

Möjligheter i LOU kopplat till Coronaviruset Covid-19

Vi har svarat på några av de vanligaste frågorna som upphandlande myndigheter stöter på i upphandlingsarbetet under denna ovanliga och svåröverblickbara situation i och med utbrottet av det nya Coronaviruset Covid-19. Svaren är övergripande och en bedömning behöver göras i varje enskilt fall. Kontakta AffärsConcepts erfarna jurister med din specifika frågeställning, kontaktuppgifter finner du längst ned.

Kan den upphandlande myndigheten förlänga anbudens giltighetstid?

Många upphandlande myndigheter kan uppleva att vanliga arbetsuppgifter får stå tillbaka för att tillse att det mest kritiska tas om hand först. Upphandlingar som redan skulle ha tilldelats eller upphandlingar som tilldelats men avtal ännu inte ingåtts kanske har behövt bortprioriteras. Den upphandlande myndigheten kan stå inför faktumet att anbudens giltighetstid håller på att löpa ut innan upphandlingen har hunnit avslutas.

Det är inte reglerat i upphandlingslagstiftningen hur länge en leverantör ska vara bunden av sitt anbud utan det är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma från upphandling till upphandling. Anbudsgivarens anbud är som utgångspunkt bindande fram till det datum som myndigheten har angett i något av upphandlingsdokumenten eller, om upphandlingen avbryts, fram till dess att ett avbrytandebeslut har meddelats.

Huruvida anbudens giltighet kan förlängas är upp till den upphandlande myndigheten och anbudsgivarna att komma överens om förutsatt att de grundläggande principerna tillgodoses, särskilt med beaktande av likabehandlingsprincipen. Här görs en viss skillnad på förlängning av anbud innan tilldelning och efter att tilldelning har meddelats. Om förlängning av anbud ska göras innan tilldelning har meddelats ska samtliga anbudsgivare, även de vars anbud förkastats, tillfrågas.¹ Det kan rekommenderas att förlänga med så många leverantörer som möjligt, för det fall den först tilldelade leverantör av någon anledning inte skulle kunna stå för sitt anbud. Så länge avtal inte är signerat är det då möjligt att istället ingå avtal med leverantören som i första skedet blev nummer två. Detta gäller särskilt under oroliga tider, som vi nu befinner oss i.

Om förlängning sker efter att tilldelningsbeslut har meddelats är det tillräckligt att den/de leverantör/-er som tilldelats accepterar förlängningen för att upphandlingen ska slutföras. Observera att acceptans av förlängning från leverantörerna med fördel görs innan anbudens giltighetstid löper ut, om acceptans sker vid ett senare tillfälle uppstår andra frågor som upphandlande myndighet behöver ta ställning till.²

Även om den upphandlande myndigheten har möjlighet att förlänga anbudens giltighetstid bör det endast ske då det är absolut nödvändigt, bl.a. för att det kan vara svårt för leverantörer att

¹ Kammarrätten i Göteborg mål nummer 4278-09, Kammarrätten i Stockholm mål nummer 3480-10 och 2059-11 samt Kammarrätten i Jönköping mål nummer 1798-10. Se även

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/Tillampning_av_LOU_i_akuta_situationer/anbudens-giltighetstid/ 2020-03-19.

² Ibid.

vara bundna under lång tid av priser och andra åtaganden. Det är även viktigt att i ett så tidigt skede som möjligt föra en dialog med leverantörerna för att höra hur deras situation ser ut under dessa extraordinära omständigheter. Det är lätt att agera förhastat när beslut behöver fattas snabbt, men det är viktigt att inte tappa de kommersiella och strategiska aspekterna.

Utgör Covid-19 grund att åberopa force majeure?

Under den senaste tiden har vi fått flera frågor från både kunder och leverantörer om hur man ska hantera det faktum att man tvingas avboka leveranser i upphandlande avtal på grund av utbrottet av Covid-19. Frågorna har också handlat om huruvida den uppkomna situationen kan utgöra grund för ansvarsfrihet när en avtalspart inte kan fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet.

Force majeure innebär att det finns omständigheter som kan frigöra en part från att fullgöra sina skyldigheter i ett avtal. Force majeure kan tillämpas vid oförutsägbara händelser som ligger utanför ens kontroll, och som gör det omöjligt för en avtalspart att uppfylla sin del i avtalet. Det kan till exempel röra sig om naturkatastrofer eller krig.³

Det saknas uttryckliga lagstadgade bestämmelser om force majeure i Sverige och därför gäller skrivningen i det enskilda avtalet.⁴ Oftast finns en sådan skrivning i avtalet som anger en uppräknning av olika situationer avseende när force majeure kan tillämpas. Det är dock inte vanligt att en sådan bestämmelse innehåller någon specifik skrivning om epidemi eller virusutbrott, men det behöver inte innebära att force majeure inte kan göras gällande.

Huruvida utbrottet av Covid-19 utgör skäl att åberopa force majeure beror på omständigheterna i det enskilda fallet. Huvudfrågan som bör ställas vid en bedömning är; Vad är orsaken till att parten inte kan fullgöra sina skyldigheter enligt avtalet? För att kunna göra force majeure gällande, måste t.ex. problem med leverans vara förknippat med just Covid-19. Att det blir svårare eller dyrare att fullfölja sina skyldigheter enligt avtalet, medför i sig inte en rätt att åberopa force majeure.⁵ Vidare är man alltid skyldig att försöka minska effekterna genom andra lösningar, även om bestämmelsen kan göras gällande. Exempelvis kan den upphandlande myndigheten som beställt en utbildning fråga leverantören om den kan hållas som en distansutbildning istället för fysiskt i myndighetens lokaler.

Sammanfattningsvis kan Covid-19 utgöra grund för att åberopa force majeure. Om force majeure ska göras gällande bör en bedömning göras utifrån omständigheterna i varje enskilt fall och bedömningen bör omfatta följande kontroller:

- Vad är orsaken till att man inte kan uppfylla sina skyldigheter? Vad är det i avtalet som inte kan uppfyllas?

³ Hellner, Jan, Richard Hager and Annina H. Persson. 'Speciell Avtalsrätt II: Kontraktsrätt. H. 2, Allmänna Ämnen', 5 uppl. Stockholm, 2011 s. 58.

⁴ T.ex. allmänna rättsgrundsatsen kan bli tillämpliga på dylika situationer, men det sker sällan, förmodligen eftersom force majeure ofta regleras i avtal. Se Hellner, Jan, Richard Hager and Annina H. Persson. 'Speciell Avtalsrätt II: Kontraktsrätt. H. 2, Allmänna Ämnen', 5 uppl. Stockholm, 2011, s. 68.

⁵ Se även Jan Ramberg, Johnny Herre "köplagen" 27 § Juno version 2b 2018-10-26 för ett mer utvecklat resonemang.

- Går det att leverera eller uppfylla skyldigheterna i avtalet trots den uppkomna situationen? Finns det alternativa lösningar?
- Kontrollera om avtalet har en force majeure-skrivning. Hur är den formulerad och vad omfattar den? Force majeure blir inte automatiskt tillämpligt för att den finns med i avtalet, utan måste vara applicerbar i det enskilda fallet.

Får man anskaffa utanför befintligt ramavtal om leverantören inte har tillräcklig kapacitet?

Lagstiftaren har lämnat till parterna att civilrättsligt reglera om ett ramavtal ska vara ömsesidigt förpliktande, dvs. att både den upphandlande myndigheten och ramavtalsleverantör ska vara bundna av ramavtalet.⁶ Det finns med andra ord ingen paragraf i LOU som anger att en upphandlande myndighet är förpliktad att göra sina anskaffningar genom befintliga ramavtal (för statliga myndigheter ska dock förordning (1998:796) om statlig inköpsamordning följas).

För att besvara frågan i rubriken, är första steget att kontrollera regleringen i det aktuella ramavtalet. Om ramavtalet är exklusivt (med innebörden att det är förpliktande för den upphandlande myndigheten att vända sig till leverantören/-erna i ramavtalet), utan undantag, kan det komma att betraktas som avtalsbrott att köpa vid sidan om ramavtalet. Detta i sin tur kan berättiga ramavtalsleverantören till skadestånd. Möjligen kan ramavtalsleverantörens bristande kapacitet betraktas som ett avtalsbrott, vilket i sådant fall berättigar den upphandlande myndigheten till avsteg för att minimera skadan av avtalsbrottet. I dessa tider kan även reglering av ansvarsfrihet med hänvisning till force majeure vara tillämplig och kan då ha en ömsesidig verkan för parterna. Om ni istället väljer att avtala med ramavtalsleverantören om tillfälliga avsteg från ramavtalet bör dessa stämmas av mot 17 kap. 9-14 §§ LOU för att försäkra er om att avstegen inte kan betraktas som väsentliga ändringar. Det borde dock främst vara en risk om den upphandlande myndigheten lättar på leverantörens förpliktelser utan uttrycklig utrymme i ramavtalet (t.ex. force majeure).

Om det inte framgår av avtalsvillkoren vad som gäller kan ramavtalets form ha betydelse för frågan. Finns det endast en leverantör i ramavtalet ska villkoren för tilldelning vara fastställda, men vid flera leverantörer kan villkoren för tilldelning regleras genom förnyad konkurrensutsättning. I förarbetena från 2006⁷ liknas ramavtal med en leverantör vid ett ömsesidigt förpliktande kontrakt och benämns där som bindande ramavtal. Om det inte framgår av avtalsvillkoren att så inte är fallet (t.ex. en uttrycklig skrivning att ramavtalet är icke-exklusivt) kan det därmed finnas anledning att betrakta ett ramavtal med endast en leverantör som bindande (se resonemang ovan avseende avsteg).

⁶ Prop. 2015/16:195 s. 513.

⁷ Prop. 2006/07:128 s. 160.

Får upphandlande myndigheter ändra i befintliga avtal för att säkra leveranser pga. Covid-19?

Kontrakt och ramavtal som har upphandlats enligt LOU får ändras utan en ny upphandling om ändringen görs i enlighet med någon bestämmelse i 17 kap. 9 – 14 §§. I 17 kap. 12 § LOU regleras ändringar till följd av oförutsebara omständigheter.

Med oförutsebara omständigheter avses omständigheter som den upphandlande myndigheten inte hade kunnat förutse trots att den upphandlande myndigheten visat skälig omsorg i förberedelserna av den ursprungliga kontraktstilldelningen med hänsyn till tillgängliga medel, det berörda projektets beskaffenhet och egenskaper, god praxis på det berörda området samt behovet av att säkerställa att förbereda kontraktstilldelningen och dess förutsebara värde⁸. Enligt den tidigare praxis och reglering som fanns på området är bestämmelsen om oförutsebara händelser en utveckling av tilldelning av avtal efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.⁹ Sådana tilldelningar har i praxis bl.a. krävt omständigheter av force majeure-karaktär, och epidemier har framhållits vara av sådan karaktär.¹⁰ Med detta sagt är nuvarande situation med det nya Coronaviruset att anse som en oförutsebar omständighet i förhållande till befintliga ramavtal och kontrakt.

För att få tillämpa 17 kap. 12 § LOU krävs vidare att ändringen inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras eller att värdet på kontraktet eller ramavtalet ökar med mer än 50 %. Den övergripande karaktären ändras om den upphandlande myndigheten exempelvis köper varor från ett byggtreprenadkontrakt eller att typen av upphandling förändras i grunden.¹¹ I praktiken betyder det att om den upphandlande myndigheten köper från befintligt kontrakt eller ramavtal på det sätt som har angetts i upphandlingen samt i kontraktet eller ramavtalet bör den övergripande karaktären förbli intakt. Avseende värdet bör den upphandlande myndigheten utgå från det i kontraktet angivna värdet samt det i ramavtalet uppskattade värdet eller, i nyare ramavtal, takvolymen.

Ett problem som den upphandlande myndigheten kan stöta på i den nu aktuella situationen är att leverantören kan behöva prioritera bland sina kunder. Leverantörernas leveranser kan vara beroende av andras produktion och om underleverantörer får leveransproblem innebär det en lägre leveranskapacitet hos leverantören. För att den upphandlande myndigheten ska kunna trygga sin egen försörjning av verksamhetskritiska leveranser kan därför 17 kap. 12 § LOU används som ett positivt incitament för befintlig leverantör att leverera enligt kontrakt eller ramavtal. Att ge leverantören möjlighet till att få mer betalt istället för att tillämpa eventuella force majeure-klausuler framstår i sammanhanget som en bättre lösning för bägge parter och är åtminstone något som bör föras på tal innan leverantören befrias från ansvar. Det är i sammanhanget värt att poängtera att det är den upphandlande myndigheten som äger rätt att påkalla förändring enligt 17 kap. 12 § LOU och att bestämmelsen således inte utgör en rättighet för leverantören att höja sina priser.

Sammanfattningsvis är vår bedömning att:

⁸ Direktivskäl 109, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁹ Prop. 2016/16:195 s. 1130

¹⁰ Viktor Hård Af Segerstad i UrT 2018 uppl 4.

¹¹ Direktivskäl 109, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

- En upphandlande myndighet kan använda 17 kap. 12 § LOU för att göra utökade anskaffningar enligt befintliga kontrakt och ramavtal, och
- den upphandlande myndigheten bör överväga tillämpning av 17 kap. 12 § LOU och diskutera detta, åtminstone, med sina verksamhetskritiska leverantörer om leveransproblem uppstår.

Får upphandlande myndigheter använda direktupphandlingar för att täcka de behov av varor och tjänster som uppkommit som en följd av Covid-19?

Vissa upphandlande myndigheter har som följd av det nya Coronaviruset nu på mycket kort tid fått ökade och kanske nya behov av varor och tjänster och möjligtvis även av vissa byggentreprenader. Kan dessa upphandlande myndigheter täcka de akuta behoven genom direktupphandling? AffärsConcept menar att svaret sannolikt är ja för många av de nya behoven och i stor utsträckning även ja för de ökade behoven. Är omständigheterna oförutsedda och utom den upphandlande myndighetens kontroll sätter inte upphandlingsjuridiken några käppar i hjulet i detta pressade läge. Det finns dock vissa aspekter som man inte får glömma och ett stegvis förfarande som man bör iakttä enligt nedan beskrivning.

Inledande överväganden

För det första bör den upphandlande myndigheten se över vilka befintliga ramavtal som kan täcka behovet. Kanske behöver inte direktupphandlingsförfarandet användas om det redan finns en beredskap i de ramavtal som den upphandlande myndigheten har upphandlat eller är avropsberättigad på.

Om det inte redan finns ramavtal på området, kanske det är så att kontraktsvärdet av det nyuppkomna behovet inte överstiger direktupphandlingsgränsen¹² (här behöver den upphandlande myndigheten också räkna in tidigare direktupphandlingar av samma slag under räkenskapsåret¹³). Då går det bra att täcka det akuta behovet genom en direktupphandling.

Om beräkningen visar att kontraktsvärdet kommer att överstiga direktupphandlingsgränsen måste den upphandlande myndigheten titta närmare på om de rekvisit är uppfyllda som krävs för att få hänvisa till synnerlig brådska som skäl för att direktupphandla enligt 19 kap. LOU (om kontraktsvärdet är under EU:s tröskelvärden) eller för att genomföra ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 6 kap. LOU (om kontraktsvärdet överstiger

¹² Direktupphandlingsgränsen för varor, tjänster, byggentreprenader och sociala tjänster och andra särskilda tjänster är för närvarande 615 312 kronor. Direktupphandlingsgränsen för välfärdstjänster är 2 156 469 kronor. Inom försörjningssektorn är direktupphandlingsgränsen för samtliga upphandlingsföremål 1 142 723 kronor.

¹³ 19 kap. 8 § 3 st. LOU.

EU:s tröskelvärden) vilket kan liknas vid en direktupphandling.¹⁴¹⁵ Här följer en beskrivning av rekvisiten.

Är behovet absolut nödvändigt?

Under rådande omständigheter kan olika typer av leveranser för vissa upphandlande myndigheter faktiskt göra skillnad mellan liv och död, och AffärsConcept menar att det inte finns några tvivel om att sådana behov skulle klassas som absolut nödvändiga. Det kan också finnas mängder av andra nödvändiga leveranser som kanske inte direkt har påverkan på liv och död, men som i förlängningen kan ha det eller som på andra sätt är absolut nödvändiga i denna extrema situation och i sådana fall måste den upphandlande myndigheten titta närmare på omständigheterna i varje enskilt fall och göra en bedömning av nödvändigheten och vad en eventuell utebliven leverans skulle ge för konsekvenser.

Att behovet är absolut nödvändigt räcker dock inte för att det upphandlingsjuridiskt ska gå att hävda synnerlig brådska utan det krävs även att övriga tre rekvisit också är uppfyllda.

Är behovet så akut att sedvanliga tidsfrister inte går att tillämpa?

Många behov måste nu täckas så snabbt att de sedvanliga tidsfristerna eller påskyndade tidsfrister inte går att tillämpa och den upphandlande myndigheten gör rätt i att fråga sig hur akut det aktuella behovet är.¹⁶ I denna beräkning får den upphandlande myndigheten också räkna in förberedelsestid, vilket i och för sig även krävs i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, men som antagligen går att påskynda mer än med tillämpning av annonserade förfaranden. Även andra ledtider såsom avtalsspärr m.m. får räknas in.¹⁷

Det är inte tillåtet att använda undantaget för att undanröja risken för ett akut behov i framtiden. Behovet måste redan ha uppstått eller förväntas uppstå i nära framtid.¹⁸ Vid brådskande planerade, ökade eller nya behov hänvisas till påskyndande förfaranden (se nedan).

Står brådskan utom den upphandlande myndighetens kontroll?

Det akuta behovet får inte vara orsakat av den upphandlande myndigheten och den upphandlande myndigheten kan inte ha förväntats förstå att det akuta behovet skulle uppstå.

Folkhälsomyndigheten som är Sveriges kunskapsmyndighet och som har i uppgift att skydda Sverige mot hälsohot¹⁹ kunde inte förutse omfattningen av den pandemi vi nu är i början av

¹⁴ 6 kap. 15 § LOU

¹⁵ För att förenkla texten kommer vi att fortsättningsvis att benämna förfarandet direktupphandling men räknar i denna benämning även in förhandlat förfarande utan föregående annonsering då det är samma bedömningar som behöver göras för att avgöra om respektive förfarande är tillämpligt.

¹⁶ 11 kap. LOU.

¹⁷ Kammarrätten i Göteborg, mål nummer 1446-1452-12

¹⁸ HFD 2019 ref. 65.

¹⁹ <https://www.folkhalsomyndigheten.se/om-folkhalsomyndigheten/> 2020-03-21.

och AffärsConcept menar att inte heller andra upphandlande myndigheter som nu drabbas av detta kan förväntas ha förutsett omfattningen och effekterna av det Coronavirus som vi först hörde talas om i januari.

Finns det ett orsakssamband mellan det oförutsedda och det akuta behovet?

Det akuta behovet som nu möjligtvis uppstått hos vissa upphandlande myndigheter måste ha ett samband med den oförutsedda situationen, i det här fallet Covid-19. En myndighet kan inte hävda synnerlig brådska på grund av Covid-19 för att täcka ett behov som inte beror på Covid-19. Om det uppkommer ett ökat akut behov nu som behöver täckas på grund av Covid-19, men den upphandlande myndigheten exempelvis har försummat att förlänga ett ramavtal som skulle täcka området, så beror inte det akuta behovet på den oförutsedda händelsen utan på bristande planering hos den upphandlande myndigheten. Detta rekvisit gör också att det inte går att ”passa på” att upphandla för att täcka ett behov över lång tid när man ändå ska upphandla för att täcka det akuta behovet. Det kontrakt som tecknas genom en direktupphandling med anledning av synnerlig brådska, ska vara begränsat till att täcka det akuta behovet och parallellt bör den upphandlande myndigheten mobilisera för att kunna täcka ett långsiktigt behov genom att upphandla med sedvanliga annonserade förfaranden.

Att tänka på

Om rekvisiten är uppfyllda måste upphandlande myndigheter komma ihåg proportionalitetsprincipen, det vill säga att begränsa omfattningen av det akuta inköpet så långt det går både i volym och i tid samt att dokumentera skälen för direktupphandlingen.

Tänk också på vad som händer efter den direkta akuta fasen så att den upphandlande myndigheten parallellt börjar förbereda för att hantera behoven långsiktigt.

Alternativet påskyndat förfarande

Om en upphandlande myndighet står inför ett akut behov men förutsättningarna inte uppfyller samtliga ovan uppräknade omständigheter vill vi även lyfta fram ett möjligt alternativ att tillämpa ett påskyndat förfarande.²⁰ För ett sådant påskyndat förfarande krävs inte att brådskan inte kunnat förutses eller inte berott på myndigheten, så länge det går att styrka den brådskande situationen.²¹

Vidarehänvisning

²⁰ 11 kap. 10 § LOU.

²¹ Direktivskäl 46, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

För en djupare analys och vägledning avseende upphandlingar i akuta situationer hänvisar vi till Upphandlingsmyndighetens vägledning som togs fram i samband med flyktingsituationen år 2015:

https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/Tillampning_av_LOU_i_akuta_situationer/

²² Upphandlingsmyndigheten tar även kontinuerligt fram stödmaterial till upphandlande myndigheter och leverantörer med anledning av pågående pandemi.

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/aktuellt/upphandlingsmyndighetens-stod-i-samband-med-covid-19-pandemin/>

Det har också kommit tolkningsmeddelanden avseende upphandlingsdirektiven i denna situation från andra länder, se exempelvis Storbritanniens vägledning:

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/873521/PPN_01-20 - Responding to COVID19.v5_1 .pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/873521/PPN_01-20_-_Responding_to_COVID19.v5_1_.pdf)

Mer stöd

Om du behöver mer stöd hör av dig till **Helena Ottosson Krauss**, affärsrådgivare, AffärsConcept

Telefon: 08-709 59 49

Email: helena.ottossonkraus@affarsconcept.se

²² https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/Tillampning_av_LOU_i_akuta_situationer/ 2020-03-21.