

Kandidatuppsats i offentlig förvaltning HT15

Förvaltningshögskolan, Göteborgs universitet

Lisa Ternestål

Emma Svensson

Handledare: Osvaldo Salas

Examinator: Rolf Solli



GÖTEBORGS UNIVERSITET

FÖRVALTNINGSHÖGSKOLAN

”Avtalsbrott inom offentlig upphandling”

- *Äktenskap och skilsmässa i LOU:s och avtalslagens regi. En fallstudie om hur sanktioner kan tillämpas vid avtalsbrott.*

Sammanfattning

Upphandlare har i uppdrag att utföra en effektiv upphandling som tillvaratar de principer som offentlig upphandling grundats på. Då de regler som styr upphandling ställer höga krav på kompetens hos beställaren för att kunna uppfylla de syften upphandlingen har, är det också av vikt att studera hur lagstiftningen kan användas som stöd eller hinder för att uppnå dessa. När avtal som ingås genom LOU sluts, tar avtalslagen vid och upphandlingslagstiftningen är inte längre tillämplig i fråga om att häva avtal.

I denna fallstudie undersöks hur avtalssituationen förhåller sig för upphandlare vid komplikationer i det beställda uppdraget och vilka praktiska konsekvenser de sanktioner de kan använda sig av innehar. Den teoretiska referensramen utgörs av teorier som beställare-/utförare-modellen och New public management.

Studien visar att förhandsarbetet med utformandet av avtalen är av betydande vikt för det efterföljande handlingsutrymmet att kunna häva avtalen. Vidare visar fallstudien att assymmetrisk information är ett förekommande problem i avtal som ingåtts genom offentlig upphandling. Detta visar sig i sin tur innebära samhällskostnader genom de ökade transaktionskostnaderna i hanteringen kring att häva avtalen. Detta kan riskera att skada konkurrensen och minska effektiviteten, vilket är de två främsta syften som offentlig upphandling har.

Innehållsförteckning:

1. Introduktion	3
1.1 Inledning	3
1.2 Bakgrund.....	4
1.3 Problemformulering.....	4
1.4 Syfte.....	7
1.5 Frågeställning.....	8
1.6 Tidigare litteratur och forskning	8
2. Metod	9
2.1 Dokumentinsamling och bearbetning av data.....	11
2.2 Fallstudie	12
3. Offentlig upphandling	13
3.1 Upphandlingsprocessen.....	14
3.2 Förfrågningsunderlaget	16
3.2 Hävning av avtal.....	17
3.3 Avbrutna upphandlingar.....	18
4. Teori	19
4.1 New public management.....	19
4.2 Konkurrens	20
4.3 Beställar-/utförarmodellen	23
4.4 Kontroll och utvärdering	24
5. Ärenden hos Upphandlingsbolaget	26
6. Resultatanalys	30
7. Slutsats	33
Referenser:.....	37
Bilagor:	40

1. Introduktion

1.1 Inledning

”den offentliga upphandlingen ska vara effektiv och rättssäker och ta tillvara konkurrensen på marknaden samtidigt som innovativa lösningar främjas samt miljöhänsyn och sociala hänsyn beaktas. På så sätt bidrar den offentliga upphandlingen till en väl fungerande samhällsservice till nytta för medborgarna och näringslivets utveckling samtidigt som skattemedlen används på bästa sätt .”¹

Med begreppet offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå i ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader och regleras i 2 kap. 13 § LOU 2007:1 091.² Syftet med lagen om offentlig upphandling (LOU) är att förhindra att offentliga medel används för att gynna eller diskriminera leverantörer, samt för att motverka handelshinder.³

Offentlig upphandling utgör 20% av Sveriges BNP och motsvarar en summa på uppskattningsvis 600 miljarder per år.⁴ Genom sin storlek påverkar upphandlingar i den offentliga sektorn hela samhällsekonomin och utgör därmed en stor del av utvecklingen i svensk ekonomi. Även utanför Sverige är den offentliga upphandlingen av stor betydelse. Uppskattningsvis köper den offentliga sektorn inom EUs länder varor och tjänster för 16% av den totala BNP.⁵ Reglerna kring offentlig upphandling ska garantera att offentliga kontrakt inom EU tilldelas i en rättvis och öppen konkurrens, vilket antas skapa affärsmöjligheter för leverantörer inom medlemsländerna, samt säkerställa att de offentliga medlen används på det mest effektiva sättet.⁶

Väl fungerande upphandlingar ska innebära ett ansvarsfullt användande av de offentliga resurserna. Det finns dock rapporter och utredningar som ger bilden av att kunskapen om effektiv offentlig upphandling vid de upphandlande enheterna är bristfällig.⁷

¹ Regeringens prop. 2015/16:1. *Budgetproposition 2016. Utgiftsområde 2.* s. 91.

² Pedersen, K. (2013). *Upphandlingens grunder.* s. 23.

³ Pedersen, K. (2013). s. 16.

⁴ Pedersen, K. (2013). s. 7.

⁵ Bergman, M., m.fl. (2011). *Offentlig upphandling på rätt sätt och till rätt pris.* s. 26.

⁶ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 23.

⁷ Regeringens prop. 2013/14:1. *Förslag till statens budget för 2014, finansplan och skattefrågor.* s. 40.

1.2 Bakgrund

Lagen om offentlig upphandling har i grunden gemensamma nämnare med annan lagstiftning, dock är det ett eget rättsområde som befinner sig någonstans mellan civilrätt och förvaltningsrätt.⁸ Detta kan komplicera prövningar vad gäller avtal som ingåtts genom LOU, då de olika lagrum som verkar tillsammans innehar skiljda utgångspunkter ur ett juridiskt perspektiv. LOU är i mångt och mycket utformat genom EU-direktiv som kan anses ligga till grund för att göra marknaden mer tillgänglig inom EU-medlemsländerna. Själva huvudsyftet med upphandlingslagen är alltså inte att kontrollera att den svenska offentliga sektorn genomför en tillfredställande upphandling ur den upphandlandes perspektiv. Istället kan lagstiftningen ses som ett sätt att förhindra att offentliga skattemedel brukas på ett felaktigt sätt, vilket i förlängningen antas leda till en mer tillfredställande upphandling i offentlig sektor.⁹ LOU fastställer inte hur ett avtalsslutande sker och heller inte hur länge ett avtal är giltigt. Det är istället ett civilrättsligt område som regleras i enlighet med avtalslagens (1915:218) bestämmelser. Detta innebär vidare att ett skriftligt beslut inte är nödvändigt för att ett avtal ska vara bindande i civilrättslig mening, då även ett muntligt avtal är bindande i enlighet med avtalslagen.¹⁰ Ur ett teoretiskt perspektiv kan det sägas att där LOU slutar tar avtalslagen vid.

1.3 Problemformulering

Staten är inom många områden den största beställaren för varor och tjänster i Sverige. Då en stor del av medborgarnas skattemedel går till att finansiera upphandlingar i den offentliga sektorn, blir det av vikt att det finns en hög grad av professionalism inom området.¹¹

I och med att den offentliga upphandlingen utgör en betydande kvantitet av den svenska ekonomin, blir också utfallet av stor innebörd för medborgarna. Därför kan det anses finnas en potentiell problematik när efterlevnaden brister i upphandlade avtal. Om en upphandling är otillräcklig kan det medföra både ekonomiska och sociala konsekvenser vilket ur ett strukturellt perspektiv kan anses vara ett marknadsmisslyckande.

⁸ Pedersen, K. (2013). s. 7.

⁹ Pedersen, K. (2013). s. 15.

¹⁰ Pedersen, K. (2013). s. 85.

¹¹ Pedersen, K. (2013). s. 7.

Den upphandlande enheten har som uppgift att säkerställa att det anbud som i högst grad uppfyller de uppställda kriterierna i förfrågningsunderlaget, också är det anbud som tilldelas kontraktet. Möjligheterna för upphandlande enheter att häva avtal som inte uppfylls kan vara begränsade på grund av att avtalshävning sker med stöd i avtalslagen. Att en leverantör inte uppfyller kontraktet kan innebära att ett annat anbud som inte vunnit upphandlingen skulle ha varit det mest förmånliga alternativet. Efter avtals ingång finns inte möjligheten för upphandlare att med stöd i LOU avbryta eller korrigera en upphandling. För leverantörer som deltagit i anbudsprocessen finns dock möjligheten att överklaga ett avtals giltighet med stöd i kap. 16 i LOU. Det innebär att en leverantör kan åberopa en prövning gällande ett avtals giltighet som tilldelats en annan leverantör.¹² Detta för att då pröva om upphandlande enhet har genomfört upphandlingsprocessen i enlighet med bestämmelserna i LOU. Lagen om offentlig upphandling anger dock, att även om ett avtal borde anses ogiltigt måste hänsyn tas till allmänintresset. Detta i och med den juridiska principen att en rättslig åtgärd inte ska innebära större skada än allvarligheten i den ursprungliga lagöverträdelsen. Undantaget ska dock tillämpas restriktivt och det är den som åberopar att undantag ska ske som har bevisbördan att det föreligger ett allmänintresse. Ekonomiska intressen med direkt koppling till avtalet i fråga, såsom kostnader för förseningar, nytt upphandlingsförfarande, byte av leverantör och rättsliga skyldigheter i samband med ett ogiltigförklarande, ska normalt sett inte anses utgöra tvingande hänsyn till ett allmänintresse.¹³

Det mest betydelsefulla dokumentet i en offentlig upphandling är förfrågningsunderlaget. Det kan ses som själva hjärtat av upphandlingen.¹⁴ Därför ställs krav på både utformare och utformningen av förfrågningsunderlaget. Då förfrågningsunderlaget är förutsättningen för hur resten av upphandlingsprocessen kan komma att se ut, riskerar brister i underlaget leda till problematiken att det avtal som slutits inte är det mest fördelaktiga. Redan initialt är det alltså av vikt att arbetet kring en upphandling blir utfört korrekt med ett tydligt förfrågningsunderlag, då det som ram för upphandlingen kommer att styra upphandlingens fortgång och utfall. Det framgår även av rättspraxis att detta leder till att höga krav ställs på den upphandlande myndigheten. Högsta förvaltningsdomstolen har i en dom förkunnat att

¹² Pedersen, K. (2013). s. 157.

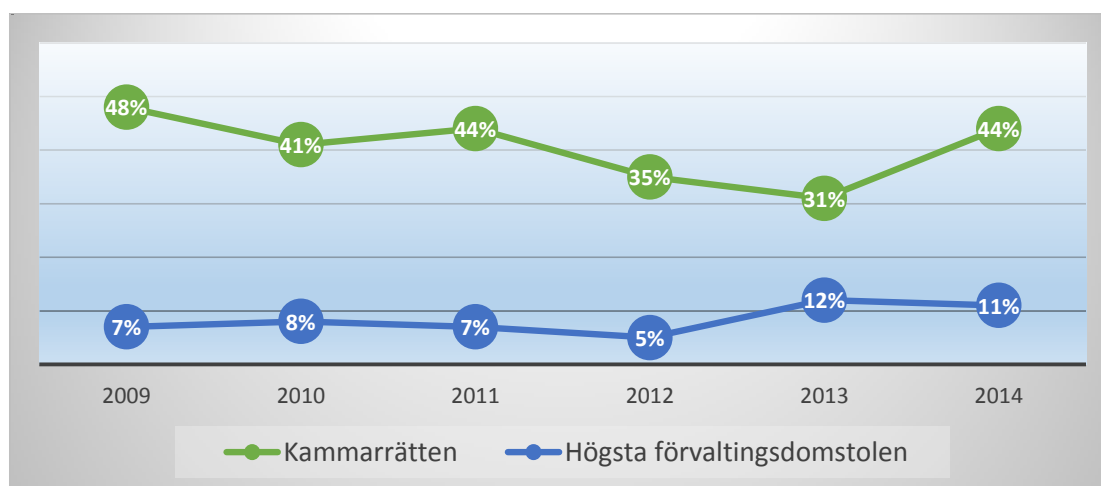
¹³ SFS 2007:1091. *Lag om offentlig upphandling*. 16 kap. 14 §.

¹⁴ Pedersen, K. (2013). s. 79.

förfrågningsunderlaget ska vara tydligt utformat så att en eventuell leverantör på förhand ska förstå vilka kriterier som upphandlingen kräver.¹⁵

Reprimander och sanktioner som den upphandlande enheten kan använda sig utav ligger i förgrund för denna studie. En leverantör kan lämna in en ansökan om överprövning om denne anser sig ha lidit eller kommit till skada till följd av att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelserna i LOU.¹⁶ Andelen ansökningar om prövningstillstånd på upphandlingar har ökat markant de senaste åren, precis som om till antal andelen överprövningar. I och med denna ökning ställs allt högre krav på den upphandlande myndigheten i samma takt. 2009 inkom 2 083 stycken ansökningar om prövningstillstånd till förvaltningsdomstolar, 2013 låg samma siffra på 3 201 stycken. Den andel överprövningsmål av prövningsansökningarna som prövats i domstol mellan 2009 till 2014 i de berörda förvaltningsdomstolarna illustreras nedan.¹⁷

FIGUR. 1. Överprövningsstatistik år 2009-2014.



För att initialt exemplifiera de svårigheter som en avtalshävning kan innebära, har ett rättsfall hämtats från Hovrätten i Skåne och Blekinges län. Där avgjordes ett mål där ett flertal kommuner tillsammans hade upphandlat livsmedel av företaget Menigo. Efter att avtalet ingåtts höjde Menigo priserna på vissa av produkterna.¹⁸ Kommunerna ansåg att detta utifrån upphandlingsrätten innebar en väsentlig avvikelse från kontraktet och valde således att häva avtalet. Menigo överklagade detta till tingsrätten, vilken dömde i enlighet med kommunernas

¹⁵ Pedersen, K. (2013). s. 79.

¹⁶ Pedersen, K. (2013). s. 158.

¹⁷ Lukkarinen, J., m.fl. Konkurrensverket. (2015). *Siffror och fakta om offentlig upphandling. Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014*. s. 75.

¹⁸ Hovrätten över Skåne och Blekinges län mål nr T 536-13.

linje. I hovrätten ändrades domen sedan de gjorde bedömningen att prisavvikelserna i sak var avvikande från avtalet, men att dessa utifrån avtalsrätten inte var väsentliga. De hänvisade till den juridiska principen att avtal som regel ska hållas. Vidare gjorde hovrätten bedömningen med grund av att den avtalspart som vill häva ett avtal behöver skicka ut en skriftlig begäran om rättelse, och i det fall motparten inte vidtagit denna rättelse utan dröjsmål får avtalet sedan hävas. Kommunerna hade i detta fallet inte skickat ut en formell begäran om rättelse.

Detta exempel visar på en motsättning mellan upphandlingsrätten och avtalsrätten. Ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv har de upphandlande myndigheterna skyldighet att uppfylla de principer som finns för att upprätthålla konkurrensen och ett effektivt användande av de offentliga medlen. För att kunna göra detta behöver de se till att det avtal som slutits också efterlevs, och i de fall de inte följs inneha sanktionsmöjligheter. Risker finns alltså som rättsfallet visar, att upphandlande myndighet inte kan häva ett avtal som inte uppfyller avtalsinnehållet tillräckligt utifrån LOU. Därför blir det intressant att studera hur upphandlande enheter kan säkerställa effektivt användande av offentliga resurser och främja konkurrensen som är de två främsta syften LOU har.¹⁹

1.4 Syfte

I och med att den offentliga sektorn ska säkerställa att avtalen är fördelaktiga och ger medborgarna det mest kostnadseffektiva och gynnande alternativet, kan det antas vara av betydande vikt att upphandlande enheter också har verktygen som krävs för att uppnå detta.

Komplexiteten i att avbryta ett avtal kan innebära konsekvenser för en kommun och deras medborgare. Eftersom det är av offentliga medel en upphandling finanseras påverkar utfallet av upphandlingen hela samhällsekonomin och kan således leda till konsekvenser inom flera sektorer, inte enbart för den upphandlande enheten.

Med den nämnda diskussionen som förts kring hur komplex och mångsidig den offentliga upphandlingen är, vill studien påvisa vilka möjligheter och svårigheter som upphandlande myndighet kan påträffa gällande hävande av avtal. De aparta lagrum som den offentliga upphandlingen regleras av är av väsentlighet för att kunna studera potentiella dilemman kring

¹⁹ Bokwall, C., & Håkansson, L. (2014). *Vad krävs för att kunna häva avtalet?* www.upphandling24.se

avtalshävning. För studiens gång är det även av relevans att studera de former av styrmedel och verktyg som en upphandlande enhet kan använda sig utav.

Syftet med studien är således att undersöka vilka möjligheter och svårigheter en upphandlande myndighet kan stå inför om ett avtalsbrott inträffar eller upptäcks under pågående avtal. Syftet är då att bringa utökad kunskap om och belysa potentiella svårigheter som kan uppstå i skuggan av LOU och avtalslagen, där presumtiva dilemman i att häva ett pågående avtal för en upphandlande myndighet är centralt.

1.5 Frågeställning

De forskningsfrågor som studien avser besvara:

Hur kan upphandlande myndigheter säkerställa att avtalen efterlevs?

- Hur ser avtalssituationen ut för upphandlande enhet vid komplikationer i beställt uppdrag?
- Vad har upphandlares sanktionsmöjligheter för praktiska konsekvenser?

1.6 Tidigare litteratur och forskning

Litteratur och forskning att härleda till det specifika syftet för studien var begränsat. Därför användes främst övergripande forskning som berörde det allmänna området offentlig upphandling.

I en artikel ur Förvaltningsrättslig tidskrift från 2010, tar Kenneth Nordback upp väsentligheten av ett välformulerat förfrågningsunderlag. Artikeln handlar om rättsläget vid otydliga förfrågningsunderlag som resulterat i att upphandlingen sedan behövs göras om på nytt.²⁰ Detta ställer krav på förhandsarbetet med förfrågningsunderlaget och innebörden av kompetenta beställare kan därför antas vara betydande.

Offentlig upphandling av tjänster innebär att offentliga uppgifter utförs av privata eller andra ickestatliga organisationer. Bo Rothstein (2010) har i sin bok *Vad bör staten göra?* gjort ett

²⁰ Nordback, K. (2010). *Relevanta "omständigheter" vid ett bristande förfrågningsunderlag*. s. 154.

försök att sammanställa de effekter som tidigare forskare kunnat påvisa som de avgörande villkoren för utfallet av privatisering:

1. De kontrakt som avtalas mellan beställaren och utföraren kan specificeras, eftersom ifall det inte går att specificera vad det är man vill ha, bör man inte förvänas om man får något annat.
2. Beställaren behöver ha resurser till att kunna följa upp utföraren. Exempelvis genom att utvärdera kvaliteten på det som levererats eller kunna avbryta avtal som inte följs.
3. En fungerande konkurrens mellan de olika utförarna kan skapas.²¹

2. Metod

Följande kapitel syftar till att förklara de metoder och orienteringar som studien utvecklar. Motivering av materialval redogörs samt de vägval som studien tagit under arbetets gång.

I Sverige är det framförallt två lagar som reglerar offentlig upphandling: lagen om offentlig upphandling (LOU 2007:1 091) och lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF 2007:1 092). Studien och analysen har tagit sin grund i de ekonomiska och juridiska aspekterna inom offentlig upphandling, därigenom har lagen om offentlig upphandling (LOU 2007:1 091) och avtalslagen (1915:218) utgjort det centrala underlaget.

På grund av ämnets komplexitet fanns faktorer som studien förbisett för att kunna inriktas specifikt på avtal, samt de upphandlande myndigheternas möjligheter att få dem hävda. De juridiska aspekterna har satts i fokus eftersom det är dessa aspekter som är förutsättningen för om utfallet av upphandlingen blir fördelaktigt och rättssäkert. Sedermera har samhällsekonomiska aspekter såsom allmänintresset vägts in, då det finns en spärr i LOU som kan motverka en hävning av ett avtal om det med hänsyn till ett allmänintresse finns skäl för att avtalet ska kvarstå, trots att det enligt lag har upprättats på felaktiga grunder.²² Avgränsningen att enbart studera svensk upphandling beror på att när ett avtal tecknas upphör LOU, som är internationellt utformad genom EU-direktiv, och istället berörs nationell

²¹ Rothstein, B. (2010). *Vad bör staten göra?*. s. 259 f.

²² SFS 2007:1091. *Lag om offentlig upphandling*. 16 kap. 14 §.

lagstiftning som i Sverige regleras av avtalslagen. För att studien skulle kunnat appliceras på internationell forskning hade det krävts en analys av varje berört lands nationella lagstiftning kring avtal, något som inte hade varit konkret möjligt eller hade bidragit ytterligare för studiens syfte.

Studien har utgått från en kvalitativ metod genom utgångspunkten från induktiv teori där tolkning av data och dokumentation är av stor relevans.²³ Det vetenskapliga synsättet i förhållande till den kvalitativa metoden har i studien utgångsläge i det hermeneutiska. Eftersom det hermeneutiska synsättet innebär att man ser metoden som en tolkning av fenomenet *hävda avtal* framför att försöka finna en generell sanning ansågs det vara det synsättet som lämpade sig i förhållande till studiens utgångspunkt.²⁴

Det metodval som var mest fördelaktigt i relation till studiens syfte var dokumentstudie och analysering av olika styrdokument, såsom de avtal som upphandlats, beslut om hävning av avtal, skriftliga varningar till leverantörer samt de riktlinjer kring avtal som finns.

Det är upphandlingsavtalet som utgör ramen för utfallet av den upphandlade varan eller tjänsten och därför var kopplingen mellan avtalet och de fallen där avtal hävts av relevans. Detta för att dra eventuella slutsatser hur den upphandlande enheten nyttjat de lagrum som reglerar upphandlingen samt avtalsrätten.

För att finna en reliabilitet och en validitet i de metoderna som använts har en ansats gjorts för att bedöma om så är fallet utifrån den dokumentation kring hävning av avtal som funnits tillgänglig. Detta komplicerades av det faktum att det inte fanns någon samlad statistik eller dokumentation tillgänglig om hävda upphandlingsavtal, vilket i sin tur ledde till det var problematiskt att finna goda förkunskaper inom det specifika området. Validitetsproblemet som uppkom är det faktum att hävning av avtal inom offentlig upphandling regleras av olika lagar och att det som specifikt forskningsområde inte är utforskat i hög grad. Det ledde i sin tur till att det var komplicerat att utläsa hur valida dessa dokument och riktlinjer studien tagit del av är i realiteten. För att lösa validitet- och reliabilitetsproblem som kunnat uppstå förefall en fallstudie vara den mest lämpade metoden.

En alternativ metod som studien kunnat utgå ifrån om syftet hade varit mer allmänt angående LOU, hade kunnat vara intervjuer. Det hade varit applicerbart om studien haft som syfte att

²³ Bryman, A. (2011). *Samhällsvetenskapliga metoder*. s. 341.

²⁴ Bryman, A. (2011). s. 32.

undersöka hur de upphandlande enheterna själva upplever situationen och inflytande i pågående avtal. Detta var dock inte av relevans för denna studie där forskningen främst stöds av de juridiska förutsättningarna som föreligger och det ansågs därför inte tillföra vidare kunskap att tillämpa enheternas egna uppfattningar i studien.

Att välja en annan typ av metod som exempelvis en kvantitativ metod med utgångspunkt i statistisk data, ansågs inte vara ett alternativ då det inte fanns en samlad statistik för området. Då en kvantitativ metod med en deduktionsteori hade ställt krav på god tillgång av statistik och verifierad data var detta inte är aktuellt gällande studiens utgångspunkt. Möjligen hade ett annat resultat framkommit vid en ansats att samla in statistik, men då det fanns bristfälligt med insamlad statistik gällande hävning av avtal hade det varit motsägelsefullt att välja den metoden då det skulle föreligga betydande risk att detta skulle leda till det reliabilitetsproblem där siffrorna inte var tillförlitliga. Att utgå från den valda kvalitativa forskningsmetoden ansågs mest lämpad i förhållande till frågan eftersom teorin växte fram under tiden då dokumentstudien utfördes.²⁵

2.1 Dokumentinsamling och bearbetning av data

Studien är byggd som en dokumentstudie som utgår ifrån dokument som insamlats från Upphandlingsbolaget vilket är den enhet i Göteborgs stad som hanterar de flesta upphandlingarna för stadens räkning. I studien har även dokument från andra berörda myndigheter i Sverige utgjort underlag, till viss mån domar gällande hävning av avtal samt en liten del statistik gällande överprövningar. Då studien fokuserats på eventuella hävningar av avtal och upphandlande myndigheters handlingsutrymme i detta, har studien även byggts utifrån olika styrdokument. Analys av rättspraxis gällande fallen har även varit av relevans då många av hävningarna som utförts hänvisat till dessa.

Vidare kan dessa delar även syfta till processen att fatta viktiga beslut i en verksamhet, exempelvis utarbetande av olika program, inriktningsmål, ekonomiska prioriteringar och beslut fattade beroende på vad de får för konsekvens för organisationen. Policies kan ses som

²⁵ Bryman, A. (2011). s. 344.

politiska, organisatoriska, ekonomiska och administrativa mekanismer som skapats för att nå ett eller flera mål.²⁶

Från de dokument som Upphandlingsbolaget lämnat ut gällande hävda avtal har informationen bedömts och strukturerats för att kunna stödja en teori. Från dokumenten har lagarna kompletterat denna studie och givit en förståelse för de olika dokumenten. Utifrån dokumenten och föreliggande lagar har en generalisering uppnåtts för att konkretisera vilka tendenser som kunnat urskiljas ur de sex fallen som dokumenten utgjort. Uppgiftslämnaren vid Upphandlingsbolaget besvarade även ett antal kompletterande frågor gällande avtalshävning, vilket gav en tydligare inblick i hur de kunnat agera i situationer när hävning varit aktuellt.

2.2 Fallstudie

Valet av en fallstudie var mest lämpat för studiens resultatredovisning för att därigenom påvisa studieobjektets eventuella problematik och möjligheter under avtalstiden. Då det inte fanns en samlad statistik gällande hävda avtal, behövdes offentliga handlingar begäras ut av berörda upphandlingsmyndigheter eller via de berörda domstolarna. I studiens initialskede kontaktades ett tiotal myndigheter och domstolar för att på så vis ta del av dokument kring upphandlingar som hävts. Någon samlad statistik eller ärendehantering kring avtalsbrott fanns inte på någon av de myndigheter som kontaktats. Upphandlingsbolaget var den myndighet som var mest tillmötesgående och hade möjligheten att leta fram flest ärenden till antal av de dokument som krävdes för studien, varvid valet av Upphandlingsbolaget som studieobjekt för fallstudien föll sig rimligt.

Dokumenterna som tillhandahölls från uppgiftslämnare Charlotta Ståhlberg, upphandlingsjurist vid Upphandlingsbolaget, innehöll praktiska exempel på de olika former av reprimander och sanktioner som bolaget använt sig utav då det skett ett eventuellt avtalsbrott. Detta var sex olika ärenden som uppkommit till följd av oenigheter gällande rådande avtal.²⁷

²⁶ Almqvist, R. (2006). *New public management- om konkurrensättning, kontrakt och kontroll*. s. 36 ff.

²⁷ Upphandlingsbolaget, Göteborgs stad: Dnr. 328/14, Dnr. 309/13, Dnr. 319/12, Dnr. 260/12, Dnr. 433/14, Dnr. 314/12, Dnr. 140/14.

Kompletterande frågor ställdes även till uppgiftslämnaren för att vidare klargöra innehållet i dokumenten.²⁸

För att studien skulle kunna nå en form av konkluderande slutsats gällande de berörda fallen studerades dokumenten och jämfördes med de lagrum som Upphandlingsbolaget hänvisade till. Detta dels för att kunna skapa en mer konkret bild av vilka fall som kan leda till en avtalshävning samt för att undersöka om det finns kontextuella likheter som kan generaliseras i slutsatsen.

3. Offentlig upphandling

Offentlig upphandling är i och med sin omfattning en betydande del av den svenska ekonomin. Den nuvarande LOU upprättades för att gynna ett mer marknadsmässigt synsätt i den offentliga förvaltningen som en del i ett resultat av vad som brukar kallas New public management (NPM). Principerna inom LOU ligger till grund för att generera en god konkurrens och effektivitet. Det ekonomiska syftet med offentlig upphandling är att lagen ska maximera den ekonomiska effektiviteten på kort och lång sikt. Innebörden av det är att den leverantör som kan ge den lägsta produktionskostnaden till på förhand ställda kvalitetsmål ska vinna upphandlingen.²⁹ Det juridiska syftet med offentlig upphandling är som tidigare nämnt inte för att säkerställa en tillfredställande upphandling för Sverige utan för att möta EU-direktiven om en inre marknad utifrån principerna fri rörlighet för varor och tjänster, likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen vilka beskrivs närmare nedan.³⁰

De fem principer i EU-direktivet som ligger till grund för LOU:

1. Icke-diskrimineringsprincipen – innebär att det är förbjudet att diskriminera en leverantör på grund av nationalitet. Upphandlande enhet får inte ställa krav i förfrågningsunderlaget som

²⁸ Charlotta Ståhlberg, upphandlingsjurist. Upphandlingsbolaget, Göteborgs stad. E-post. 2015-12-03.

²⁹ Pedersen, K. (2013). s. 34 ff.

³⁰ Bergman, M. (2011). s. 41.

det är uppenbart att endast svenska leverantörer känner till eller kan uppfylla. Varor eller tjänster som enbart tillverkas i Sverige kan dock köpas.

2. Likabehandlingsprincipen – innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar i upphandlingen som möjligt. Information av relevans måste finnas tillgänglig för alla anbudsgivare vid samma tillfälle.

3. Transparensprincipen – innebär att upphandlingar ska präglas av förutsebarhet och öppenhet. Detta medför att information om upphandlingen ska annonseras offentligt och att inga nödvändiga uppgifter kring upphandlingen hemlighålls. Förutsättningarna för upphandlingen får heller inte ändras under upphandlingens gång.

4. Proportionalitetsprincipen – innebär att kraven som ställs av den upphandlande myndigheten i upphandlingen inte får gå utöver nödvändigt. Det ska stå i samband med, och i rimlig proportion till det som ska upphandlas.

5. Principen om ömsesidigt erkännande – innebär att medlemsstaterna är skyldiga att acceptera och erkänna handlingar som intyg, betyg och certifikat som utfärdats av de andra medlemsstaternas behöriga myndigheter.³¹

Upphandlingsmyndigheten har översatt detta till fem punkter om vad den offentliga upphandlingen i Sverige finns till för:

- ”främja kostnadseffektivt användande av skattemedel
- främja fri rörlighet inom EU
- undanröja ageranden som begränsar konkurrens
- underlätta för företag att göra affärer med offentlig sektor
- se till att det företag som säljer de efterfrågade varorna, tjänsterna eller entreprenaderna till de mest förmånliga villkoren vinner.”³²

3.1 Upphandlingsprocessen

När den upphandlande enheten har valt ett upphandlingsförfarande anses en upphandling vara påbörjad. EU-direktivet och LOU reglerar förloppet som sker under själva

³¹ Pedersen, K. (2013). s. 34 ff.

³² Upphandlingsmyndighetens hemsida. *Om regler för upphandling*. www.upphandlingsmyndigheten.se

upphandlingsprocessen. När upphandlare och leverantör har tecknat avtalet är upphandlingen avslutad och LOU inte längre tillämplig. Den nationella avtalsrätten i varje medlemsland är istället tänkt reglera vad som händer under avtalstiden.³³

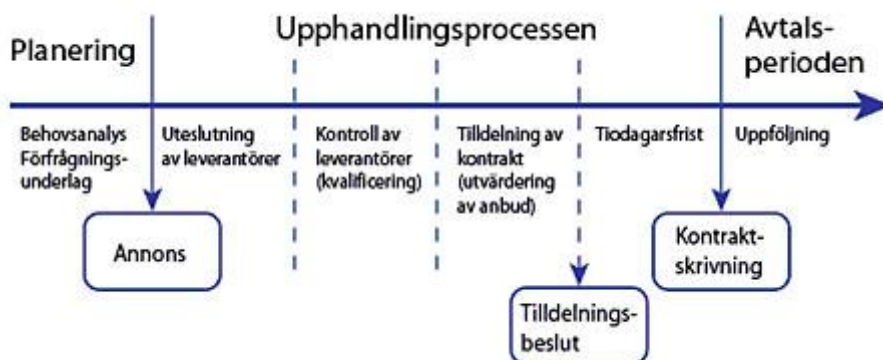
Upphandlingsprocessen initieras med att en behovsanalys upprättas över vad som behöver utföras och vad som krävs för att få det utfört. Efter det formuleras ett förfrågningsunderlag och det skapas en annons. I annonsen informeras de potentiella leverantörerna om att myndigheten vill uppföra en upphandling samt vad det är som ska upphandlas. I förfrågningsunderlaget görs en tydligare specifikation om hur upphandlingen ska gå tillväga och vilka krav som ställs på den eventuella leverantören samt vilka kriterier som gäller den aktuella upphandlingen. Därefter kan leverantörer som är kvalificerade utifrån förfrågningsunderlaget lämna anbud. Efter att anbudstiden har löpt ut granskar den berörda myndigheten anbuden och kontrollerar att dessa följer de krav som har efterfrågats. De anbud som motsvarar dessa krav går vidare till utvärderingsfasen där myndigheten fastställer vilket anbud som ska antas. Därefter fattas ett tilldelningsbeslut som alla anbudsgivare kan ta del av. Av detta tilldelningsbeslut framgår det vilken leverantör som vunnit upphandlingen. Därefter startar det som kallas avtalsspärr vilket innebär att det måste gå tio dagar innan ett avtal kan slutas. Under denna tidsfrist kan en överprövning från andra leverantörer lämnas in hos förvaltningsrätten. Då denna tidsfrist löpt ut kan den upphandlande myndigheten och anbudsvinnaren teckna avtal. Efter det ingåtts ett avtal följer en avtalsperiod där myndigheten kontrollerar att leverantören uppfyller de krav som ställts på förhand.³⁴ En anbudsgivare är bunden till det anbud denna har lämnat fram tills att tidsfristen för upphandlingen löpt ut, oavsett om denna anbudsgivare vinner upphandlingen eller inte.³⁵ Efter att avtal med en leverantör tecknats kan annan leverantör ansöka om prövningstillstånd i domstol om leverantören anser att avtalet bör förklaras ogiltigt med hänvisning till att själva upphandlingsförfarandet inte gått till förenligt med EU-direktivet och LOU.

³³ Pedersen, K. (2013). s. 26.

³⁴ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 16.

³⁵ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 126.

FIGUR. 2. Upphandlingsprocessen. Munkedals kommuns hemsida.³⁶



3.2 Förfrågningsunderlaget

Det är i förfrågningsunderlaget som den upphandlande myndigheten ska klargöra och precisera vad som förväntas med upphandlingen. Förfrågningsunderlaget regleras av kap. 2 i LOU och är det underlag för anbud som en leverantör kan ta del av. I enlighet med kap. 12 i LOU ska en upphandlande myndighet välja anbud baserat på lägsta pris utifrån ett förfrågningsunderlag. Annonsering och förfrågningsunderlaget ska innehålla de kriterier som ska uppfyllas och vilken kvalitet som krävs. Det är av stor vikt att det är tydligt vad den upphandlande myndigheten kräver så att en eventuell leverantör kan ta ställning till om det är aktuellt att delta i anbudsgivningen. I de obligatoriska krav som ställs ska det inte finnas utrymme för tolkning.³⁷ Ett förfrågningsunderlag består oftast av tre delar där varje del utgörs av de olika krav som finns: en del består de krav som myndigheten ställer på leverantören, tilldelningskriterier, vilka utvärderingsgrunder samt tekniska specifikationer som finns. Den andra delen består av avtalsvillkoren och den tredje delen innehåller de administrativa bestämmelserna såsom uppgifter om upphandlingsförfarande, anbudstid och anbudets giltighetstid. En ändring i förfrågningsunderlaget behöver göras på tydliga grunder då en ändring bli en fråga om en väsentlig förändring vilket i så fall kan leda till att upphandlingen måste göras om på nytt, då det är i strid mot LOU att ändra villkoren i en pågående upphandling. Exempelvis får inte en upphandlande myndighet begära in uppgifter som inte efterfrågas i förfrågningsunderlaget såvida det inte berör förtydligande eller kompletteringar. Därför finns det mycket begränsat utrymme för att en upphandlande myndighet ska ha

³⁶ Munkedals kommuns hemsida. *Hur går en upphandling till?* www.munkedal.se

³⁷ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 75.

möjlighet att ändra prövningskriterierna under den pågående upphandlingen.³⁸ En upphandlande myndighet får inte skriva ett förfrågningsunderlag så att det leder till att vissa leverantörer gynnas genom exempelvis att förfrågningsunderlaget hänvisar till eller kräver ett patent eller en viss specifikation som enbart ett specifikt företag tillhandahåller. Annonsen för upphandlingen måste även vara allmänt tillgänglig men andra former av annonsering kan dock vara godtagbart om det kan anses föreligga tillräcklig konkurrens.³⁹

3.2 Hävning av avtal

För att upphandlande enheter ska kunna hantera att utfallet skiljer sig från avtalet, är de viktigaste verktygen att använda sig utav de sanktionsmöjligheter som på förhand finns inskrivna i avtalet. En förutsättning för detta är att sanktionsmöjligheter i huvudtaget finns inskrivna. Att upphandlande enhet kan säkerställa att avtalen efterlevs är av vikt för konkurrensen, i och med att om det inte följs upp att leverantören levererar enligt avtalet, skulle en leverantör som potentiellt avstått från eller förlorat upphandlingen på det specifika kriteriet ha kunnat lämna anbud och bidra till konkurrensen i upphandlingen.

I de fall situationen inte går att lösa med de uppsägningsvillkor som finns i avtalet kan upphandlare använda sig av hävning med stöd i avtalslagen. Ett avtal kan alltid hävas oavsett om det finns inskrivet i avtalet eller inte, då detta regleras i avtalslagen och därmed gäller alla avtal. Hävning är den allvarligaste formen av sanktion och för att kunna tillämpas krävs att motparten har gjort sig skyldig till ett väsentligt avtalsbrott. Definitionen av detta finns inte inskrivet i avtalslagen, utan bygger från praxis på de omständigheter som finns formulerade. Väsentlighetsprincipen är en allmän avtalsrättslig princip som regleras i särskilda lagar som köplagen, konsumenttjänstlagen och andra lagar.⁴⁰ För att för ena parten ska kunna häva ett avtal krävs att den som vill häva avtalet avger en hävningsförklaring som ska ges inom skälig tid, detta för att inte den skadelidande parten ska kunna spekulera på bekostnad av den andra parten. Om inte den skadelidande parten meddelar motparten inom skälig tid förfaller hävningsrätten.⁴¹

³⁸ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 76.

³⁹ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 127.

⁴⁰ Ramberg, J. & Ramberg, C. (2014). s. 208 ff.

⁴¹ Avtalslagen 2010. 11.3.1 *Förutsättningar för hävning*. www.avtalslagen2010.se.

I bedömningen om avtalsbrottet i fråga är väsentligt ska bland annat följande tas hänsyn till: ”Den drabbade parten går miste om det som denne huvudsakligen hade rätt att förvänta sig enligt avtalet, om avtalsbrottets väsentlighet var synbar för den avtalsbrytande parten vid avtalets tecknande eller vid avtalsbrottet och om det av avtalet framgår att avtalsbrott av den aktuella typen är allvarligt.”⁴²

I bedömningen vägs även den avtalsbrytande partens medvetenhet in. I de fall där den avtalsbrytande parten inte rimligen kan ha förutsett konsekvenserna är det svårt att motivera ett väsentligt avtalsbrott. I bedömningen utgår det från vad en normalt sett medveten och begåvad avtalspart skulle kunnat förutse. Även ett mindre avtalsbrott kan anses vara väsentligt om det från partens sida sker avsiktligt och på så vis innebär att den andra parten tappar förtroendet för den andra, eller att det genom andra sätt finns skäl för ena parten att misstro motparten avseende framtida prestationer. Vid bedömningen om avtalsbrottet är väsentligt och ska leda till rättsliga åtgärder, ska hänsyn tas till om den drabbade partens intressen kan tillgodoses genom andra påföljder än hävning, samt om den avtalsbrytande parten skulle drabbas oproportionerligt hårt av en hävning.⁴³

I de regler och den praxis som finns kring upphandling är möjligheten att ändra ett redan tecknat avtal begränsad. Inom upphandlingslagstiftningen innebär väsentliga ändringar i ett befintligt kontrakt en ny upphandling och blir således en otillåten direktupphandling som strider mot 1 kap. 9 § LOU. I och med att det i så fall gått fel till i själva upphandlingsförfarandet kan kontraktet komma att förklaras ogiltigt av domstol.⁴⁴ I de lagar och direktiv som styr upphandlingen finns det inte reglerat hur parterna i ett avtal som ingåtts genom LOU sedan kan häva avtalet. Ur avtalsrättslig synpunkt är det inte säkert att dessa ändringar av avtalet kan ligga till grund för att ena parten väsentligt ändrat avtalet och man kan i så fall heller inte häva avtalet med stöd i avtalslagen.

3.3 Avbrutna upphandlingar

Nio procent av alla upphandlingar som påbörjas avbryts i förtid. Detta kan bero på att det funnits brister i förfrågningsunderlaget, vilket lett till att upphandlingen behöver börjas om på

⁴² Konkurrensverket. (2014). *Avtalsuppföljning av vård och omsorg - Vägledning från konkurrensverket* 3. s. 35.

⁴³ Avtalslagen 2010. 11.3.1 *Förutsättningar för hävning*. www.avtalslagen2010.se.

⁴⁴ Bergman, M., m.fl. (2011). s. 76.

nytt. Sedan 2009 har den totala andelen avbrutna upphandlingar ökat årligen. Detta varierar i olika branscher där anläggningsarbete är den typ av upphandling som avbryts mest.⁴⁵ Av de upphandlingar som annonserades under 2014 blev 7,6 % överprövade till domstol.⁴⁶ Av dessa beviljades av domstolen prövningstillstånd för 44 % av fallen. När de avgjordes i domstolen fick den upphandlande myndigheten rätt i 75 % av fallen. Det har skett en stadig ökning av den siffran de senaste åren, då den som jämförelse låg på 61 % 2011.⁴⁷

4. Teori

Framväxt av den offentliga upphandlingen

Offentlig upphandling tar sin grund i diverse teorier och politiska argument. I kapitlet nedan diskuteras några av de inflytningsrika teorier och hur de har påverkat den offentliga upphandlingen som finns idag. Både ekonomiska incitament och hur lagstiftningen har inverkat.

4.1 New public management

New public management kan ses som den förändring som skedde på 1990-talet då marknaden hamnade i fokus och marknadsinflenser introducerades i den offentliga sektorn genom att utförarmodeller, resultatstyrning och resultatenheter uppkom.⁴⁸ Verktyg såsom målstyrning blev centralt och den offentliga sektorn började mer och mer arbeta för att efterlikna den privata. Grundidéerna utifrån de traditionella synsätten var att ledarskapsegenskaperna inom den offentliga sektorn skulle bytas ut mot mer företagsliknande styrning i form av tydliga målformuleringar och en noggrann uppföljning av dessa. Styrning och kontroll där olika former av mätningar, exempelvis av prestation och kvalitet samt en strängare finansiell kontroll skulle leda till en ökad effektivisering.⁴⁹ Den ökade konkurrensen skulle även den

⁴⁵ Lukkarinen, J., m.fl. Konkurrensverket. (2015). s. 49.

⁴⁶ Lukkarinen, J., m.fl. Konkurrensverket. (2015). s. 68.

⁴⁷ Konkurrensverket. (2014). s. 75.

⁴⁸ Almqvist, R. (2006). s. 43.

⁴⁹ Almqvist, R. (2006). s. 26.

gynna effektiviteten och ge en högre kvalitet. Detta kan ses som effekter av NPM i den offentliga upphandlingen där även lagen implementerats genom dessa influenser.⁵⁰

Forskning gällande kostnadseffekter med anbudskonkurrens inom den offentliga sektorn har påvisat att en av effekterna av anbudskonkurrens är en förbättrad teknisk produktivitet genom hushållning av insatta resurser och eliminering av organisatoriskt slarv. För svensk ekonomi finns det forskning som tyder på att anbudsupphandling inom exempelvis äldreomsorgen har gett en genomsnittlig besparing på 12 %. Kontraktstyrning i samband med NPM kan ses i utkontraktering, som inom offentlig sektor innebär att en viss verksamhet läggs ut på en annan aktör att utföra den utkontrakterade verksamheten. I detta finns aspekter som kan gynna den offentliga förvaltningen såsom specialisering av verksamheten, då istället för att själv utföra sådant man inte huvudsakligen arbetar med kan man utkontraktera dessa delar.⁵¹

4.2 Konkurrens

NPM kan ses som en marknadslösning som i sin tur ska leda till ökad konkurrens vilket i sin tur ska leda till en förbättrad produktivitet och effektivitet. Att utsätta den offentliga sektorn för konkurrens anses vara ett sätt att försäkra sig om att verksamheterna blir kostnadseffektiva. Enligt marknadsteori maximeras därigenom både prestationsförmågan och kvaliteten om flera olika aktörer konkurrerar om rätten att leverera en offentlig service under avtalad tidsperiod. Marknadslösningar innebär en valfrihet som gör det möjligt att förbättra den fördelningsmässiga effektiviteten. Konkurrenssättning genom upphandlingar minskar producenternas makt och ökar därmed marknadseffektiviteten eftersom en effektiv marknad kan anses föreligga när utbud och efterfrågan är av ungefär samma vikt. Kritiker anser dock att denna form av konkurrenskrig kan leda till att kvaliteten på varor och tjänster försämras då det inte finns tillräckligt stora incitament att leverera god kvalitet. Detta riskerar istället att leda till kostnadsreduceringar som i sin tur skulle försämra kvaliteten.⁵² Då de direktiv som ligger till grund för upphandling ska främja konkurrensen, kan det således föreligga en risk att större hänsyn tas till bästa pris och att då kvalitet blir svårare att kräva.

⁵⁰ Almqvist, R. (2006). s. 39.

⁵¹ Almqvist, R. (2006). s. 42 ff.

⁵² Almqvist, R. (2006). s. 39 ff.

Det finns en paradox i att man politiskt vill uppnå målet en ökad konkurrens genom att reglera upphandlingen hårdare, då det ger effekten mindre handlingsutrymme för de upphandlande myndigheterna.⁵³ Då privata företag väljer leverantör kan de använda sig av ryktesmodellen. En leverantör man sedan tidigare erfarit ha låg kvalitet eller som har det ryktet om sig, kan ett privat företag helt enkelt avstå från att använda sig av. Den möjligheten finns inte för upphandlande myndigheter.⁵⁴ Det ligger därför nära till hands att anta att detta skapar ett högre behov av uppföljning och kontroll för upphandlande myndigheter att säkerställa att de kontrakt som tecknats med leverantörerna också följs. Utöver dessa eventuella kostnader för uppföljning och kontroll, uppstår även transaktionskostnader i form av själva förberedelserna och genomförandet av upphandlingsprocessen.⁵⁵ Definitionen av transaktionskostnader innebär de kostnader som uppstår när köpare och säljare ska finna varandra på en marknad och bestämma avtal om pris, kvalitet eller andra omständigheter som uppstår dem emellan i transaktionen samt även kostnader för att säkerställa att kontrakten efterlevs. Dessa kostnader uppstår genom köpare och säljares behov av förhandling, införskaffande av information och kontroll. Parterna kan i detta ha ett intresse att dölja information från varandra, alltså kan en informationsasymmetri uppstå, vilket på så vis kan öka kostnaderna ytterligare för att ta fram information kring detta.⁵⁶

Ju tydligare upphandlingsprocessen är desto enklare är det att i efterhand kunna utkräva ansvar.⁵⁷ Prisskillnader är enklare att föra process om i domstol vid kontraktsbrott än bristande kvalitet. För beställaren kan dock kvaliteten vara av lika hög innebörd för utfallet av avtalet, men kvalitet är i sig svårare att mäta.⁵⁸

Utgångspunkten varför idén om konkurrens vill uppnås i offentlig upphandling är för att vinstintresset de privata företagen har, kan bidra med en ökad effektivisering. Det skulle också kunna innebära enbart ökade vinster och på så vis inte ge någon kostnadseffektivisering för upphandlande myndigheter. Därför är en fungerande konkurrens av vikt i upphandlingsprocessen. Det är förekommande att endast fåtal anbud inkommer. Ju fler anbud som inkommer till upphandlingarna, tenderar priset för upphandlande enhet i slutändan att bli

⁵³ Bergman, M., m.fl. (2005). *Den svåra beställarrollen*. s. 62 f.

⁵⁴ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 66.

⁵⁵ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 64.

⁵⁶ Rothstein, B. & Blomqvist, P. (2008). *Välfärdsstatens nya ansikte*. s. 38 f.

⁵⁷ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 197.

⁵⁸ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 66.

lägre.⁵⁹ Det är svårt att bestämma exakt hur många anbud som behövs då det kan skilja sig stort beroende vilken typ av vara eller tjänst som ska beställas, tumregeln är dock minst 4 anbud.⁶⁰ Den största konkurrensförbättringen ska dock ske när antalet företag ökar från 1 till 2 och vid 5-6 anbud menar forskare att det går att räkna med en väl fungerande konkurrens⁶¹

Det ställs höga krav på upphandlande myndighet att utforma ett tydligt förfrågningsunderlag, i och med att det står till grund för de anbud som kommer att inkomma. Är förfrågningsunderlaget otydligt kan leverantörer riskera avskräckas och en högre vinstmarginal behöva läggas på anbuderna för att kompensera för osäkerheten.⁶²

För att utföraren ska utföra en viss kvalitet krävs incitament, och även uppföljning från beställarens sida för att man ska kunna kontrollera detta utifrån det som avtalats i kontraktet. Kvalitet är svårt att mäta då det är svårformulerat och genom det även svårt att uppfölja.⁶³ Offentliga beställare upphandlar ofta åt andra genom att offentlig sektor tillhandahåller service till medborgarna. Det innebär en utmaning för upphandlare att kunna kontrollera att det avtalade uppfylls. Att kunna göra detta innebär att krav ställs på upphandlande myndigheter att dels kunna formulera medborgarnas behov och att säkerställa att servicen tillhandahålls genom att den mest lämpade utföraren vinner anbudet. Att häva kontrakt med leverantörer som erbjuder service åt medborgare blir därför komplext då det i många fall inte är möjligt att stå utan leverantör och samtidigt uppfylla den skyldighet de har att erbjuda medborgarna service. För att beställaren ska kunna häva ett avtal ska det dessutom gå att verifiera att den avtalade kvaliteten inte har uppnåtts. En förutsättning för detta är att kvaliteten i huvudtaget gått att definiera på förhand i avtalet. Offentlig upphandling av den typen av servicetjänster kan dock även i och med detta inneha den effekten att de offentliga beställarna tvingas att arbeta för att diskutera och formulera tydliga kvalitetskriterier.⁶⁴

Det är heller inte alltid helt enkelt för beställarna att veta vad det är de efterfrågar.⁶⁵ Offentliga upphandlingsenheter bör därför ha god tid på sig att utforma ett genomtänkt förfrågningsunderlag, bevaka marknaden, utföra en trovärdig tillsyn och dokumentering av

⁵⁹ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 81 ff.

⁶⁰ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 205.

⁶¹ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 87.

⁶² Bergman, M., m.fl. (2005). s. 108.

⁶³ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 135 ff.

⁶⁴ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 138 ff.

⁶⁵ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 168.

verksamheten.⁶⁶ Detta är exempel på de transaktionskostnader som uppstår i offentlig upphandling.

För de upphandlande enheterna innebär utformandet av förfrågningsunderlaget en utmaning. Kvalitativa egenskaper kan vara svåra att formulera på ett sätt som sedan går att mäta.⁶⁷ Ett väl fungerande avtal ställer krav på tydlighet, att rutiner för kvalitetsuppföljning finns och verktyg för att hantera situationen som kan uppkomma om det utlovade inte följs. I tidigare forskning har stöd funnits för att det i praktiken är vanligt förekommande att upphandlare är missnöjd med leveranserna i huvudsak på två punkter:

- kvaliteten är bristfällig och det är svårt att verifiera detta
- ramavtal där det finns utrymme för leverantörer att manipulera priser på vissa varor så att det blir högt pris på varor/tjänster som används ofta, och lågt pris på mindre förekommande varor/tjänster inom ramavtalet. Detta för att på så vis få bättre värde i utvärderingen av anbuden i upphandlingsprocessen.⁶⁸

Att objektivt kunna konstatera att en bristande kvalitet föreligger är problematiskt. Förfrågningsunderlag och avtal är de dokument som utgångspunkt tas ifrån, men i och med att det är svårt att definiera vissa typer av krav och önskemål riskerar man styra leverantörerna att överfokusera på mätbara kriterier som istället motverkar det egentliga syftet.⁶⁹ Att som upphandlare ställa för hårda sanktionsmöjligheter i avtalen kan också riskera skrämja bort vissa leverantörer och på så vis skada konkurrensen.⁷⁰

4.3 Beställar-/utförarmodellen

En av de marknadsdiscipliner som uppkom i och med introduktionen av NPM i den offentliga sektorn var beställar-/utförarmodellen. Där blev en renodling av de professionella rollerna centralt. En enkel beskrivning av modellen innebär att beställaren är den som vet *vad* som ska presteras och utföraren är den som istället fokuserar på *hur* saker och ting ska presteras.

⁶⁶ Bergman, M., m.fl. (2005). s. 204.

⁶⁷ Bergman, M. (2011). s. 56.

⁶⁸ Bergman, M. (2011). s. 219.

⁶⁹ Bergman, M. (2011). s. 220.

⁷⁰ Bergman, M. (2011). s. 223.

Denna form av marknadsteori ska då bidra till att utförarna strävar efter att producera på ett sätt som gör dem konkurrenskraftiga samt till att beställarna har större valmöjligheter genom att det finns flera alternativ på marknaden. Idén med beställar-/utförarmodellen utgår från att det finns tydligt förväntade effekter och resultat som utföraren ska prestera, vilket i sin tur även medför större krav på utföraren. I teorin kring beställar-/utförarmodellen kan man konstatera att det är helt upp till beställaren att bestämma ramverket för hur en upphandling ska gå till. Beställarens ansvar är att styra och följa upp så att resultatet av upphandlingen sker i linje med de mål och resultat som efterfrågats. Idealet kräver att det finns tydliga riktlinjer och mål för att kunna mäta denna måluppfyllelse.⁷¹

Att upphandling leder till mer renodlade roller kan ses som en tydlig trend i den offentliga sektorn då det finns myndigheter som enbart arbetar med så kallad utkontraktering. Det ställs då högre krav på att det finns en god upphandlingskunskap inom professionen.

Möjligheten att teckna kontrakt för offentliga organisationer har använts under en längre tid framför allt inom bygnadsbranschen. Dock har det de senaste decennierna skett en ökning av utlagda kontrakt inom andra typer av verksamheter såsom inom skola och sjukvård.⁷² Den offentliga organisationen agerar mer som en beställare där den formella strukturen är beställar-/utförarmodellen. Metoden är utformad på det vis att det finns en struktur där utförarsidan utsätts för konkurrens som ska leda till att beställarsidan ska kunna sluta ett avtal med den mest lämpade utföraren, alltså den utförare som utifrån kriterierna kommer agera mest fördelaktigt i beställarens ögon.⁷³

4.4 Kontroll och utvärdering

Teoretiker som analyserat granskning som fenomen på samhällsnivå är Michael Power, med sin teori om granskningssamhället från 1997 och Rosanvallons teori om det motdemokratiska samhället från 2008. Författare i boken Uppdrag offentlig granskning. 2013. kap 2. Johansson, V. & Karlsson, L. problematiserar granskningens konsekvenser i det demokratiska samhället. De menar utifrån ovan nämnda teorier att den offentliga granskningens effekter är bristande

⁷¹ Almqvist, R. (2006). s. 59.

⁷² Almqvist, R. (2006). s. 75.

⁷³ Almqvist, R. (2006). s. 34.

måluppfyllelse genom att det sker en målförskjutning som konsekvens av en ökad byråkratisering.⁷⁴

I deras tolkning av Michael Powers teori om granskningsamhället menar de att aktörer som granskas anpassar sin verksamhet till det som ska granskas och på så vis sker en målförskjutning. Det som går att kvantitativt mäta får således fokus.⁷⁵

Vidare i tolkning av Rosanvallons teori om det motdemokratiska samhället anför att politiskt förtroende är en mekanism som då det är högt eliminerar medborgarnas behov av att granska det politiska styret. Makthavarna får då i sin tur lågt behov av att rättfärdiga sina beslut. För medborgarna att granska makthavarna kan de använda sig av bedömningsmakt för att på så vis ställa beslutsfattarna till svars. Teorin menar att detta ansvarsutkrävande från medborgarnas initiativ kan ske på följande två vis:

- Ökning av användandet av överklagan inom det legala systemet
- Ökning av medialt eller folkligt initierade granskningar

Även inom den offentliga sektorns organisation används interna tekniker för att kontrollera och övervaka att politiska beslut genomförs med avsedda effekter. Det kan ske genom inspektion av regelefterlevnad och revision av offentligt finansierade verksamheters administrativa, politiska och ekonomiska effektivitet.⁷⁶ Utifrån detta kan den granskning som kan utföras i offentlig upphandling passa in i definitionen av granskning utifrån litteraturen, varvid dessa teorier är applicerbara för att studera potentiella effekter av kontroll gentemot leverantörer inom offentlig upphandling. Denna typ av granskning borde därför enligt teorin öka behovet av ansvarsutkrävande genom den ökade regleringen och byråkratiseringen av upphandlingen utifrån de EU-direktiv och lagstifningen som ligger till grund för upphandlingen.

Vidare lyfter författarna att denna ökade byråkratisering riskerar att leda till att det som tjänsteman blir viktigare att *göra saker rätt* än att *göra rätt saker*. Det egna ansvarstagandet för sina handlingar och verksamheten riskeras att stå tillbaka till förmån för att strikt följa

⁷⁴ Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). *Uppdrag offentlig granskning*. s. 42.

⁷⁵ Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). s. 35.

⁷⁶ Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). s. 38 ff.

regelverket istället för att lita till sina professionella bedömningar.⁷⁷ Detta kan styrkas genom en rapport från Sveriges byggindustrier som kartlagt leverantörer i byggbranschens upplevelse av upphandlare, där de slutsatser som dras menar att upphandlare intar en alltför byråkratisk roll som i sin tur leder till bristande kommunikation med leverantörerna, detta av rädsla mot att göra *fel* och riskera att upphandla godtyckligt eller att särbehandla leverantörer.⁷⁸

Granskning som fenomen förutsätter att det finns en grad av misstro, om parterna litar på varandra går det argumentera för att granskning inte skulle behövas alls. En del forskare menar att en negativ effekt granskningen innehar är ökad misstro som konsekvens av själva granskningshandlingen. Granskningen i sig kan dock även leda till en ökad effektivitet.⁷⁹ Detta är som tidigare redogjort en stor del av grunden till att LOU tillkom, att öka just effektiviteten. Utrymme finns inte inom LOU för egna professionella bedömningar, då rättsäkerhet utgör en betydande del av de principer och de direktiv som ligger till grund för lagstiftningen.

Utifrån den successivt ökande andelen överprövningar av upphandlingar som tidigare visats och utifrån teorin om det motdemokratiska samhället, samstämmer detta med att det kan finnas en korrelation mellan den ökade byråkratiseringen och ett därmed ökat behov av granskning och ansvarsutkrävande på initiativ av medborgarna. Detta samstämmer med den tidigare observationen i studien om andelen ökande överklagningar på tilldelningsbeslut i offentlig upphandlingar.

5. Ärenden hos Upphandlingsbolaget från 2013-05-08 till 2015-10-28

Genom kontakten Charlotta Ståhlberg, upphandlingsjurist på Upphandlingsbolaget i Göteborgs stad, har sex ärenden avseende avtalsbrott,⁸⁰ samt även dokument kring avtalspunkten *förtida upphörande* tagits del av.⁸¹ De sex ärendena har samtliga hanterats hos Upphandlingsbolaget under det senaste året. Dokumenten berör alla de olika juridiska sätt

⁷⁷ Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). s. 43.

⁷⁸ Sundstrand, A. (2014). Sveriges byggindustrier. *Sund offentlig upphandling*. s. 5.

⁷⁹ Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). s. 44.

⁸⁰ Upphandlingsbolaget, Göteborgs stad: Dnr. 328/14, Dnr. 309/13, Dnr. 319/12, Dnr. 260/12, Dnr. 433/14, Dnr. 314/12, Dnr. 140/14.

⁸¹ Se bilaga 1. för avtalspunkten *förtida upphörande* i Upphandlingsbolagets kontrakt.

Upphandlingsbolaget under det senaste året har kunnat hantera avtalsbrott på. En del av avtalsbrotten har skett tidigare år, men processen har då i de flesta fallen fortsatt.⁸²

Ett ramavtal reglerar vilka varor och tjänster som leverantören ska kunna leverera, men inte till vilket antal. I avtalet finns angivet vilka priser och andra villkor som ska gälla. Ur ramavtalet görs sedan beställningar utifrån det behov som uppstår under avtalsperioden.

Tillfälligt beställningsstopp innebär att Upphandlingsbolaget gör det aktuella ramavtalet osynligt i Göteborgs stads beställningssystem. De uppger även att de brukar informera beställarna från ramavtalet att det råder tillfälligt beställningsstopp, detta genom det nyhetsbrev som skickas ut. Uppgiftslämnaren uppger att de avtalsområden där det är svårast att häva avtal är i de fall det bara finns en leverantör upphandlad på ramavtalet. I de fallen måste det finnas förutsättningar att kunna göra en direktupphandling under den tiden en ny upphandling genomförs för att den typen av vara eller tjänst ska finnas tillgänglig.

Inom Göteborgs stad finns Kunskapscenter mot organiserad brottslighet. Utöver att kontrollera anbudsgivare i upphandlingen genom Skatteverket och kreditupplysningsföretag, kan Upphandlingsbolaget ta hjälp av Kunskapscentrum för att kontrollera de anbudsgivare som de tänker teckna avtal med. Där kan de ta del av eventuell information som innebär att anbudsgivare inte bör tilldelas avtal. Utifrån den informationen kan de sedan kontrollera om anbud kan förkastas med grund i detta.

Fall A: Ramavtal för hantverkstjänster

Efter att det uppdagats i tv-programmet Uppdrag granskning att det förekommit mutor i koncernen beslutade Upphandlingsbolaget om tillfälligt beställningsstopp, samtidigt som de begärde in förklaringar från leverantören för vilka åtgärder som vidtagits för att detta inte skulle upprepas. I avtalet fanns följande som grund för hävning av avtalet: *”Företrädare för leverantören döms för yrkesrelaterade brott enligt 10:e kap 1 § LOU, gör sig skyldig till brott avseende yrkesutövningen eller allvarligt fel i yrkesutövningen. (10 kap. 2 § punkterna 3 och 4 LOU) eller att leverantören bryter mot relevant lagstiftning som skadar förtroendet för avtalet eller Upphandlingsbolaget hos allmänheten.”*

⁸² Charlotta Ståhlberg, Upphandlingsjurist vid Upphandlingsbolaget, Göteborgs stad. E-post 2015-12-01.

Efter svar från leverantören med förklaring till det skedda avtalsbrottet ansågs leverantören sedan ha vidtagit de åtgärder som krävdes för att säkerställa sin del av avtalet. Därför ansågs det vara föreliggande att detta skulle förhindra upprepning och ramavtalet blev återigen beställningsbart från Upphandlingsbolagets register. Det tillfälliga beställningsstoppet varade i 31 dagar.

Fall B: Ramavtal avseende hantverkstjänster

Med anledning av att Skatteverket gjort bedömningen att leverantören upprättat bluffakturor, har Upphandlingsbolaget beslutat om tillfälligt beställningsstopp. Skatteverkets beslut överklagades av leverantören både till förvaltningsrätten och senare till kammarrätten, som båda fastställde Skatteverkets beslut. I avtalet fanns inskrivet att skäl för uppsägning föreligger om leverantören eller dess företrädare gör sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. (10 kap. 2 § LOU) eller att leverantören inte fullgör sina skyldigheter gällande skatter och sociala avgifter.

Det tillfälliga beställningsstoppet kvarstod i avvaktan för rättsprocessen. Då domen från kammarrätten inte vunnit laga kraft ännu(2016-01-02) är beställningsstoppet pågående sedan 2014-08-22.

Fall C: Ramavtal för trädgårdstjänster

I upphandlingen ställdes krav på att leverantören ska vara kreditvärdig och redovisa provisionen för sin försäljning. Detta fullgjorde inte leverantören och efter avtalets ingång fanns ingen rating hos det kreditupplysningsföretag Upphandlingsbolaget använder sig utav.

Upphandlingsbolaget vidtog därför tillfälligt beställningsstopp i väntan på svar på den skriftliga varning och rättelse de skickat ut till leverantören. Sker ingen rättning inom en månad föreligger därmed grund för hävning av avtalet. Det tillfälliga beställningsstoppet är pågående(2016-01-02) i väntan på eventuell hävning.

Fall D: Ramavtal av tjänster inom arbetsprovning

Företaget ville överlåta ramavtalet med kommunen till ett annat bolag. Det är inte tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen att sälja vidare offentliga avtal. Med anledning av detta fick Upphandlingsbolaget skäl för att undersöka företaget närmare, där det visade sig att de under upphandlingen hade använt sig av falska referenser som legat till grund för

tilldelningsbeslutet. Referensuppdraget de uppgett visade sig ha hävts på grund av väsentligt avtalsbrott. Bolaget visade sig även ha skulder hos Kronofogden och uppfyllde därför inte längre avtalets krav på finansiell ställning hos leverantören. De hade betalat sammanlagt 14 756 kr i arbetsgivaravgifter under de senaste tre månaderna. Under samma period hade företaget haft åtta anställda. Upphandlingsavtalet ställer krav på att skatter och socialförsäkringsavgifter betalas, vilket företaget därmed inte hade uppfyllt.

Upphandlingsbolaget meddelade skriftligen till företaget att de avsåg att säga upp avtalet i förtid. Leverantören gavs dock möjligheten att återkomma med svar på hur de kunde uppfylla de kraven som Upphandlingsbolaget ansåg att de stridit emot. Under tiden för detta beslutades om tillfälligt beställningsstopp. Slutligen hävdes avtalet efter 46 dagars beställningsstopp.

Fall E: Ramavtal för postförmedlingstjänster

Leverantören hade inte levererat postförsändelserna i enlighet med ramavtalet då en del post inte ska ha blivit utdelad och då heller inte blivit returnerad. Genom skriftlig varning meddelades att om detta upprepades skulle avtalet hävas med omedelbar verkan. Då det senare upprepades kunde Upphandlingsbolaget häva avtalet direkt.

Fall F: Ramavtal av konferenstjänster

Efter två ingångna ramavtal har leverantören bytt verksamhetsinriktning. De tillhandahåller inte längre konferenstjänster och i med detta uppfyller de inte längre kraven i avtalet. Avtalet kunde hävas direkt då skäl för förtida upphörande funnits inskrivet i avtalet som följande:

”Följande omständigheter ger Upphandlingsbolaget rätt att säga upp Ramavtalet med omedelbar verkan: - Om Leverantören inte upprätthåller ett obligatoriskt krav eller ett särskilt kontraktsvillkor under avtalsperioden”

FIGUR. 3. Sammanställning av de sex fallen hos Upphandlingsbolaget.

Fall	Problematik	Skedde det i samband med det pågående avtalet?	Sanktion	Utfall
A	Tidigare mutbrott av person inom koncernen	Nej	Beställningsstopp i väntan på rättelse från företaget	Återbeställningsbar
B	Blufffakturor	Nej	Beställningsstopp i väntan på dom	Avvaktande
C	Ej redovisat kreditvärdighet	Nej	Beställningsstopp i väntan på rättelse från företaget	Avvaktande
D	Överlåtelse av verksamheten samt ofullständiga arbetsgivaravgifter	Ja	Skriftlig varning och beställningsstopp	Hävning av avtal
E	Ej utfört uppdraget	Ja	Skriftlig varning	Hävning av avtal
F	Bytt inriktning på verksamheten	Ja	Hävning av avtal	Hävning av avtal

6. Resultatanalys

Utifrån de fall som tillhandhållits från de berörda myndigheterna, främst Upphandlingsbolaget, har en analys sammanställts. Resultatet utgår från den samlade dokumentationen om hur proceduren kan gå till när ett avtalsbrott sker samt i viss mån utformningen av det aktuella avtalet i den aktuella upphandlingen.

I enlighet med LOU är det den upphandlande myndigheten som har det övergripande ansvaret att säkerställa att en utförare kommer att uppfylla de på förhand bestämda kriterierna. Det ställer stora krav på att ett grundligt förarbete har föregått då det annars är svårt att påvisa att överträdelser har begåtts av leverantören. Detta eftersom det krävs bevis för att kunna åberopa avtalshävning och häva avtal inom ramen för avtalslagen.⁸³ Det innebär vidare att det som i avtalet går att kvantitativt mäta är enklare att bevisa än de kvalitativa aspekterna. Då offentlig upphandling till stor del även berör tjänster som är kvalitativt mätbara finns en risk att det sker en målförskjutning med konsekvensen bristande måluppfyllelse. Svårigheten att kunna häva avtalet på andra grunder än de som kvantitativt går att bevisa och mäta betyder att för att kunna säkerställa att avtalen efterlevs kan beställare behöva utöka sin kompetens. Det innebär att stora krav ställs på en god beställare som på förhand tydligt kan formulera i förfrågningsunderlag och efterföljande kontrakt vad som ska utföras och på vilket sätt, samt även vad som ligger till grund för sanktioner i de fall detta inte uppfylls.

Det som initialt ges insikt om är att det är ett krångligt och komplext förfarande för den upphandlande myndigheten att använda sig utav avtalshävning. Som kan utläsas av resultatredovisningen finns det olika typer av sanktioner som prefereras att tillämpa som alternativ till en avtalshävning. Främst tycks Upphandlingbolaget applicera ett beställningsstopp i tidigt skede. Det kan te underligt att använda sig utav denna påföljd istället för att helt häva det otillfredsställande avtalet, men vid ett beställningsstopp får den berörda leverantören en chans att korrigera samt klargöra för den uppstådda situationen. Detta ger på så vis ett starkt incitament för leverantören att rätta till problemet omgående då leverantören inte erhåller någon ersättning under denna period. Ett beställningsstopp kan emellertid vara problematiskt även för de upphandlade enheterna om det ter sig så att det endast finns en leverantör upphandlad för den aktuella varan eller tjänsten, ett exempel på detta ses i fallet med tidningsdistributionen som inte hävdes direkt utan föregicks med en varning.

För att lösa den typen av situation finns dock möjlighet att direktupphandla under tiden för ett beställningsstopp hos annan leverantör, men detta är i sin tur resurskrävande. Det är inte helt förvånande att man istället i den mån som det går använder sig utav andra sanktionsmöjligheter som kan förbättra avtalsuppfyllelsen än en hävning. Det skulle förmodligen vara mer kostsamt att häva ett avtal för att sedan återigen upphandla ett annat, än att fortsätta med en tidigare leverantör trots bristfällig avtalsuppfyllnad. En hävning av ett

⁸³ Ramberg, J. & Ramberg, C. (2014) s. 208 f.

avtal eller ett beställningsstopp från myndighetens sida kan även leda till överklagan från den berörda leverantören. Detta blir då en tidskrävande process som i och med det komplicerar situationen ytterligare även ur en ekonomisk synvinkel.

Upphandlingsbolaget har integrerat de kriterier för upphandlingsrättsliga avtalsbrott som finns i LOU i avtalen och på så vis kunnat komma ifrån den eventuella risken och bedömningsskillnaderna vad gäller kraven på väsentliga skillnader i LOU och i Avtalsrätten. Upphandlande enheten i vår fallstudie har på så vis löst ett eventuellt problem före lagstiftning eventuellt kan komma att ändras eller kompletteras.

Teorin som blivit central är beställar-/utförarmodellen, där kompetensen hos beställaren är av stor relevans. De slutsatser som kan utläsas från resultatredovisningen är att i de aktuella fallen har en informationsasymmetri uppstått. Detta på grund av att utföraren lämnat felaktig information eller utelämnat viss fakta. Situationen har lett till den problematik i fallen som visat sig kunna vara tidskrävande, innebära utökade kostnader för hanteringen av att häva det befintliga avtalet och kostnaderna för att påbörja en ny upphandling, då det ursprungliga behovet troligen kvarstår.

Ansvar för att kontrollera faller på beställaren som på förhand ska säkerställa att utföraren talar sanning och vill arbeta gynnsamt för den aktuella upphandlingen samt även för framtida upphandlingar. Det kan ses som en problematik som uppkommit till följd av NPM och privatisering som lett fram till dessa renodlade beställar- och utförarroller. Det kan även bidra med högre kompetens hos beställaren och en bättre konkurrens mellan utförarna som i sin tur kan leda till bättre alternativ för upphandlare. Men om det inte finns tillräckliga incitament för anbudsgivare för att uppnå detta eller det inte finns någon uppföljande kontroll, kan den effekten riskera att utebliva.

I det fallet av marknadsmisslyckande som informationsasymmetri innebär borde det leda till att avtalet hävs. Denna informationsasymmetri ger upphov till ökade kostnader för upphandlare i form av kostnader och arbetstid för skapandet av nya kontrakt, samt att den resurseffektivitet som går miste om under tiden som avtalet med bristfällig uppfyllelse gäller. Detta är transaktionskostnader som uppstår som behöver således läggas på den totala kostnaden för upphandlingen. I tre av de sex fallen i studien har den överträdelse som legat till grund för diskussionen om hävning av avtalet skett före avtalens ingång. Detta innebär att leverantören troligtvis varit medveten om att leverantören inte uppfyller de krav som skrivits

under i avtalet. Detta visar att informationsasymmetri är ett förekommande problem i offentlig upphandling som leder till ökade kostnader för offentlig sektor.

Eftersom tjänstemännen som upphandlar inte ska väga in egna bedömningar i anbudsutvärderingen finns risken att konkurrensen kan skadas. I privata näringslivet kan beställare lita till rykten eller tidigare erfarenheter som finns kring leverantörer som inte uppfyllt tidigare avtal tillräckligt tillfredställande. Detta är inte möjligt i direkt mening inom ramen för LOU och är inte heller tillåtet. Detta gör att det inte finns incitament för leverantörer inom offentlig upphandling såsom inom det privata näringslivet. Det går därför att misstänka att det finns en risk att leverantörer medvetet uppfyller avtalen i lägre grad då en lägre risk föreligger.

7. Slutsats

Syftet med studien var att undersöka de möjligheter och svårigheter som en upphandlande enhet kan ställas inför gällande hävning av avtal med bristande uppfyllnad. Detta i anknytning till forskningsfrågan om hur en upphandlande myndighet kan säkerställa att ett avtal efterlevs. De underställda forskningsfrågorna som studien avsett besvara, var hur avtalsituationen förhåller sig för upphandlande enhet vid komplikationer i beställt uppdrag och vilka praktiska konsekvenser de sanktionsmöjligheter de kan tillämpa innehar.

I samstämmighet med tidigare forskning visar resultaten vikten av en kompetent beställare avseende förhandsarbetet med förfrågningsunderlaget. Utifrån resultatet gäller detta även utformningen av avtalen. En kompetent beställare kan rimligen anses vara den beställare som lyckas uppnå de syften som den offentliga upphandlingen har, alltså ökad effektivitet och konkurrens. I förlängningen betyder det att utfallet av upphandlingen blir effektivt och fördelaktigt för beställaren eller för den som ska nyttja varan eller tjänsten. Innebörden av en kompetent beställare påvisas genom att utformningen av avtalen sätter grunden för möjligheten att efter upphandling använda sig av sanktioner mot leverantörer och att häva avtal. Utifrån resultatredovisningen kan även utläsas att beställaren i flera fall kommit över den information som legat till grund för hävningen från andra myndigheter eller kreditupplysningsföretag. För att kunna häva dessa avtal har det varit en förutsättning att beställaren haft kontakt och/eller hämtat information utanför den egna organisationen. Slutsats

som kan dras ifrån detta att en kompetent beställare kan behöva få tillgång till eller hämta information utanför den egna organisationen för att kunna säkerställa att avtalen efterlevs.

Utifrån resultatredovisningen och analysen kan slutsatsen dras att det kan finnas en problem i upphandlade avtal som leder till att ett dessa kan komma att behöva hävas. Problematiken innefattar även den svårighet den upphandlade enheten kan påträffa när enheten vill påkalla denna hävning.

Man kan spekulera om svårigheten att häva avtalen beror på att upphandlingsprocessen och LOU i lagrum inte reglerar vad som ska ske om upphandlingsavtalen inte efterlevs. Detta eftersom kraven är på förhand uppställda innan ett avtal sluts och upphandlingsprocessen ska leda fram till det mest fördelaktiga alternativet. Då det är avtalslagen som reglerar avtalsbrott, kan LOU anses utgå ifrån att leverantören uppfyller sin del av avtalet. Detta innebär i sin tur att LOU endast innehar möjligheter för leverantörer till ansvarsutkrävande från den upphandlande myndigheten. I sin tur kan detta göra det problematiskt för den upphandlande myndigheten genom att det ställer krav på att alla åtgärder för att uppfylla de åtaganden som finns i LOU måste vara upprättade inom upphandlingsprocessen, alltså innan avtalets ingång. Tilliten mellan beställare och utförare blir då central eftersom det antas att de berörda parterna eftersträvar att uppfylla sina åtaganden i avtalet.

Konkurrens i offentlig upphandling där ett flertal aktörer konkurrerar om samma anbud ska leda till att det inkommer ett större antal anbud och genom konkurrensen därmed också bättre alternativ. Tendenser har dock påvisats genom tidigare forskning att detta kan vara kontraproduktivt och istället leda till sämre utbud där utförare anpassar sig för att kunna vinstmaximera. Där kan alltså problematiken föreligga att det sker en kompromiss i att både uppfylla upphandlingsavtalets mål och att fortfarande tjäna pengar. Detta skulle kunna argumenteras vara en konsekvens av den privatisering som skett inom den offentliga sektorn under de senaste decennierna. Privatiseringen kan ses som en effekt av NPM som lett till mer renodlade roller samt en ökad konkurrens mellan utförarna.

Genom att offentlig upphandling är skattefinansierat och utgör betydande del av svensk ekonomi kan det anses vara av vikt att det finns god kapacitet för upphandlande enheter att avbryta de avtal som inte är tillfredställande i enlighet med de uppställda målen som legat till grund för tilldelningen av kontraktet. Vilken inverkan detta har på konkurrensen är av allmänintresse då de påverkar hur effektivt användandet av de offentliga medlen är.

Utifrån den dokumentstudie och de fall som denna studie tagit del av kan möjliga förklaringar till bristerna utläsas i både i beställarprocessen och hos utförarna. Den roll som de upphandlande enheterna har tilldelats senaste åren som en allt mer renodlad beställare har gjort upphandlingen mer komplicerad. De regler som styr hur upphandlingen ska utformas är komplexa och att ställa upp de mål man behöver för verksamheten kan vara svåra att formulera i realiteten.

Det kan spekuleras i om ett förtydligande eller en vidare utveckling av lagarna som berör utformningen av hur ett förfrågningsunderlag ska vara upprättat och hur ett avtal ska vara förtecknat, i sin tur skulle kunna leda till ytterligare möjligheter för upphandlare att säkerställa ett avtalen är svåra att frångå utan att det leder till reprimander. Studieobjektet har dock kommit ifrån det potentiella problemet med att upphandlingsprocessen hanteras av upphandlingsrätten och avtalet av avtalsrätt genom att de har integrerat de grunder i LOU som behöver uppfyllas in i avtalen. Vidare kvarstår dock problematiken med kvalitativa faktorer som är svåra är både mäta och bevisa i fråga om avtalshävning.

Det finns i dagsläget inte någon samlad statistik för hävda avtal. En sådan samlad statistik för hävda avtal skulle kunna bidra med kunskap om vilka fall det är vanligt att avtal behöver hävas och på vilka grunder, detta för att öka beställarkompetensen genom att försöka lokalisera och motverka de typer av avtalsbrott som identifierats. Det skulle kunna bidra till ökat resursutnyttjande av offentliga medel. Att det saknas tillgång till statistik om fall som lett till avtalshävning skulle kunna tyckas motsägelsefullt då den offentliga sektorn i mångt och mycket influerats av marknadsmässiga ideal inom ramen för NPM, vilket förespråkar tydlig uppföljning och kontroll. Redan initialt i uppkomsten av LOU kunde den marknadsmässiga tendensen ha föranlett mer forskning angående avtalshävning. Möjlig förklaring till detta är det faktum att LOU inte reglerar avtalshävning, och således utgår upphandlingslagstiftningen från att leverantören uppfyller de uppställda målen.

Konklusionen man kan dra utifrån de resultaten som fallstudien påvisat är att det är av stor vikt att man i ett förfrågningsunderlag och i ett kommande avtal inkluderar de delar som upplevs väsentliga i de kriterierna så att det blir möjligt att avbryta ett pågående avtal med hänvisning till att dessa ej uppfyllts. I de fallen som studien tagit del av är förekommande att det bakomliggande motivet till att en sanktion varit aktuell ett brott som inte har en direkt koppling till målet, alltså varan eller tjänsten, för det pågående upphandlingsavtalet. Istället har en informationsasymmetri föranlett en missvisande ställning i den berörda utförarens

bolag som skulle kunna påverka utförandet av den aktuella upphandlade tjänsten eller varan, eller förtroendet för leverantören. Det går att spekulera i om beställaren, i detta fallet en upphandlande myndighet, kan motverka denna problematik genom att vidareutveckla kunskaper där det förtydligas vilka sanktioner som finns tillgängliga om ett avtal inte uppfylls. En utökad kontroll av utföraren är kanske möjlig innan ett avtal sluts och där leverantörens finanser och ställning i bolaget även kan kontrolleras under hela avtalet giltighet.

Utifrån studien kan slutsatsen dras att asymmetrisk information är ett förekommande problem i offentliga upphandlingar. Detta innebär en samhällskostnad att företag medvetet ingår i avtal som de inte uppfyller avtalsvillkoren i. I studien är detta synbart för ekonomisk brottslighet. Studieobjektet uppger att de använder sig av Kunskapscentrum mot organiserad brottslighet och information från kreditupplysningsföretag. Huruvida det faktum att denna informationsasymmetri uppstår och skapar problem, beror på potentiella brister i gällande lagstiftning, praktisk beställarkompetens, ofrånkomliga marknadsmisslyckanden som även förekommer i samma grad i privata näringslivet eller andra möjliga förklaringar kan inte denna studien besvara. Detta lämnar dock utrymme för fortsatt forskning.

Ökningen av andelen överklagningar på tilldelningsbeslut inom offentlig upphandling kan utifrån teorin om det motdemokratiska samhället vara ett tecken på att förtroendet för offentliga upphandlingsmyndigheter blivit lägre. I teorin förklaras detta som ett resultat av den ökade byråkratiseringen, som i sin tur ställt högre krav på möjligheter till ansvarsutkrävande. Detta i och med att de professionella bedömningarna står tillbaka till förmån för fasta regelverk. Det skulle dock gå att spekulera i om det är så att det är dessa fasta regelverk som nu gör det möjligt att överklaga dessa beslut och att behov redan kan ha funnits. Detta behöver inte nödvändigtvis stå i motsats till om misstroendet samtidigt har ökat. Fortsatt forskning skulle kunna studera hur regelverket kring den offentliga upphandlingen påverkar förtroendet och legitimiteten för upphandare i den offentliga sektorn eller förtroendet för det politiska styret.

Referenser:

Artiklar

Nordback, K. (2010). *Relevanta "omständigheter" vid ett bristande förfrågningsunderlag – vilka är de egentligen?* Ur Förvaltningsrättslig tidskrift Nr. 2, 2010. s. 143.

Internet

Bokwall, Carl & Håkansson, Lina. *Vad krävs för att kunna häva avtalet?* Upphandling24, <http://upphandling24.se/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet/> Hämtad - 2015-12-15

Upphandlingsmyndighetens hemsida. *Om regler för upphandling.* <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/> Hämtad – 2015-12-29

Munkedals kommuns hemsida. *Hur går en upphandling till.* <http://www.munkedal.se/kommun/upphandling/hurgarenupphandlingtill.4.1158db6911fb21a9a74800096.htm> Hämtad - 2015-12-17

Domar

Hovrätten över Skåne och Blekinges län, mål nr T 536-13

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2897-2901-15

Offentligt tryck

Regeringens prop. 2013/14:1. *Budgetproposition 2014. Förslag till statens budget för 2014, finansplan och skattefrågor.* Stockholm: Finansdepartementet

Regeringens prop. 2015/16:1. *Budgetproposition 2016. Utgiftsområde 2. Samhällsekonomi och finansförvaltning.* Stockholm: Finansdepartementet

Lukkarinen, J., Morild, K., & Jönsson, S. (2015). *Siffror och fakta om offentlig upphandling. Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014.* (Konkurrensverkets rapportserie 2015:9). Stockholm: Konkurrensverket. & Upphandlingsmyndigheten

Konkurrensverket. (2014). *Avtalsuppföljning av vård och omsorg. Vägledning från konkurrensverket 3 (2014)*. Stockholm: Konkurrensverket.

Lagar

SFS. Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

Avtalslagen 2010 11 3.1 *Förutsättningar för hävning*. www.avtalslagen2010.se. Hämtad 2015-12-29

Litteratur

Almqvist, R. (2006). *New public management - om konkurrensutsättning, kontrakt och kontroll*. Malmö: Liber.

Bergman, M., Indén, T., Lundberg, S. & Madell, T. (2011). *Offentlig upphandling - På rätt sätt och till rätt pris*. Lund: Studentlitteratur.

Bryman, A., (2011) *Samhällsvetenskapliga metoder*. 2:2. uppl., (B, Nilsson, övers.). Malmö: Liber. (Originalarbete publicerat 2008)

Johansson, V. & Karlsson, L. (2013). Granskning som möjlighet och hot. I Johansson, V. & Lindgren, L. (Red.) *Uppdrag offentlig granskning*. Lund: Studentlitteratur, s. 29-48.

Nilsson, J-E., Bergman, M. & Pyddoke, R. (2005). *Den svåra beställarrollen*. Stockholm: SNS förlag.

Pedersen, K. (2013). *Upphandlingens grunder*. 3. uppl., Stockholm: Jure förlag.

Ramberg, J. & Ramberg, C. (2014). *Allmän avtalsrätt*. 9. uppl., Visby: Norstedts juridik.

Rothstein, B. (2010). *Vad bör staten göra?*. 3. uppl., Stockholm: SNS förlag.

Rothstein, B. & Blomqvist, P. (2008). *Välfärdsstatens nya ansikte*. Stockholm: Agora.

Rapporter

Sundstrand, A. (2014). Sveriges byggindustrier. *Sund offentlig upphandling*. En rapport om byggbranschens syn på offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten. Stockholm: Sveriges byggindustrier & Stockholms byggmästareförening.

Bilagor:

Bilaga 1

Upphandlingsbolaget, avtalspunkten förtida upphörande:

"1.6.31 Förtida upphörande

Parterna har rätt att säga upp Ramavtalet med omedelbar verkan om:

- Part i väsentligt hänseende begått avtalsbrott och rättelse inte skett inom skälig tid, eller
- Part begått avtalsbrott upprepade gånger.

Upphandlingsbolaget har en ensidig rätt att säga upp Ramavtalet enligt nedanstående. Innan Ramavtalet sägs upp ska, om möjligt, Leverantören ges möjlighet att vidta rättelse inom 30 dagar. Följande omständigheter ger Upphandlingsbolaget rätt att säga upp Ramavtalet med omedelbar verkan:

- Om Leverantören inte upprätthåller ett obligatoriskt krav eller ett särskilt kontraktsvillkor under avtalsperioden, eller
- Om Leverantören i väsentlig mån brister i sina förpliktelser enligt Ramavtalet eller i åtaganden uppställda i andra handlingar eller överenskommelser som utgör del av Ramavtalet mellan parterna, eller
- Om Leverantören begärs eller försätts i konkurs, ansöker om ackord eller träffar ackorduppgörelse, är på obestånd eller kan antas vara på obestånd, eller
- Om det framkommer att Leverantören lämnat oriktiga uppgifter, inklusive manipulation av dokument, i anbudet vilket, om korrekta uppgifter lämnats, skulle ha inneburit att Ramavtal inte erhållits, eller
- Vid förändringar i ägarstruktur, omorganisation av verksamheten eller förändringar som på annat sätt kan innebära en väsentlig förändring av avtalsvillkoren och inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen eller Leverantören inte skriftligen underrättat Upphandlingsbolaget om en sådan förändring, eller
- Om det visar sig att Leverantörens företrädare varit dömd för yrkesrelaterade brott enligt 10 kap. 1 § LOU eller döms för sådant brott under avtalstiden, eller
- Om Leverantören eller dess företrädare döms för brott avseende yrkesutövningen, ekonomiska brott eller belagts med näringsförbud enligt lagakraftvunnen dom, eller
- Om Leverantören under avtalstiden gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller

det under avtalstiden framkommer att Leverantören vid tidpunkten för upphandlingen hade begått sådant fel och detta skulle medfört uteslutning, eller

- Om Leverantören anlitat svart arbetskraft, eller
- Om Leverantören inte fullgör sina skyldigheter gällande svenska alternativt det egna landets skatter eller sociala avgifter. I underlåtenhet för skatter innefattas även att Leverantören lämnat oriktig uppgift eller underlåtit att lämna uppgift till Skatteverket eller motsvarande, eller
- Om Leverantören eller dess företrädare bryter mot relevant gällande lagstiftning och detta kan antas inverka på utförandet av Ramavtalets fullgörande, förtroendet för aktuellt Ramavtal eller skada anseendet för Upphandlingsbolaget och Beställare hos allmänheten, eller
- Om Leverantören vid upprepade tillfällen inte redovisar korrekt underlag för provision (totalt fakturerad volym) eller vid minst två tillfällen redovisar underlag med ett konstaterat för lågt belopp, eller
- Om Leverantören vid minst två tillfällen konstaterat överdebiterat ett utfört Uppdrag mot Beställare, eller
- Om domstol eller myndighet fastställer att Ramavtalet ingåtts i strid med upphandlingslagstiftningen, eller
- Om andra oegentligheter av allvarlig karaktär från Leverantörens sida förekommit.

Under den tid det tar att utreda misstankarna mot Leverantören enligt ovan har Upphandlingsbolaget rätt att tillfälligt ta bort tillgängligheten (s.k. tillfälligt beställningsstopp) för Leverantörens Ramavtal i avtalsdatabasen. Det tvistiga förhållandet som föranlett beställningsstoppet kräver inte att en tvist slutligen avgjorts. Under hela den tid den tvistiga frågan är föremål för utredning och prövning har Upphandlingsbolaget således möjlighet att använda tillfälligt beställningsstopp. Leverantören har inte rätt till ersättning för uteblivna intäkter eller andra kostnader på grund av tillfälligt beställningsstopp. Vid förtida uppsägning har Leverantören rätt till skälig ersättning för nedlagt arbete fram till uppsägningen, dock inte indirekta kostnader."

Vi har fler avtal som vi har använt tillfälligt beställningsstopp på och grunderna till det utgörs av olika brister som faller in under vårt avtalsvillkor. Troligen hade fler avtal varit tvungna att hävas för t.ex. bristande kreditvärdighet om vi inte hade avtalat om tillfälligt

beställningsstopp. Genom det villkoret kan vi "släcka ner" avtalen och ha dem vilande till dess att bristerna är åtgärdade. Hoppas att detta är till hjälp för dig!

IN COR - HÄVNING:

**BIGAB - TILLFÄLLIGT BESTÄLLNINGSSTOPP I AVVAKTAN PÅ
KAMMARRÄTTENS DOM:**

**BERGENDAHL S EL - TILLFÄLLIGT BESTÄLLNINGSSTOPP, SELF-CLEANING,
ÅTER BESTÄLLNINGSBART**

**DALAGÄRDE VANDRARHEM - FÖRTIDA UPPHÖRANDE (ÄNDRAT
VERKSAMHETSINRIKTNING, DET HAR HÄNT MED FLERA NU NÄR DE
ENSAMKOMMANDE BARNEN KOMMER)**

VTD - HÄVNING

RICONO ENTREPRENAD - TILLFÄLLIGT BESTÄLLNINGSSTOPP

Bilaga 2

Kompletterande frågor via epost till vår uppgiftslämnare Charlotta Ståhlberg, upphandlingsjurist på Upphandlingsbolaget i Göteborgs stad. *Avropsstopp* är synonymt med *beställningsstopp*, som är det begrepp som används i studien.

Kompletterande frågor:

1. Hur kan ni hantera att varor/tjänster inte går att beställa under tiden för avropsstoppet?
1. Finns det för er varor/tjänster som inte är praktiskt lämpliga eller betydligt svårare att ha avropsstopp/hävning av avtal på?
1. Vilken möjlighet eller rutin har ni för att på förhand i upphandlingsprocessen upptäcka oegentligheter som i fallet med Bigab och osanna fakturor?

Svar:

1. Beställarna inom Göteborgs Stad ska som regel göra beställningar från ramavtal genom ett elektroniskt beställningssystem där ramavtalen finns exponerade. Vi gör aktuellt ramavtal osynligt i systemet så att t.ex. förnyade konkurrensutsättningar inte skickas till den leverantören. Vi brukar även informera beställarna om att det råder tillfälligt beställningsstopp och varför genom nyhetsbrev som går ut till beställarna.

2. De avtalsområden där det är svårast är de där vi bara har en leverantör upphandlad på ramavtal. Då måste det finnas förutsättningar för att kunna göra direktupphandlingar under tiden ny upphandling görs om vi ska ha tillgång till varan/tjänsten i Staden.

3. I Göteborg finns Kunskapscenter mot organiserad brottslighet:
http://goteborg.se/wps/portal/enheter/brott-och-brottsoffer/kunskapscentrum-mot/lut/p/z1/04_Sj9CPykssy0xPLMnMz0vMAfIjo8zjYyDTVyDXYwN_F2dnQ08A5y93Cz9TIy8zUz0wwkpiAJKG-AAjgb6XvpR6Tn5SRCrHPOSjC3S9aOKUtNSi1KL9EqLgMIZJSUFxVaqBqoG5eXleun5-ek5qXrFqaoG2HRk5BeX6EegKNQvyI2o8kkNdwQAL3vubQ!!/dz/d5/L2dBISEvZ0FBIS9nQSEh/

Förutom att kontrollera med Skatteverket och kreditupplysningsföretag kan vi ta hjälp av Kunskapscentrum för att kontrollera anbudsgivare som vi tänker teckna avtal med för att få veta om de har någon information de kan delge oss som innebär att anbudsgivarna inte bör tilldelas ramavtal och därefter kontrollerar vi om vi kan förkasta anbuden utifrån den informationen.