

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 poäng, vårterminen 2012

Ramavtalets civilrättsliga verkan

Frågor om avtalstrohet och osund strategisk anbudsgivning

Erik Karlsson

Handledare: Erik Sandin
Examinator: Filip Bladini



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Abstract	4
Förord	5
Förkortningar	6
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte	8
1.3 Frågeställningar	8
1.4 Metod	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Begreppsförklaringar	10
2 Offentlig upphandling	13
2.1 Allmänt om upphandling	13
2.1.1 Principerna	13
2.1.2 Upphandlingsprocessen	14
2.1.3 Överprövning och ogiltighet	15
2.2 Ramavtal	16
2.2.1 De olika typerna av ramavtal	17
2.2.2 Problematisering av ramavtalets bindande verkan	20
2.2.3 Analys av ramavtals bindande verkan	22
2.2.4 Statliga ramavtal	25
2.3 Från ramavtal till kontrakt	26
3 Avtalstrohet	28
3.1 Låg avtalstrohet, ett avtalsbrott?	28
3.2 Påföljder	28
3.2.1 Överprövning av avrop från ramavtal	29
3.2.2 Leverantörers rätt till skadestånd på grund av låg avtalstrohet	31
3.2.3 Andra konsekvenser av låg avtalstrohet	41
3.2.4 Bevisproblematik	41
3.3 Ny praxis om avtalstrohet	42
4 Osund strategisk anbudsgivning	45

4.1	Vad är osund strategisk anbudsgivning	45
4.1.1	Strategisk anbudsgivning och osund strategisk anbudsgivning	46
4.1.2	Problem i praktiken	46
4.2	Försvar mot osund strategisk anbudsgivning	47
4.2.1	Regler om onormalt låga anbud	47
4.2.2	Dynamisk rangordning	47
4.2.3	Utjämnande prissättningskrav	48
4.2.4	Leveransplikt	49
4.2.5	Leverantörers möjlighet att ingripa mot osund strategisk anbudsgivning	49
4.3	Påföljder	50
4.3.1	Culpa in contrahendo och offentlig upphandling	51
4.3.2	Föreslagna förändringar i lagstiftningen	52
5	Sammanfattning	53
5.1	Avtalstrohet	53
5.1.1	Frågan om parternas bundenhet	53
5.1.2	Påföljdsfrågan	54
5.1.3	Frågan om tillämpligt regelverk	54
5.1.4	Andra frågor av intresse vid avtalstrohet	55
5.2	Osund strategisk anbudsgivning	56
6	Kommentarer och ändringsförslag	58
7	Källor	60

Abstract

The purpose of this thesis is to examine the nature of framework agreements in public procurement in Sweden. The main question is whether a contracting authority is obligated to place orders under a framework agreement when purchasing a product or service that is covered in that agreement and to what extent a contractor is obligated to accept such orders. If the answer to that first question is that an obligation does exist the next question to arise is what kind of consequences to expect when either party fails to meet that obligation. Of great importance is whether a contracting authority that hasn't used an existing framework agreement is liable to pay damages to the contractor who according to the agreement had a right to deliver. A summary of the results is that the answers to all of the questions depend on what type of framework agreement that is used, whether it's a contract that has one or several contractors and if all the terms for future contracts are specified. Framework agreements with only one contractor and where all the terms for future contracts have been established are very similar to normal public contracts, which means that it would make sense to use the same set of rules. In this case it's therefore likely that both parties are obligated by the framework agreement and that failure to live up to these obligations can result in liability. A framework agreement with several contractors where all the terms are not established and where contracts are awarded only after a renewed evaluation of tenders is on the other hand quite different from a public contract. One should therefore not be surprised to find that other rules may apply. Unfortunately I have been unable to give definitive answers to most questions because the available sources are too limited. This thesis is therefore a call to the legislator to clarify and also a call for the increased understanding of, and improved statistics regarding, framework agreements that is necessary to improve public procurement.

Förord

Denna uppsats markerar slutet för mina juridikstudier och även slutet för ett turbulent halvår som förutom uppsatsskrivande inneburit såväl positiva som negativa omvälvningar. När studentbostaden där jag bodde brann i början av året kändes uppsatsen ganska avlägsen, att den trots det blev färdigställd har jag många människor att tacka för.

Först vill jag tacka alla som ställde upp på intervjuer och i rättvisans namn gör jag det i kronologisk ordning utifrån när intervjuerna ägde rum. Tack till Johan Pettersson, Fredrik Rogö, Anna Ekberg, Stefan Kindeborg, Robert Tholén, och Christian Arnbom.

Därefter förtjänar Mikael Johansson ett tack för att han tjatat med mig till biblioteket och hetsat mig att arbeta hårdare. Jag vill också tacka Andreas de Waal för spännande diskussioner om typografi och språk. Min sambo Malin Stenberg förtjänar ett stort tack för att ha stått ut, dels med pressen den sista tiden och dels med de många timmarnas korrekturläsning och diskussioner om ramavtal. Sist men inte minst vill jag tacka min handledare Erik Sandin för goda råd och konstruktiv kritik förutan vilka detta hade blivit en sämre uppsats.

Göteborg i maj 2012

Erik Karlsson

Förkortningar

BrB – Brottsbalken

LOU – Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

LUF - Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

NOU – Nämnden för offentlig upphandling, tidigare tillsynsmyndighet för offentlig upphandling

OSA – Osund strategisk anbudsgivning

RB – Rättegångsbalken

SKL – Skadeståndslagen

ÅLOU – Äldre lagen om offentlig upphandling (1992:1528)

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det totala värdet på upphandlingspliktiga varor och tjänster ligger mellan 480 och 580 miljarder kronor om året i Sverige, vilket motsvarar 15,5–18,5 % av vår BNP. En tredjedel av alla upphandlingar sker genom ramavtal och av det totala värdet på alla upphandlingar står ramavtalen för 40 %, det vill säga cirka 200 miljarder kronor.¹ Ramavtal anses vara ett bra sätt för myndigheter att anskaffa varor och tjänster eftersom det förenklar gemensamma upphandlingar och sänker transaktionskostnaderna. Men det finns också problem med ramavtal då den centraliserade processen inte alltid kommuniceras ut till alla de inköpare som har att tillämpa avtalet. Och även om kommunikation sker så misslyckas inköparna ibland med att följa dessa instruktioner. Resultatet är att avtalstroheten, andelen uppdrag som går till rätt leverantör på områden där det finns ramavtal, nästintill aldrig blir 100 %.²

Avtalstrohet är ett aktuellt ämne i debatten om offentlig upphandling. Det skrivs mycket på området och alla som skriver är överens om att alla som upphandlar har mycket att vinna på en ökad avtalstrohet. Trots det visar de undersökningar som jag har tagit del av att upphandlande myndigheter är dåliga på att följa sina ramavtal.³ Men frågan är om det inte, förutom dåliga affärer, också kan innebära ett avtalsbrott om avtalstroheten blir alltför låg. Angående denna fråga har betydligt mindre skrivits. Som varje god jurist vet gäller att avtal ska hållas, vad gäller ramavtal tycks detta dock vara desto mer osäkert. Är ramavtal bindande för myndigheter torde det finnas gott om leverantörer som vunnit ramavtalsupphandlingar men inte fått leverera i den utsträckningen de haft rätt till. Men domstolarna fylls inte av dessa leverantörers ersättningsanspråk, långt därifrån. Det är svårt att hitta exempel på tvister rörande låg avtalstrohet, det närmsta jag har sett är en förlikning efter ett ramavtal i en upphandling av byggnadstjänster i Östersunds kommun. Den vinnande leverantören fick endast ca 30 % av avropen och stämde därför kommunen som valde att förlikas.⁴ I slutskedet av arbetet med denna uppsats kom också en dom från Svea hovrätt där en leverantör stämt Nyköpings kommun på grund av låg avtalstrohet. Jag har valt att behandla den domen i ett eget kapitel.⁵

På grund av det stora värdet i upphandlingar och det osäkra rättsläget finns ett stort intresse av att utreda vilka följder det får om myndigheter inte följer sina ramavtal. Det är dock inte bara myndigheter som agerar tveksamt i samband med användandet av ramavtal och ramavtalsupphandlingar utan även leverantörerna befinner sig ibland i gränslandet till det

¹ SOU 2011:73 s. 13. Siffrorna är dock osäkra, vilket märks inte minst på att intervallet är 100 miljarder kronor. Att omsättningen ligger på 500 miljarder återkommer dock ofta, bland annat i konkurrensverkets rapport 2011:1 Siffror och fakta om offentlig upphandling.

² Nationell statistik över avtalstrohet saknas men enskilda kommuner har låtit göra undersökningar av avtalstrohet, ibland i form av uppsatser som t.ex. följande examensarbete [epubl.ltu.se/1653-0187/2005/10/LTU-PB-EX-0510-SE.pdf](http://publ.ltu.se/1653-0187/2005/10/LTU-PB-EX-0510-SE.pdf)

³ Främst rör det sig om kommuner som låtit genomföra analyser av sina inköp, se t.ex. den rapport PWC upprättat åt Kristianstads kommun, tillgänglig på <http://www.kristianstad.se>, sök ”avtalstrohet”.

⁴ <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.413028/skadestand-efter-katastrofalt-lag-avtalstrohet>

⁵ Svea hovrätt dom 2012-04-24 mål nr T 3850-11, se kapitel 3.3.

otillåtna i det oklara rättsläget. Genom att på olika sätt manipulera förfrågningsunderlag eller genom bulvanbud och anbud utan avsikt att leverera kan leverantörer göra en oförtjänt vinst. Osund strategisk anbudsgivning utgör ett mindre omtalat, och sannolikt mindre omfattande, problem vid upphandlingar men det är ändå ett problem. Genom beteenden som är etiskt tveksamma eller samarbeten som ligger i den juridiska gråzonen kan företag vinna ramavtalsupphandlingar med anbud som vid första anblick ser bra ut men som i slutändan blir dyra för myndigheten.

Det som framförallt gör det möjligt för företag att ägna sig åt denna typ av oseriösa anbud vid ramavtalsupphandlingar är att det inte är klart i vilken mån de faktiskt är bundna att sedan leverera enligt ramavtalet. Det finns alltså ett samband mellan frågan om avtalstrohet och frågan om osund strategisk anbudsgivning i det att båda i viss mån beror på oklarhet om ramavtalets bindande natur. Det är framförallt detta samband som gör det lämpligt att behandla de två frågorna i samma uppsats. Kombinationen av myndigheters oförmåga att följa gällande ramavtal och förekomsten av leverantörer med oärliga intentioner på ett område som omsätter cirka 200 miljarder kronor årligen är givetvis av stort intresse. Det är därför lätt att förledas tro att eventuella frågetecken blivit ordentligt utredda, men så är inte fallet.

1.2 Syfte

Uppsatsen ska huvudsakligen behandla två problem som kan uppstå då ramavtal används vid offentlig upphandling. Det första problemet rör upphandlande myndigheters låga avtalstrohet och eventuella konsekvenser av denna, särskilt frågan om skadeståndsskyldighet. Det andra hur upphandlande myndigheter ska hantera företag som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning. Mitt syfte rörande det första problemet är inte att utreda själva förfarandet med ramavtalsupphandling utan att fokusera på den civilrättsliga aspekten efter att ramavtal slutits. Det andra problemet handlar förstås per definition till stor del om anbudsgivningen men även här är den civilrättsliga aspekten av upphandling och avtalsförhållandet mellan parterna av stor betydelse. För att helt utreda frågorna krävs också en förståelse för ramavtalets dubbelnatur som en civilrättslig produkt av ett förvaltningsrättsligt förfarande. Kärnan i, och skärningspunkten mellan, de två huvudsakliga frågorna ligger i frågan om ramavtal är ömsesidigt förpliktande på det sätt som normala civilrättsliga avtal är.

1.3 Frågeställningar

Angående avtalstrohet ska jag behandla följande frågor:

- Vilken civilrättslig verkan har ett ramavtal för myndigheter?
- Kan upphandlande myndigheter drabbas av påföljder, och då särskilt skadestånd, på grund av låg avtalstrohet mot ett ramavtal som upphandlats i enlighet med LOU?
- Vilket regelverk ska tillämpas för det fall att skadestånd aktualiseras?

Angående osund strategisk anbudsgivning ska jag behandla följande frågor:

- Vilken civilrättslig verkan har ett ramavtal för leverantörer?

- Riskerar leverantörer att förlora ramavtalet eller att drabbas av andra påföljder om de ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning?
- Vilka åtgärder kan en upphandlande myndighet vidta för att undvika att utsättas för osund strategisk anbudsgivning?

1.4 Metod

Min utgångspunkt när jag började skriva var att använda den klassiska juridiska metoden, d.v.s. läsa de traditionella rättskällorna med fokus på lagar, förarbeten och praxis. Ganska omgående visade det sig dock att trots att det finns mycket material om upphandling i form av direktiv, propositioner och praxis så hade frågorna om avtalstrohet och osund strategisk anbudsgivning inte till fullo utforskats där.⁶ Även i doktrin är frågorna endast knapphändigt och ibland motstridigt beskrivna. På vissa områden har jag därför valt att tillämpa generella avtalsrättsliga regler eller varit hänvisad till att göra analogier, vilket är det mest naturliga i svensk rätt när lagar och praxis saknas.⁷

Eftersom det saknas konkret praxis på området har arbetet präglats av teoretiska diskussioner. För att få en mer praktiskt förankring har jag valt att göra två längre intervjuer med Johan Pettersson (JP), upphandlingschef på Göteborgs universitets upphandlingsenhet och Fredrik Rogö (FR), upphandlingsjurist på Göteborgs stads upphandlingsbolag. Dessutom genomförde jag senare en telefonintervju med Anna Ekberg (AE), enhetschef för upphandlings- och avtalsjuridik på Statens inköpscentral vid Kammarkollegiet. Genom att intervjua dem har jag dels fått bekräftat att mina frågeställningar i dagsläget saknar svar men också att de faktiskt utgör ett praktiskt problem för dem som arbetar med upphandling. Dessa intervjuer är på intet sätt menade som underlag för en empirisk undersökning och jag har inte försökt att dra generella slutsatser baserat endast på intervjuerna.

Ett metodproblem som kan uppstå när offentlig upphandling avhandlas är att lagändringar, nya direktiv, omstruktureringar och rättsfall avlöser varandra i en sådan takt att alla källor som inte är dagsfärska riskerar att vara inaktuella på en eller annan punkt. Detta problem drabbade mig på ett påtagligt sätt då en dom mot Nyköpings kommun som behandlade just frågan om skadestånd på grund av låg avtalstrohet mot ramavtal avkunnades cirka tre veckor innan datumet för inlämningen av denna uppsats. Domen är från Svea hovrätt och har vid tiden för uppsatsens färdigställande ännu inte vunnit laga kraft varför dess ställning som rättskälla kan ifrågasättas. Att inte behandla det mest relevanta rättsfallet på området framstår dock inte som ett lockande alternativ. Domen ligger i stort sett i linje med vad jag framfört i uppsatsen men domskälen är fattiga på argument, särskilt rörande de principiella frågorna. Den motiverar därför inte en omarbetning av texten. Jag har istället valt att behandla domen i ett eget kapitel under rubrik 3.3 nedan. Domen har i viss mån inneburit en förskjutning i uppsatsen så att tyngdpunkten hamnat än mer på frågorna om avtalstrohet snarare än de om osund strategisk anbudsgivning. Domen föranledde mig också att ta kontakt och genomföra telefonintervjuer med Stefan Kindeborg upphandlingschef, och Robert Tholén kommunjurist,

⁶ I SOU 2011:73 berörs de båda problemen tillsammans på cirka tre sidor, s. 119 ff.

⁷ Se t.ex. Hellner, Hager, Persson, 1 häftet s. 27.

på Nyköpings kommun samt med Christian Arnbom på advokatfirman Fylgia KB som biträtt vid processen.

Det kan noteras att statistiken i kapitel 4 om osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling i hög grad bygger på en källa, nämligen Karl Lundvall och Kristian Pedersens forskningsrapport med samma namn.⁸ Självklart blir texten därmed sårbar för eventuella svagheter i deras metod. Jag har haft svårt att hitta andra källor med anledning av att fenomenet är så nytt, forskningsrapporten gavs ut i juni 2011.

1.5 Avgränsningar

Jag har valt att bara behandla ramavtal eftersom det är just avtalstroheten vid avrop från ramavtal som är intressant och då ramavtal även är lämpligt för att undersöka frågor om osund strategisk anbudsgivning. Frågor rörande myndigheters fel vid ramavtalsupphandling ligger utanför uppsatsen då de i för stor utsträckning rör upphandlingsprocessen snarare än den avtalsrelation som uppstår därefter. Domar där fel i upphandlingen har begåtts tas upp endast för jämförelse i frågan om beräkning av skadestånd.

Jag har avgränsat bort upphandling inom försörjningssektorerna och behandlar uteslutande den klassiska sektorn. I många fall torde frågorna ha likartade svar⁹ men den klassiska sektorn är den ekonomiskt viktigaste och att behandla även försörjningssektorerna skulle inte tillföra mycket mer än sidantal till uppsatsen. Utan att göra en egentlig avgränsning mot EU-rätt kommer fokus att ligga mycket kraftigt på svensk rätt. Detta eftersom ramavtalsreglerna för den klassiska sektorn är en del av direktivet som är frivilligt för medlemsländerna att implementera och rättsläget därför kan skilja sig något mellan länderna.¹⁰ Dessutom ligger fokus i uppsatsen på tiden efter avtalsslut och därför på civilrätten, som fortfarande är nationell lagstiftning.

Vad gäller osund strategisk anbudsgivning kommer jag inte att utreda de konkurrensrättsliga frågeställningar som kan uppstå eftersom det är material för en helt egen uppsats med frågor om t.ex. dominerande ställning och uppdelning av marknader. Fokus ligger istället på konsekvenser av att leverantörer blir eller inte blir bundna av sina anbud och på frågor om vad myndigheter kan och bör göra åt problemet.

1.6 Begreppsförklaringar

I detta kapitel har jag sammanställt några av de begrepp som förekommer frekvent i uppsatsen och förklarat vad jag avser med dem.

Upphandlingskontrakt eller *kontrakt* – Det bindande kontrakt som skrivs mellan myndighet och leverantör och som är resultatet av en upphandling. Vid vanliga upphandlingar ska kontraktet vara baserat på förfrågningsunderlaget och det vinnande anbudet. Vid avrop från

⁸ Uppdragsforskningsrapport 2011:1 för konkurrensverket, nedan citerad som Lundvall, Pedersen.

⁹ Kapitlet om ramavtal i LUF innehåller endast en paragraf som stadgar att reglerna i LOU ska tillämpas.

¹⁰ Jfr direktiv 2004/18/EG artikel 32.1 ”Medlemsstaterna får tillåta”.

ramavtal ska upphandlingskontraktet bygga på ramavtalet. I praktiken skrivs sällan avtal i den normala bemärkelsen när ett avrop sker från ramavtalet även om kontrakt enligt lagen ska dokumenteras skriftligt.

Ramavtal – Enligt det klassiska direktivet ”ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet”.¹¹ Ungefär samma definition återfinns i den svenska lagen.¹² Det är viktigt är att skilja ramavtal från andra upphandlingskontrakt och skillnaden återkommer i hela uppsatsen. I uppsatsen har jag delat in ramavtal i tre olika typer som jag förklarar utförligare under rubrik 2.2.1. Att förstå denna uppdelning är centralt för att förstå uppsatsen, en kortfattad beskrivning lyder:

- Typ 1 – Ett ramavtal där endast en leverantör är motpart och där alla villkor för tilldelning av kontrakt måste fastställas direkt i ramavtalsupphandlingen.
- Typ 2 – Ett ramavtal där myndigheten sluter avtal med flera leverantörer som sedan som huvudregel rangordnas. Alla villkor måste vara fastställda i ramavtalet och kontrakt ska i första hand tilldelas den högst rankade leverantören.
- Typ 3 – Ett ramavtal där myndigheten sluter avtal med flera leverantörer men där alla villkor inte fastställs i ramavtalet. Istället ska en förnyad konkurrensutsättning ske innan varje kontrakt tilldelas. Förnyad konkurrensutsättning innebär att man gör en ny mindre upphandling med de leverantörer som är anslutna till ramavtalet utifrån de villkor som fastslås i avtalet.

Avrop – När en myndighet utnyttjar ramavtalet för att sluta ett upphandlingskontrakt. I praktiken går det ofta till så att en inköpare kontrollerar i en databas vilket ramavtal som gäller på området och vilken leverantör som då ska kontaktas för att därefter ringa och beställa det som ska köpas.

Avtalstrohet – Ett uttryck som i vissa sammanhang betecknar i vilken utsträckning en myndighet avropar från sina ramavtal, det vill säga köper från någon av avtalsleverantörerna, men som i andra innebär att myndigheten också köper av rätt avtalsleverantör. När jag använder uttrycket avtalstrohet menar jag den senare betydelsen. Det innebär att även en myndighet som gjort samtliga inköp på ett visst område från leverantörer anslutna till ett ramavtal av typ 2 som täcker det området kan ha låg avtalstrohet enligt min definition, om fel leverantörer fått kontrakten. Anledningen till att jag valt denna definition är att jag tar min utgångspunkt i den skada som leverantören lider när en myndighet inte följer ett ramavtal och för den leverantör som blivit högst rankad saknar det betydelse om kontraktet som han rätteligen skulle ha fått går till en annan avtalsleverantör, eller någon helt utomstående. Avtalstrohet benämns i många texter även köptrohet, jag förstår begreppen som synonyma i det här fallet.

¹¹ Direktiv 2004/18/EG artikel 1.5.

¹² LOU 2:15.

Osund strategisk anbudsgivning – Ett begrepp som jag definierar närmre i kapitel 4.1. I korthet rör det sig om att leverantörer på olika sätt försöker manipulera upphandlingar med anbud som inte är affärsmässigt motiverade, ofta utan avsikt att leverera i enlighet med anbuden.

2 Offentlig upphandling

2.1 Allmänt om upphandling

Jag ska avhålla mig från att allt för utförligt förklara vad de flesta redan vet, eller mycket enkelt kan läsa sig till, men ändå presentera viss grundläggande information om upphandling. Kort om historiken kan sägas att nuvarande LOU (2007:1091) trädde i kraft den 1 januari 2008 och ersatte då den tidigare ÄLOU (1992:1528). Regler om hur det offentliga ska utföra sina inköp har dock funnits betydligt längre än så, men då med delvis andra syften än idag. I början av 1900-talet var reglerna till exempel explicit utformade för att främja inköp av svenska varor, något som idag är förbjudet.¹³ Andra syften som funnits har varit att reglera arbetsmarknaden eller att främja inköp av produkter tillverkade på svenska fånganstalter.¹⁴ Trenden har dock varit att reglerna gått mot att bli mer och mer affärsmässigt orienterade, även om begreppet affärsmässigt lustigt nog försvann i den nya lagen.¹⁵ De senaste förändringarna av upphandlingsregelverket beror till stor del på Sveriges medlemskap i EU. De nuvarande upphandlingsreglerna bygger på EU-direktiv och ett nytt syfte med LOU har därför blivit att förverkliga den inre marknaden.¹⁶ För att kunna åstadkomma detta krävs att myndigheter inte får ta ovidkommande hänsyn vid upphandling, endast affärsmässigt relevanta kriterier får vägas in. Upphandling omsätter, som nämnts ovan, 500 miljarder kronor varje år i Sverige och mångdubbelt det beloppet i hela EU. Självklart är det därför av vikt att regelverket kring upphandling säkerställer möjligheten för företag från alla medlemsländer att delta i upphandlingar.

2.1.1 Principerna

En av de viktigaste paragraferna i LOU är första kapitlets nionde paragraf. Den fastslår att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och transparens ska gälla vid all upphandling.¹⁷ De tre första principerna kan vid en anblick synas lika men det finns skillnader dem emellan. *Likabehandling* innebär att alla leverantörer ska få tillgång till viss information samtidigt och ha lika goda chanser att vinna upphandlingen. Det är t.ex. inte tillåtet att en myndighet ställer krav som underlättar för en leverantör som tidigare vunnit kontrakt att behålla dem. *Icke-diskrimineringsprincipen* tar sikte på att upphandlingen inte får, direkt eller indirekt, diskriminera på grund av geografiskt läge. En myndighet får inte gynna svenska företag på bekostnad av andra EU-länders företag och man får heller inte premiera företag från den egna kommunen över andra svenska företag. *Principen om ömsesidigt erkännande* innebär att intyg och liknande utfärdade i ett EU-land måste godtas som likvärdiga i de andra länderna. Det framgår av namnet på *proportionalitetsprincipen* vad denna innebär. Inga åtgärder som myndigheter vidtar får vara oproportionella, myndigheten får inte ställa orimligt höga krav, inte ställa krav som är irrelevanta och inte heller ställa krav som är omöjliga att kontrollera om de efterlevs. Den

¹³ LOU 1:9.

¹⁴ Pedersen s. 24.

¹⁵ Prop. 2006/07:128 s. 151 f.

¹⁶ Pedersen s. 26.

¹⁷ Se mer om principerna Pedersen s. 34 ff.

sista principen, *transparensprincipen*, är den som har mest bäring på min uppsats. Principen innebär att förfarandet kring offentlig upphandling ska vara enkelt att få insyn i och att beslut och tilldelningar av kontrakt ska vara förutsebara. Eftersom jag även efter författandet av denna uppsats inte fullständigt lyckats besvara mina frågeställningar vill jag gärna argumentera för att regelverket kring ramavtal inte är förenligt med transparensprincipen. En följd av principen är att en myndighet måste hålla sig till sitt förfrågningsunderlag för att genomföra en transparent upphandling. Överförd på den aktuella problematiken kan man hävda att ett transparent användande av ett ramavtal kräver att myndigheterna också tillämpar sina ramavtal så att det går att förutse hur kontrakt kommer att tilldelas.

2.1.2 Upphandlingsprocessen

Rubriken i sig är i viss mån missledande eftersom det inte finns en utan flera olika processer som är tillgängliga beroende på bland annat vad som upphandlas och huruvida värdet på upphandlingen överstiger vissa gränsvärden. Pedersen behandlar reglerna om de olika tillämpliga reglerna utförligt över 20 sidor i sin bok *Upphandlingens grunder* och det fyller inget syfte att jag upprepar den informationen här.¹⁸ Istället fokuserar jag på huvudregeln, öppet förfarande.

Innan en upphandling inleds måste myndigheten göra en noggrann analys av sina behov och av vad man ska få ut av upphandlingen. Detta är särskilt viktigt vid upphandling av ramavtal eftersom de löper under längre tid varför svårigheter att förutse framtida behov uppstår. När analysen gjorts utformar myndigheten ett förfrågningsunderlag och en annons till EUT, europeiska unionens officiella tidning. Förfrågningsunderlaget innehåller bestämmelser om vad som upphandlas, vilka krav som ställs på leverantörer och anbud samt hur tilldelning av kontrakt ska ske. Tilldelning får ske antingen till det anbud som har lägst pris samt uppfyller alla krav eller till det som framstår som ekonomiskt mest fördelaktigt. Myndigheten måste i förfrågningsunderlaget ange vilken tilldelningsmetod som används och om man väljer den senare även förklara hur man ska beräkna vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Alla leverantörer som är intresserade får begära ut förfrågningsunderlaget och kan lämna ett anbud.

Först när tidsfristen för att lämna anbud gått ut öppnar myndigheten alla anbud för att inleda leverantörskvalificeringsfasen. Fasen kan sägas bestå av två steg, uteslutningsprövning och själva kvalificeringen.¹⁹ Det finns ett antal omständigheter vid vilka en myndighet är skyldig att utesluta en leverantör, dessa anges i LOU 10:1 och dessutom finns ett antal uteslutningsgrunder som är frivilliga att tillämpa i LOU 10:2. Förutsatt att leverantören inte utesluts ska sedan en kvalificering ske gentemot de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det kan t.ex. röra sig om att man har tillräckligt stor kapacitet att leverera eller att man innehar de rätta certifikaten för att utföra en viss typ av arbete. Det måste dock röra sig om absoluta och inte relativa krav, man ska alltså inte här utvärdera

¹⁸ Pedersen s.56-78.

¹⁹ Pedersen s. 108.

vilken leverantör som är bäst, utan endast huruvida leverantörerna är tillräckligt bra för att utföra kontraktet.²⁰

Efter kvalificeringen sker själva utvärderingen av anbud, det är alltså i denna fas som myndigheten ska jämföra de kvarvarande anbud för att avgöra vilket som ska antas.²¹ Det är även i den här fasen tillåtet att ställa absoluta minimikrav på produkten som offereras, t.ex. en viss minsta prestanda på elektronik. När anbud har utvärderats sker tilldelning av kontrakt och när lägsta pris valts som utvärderingsmodell är det bara fråga om att välja den leverantör som kvalificerat sig och vars anbud uppfyller minimikraven med lägst pris. För att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga tillämpas de regler som ställts upp i förfrågningsunderlaget för att genomföra en viktning där t.ex. pris, kvalitet och miljöaspekter kvantifieras så att de kan tilldelas en poäng. Normalt jämförs anbud mot fastställda regler i förfrågningsunderlaget men det är även möjligt att tillämpa regler där de olika anbud jämförs med varandra, så kallade relativa utvärderingsmodeller. Oavsett om man använder en statisk eller relativ utvärderingsmodell ska det anbud som får bäst totalpoäng sedan antas.

Som läsaren förstår av texten ovan ställs väldigt höga krav på ett bra förfrågningsunderlag om det ska finnas någon förhoppning om en lyckad upphandling. Enligt ett i domstol ofta åberopat rättsfall behöver underlaget dock inte vara helt optimalt utformat.²² Skulle upphandlingen på något sätt vara behäftad med fel, vilket i Sverige ofta tycks vara fallet²³, finns regler om leverantörers rättsmedel som jag behandlar i nästa kapitel.

2.1.3 Överprövning och ogiltighet

Reglerna om överprövning av en upphandling och överprövning av avtals giltighet återfinns i LOU:s 16:e kapitel, som är baserat på SFS 2010:571 och 2011:1030 varav den senare trädde i kraft den 1 november 2011. Eftersom reglerna är nya och har en koppling till mina frågeställningar i det att de rör sig om tillgängliga rättsmedel och påföljder vid felaktigt beteende från myndigheter förtjänar de att utredas noggrannare här. Skillnaden mellan de båda rättsmedlen är att en överprövning av upphandlingen kan leda till att förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter rättelse.²⁴ En mängd olika beslut utöver tilldelningsbeslutet kan överprövas och det är inte nödvändigt att vänta tills efter tilldelningsbeslutet för att föra talan, även om det i praktiken ofta görs. Att överpröva upphandlingen är bara möjligt fram tills att avtal har slutits,²⁵ detta eftersom en överprövning av upphandlingen inte kan ogiltigförklara ett gällande civilrättsligt avtal.²⁶ Tidigare gällde enligt praxis att då en myndighet helt bortsett från sin skyldighet att tillämpa LOU så kunde förfarandet överprövas oavsett om avtal redan

²⁰ Pedersen s. 111.

²¹ Exakt var gränsen mellan faserna går är i vis mån oklart, se t.ex. Pedersen s. 122, men det är ämnet för en helt egen uppsats.

²² Rå 2002 ref. 50.

²³ Sverige har många överprövningar per upphandling, se t.ex. konkurrensverkets rapport 2011:1 – Siffror och fakta om offentlig upphandling.

²⁴ LOU 16:6 st. 1.

²⁵ LOU 16:6 st. 2.

²⁶ Prop. 2010/11:150 s. 455.

slutits.²⁷ I och med de nya reglerna om överprövning av avtals giltighet finns inte längre behov för den regeln och det i fotnoten angivna rättsfallet får anses vara obsolet.²⁸

Överprövning av ett avtals giltighet kan däremot ske efter avtalsslutet i vissa fall. Överprövning av giltigheten är möjlig om avtal slutits efter en otillåten direktupphandling eller efter en felaktig tilldelning från den typ av ramavtal som regleras i LOU 5:7²⁹ och leverantören då lidit skada.³⁰ Ogiltighet kan också bli resultatet om ett avtal ingåtts utan hänsyn till gällande avtalsspärr eller interimistiskt beslut samt en bestämmelse i LOU överträtts och leverantören därför lidit skada.³¹ Ogiltighet ska förstås som att alla avtalsskyldigheter upphör, även retroaktivt, d.v.s. prestationer ska återgå i den mån det är möjligt.³²

2.1.3.1 Avtalsspärr

För att undvika att offentliga kontrakt utsätts för en ogiltighetstalan långt efter att de har ingåtts och även genomförts finns reglerna om avtalsspärr. En myndighet som på ett korrekt sätt har annonserat upphandlingen och därefter kommunicerat sitt tilldelningsbeslut enligt LOU 9:9 har enligt LOU 16:1 att avvakta i 10 eller 15 dagar, beroende på hur kommunikation skett, innan man upprättar kontraktet. Under denna period är det möjligt att begära en överprövning av upphandlingen, denna möjlighet försvinner först när avtalsspärren löpt ut och kontraktet undertecknats. Om dessa regler efterföljs finns det heller ingen möjlighet att rikta en talan om ogiltighet mot kontraktet. Skriver en myndighet ett avtal trots att avtalsspärren fortfarande löper riskerar avtalet att bli ogiltigförklarat och myndigheten riskerar skadeståndsskyldighet. För att undvika situationer där tilldelningsbeslut blir civilrättsligt bindande bör beslutet villkoras med att avtal ingås först genom skriftligt upphandlingskontrakt efter att avtalsspärren löpt ut.³³

2.2 Ramavtal

Ramavtalen regleras i LOU:s femte kapitel, och kapitlet inleds med ett konstaterande om att bestämmelserna som gäller vid annan upphandling också gäller vid upphandling av ramavtal. Paragrafen innebär att en upphandlande myndighet ska förfara på samma sätt som vid en vanlig upphandling och att anbud ska utvärderas med hänsyn till lägsta pris eller vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.³⁴ Vid ramavtalsupphandlingen utgör ramavtalet det kontrakt som åsyftas och efter att det har slutits på ett korrekt sätt kan ramavtalsupphandlingen inte längre överprövas även om ramavtalet kan bli föremål för en ogiltighetstalan. Ramavtalet skiljer sig från ett vanligt upphandlingskontrakt eftersom det just

²⁷ RÅ 2005 ref. 10.

²⁸ Prop. 2009/10:180 s. 173 f.

²⁹ Det jag i uppsatsen kallar typ 3-avtal, se nedan i 2.2.1.

³⁰ LOU 16:13 st. 1.

³¹ LOU 16:13 st. 2.

³² Prop. 2009/10:180 s. 136.

³³ Prop. 2001/02:142 s. 78.

³⁴ Prop. 2006/07:128 s. 159.

handlar om att sätta ramarna för många framtida upphandlingar, som längst i 4 år.³⁵ Vid särskilda skäl kan ramavtalet löpa längre än 4 år men det är endast undantagsvis eller, enligt det klassiska direktivet, vid vederbörligen styrkta undantagsfall.³⁶ Exakt vad det innebär är inte definierat men det kan röra sig om projekt som sträcker sig över något mer än 4 år och som inte har en naturlig fortsättning.³⁷

Andra viktiga regler vid ramavtalsupphandlingar är att endast de ursprungliga parterna i ramavtalet får utnyttja avtalet och att vid tilldelning av enskilda kontrakt på grundval av ramavtalet ingen av parterna väsentligt får ändra ramavtalsvillkoren.³⁸ Ett ramavtal får förstås inte heller användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen påverkas negativt. Detta framgår av direktiv 2004/18/EG artikel 32.2 st. 5 men står inte särskilt uttryckt i kapitlet om ramavtal eftersom det gäller för all upphandling.³⁹

Precis som med övriga delar av den offentliga upphandlingen har EU-lagstiftningen spelat en stor roll för utformningen av reglerna. Men vad gäller den klassiska sektorn fanns det inga regler om ramavtal i något av direktiven 92/50/EEG, 93/36/EEG eller 93/37/EEG utan det var först i 2004/18/EG som reglerna infördes. Ramavtal är trots det ingen ny företeelse, visserligen var de ursprungligen endast reglerade vad gäller försörjningssektorerna men förfarandet förekom även i den klassiska sektorn tidigare.⁴⁰ I direktivet uttrycks det att staterna *får* tillåta upphandlande myndigheter att sluta ramavtal, det är alltså fortfarande frivilligt att implementera reglerna i den nationella lagstiftningen på det sätt som Sverige valt att göra.

Även om samma regler ska tillämpas vid upphandling av ramavtal som vid annan upphandling är det viktigt att skilja på ett ramavtal och ett upphandlingskontrakt. Ramavtalet utgör visserligen resultatet av en upphandling och är i den meningen ett upphandlingskontrakt men det innehåller inte villkoren för en enskild affär utan syftar endast till senare tilldelning av upphandlingskontrakt. Vilka skillnader som finns mellan ramavtal och kontrakt och vad dessa innebär för en myndighet som inte följer sina ramavtal är i viss mån oklart. Det är dock av central betydelse för denna uppsats och skillnaderna ska därför utredas nedan.

2.2.1 De olika typerna av ramavtal

Det går att urskilja tre olika typer av ramavtal i LOU. Den första typen är ramavtal med en leverantör där alla villkor för senare tilldelning av kontrakt måste vara fastställda redan i ramavtalet, denna avtalssort har jag valt att kalla typ 1-avtal och de regleras i LOU 5:4. Den andra typen är ett ramavtal med alla villkor fastställda där flera leverantörer antas och deras anbud rangordnas så att avrop kan ske direkt från ramavtalet (typ 2-avtal). Denna avtalstyp regleras i LOU 5:5 och 5:6. Den tredje typen som finns i LOU är ramavtal med flera

³⁵ LOU 5:3.

³⁶ Direktiv 2004/18/EG artikel 32.2.

³⁷ Prop. 2006/07:128 s. 334.

³⁸ LOU 5:2.

³⁹ Prop. 2006/07:128 s. 333.

⁴⁰ Falk s. 206.

leverantörer där samtliga villkor för tilldelning av kontrakt inte fastställs i ramavtalet. Tilldelning av kontrakt sker istället först efter en förnyad konkurrensutsättning, avtalstypen regleras i LOU 5:5 och 5:7 (typ 3-avtal). Avtal med flera leverantörer, alltså typ 2 och 3, kallas för parallella ramavtal.⁴¹

Ramavtal av typ 1 liknar i mångt och mycket vanliga upphandlingskontrakt. Myndigheten antar endast en leverantör och alla villkor för tilldelning av kontrakt fastställs i ramavtalet. Den enda reella skillnaden jämfört med ett upphandlingskontrakt är att det istället för inköp av en viss kvantitet handlar om att tillgodose myndighetens behov under en viss tid.⁴² Där en vanlig upphandling kunnat sluta med att en kommun köper 1000 mobiltelefoner till sina anställda slutar en ramavtalsupphandling av typ 1 med ett ramavtal där pris och alla andra relevanta villkor fastställs för inköp av telefoner under t.ex. ett år, men inga telefoner levereras förrän kommunen avropar från ramavtalet.

Typ 2-avtal ska slutas med tre eller fler leverantörer såvida tre eller fler godtagbara anbud inkommer.⁴³ Upphandlingskontrakt tilldelas genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan någon ny upphandling precis som för typ 1-avtal. För att sköta tilldelningen görs normalt sett en rangordning av leverantörernas anbud efter anbudsutvärderingen och vid ett normalt avrop tillfrågas först leverantören som kom etta i rangordningen och sedan tvåan och så vidare. I propositionen står att:

”Om det är fråga om ett ramavtal med flera leverantörer utan krav på en förnyad konkurrensutsättning, sker tilldelning av kontraktet, om inte särskilda skäl föranleder annat, enligt en i ramavtalet fastställd rangordning eller annan anvisning.”⁴⁴

Fredrik Rogö vid Upphandlingsbolaget menar att det ska ”mycket till” för att myndigheter ska få frånga den normala regeln om rangordning.⁴⁵ Jan-Erik Falk tar i sin kommentar till LOU upp att om den inköpande myndigheten behöver något omgående och endast en leverantör kan garantera snabb leverans i sitt anbud så kan denna ”gå före” i rangordningen vid just det avropet.⁴⁶ I propositionen är man inne på samma resonemang men menar att rätten att kringgå rangordningen i sådana fall måste framgå i ramavtalet.⁴⁷

Jag vill redan här lägga in en brasklapp och säga att mycket, men inte allt, av det som står angående ramavtalens natur och hur de fungerar kan variera beroende på vad som skrivs i

⁴¹ Falk s. 208.

⁴² Falk s. 214.

⁴³ LOU 5:5.

⁴⁴ Prop. 2006/07:128 s. 169.

⁴⁵ Intervju FR.

⁴⁶ Falk s. 216.

⁴⁷ Prop. 2006/07:128 s. 175 ”En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frånga den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.”

avtalen. När jag i uppsatsen skriver något om rättsläget i allmänhet så avser det, om inget annat står, vad som gäller som huvudregel eller när inget särskilt anges i ramavtalet.

Ramavtal av typ 3 är de som skiljer sig mest från normala upphandlingskontrakt. Vad gäller antalet leverantörer är det precis som för typ 2 minst tre stycken som ska antas men tilldelning av kontrakt sker först efter en förnyad konkurrensutsättning.⁴⁸ Detta innebär att alla leverantörer som antagits som parter i ramavtalet ska bjudas in för att lämna nya anbud vid varje givet avrop. Den upphandlande myndigheten ska dessutom skriftligen samråda med alla leverantörer som kan genomföra projektet.⁴⁹ Processen blir som en ny, mindre, upphandling men myndigheten får inte i allt för stor utsträckning förändra kriterierna för anbudsutvärdering som angivits vid den ursprungliga ramavtalsupphandlingen.⁵⁰ Detta framgår av LOU 5:7 st. 2 p. 4 där det står att kontrakt ska tilldelas leverantören med det bästa anbudet på grundval av de kriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet och ur LOU 5:2 st. 2 där det stadgas att villkoren i upphandlingskontraktet inte väsentligt får avvika från villkoren i ramavtalet. På grund av reglerna om förnyad konkurrensutsättning tar det längre tid att anskaffa varor med hjälp av ramavtal av typ 3. Dessa passar alltså bättre för något större inköp, och är inte alls lämpliga för dagligvaror som man behöver omgående.

En intressant fråga om ramavtal som går något utanför ramen för denna uppsats är huruvida man kan blanda typ 2- och typ 3-avtal. Man skulle då kunna ha ett avtal där det i vissa fall avropas efter en rangordning och i andra fall sker förnyad konkurrensutsättning eller annorlunda uttryckt ett avtal där samtliga villkor är bestämda upp till ett visst inköpsbelopp men att man därefter har möjlighet till förändringar. Frågan har tagits upp i Högsta förvaltningsdomstolen där man konstaterat att ett sådant förfarande är otillåtet, såtillvida det ger den upphandlande myndigheten frihet att välja vilket förfarande som ska användas.⁵¹ I det aktuella fallet fick myndigheten själv välja vilket förfarande de önskade använda när kontraktssumman låg i ett spann på 5 till 20 prisbasbelopp vilket ansågs strida mot transparensprincipen. Det bör dock enligt min mening inte finnas något hinder mot denna typ av blandade ramavtal så länge det tydligt framgår vilket förfarande som ska tillämpas och det inte lämnas upp till myndigheten att välja. Fredrik Rogö på upphandlingsbolaget bekräftar att man fortfarande använder denna typ av blandade avtal eftersom man genom en klar beloppsgräns åtgärdat det som fällde modellen i rättsfallen ovan.⁵² Därmed anser han att det är fullt tillåtet med blandade avtal, denna åsikt har också visst stöd i doktrin.⁵³ Anna Ekberg, enhetschef vid statens inköpscentral på kammarkollegiet, ställde sig dock mer tveksam till användningen av blandade avtal efter domen.⁵⁴

⁴⁸ LOU 5:5 och 5:7.

⁴⁹ LOU 5:7 st. 2 p. 1.

⁵⁰ I Storbritannien talar man om en ”mini competition”, se prop. 2006/07:128 s. 162.

⁵¹ RÅ 2010 ref. 97.

⁵² Intervju FR.

⁵³ Falk s. 221.

⁵⁴ Intervju AE.

2.2.2 Problematisering av ramavtalets bindande verkan

Som ovan antytts är det inte helt klarlagt vad som gäller rörande ramavtals eventuella bindande verkan. I detta kapitel ska jag visa på de olika ståndpunkter som finns i bl.a. förarbeten och doktrin. Om man bara går på namnet skulle man enkelt kunna förledas att tro att varje jurists latinska favorituttryck, *pacta sunt servanda*, skulle gälla. Redan i Avtalslagens första kapitelns första paragraf stadgas denna rättsgrundsats:

”Anbud om slutande av avtal och svar å sådant anbud vare, efter ty här nedan i 2-9 §§ sägs, bindande för den, som avgivit anbudet eller svaret. Vad i nämnda paragrafer stadgas skall lända till efterrättelse, så vitt ej annat följer av anbudet eller svaret eller av handelsbruk eller annan sedvänja.”

Ett ramavtal är givetvis ett avtal, och avtal ska alltså hållas. I propositionen där reglerna om ramavtal infördes förs dock inledningsvis ett resonemang om att bindande verkan inte är en självklarhet:

*”En förutsättning för att ett offentligt kontrakt (det jag kallat upphandlingskontrakt eller bara kontrakt, egen anm.) skall föreligga är med andra ord att parterna är ömsesidigt förpliktade; den upphandlande enheten åtar sig att anskaffa en viss prestation mot en viss ersättning från sin medkontrahent och medkontrahenten (leverantören) åtar sig att tillhandahålla prestationen. Om kontraktet har ingåtts med flera leverantörer skall myndigheten vara förpliktad i förhållande till var och en av dem. **Definitionen av begreppet ramavtal innehåller däremot inte något krav på ömsesidig bundenhet.**”⁵⁵*

Därefter beskrivs tre olika typer av ramavtal, men inte exakt de tre typerna som sedan återkommer i lagen och i min uppsats. I detta stycke i propositionen görs nämligen ingen åtskillnad beroende på antalet leverantörer som antas i ramavtalet. Istället talar man i propositionen om en typ av ramavtal där alla villkor är fastställda som är bindande och en annan typ där alla villkor är fastställda utan att avtalet är bindande:

”I enlighet med det nu anförda synes ramavtal kunna vara av tre slag. Ett slag är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare anskaffningar på grundval av ramavtalet och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och som alltså kan betraktas som upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). Ett annat är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Ett ytterligare slag är ramavtal som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt.”⁵⁶

⁵⁵ Prop. 2006/07:128 s 160.

⁵⁶ Prop. 2006/07:128 s 160.

Jan-Erik Falk tycks i sin kommentar av lagen tolka detta citat som att propositionen säger att det han och jag kallar typ-1 avtal är ömsesidigt förpliktande och att typ 2-avtal inte är det.⁵⁷ Jag har dock svårt att se hur denna slutsats kan utläsas ur propositionen. Visserligen sägs den första typen innehålla *samtliga villkor för senare anskaffningar* medan den andra innehåller *samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt*. Men jag har svårt att här se uppdelningen mellan den typ av avtal som sluts med en leverantör och den typ som sluts med flera, alltså den uppdelning som i lagen görs mellan det som Falk och även jag kallar typ 1- och typ 2-avtal. I propositionen görs uppdelningen istället mellan en typ av avtal som innehåller alla villkor och är bindande och en annan typ som innehåller alla villkor utan att vara bindande. Avtal av typ 3 utgörs även här av sådana avtal där alla villkor för tilldelning av kontrakt inte är fastställda och inget sägs i propositionen angående deras eventuella bindande verkan.

Propositionen fortsätter på nästa sida med följande beskrivning av den materiella användningen av de ramavtalstyper som finns i lagen:

”Artikel 32.4 behandlar ramavtal som har slutits med flera leverantörer. Två förfaranden står till buds. Det ena förutsätter att samtliga villkor för tilldelning av enskilda kontrakt är fastställda i avtalet och innebär att tilldelning av de enskilda kontrakten sker genom en tillämpning av villkoren i avtalet (andra stycket första strecksatsen). Förbudet mot väsentliga ändringar av ramavtalets villkor gäller också i denna situation (avrop från typ 2-avtal, egen anm.) och direktivet ger inte någon möjlighet till skriftligt samråd eller komplettering av anbudet. Direktivet talar dock om ’tilldelning’ av kontrakt trots att det inte heller här torde vara fråga om annat än avrop från ett bindande ramavtal (upphandlingskontrakt).”⁵⁸

Här antyds alltså väldigt tydligt att avtal där alla villkor är fastställda fungerar som bindande avtal, även med flera leverantörer. En liknande formulering om avrop från bindande avtal används också om typ 1-avtal.⁵⁹

Min tolkning av de ovan angivna citaten är att ömsesidig bundenhet är en förutsättning för normala upphandlingskontrakt men att det för ramavtal inte är nödvändigt med en sådan bundenhet för att det ska röra sig om ett ramavtal. Bundenheten är inte heller nödvändigtvis beroende på antalet leverantörer utan snarare på ramavtalets formulering. Tyvärr besvaras inte frågan vad som menas med bindande respektive inte bindande ramavtal. Inte heller besvaras frågan vilket syfte ett ramavtal skulle fylla om ingen av parterna var förpliktigad gentemot den andre.

⁵⁷ Falk s. 221 ff.

⁵⁸ Prop. 2006/07:128 s 162.

⁵⁹ Prop. 2006/07:128 s 161 *”Artikel 32.3 gäller användning av ramavtal som har slutits med en enda leverantör. Kontrakt som bygger på ramavtalet skall ’tilldelas’ i enlighet med villkoren i avtalet. Att märka är att direktivet talar om att kontrakt ’tilldelas’ i enlighet med villkoren i ramavtalet trots att det inte gärna kan vara fråga om något annat än avrop, dvs. ett successivt utnyttjande av ett bindande ramavtal (upphandlingskontrakt).”*

Justitierådet Eskil Nord som författat Karnov-kommentaren till lagen skriver dock i sin kommentar till LOU 5:2 helt sonika att ”om myndigheten vill vända sig till någon annan eller vill väsentligt avvika (jfr dock 4 §) från ramavtalets villkor är den hänvisad till att göra en upphandling på vanligt sätt”.⁶⁰ Detta uttalande är inte knutet till en viss typ av ramavtal och det tycks med andra ord vara hans uppfattning att det står myndigheter helt fritt att frångå sina ramavtal bara på den grund att man vill vända sig till en annan leverantör. Jag har svårt att acceptera hans resonemang av flera anledningar, inte minst på grund av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Om det står myndigheten fritt att frångå ramavtalet finns det ingen transparens i när kontrakt kommer att tilldelas enligt avtalet och när så inte kommer att ske. Det finns då heller ingen garanti att en leverantör som vunnit en ramavtalsupphandling får samma behandling som en annan.

Ytterligare en källa för att förstå ramavtal kan man finna i EU-kommissionens tolkningsmeddelande där det står att avtal som innehåller alla villkor är ”traditional public contracts” och att de därför var tillåtna även i det klassiska direktivet.⁶¹ Om de ramavtalen är ”traditional public contracts” så bör det innebära att de också är bindande. Kommissionen fokuserar alltså inte heller på antalet parter i ramavtalet utan på huruvida alla villkor är fastslagna. Man skriver att för sådana avtal gäller att villkoren är satta på ett ”binding manner” för båda parterna, och att nya anbud därför inte behöver hämtas in. Här tycks det alltså som att avtal av typ 1 och 2 skulle vara bindande för parterna men inte avtal av typ 3. Så har också Falk förstått tolkningsmeddelandet.⁶² Kommissionen skriver dock i samma tolkningsmeddelande att frågan huruvida någon av parterna har en plikt att leverera respektive beställa inom ramavtalet är en fråga för den nationella rätten, oavsett avtalstyp.⁶³ Men vad som då menas med att avtal där alla villkor är fastslagna är bindande för parterna blir svårt att förstå.

Det är inte möjligt att med ledning av tillgängliga rättskällor säga klart vad som gäller angående ramavtals bindande verkan. I nästa kapitel följer därför en analys av rättsläget och mina slutsatser kring detta som är nödvändiga för att kunna gå vidare med mina frågeställningar.

2.2.3 Analys av ramavtals bindande verkan

2.2.3.1 Myndigheternas bundenhet

Som jag uppfattar propositionen och tolkningsmeddelandet sägs där att villkoren i ramavtal av typ 1 och 2 är bindande för den upphandlande myndigheten när man använder ramavtalet, men att det är möjligt att formulera ett ramavtal så att man inte är bunden av att faktiskt

⁶⁰ Nord, kommentar till LOU 5:2, kommentar nr 75.

⁶¹ EU-kommissionens explanatory note (motsvarande CC/2005/03_rev 1, 14 juli 2005) s. 3.

⁶² Falk s. 224

⁶³ EU-kommissionens explanatory note s. 3 f. *“Furthermore, the answer to the question whether an economic operator who is party to a framework agreement (single or multiple) that establishes all the terms is obliged to deliver the agreed goods, work or services under the terms established and whether the contracting authority may possibly compel him to do so also depends on national law, as does the question whether an economic operator can oblige a contracting authority to order goods, services or works.”*

tillämpa det vid varje upphandling. Detta resonemang har också visst stöd i EU-kommissionens tolkningsmeddelande.⁶⁴ När jag i mina intervjuer tar upp frågan hur myndigheterna ser på sina egna ramavtal svarar alla att ramavtalen är något man ska följa och att de gäller från första kronan.⁶⁵ I Göteborgs stads upphandlingspolicy står bl.a. att ”avtalstrohet mot tecknade ramavtal är en självklarhet” och att ett ramavtal ”skall användas” om det finns.⁶⁶ Myndigheterna i Göteborg tycks alltså själva anse att de har att följa sina ramavtal och ser dem inte som förslag eller leverantörslistor, även om policydokumentet förvisso även stadgar att en direktupphandling på ett ramavtalstäckt område i vissa fall kan göras efter godkännande av Kommunstyrelsen.

I teorin kan det vara tillåtet för myndigheter att vid ramavtalsupphandlingen skriva att det inte rör sig om ett bindande avtal, och på så sätt få till ett icke bindande ramavtal.⁶⁷ I praktiken har jag dock aldrig sett denna konstruktion och jag tror att den är ytterst sällsynt, vilket också är den bild som jag får i mina intervjuer. Ett avtal som inte skulle vara bindande för en upphandlande myndighet skulle dessutom enligt Falk kunna utgöra ett otillåtet sätt att använda en prekvalificering och leverantörslista vilket endast är tillåtet i försörjningssektorerna.⁶⁸

Trots att jag inte tolkar propositionen på det sätt som Falk gör i sin kommentar till lagen kommer han till åtminstone en slutsats som jag delar och som kommer ligga till grund för mina resonemang om avtalsbundenhet i denna uppsats. Nämligen att utgångspunkten måste vara att de tre typerna av avtal kan vara bindande i olika grad och att det inte nödvändigtvis handlar om ömsedig bundenhet för leverantörer och upphandlande myndigheter. För att undvika att en myndighet närsomhelst kan göra om ramavtalsupphandlingen eller helt bortse från ett ramavtal och upphandla varor och tjänster som omfattas av avtalet på annat vis bör en myndighet som huvudregel vara bunden att utnyttja ramavtalet oavsett om det är av typ 1, 2 eller 3. För denna tolkning talar även leverantörernas befogade förväntningar på att få leverera som ofta leder till rabatterade priser i ramavtalsupphandlingar. Denna huvudregel är som osäkrast vad gäller ramavtal av typ 3 då det finns mindre som talar för bundenhet men för att inte träda transparensprincipen för när så bör myndigheter vara bundna att tillämpa även denna typ av avtal. Bundenhet innebär inte vid någon typ av avtal ett tvång att köpa en viss kvantitet utan endast att myndigheten har att tillämpa ramavtalet när något som omfattas av ramavtalet ska inhandlas.

⁶⁴ Se fotnot 7 i EU-kommissionens explanatory note där det sägs att: “... *It is also conceivable that the contracting authority is not obliged to use the framework contract — it nevertheless remains a framework contract if, once the decision to use it has been taken, the conditions are then established in a definitive manner.*”

⁶⁵ Intervjuer FR, JP och AE.

⁶⁶ Inköps- och upphandlingspolicy för Göteborgs stad s. 4, tillgänglig via hemsidan.

⁶⁷ Se dock den nya domen från Svea hovrätt där en klausul om att myndigheten hade rätt att frångå rangordningen inte tycks ha haft någon betydelse för utgången, nedan kapitel 3.3.

⁶⁸ Falk s. 225.

2.2.3.2 Leverantörernas bundenhet

Avtal med en leverantör, alla villkor fastställda

Vad gäller bundenhet för leverantörer är ramavtal av typ 1 så lika de vanliga upphandlingskontrakten att det är svårt att hitta argument mot en ömsesidig bundenhet av avtalet.⁶⁹ Härmed förstås de vanliga konsekvenserna av bundenhet, där t.ex. frångående av avtalet eller oförmåga att leverera kan leda till hävning av avtalet och skadeståndsskyldighet. Konsekvenserna som skulle följa om en leverantör i ett typ 1-avtal hade rätt att avstå att leverera hade dessutom kunnat bli ohanterliga för myndigheten som är motpart. En myndighet kan inte utan vidare vända sig till en annan leverantör för att köpa varorna utan att göra en otillåten direktupphandling och skulle alltså behöva göra en helt ny upphandling på samma område som ramavtalet redan avsåg att täcka.

Avtal med flera leverantörer, alla villkor fastställda

Den stora och svåra frågan gäller avtal av typ 2, där leverantörerna enligt Falk i viss mån är bundna.⁷⁰ Johan Pettersson menar istället att det, såvida inget annat avtalats, i princip står leverantörerna fritt att ”passa” på ett avrop och att detta är ett stort problem, denna bild delas även av Fredrik Rogö.⁷¹ Karl Lundvall och Kristian Pedersen skriver angående leveransskyldighet i sin rapport att ”[...] avtalet tydligt måste säkerställa en skyldighet för anbudsgivaren att leverera varan eller tjänsten till det pris [som offererats]”.⁷² Detta tips till upphandlande myndigheter gör att man ganska tydligt kan ana att författarnas utgångspunkt är att om avtalet inte säkerställer skyldigheten att leverera, så föreligger ingen sådan skyldighet.

Frågan om avtalsbundenhet vid typ 2-avtal har inte ställts på sin spets i praxis men den har indirekt avhandlats i två processer rörande en upphandling av bemanningstjänster i vården som Stockholms läns landsting genomförde.⁷³ Frågan som prövades var huruvida den utvärderingsmodell som nyttjats var ägnad att utse det bästa anbudet. Kammarrätten skriver att så inte var fallet eftersom ”anbudsgivare kunnat bli placerade högt i rangordningen [...] utan att ha någon leveransskyldighet”.⁷⁴ Detta skulle då kunna leda till att en leverantör sätter mycket låga priser på vissa områden eftersom det ändå står honom fritt att avstå från att leverera dessa tjänster. Vad jag kunnat avgöra förelåg inga särskilda omständigheter som kan ha påverkat bedömningen och domstolens avgöranden i dessa fall visar därför att leverantörerna som utgångspunkt inte har någon leveransskyldighet vid typ 2-avtal.

Domstolens slutsatser och de praktiskt verksamma uppfattning får anses utgöra gällande rätt i den mån sådan finns, och såvida inget skrivs i ramavtalet är typ 2-avtal alltså inte bindande för leverantörer. Man kan dessutom ifrågasätta vilken funktion distinktionen mellan typ 1-

⁶⁹ Se t.ex. prop. 2006/07:128 s. 174 ”Kontraktstilldelning av sådant slag torde inte utgöra annat än tillämpning av ett upphandlingskontrakt.”.

⁷⁰ Falk s. 226.

⁷¹ Intervjuer FR och JP.

⁷² Lundvall, Pedersen s. 74.

⁷³ Kammarrätten i Stockholm dom 2011-02-18 mål nr 5913-5915-10 och dom 2011-03-21 mål nr 5603-10

⁷⁴ Formuleringen återkommer i samtliga fyra domar ovan.

och typ 2-avtal skulle fylla om leverantörerna typiskt sett hade leveransplikt enligt typ 2-avtal. Den högst rankade leverantören skulle då få precis samma roll som den ensamma leverantören i ett typ 1-avtal.

Avtal med flera leverantörer, alla villkor inte fastställda

För avtal av typ 3 framstår det som tämligen klart att leverantörer som utgångspunkt inte är bundna att lämna anbud vid den förnyade konkurrensutsättningen eftersom en leverantör som inte önskat vinna kontraktet då ändå kunnat lämna ett ofördelaktigt anbud. Att leverantören inte alls är bunden att inkomma med anbud framstår alltså som en mer pragmatisk lösning.⁷⁵ Fredrik Rogö berättar dock att Upphandlingsbolaget ibland använt ramavtal där alla leverantörer som antas varit tvungna att delta i de förnyade konkurrensutsättningarna och att de villkor som offereras i dessa då inte fått avvika mer än en viss del från vad leverantören angivit i ramavtalsupphandlingen.⁷⁶ Det faktum att sådana avtal används är dock ingen garanti för deras laglighet och det förändrar inte heller vad som gäller i normalfallet när en sådan skrivning saknas. Att leverantörerna inte är bundna att delta i en förnyad konkurrensutsättning påverkar förstås inte att det upphandlingskontrakt som blir till som resultat av processen ändå är bindande för den vinnande leverantören.

2.2.4 Statliga ramavtal

På vissa områden finns statliga ramavtal som upphandlats med stöd av förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning och som kan tillämpas av statliga myndigheter.⁷⁷ Förordningen består av blott fyra paragrafer där den andra stadgar att det ska finnas ramavtal på områden där myndigheterna upphandlar ofta eller till stora värden. I tredje paragrafen står att myndigheten skall använda de avtal som avses i 2 § ”*om myndigheten inte finner att en annan form av avtal sammantaget är bättre*”. I bedömningen om en annan form av avtal är bättre ska även kostnader som myndigheten kommer att få för att genomföra en ny upphandling räknas in.⁷⁸ För det fall att en myndighet ämnar frångå ramavtalen ska detta anmälas till kammarkollegiet enligt fjärde paragrafen. Anna Ekberg på kammarkollegiet berättar att det varierar från ramavtal till ramavtal hur ofta avsteg anmäls men att det sker inom de flesta områden.⁷⁹ Vad gäller betaltjänster för statliga myndigheter måste upphandlingar av sådana godkännas av Riksgäldskontoret om myndigheten väljer att inte avropa från ett statligt ramavtal.⁸⁰ För de statliga ramavtalen finns alltså en lagstadgad rätt att frångå ramavtal, men såvida en myndighet inte kan motivera varför man i ett visst fall behöver frångå ett ramavtal är de bundna att avropa från det.⁸¹

Det är lockande att jämföra reglerna i förordningen om statlig inköpssamordning med LOU och därefter dra slutsatser, antingen analogier eller motsatsslut. Jag anser dock att det saknas

⁷⁵ Falk s. 226.

⁷⁶ Intervju FR.

⁷⁷ 1 § förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning.

⁷⁸ Riksrevisionen 2005:10 samordnade inköp, s. 29.

⁷⁹ Intervju AE.

⁸⁰ 8 § förordning (2006:1097) om statliga myndigheters betalningar och medelsförvaltning.

⁸¹ Intervju AE och 3 § förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning.

grund för sådana slutsatser. De statliga avtalen sluts på en nivå som är så mycket mer centraliserad och distanserad från de enheter som har att tillämpa dem att en analogi med t.ex. en kommun och dess myndigheter rimmar illa. Dessutom finns det i förordningen ett tydligt angivet förfarande för hur en myndighet måste gå till väga för att få gå utanför ramavtalet, något sådant finns inte lagstadgat för andra ramavtal.⁸² Det är även möjligt att framföra att om lagstiftaren avsett att samma möjlighet att frångå även andra än statliga ramavtal skulle finnas så kunde liknande regler införts i LOU. Argumentet har viss tyngd, men det är inte tillräckligt för att bära en motsatstolkning. De statliga ramavtalens något avvikande natur ger alltså ingen ytterligare ledning i frågan om ramavtals bindande verkan.

2.3 Från ramavtal till kontrakt

För att kunna diskutera juridiska frågeställningar har man traditionellt kategoriserat olika rättsområden. Vad gäller ramavtal måste man dock vara medveten om att det handlar ett dualistiskt system, en blandning mellan offentligrätt och civilrätt.⁸³ Det är en övergång från upphandlingsprocessen av ramavtalet som är förvaltningsrättslig, via ramavtalet vilket lever i en gråzon och vidare till det civilrättsligt bindande upphandlingskontraktet. Inledningsvis finns inget förhållande alls mellan myndigheten och företaget. I och med förfrågningsunderlaget startar den fas som styrs av förvaltningsrättsliga regler. Redan här upprättas ett förhållande mellan anbudsgivare och upphandlande myndighet som kan beskrivas av följande citat från HD:

*”Med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivaren i och med att upphandlingen inleds.”*⁸⁴

Ramavtalsupphandlingar avslutas dessutom med ett ramavtal som i sig är någon form av kvasi-civilrättsligt avtal.⁸⁵ Myndigheten gör sedan avrop från detta ramavtal genom att skriva upphandlingskontrakt med en ramavtalsleverantör, även om det vid avtal av typ 1 och 2 i praktiken inte alltid sker något kontraktsskrivande i egentlig mening utan snarare beställningar via telefon och kvittenser. För avtal av typ 3 kan kontrakt tecknas först efter en förnyad konkurrensutsättning, vilken för tillbaka förhållandet till den mer förvaltningsrättsliga fasen eftersom reglerna i LOU 5:7 då måste iakttas. Villkoren i ramavtalet är dock avgörande för hur konkurrensutsättningen genomförs och värderas och resultatet blir även här ett upphandlingskontrakt.

När upphandlingskontraktet väl är upprättat utgör det ett avtal i den normala civilrättsliga betydelsen, LOU innehåller inga egna regler om avtalsrätt och det är heller inte meningen att sådana ska uttolkas ur lagen.⁸⁶ Detta innebär att, vid sidan av avtalstexten, civilrättsliga lagar

⁸² Jfr dock Göteborgs stads upphandlingspolicy där det står att avvikelse från ramavtal måste anmälas till kommunstyrelsen.

⁸³ Ramberg, Ramberg s. 110.

⁸⁴ NJA 1998 s. 873.

⁸⁵ Se ovan 2.2.2 och 2.2.3.

⁸⁶ Prop. 2001/02:142 s. 74 och NJA 2001 s. 3.

såsom avtalslagen och köplagen ska tillämpas på eventuella tvister med anledning av ett upphandlingskontrakt.

Det finns två saker som särskiljer upphandlingskontrakt från andra avtal. Först och främst att det under vissa omständigheter går att rikta en särskild ogiltighetstalan mot kontraktet enligt LOU.⁸⁷ Dessutom finns det ett skriftlighetskrav i lagen⁸⁸, men trots detta rör det sig inte om ett formalavtal.⁸⁹ Det betyder alltså att det inte nödvändigtvis är först vid undertecknandet av kontraktet som bundenhet kan uppstå.⁹⁰ Det finns därför viss oklarhet i exakt när ett civilrättsligt bindande avtal kommit till stånd i en upphandling. Den exakta tidpunkten kan t.ex. bero på hur tilldelningsbesluten formuleras men det är av mindre intresse för denna uppsats.

Av betydelse är att slutandet av ett avtal också markerar slutet för tiden då upphandlingen kan överprövas i förvaltningsrätt. Detta gäller även avseende upphandling av ramavtal som fram till avtalsslutet kan bli föremål för överprövning.⁹¹ I en ramavtalsupphandling utgör tilldelningen av ramavtalet ett av de beslut som kan överprövas enligt LOU fram till dess att kontraktet, i det här fallet ramavtalet, upprättas.⁹² Efter avtalsslutet har således tiden för att tillgripa förvaltningsrättsliga medel mot ramavtalsupphandlingen löpt ut. I nästa kapitel ska jag utreda eventuella effekter av att ramavtalen inte följs efter att de väl är upprättade, d.v.s. vad som händer när en myndighet inte avropar enligt sina ramavtal eller tillämpar dem felaktigt.

⁸⁷ Se ovan under 2.1.3 och specifikt för upphandlingskontrakt efter ramavtal nedan under 3.1.2

⁸⁸ LOU 2:10.

⁸⁹ Prop. 2001/02:142 s. 73 f.

⁹⁰ Prop. 2001/02:142 s. 74.

⁹¹ http://www.konkurrensverket.se/t/Process____3289.aspx

⁹² Se ovan 2.1.3.

3 Avtalstrohet

3.1 Låg avtalstrohet, ett avtalsbrott?

Eftersom jag ovan konstaterat att myndigheter i normalfallet är bundna av sina ramavtal så kan frågan framstå som lättlost. Att utföra en upphandling för att skriva ett ramavtal och därefter gå utanför det ramavtalet, antingen genom nya upphandlingar på samma område eller genom otillåtna direktupphandlingar torde utgöra ett avtalsbrott. Frågan är dock vad ramavtalet innebär för åtagande. Eftersom det sällan uttrycks i ramavtalen att myndigheten åtar sig att köpa en viss volym av något kan leverantörerna inte hävda att de har rätt att få leverera någon särskild mängd.⁹³ För avtal av typ 1 och 2 får åtagandet förstås som att myndigheten ska göra alla sina avrop på det aktuella området hos den leverantör som vinner upphandlingen. För avtal av typ 3 blir det istället att i alla lägen utföra en förnyad konkurrensutsättning med endast de leverantörer som är anslutna till ramavtalet. Om behov av den nyttighet som ramavtalet täcker aldrig uppstår under avtalstiden och några inköp således inte görs föreligger inget avtalsbrott. Situationen som är av intresse är när myndigheten trots ramavtalet fyller sina behov på annat sätt eller genom avrop till fel ramavtalsleverantör.

Enligt de personer jag intervjuat är situationen klar när det rör sig om ramavtal med en leverantör, alltså typ 1-avtal, den upphandlande myndigheten har ingen annan möjlighet än att köpa av den leverantören och att inte göra det innebär ett avtalsbrott. När det handlar om att den leverantör som rangordnats som etta i ett typ 2-avtal inte tillfrågas först är situationen lika klar, det rör sig om ett avtalsbrott. Mina intervjuer utgör förstås ingen rättskälla men jag ser inte heller någon annan möjlig konsekvens av att se ramavtalen som bindande än att också anse att köp utanför ramavtalen innebär avtalsbrott. Det är också vanligt förekommande att leverantörer klagat till den myndighet som ansvarat för upphandlingen när de misstänker att ramavtalen inte följs.⁹⁴

För typ 3-avtal är situationen något annorlunda, visserligen torde det röra sig om avtalsbrott om myndigheter inte genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ramavtalet när behov uppstår men det är svårt att peka på vem som drabbas av avtalsbrottet. Alla de leverantörer som är parter i ramavtalet har chans att delta i den förnyade konkurrensutsättningen och alla har alltså en chans att få kontraktet. Skulle en myndighet gå utanför ramavtalet kan det vara svårt att avgöra vilken av ramavtalsleverantörerna som rätteligen borde fått kontraktet. Fel begångna i samband med förnyad anbudsutvärdering har likhet med såväl fel i upphandlingsprocessen som med avtalsbrott.

3.2 Påföljder

Att låg avtalstrohet mot ramavtal ska ses som avtalsbrott är min tolkning av rättsläget idag och trots att många faktorer talar för att ramavtal är bindande för myndigheter är det inte tillräckligt för att med säkerhet avgöra hur en domstol skulle se på frågan. Men skulle

⁹³ Intervjuer JP och FR. JP berättar dock att man haft avtal där GU garanterat att köpa tjänster för åtminstone ett visst belopp varje år, och då förstås fått betala det beloppet även om inga tjänster köpts in.

⁹⁴ Intervjuer JP, FR och AE.

avvikelser från ramavtal ses som ett avtalsbrott så uppstår frågan om påföljder. Då ramavtalet inte i sig handlar om leverans eller liknande försvinner de köprättsliga påföljderna såsom avhjälpande och omleverans av naturliga skäl. En leverantör har dessutom sällan någon önskan att häva avtalet.⁹⁵ Vite för kommuners låga avtalstrohet finns sällan eller aldrig med eftersom ramavtalen är ensidigt utformade.⁹⁶ Endast två möjliga rättsmedel återstår för leverantören.

Vid offentlig upphandling är överprövning det rättsmedel som normalt står leverantörer till buds, antingen överprövning av själva upphandlingen eller av ett kontrakts giltighet. Motivet till att överprövning är det primära rättsmedlet är att ett felbeslut ska kunna angripas och rättas innan någon skada uppstår vilket skulle utesluta skadestånd, som är den andra möjliga påföljden.⁹⁷ NOU skrev i ett yttrande till HD följande citat som är talande för rättsmedlen vid offentlig upphandling.

*”Rättsmedlen vid offentlig upphandling – överprövning och skadestånd – fungerar således inte parallellt, utan när överprövning inte längre är möjlig, återstår för en förfördelad leverantör att yrka skadestånd.”*⁹⁸

En leverantör som begär skadestånd utan att först ha försökt begära överprövning riskerar att få ett eventuellt skadestånd jämkat ifall han inte anses ha gjort tillräcklig för att begränsa sin skada.⁹⁹

3.2.1 Överprövning av avrop från ramavtal

För att diskutera frågan om överprövning av avrop aktualiseras återigen uppdelningen mellan de olika typerna av ramavtal. Å ena sidan finns typ 1 och 2-avtalen där avrop görs genom tillämpning av ramavtalsvillkoren utan någon ny utvärdering av anbud och å andra sidan finns typ 3-avtalen där kontrakt tilldelas först efter en förnyad konkurrensutsättning. Det är också viktigt att särskilja de två olika typerna av överprövning, dels överprövning av upphandlingen som kan ske fram till avtalsslutet och dels överprövning av ett avtals giltighet. Det är endast för typ 3-avtal som frågorna regleras i lagen.¹⁰⁰

Vid typ 3-avtal föregås tilldelningen av en förnyad konkurrensutsättning som kan liknas vid en mindre upphandling men det framgår av LOU 16:2 p. 2 att någon avtalsspärr ändå inte gäller. Anledningen att undanta ramavtal av typ 3 från reglerna om avtalsspärr är att det skulle kunna motverka den effektivitets- och tidsvinst som är syftet med ramavtalen.¹⁰¹ Att ingen avtalsspärr gäller innebär att så snart ett kontrakt upprättats så är det inte längre möjligt att

⁹⁵ Rätten till skadestånd är normalt skild från hävningspåföljden i svensk rätt. Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 211 f.

⁹⁶ Intervju JP och FR.

⁹⁷ Prop. 1992/93:88 s. 101.

⁹⁸ NOUs yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1653-06.

⁹⁹ Jfr direktiv 2007/66/EG artikel 2.6 och de något motstridiga rättsfallen Göta hovrätt dom 2006-03-14 mål nr T 1704-04, RH 2010:48 och Svea hovrätt dom 2011-02-15 mål nr T 3328-10

¹⁰⁰ Jfr ovan 2.1.3.

¹⁰¹ Prop. 2009/10:180 s. 118

överpröva den förnyade konkurrensutsättning som ledde till tilldelningen. En ogiltighetstalan är däremot möjlig enligt LOU 16:13, st. 1 p. 2. För att undvika risken att få kontraktet ogiltigförklarat kan en myndighet enligt 16:15 st. 1 p. 1 meddela tilldelningsbeslutet i enlighet med LOU 9:9 och sedan iaktta en frivillig avtalsspärr. Under denna tid kan leverantörer överpröva den förnyade konkurrensutsättningen och domstolen då förordna att den ska göras om eller rättas, som vid överprövning av en normal upphandling.¹⁰² Bortsett från att avtalsspärren är frivillig uppvisar reglerna om överprövning av kontrakt tilldelade genom typ 3-avtal stora likheter med de vanliga reglerna om överprövning av upphandling.

För de kontrakt som tilldelats efter tillämpning av ramavtal där alla villkor är fastställda, alltså ramavtal av typ 1 eller typ 2, står inget i lagen vad gäller överprövning av avrop eller avtalsspärr. Av propositionen framgår dock att den eller de leverantörer som är parter i avtalet inte längre har ställning som anbudsgivare eller anbudssökare och att underrättelseskyldighet därför inte föreligger.¹⁰³ Av rättsmedelspropositionen framgår att det är just skyldigheten att underrätta som utlöser avtalsspärren, och det är också ifrån tiden för underrättelse som spärren börjar löpa.¹⁰⁴ Vid tecknande av kontrakt tilldelade till följd av ramavtal av typ 1 och 2 föreligger alltså ingen avtalsspärr.¹⁰⁵ Kontrakt kan alltså upprättas direkt vid tilldelning och någon möjlighet att överpröva hur de tilldelats finns inte. Innan de nya reglerna om överprövning av avtals giltighet blev gällande uttalades i SOU 2006:28 att en anskaffning i strid med ramavtalsvillkoren skulle kunna innebära att överprövning var möjlig utan tidsbegränsning.¹⁰⁶ Denna slutsats drogs dock i analogi med Ryanair-domen¹⁰⁷ som enligt den nya propositionen torde ha förlorat sin betydelse.¹⁰⁸

Möjligheten att begära överprövning av avtals giltighet finns inte särskilt reglerad i lagen vad gäller avrop från ramavtal av typ 1 och 2. Men om en myndighet genomfört en otillåten direktupphandling så kan det resulterande kontraktets giltighet överprövas, oavsett om det finns ett ramavtal som täcker området.¹⁰⁹ En överprövning av kontraktets giltighet kan alltså ibland utgöra ett alternativ för den leverantör som inte tilldelats ett kontrakt han rätteligen skulle haft enligt ramavtalet. Det är dock sällan ett lämpligt alternativ. Den normala orsaken till att en myndighet avviker från sina ramavtal torde vara slarv eller okunskap från inköpare och inte ett öppet ställningstagande att frånga ramavtalet. Det handlar ofta om ett stort antal kontrakt och leverantören som vunnit ramavtalet har dåliga möjligheter att känna till att dessa avtal har ingåtts med någon annan eftersom ingen underrättelseplikt föreligger. Skulle det ändå komma till hans kännedom har ofta prestationer redan utväxlats varför en ogiltigförklaring av avtalet ändå blir en opraktisk lösning. I ovan nämnda SOU framkom ett, i mitt tycke, bättre förslag på hur frågan skulle kunna hanteras. Eftersom ogiltighet av kontrakt

¹⁰² Prop. 2009/10:180 s. 118

¹⁰³ Prop. 2006/07:128 s. 165

¹⁰⁴ Prop. 2009/10:180 s.108

¹⁰⁵ Prop. 2009/10:180 s. 118 f.

¹⁰⁶ SOU 2006:28 s. 309.

¹⁰⁷ RÅ 2005 ref. 10.

¹⁰⁸ Prop. 2009/10:180 s. 174 och ovan 2.1.3.

¹⁰⁹ LOU 16:13 st. 1 p. 1.

inte fanns som påföljd i LOU när utredningen gjordes menades det på att en talan om felaktig tillämpning av ramavtalet endast kunde leda till ett konstaterande om att myndigheten agerat fel. I utredningen uttalades därför:

*”Ett sådant konstaterande, som inte leder till några rättseffekter, förefaller inte meningsfullt. Det ligger närmare till hands att sådana överväganden i stället görs inom ramen för en skadeståndstalan.”*¹¹⁰

Även om ogiltighetstalan nu finns som en teoretisk möjlighet anser jag av de skäl som jag angivit ovan att skadeståndstalan är en betydligt mer ändamålsenlig påföljd, åtminstone vad gäller ramavtal av typ 1 och 2. Därför ska jag i följande kapitel gå in närmare på förutsättningarna för en sådan talan.

3.2.2 Leverantörens rätt till skadestånd på grund av låg avtalstrohet

3.2.2.1 Allmänt om skadestånd

Skadestånd fungerar som ersättning när en juridisk eller fysisk person lider skada på grund av en annans agerande. Det finns framförallt två syften med skadestånd, preventiva och reparativa. Idag är den huvudsakliga tanken att försätta den som drabbats av skada i samma ekonomiska situation som om skadan aldrig uppstått. Skadestånd ses som en flexibel påföljd som fungerar i de flesta fall.¹¹¹ Normalt delas skadestånd upp i två breda kategorier beroende på om den som orsakat skadan har gjort det inom eller utom ramen för ett avtal med den skadelidande. Med skadeståndsrätt förstås i allmänhet den typ av frågor som uppstår angående skadestånd mellan två parter som inte står i avtalsförhållande till varandra, så kallat utomobligatoriskt skadestånd. Den andra typen av skadestånd beror ofta mer på kontraktets innehåll eller kompletterande regler för kontraktets rätt.¹¹² Eftersom det i fallet med ramavtal handlar om kvasikontraktuella relationer av olika grad av likhet med ett ”normalt” avtalsförhållande, där ramavtal av typ 1 är mycket lika vanliga avtal och typ 3 skiljer sig mer, blir det relevant att behandla såväl inom- som utomobligatoriskt skadestånd. Utöver denna indelning gör man även en indelning i tre olika skadetyper; personskada, sakskada och ren förmögenhetsskada. Av dessa är det endast den senare typen som är aktuell i uppsatsen.

Ett begrepp som diskuterats mycket i skadeståndsrätten är adekvat kausalitet. Kausalitet föreligger om den uppkomna skadan beror på den anklagades handlande. Att avgöra huruvida kausaliteten är adekvat är dock något svårare. Ett klassiskt tankeexperiment är att man tänker sig en kusk som somnar vid remmarna och kör i diket varvid passageraren skadas. Självklart föreligger det här adekvat kausalitet mellan den klandervärda handlingen, somnandet, och skadan. Om kusken däremot somnar och att hästarna därför väljer fel väg i en korsning och blixten därefter slår ner och träffar passageraren så föreligger förvisso kausalitet, blixten hade sannolikt inte träffat passageraren om kusken valt rätt väg, men sambandet utgör knappast adekvat kausalitet. I verkligheten avgörs frågan om adekvans ofta genom en bedömning av

¹¹⁰ SOU 2006:28 s. 309 f.

¹¹¹ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 200.

¹¹² Hellner, Radetzki s. 25.

om det är rimligt att se skadan som tillräckligt nära kopplad till handlingen.¹¹³ Utan att gå in djupare på teoretiska diskussioner om skadeståndsrätt kan man enkelt konstatera att det i normalfallet föreligger adekvat kausalitet mellan att en myndighet inte avropar från den som vunnit upphandlingen och den skada som denna leverantör lider till följd av att han inte får kontraktet.

Allmänt gäller för skadestånd att den skadelidande har att begränsa sin egen skada.¹¹⁴ Detta har även tillämpats vid upphandlingsprocesser, en leverantör som inte försöker begränsa skadan riskerar att få sitt skadestånd jämkat. I en upphandling av bröstreduktionsoperationer som genomfördes av Region Skåne ställdes ett otillåtet krav som ledde till att en viss leverantör, Plastkirurgicentrum (PKC), inte tilldelades kontraktet. Upphandlingen hade dock i övrigt skötts korrekt och regler om att meddela samtliga anbudsgivare om tilldelningen samt att avvakta avtalsspärren hade följts. PKC hade därför inte längre någon möjlighet att klandra upphandlingen utan väckte istället talan om skadestånd. Hovrätten konstaterade dock att PKC genom att försitta möjligheten att klandra upphandlingen i tid inte visat rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada och jämkade därför skadeståndet till 0 kronor.¹¹⁵ Trots att just reglerna om att begära överprövning inte fungerar på samma sätt vid avrop från ramavtal som vid annan upphandling kan domen vara vägledande. Min uppfattning är att en leverantör måste agera aktivt om de upptäcker att de inte får de avrop som de ska ha enligt ramavtalet. Är leverantören passiv fram tills avtalstiden löpt ut för att därefter väcka talan om skadestånd riskerar han att få ett eventuellt skadestånd jämkat.

En annan allmän skadeståndsrättslig regel är att en leverantör som gått miste om en affär kan behöva göra avdrag från skadeståndet för dels de kostnader han skulle ha haft för att utföra uppdraget men också den nettovinst som han kunnat skaffa sig på grund av att uppdraget inte blivit av. Gällande offentlig upphandling finns ett talande rättsfall om uthyrning av en segelbåt i NJA 2007 s. 349. Den leverantör som rätteligen skulle tilldelats kontraktet fick behålla sin båt i hamn vilket förstods möjliggjorde att andra uppdrag kunde accepteras. HD skriver:

”Göteborg skall således betala Ishavet det belopp som Virgo skulle ha fått, om Virgo tilldelats kontraktet, med avdrag för dels de kostnader som hade orsakats av uppdraget dels de intäkter som Virgo skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att Virgo inte fick uppdraget, med avdrag för de kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit (jfr NJA 1998 s. 873 på s. 883 f. och s. 887).”¹¹⁶

Innan jag utvecklar mina resonemang om skadestånd är det på sin plats att åter påminna om vikten av att särskilja situationen när kommunen har låg avtalstrohet mot ett ramavtal från situationen när en konflikt uppstår kring ett upphandlingskontrakt som upprättats till följd av

¹¹³ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 222.

¹¹⁴ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 233.

¹¹⁵ RH 2010:48

¹¹⁶ NJA 2007 s. 349, Virgos talan övertogs av företaget Ishavet.

ramavtalet. Om myndigheten avropar från rätt leverantör och de senare blir oeniga t.ex. i frågan huruvida fel föreligger eller om en leverans skett inom den föreskrivna tiden blir det vanliga köprättsliga påföljder och skulle skadestånd bli aktuellt rör det sig om inomobligatoriskt skadestånd. Vilka skadeståndsregler som ska tillämpas vid låg avtalstrohet är oklart och ska därför utredas nedan.

3.2.2.2 Skadestånd, tillämpliga regler

Det finns ett antal tänkbara regelsystem som skadeståndet skulle kunna baseras på, det kan röra sig om allmänna skadeståndsregler, inom- eller utomobligatoriska, eller de särskilda reglerna om skadestånd i LOU. Utöver dessa finns ett alternativ till som måste beröras, nämligen regeln i SkL 3:2 om skadestånd vid myndighetsutövning. För att regeln ska bli aktuell måste man först avgöra om upphandling innebär en form av myndighetsutövning, vilket inte tycks vara den rådande uppfattningen.¹¹⁷ Ett talande exempel är en anmälan mot Torsby kommun angående domstolstrots med anledning av offentlig upphandling där JO inte ansåg att tjänstefel kunde aktualiseras, just eftersom den aktuella paragrafen¹¹⁸ endast var tillämplig vid myndighetsutövning.¹¹⁹ Frågan har problematiserats av Wiweka Warnling-Nerep och det är inte uteslutet att domstolen kan komma att ändra synen på upphandling som myndighetsutövning, särskilt angående tjänstefel.¹²⁰ Min syn på rättsläget idag är ändå att SkL 3:2 inte är tillämplig på upphandlingsförfaranden.

Vad gäller utomobligatoriskt skadestånd för ren förmögenhetsskada så utgår det endast om den ansvariga begått ett brott.¹²¹ Skulle man bedöma att ramavtalet inte innebar ett avtalsförhållande mellan parterna skulle alltså skadestånd inte kunna komma på fråga. Men oavsett ramavtalstyp eller hur osäkert rättsläget kring ramavtalets bindande verkan är kan det inte anses som ett rent utomobligatoriskt förhållande.

Frågan som kvarstår är huruvida reglerna i LOU eller allmänna inomobligatoriska skadeståndsregler ska tillämpas. Viss ledning i frågan kan hämtas från ett hovrättsfall rörande Region Gotlands upphandling av sjukgymnastiktjänster. Den klagande (Stig Örling, SÖ) hade, i strid med ett skall-krav, inte bifogat en kopia på sin yrkeslegitimation till sitt anbud. Eftersom de ansvariga på regionen väl kände till SÖ blev han muntligen lovad att regionen själva skulle komplettera hans ansökan med en kopia av legitimationen som de sedan tidigare hade tillgänglig. Detta förfarande från regionens sida överklagades dock av en annan leverantör som vann framgång med sin talan varför upphandlingen fick göras om. I den nya upphandlingen vann SÖ inget kontrakt och han förde därför i sin tur en talan om skadestånd för felaktiga upplysningar från en myndighet.¹²² Regionen invände en mängd saker bland annat att om skadeståndsskyldighet skulle anses föreligga så gjorde den det på grund av LOU,

¹¹⁷ Molander, Rättsmedel inom området offentlig upphandling s. 6, tillgänglig på konkurrensverkets hemsida: http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/PM/PM_rattsmedel081214.pdf

¹¹⁸ BrB 20:1.

¹¹⁹ JO-beslut diarienummer 3497-2000 beslutsdatum 2001-12-17.

¹²⁰ Warnling-Nerep s. 384-407.

¹²¹ SkL 2:2.

¹²² SkL 3:3 Denna paragraf kräver inte att det rör sig om myndighetsutövning.

inte SkL, och att talan då var preskriberad eftersom tidsfristen i LOU endast är ett år. Tingsrätten förde ett intressant resonemang om att LOU är speciallag och därför skulle gå före SkL och att den information som lämnats av regionen var så näraliggande upphandlingen att det var LOU som skulle tillämpas. Talan om skadestånd avvisades därför p.g.a. preskription. SÖ överklagade till hovrätten som i ett mycket kort domskäl anförde:

*”För att ersättning (enligt LOU, egen anm.) ska kunna utgå krävs således att en bestämmelse i LOU har överträtts. LOU tar sikte på att tillförsäkra leverantörer en icke diskriminerande prövning vid upphandlingsförfaranden. Den påstådda bristen i kommunens handläggning omfattas enligt hovrätten inte av denna lag. I stället gäller allmänna regler i skadeståndslagen. Vid sådan bedömning är Stig Öströms talan inte preskriberad.”*¹²³

Eftersom det inte rörde sig om en överträdelse av LOU kunde inte skadestånd enligt LOU bli aktuellt utan hovrätten hänvisade till allmänna skadeståndsregler. På samma sätt innebär ett avrop från ramavtalet till fel leverantör ingen överträdelse av LOU utan endast ett brott mot avtalet. Ersättning enligt LOU torde därför inte komma ifråga för ramavtal av typ 1 och 2. För typ 3 finns det däremot reglerat i lagen för hur den förnyade konkurrensutsättningen ska gå till och om de reglerna överträds finns det anledning att anta att bedömningen kan bli den omvända. Det kan tyckas onaturligt att endast avvikelser från ramavtal av typ 3, som är det avtal som minst liknar vanliga upphandlingskontrakt, kan föranleda skadestånd enligt LOU. Detta är dock en logisk följd av att endast kontraktstilldelning från denna typ av ramavtal regleras i lagen. I SOU 2006:28, vars förslag om skadestånd som påföljd jag ovan citerat, finns ytterligare ett resonemang av intresse. Utredarna menar att en talan om skadestånd på grund av låg avtalstrohet mot ramavtal med alla villkor fastställda (alltså typ 1 och 2) primärt har sin grund i avtalsförhållandet och att rätten till skadestånd därför inte bör regleras i LOU *”utan bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden”*.¹²⁴ Under konsekvensanalysen anförde man också i samma SOU att:

*”Utredningen har funnit att beslut om att tilldela ramavtal och om att tilldela kontrakt efter en förnyad konkurrensutsättning skall kunna överprövas. Anskaffningar på grundval av ett ramavtal som innehåller samtliga villkor bör, enligt vad som föreslås, endast kunna bli föremål för skadeståndstalan och då bedömas enligt vad som allmänt gäller om skadestånd i avtalsrättsliga förhållanden.”*¹²⁵

Jag håller fullständigt med utredningens slutsatser här och det tyngst vägande skälet är att jag anser att ramavtal med alla villkor fastställda i huvudsak utgör ett civilrättsligt avtal och att en avtalsrättslig lösning därför är lämpligare än en förvaltningsrättslig. För ramavtal av typ 3 finns numera regler för överprövning av såväl den förnyade konkurrensutsättningen som själva upphandlingskontrakten. Dessutom torde ett felaktigt beteende i samband med

¹²³ Svea Hovrätt mellandom 2012-03-09 mål nr T-3247-11.

¹²⁴ SOU 2006:28 s. 309 f.

¹²⁵ SOU 2006:28 s. 354.

konkurrensutsättning utgöra ett beteende i strid med LOU 5:7 och följaktligen kunna leda till skadestånd enligt LOU 16:20. Nedan följer två kapitel om de närmare förutsättningarna för skadestånd beroende på ramavtalstyp, först för ramavtal av typ 3.

3.2.2.3 Skadestånd enligt LOU

Lagen om offentlig upphandling innehåller två paragrafer om skadestånd, 16:20 som handlar om under vilka förutsättningar skadeståndsskyldighet föreligger och vad som ska ersättas och 16:21 som sätter preskriptionstiden till ett år från det att avtal slutits eller förklarats ogiltigt. En leverantörs rätt till ersättning för såväl positiva som negativa kontraktsintresset regleras i lagen.¹²⁶ Jag ska nedan beröra tre HD-avgöranden som är av intresse för frågan om skadestånd enligt LOU. Domsluten är baserade på ÄLOU som innehåller samma formulering som LOU 16:20 st. 1. Det framgår också av propositionen att man avser att gammal rättspraxis fortfarande ska vara ledande för rättstillämpningen.¹²⁷

I det första rättsfallet, det s.k. Hebymålet¹²⁸, hade Heby kommun vid upphandling av arkitekttjänster förbehållit sig ”fri prövningsrätt” av anbudet, ett förfarande som givetvis strider mot principerna i LOU. Det företag som lämnat det lägsta anbudet men trots det inte fått kontraktet väckte talan om skadestånd för den uteblivna vinsten. HD konstaterade att det var det positiva kontraktsintresset som skulle ersättas och hänvisade via tingsrättens dom till propositionen där den lösningen framhölls.¹²⁹ I domskälen tar HD också upp det faktum att upphandling innebär ett kvasikontraktuellt förhållande och antyder att detta också skulle tala för en skyldighet att ersätta det positiva kontraktsintresset. Denna situation kan liknas vid den när en myndighet genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt avtalet men ändå inte väljer det anbud som enligt kriterierna borde ha valts.

I det andra rättsfallet, NJA 2000 s. 712, berördes frågan om beviskrav. Ekerö kommun hade genomfört en otillåten direktupphandling och den klagande parten hade således inte haft möjlighet att lämna anbud men menade att man skulle ha vunnit kontraktet, om det hade upphandlats. HD klargjorde att frågan om beviskrav måste ses tillsammans med frågan om beräkningen av skadestånd. För att tillerkännas skadestånd för kostnader för att delta i upphandlingen räcker det att leverantören visar att han haft en realistisk chans att vinna upphandlingen och att överträdelsen minskat denna möjlighet. Trots att en myndighet enligt lagen ansvarar upp till det positiva kontraktsintresset likt det inomobligatoriska ansvaret vore det ogörligt att i alla lägen utgå från att den ersättningen ska utgå och HD skriver också att skadeståndsskyldighet enligt LOU har ”i väsentliga hänseenden andra ändamål”. Goda skäl talade enligt HD därför för att ta hänsyn till flera faktorer, t.ex. överträdelsens karaktär, när man bedömde skadeståndets storlek. HD valde att sätta beviskravet till att en leverantör måste

¹²⁶ Nord, kommentar till LOU 16:20, kommentar nr 203.

¹²⁷ Prop. 2009/10:180 s. 224.

¹²⁸ NJA 1998 s. 873.

¹²⁹ Prop. 1992/93:88 s.46 och 102 f.

göra sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av felet för att kunna få högre ersättning än det negativa kontraktsintresset.¹³⁰

I det tredje rättsfallet, NJA 2007 s. 349, resonerar HD återigen om skadeståndets beräkning och de tvingas där ta tillbaka en del av vad man uttalat i NJA 2000 s. 712.

*”Det preventiva syftet kunde anses tala för att överträdelsens karaktär skulle tillmätas betydelse vid utdömandet av skadestånd. Lagens avfattning medger emellertid inte det, vare sig i höjande eller sänkande riktning, eftersom ersättning skall utgå för den till följd av felet uppkomna skadan.”*¹³¹

Detta uttalande rimmar illa med den uttalade önskan om att ta hänsyn till överträdelsens karaktär.¹³² Istället konstaterar HD med stöd av praxis från EU-domstolen att skadeståndsansvaret är strikt när en överträdelse av LOU konstateras. Man vidmakthåller att det är det positiva kontraktsintresset som gäller för en leverantör som kan göra sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av överträdelsen. Men HD tar också åter upp situationen med otillåten direktupphandling, trots att den inte var för handen i det aktuella fallet. HD menar att det ofta torde vara mycket svårt att göra sannolikt att någon viss leverantör skulle fått kontraktet, precis som det ofta torde vara vid ett ramavtal av typ 3. För att inte urholka kravet på att annonsera och ta in anbud så bör leverantörer i dessa fall endast behöva göra sannolikt att man skulle ha lämnat anbud och då visa att man haft en ”realistisk möjlighet” att erhålla kontraktet för att få rätt till visst skadestånd som kan behöva bestämmas skönsmässigt, och då kan överstiga nedlagda kostnader.

Sammanfattningsvis gäller ett strikt ansvar för överträdelser av LOU, culpa är ingen förutsättning för skadestånd. Om en leverantör kan göra sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av felet föreligger rätt till ersättning av hela det positiva kontraktsintresset, oavsett överträdelsens karaktär. Om en leverantör kan visa att han sannolikt skulle deltagit i en korrekt upphandling och där ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet kan han vid otillåten direktupphandling yrka skadestånd som kan uppgå till mer än det negativa kontraktsintresset, beroende på omständigheterna.¹³³ I rättsmedelspropositionen hänvisar man till de tre rättsfallen ovan och skriver att det genom dessa framgår hur skadeståndsbestämmelsen skall tillämpas.¹³⁴ Jag anser att det, eftersom de ovan angivna reglerna behandlar brott mot LOU, är troligt att dessa regler skulle kunna tillämpas även då en myndighet inte följt bestämmelsen i LOU 5:7, alltså vid kontraktstilldelning från ett ramavtal av typ 3.

¹³⁰ NJA 2000 s. 712.

¹³¹ NJA 2007 s. 349.

¹³² Jfr Falk s. 524.

¹³³ Se också Falk s. 526.

¹³⁴ Prop. 2006/07:128 s. 445 f.

3.2.2.4 Skadestånd på inomobligatorisk grund

Eftersom själva avropen från ramavtal av typ 1 och 2 inte alls regleras i LOU föreligger ingen rätt till skadestånd enligt LOU 16:20. Det blir därför intressant att undersöka förutsättningarna för att få skadestånd på avtalsrättslig grund. Skadeståndsskyldighet har i svensk rätt historiskt sett sammankopplats med culpa men för noggrant definierade avtal torde det vara tillräckligt att en part inte presterar vad han förpliktat sig, oavsett culpa.¹³⁵ Frågan är om ramavtal kan anses vara en så noggrant definierad förpliktelse att köpa av den leverantör som vunnit eller om det istället ska ses som ett åtagande att så ofta som möjligt köpa enligt avtalet. För vissa typer av avtal, t.ex. när läkare behandlar en sjukdom är det underförstådda löftet endast att läkaren ska ge den bästa möjliga vården. Sådana så kallade ”best effort-avtal” leder som sagt inte till skadeståndsskyldighet för det fall att patienten ändå inte tillfrisknar.¹³⁶ Fallet med avrop från ramavtal tycks dock ha betydligt mer likhet med ett utlovat resultat än ett best effort-avtal. En anledning till den upplevda skillnaden är att resultatet i detta fall, avtalstroheten, helt ligger i myndighetens händer till skillnad från resultatet av en operation. HDs uttalande om strikt ansvar i upphandlingsfall bör även kunna vara relevant här.¹³⁷

Det finns två olika grundmodeller för hur skadestånd beräknas vid avtal eller avtalsliknande förhållanden, det positiva kontraktsintresset d.v.s. att försätta den skadelidande i samma situation som om avtalet följts korrekt och det negativa kontraktsintresset som handlar om att försätta den skadelidande i samma situation som om inga förhållanden mellan parterna alls skett.¹³⁸ En talan med grund i att en myndighet varit bunden att köpa enligt ramavtalet innebär ett krav på det positiva kontraktsintresset och en beräkning utefter den vinst som leverantören som vunnit ramavtalet skulle ha gjort. En sådan beräkning är också huvudregeln i svensk rätt.¹³⁹ Beräkningen sker normalt enligt differensläran och som namnet antyder handlar det om differensen mellan två situationer. Jämförelsen sker mellan hur den ekonomiska situationen hypotetiskt skulle sett ut för den skadelidande om avtalet uppfyllts och hur det blev på grund av avtalsbrottet.¹⁴⁰

Vad gäller bevisbörda så bär leverantören bevisbördan för skadans storlek.¹⁴¹ Men för många ramavtal av typ 1 och 2 där myndigheter gör kanske hundratals avrop under avtalsperioden torde det inte direkt röra sig om att bevisa var ett visst inköp gjorts utan snarare om en uppskattning av hur stor volym som leverantören gått miste om. Jag återkommer till bevisproblematiken nedan.

En intressantare fråga för bedömningen av skadeståndsskyldighet är vad exakt ramavtalet innebär i fråga om åtagande från myndighetens sida. Det kan som jag utvecklat ovan inte anses vara endast ett avtal om att göra så gott man kan men det är inte heller rimligt att varje

¹³⁵ Ramberg, Ramberg s. 234.

¹³⁶ Ramberg, Ramberg s. 235.

¹³⁷ NJA 2007 s. 349 eller se ovan under 3.2.2.3.

¹³⁸ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 223.

¹³⁹ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 224.

¹⁴⁰ Hellner, Hager, Persson, 2 häftet s. 225.

¹⁴¹ Ramberg, Ramberg s. 237.

avsteg från ramavtalet skulle vara skadeståndsgrundande. Den bild jag har fått i mina studier och mina intervjuer är att även de myndigheter som arbetar hårt med att upprätthålla avtalstroheten har svårt att nå över 90-95 %. Återigen är det beklagligt att statistiskt underlag saknas men det är inget vågat uttalande att påstå att 100 % avtalstrohet inte utgör normen i Sverige idag. Finns det då en felmarginal som leverantörer måste tolerera innan skadestånd kan bli aktuellt eller kan varje avvikelse från 100 % avtalstrohet ändå utgöra grund för skadeståndsskyldighet? Att på något sätt avgöra vad som är gällande rätt i frågan utan praxis på området är omöjligt men frågan förtjänar trots detta att beröras.

Alla aktörer inom offentlig upphandling är sannolikt redan när de sluter ett ramavtal medvetna om att myndigheten inte kommer lyckas åstadkomma fullständig avtalstrohet. Att uppnå 100 % avtalstrohet är sannolikt inte heller ett realistiskt mål på de flesta områden.¹⁴² I den förlikning jag nämnt ovan mellan en leverantör och Östersunds kommun låg avtalstroheten på 30 % och där hade kommunen dessutom i inbjudan till upphandlingen skrivit att man tidigare haft avtalstrohet på 95-97 %.¹⁴³ 95 % var alltså något kommunen gärna skröt med, men i ett avtal som omsätter 10 miljoner kronor utgör en avvikelse på 5 % missade intäkter på 500 000 kronor för leverantören.

För att undersöka problemet kan man utgå från avtalet och tolka detta, mer precist handlar det om utfyllnadstolkning eftersom avtalet typiskt sett är tyst i frågan om avtalstrohet.¹⁴⁴ Avtalstolkning är ingen exakt vetenskap och många olika tillvägagångssätt finns tillgängliga. Men med stöd av några vanliga metoder såsom ändamålsinriktad analys, partsviljan och vad som kan liknas vid handelsbruk på upphandlingsområdet kan man åtminstone förmoda att alla avvikelser från ramavtalet inte bör vara skadeståndsgrundande. Syftet med ramavtalet är för myndigheten att snabbt och smidigt täcka sitt behov inom ett visst område utan att behöva enskilt upphandla varje inköp. Avtalet måste dock tillgodose kravet på att ha alla villkor fastställda varför det inte blir särskilt flexibelt. Detta talar för att myndighetens syfte i normalfallet är att köpa enligt avtalet och endast i undantagsfall gå utanför det för att få precis det man behöver. För leverantören är syftet med att vinna ramavtalet att få sälja stora volymer, vilket motiverar rabatterna han ger. Även här är alltså syftet att avtalet i normalfallet ska följas. Handelsbruket på upphandlingsområdet innebär dock att båda parter är väl insatta med att fullständig avtalstrohet inte är vad som kan förväntas.

Dessutom torde det variera stort mellan olika avtalstyper var den tänkta toleransgränsen bör ligga. I vissa avtal där det rör sig om stora inköp och ett fåtal personer som har rätt att göra inköpen finns anledning att förvänta sig högre avtalstrohet men vid avtal för dagligvaror där hundratals anställda inom Göteborgs stad har rätt att göra inköp blir förväntningarna annorlunda. Ser man till dessa faktorer är det svårt för en leverantör att hävda att hans uppfattning om den gemensamma partsviljan var att varje avvikelse från ramavtalet skulle innebära skadeståndsskyldighet. Att avtalet föregås av en förvaltningsrättslig process snarare

¹⁴² Intervju JP.

¹⁴³ <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.413028/skadestand-efter-katastrofalt-lag-avtalstrohet>

¹⁴⁴ Ramberg, Ramberg s. 147 f.

än avtalsförhandlingar skulle eventuellt kunna inverka på tolkningen av parternas åtaganden. Vid en förhandling hade parterna själva haft möjlighet att komma överens om var det vore rimligt att sätta gränserna för skadestånd, eller mer sannolikt vite, och därmed undvika oklarheter. I ramavtalet har den upphandlande myndigheten själv kontroll över avtalsinnehållet och man skulle därför kunna argumentera att myndigheten själva haft ansvar för att föra in en gräns om de önskade en. I realiteten torde dock möjligheten för myndigheter att införa en sådan gräns, när rättsläget kring huruvida avtalet ens är bindande är oklart, vara begränsade. Att ett ramavtal inte innehåller någon gräns för avtalstrohet som leverantörer får tolerera kan således enligt mig inte anses innebära att myndigheterna medvetet tagit på sig skadeståndsansvar för alla avvikelser.

Frågan om toleransgräns kan också få betydelse för beräkandet av skadestånd. För det fall att man erkänner en gräns och denna överskrids uppstår frågan om skadeståndet ska beräknas mot toleransgränsen eller mot 100 % avtalstrohet. Ponera ett ramavtal där den gräns för felaktiga inköp som en leverantör har att tolerera är 10 %. Om myndigheten endast uppnår avtalstrohet på 88 %, ska skadeståndet då beräknas på 2 % eller 12 % av ramavtalets totala värde? Goda skäl kan anföras för båda sidor men diskussionen är så hypotetisk att jag nöjer mig med att konstatera att båda lösningarna är möjliga genom att peka på den förändring som genomfördes av miljöbalken 32:1. En skada ersätts numera enligt den paragrafen endast *om* den inte skäligen bör tålas, tidigare ersattes skadan ”i den utsträckning den inte skäligen borde tålas”. Man har alltså, med återspeglning till mitt exempel ovan, gått från ersättning för de 2 % som överskrider toleransgränsen till att konstatera att gränsen överskridits och därför kräva ersättning för hela skadan på 12 %.¹⁴⁵ Självklart går det inte att göra någon direkt analogi mellan miljöskada som drabbar enskilda och skadeståndsskyldighet vid låg avtalstrohet, helt andra faktorer ligger bakom regeln. Exemplet tjänar ändå till att illustrera att problemet finns och hur det har hanterats på ett annat rättsområde. Generellt är inte regleringar som skapar skarpa trösklar att föredra eftersom de öppnar för beteende som endast motiveras av att sig över eller under tröskelvärdet. En myndighet som upptäcker att avtalstroheten ligger 1 % under den tillåtna gränsen strax innan ramavtalet löper ut skulle till exempel kunna tjäna på att beställa mer varor än man behövde från ramavtalsleverantören för att undvika skadeståndsskyldighet. Jag lutar därför mer åt en tolkning där endast den del som överskrider toleransgränsen ska ersättas med skadestånd. Skulle skadestånd på grund av låg avtalstrohet bli vanligt förekommande måste frågan utredas närmre.

Det kan tyckas att texten ovan är överdriven i viss mån, det är kanske inte sannolikt att en leverantör skulle stämma myndigheten för att avtalstroheten varit 95 % även om det vore möjligt. Men att det är osannolikt innebär inte att den möjligheten borde tillåtas. För att komma ifrån problemen och kunna anpassa toleransgränsen till det aktuella upphandlingsområdet vore det bra om myndigheterna redan i ramavtalen kunde utlova att en viss procent av inköpen kommer att genomföras inom avtalet. Denna garanti skulle kunna

¹⁴⁵ Ang. förändringen se prop. 2009/10:162 s. 59 ff. där man också diskuterar problemet med att införa ett tröskelvärde.

motsvaras av ett liknande krav på leverantörerna om ett visst minsta antal accepterade uppdrag och kompletteras med en bestämmelse om vite.

3.2.2.5 Skadestånd vid samordnade upphandlingar

En sista fråga rörande skadestånd vid låg avtalstrohet är vilken effekt, om någon, det har för eventuella påföljder att ramavtalen ofta upphandlas centralt för att sedan tillämpas av många olika myndigheter. Den centrala upphandlingen kan skötas av så kallade inköpscentraler som är tillåtna enligt 4:22 LOU. Det finns två olika typer av inköpscentraler, en typ som administrerar upphandlingar och därefter låter de myndigheter som önskar ansluta sig till avtalet själva skriva under och en typ som själva skriver under avtalet och därigenom binder sin huvudman. Vad gäller själva upphandlingsförfarandet är det en förvaltningsrättslig fråga och vid en överprövning av upphandlingen ska talan väckas i förvaltningsrätten mot den myndighet som de facto genomfört upphandlingen. Men när det är fråga om låg avtalstrohet kan den myndighet som gör de felaktiga avropen ofta vara en annan myndighet än den inköpscentral som skött upphandlingen. Ett exempel på det är att Göteborgs universitets ramavtal som upphandlats av universitetets upphandlingsenhet också kan användas av Högskolan i Halmstad genom ett samverkansavtal mellan skolorna.¹⁴⁶ Skulle en ramavtalsleverantör anse att Högskolan i Halmstad inte följer ramavtalet som Göteborgs universitets upphandlingsenhet undertecknat uppstår frågan vem som är rätt motpart. Samma problem uppstår då flera kommuner har gemensamma ramavtal som en av kommunerna upphandlat på uppdrag av de övriga.

Ett argument för att tillåta en talan mot inköpscentralen är att de utgör avtalspart och att det normala i svensk rätt är att ett avtal endast förpliktar avtalsparten, inte avtalspartens avtalspart.¹⁴⁷ Mot det argumentet kan anföras att en part som ansvarar vid culpa normalt inte är ansvarig för sina underleverantörers culpa.¹⁴⁸ De i fotnoterna angivna rättsfallen behandlar dock fall där underleverantörer orsakat sakskador vilket är en väsentligen annorlunda situation än den där en myndighet som är avtalspart via en annan myndighet orsakat ren förmögenhetsskada. Jag anser inte det troligt att en domstol skulle lösa frågan med analogier till dessa principer. Ur ett mer praktiskt perspektiv kan en myndighet som inte skriver under ramavtalet ändå anses utgöra part i ramavtalet om de på grund av samverkansavtal eller annars har rätt av avropa från avtalet. Det framgår av direktivet att endast de myndigheter och leverantörer som är parter i ramavtalet från början har rätt att tillämpa det.¹⁴⁹ En myndighet som kan avropa från avtalet kan då per definition anses vara avtalspart och något hinder mot att föra talan direkt mot denne finns således inte.

Ett mer pragmatiskt inriktat argument för att ändå låta inköpscentralerna utgöra motpart kan framhållas särskilt då ett stort antal myndigheter från olika kommuner är parter i avtalet och alla har låg avtalstrohet. En samlad talan mot en myndighet vore då processekonomiskt bättre

¹⁴⁶ Intervju JP och GU:s samverkansavtal med diarienummer S 2011/24.

¹⁴⁷ Jfr NJA 1997 s. 44 och NJA 2007 s. 758 som visserligen behandlar ersättning för sakskada i något annorlunda situationer.

¹⁴⁸ Jfr NJA 2001 s. 309 där ansvar ändå ansågs föreligga p.g.a. underförstådd garanti.

¹⁴⁹ Direktiv 2004/18/EG artikel 32.2 st. 2.

och placering av kostnaden på de myndigheter som faktiskt brutit mot avtalet skulle kunna ske genom regressrätt. Övervägande skäl talar för att det måste vara den felande myndigheten som ansvarar i slutändan, oavsett vem som upphandlat avtalet. Inköpscentralen saknar sanktionsmöjligheter mot de upphandlande myndigheterna och kan inte påverka inköparens beteenden. Att de ska bära skadeståndsansvar för saker som ligger utanför den egna kontrollen är inte rimligt. Dessutom har skadeståndet också ett preventivt syfte och för att det ska uppfyllas krävs att den som drabbas av påföljden också är den som har handlat felaktigt. Skulle den låga avtalstroheten bero på att ramavtalet är så dåligt utformat att det är svårt att avgöra vilken leverantör som har rätt till kontraktet kan det dock tänkas att inköpscentralen bör ansvara. Om rättsutvecklingen går i den riktningen att skadestånd blir den naturliga påföljden vid låg avtalstrohet kan frågan om inköpscentralers roll som avtalspart utgöra ett intressant område för en annan, processrättsligt orienterad, uppsats.

3.2.3 Andra konsekvenser av låg avtalstrohet

En konsekvens som inte på något sätt utgör en påföljd i juridisk mening men som ändå kan bli ett resultat av låg avtalstrohet är högre priser. Om leverantörer upptäcker att det inte är lika mycket värt att få ett ramavtal eftersom de inte får leverera som avsett så kommer det inte vara företagsekonomiskt lönsamt för dem att ge lika stora rabatter vid nästa upphandling. Alltså finns det risk att den låga avtalstroheten på sikt förstör myndigheternas möjligheter att göra bra affärer i kraft av sin storlek. När rabatterna som lämnas blir lägre på grund av låg avtalstrohet så minskar också inköparnas incitament att använda ramavtalen vilket kan leda till en negativ spiral.

3.2.4 Bevisproblematik

Jag har ovan diskuterat den teoretiska frågeställningen om beräkning av skadestånd och var beviskravet anses ligga vid de olika typerna av talan. Det är som nämnts leverantören som har bevisbördan för vilken skada han lidit men när det kommer till ramavtal, och särskilt avrop från typ 1- och 2-avtal, kan det röra sig om en stor mängd affärer under flera års tid som uteblivit. Den vanliga beräkningen om vinst på varje avtal minus kostnaderna riskerar därför att bli svårhanterlig. Beräkningen skulle kräva att det går att fastställa exakt vad som köpts in av vilken leverantör under avtalsperioden och att det dessutom går att avgöra när en leverantör i typ 2-avtal tackat nej till avrop. I dagsläget finns det visserligen olika datorsystem för att göra inköp där sådan information kan hanteras men det är fortfarande vanligt att inköpare ringer leverantörer med sina beställningar.¹⁵⁰

Ett problem som kan uppstå är var ansvaret ska ligga att dokumentera när en leverantör avböjer att leverera vid avrop och hur bevis ska föras när ord står mot ord i den frågan. Svårighet med bevis i den frågan var enligt Östersunds kommun en av anledningarna till att kommunen godtog en förlikning i det fall jag tidigare refererat till.¹⁵¹ Om den högst rankade leverantören står över samtliga avrop riskerar det att se ut som att 0 % har gått till rätt leverantör trots att avtalstroheten kan ha varit så hög som 100 %. En granskning av

¹⁵⁰ Intervju FR och JP.

¹⁵¹ <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.413028/skadestand-efter-katastrofalt-lag-avtalstrohet>

avtalstrohet som inte tar hänsyn till det blir inte värd mycket när det kommer till att beräkna skadestånd. Till dess att det finns ett fungerande datorsystem där samtliga beställningar måste göras och där alla tillfällen en tillfrågad leverantör avstår uppdrag dokumenteras så kommer det vara svårt att med någon exakthet beräkna skadestånd. Att något är svårt att beräkna utgör dock inget skäl för att utesluta skadeståndsskyldighet. I många fall kommer domstolen sannolikt att vara hänvisad till att se till vilken ersättning som kan vara skälig.¹⁵²

Bevisproblematiken är en anledning till varför ett avtalat vite skulle kunna vara bättre än skadestånd, det är dessutom enklare att fortsätta affärsrelationer om man inte behöver gå till domstol. Jag återkommer till idéerna om vite i mina slutsatser i kapitel 6.

3.3 Ny praxis om avtalstrohet

I slutskedet av arbetet med denna uppsats kom en ny dom från Svea hovrätt.¹⁵³ Domen behandlar den fråga som är kanske mest central i min uppsats, nämligen den om skadeståndsskyldighet vid låg avtalstrohet mot ett ramavtal med alla villkor fastställda. Nyköpings kommun upphandlade ett ramavtal om handledartjänster vid vilken Mats Jonsson rangordnades först av 14 leverantörer. Jonsson fick under avtalstiden knappt hälften av de uppdrag som han ansåg sig berättigad till enligt ramavtalet och stämde därför kommunen. Domstolens slutsats stämmer väl överens med den uppfattning om det gällande rättsläget som jag framför i uppsatsen, nämligen att skadeståndsskyldighet i detta fall föreligger för det positiva kontraktssintresset. Tyvärr innehåller domen väldigt lite matnyttigt i form av juridiskt resonemang eller hänvisningar till andra rättskällor än ramavtalet. Faktum är att det i domen inte finns en enda hänvisning till någon lag, doktrin, förarbete eller till någon rättskälla bortsett från rättelagen. Anledningen till att domen är så fattig på resonemang om de principiella frågorna är att domstolen har att döma över endast vad parterna yrkat enligt dispositionsprincipen.¹⁵⁴

I det aktuella fallet var kommunen av inställningen att man inte begått något avtalsbrott alls och de valde därför att lägga upp sitt försvar därefter. Kommunen argumenterade för att de uppdrag som den klagande ansåg sig ha rätt till antingen inte omfattades av ramavtalet eller att tidigare slutna avtal fortfarande gällde, eller i några fall att det funnits särskilda skäl för att frångå rangordningen.¹⁵⁵ Ramavtalet innehöll visserligen en skrivning om att kommunen i vissa fall hade rätt att frångå rangordningen men klausulen var vagt formulerad och öppnade för godtycklighet i stark kontrast till de grundläggande principerna bakom offentlig upphandling.¹⁵⁶ Domstolen har vad jag kunnat utröna inte heller fäst något avseende vid klausulen. Nyköpings kommun har haft mer framgång när de åberopat att ett visst uppdrag ej omfattats av ramavtalet än när man hävdade rätt till att göra avsteg från rangordningen. Något om bevisbördan i dessa fall kan också skönjas i tingsrättens domskäl, bördan tycks ligga på

¹⁵² Jfr RB 35:5.

¹⁵³ Svea hovrätt dom 2012-04-24 mål nr T 3850-11

¹⁵⁴ RB 17:3.

¹⁵⁵ Telefonintervju Christian Arnbom, jurist på Fylgia KB och ombud i processen.

¹⁵⁶ Se ovan rubrik 2.1.1.

leverantören att visa att ett visst kontrakt omfattas av ramavtalet och om han gjort det omvänds bevisbördan så att myndigheten måste visa på en rätt att frångå rangordningen.¹⁵⁷

Eftersom försvaret baserats på att inget avtalsbrott förelåg och då skadeståndet annars vitsordats var domstolen förhindrad från att behandla de principiella frågorna om ramavtals bindande verkan och frågan om eventuell skadeståndsskyldighet och beräkning av skadestånd. Det skulle vara intressant att se vad HD har att säga i dessa och övriga frågor som jag berört i uppsatsen och såväl Stefan Kindeborg, upphandlingschef på Nyköpings kommun, som kommunjurist Robert Tholén var öppna för ett eventuellt överklagande.¹⁵⁸

Om jag själv fick bortse från dispositionsprincipen och skriva om domskälen finns ett antal resonemang jag gärna hade tillfört. Domskälen skulle inledas med ett konstaterande om att det rör sig om ett ramavtal med alla villkor fastställda och en fixerad rangordning av leverantörerna och att det vid ett sådant ramavtal gäller att myndigheten måste tillfråga den högst rankade leverantören först. Den klausul i ramavtalet där kommunen tar sig rätten att i vissa fall ändra rangordningen är för vagt formulerad för att kunna tillämpas utan att överträda grundläggande principer om transparens och likabehandling. Leverantörer måste enligt direktivet ha tillgång till effektiva rättsmedel och då sådana saknas i LOU så får domen utgå från avtalsrättsliga regler om skadestånd. En sådan inledning skulle göra mycket för att råda bot på det oklara rättsläget.

Efter den allmänna inledningen krävs att de frågor som specifikt rör fallet behandlas, framförallt frågor om beräkning av skadeståndet. I de avsnitt jag skrivit ovan har jag förutspått att skadeståndet ofta kommer behöva bestämmas schablonmässigt eftersom det potentiellt kan röra sig om så många avrop. I det här fallet tycks det dock möjligt att se till varje enskilt inköp och då är det troligtvis en bättre lösning. Vad gäller den argumentation som förs angående huruvida de olika posterna faller inom ramavtalet har jag inget att tillföra utöver det tingsrätten skriver. Vad gäller beräkningen av skadeståndet skulle ett förtydligande av att ersättningen med 1100 kronor per förlorad timme utgör nettovinst vara önskvärt.¹⁵⁹ Det skulle också vara intressant med ett resonemang om huruvida kändan Mats Jonsson haft möjlighet att ta andra uppdrag, om han någon gång tackat nej till uppdrag från kommunen och om hans arbetssituation varit sådan att han skulle kunna tagit alla uppdrag om de erbjudits honom. Beroende på svaret på de frågorna skulle en jämkning av skadeståndet kunna bli aktuell, tyvärr saknar jag de uppgifter som krävs för att föra resonemanget i det här fallet. Jonsson tycks enligt sina egna oemotsagda uppgifter åtminstone ha begränsat sin skada genom påtryckningar mot kommunen att anlita honom.

En sista argumentation som jag särskilt saknade i rättsfallet är vad konsekvenserna skulle bli av att tillerkänna skadestånd för varje avvikelse från ramavtalet så som här gjordes. Ramavtal

¹⁵⁷ Se tingsrättens domskäl i det aktuella fallet, Nyköpings tingsrätt dom 2011-04-04 mål nr T 1890-10.

¹⁵⁸ Telefonintervjuer Stefan Kindeborg och Robert Tholén.

¹⁵⁹ 1100 kronor var visserligen bruttopriset för en timma men eftersom kommunen enligt avtalet stod för resekostnader och andra kringkostnader för att genomföra uppdraget och några materialkostnader inte direkt är aktuella kan man anse att det även utgör nettovinsten per timma.

omsätter i storleksordningen 200 miljarder kronor och kommuner kan endast mycket sällan uppnå 100 % avtalstrohet mot sina ramavtal. Fredrik Rogö uttryckte det som att vilken kommun som helst skulle kunna ruineras om samtliga förstärkade leverantörer började föra processer kring låg avtalstrohet. Uttalandet får visserligen ses som ett uttryck för hans magkänsla snarare än för statistiskt underbyggd fakta men det går inte att bortse från att konsekvenserna av domen skulle kunna bli allvarliga för många kommuner och myndigheter.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Stefan Kindeborg svarade i ett mail efter att ha läst kapitlet om domen att de var försäkrade mot denna typ av skadestånd varför den finansiella effekten för kommunen skulle bli liten. En intressant fråga som det tyvärr inte finns utrymme att utreda här uppstår då i hur försäkringsbolag kommer att reagera på denna nya praxis.

4 Osund strategisk anbudsgivning

4.1 Vad är osund strategisk anbudsgivning

För att förklara vad osund strategisk anbudsgivning (OSA) innebär och varför det kan bli ett problem vill jag börja med ett illustrerande exempel. Antag att en kommun behöver två olika typer av konsulttjänster, Tjänst A och Tjänst B. Myndigheten ordnar därför en ramavtalsupphandling för att sluta ett typ 2-avtal för dessa båda tjänster. Utvärderingen av anbuderna sker genom en sammanvägning av priset för de två tjänsterna. Företag 1 och 2 som båda tillhandahåller såväl Tjänst A som Tjänst B och dessutom är i samma koncern (eller av andra anledningar samarbetar) lämnar anbud i upphandlingen. I anbudet har Företag 1 ett mycket lågt pris på Tjänst A men ett högre på Tjänst B och Företag 2 har omvänt ett högt pris på Tjänst A och ett lägre på Tjänst B. På grund av de låga priserna på respektive erbjudande så placerar sig de två företagen som etta och tvåa när leverantörerna rangordnas. Men när kommunen sedan ska avropa Tjänst A från avtalet och vänder sig till Företag 1 som kommit först visar det sig att de inte har möjlighet att leverera den eftersom konsulterna är upptagna med andra uppdrag varför kommunen tvingas gå vidare till Företag 2, vars betydligt dyrare konsulter förstås finns tillgängliga. När tjänst B sedan skall avropas kommer myndigheten vara tvungen att vända sig till Företag 1, som kommit först i rangordningen, trots att de har ett dyrare erbjudande. Resultatet blir att kommunen gör en dålig affär.¹⁶¹

Detta exempel är förstås förenklat, och är för all del också enkelt att försvara sig mot, men det visar på ett av otaliga sätt som företag kan utnyttja och manipulera upphandlingar på sätt som inte är direkt olagliga. Framförallt beror denna möjlighet på att leverantörer utan vidare kan avstå från att leverera vid avrop.¹⁶²

I sin forskningsrapport ”Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling” definierar Karl Lundvall och Kristian Pedersen osund strategisk anbudsgivning som situationer där ”[...] en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren, eller i vart fall intentionerna, som den upphandlande myndigheten har rörande hur anbudsgivare ska agera”.¹⁶³ Definitionen är bred, vilket jag tror är nödvändigt för att kunna omfatta alla olika sätt på vilket ett förfrågningsunderlag kan manipuleras.

Efter den inledande definitionen identifierar författarna OSA som en av tre saker, vilka kan förkortas till:

1. Anbudsgivarna håller inte vad de lovar.
2. Koncernstrategisk anbudsgivning (vilket kan illustreras med mitt exempel ovan).
3. Manipulation av relativa utvärderingsmodeller.¹⁶⁴

¹⁶¹ För ett exempel ur verkligheten se kammarrätten i Stockholms dom 2011-02-18 mål nr 5913-5915-10.

¹⁶² Se ovan 2.2.3.2

¹⁶³ Lundvall, Pedersen s. 7.

¹⁶⁴ Lundvall, Pedersen s. 7.

Osund strategisk anbudsgivning handlar i grunden ofta om att lämna ett anbud som man inte har för avsikt att leverera enligt, oavsett om man gör det för att själv vinna upphandlingen eller för att påverka relativa modeller så att en annan leverantör vinner. Det är också här sambandet med min frågeställning om ramavtals bindande, eller för leverantörerna icke-bindande, natur och OSA ligger. OSA torde vara mest förekommande i ramavtal, framförallt av typ 2 eftersom det här finns möjlighet att bli högt rankad utan att ha en motsvarande leveransplikt, men statistik saknas och det är möjligt att ägna sig åt OSA vid alla former av upphandling.

4.1.1 Strategisk anbudsgivning och osund strategisk anbudsgivning.

Ett strategiskt beteende från företag är förstås inte alltid felaktigt och ett lågt anbud behöver inte per automatik innebära att anbudsgivaren är ute efter att lura den upphandlande myndigheten. Ett företag som har mycket bättre kunskap om branschen än vad myndigheten har kan utnyttja att ett förfrågningsunderlag exempelvis överskattar hur mycket av en viss vara eller tjänst som kommer behöva avropas. På så vis kan företaget lämna ett anbud där den varan som myndigheten överskattat prissätts lågt medan andra priser höjs något. Om en kommun för ett byggprojekt tror sig behöva frakta bort fyra ton lera och köpa ett ton grus så viktas de anbudsutvärderingen i sitt förfrågningsunderlag därefter. Ett byggbolag med lokalkännedom som vet att proportionerna som faktiskt kommer behövas snarare är de omvända kan då skicka in ett anbud med ett lågt pris för att frakta lera och ett högt pris på grus utan att för den sakens skull ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning.

Det kan också finnas nationalekonomiska eller företagsekonomiska skäl till t.ex. ovanligt låga priser, om konjunkturen är svag minskar efterfrågan från marknaden och då ökar konkurrensen om de offentliga kontrakten. Dyr lagerhållning och varor med kort hållbarhet kan också innebära att en anbudsgivare offererar onormalt billigt, samma sak med tillfälligt outnyttjad arbetskraft som ändå måste avlönas.¹⁶⁵ Dessutom kan det bästa sättet att få in foten på en ny marknad vara ett stort projekt som också ger en bra referenskund, företag kan alltså medvetet lämna ett förlustanbud och ändå genomföra det med högsta kvalitet som ett led i etableringen på en ny marknad.¹⁶⁶ Billiga priser på grund av de orsaker som nämnts i detta stycke är förstås eftersträvansvärt för myndigheter och ett allmänt förbud mot onormalt låga priser vore alltså en dålig lösning på problemet.

4.1.2 Problem i praktiken

Det finns ingen statistik på hur vanligt förekommande OSA egentligen är, delvis eftersom det kan vara väldigt svårt att avgöra vad som ska anses konstituera ett sådant beteende och delvis då bra upphandlingsstatistik saknas överlag.¹⁶⁷ Vad som däremot finns är en undersökning av hur vanligt problemet upplevs vara bland upphandlare.¹⁶⁸ Jag ska inte upprepa hela resultatet av undersökningen här men av intresse är att de flesta tillfrågade ansåg att OSA åtminstone

¹⁶⁵ Se vidare Lundvall, Pedersen s. 27 ff.

¹⁶⁶ Intervju JP.

¹⁶⁷ Se t.ex. SOU 2011:73 s. 68 ff.

¹⁶⁸ Lundvall, Pedersen s. 54 ff.

förekom och att det vanligaste problemet upplevdes vara att leverantörer inte levererar som utlovat. Enkäten hade även skickats ut till leverantörer av IT-tjänster och man kunde notera att det fåtal svar som inkommit gav en betydligt mer negativ bild av läget än upphandlarnas svar.¹⁶⁹ Det är inte otänkbart att vissa myndigheter helt enkelt inte uppmärksammat att man utsatts för OSA. Det finns ändå en medvetenhet om problemet idag och ett antal olika metoder för att förebygga OSA har utvecklats, några av dessa ska jag beröra i nästa kapitel.

4.2 Försvar mot osund strategisk anbudsgivning

4.2.1 Regler om onormalt låga anbud

Reglerna om onormalt låga anbud återfinns i LOU 12:3 och är av central betydelse för att förebygga OSA. Detta är dock en procedurregel som har mer att göra med själva upphandlingsförfarandet än den civilrättsaspekt som är av intresse i denna uppsats. Regeln ska därför endast beröras kort här. Först ska noteras att paragrafen inte innebär en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud, endast en möjlighet.¹⁷⁰ Det finns inga regler för vad som ska anses utgöra onormalt låga anbud, det är upp till myndigheten att avgöra i det enskilda fallet.¹⁷¹ En myndighet kan inte heller förkasta ett anbud som är onormalt lågt utan att först be företaget inkomma med en förklaring till det låga anbudet.¹⁷² Om leverantören svarar kan myndigheten fortfarande inte förkasta anbudet utan att ge anbudsgivaren möjlighet att yttra sig över de skäl som myndigheten har för att inte acceptera de lämnade förklaringarna.¹⁷³

Det är främst ifråga om bevisbördan för onormalt låga anbud som det finns något att säga, här går nämligen svensk praxis isär från EU-domstolens. I Sverige är det närmast så att myndigheten har att bevisa att en leverantör inte kommer att kunna leverera på det utlovade sättet för att myndigheten ska kunna förkasta anbudet med stöd av LOU 12:3.¹⁷⁴ Detta är betungande och försvårar arbetet mot OSA. I EU-praxis har man kommit till den rimligare slutsatsen att bördan ligger på anbudsgivaren att förklara sig när han har ett onormalt lågt anbud.¹⁷⁵ Jag håller med Lundvall och Pedersen i att ett sätt att komma tillrätta med OSA är att förenkla förkastandet av onormalt låga anbud.¹⁷⁶

4.2.2 Dynamisk rangordning

Dynamisk rangordning är ett exempel på hur man kan utforma utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget för att förbättra resultatet av upphandlingen. Modellen kan beskrivas som att beställaren vid varje avrop ska kontrollera vilken ramavtalsleverantör som erbjuder lägst pris för just det aktuella behovet. En myndighet som vid inköp av t.ex. pärmar har en rangordning på kontorsmaterial riskerar att inte få särskilt bra pris på pärmarna eftersom det inte finns någon garanti för att den som vann hela rangordningen är billig just där. Vid

¹⁶⁹ Lundvall, Pedersen s. 64.

¹⁷⁰ Nord, kommentar till LOU 12:3 kommentar nr 147.

¹⁷¹ Lundvall, Pedersen s. 29 f.

¹⁷² LOU 12:3 st. 2.

¹⁷³ LOU 12:3 st. 3.

¹⁷⁴ Kammarrätten i Göteborg dom 2009-11-04 mål nr 3356-09.

¹⁷⁵ EU-domstolens dom i förenade målen C-285/99 och C-286/99.

¹⁷⁶ Lundvall, Pedersen s. 68 f.

dynamisk rangordning ser man istället till just den produkt man vill köpa och gör en rangordning utefter priset på den produkten.¹⁷⁷ Ett annat sätt att se på modellen är att det finns väldigt många olika produkt- och tjänstekategorier och att en separat statisk rangordning upprättas för varje kategori, detta gör det meningslöst att lämna låga anbud utan avsikt att leverera.¹⁷⁸ Upphandlingsbolaget har testat dynamisk rangordning och modellen har även blivit prövad rättsligt och anses förenlig med LOU.¹⁷⁹ Att använda en dynamisk rangordning innebär inte att leverantörer blir civilrättsligt bundna av ramavtal, men det förtar syftet med att strategiskt offerera låga priser. Modellen har dock nackdelar, särskilt vid blandade inköp från flera kategorier eller då varor har ett naturligt samband med varandra eller med installationstjänster. Dels blir det då praktiskt svårtillämpat jämfört med att bara beställa från den högst rankade¹⁸⁰ och dels riskerar leverantörerna att förlora samordningsfördelar vilket gör att de måste offerera dyrare priser.¹⁸¹

4.2.3 Utjämnande prissättningskrav

En annan modell som testats för att förebygga OSA är utjämnande prissättningskrav. Idén innebär i korthet att de olika varor eller tjänster som omfattas av ramavtalet prissätts i förhållande till varandra. Principen har testats i ett fall där vägverket upphandlade bl.a. snöröjning och halkbekämpning, dessa två olika tjänster bedömdes ha ungefärligen samma kostnader för utföraren och man tillät därför inte anbud med en större prisskillnad än 100 % mellan den billigare och den dyrare tjänsten.¹⁸² Erbjuds snöröjning för 100 kr/km fick alltså inte halkbekämpning kosta mer än 200 kr/km eller mindre än 50 kr/km. NCC som hade det totalt sett billigaste anbudet hade inte följt denna regel och begärde överprövning av upphandlingen. Domstolen uttalade dock att modellen var förenlig med LOU och NCC hade således ingen framgång med sin talan. I det aktuella fallet handlade det inte om ett ramavtal men modellen torde gå att överföra. Syftet är att omöjliggöra strategisk anbudsgivning genom prisdumpning på vissa områden när kostnaden för likartade varor/tjänster inom ett ramavtal knyts till den lägst prissatta.

Den här modellen har en fördel i det att den förhindrar spekulation, om ett företag som t.ex. tror på en hal men snöfattig vinter kan offerera billig snöröjning men dyr sandning försvinner deras incitament att utföra arbetet om det omvända väderförhållandet inträffar. Modellen är dock inte optimal då den förhindrar leverantörer från fri prissättning utan hänsyn till orsakerna bakom prissättningen och som jag berör ovan kan det mycket väl finnas goda skäl till att vissa varor kan offereras billigt och det gäller oavsett vad andra likartade varor kostar.¹⁸³ Det är enligt min mening troligt att modellen i rättsfallet ovan hindrade Trafikverket från att anta det bästa anbudet. Trafikverket bestrider inte att den klagandes bud var billigast men säger att om kapitalförlust av skattebetalarnas pengar skett så beror det på slarv från leverantörens sida.

¹⁷⁷ Intervju FR.

¹⁷⁸ Lundvall, Pedersen s. 70.

¹⁷⁹ Kammarrätten i Göteborg dom 2011-10-25 mål nr 6541-6544-11.

¹⁸⁰ Intervju FR.

¹⁸¹ Lundvall, Pedersen s. 70.

¹⁸² Kammarrätten i Sundsvall dom 2011-08-31 mål nr 1777-1779-11.

¹⁸³ Se ovan 4.1.1

4.2.4 Leveransplikt

Jag utgår här från den analys av ramavtals bindande verkan som finns under rubrik 2.2.3.2, alltså att ramavtal med en leverantör (typ 1) är bindande för leverantören men att de med flera leverantörer (typ 2 och 3) inte är det. Det bästa sättet att undvika OSA och osäkerhet om vad som gäller vid avvikelser från ramavtalet är enligt mig att införa regler om leveransplikt i avtalet. Det finns inget hinder mot att föreskriva att ramavtalen ska vara bindande för leverantörer och inte heller hinder mot att införa vite om en leverantör avböjer för stor andel avrop. Men det finns även här anledning att vara försiktig, att strikt föreskriva en skyldighet att leverera vid varje avrop skulle leda till höjda priser och i vissa fall är det knappast nödvändigt eftersom det finns flera leverantörer att vända sig till. En leverantör som till exempel köper upp konkurslager eller annars har ett väldigt snabbföränderligt lager kan kanske erbjuda låga priser och därmed utgöra en önskvärd kontraktspart, men klarar inte av ett krav på ständig leveranskapacitet. Konstruktionen lägger alltså återigen stort ansvar på den som utför upphandlingen att göra en avvägning mellan vikten av låga priser och nyttan av att den högst rankade leverantören inte kan avböja avrop. Det kan också åter påpekas att skillnaden mellan typ 1- och typ 2-avtal suddas ut om strikt leveranstvång införs eftersom den högst rankade leverantören i ett typ 2-avtal då skulle ha en nästintill identisk position med vinnaren av ett typ 1-avtal.

4.2.5 Leverantörers möjlighet att ingripa mot osund strategisk anbudsgivning

Det är inte bara myndigheterna som förlorar på OSA, även den leverantör med ärliga intentioner som rangordnas efter en med oärliga gör en förlust. På grund av reglerna om överprövning har även dessa en möjlighet att skydda sig, och därmed även myndigheten mot OSA. Av intresse är tvisten mellan Enera International AB och Malmö stad.¹⁸⁴ Fallet är ett tydligt exempel på hur ett svagt förfrågningsunderlag kan utnyttjas och där leverantören som kommer tvåa begär överprövning. Upphandlingen rörde ett projekt uppdelat på två etapper och utvärderingen var relativt de andra anbuderna inom varje etapp och man utgick från det lägsta anbudet. Pris omsattes till poäng i förhållande till hur många % dyrare ett anbud var än det billigaste i varje etapp, där det billigaste då fick maxpoäng. Problemet som uppstod var att en leverantör genom att sätta priset på en av etapperna mycket lägre än det verkliga priset för genomförande, och det andra mycket högre, kunde få en poäng i utvärdering som var bättre än ett anbud som de facto hade ett lägre pris.¹⁸⁵ Kammarrätten underkände upphandlingen och beslutade att den skulle tas om just eftersom utvärderingsmodellen var så enkel att utsätta för manipulation. Konkurrensverket uttalade sig i domen och konstaterade att ett förfrågningsunderlag visserligen inte måste vara perfekt och att myndigheten får välja vilka kriterier de vill tillämpa men att dessa, i linje med EU-praxis, måste vara ägnade att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁸⁶

¹⁸⁴ Kammarrätten i Göteborg dom 2011-03-21 mål nr 5293-10.

¹⁸⁵ Ett anbud där båda faserna prissattes till 1000 kronor skulle således få en sämre poäng än om fas 1 prissattes till 100 000 kronor och fas 2 till en krona, trots att det första anbudet uppenbart utgör det med lägst pris. Se också konkurrensverkets yttrande 2010-12-20 Dnr 616/2010 p. 3-9.

¹⁸⁶ Konkurrensverkets yttrande 2010-12-20 Dnr 616/2010 p. 18-19.

Den ramavtalsupphandling av bemanningstjänster i vården som jag nämnt ovan utgör ett annat exempel på en upphandling som underkänts då den varit svag för osund strategisk anbudsgivning.¹⁸⁷ Upphandlingen underkändes eftersom en leverantör kunde rangordnas högt utan att ha någon plikt att leverera och då flera företag från samma koncern enkelt kunde samarbeta på ett osunt sätt.

Andra leverantörer kan alltså agera mot OSA efter tilldelningsbeslutet när avtalsspärren löper eftersom ett förfrågningsunderlag som är så svagt att det kan manipuleras inte är ägnat att utse det billigaste eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är förstås inte ett optimalt system om det krävs att leverantörer reagerar eftersom detta sannolikt kommer ske först efter att tilldelningsbeslutet gått till leverantören som agerat osunt. Inte heller är det optimalt att det enda som den manipulerande leverantören då riskerar är att upphandlingen görs om. För att få bukt med problemet krävs enligt mig att leverantörer riskerar någon påföljd när de ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning.

4.3 Påföljder

Efter den korta genomgången av metoder för att förebygga och förhindra osund strategisk anbudsgivning kommer jag till frågan om eventuella påföljder för leverantörer som ägnar sig åt OSA. Jag inleder med det korta svaret, några påföljder tycks inte finnas. I den rapport om osund strategisk anbudsgivning som jag hämtat mycket av materialet till denna del av uppsatsen framhålls detta tydligt.

”Det bör särskilt framhållas att det inte finns något explicit förbud mot osund strategisk anbudsgivning. En anbudsgivare som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning gör sig därför i normalfallet inte skyldig till någon överträdelse av någon lag eller andra regler. Om det inte finns några avtalsvillkor som påbjuder eller förbjuder visst agerande under avtalstiden kan ett osunt strategiskt agerande normalt inte heller innebära något avtalsbrott.”¹⁸⁸

I en av de kammarrättsdomar som jag behandlat uttalade rätten att *”[...]upphandlingslagstiftningen inte hindrar anbudsgivare från att lägga för låga anbud[...]”*.¹⁸⁹ Vad ”för låga” innebär framgår inte ur domen men min tolkning är att det i kammarrättens mening inte finns något hinder mot att lägga anbud så låga att man sedan inte har incitament att genomföra kontraktet. Det är onekligen svårt att komma åt beteendet då det inte bryter mot någon lag att lämna anbud för att t.ex. manipulera relativa utvärderingsmodeller. Eftersom ramavtal av typ 2 och 3 inte är bindande för leverantörerna kan det inte heller ses som avtalsbrott att avböja avrop eller att inte delta i en förnyad konkurrensutsättning. Det behövs någon form av regler för att hantera leverantörer som deltagit i upphandlingar utan hederliga intentioner eller avsikter att leverera och därigenom

¹⁸⁷ Kammarrätten i Stockholm dom 2011-02-18 mål nr 5913-5915-10 och dom 2011-03-21 och mål nr 5603-10 se ovan 2.2.3.2.

¹⁸⁸ Lundvall, Pedersen s. 38.

¹⁸⁹ Kammarrätten i Sundsvall dom 2011-08-31 mål nr 1777-1779-11.

orsakar motparten skada. För liknande fall i civilrättsliga affärsuppgörelser finns reglerna om culpa in contrahendo där ett affärsmässigt oetiskt beteende i vissa fall kan leda till skadeståndsskyldighet trots att någon avtalsbundenhet aldrig uppstått.

4.3.1 Culpa in contrahendo och offentlig upphandling

Tanken om culpa in contrahendo vid offentlig upphandling har utforskats bland annat i en artikel av Henrik Norinder.¹⁹⁰ Diskussionen har då kretsat kring situationen när en myndighet avbryter en upphandling och om en leverantör i så fall kan väcka talan om skadestånd. Situationen kan liknas med den när en part avbryter en förhandling på ett sätt som är illojalt mot motparten.¹⁹¹ Det handlar om ersättning av det negativa kontraktsintresset, alltså kostnader som man ådragit sig i onödan på grund av motpartens illojala beteende.¹⁹² Utgångspunkt för diskussionen kring ansvar för culpa in contrahendo i upphandlingsfall kan tas i ett uttalande från HD i NJA 2001 s. 3. Målet handlade om en kommun som avbrutit en upphandling för att istället utföra tjänsten i egen regi och därefter blivit stämnda av en leverantör. Den presumtive anbudsgivaren åberopade ett antal bestämmelser i LOU och inte mot något allmänt prekontraktuellt ansvar men HD konstaterade att:

”Det finns också skäl att framhålla att syftet med LOU inte har varit [...] att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven.”

Citatet kan tolkas som att HD menar att samma regler som gäller för vanligt prekontraktuellt ansvar även skall gälla vid offentlig upphandling. Denna tolkning gör också Norinder i sin analys av rättsfallet.¹⁹³ Men att de vanliga avtalsrättsliga reglerna gäller innebär inte att det skulle vara enkelt att ådra sig skadeståndsskyldighet för culpa in contrahendo. Det ställs i praxis mycket höga krav och Norinder menar att det krävs kvalificerat oetiskt beteende för att en myndighet ska bli skadeståndsskyldig för en avbruten upphandling.¹⁹⁴ Vad gäller leverantörers beteende i samband med OSA är culpa in contrahendo i teorin tillämpligt, det är inte otänkbart att lämnande av oriktiga eller oärliga uppgifter i en förhandling kan medföra ett skadeståndsansvar.¹⁹⁵ Men i praktiken torde det fungera dåligt. Dels är det svårt för en myndighet att påvisa viss skada och dels har myndigheter knappast intresse av, eller resurser till, att driva denna typ av frågor. Kommuner vill bedriva kommunal service, inte domstolsprocesser.

Anledningen till att jag valt att behandla culpa in contrahendo är inte att det är troligt att reglerna skulle bli direkt tillämpliga utan för att jag menar att ett regelverk likt det som finns i

¹⁹⁰ Norinder, Vänbok till Axel Adlercreutz, s. 353-369.

¹⁹¹ Se t.ex. Ramberg, Ramberg s. 63 ff.

¹⁹² Hellner, Radetzki s. 95.

¹⁹³ Norinder s. 360.

¹⁹⁴ Norinder s. 364.

¹⁹⁵ Hellner, Radetzki s. 75.

praxis om culpa in contrahendo skulle kunna motverka OSA. Eftersom det är svårt att beräkna den skada en myndighet lider efter det negativa kontraktsintresset vore det dock bättre med en straffavgift än skadestånd. En straffavgift skulle också spegla att det snarare handlar om prevention än om reparativt skadestånd. Dessutom skulle det sannolikt behövas en tillsynsmyndighet med uppdraget att utfärda straffavgiften och föra process i frågorna. I dagsläget finns dock inga sådana regler och det går egentligen inte att tala om någon risk för påföljder för leverantörer som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning.¹⁹⁶

4.3.2 Föreslagna förändringar i lagstiftningen

Förvånansvärt få av de personer som deltagit i Lundvall och Pedersens enkät om OSA anser att problemet ligger i lagstiftningen, inte ens 5 % av de tillfrågade svarar att ”ett skarpare upphandlingsregelverk” är den mest lovande lösningen på problemen.¹⁹⁷ Cirka 10 % efterlyser någon form av uppförandekod även om det är oklart vad den skulle innebära. Oavsett det finns det nu ett förslag på ett nytt direktiv om upphandling.¹⁹⁸ Förslaget innebär bland annat att en ny artikel, nummer 22 om otillåtet förfarande, ska införas.

”Anbudssökande ska när förfarandet inleds lämna in en avtalsförsäkran om att de inte har och inte kommer att

- a) påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess på ett otillbörligt sätt eller tillägna sig konfidentiella upplysningar som kan ge dem otillbörliga fördelar i upphandlingsförfarandet,*
- b) ingå avtal med andra anbudssökande och anbudsgivare i syfte att snedvrída konkurrensen,*
- c) avsiktligt lämna vilseledande uppgifter som kan ha en väsentlig inverkan på beslut om undantag, urval eller tilldelning.”*

Det är omöjligt att avgöra vilken effekt en sådan regel skulle ha på leverantörers möjligheter att ägna sig åt OSA men jag tror att den skulle kunna utgöra ett bra första steg. Men det steg som helt nödvändigt måste följa på det första för att få bukt med OSA är uppföljning av avtalen och bättre statistik. Endast med verklig kunskap om hur problemet ser ut är det möjligt att avgöra hur lösningen bör se ut. Bättre uppföljning av avtalen är också den lösning som får mest stöd av de tillfrågade upphandlarna i ovan nämnda enkät.¹⁹⁹

¹⁹⁶ Observera dock att jag inte undersökt förfaranden som kan strida mot konkurrenslagstiftningen.

¹⁹⁷ Lundvall, Pedersen s. 63.

¹⁹⁸ Proposal for a directive of the European parliament and of the council on public procurement, Bryssel den 20.12.2011, 2011/0438 (COD) s. 53.

¹⁹⁹ Lundvall, Pedersen s. 63.

5 Sammanfattning

5.1 Avtalstrohet

Jag inledde denna uppsats med tre frågeställningar kring myndigheters avtalstrohet mot tecknade ramavtal och trots den hovrättsdom som nyligen avkunnades kan jag konstatera att svaren på mina frågor till stor del fortfarande är oklara. Klart är att domstolen i det här fallet valde att döma på det sätt som jag bedömt som mest sannolikt, nämligen att skadeståndsskyldighet förelåg på grund av den låga avtalstroheten och att beräkningen skedde enligt inomobligatoriska regler. Men eftersom kommunen i sina grunder inte reste några av de principiella frågorna till sitt försvar är det osäkert vilket värde domen kan anses ha. Jag ska nu kort sammanfatta vad jag kommit fram till och även kommentera något om säkerheten i mina slutsatser och min inställning till rättsläget. Även om det kullkastar dispositionen något har jag valt att behandla frågorna om parternas respektive bundenhet under en rubrik.

5.1.1 Frågan om parternas bundenhet

Vilken bindande verkan ett ramavtal har för parterna är inte en fråga som går att lämna ett enhetligt svar på. Vad gäller myndigheter är det min uppfattning att ett ramavtal är bindande för dem, och att detta också är den enda rimliga lösningen som med stor sannolikhet skulle följas av domstolarna. Slutsatsen är visserligen något mer osäker för ramavtal av typ 3 eftersom dessa är så pass annorlunda från normala avtal men min uppfattning av rättsläget är att myndigheten i normalfallet har att utföra en förnyad konkurrensutsättning på områden som täcks av typ 3-avtal. Att tillåta myndigheter att frånga sina ramavtal annat än när särskilda skäl föreligger eller vid situationer som är noggrant definierade i avtalet skulle strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Myndigheter skulle då kunna följa ramavtalet om de är nöjda med den leverantör som vunnit upphandlingen, alternativt de leverantörer som antagits i ett typ 3-avtal, och frånga avtalet när det passar dem.

Bundenheten är dock inte ömsesidig för alla typer av ramavtal. Vad gäller typ 1-avtal tycks avtalet vara bindande även för leverantörer, vilket jag anser är lämpligt av praktiska skäl. Myndigheterna skulle försättas i en svår situation om den enda leverantören i avtalet skulle ha rätt att avböja avrop. Leverantörerna i typ 2-avtal tycks dock inte vara bundna av ramavtalet utan istället ha stor frihet att avstå från uppdrag när en myndighet avropar från ramavtalet. Slutsatsen stöds dels av mina intervjuer men också av praxis. Det finns också goda skäl för att tillåta en ordning där leverantörerna inte har leveransplikt eftersom det sannolikt kan ha inverkan på priserna som offereras. Om en myndighet prioriterar att ha en leverantör som alltid är bunden att leverera så kan myndigheten välja ett ramavtal av typ 1. Vore leverantörerna i typ 2-avtal alltid bundna av avtalet så skulle ingen skillnad föreligga mellan ett typ 1-avtal och ett typ 2-avtal med en statisk rangordning. Självklart finns problem med rättsläget, det öppnar för osund strategisk anbudsgivning och det innebär administrativa problem för myndigheters inköpare i de fall det inte räcker att kontakta en leverantör. Jag återkommer till problemet och möjliga lösningar i kapitel 6 nedan. För ramavtal av typ 3 finns det som utgångspunkt ingen skyldighet för leverantörerna att delta i den förnyade konkurrensutsättning som ska ske. Det är dock inte riktigt relevant att tala om bristande

avtalsbundenhet för leverantörer här. Snarare kan man säga att det inte föreligger någon skyldighet att lämna anbud.

5.1.2 Påföljdsfrågan

Min andra fråga får som den är formulerad anses vara enkel att besvara, eftersom det nu finns en hovrättsdom där skadestånd dömts ut finns ingen tvekan om att myndigheter *kan* drabbas av påföljd i form av skadestånd. Att skadestånd utdömts i ett hovrättsfall är dock ingen garanti för hur det allmänna rättsläget ser ut. Eftersom domstolen var bunden av dispositionsprincipen skulle ett liknande mål kunna ha fått en annan utgång om kommunen anfört andra argument. Möjligheten att utdöma någon form av påföljd vid låg avtalstrohet måste dock finnas för att uppfylla kravet på att tillhandahålla effektiva rättsmedel.²⁰⁰ Överprövningsinstitutet fungerar dåligt även efter införandet av överprövning av avtals giltighet, åtminstone vid ramavtal av typ 1 och 2 där det ofta rör sig om en stor mängd inköp. Därför anser jag att skadestånd är den lämpligaste och mest sannolika påföljden för låg avtalstrohet mot dessa avtal. Vad gäller överprövning av typ 3-avtal finns det nu en reglering i LOU som jag uppfattar som ändamålsenlig och eftersom det finns regler i LOU om hur den förnyade konkurrensutsättningen ska gå till finns det också förutsättningar för skadestånd enligt den lagen om de reglerna överträds.

5.1.3 Frågan om tillämpligt regelverk

Angående tillämpligt regelverk och beräkning av skadestånd så är det enligt mig lämpligast att tillämpa vanliga regler för beräkning av inomobligatoriskt skadestånd vad gäller ramavtal av typ 1 och 2. Eftersom dessa avtal fastställer samtliga villkor för tilldelning av kontrakt liknar en avvikelse från avtalen mer ett avtalsbrott än ett förvaltningsrättsligt fel. Att beräkna skadeståndet på detta sätt är också vad som föreslogs i den SOU där problemet påpekas och också resultatet i den dom som nu finns på området. Ett problem som uppstår är dock om varje avvikelse från fullständig avtalstrohet ska vara skadestandsgrundande. Jag anser att det vore orimligt, dels på grund av konsekvenserna det skulle kunna få men också därför att en rimlig tolkning av ramavtalet inte är att det utlovar 100 % avtalstrohet.²⁰¹ I de fall där ramavtalet inte stadgar något särskild om avtalstrohet bör domstolen utgå från vad som rimligen kan begäras av myndigheten och utdöma skadestånd i den mån denna nivå inte uppnås.

Ramavtal av typ 3 ligger dock närmre den förvaltningsrättsliga processen och beräkningen av skadestånd skulle sannolikt kunna utgå ifrån LOU. Den stora skillnaden från typ 1- och 2-avtal är att det är svårare att peka på en viss leverantör som skadelidande. Om en leverantör kan visa att han sannolikt förlorat ett visst kontrakt på grund av att myndigheten vid den tilldelningen inte genomfört en förnyad konkurrensutsättning eller inte följt ramavtalet så bör han i enlighet med tidigare praxis på upphandlingsområdet ha rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset. Annars får man sannolikt falla tillbaka på vad HD uttalade om

²⁰⁰ Rätten är t.ex. intagen i EUs stadga för mänskliga rättigheter, artikel 47. Syftet med de nya rättsmedelsdirektiven (2007/66/EG) var bland annat att säkerställa denna rättighet, se artikel 36 i direktivet.

²⁰¹ Mer om konsekvenserna nedan i 5.1.4.2.

otillåten direktupphandling i NJA 2007 s. 349 alltså att det torde räcka att en leverantör kan visa att han sannolikt skulle lämnat anbud och därvid haft en realistisk chans att erhålla kontraktet. Ersättning med det fulla positiva kontraktsintresset till alla leverantörer som uppfyllde dessa kriterier skulle bli allt för betungande för myndigheten varför skadeståndets nivå skulle få bedömas från fall till fall.

5.1.4 Andra frågor av intresse vid avtalstrohet

5.1.4.1 Avsaknaden av processer

I ljuset av den nya hovrättsdomen kanske antalet processer kommer att öka men man kan fortfarande fråga sig varför processer angående avtalstrohet inte förekommit tidigare. Bortsett från den aktuella domen från Svea hovrätt känner varken jag eller de personer som jag har intervjuat till något rättsfall på området. Det närmsta en process jag kände till när jag inledde skrivandet var den förlikning som skedde i Östersunds kommun och som blev en nyhet i slutet av 2011. Bristen på rättsfall på området skulle kunna ses som indikation på att antingen rättsläget eller den genomsnittliga nivån på avtalstrohet är annorlunda än hur jag uppfattat det. Trots att det inte direkt besvarar en frågeställning ska jag därför nedan presentera ett par tänkbara förklaringar till varför processerna hitintills har uteblivit.

Ett första hinder mot skadeståndstalan är att även om en leverantör noterar att volymen som han får leverera är mindre än förväntat finns det ingen volymgaranti i de flesta ramavtal. Det räcker alltså inte att påstå att myndigheten inte köpt som förväntat, leverantören måste kunna visa att avrop har skett till en annan leverantör. Men även för en leverantör som är medveten om att avrop som rätteligen skulle gå till honom försvinner till konkurrenter är det en lång väg kvar till en skadeståndstalan. För det första ska man vara medveten om att möjligheten finns, vilket utgör ett verkligt hinder med tanke på det oklara rättsläget. För det andra är bevisläget svårt, leverantören måste visa att avrop har skett felaktigt och vilken förlust han har gjort. Om myndigheten inte erkänner skadeståndsskyldighet på grunden att leverantören tackat nej till att leverera på just den ordern torde det dock ankomma på myndigheten att föra bevis om detta. För det tredje och sista rör det sig också om företag som kanske, när de väl fått ett ramavtal, ser myndigheterna som sin viktigaste kund. Och man stämmer inte sin viktigaste kund. Den offentliga upphandlingsprocessen ska visserligen säkerställa att en leverantör som stämmer myndigheten inte hamnar i sämre läge vid senare upphandlingar men det torde ändå utgöra en faktor. Att driva domstolsprocess kan också bli en dyr historia särskilt om man inte vinner fullständig framgång med sin talan.²⁰² Kontentan av detta blir att det krävs att en leverantör blivit av med avrop för betydande belopp för att det skall vara värt att föra process om.

Här kan det vara på sin plats att notera skillnaden ifrån överprövningar av upphandlingar, som är vanligt förekommande. Vid överprövningar är leverantörerna väl medvetna om möjligheten att klaga och också medvetna om det faktum att domstolen relativt ofta underkänner

²⁰² I Svea hovrätt dom 2012-04-24 mål nr T 3850-11 fick leverantören bara 1/3 av sina rättegångskostnader ersatta i tingsrätten eftersom Nyköpings kommun fick rätt på ett antal punkter.

upphandlingar.²⁰³ Vid överprövningar har den leverantör som stämmer inte heller fått kontraktet och vinner han framgång med talan så står hela kontraktssumman att vinna. Det återstår att se om rättsfallet från Svea hovrätt kommer att innebära en ny trend där skadeståndstalan på grund av låg avtalstrohet blir vanligt.

5.1.4.2 Konsekvenser av att erkänna rätt till skadestånd

Trots att jag anser att skadestånd är den mest lämpliga påföljden vid låg avtalstrohet mot ramavtal där inget vite avtalats medför skadeståndsskyldighet en del icke-önskvärda konsekvenser. Att ramavtal omsätter stora summor har jag påpekat vid ett flertal tillfällen och det är också ytterst viktigt. Den totala skadeståndsskyldighet som ligger latent i alla ramavtal torde uppgå till miljardbelopp.²⁰⁴ Det är osäkert huruvida kostnaden på kort sikt skulle få bäras av kommunernas försäkringsbolag men skulle processerna bli vanliga så kommer det att påverka premierna och ändå drabba myndigheterna i slutändan. Ett annat problem är att om det inte sätts en gräns för när skadestånd kan utgå så är mer eller mindre alla ramavtal potentiella tvistemål, detta skulle innebära en stor börda för domstolarna och även för de myndigheter som tvingas lägga resurser på processer istället för på sin kärnverksamhet. Jag har inte hittat statistik på det totala antalet ramavtal men bara för de statliga myndigheterna rör det sig om cirka 1100 avtal.²⁰⁵ Dessutom har de flesta av Sveriges 290 kommuner egna ramavtal på allt från alkoholinköp till växter.²⁰⁶ Jag tror att konsekvenserna av ett rättsläge där varje avvikelse från fullständig avtalstrohet innebär skadeståndsskyldighet är ohanterliga och att någon sådan rätt därför inte heller kommer att erkännas.

5.2 Osund strategisk anbudsgivning

Även vad gäller mina frågor om osund strategisk anbudsgivning så har jag kunnat dra vissa slutsatser som jag ska sammanfatta här. Min första frågeställning om leverantörers bundenhet har jag valt att besvara i samband med frågan om myndigheters bundenhet, se ovan 5.1.1. Den andra frågeställningen kan besvaras med att det som huvudregel är lagligt att ägna sig åt OSA, eller åtminstone att jag inte har kunnat finna någon påföljd som är tillämplig i dagsläget. Att OSA inte är olagligt framgår i rapporten Lundvall och Pedersen skrivit och framhålls av de personer som jag har intervjuat.²⁰⁷ Undantaget är att vissa metoder där företag samarbetar skulle kunna utgöra förbjudna åtgärder såsom kartellbildning eller uppdelning av marknader och att ett storföretag eventuellt skulle kunna göra sig skyldigt till missbruk av dominerande ställning. Dessa frågor är intressanta men bör avhandlas i en uppsats om konkurrensrätt snarare än en om offentlig upphandling. Trots att OSA inte anses utgöra något lagbrott eller en grund för uteslutning riskerar en leverantör som vunnit ett ramavtal på detta sätt att en annan leverantör för talan om överprövning av upphandlingen. Det finns ett antal exempel på upphandlingar som underkänts i domstol just därför att förfrågningsunderlaget varit så svagt

²⁰³ Helt eller delvis bifall i 31 % av alla mål i förvaltningsrätten enligt konkurrensverkets rapport 2011:1 ”siffror och fakta om offentlig upphandling” s. 25.

²⁰⁴ Ramavtal omsätter 200 miljarder kronor och om avtalstroheten ligger på cirka 90 % i genomsnitt, vilket jag tror är högt räknat, får vi ett uppskattningsvärde på 20 miljarder kronor.

²⁰⁵ <http://www.avropa.se/sv-SE/Om-inkopscentralen/Fragor-och-svar/Hur-manga-statliga-ramavtal-finns-det/>

²⁰⁶ Göteborgs stads avtal finns tillgängliga på <http://www.uhb.goteborg.se/winst/>

²⁰⁷ Lundvall, Pedersen s. 26.

att det varit sårbart för osund strategisk anbudsgivning, även om just de orden inte funnits med i domskälen. För myndigheternas del är det dock svårt att se någon lämplig åtgärd som går att vidta efter att de utsatts för OSA, åtgärden måste istället komma redan i förfrågningsunderlaget.

Svagheten i ramavtalen ligger bland annat i att leverantörerna inte är bundna av sina anbud och om myndigheten önskar ändra det måste de agera redan i den förvaltningsrättsliga fasen genom att införa leveranstvång i ramavtalet. Leveranstvånget kan t.ex. vara villkorat efter särskilda omständigheter eller så att en leverantör endast har rätt att avböja ett visst antal avrop. Andra metoder som testats för att komma till rätta med OSA är dynamisk rangordning istället för statisk och att förbjuda omotiverat höga prisdifferenser inom sortiment, s.k. utjämnande prissättningskrav. Dessa metoder gör det inte till ett avtalsbrott för leverantörer att lämna anbud utan avsikt att leverera men syftar till att göra det lönlöst. Ett tips som är allmänt känt är att i möjligaste mån undvika relativa utvärderingsmodeller och, om de behöver användas, säkerställa att de i sådana fall inte är sårbara för bulvanbud eller strategier likt den som tillämpades av leverantören i kammarrätten i Göteborgs dom 2011-03-21 mål nr 5293-10.²⁰⁸ Det finns inget bra svar på frågan vilka åtgärder en myndighet bör vidta mot OSA eftersom åtgärderna skiljer sig från avtal till avtal och sannolikt även från myndighet till myndighet. Ingenting säger alltså att den lösning som fungerar när Göteborgs stad upphandlar IT-tjänster också kommer att fungera bra när en mindre kommun upphandlar skolmat. Avgörande för vilket skydd mot OSA som kan uppnås är hur myndigheten utformar förfrågningsunderlaget.

²⁰⁸ Se ovan 4.2.5.

6 Kommentarer och ändringsförslag

Trots att mitt inledningskapitel inte innehåller några frågeställningar om hur rättsläget borde vara kan man under arbetet med en sådan här uppsats inte undgå att komma fram till några förslag på förändringar. Jag vill därför avsluta kort med ett antal förslag som eventuellt skulle kunna förbättra användningen av ramavtal inom offentlig upphandling. Vad gäller ramavtalens bindande verkan förespråkar jag inte nödvändigtvis en förändring av vad jag ser som rättsläget idag, men det vore en stor vinst om rättsläget angående båda parter bundenhet kunde klargöras. Framgår det tydligt att leverantörer inte har en plikt att acceptera avrop från vissa typer av ramavtal kan myndigheterna själva skriva in i ramavtalet vilka krav man önskar ställa. Att kräva fullständig leveransskyldighet i alla lägen är antagligen sällan det mest ändamålsenliga i ett avtal av typ 2 eftersom myndigheten i så fall lika gärna kunnat anta bara en leverantör. Att i lagen fastställa vissa bestämda omständigheter som alltid skulle vara ursäkt för att stå över avrop och som skulle gälla för ramavtal oavsett område är knappast heller önskvärt då det kan variera från avtalsområde till avtalsområde var den gränsen bör gå. Den som har bäst möjlighet att avgöra vilka krav på leveransplikt som ska gälla måste vara den upphandlande myndigheten och det bästa sättet att göra det måste enligt mig vara att ställa krav i förfrågningsunderlaget.²⁰⁹ Det finns inget idag som förhindrar att myndigheterna ställer sådana krav i sina ramavtal men ett krav på leverantören i form av t.ex. en procentuell andel av antalet avrop som han får lov att avböja innan skadestånd eller vite aktualiseras ställer stora krav på uppföljning och statistik, krav som inte skulle uppfyllas av många myndigheter idag.²¹⁰ Just att förbättra statistiken kan jag peka på som ett, förvisso redan känt, sätt att förbättra alla aspekter av den offentliga upphandlingen.²¹¹

Det andra området där ett klargörande behövs är påföljdsfrågan vid ramavtal med alla villkor fastställda, det vill säga typ 1 och 2. Visserligen finns det nu en hovrättsdom i frågan men det vore ändå önskvärt med ett klargörande om att avvikelser från ramavtalet innebär skadeståndsskyldighet för myndigheter enligt vanliga regler för inomobligatoriskt skadestånd. Även här skulle ett förtydligande av rättsläget underlätta för myndigheterna att skriva bättre ramavtal. Eftersom det i många fall är svårt att uppnå fullständig avtalstrohet skulle myndigheterna i förfrågningsunderlaget kunna utlova en avtalstrohet som passar för det aktuella området. Där varje inköp är relativt dyrt och kan utföras endast av ett fåtal inköpare kan gränsen sättas högt medan den får sättas lägre för produkter som alla anställda i kommunen har rätt att köpa in. Sannolikt skulle det behövas någon spärr för att förhindra att myndigheter sätter gränsen allt för lågt men i viss mån torde det vara självreglerande. Högre satta gränser innebär att leverantörerna vet att de kommer få större volymer och de kan då lämna större rabatter. En högre utlovad avtalstrohet kan därför antas leda till lägre priser för myndigheten. Även här ställs dock krav på noggrann bokföring och statistik så att det när ramavtalet löpt ut är möjligt att kontrollera huruvida myndigheten uppfyllt sitt åtagande. Bättre än skadestånd vore dessutom om avtalen innehöll klara regler om viten för båda parter vid avtalsbrott. Dels slipper man då den grannliga uppgiften att fastställa vilken skada som

²⁰⁹ Se Lundvall, Pedersen s. 74 f.

²¹⁰ Se t.ex. konkurrensverkets rapport 2011:5 ”bättre statistik om offentliga upphandlingar”.

²¹¹ SOU 2011:73 s 275 ff.

orsakats och dels är det betydligt enklare att upprätthålla en affärsrelation med någon man inte för en skadeståndprocess mot. Den regel som den nya domen från Svea hovrätt till synes ger uttryck för där skadestånd föreligger för all förlorad vinst från första kronan vid varje avvikelse från fullständig avtalstrohet är en realistisk lösning sett till hur avtalstroheten ser ut idag.

Den sista förändring jag skulle vilja se är regler om påföljd för företag som ägnat sig åt osund strategisk anbudsgivning. HD har visserligen uttalat att syftet med LOU inte varit att införa särskilda regler för prekontraktuellt ansvar, men att förhandla utan någon avsikt att leverera kan anses utgöra culpa in contrahendo och enligt HDs resonemang torde det alltså kunna vara skadeståndsgrundande. Tröskeln för att ett sådant ansvar ska aktualiseras är dock hög och det är osannolikt att detta kommer få någon praktisk tillämpning i upphandlingsmål, som rättsläget ser ut idag. En tänkbar lösning vore därför att införa ett förbud mot osund strategisk anbudsgivning. Jag skulle välkomna en skarpare formulering än den som finns i artikel 22 i det föreslagna direktivet, gärna med straffavgift som påföljd eftersom den exakta skadan en myndighet lider kan vara svårbedömd. Det skulle bli en påföljd liknande den upphandlingsskadeavgift som kan drabba upphandlande myndigheter enligt LOU:s 17:e kapitel. Myndigheter har dock sällan tid eller resurser att föra domstolsprocesser och det skulle därför även behövas en tillsynsmyndighet, förslagsvis Konkurrensverket eftersom de redan är tillsynsmyndighet för offentlig upphandling. Denna förändring kräver dock en del i form av ny lagstiftning och har även svagheter t.ex. eftersom det är svårt att avgöra vilka förfaranden som ska anses utgöra OSA. En enklare förändring att genomföra är att underlätta förkastandet av onormalt låga anbud genom att vända på den bevisbörda som fastställts i praxis. Rimligtvis torde det räcka att en myndighet som noterar ett onormalt lågt pris skickar ut en förfrågan till leverantören. Kan inte denna övertygande visa hur och varför man önskar leverera till det låga priset ska anbudet kunna förkastas.

Som framgår har jag ingen önskan att ändra lagstiftningen i någon större utsträckning, mycket av problemen får istället anses bero på att rättsläget är oklart, att förfrågningsunderlag är svåra att utforma och att den tillgängliga statistiken är för dålig.

7 Källor

Offentligt tryck – propositioner och offentliga utredningar

- Proposition 1992/93:88. Om offentlig upphandling
- Proposition 2001/02:142. Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.
- Proposition 2006/07:128. Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
- Proposition 2009/10:162. Ersättning vid expropriation
- Proposition 2009/10:180. Nya rättsmedel på upphandlingsområdet
- Proposition 2010/11:150. Upphandling på försvars och säkerhetsområdet
- SOU 2006:28. Nya upphandlingsregler 2
- SOU 2011:73. På jakt efter den goda affären

Offentligt tryck – rapporter och övrigt

- JO-beslut diarienummer 3497-2000 beslutsdatum 2001-12-17
- Konkurrensverkets rapport 2011:1, Siffror och fakta om offentlig upphandling
- Konkurrensverkets rapport 2011:5, Bättre statistik om offentliga upphandlingar
- Konkurrensverkets yttrande 2010-12-20 Dnr 616/2010
- NOU yttrande i Högsta domstolens mål nr T 1653-06 diarienummer 2006/0162-29
- Riksrevisionens rapport 2005:10, Samordnade inköp
- Uppdragsforskningsrapport 2011:1 för konkurrensverket Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling [Citerad som Lundvall, Pedersen]

Litteratur

- Falk J-E, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2:a upplagan, Jure Förlag 2011
- Hellner J, Hager R, Persson A, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 1 häftet. Särskilda avtal, 5:e upplagan, Norstedts juridik 2010 [Citerad som Hellner, Hager, Persson, 1 häftet]
- Hellner J, Hager R, Persson A, Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt, 2 häftet. Allmänna ämnen, 5:e upplagan, Norstedts juridik 2011 [Citerad som Hellner, Hager, Persson, 2 häftet]
- Hellner J, Radetzki M, Skadeståndsrätt, 8:e upplagan, Norstedts juridik 2010
- Norinder H, Vänbok till Axel Adlercreutz (den femte i ordningen) s. 353-369, Utgivare Flodgren B, Gorton L, Nyström B, Samuelsson P, 2007 Juristförlaget i Lund
- Pedersen K, Upphandlingens grunder, 2:a upplagan, Jure Förlag 2011
- Ramberg J, och Ramberg C, 8:e upplagan, Norstedts Juridik 2010

Periodiska skrifter

- Wanrling-Nerep W, Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots, Juridisk Tidskrift nr 2 2006/07 s. 384-407

Rättsfall

- NJA 1997 s. 44
- NJA 1998 s. 873
- NJA 2000 s. 712
- NJA 2001 s. 3
- NJA 2001 s. 309
- NJA 2007 s. 349
- NJA 2007 s. 758
- Göta hovrätt dom 2006-03-14 mål nr T 1704-04
- RH 2010:48
- Svea hovrätt dom 2011-02-15 mål nr T 3328-10
- Svea hovrätt mellandom 2012-03-09 mål nr T-3247-11
- Svea hovrätt dom 2012-04-24 mål nr T 3850-11

Rättsfall – förvaltningsrätterna

- RÅ 2002 ref. 50
- RÅ 2005 ref. 10
- RÅ 2010 ref. 97
- Kammarrätten i Göteborg dom 2009-11-04 mål nr 3356-09
- Kammarrätten i Göteborg dom 2011-03-21 mål nr 5293-10
- Kammarrätten i Göteborg dom 2011-10-25 mål 6541-6544-11
- Kammarrätten i Stockholm dom 2011-02-18 mål nr 5913–5915-10 och dom 2011-03-21 mål nr 5603-10
- Kammarrätten i Sundsvall dom 2011-08-31 mål nr 1777-1779-11

EU-källor

- Direktiv 2004/18/EG
- Direktiv 2007/66/EG
- Proposal for a directive of the European parliament and of the council on public procurement, Bryssel den 20.12.2011, 2011/0438 (COD)

- Explanatory note – framework agreements – Classic Directive, CC/2005/03_rev1 av den 14 juli 2005.
- EU-domstolens dom i förenade målen C-285/99 och C-286/99

Intervjuer

- Fredrik Rogö, upphandlingsjurist på Göteborgs stads upphandlingsbolag, intervjuad 2012-03-29
- Johan Pettersson, upphandlingschef på Göteborgs universitets upphandlingsenhet, intervjuad 2012-03-16
- Anna Ekberg, enhetschef för upphandlings- och avtalsjuridik på statens inköpscentral vid kammarkollegiet, telefonintervju 2012-04-17
- Stefan Kindeborg, upphandlingschef på Nyköpings kommun, telefonintervju 2012-05-03
- Robert Tholén, kommunjurist på Nyköpings kommun, telefonintervju 2012-05-03
- Christian Arnbom, biträdande jurist på Fylgia KB, telefonintervju 2012-05-03

Internetkällor och övrigt

- Eskil Nords kommentarer till lagen om offentlig upphandling:
www.karnov.se
- Grundläggande information om ramavtal:
http://www.konkurrensverket.se/t/Process____3289.aspx
- Göteborgs universitets samverkansavtal med Högskolan i Halmstad, diarienummer S 2011/24
- Göteborgs stads inköps- och upphandlingspolicy:
http://www.uhb.goteborg.se/admin/bildbank/uploads/Dokument/gbg_stad_inkop_upphandling_policy_20100609.pdf
- Göteborgs stads ramavtal:
<http://www.uhb.goteborg.se/winst/>
- Molander P, Rättsmedel inom området offentlig upphandling, tillgänglig via konkurrensverkets hemsida:
http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/PM/PM_rattsmedel081214.pdf
- Nyhetsartikel om förlikningen i Östersunds kommun:
<http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.413028/skadestand-efter-katastrofalt-lag-avtalstrohet>
- Statens inköpscentrals hemsida, angående statliga ramavtal:
<http://www.avropa.se>

Samtliga internetkällor kontrollerades 2012-05-18.

Opponering på uppsatsen skedde den:

Examinator: Filip Bladini

Opponent:

Erik Karlsson registrerades på uppsatskursen första gången i januari VT 2012 och har inte omregistrerats på kursen eller deltagit i något tidigare examinationsmoment.