



Annonsering om ändringar av kontrakt och ramavtal

Konkurrensverket, oktober 2023
Foto: Scandinav

Inledning

Konkurrensverket är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling i Sverige. Inom ramen för detta uppdrag har Konkurrensverket att verka för en effektiv offentlig upphandling till nytta för det allmänna och marknadens aktörer.

Upphandlande myndigheter som har genomfört en ändring av ett upphandlingspliktigt kontrakt eller ramavtal är under vissa förutsättningar skyldiga att upplysa om ändringen i en annons.¹ Inom ramen för sin verksamhet har Konkurrensverket dock uppmärksammat att skyldigheten att upplysa om ändringar genom annonsering inte alltid iakttas.

Att upphandlande myndigheter annonserar ändringar av kontrakt och ramavtal är emellertid viktigt av flera skäl. Korrekt annonsering ger leverantörer som inte tilldelats ett kontrakt eller ramavtal möjlighet att få kännedom om ändringarna och vid behov angripa dem rättsligt. På så vis skapas bättre förutsättningar för leverantörer att aktivt bevaka sina intressen i enskilda fall, vilket bidrar till en mer effektiv konkurrens och en mer effektiv offentlig upphandling i allmänhet.

Upphandlande myndigheters underlåtelse att annonsera ändringar riskerar även att få flera negativa följder. Det kan inte bara få negativa konsekvenser utifrån ett konkurrens-perspektiv, utan även utifrån ett antikorrupsions- och statistikperspektiv. Genom denna analys vill Konkurrensverket belysa skyldigheten att annonsera ändringar och dess betydelse för en effektiv offentlig upphandling och konkurrens.

¹ 17 kap. 16 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Notera att det även i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna och lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner finns bestämmelser som avser 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. Den aktuella analysen utgår emellertid från de direktivstyrda bestämmelserna i LOU.

Vad innebär skyldigheten att annonsera ändringar?

Som utgångspunkt får ett upphandlingspliktigt kontrakt eller ramavtal inte ändras utan att det genomförs en ny upphandling.² I vissa fall är det dock tillåtet och i LOU finns bestämmelser om förutsättningarna för att ändra ett kontrakt eller ramavtal som omfattas av bestämmelsernas tillämpningsområde (ändringsbestämmelserna).³

Ändringsbestämmelserna genomför bestämmelser i LOU-direktivet, som i sin tur delvis utgör en kodifiering av EU-domstolens praxis.⁴ En ändring av ett kontrakt eller ramavtal som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna förutsätter att någon av ändringsbestämmelserna är tillämplig.⁵

Av ändringsbestämmelserna framgår bland annat att en kompletterande beställning under vissa förutsättningar får göras från den leverantör som har tilldelats kontraktet utan att en ny upphandling måste genomföras.⁶ En ändring får också göras utan att en ny upphandling behöver genomföras om behovet av ändringen beror på omständigheter som den upphandlande myndigheten varken förutsåg eller borde ha förutsett vid beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet.⁷

En upphandlande myndighet som har ändrat ett kontrakt eller ramavtal med stöd av de nyss nämnda bestämmelserna om kompletterande beställningar och oförutsebara omständigheter ska upplysa om detta i en annons.⁸ En sådan annons ska publiceras i en annonsdatabas som är registrerad enligt lagen (2019:668) om upphandlingsstatistik.⁹ Annonsen ska även skickas elektroniskt till Europeiska unionens publikationsbyrå för publicering i Tenders Electronic Daily (TED).¹⁰

Annonsen ska utformas enligt kommissionens genomförandeförordning (EU) 2019/1780 av den 23 september 2019 om fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning (EU) 2015/1986 ("eForms").¹¹ Detta innebär att annonsen bland annat ska innehålla en beskrivning av ändringen och de omständigheter som gjort ändringen nödvändig.

² Se bland annat skäl 107 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) och mål C-526/17, Kommissionen mot Italien, EU:C:2019:756, punkt 58–59.

³ 17 kap. 8–14 §§ LOU.

⁴ Se art. 72 LOU-direktivet samt prop. 2015/16:195 s. 843 f. Vidare bygger EU-domstolens praxis i sin tur på de grundläggande upphandlingsprinciperna, jfr bland annat mål C-454/06, PressetextNachrichtenagentur GmbH mot Österrike, EU:C:2008:351.

⁵ 17 kap. 8 § LOU.

⁶ 17 kap. 11 § LOU.

⁷ 17 kap. 12 § LOU.

⁸ 17 kap. 16 § LOU. Bestämmelsen genomför art. 72.1 andra stycket LOU-direktivet.

⁹ 17 kap. 16 § andra stycket LOU.

¹⁰ 2 § upphandlingsförordningen (2016:1162).

¹¹ 5 § upphandlingsförordningen.

Den upphandlande myndigheten ska också ange vissa kontaktuppgifter och det totala kontraktsvärdet före respektive efter att ändringen genomförs.¹²

Utöver möjligheten att under vissa förutsättningar göra ändringar som avser kompletterande beställningar eller oförutsebara omständigheter finns även möjlighet att ändra ett avtal om ändringen avser ett mindre värde, görs i enlighet med ändrings- eller optionsklausuler, avser byte av leverantör och sådana ändringar som inte är att betrakta som väsentliga.¹³ Sådana ändringar omfattas inte av annonseringsplikten.¹⁴

Skälen till detta framgår inte av bakomliggande direktiv eller förarbetena till bestämmelserna. Sådana ändringar medför dock normalt sett inte några nya betydande affärsmöjligheter för andra potentiella leverantörer att konkurrera om.¹⁵ Det framstår inte som motiverat att annonsera sådana ändringar i förhållande till ändringarnas begränsade inverkan på konkurrensen. Vad gäller ändringar av mindre värde och sådana ändringar som inte är att anse som väsentliga kan de, precis som upphandlingar under direktupphandlingsgränsen, i regel antas vara av ett begränsat intresse för de flesta andra leverantörer.¹⁶ Detsamma gäller ändringar som avser leverantörsbyten. Att ändringar kan genomföras med stöd av ändrings- eller optionsklausuler ska framgå redan av det ursprungliga kontraktet eller ramavtalet, varför annonsering av sådana ändringar också kan antas ha bedömts som obehövliga.

¹² Av bilaga V del G till LOU-direktivet framgår vilka uppgifter annonsen ska innehålla. Se även EU:s standardformulär Kontraktändring (*eng.* Contract Modification) enligt tabell 1 i kommissionens genomförandeförordning (EU) 2019/1780.

¹³ 17 kap. 9–10 och 13–14 §§ LOU.

¹⁴ Jfr 17 kap. 16 § LOU.

¹⁵ Jfr skäl 107–109 till LOU-direktivet.

¹⁶ Direktupphandlingsgränsen framgår av 19 a kap. 2 § LOU.

Varför är det viktigt att annonsera?

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.¹⁷ Det är mot denna bakgrund som upphandlingspliktiga kontrakt och ramavtal som huvudregel ska annonseras.¹⁸ På så vis får alla potentiella leverantörer samma förutsättningar att konkurrera om kontraktet eller ramavtalet.

För att säkerställa en väl fungerande konkurrens är det viktigt att kontrakt och ramavtal som ingås efter genomförandet av en annonserad upphandling också tillämpas i enlighet med de villkor som angivits i upphandlingen. Detta kommer till uttryck genom bland annat den grundläggande upphandlingsrättsliga principen om likabehandling som utgör hinder för att, efter tilldelningen av ett avtal, ändra villkoren i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till det ursprungliga avtalet.¹⁹ Ändringsbestämmelserna utgör således en form av undantag från huvudregeln om att upphandlingar ska annonseras. Bestämmelsernas syfte är att möjliggöra flexibilitet genom att tillåta ändringar som bedöms vara motiverade i förhållande till ändringarnas inverkan på konkurrensen.²⁰

Att ändringar som genomförts med stöd av bestämmelserna om kompletterande beställningar och oförutsebara händelser annonseras är viktigt av flera skäl och bestämmelsen om annonsering av ändringar bidrar till att uppnå syftet med upphandlingslagstiftningen. Detta inte minst med hänsyn till att det är den enda annonseringen som behöver genomföras vid genomförandet av en ändring.

Trots det har Konkurrensverket inom ramen för sin tillsyn uppmärksammat att upphandlande myndigheter inte alltid iakttar skyldigheten att upplysa om ändringar i en annons. I ett ärende, som rörde servicetjänsteresor, hade en region ingått ett tilläggsavtal till ett värde om 97 miljoner kronor utan föregående annonsering med hänvisning till att coronapandemin utgjorde en oförutsebar omständighet, utan att annonsera ändringen.²¹ I ett annat tillsynsärende hade en kommun ingått ett tilläggsavtal värt ca 43 miljoner kronor avseende uppförande av en idrottshall utan föregående annonsering med stöd av bestämmelserna om kompletterande beställningar och oförutsebara omständigheter, utan att annonsera ändringen.²²

Ett av skälen till att det är viktigt att annonsera ändringar av kontrakt och ramavtal är att annonserna utgör en viktig förutsättning för en effektiv prövning på området för offentlig upphandling. Förutsatt att de leverantörer som inte tilldelats ett kontrakt eller ramavtal får kännedom om en ändring finns det nämligen goda förutsättningar för dem att vid behov angripa ändringen rättsligt. En leverantör som anser att en ändring utgör en otillåten

¹⁷ Se skäl 1 till LOU-direktivet och mål C-26/03, Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall-und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, EU:C:2005:5, punkt 44 och 47 samt mål C-16/98, Kommissionen mot Frankrike, EU:C:2000:541, punkt 44.

¹⁸ 10 kap. 1 § LOU.

¹⁹ Se bland annat mål C-526/17, Kommissionen mot Italien, EU:C:2019:756, punkt 58–59 och skäl 107 till LOU-direktivet.

²⁰ Jfr skäl 109 till LOU-direktivet.

²¹ Se Konkurrensverkets ärende dnr 700/2021.

²² Se Konkurrensverkets ärende dnr 640/2023.

direktupphandling kan exempelvis ansöka om överprövning av avtalets giltighet.²³ Följden av att ett avtal ogiltigförklaras är att avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören blir civilrättsligt ogiltigt. Därigenom säkerställs att leverantörer som tilldelats ett kontrakt under fel premisser inte får leverera. På så vis bidrar de leverantörer som aktivt bevakar sina intressen i enskilda fall till en mer effektiv konkurrens och offentlig upphandling i allmänhet.

Genom ändringsannonser ges också Konkurrensverket bättre förutsättningar att få kännedom om de ändringar av kontrakt och ramavtal som genomförs, både genom tips och Konkurrensverkets egen omvärldsbevakning. Om en ändring bedöms utgöra en otillåten direktupphandling kan det resultera i en upphandlingsskadeavgift. Vid såväl processen om överprövning som om upphandlingsskadeavgift är det emellertid den otillåtna direktupphandlingen som angrips och inte underlåtenheten att annonsera ändringen i sig.

Liksom alla typer av överträdelser mot upphandlingsreglerna kan underlåtenhet att annonsera en ändring ändå bli föremål för ett tillsynsbeslut av Konkurrensverket. Syftet med tillsynsbesluten är att uppmärksamma upphandlande myndigheter på att de har brutit mot upphandlingsregelverken och vara vägledande för andra upphandlande myndigheter utöver den som utreds.

Ändringsannonser bidrar också till transparens i de offentliga affärerna. Utan sådan insyn ökar risken för korruption samtidigt som möjligheten till upptäckt minskar.²⁴ Korruption och minskad transparens kan ha en negativ påverkan på allmänhetens förtroende för det offentliga. I förlängningen riskerar det att leda till bland annat att leverantörer avstår från att lämna anbud. Det innebär att konkurrensen minskar och att skattemedlen inte kan användas lika effektivt.

Att ändringar annonseras är även viktigt ur ett statistikperspektiv. Sådana annonser är nämligen en förutsättning för att ta fram relevant statistik om de ändringar som görs.²⁵ Sådant statistik kan i sin tur generera viktiga underlag för att kunna utveckla den offentliga affären, fatta politiska beslut samt driva debatt om en stor och viktig del av den svenska ekonomin.

Det är inte bara viktigt att ändringar annonseras, utan även att ändringarna annonseras på ett korrekt sätt. En publicerad annons som inte innehåller alla relevanta uppgifter eller som innehåller felaktiga uppgifter kan likställas med att en annonsering inte genomförts, eller i vart fall innebära att principen om transparens åsidosatts.²⁶ Om det inte går att utläsa av annonsen vad den aktuella ändringen innebär eller vilka omständigheter som gjort den nödvändig är det nämligen inte möjligt för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer att få en rättvisande bild av ändringen och till exempel bedöma om den bör angripas rättsligt.

Olika uppgifter kan dock betraktas som olika viktiga. Exempelvis skulle avsaknaden av den upphandlande myndighetens telefonnummer i en ändringsannons knappast kunna få någon avgörande betydelse för leverantörers möjligheter att bevaka sina intressen, medan

²³ 20 kap. 13–13 a §§ LOU.

²⁴ Att korruption kan uppstå genom förändringar av kontraktet under avtalsperioden lyftes bland annat fram i Konkurrensverkets rapport 2020:1 Korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling, s. 14.

²⁵ Betydelsen av statistik har betonats i bl.a. prop. 2018/19:142.

²⁶ Jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 juni 2010 i mål 613-10.

avsaknaden av uppgifter om förändringar i det totala kontraktsvärdet skulle spela desto större roll.

Hur stor roll en viss uppgift bedöms spela skulle bland annat kunna få betydelse för om en leverantör kan bedömas ha lidit skada i en eventuell överprövningsprocess. En upphandlande myndighet som utelämnat ett telefonnummer i en annons skulle således kunna anses ha åsidosatt principen om transparens, men skulle ändå inte behöva göra om upphandlingen för att leverantören inte kan anses ha lidit någon skada. Däremot skulle en upphandlande myndighet som utelämnat uppgifter i en annons om vad en ändring inneburit kunna anses ha både åsidosatt principen om transparens och orsakat att leverantören lidit skada. Upphandlingen skulle i sådana fall behöva göras om. En bedömning måste dock göras utifrån förutsättningarna i varje enskilt fall.

Enbart en underlåtelse att annonsera en ändring av ett kontrakt eller ramavtal kan dock inte leda till att avtalet det rör ogiltigförklaras.²⁷ Sådan underlåtelse kan inte heller leda till upphandlingsskadeavgift.²⁸ Det finns i den meningen inga sanktioner kopplade till skyldigheten att annonsera ändringar. Med hänsyn till betydelsen av att upphandlande myndigheter följer denna skyldighet kan det förhållandet ifrågasättas, enligt Konkurrensverket. Frågan om tillämpningsområdet för upphandlingsskadeavgift ska utvidgas till att omfatta underlåtelse av viss annonsering har tidigare varit föremål för diskussion, men har inte omfattat bestämmelsen i 17 kap. 16 § LOU.²⁹

²⁷ Jfr 20 kap. 13 § LOU.

²⁸ Jfr 21 kap. 1 § LOU om upphandlingsskadeavgift.

²⁹ Se Ds 2022:5 En effektivare upphandlinstillsyn, s. 60 ff., och lagrådsremissen En effektivare upphandlinstillsyn från den 25 maj 2023, s. 43 ff.

Sammanfattande slutsatser

Skyldigheten för upphandlande myndigheter att annonsera ändringar av kontrakt och ramavtal är en viktig förutsättning för att tillförsäkra transparens och likabehandling, och därigenom en effektiv konkurrens och offentlig upphandling. Genom annonser om ändringar blir det nämligen enklare för såväl Konkurrensverket som leverantörer att upptäcka och angripa eventuella otillåtna ändringar.

Att upphandlande myndigheter annonserar ändringar av kontrakt och ramavtal bidrar även till att minska risken för korruption och värna allmänhetens förtroende för det offentliga. Därutöver ges förutsättningar för bättre upphandlingsstatistik.

Genom denna analys vill Konkurrensverket framhålla betydelsen av att upphandlande myndigheter annonserar ändringar av kontrakt och ramavtal. För att annonseringsplikten och dess bakomliggande syften ska få full genomslagskraft är det dessutom inte bara viktigt *att* ändringar annonseras, utan även att ändringarna annonseras på ett *korrekt* sätt. Annars riskerar principen om transparens att åsidosättas, och i förlängningen riskerar även konkurrensen att försämrats.

Med hänsyn till annonseringsskyldighetens betydelse för konkurrensen på marknaden kan det ifrågasättas att skyldigheten är osanktionerad. Utöver att rikta kritik i tillsynsbeslut saknas möjligheter att säkerställa att upphandlande myndigheter efterlever annonseringsskyldigheten.

- Att upphandlande myndigheter annonserar ändringar av kontrakt och ramavtal är viktigt av flera skäl, inte minst av konkurrens- och transparens-skäl, men också av antikorrupsions- och statistikskäl.
- Det är inte bara viktigt **att** ändringar annonseras, utan även att ändringarna annonseras på ett **korrekt** sätt.
- En publicerad annons som inte innehåller alla relevanta uppgifter eller som innehåller felaktiga uppgifter kan medföra att principen om transparens åsidosätts.
- Korrekta annonser om ändringar ger aktiva leverantörer förbättrade möjligheter att bevaka sina intressen i enskilda fall och därigenom bidra till en väl fungerande konkurrens.



Adress 103 85 Stockholm
Telefon 08-700 16 00
konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se