsinstitut, enligt vilka de senare har möjlighet att sätta en annan leverantör i den ursprungliga ställe, om denne inte uppfyller vissa ekonomiska förpliktelser. De innebär alltså i praktiken att bankerna och/eller andra finansieringsinstitut kan besluta vilken leverantör som skall träda in i avtalet gentemot den upphandlande enheten.

NOU delar kommissionens uppfattning att dessa så kallade "step-in"-upplägg medför problem vid upphandlingar av koncessioner och offentlig-privata partnerskap. NOU har noterat detta problem redan år 2000 i samband med en tidigare utredning avseende begreppet koncessioner⁵. Eftersom upphandling av koncessioner än så länge är ovanligt i Sverige, har NOU dock inte gått vidare med frågan.

NOU anser inte att "step-in"-upplägg är förenliga med upphandlingsdirektiven. Samtidigt kan konstateras av den ekonomiska verkligheten att privata företag skulle få stora svårigheter att finansiera sina åtaganden vid koncessioner och andra typer av avtal med en ekonomisk risk, om inte finansieringsinstituten ges "step-in"-möjligheter. Om det är så att kommissionen avser att föreslå särskild lagstiftning avseende de typer av avtal varom det här är fråga, anser NOU att den måste ta hänsyn till denna faktor, men möjligtvis begränsa möjligheten till att gälla under en viss tid. Under denna period kan den upphandlande enheten välja att antingen själv överta åtagandet eller genomföra en ny upphandling, antingen av en tjänstekoncession eller av en tjänst.

NOU vill slutligen peka på att AMS i klausulen anger att Köparen har rätt att säga upp avtalet om säljaren överlåtit sina rättigheter och skyldigheter enligt avtalet på annan utan köparens godkännande. Detta medför att en köpare, genom utebliven uppsägning av avtalet, i efterhand kan godkänna en avtalsöverlåtelse, vilket inte är i överensstämmelse med upphandlingsregelverket.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämnd-sammanträde den 15 mars 2005, i vilket deltog kammarrättslagmannen

⁴ Yttrande den 17 juni 2004 dnr 2004/0143-22.

⁵ NOU:s yttrande över Ds 2000:65 Alternativ finansiering genom partnerskap, NOU:s dnr 2000/0339-22.

Michael Slavicek

Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, vice ordförande, chefsjuristen Hans Ekman (skiljaktig mening, se bilaga), teknologie doktorn Börje Hed och chefsjuristen Dan Holke. Beslutet fattades i närvaro av kanslichefen Margareta Hentze efter föredragning av chefsjuristen Michael Slavicek. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Michael Slavicek

Bilaga:

Hans Ekmans skiljaktiga mening

För kännedom:

Riksrevisionen
Statskontoret

Michael Slavicek

Bilaga

Hans Ekman

Avvikande mening i ärendena om överlåtelse av avtal (Stockholms stad resp. AMS)

Enligt min mening får upphandlande enhet medge att leverantör överlåter avtalet på annan om det kan anses förenligt med enheten intressen.

Överlåtelse av avtal är att betrakta som en naturlig affärsmässig åtgärd i vissa situationer. Det finns ingenting som pekar på att avsaknaden av bestämmelser om överlåtelse av avtal i LOU innebär att en förändring var avsedd i förhållande till det som tidigare gällt under lång tid.

Det finns inte heller någon rättspraxis som stöder uppfattningen att en överlåtelse som sker med den upphandlande enhetens godkännande skulle vara otillåten.

I avsaknad av uttryckliga regler i LOU om överlåtelse av avtal måste en tolkning ske med utgångspunkt från huvudregeln om affärsmässighet. Av regeln måste anses följa att den upphandlande enheten har att tillse att den nya leverantören uppfyller minst samma kvalifikationskrav som den ursprungliga och att förhandlingar med den nye leverantören om ändrade materiella villkor under avtalstiden inte kan ske utöver vad som var tillåtet i förhållande till den ursprungliga leverantören. Vidare skall identiteten mellan det som gällde enligt avtalet med den ursprungliga leverantören och det som gäller enligt avtalet med den nya leverantören bibehållas.

Av principerna om affärsmässighet och likabehandling måste också anses följa att den nya leverantören måste uppfylla de krav på registreringsskyldighet samt betalning av skatter och avgifter som gäller för de som efter upphandling ingår avtal med upphandlande enheter.

Om nya hinder införs för upphandlande enheter att godkänna överlåtelse av avtal innebär det att den redan idag tyngande och svårtillämpade upphandlingslagstiftningen ytterligare kompliceras och än mer försvårar att ett affärsmässigt agerande från upphandlande enheter. Om sådana hinder likväl önskas införas är det en fråga som måste prövas av lagstiftaren och inte av NOU.