

## Covid-19; ytterligare effekter för offentlig upphandling

---

I detta nyhetsbrev, som utgör en uppföljning till vårt tidigare nyhetsbrev den 20 mars 2020 rörande brådskande upphandlingar, diskuteras nya effekter som uppstått och vägledningar/råd som sedan dess getts ut inom upphandlingsområdet med anledning av covid-19. Det tidigare nyhetsbrevet finns att läsa här: <https://www.eversheds-sutherland.com/documents/global/Sweden/Nyhetsbrev-offentlig-upphandling-covid-19.pdf>.

Allt som sker våren 2020 kommer givetvis att analyseras och debatteras i efterhand även från det legala perspektivet och så också upphandlingsrätten. När vi nu befinner oss mitt i pandemin gäller det för alla aktörer att försöka hålla koll på vilka formella eller konkreta föreskrifter, vägledningar och allmänna råd som kommuniceras, men även att plocka upp vad som signaleras i övrigt. Inledningsvis bör det därför särskilt nämnas att Konkurrensverket uttalat att myndigheten kommer att prioritera och agera mot företag som tar ut överpriser på bristvaror eller vidtar åtgärder för att hålla upp priset på dessa varor.<sup>1</sup> Leverantörer bör hålla sig inom den normala prissättningen även vid direktupphandlingar. Detta visar att myndigheterna inte kommer tillåta att Covid-19 leder till ett laglöst vilda västern vad gäller offentlig upphandling. Såväl legalt, som ur ett moraliskt goodwill/badwill-perspektiv, kommer den som försöker profitera på Covid-19-situationen eller försöker använda den till att ignorera obligatoriska skyldigheter enligt upphandlingslagstiftningen att få det mycket svårt att försvara sitt agerande.

Alla måste hålla ihop och samarbeta när det gäller att rädda liv och minska smittspridningen för att vi skall komma ut på andra sidan Covid-19 på bästa sätt. Detta innebär dock inte att leverantörer och myndigheter har fritt fram att på alla områden stänga dörren, sluta in sig och intrigera för att komma överens utan insyn. Det kommer att vara viktigt - sannolikt viktigare än någonsin - att den offentliga affären fungerar med den konkurrens, transparens och likabehandling som den är tänkt att fungera under de närmaste åren för att ekonomin, sysselsättningen och välfärden skall kunna återhämta sig.

### Dispens för leverantörer rörande upphandling av icke CE-märkta produkter

Arbetsmiljöverket har på regeringens uppdrag tagit fram metoder för att snabbt kunna tillfälligt godkänna att upphandling görs av utrustning som ej är CE-märkt. Tillståndet gäller den specifika tillverkaren eller importören och tillåter försäljning till utvalda mottagare i Sverige till och med den 31 december 2020. För att ett tillfälligt godkännande ska upprättas behöver tillverkaren få utrustningen testad av ett så kallat anmält organ (ett oberoende kontrollorgan som genomför provtagning och kontroll av skyddsutrustning).<sup>2</sup> Produkter som omfattas av undantaget från CE-märkning är: andningsskydd, handskar, engångsoveraller, ögonskydd såsom visir, förkläden, arbetsskor och stövlar. De tillverkare eller importörer som erhållit tillfälliga tillstånd publiceras på Arbetsmiljöverkets hemsida.<sup>3</sup>

Den information upphandlaren behöver från tillverkaren är<sup>4</sup>:

- (a) En bruksanvisning. Bruksanvisningen behöver inte vara på svenska men ska vara på ett språk som är lättförståeligt för den som använder utrustningen;
- (b) En kopia av bedömningsrapporten från det anmälda organet; och
- (c) En ifylld ansökningsblankett.

---

<sup>1</sup> <https://upphandling24.se/overvakar-ockerpriser/>.

<sup>2</sup> Lista över anmälda organ inom den europeiska unionen: [https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/index.cfm?fuseaction=directive.notifiedbody&dir\\_id=155501](https://ec.europa.eu/growth/tools-databases/nando/index.cfm?fuseaction=directive.notifiedbody&dir_id=155501).

<sup>3</sup> Lista över tillverkare och importörer med tillfälliga tillstånd: <https://www.av.se/halsa-och-sakerhet/sjukdomar-smitta-och-mikrobiologiska-risker/smittrisker-i-arbetsmiljon/coronaviruset/personlig-skyddsutrustning-som-skydd-mot-covid-19/utfardade-tillfalliga-tillstand/>.

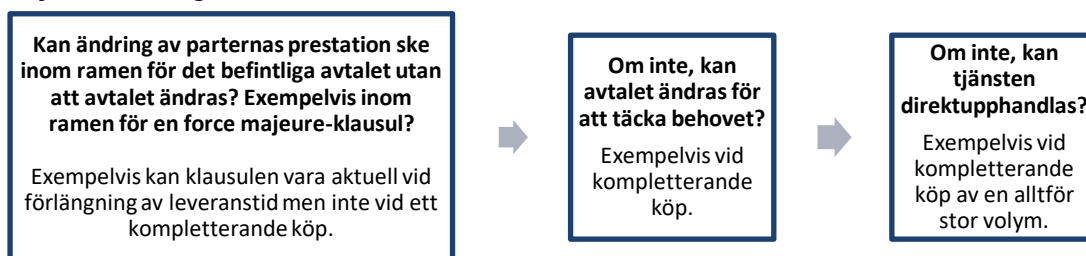
<sup>4</sup> <https://www.av.se/halsa-och-sakerhet/sjukdomar-smitta-och-mikrobiologiska-risker/smittrisker-i-arbetsmiljon/coronaviruset/personlig-skyddsutrustning-som-skydd-mot-covid-19/ansokan-om-tillfalligt-tillstand/>.

## Möjlighet att ändra befintliga avtal med anledning av Covid-19

Europeiska kommissionen har den 1 april 2020 uttalat att Covid-19 utgör en oförutsebar händelse i förhållande till möjligheten att direkttilldela kontrakt. Kommissionens uttalande kan dock även ha betydelse för möjligheten att ändra befintliga avtal och ramavtal. Huvudregeln är som alltid att ingångna avtal ska hållas enligt de villkor parterna avtalat. Upphandlingsmyndigheten har dock uttalat att vissa förändringar i befintliga avtal bör vara tillåtna med anledning av rådande situation.<sup>5</sup>

Inledningsvis bör undersökas huruvida avtalet innehåller en force majeure-klausul, vilken möjliggör förändring av parternas prestationer utan att avtalet ändras.<sup>6</sup> Först om det inte är möjligt att tillämpa nuvarande avtalsvillkor bör möjligheten att ändra villkoren undersökas. Försiktighet ska här iakttas eftersom ett avtal som i alltför stor utsträckning ändras kan beaktas som ett nytt avtal och innebära att en direktupphandling sker. Viktigt att notera är dock att en direktupphandling kan vara tillåten med anledning av den exceptionella situation Covid-19 innebär. Direktupphandling förutsätter både att anskaffningen är absolut nödvändig och att synnerlig brådska föreligger. Föreligger inte synnerlig brådska är ändring av avtalet ett alternativ att föredra. För vidare utveckling av när direktupphandling är tillåtet hänvisar vi till vårt tidigare publicerade (och ovan refererade) nyhetsbrev.

Följande ordning bör iakttas:



För ändringar av avtal över tröskelvärdena innehåller lag (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU") bestämmelser för tillåtna ändringar i avtal. För ändringar av avtal under tröskelvärdena är det i större utsträckning oklart i vilken omfattning ändringar tillåts.

	Tröskelvärden	
<b>Statlig myndighet</b>	Varor och tjänster: 1 427 377 SEK	Sociala tjänster och välfärdstjänster: 7 701 675 SEK
<b>Övrig myndighet (exempelvis kommuner, landsting och stiftelser)</b>	Varor och tjänster: 2 197 545 SEK	Sociala tjänster och välfärdstjänster: 701 675 SEK

### Upphandling över tröskelvärdena

Utgångspunkten för bedömningen huruvida en avtalsändring är tillåten är 17 kap. LOU. De avtalsändringar som sker utan stöd i 17 kap. 9-14 §§ LOU anses utgöra en direktupphandling. För att avtalet ska kunna ändras krävs att avtalets parter är överens om ändringarna. Upphandlande myndighet eller leverantör kan inte ensidigt ändra avtalsvillkoren.<sup>7</sup> Särskilt bör 17 kap. 12 § LOU nämnas, vilken rör ändringar av avtal på grund av oförutsedda omständigheter. Ändringen av avtalet:

- 1) Måste bero på Covid-19 (eftersom Covid-19 enligt ovan utgör en oförutsebar omständighet).** Det uppställda kravet på ett samband mellan Covid-19 och

<sup>5</sup> <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/information-med-anledning-av-covid-19/vagledning-om-andring-av-avtal/>

<sup>6</sup> Med avtal avses både kontrakt och ramavtal.

<sup>7</sup> Det är här viktigt att förstå skillnaden mellan ändrade villkor och att förändra sin prestation till följd av en force majeure-klausul. I det senare fallet sker den förändrade prestationen inom ramen för det befintliga avtalet och den andra avtalspartens samtycke är inte nödvändigt.

avtalsändringen innebär att en ändring normalt tillåts om den exempelvis utgörs av förändrade leveranstider på grund av svårighet att leverera med anledning av Covid-19 eller ändring av en vitesklausul som annars riskerar att aktiveras med anledning av Covid-19. Om leverans försenas av andra orsaker - eller om leverantören gjort sig viteskyldig på annat sätt än vad som kan härledas till Covid-19 - saknas det nödvändiga orsakssambandet;

- 2) **Får inte innebära att avtalets karaktär ändras.** Vid bedömningen av om avtalets karaktär ändras genom ändringen beaktas bland annat att den vara, tjänst, sociala tjänst eller välfärdstjänst som upphandlas ersätts med något annat<sup>8</sup>; och
- 3) **Får inte innebära att avtalets värde ökar med mer än 50 %.** Vid bedömningen av värdeförändringen ska värdet jämföras med det totala värdet före ändringen. I det totala värdet före ändringen ingår de tidigare ändringar som gjorts. Begränsningen tillämpas på varje ändring för sig och innebär att ändringar kan ske vilka tillsammans utgör en ökning på mer än 50 % av kontraktsvärdet, så länge ändringarna inte är uppdelade för att kringgå beloppbegränsningen.<sup>9</sup>

Exempel på en typisk avtalsändring är kompletteringsköp, men alla typer av ändringar är tillåtna så länge de ovan listade kraven uppfylls. Ytterligare en relevant avtalsändring - vilken särskilt kan underlätta för leverantörer - är tidigareläggande av betalning. Vid vilken tidpunkt betalning ska ske framkommer vanligtvis av avtalet och ska i vissa fall ske först efter slutleverans. I vissa avtal saknas en specificerad tidpunkt när betalning ska ske utan det anges istället när betalning senast måste ske efter leverans. Vi bedömer att ett sådant avtal möjliggör för betalning vid en valfri tidigare tidpunkt utan att avtalet anses ändrat.

Värt att notera är även att den upphandlande myndigheten ska annonsera att ändringar gjorts.<sup>10</sup> Vidare är det viktigt att ändringarna dokumenteras på ett korrekt sätt.

#### Upphandling under tröskelvärdena

LOU innehåller inte några uttryckliga bestämmelser för vilka avtalsändringar som är tillåtna för upphandlingar under tröskelvärdena. Upphandlingsmyndigheten uttalar att en utgångspunkt är att åtminstone de ändringar som tillåts för upphandlingar över tröskelvärdena (det vill säga ändringar i enlighet med 17 kap. LOU) även ska tillåtas för upphandlingar under tröskelvärdena. Enligt Upphandlingsmyndigheten är kraven troligtvis lägre för upphandling av välfärdstjänster enligt bilaga 2 a till LOU, det vill säga bland annat tillhandahållande av hemtjänstpersonal, förmedling av vårdpersonal, förmedling av läkare, diverse hälso- och sjukvård, äldreomsorg och hemtjänst under tröskelvärdena.<sup>11</sup>

#### **Ytterligare frågor?**

Eversheds Sutherland bevakar myndigheters och andra organs riktlinjer och råd rörande offentlig upphandling med anledning av Covid-19. Om du har frågor om upphandling - med eller utan anledning av Covid-19 - är du alltid välkommen att kontakta oss.



**Johan Kennemyr**

Partner | Public  
Procurement, Energy and  
Commercial (Stockholm)

Direkt: +46 8 545 322 89  
[JohanKennemyr@eversheds-sutherland.se](mailto:JohanKennemyr@eversheds-sutherland.se)



**Nina Lagerås**

Associate | Public  
Procurement and  
Commercial (Stockholm)

Direkt: + 46 8 505 989 03  
[NinaLageras@eversheds-sutherland.se](mailto:NinaLageras@eversheds-sutherland.se)

<sup>8</sup> Skäl 109, Europaparlamentets och rådets direktiv den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>9</sup> Prop. 2015/16:195 s 1131 och 17 kap. 12 § 2 st. LOU.

<sup>10</sup> 17 kap. 16 § LOU.

<sup>11</sup> <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/information-med-anledning-av-covid-19/vagledning-om-andring-av-avtal/>.