

Upphandling i kriser

- exemplet Rysslands krig mot Ukraina

En PM för Upphandlingsdialog Dalarna

Mathias
Sylvan



Inledning: "kriser" är ett brett begrepp

"Kriser" är ett brett begrepp. Det kan vara en kris som orsakats av ekonomiska eller politiska händelser, det kan vara inhemska, regionala eller till och med globala händelser som abrupt förändrar tillvaron, också för upphandlande myndigheter.

Under de senaste åren har vi haft två kriser, dels flyktingkrisen 2015, dels en pandemi under framför allt 2020 och 2021. Dessa kriser har inneburit att upphandlande myndigheter snabbt har behövt köpa varor och tjänster där de ledtider som gäller för annonserade upphandlingar inte kunnat hållas. Detta har ofta kunnat göras med stöd av LOU:s bestämmelser om direktupphandling, särskilt direktupphandling på grund av synnerlig brådska¹.

Upphandlingsmyndighetens vägledningar

På Upphandlingsmyndighetens (UHM) hemsida finns vägledningar för hur upphandlande myndigheter kan agera för att snabbt tillgodose akuta behov utan att bryta mot regelverket. På UHM:s hemsida finns både vägledning om offentlig upphandling i kriser i allmänhet och i samband med Corona-pandemin i synnerhet². Under rubriken "Upphandling i akuta situationer" redogör UHM för de olika handlingsalternativ som kan stå till buds³. Det handlar om att

1. i möjligaste mån försöka utnyttja befintliga ramavtal⁴,
2. undersöka om det finns ett tillämpligt undantag,
3. underlätta för leverantörer att lämna anbud genom att använda kontraktsvillkor som kan uppfyllas vid en senare tidpunkt samt att, som en sista utväg,
4. tillämpa möjligheterna i LOU att göra direktupphandlingar till exempel på grund av synnerlig brådska.

UHM har också tagit fram en checklista med relevanta frågor som upphandlaren bör ställa sig.⁵

Kommissionens vägledningar

Även kommissionen har publicerat vägledningar, till exempel vägledning (2020/C 108 I/01) om användningen av reglerna om offentlig upphandling i nödsituationen i samband med covid-19-krisen⁶. I vägledningen betonar kommissionen att akuta upphandlingar där den upphandlande myndigheten "förhandlar direkt med potentiella leverantörer" kan vara en tillfällig åtgärd "till dess att man finner mer stabila lösningar". Det är alltså inte möjligt att ingå långvariga avtal med stöd av bestämmelsen om förhandlat förfarande utan annonsering på grund av synnerlig brådska.

¹ I 6 kap. 15 § LOU heter det förhandlat förfarande utan föregående annonsering på grund av synnerlig brådska.

² Upphandlingsmyndigheten tog också fram en vägledning för upphandling under flyktingkrisen 2015:

"Tillämpning av LOU med anledning av flyktingsituationen", UHM 2015-0111-003(611).

³ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/akuta-situationer/>

⁴ Det påpekas till exempel att det inte finns någon skyldighet att iaktta avtalsspärr när kontrakt tilldelas efter förnyad konkurrensutsättning samt att befintliga optioner ska utnyttjas innan man gör en direktupphandling.

⁵ https://www.upphandlingsmyndigheten.se/regler-och-lagstiftning/akuta-situationer/#checklista_bedomhurdetakutabehovetkantillgodoses

⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/SV/TXT/PDF/?uri=OJ:C:2020:108:FULL&from=FR>

Kommissionen tog också fram en vägledning under 2015 för möjligheterna att genomföra direktupphandlingar med anledning av den aktuella asylkrisen: MEDDELANDE FRÅN KOMMISSIONEN TILL EUROPAPARLAMENTET OCH RÅDET om reglerna för offentlig upphandling i samband med den aktuella asylkrisen, COM(2015) 454 final⁷.

Det finns alltså mycket material publicerat av behöriga myndigheter rörande möjligheterna att genomföra offentliga inköp då akuta behov uppstått i samband med kriser som stora flyktingströmmar och pandemier.

En ny kris: Rysslands krig mot Ukraina

Den 24 februari 2022 uppstod emellertid en ny kris genom Rysslands krig mot Ukraina. Som en följd av detta krig har det kommit en flyktingström som framför allt drabbat länder som gränsar till Ukraina men som också berör Sverige om än i mindre utsträckning. De utmaningar som detta innebär för den offentliga upphandlingen liknar i mångt och mycket de utmaningar som gällde under flyktingkrisen 2015.

En annan följd av Rysslands krig mot Ukraina alltsedan 2014 är emellertid att EU beslutat om sanktioner mot Ryssland. Det femte sanktionspaketet, vilket antogs av EU den 8 april 2022, innehåller också sanktioner som rör den offentliga upphandlingen. Upphandlande myndigheter måste redan nu utesluta anbudsgivare som har koppling till Ryssland och även förbereda sig på att i höst sluta fullgöra sedan tidigare upphandlade avtal där leverantören eller avtalet har en koppling till Ryssland. För att inte stå utan leveranser måste upphandlande myndigheter också vidta åtgärder för att ha alternativ till avtal som inte längre kan användas.

EU:s sanktioner den 8 april 2022

Europeiska unionens råd beslutade enhälligt den 8 april om nya sanktioner mot Ryssland genom förordning (EU) 2022/576 om ändring av förordning nr 833/2014 om restriktiva åtgärder mot bakgrund av Rysslands åtgärder som destabiliserar situationen i Ukraina. Det nya sanktionspaketet innefattar även förbud mot offentlig upphandling av leverantörer med kopplingar till Ryssland.

Enligt sanktionerna är det från och med den 9 april 2022 förbjudet att tilldela offentliga kontrakt⁸ till leverantörer som är

1. etablerade i Ryssland,
2. ägs till minst 50 procent av någon eller några som är etablerade i Ryssland
3. är ombud för företag som är etablerade i Ryssland eller ägs till minst 50 procent av någon eller några som är etablerade i Ryssland.

Förbudet gäller även för underleverantörer eller leverantörer vars kapacitet åberopas i upphandlingen om de står för mer än tio procent av kontraktets värde.

⁷ <https://www.konkurrensverket.se/contentassets/c5ee139c82d44b418b9450e6bd6cb1c3/1-2015-454-sv-f1-1-kommissionen.pdf>

⁸ "Kontrakt" ska i detta sammanhang rimligen också inkludera ramavtal.

Från och med den 11 oktober 2022 är det dessutom förbjudet att fullgöra kontrakt där ovan angivna kopplingar till Ryssland finns.

Förbuden avser sådana offentliga kontrakt som omfattas av direktiven, dvs. där kontraktets värde minst motsvarar tillämpligt tröskelvärde⁹. Förbuden omfattar även vissa kontrakt som är undantagna från direktivet och LOU som finansiella tjänster och banklån. Eftersom det är en förordning blir rättsakten gällande omedelbart i medlemsländerna¹⁰.

De nya sanktionerna tvingar upphandlande myndigheter och enheter att inventera sina avtal för att se vilka som berörs av sanktionerna samt om det finns behov av att upphandla nya avtal till den 11 oktober. De innebär att anbud nu också måste granskas med sanktionsglasögon så att den upphandlande myndigheten inte tilldelar kontrakt eller ramavtal i strid med EU:s sanktioner.

Hur vet man om en leverantör har koppling till Ryssland?

Det kan naturligtvis vara svårt att med säkerhet fastställa om en leverantör har en sådan koppling till Ryssland som avses i EU:s förordning (EU) 2022/576. Genom slagning i Creditsafe eller annan kreditupplysningstjänst kan upphandlaren få viss information, till exempel om koncernstruktur och i vilket land moderbolaget har sitt säte.

Den upphandlande myndigheten kan vid händelse av misstanke om att det finns kopplingar till Ryssland gå vidare och begära upplysningar från berörd leverantör genom analog tillämpning av bestämmelsen i 15 kap. 9 § LOU om en försäkran på heder och samvete till exempel från leverantörens VD eller annan person i leverantörens ledning. En sådan försäkran har ett visst bevisvärde eftersom den lämnas under straffansvar.

Möjligheten att utesluta anbudsgivare med kopplingar till Ryssland

I upphandlingar som annonseras efter den 8 april bör det i upphandlingsdokumentet finnas en ny obligatorisk uteslutningsgrund som täcker in de nya sanktionerna. Det saknas visserligen en sådan uteslutningsgrund i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling eller de andra upphandlingslagarna som berörs av sanktionerna. EU:s sanktioner får dock anses ta över LOU och direktivet. Den nya uteslutningsgrunden skulle kunna utformas enligt följande:

Med anledning av EU:s sanktioner mot Ryssland gäller också att anbudsgivare eller anbud som omfattas av Rådets förordning 2022/576 av den 8 april 2022 ska uteslutas.

I 13 kap. 5 § LOU finns en bestämmelse om undantag från uteslutning om leverantören vidtagit åtgärder för att visa sin tillförlitlighet (så kallad självrättelse). Det är svårt att se att denna bestämmelse har relevans här.

I 13 kap. 6 § LOU finns ett undantag för uteslutning om detta är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset. Det är rimligt att anta att detta undantag gäller alltjämt så länge det motsvaras av de i förordningen uppräknade undantagen från sanktionerna. I förordningen finns till exempel ett undantag för *”tillhandahållande av strikt nödvändiga*

⁹ Sannolikt gäller sanktionerna också för sociala tjänster och andra särskilda tjänster över tröskelvärdet.

¹⁰ Till skillnad från direktiv där medlemsstaterna får en viss tid att införa direktivets bestämmelser i sin nationella rättsordning.

varor eller tjänster som endast kan tillhandahållas, eller som endast kan tillhandahållas i tillräcklig mängd”.

Förbudet mot tilldelning av kontrakt gäller också för upphandlingar som annonserats före den 9 april men där det saknas en särskilt uteslutningsgrund med anledning av EU:s sanktioner mot Ryssland. Det är rimligt att anta att sanktionerna tar över också i dessa fall och att den upphandlande myndigheten eller enheten följaktligen även när man inte angett någon uteslutningsgrund med anledning av sanktionerna ändå ska utesluta anbudsgivare som har koppling till Ryssland i tilldelningar som sker från och med den 9 april 2022 (det är mer tveksamt om detta även ska gälla för upphandlingar under tröskelvärdet).

Upphandlingar under tröskelvärdet

EU:s sanktioner gäller endast för upphandlingar som omfattas av direktivet. Det finns ingen skyldighet att utesluta leverantörer med kopplingar till Ryssland i upphandlingar under tröskelvärdet.

Enligt en ny regel i 19 kap. LOU och LUF är det frivilligt att använda samma uteslutningsgrunder som de i 13 kap. I samma bestämmelse står det också att en leverantör också får uteslutas *”om den på andra grunder som anges i upphandlingsdokumenten är olämplig att delta i upphandlingen.”*¹¹ Under förutsättning att detta angetts i upphandlingsdokumentet borde det därför vara möjligt att utesluta en leverantör eller ett avtal som har sådana kopplingar till Ryssland som avses i sanktionerna även i upphandlingar under tröskelvärdet.

Möjligheten att sluta fullgöra kontrakt där leverantören har kopplingar till Ryssland
Från och med den 11 oktober 2022 är det dessutom förbjudet att *fullgöra* offentliga kontrakt där leverantören har kopplingar till Ryssland. Fråga är därför vilka avtalsrättsliga möjligheter en upphandlande myndighet har att efterleva detta förbud.

Force majeure som grund för att sluta fullgöra avtalet

En möjlighet som upphandlande myndigheter kan överväga är att helt enkelt häva avtal där leverantören har koppling till Ryssland med åberopande av force majeure. I avtal finns det normalt en force majeureklausul som befriar part från att fullgöra avtalet på grund av icke-förväntade omständigheter utom partens kontroll vilka hindrar parten från att fullgöra avtalet. Det borde vara möjligt att för upphandlande myndigheter att åberopa force majeure som grund för att i vart fall skjuta upp fullgörandet av sina förpliktelser så länge EU:s sanktioner gäller.

Det är mer tveksamt om sanktionerna ger upphandlande myndigheter rätt att *häva* avtal. Det är därför en mer lämplig åtgärd att den upphandlande myndigheten åberopar sanktionerna som en befrielsegrund från fullgörande av avtalet så länge dessa sanktioner är i kraft, snarare än att häva avtalet. Beroende på hur force majeureklausulen är utformad kan det dock finnas en möjlighet att bringa avtalet att upphöra i ett senare skede¹².

¹¹ 19 kap. 17 § LOU.

¹² I till exempel p. 15.1 Avtal 90 står det följande: *”...Om avtalets fullgörande till väsentlig del förhindras för längre tid än tre månader på grund av viss ovan angiven omständighet äger part, utan ersättningskyldighet, skriftligen frånträda avtalet.”*

När det gäller ramavtal kan det på sätt och vis vara enklare att efterleva förbudet mot att fullgöra offentliga avtal. EU:s sanktioner torde också omfatta ramavtal. Ramavtal saknar normalt en garanterad avropsvolym. De är dessutom ofta utformade på ett sådant sätt att de inte kan anses ge ramavtalsleverantören en exklusiv rätt att täcka den upphandlande myndighetens behov av de berörda varorna eller tjänsterna¹³. Den upphandlande myndigheten behöver kanske inte åberopa force majeure vad gäller fullgörelse av ramavtal. Det är fullt tillräckligt att helt enkelt sluta avropa från ramavtalet så länge sanktionerna består. Den upphandlande myndigheten behöver dock se till att ha alternativ till ramavtal som omfattas av sanktionerna (se nedan). För att kunna upphandla alternativ är det lämpligt att ramavtalet inte är utformat så att det ger ramavtalsleverantören en ensamrätt att täcka myndighetens behov.¹⁴

Force majeure som skäl för att höja priser

Det händer emellertid att *leverantörer* åberopar force majeure klausulen i avtalet som en ursäkt för att få höja priset. Force majeure är normalt inte en godtagbar grund för prishöjningar. Det faktum att leverantören inte orsakat krisen och heller inte kunnat förutse den är inte tillräckligt för att få höja priser på grund av force majeure. Det är naturligtvis viktigt hur force majeure klausulen är utformad.

Normalt innebär den emellertid också att de omständigheter som utgör force majeure ska innebära att det uppstått ett objektiva *hinder* för att leverantören ska kunna leverera. Den omständigheten att bränsle, råvaror eller annat som leverantören behöver för att kunna leverera blivit dyrare är i sig inte tillräckligt för att det ska anses föreligga ett sådant hinder.

Normalt sker ökande bränslekostnader och andra fördyrningar på leverantörens risk. Det kan påpekas att denna risk trots allt är begränsad eftersom avtal normalt har en indexklausul som ger leverantören rätt att i sinom tid justera priserna i förhållande till ett lämpligt index som tar hänsyn till leverantörens ökade kostnader.

Ändring av avtal

Det finns inga avtalsrättsliga hinder mot att upphandlande myndigheter som, trots att uttryckligt stöd för detta saknas i avtalet, ändå vill tillmötesgå leverantörers önskemål om prishöjningar. Sådana prishöjningar kan emellertid strida mot LOU.

En upphandlande myndighet kan nämligen inte godta väsentliga ändringar i ett avtal utan risk för att detta ska ses som en otillåten direktupphandling av ett nytt avtal. Detta gäller inte minst som avtalet upphandlats i konkurrens där övriga anbudsgivare räknat med att priserna inte skulle få ändras utöver vad som följer av avtalsvillkoren.

Enligt 17 kap. 9 § LOU får emellertid ett kontrakt eller ett ramavtal ändras om dessa ändringar inte påverkar avtalet övergripande karaktär samt ökningen eller minskningen av avtalets värde är lägre än tröskelvärdet och lägre än tio procent av avtalets värde om det

¹³ Enligt Högsta domstolens dom i mål T 4071-20 beror det på ramavtalets utformning om detta ska anses vara exklusivt eller inte. Har den upphandlande myndigheten eller enheten tydligt angett att ramavtalet inte är exklusivt torde det saknas hinder i LOU eller i ramavtalet mot att upphandla (eller direktupphandla) ett nytt ramavtal avseende samma varor eller tjänster.

¹⁴ I Högsta domstolens dom i mål T 4071-20 ansåg majoriteten att en bedömning av ramavtalet i dess helhet talade för att leverantören fått en sådan ensamrätt.

avser leverans av varor eller tjänster, eller mindre än 15 procent av avtalets värde om det avser byggtreprenad.

Den upphandlande myndigheten kan alltså gå med på ändringar av mindre värde utan att detta strider mot LOU. Även så bör den upphandlande myndigheten tillämpa denna möjlighet till prishöjningar i enlighet med en likabehandlingsprincip och inte godtyckligt gå med på prishöjningar till förmån för de leverantörer som skriker högst.

Det finns även andra regler i 17 kap. LOU om ändringar av avtal som kan bli aktuella.

I 17 kap. 10 § LOU finns också en bestämmelse om ändrings- och optionsklausuler. Det mest relevanta slaget av sådana klausuler är prisändringsklausuler i enlighet med ett lämpligt index vilket berörs ovan.

I 17 kap. 12 § LOU finns en mer svårtillämpad bestämmelse som ger upphandlande myndighet rätt att ändra avtalet på grund av oförutsedda omständigheter om ändringen, 1) inte medför att kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär ändras, och 2) ändringen inte medför att avtalets värde ökar med mer än 50 procent. Enligt 17 kap. 16 § är den upphandlande myndigheten skyldig att upplysa om ändringen i en annons.

Vad gäller om det inte lämnas några anbud eller för dyra anbud?

Kriget i Ukraina har också inneburit brist på många varor. I annonserade upphandlingar kan därför situationen bli alltmer vanlig att inga anbud lämnas eller att de anbud som lämnas har en alltför hög prisbild. I LOU finns regler som ger upphandlande myndigheter att genomföra direktupphandlingar i dessa situationer.

Direktupphandling om det i en annonserad upphandling inte lämnats några lämpliga anbud

Enligt 6 kap. 12 § LOU får den upphandlande myndigheten göra en förhandlad upphandling utan annonsering¹⁵ om det i en öppen eller selektiv upphandling inte lämnats några lämpliga anbud eller anbudsansökningar. I direktivet anges som exempel på olämpligt anbud ett anbud som är irrelevant och inte utan väsentliga ändringar kan godtas. Detta är inte en vanligt förekommande situation. Det är betydligt vanligare att det inte lämnas några anbud alls i en upphandling. Har det inte lämnats några anbud, har det inte heller lämnats några lämpliga anbud vilket gör det möjligt att göra en direktupphandling med stöd av denna regel¹⁶.

I 19 kap. 3 § LOU finns det en motsvarighet till 6 kap. 12 § LOU.

Direktupphandling då anbuden i en annonserad upphandling är för dyra

Det är också möjligt att göra en direktupphandling om de anbud som lämnats i en annonserad upphandling är för dyra. Av 6 kap. 6 och 16 §§ LOU framgår att en upphandlande myndighet får en förhandlad upphandling utan annonsering om det i en öppen eller selektiv upphandling inte har lämnats några giltiga eller acceptabla anbud. En förutsättning är att alla kvalificerade anbudsgivare tas med i direktupphandlingen.

direktivet ges exempel på ogiltiga anbud

¹⁵ "förhandlad upphandling utan föregående annonsering" är ett annat ord för "direktupphandling".

¹⁶ Se proposition 2015/16:195, s. 997.

- anbud som inte överensstämmer med upphandlingsdokumenten,
- anbud som kommit in för sent,
- anbud där det finns bevis för hemligt samförstånd eller korrupktion, eller
- anbud som den upphandlande myndigheten funnit onormalt låga.

Det är mycket ovanligt att detta inträffar. Problematiken med ogiltiga anbud har heller ingen särskild relevans för kriser.

Det är däremot sannolikt att de anbud som lämnas kommer vara oacceptabla. Dyra anbud kan nämligen vara oacceptabla anbud¹⁷.

I 19 kap. 4 § LOU finns en motsvarighet till 6 kap. 6 och 16 §§ LOU.

UM/UE har också rätt att avbryta den annonserade upphandlingen men man kanske sparar tid genom att övergå till en direktupphandling.

Viktigt att notera är att UM/UE i en direktupphandling till följd av att UM/UE i den annonserade upphandlingen endast fått ogiltiga eller oacceptabla anbud har rätt att ändra kraven – även minimikraven. Detta kan ju vara en förutsättning för att få in priser som är acceptabla.

Upphandlande myndigheter bör upphandla alternativ till avtal som inte får fullgöras från och med den 11 oktober 2022.

Upphandlande myndigheter bör inventera vilka avtal som kan komma att träffas av förbudet från och med den 11 oktober 2022 mot att fullgöra offentliga kontrakt och redan nu inleda upphandling av alternativ. Eftersom det i 11 kap. 10 § LOU finns regler om förkortade tidsfrister på grund av tidsbrist kan det saknas grund för att göra direktupphandlingar på grund av synnerlig brådska. Man bör alltså inte vänta till efter sommaren med att ta tag i detta.

Signatursida följer

Stockholm den 3 maj 2022

Mathias Sylvan

¹⁷ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/frageportalen/1662422/nar-ar-overgang-till-forhandlat-forfarande-utan-fo/>