

Ramavtal i offentlig upphandling

– några frågor av betydelse
för tolkning och tillämpning

På Advokatfirman Kahn Pedersen ser vi det som en naturlig del av vår roll som specialistbyrå att delta i den akademiska debatten för att bidra till att föra fram och utveckla särskilt svåra rättsfrågor inom våra specialistområden. Ett led i detta arbete är denna skriftserie som kommer ut med två till fyra nummer per år. Tanken med skriftserien är att lite mer djupgående utreda aktuella och mer komplicerade rättsfrågor, som vi märker är av intresse för våra klienter och samhället i stort.

Eftersom målsättningen är att vårt arbete med rapporterna ska komma inte bara våra klienter och samarbetspartners till del, utan även ska kunna bidra till utvecklingen av de rättsområden som är våra specialistområden, tillhandahålls alla nummer av skriftserien kostnadsfritt på vår webbplats under en Creative Commons Erkännande-Inga Bearbetningar 4.0 Internationell Licens, vilket möjliggör mångfaldigande och spridning av materialet förutsatt att inga ändringar görs och att källan anges.

Ämnet för denna rapport, som har nummer 2017:1, är ramavtal i offentlig upphandling.

1. INLEDNING	4
Varför en rapport om ramavtal?.....	4
Disposition.....	4
2. SKILLNADEN MELLAN RAMAVTAL OCH VANLIGA KONTRAKT	5
Olika typer av ramavtal.....	5
Vad skiljer ramavtal från vanliga upphandlingskontrakt?.....	7
Upphandling som har inslag av både ramavtal och vanliga kontrakt.....	7
3. AVROP FRÅN RAMAVTAL	11
Objektiva fördelningsnycklar – rättsliga förutsättningar.....	11
Exempel på fördelningsnycklar.....	13
Allmänt om fördelningsnycklar som inte prioriterar den leverantör som lämnat det bästa anbudet.....	13
Fysiska personers val.....	14
Procentuell fördelning.....	15
Turordning.....	15
Närmast när behov uppstår.....	16
Först till kvarn.....	16
Behovsstyrda avrop.....	17
Lottning.....	17
Lägsta dagspris.....	18
Objektiva kriterier eller förnyad konkurrensutsättning?.....	19
4. RAMAVTALSFÖRVALTNING	21
Avtalstrohet och leveransvägran.....	23
Sanktioner och incitament.....	26
Avtals- och civilrättsliga sanktioner.....	26
Sanktioner vid ramavtal med flera leverantörer.....	29
Att dela upp upphandling för att öka sanktioners effektivitet.....	31
5. RAMAVTAL OCH RÄTTSMEDEL	33
Ramavtal med samtliga villkor fastställda (<i>framework contracts</i>).....	33
Ramavtal med flera leverantörer där samtliga villkor inte är fastställda.....	34
Ramavtal enligt LUF.....	35
6. AVSLUTANDE KOMMENTARER	37
Advokatfirman Kahn Pedersen.....	38

1. Inledning

Varför en rapport om ramavtal?

Offentligt upphandlade ramavtal är vanligt förekommande och en mycket stor andel av den offentliga sektorns inköp görs med hjälp av ramavtal. Många upphandlande myndigheter och enheter upphandlar egna ramavtal, men ramavtal som upphandlas centralt av inköpscentraler, för andra upphandlande myndigheters eller enheters räkning, är också vanligt förekommande. I och med ramavtals stora kommersiella betydelse är det inte förvånande att det uppkommer många frågor om ramavtal. Flertalet av dessa frågor blir också föremål för prövning i domstol, eller debatteras vid seminarier och konferenser. Det är därför också naturligt att vi, inom ramen för vår verksamhet, får många frågor om hur ramavtal får och kan användas.

Mot bakgrund av detta har vi funnit det lämpligt att låta en av rapporterna i vår skriftserie handla om just ramavtal. Målsättningen har inte varit att vara heltäckande, eller att behandla de mer grundläggande delarna av regelverket kring ramavtal. Vår ambition har istället varit att med såväl teoretisk som praktisk förankring utreda några av de viktigaste och praktiskt mest betydelsefulla frågeställningarna rörande ramavtal. Rapporten utgörs med andra ord av ett urval av de, enligt vår mening, mest intressanta frågorna om ramavtal, frågor som upphandlande myndigheter, enheter och leverantörer också ofta uppfattar som komplicerade. Vår förhoppning är att rapporten ska kunna bidra till diskussion och kunskapsuppbyggnad och att både de mer erfarna läsarna och de som är nyare på upphandlingsområdet ska få användning av rapporten. Därutöver hoppas vi naturligtvis att rapporten ska kunna utgöra grund för fortsatt debatt och diskussion om ramavtal, så att området fortsätter att utvecklas till förmån för bättre affärer genom offentligt upphandlade ramavtal.

Disposition

Denna rapport är disponerad på följande sätt. I avsnitt 2 behandlar vi skillnaden mellan ramavtal och kontrakt. Vi diskuterar även de olika varianter av ramavtal som förekommer inom upphandlingsrätten. I avsnitt 3 resonerar vi kring vad som kan utgöra en objektiv fördelningsnyckel i ett ramavtal med flera leverantörer. Vi presenterar också flera förslag på kända och mindre kända fördelningsnycklar som kan användas som alternativ till den mer traditionella rangordningen. I avsnitt 4 går vi vidare och diskuterar de sanktions- och incitaments-system som kan användas för att säkerställa en god leverans vid ramavtal med flera leverantörer. Avsnitt 5 behandlar frågor om överprövning av ramavtal och de avrop som sker från ramavtal. I avsnitt 6 presenterar vi några sammanfattande reflektioner om upphandlande myndigheters och enheters användning av ramavtal.

2. Skillnaden mellan ramavtal och vanliga kontrakt

I såväl LOU som LUF finns bestämmelser om tillämpning av ramavtal, vilka inte gäller för vanliga upphandlingskontrakt.

Det är därför av stor vikt för upphandlande myndigheter och enheter att känna till vad som skiljer ramavtal från vanliga upphandlingskontrakt.

Det är dock inte alltid enkelt att ange var gränsen går mellan vad som utgör ett ramavtal och vad som ska anses vara ett vanligt upphandlingskontrakt. Detta gäller särskilt när det rör sig om ramavtal som fastställer samtliga villkor för avrop, dvs. då ramavtalet reglerar vilken leverantör som ska anlitas i det enskilda fallet.

I lagstiftningsarbetet efterfrågade flera remissinstanser förtydliganden från regeringen om skillnaden mellan ramavtal och vanliga kontrakt. Frågan berörs dock endast i begränsad omfattning i förarbetena, på så sätt att regeringen konstaterar att bedömningen av huruvida ett avtal ska kategoriseras som ett vanligt kontrakt eller ett ramavtal i upphandlingsrättslig mening ska göras med utgångspunkt i omständigheterna i varje enskilt fall.¹

Olika typer av ramavtal

Ett ramavtal är ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter respektive enheter, och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.² Sådana villkor kan, enligt upphandlingsdirektivens definitioner, särskilt avse pris eller uppskattade kvantiteter.³

Det svenska begreppet "ramavtal" täcker två olika typer av avtal, "framework contracts" och "framework agreements" (ibland benämnda "framework agreements strictu sensu").

Framework contracts är att betrakta som upphandlingskontrakt i LOU:s och LUF:s mening och fastställer, på ett bindande sätt, samtliga villkor enligt vilka avrop ska ske. Denna typ av ramavtal kräver med andra ord inte någon ytterligare överenskommelse mellan parterna, genom ny anbudsgivning, förhandlingar etc. Att ett *framework contract*

1 Prop. 2015/16:195 s. 514 f.

2 Se 1 kap. 20 § LOU respektive 1 kap. 19 § LUF.

3 Se artikel 33.1 i direktiv 2014/24/EU och artikel 51.1 i direktiv 2014/25/EU.

på ett bindande sätt ska fastställa villkoren för parterna innebär, som EU-kommissionen påpekat, dock inte att exempelvis priset måste vara angivet i form av ett fast belopp. Priset kan lika gärna fastställas genom hänvisning till ett index eller liknande, så länge den valda mekanismen gör det möjligt att objektivt konstatera vilka villkor, såsom priset, som ska gälla för ett enskilt avrop. Att villkoren ska vara fastställda på ett bindande sätt behöver inte heller innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att använda ramavtalet, utan för att det ska vara fråga om ett *framework contract* är det tillräckligt att ramavtalet, när beslutet att använda ramavtalet väl är taget, fastställer villkoren på ett definitivt sätt.⁴

Eftersom *framework contracts* är upphandlingskontrakt i upphandlingsrättslig mening innebär avrop från ett sådant ramavtal endast utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och inte att det sker någon ny tilldelning. Detta även om terminologin i såväl upphandlingsdirektiven som LOU och LUF ger intryck av att det är fråga om tilldelning av kontrakt även vid sådana avrop. De rättsmedelsbestämmelser som gäller för *framework contracts* ger dock stöd för slutsatsen att det inte sker någon tilldelning av nya kontrakt i samband med avrop (se avsnitt 5).

Framework agreements fastställer inte samtliga villkor för avrop, och är därför inte upphandlingskontrakt i upphandlingsrättslig mening. Trots detta ska de upphandlas i enlighet med LOU:s och LUF:s förfarandebestämmelser. *Framework agreements* är per definition ofullständiga, såtillvida att de antingen inte innehåller samtliga villkor, eller inte på ett bindande sätt fastställer samtliga villkor, så att beställning och leverans kan ske enligt ramavtalet utan ytterligare överenskommelser mellan parterna. Istället måste vissa sådana nödvändiga villkor fastställas i ett senare skede, i samband med avrop.

Huruvida ett villkor är fastställt eller inte är, enligt EU-kommissionen, inte en unionsrättslig fråga, utan en fråga för nationell rätt.⁵ Det innebär att frågan om huruvida ett ramavtal fastställer samtliga villkor eller inte får avgöras utifrån en bedömning baserad på svenska avtalsrättsliga bestämmelser och principer. Detsamma gäller frågan om huruvida den upphandlande myndigheten eller enheten är skyldig att göra inköp på ett ramavtal, eller har möjlighet att tillgodose sina inköpsbehov på annat sätt, samt frågan om en leverantör är skyldig att motta avrop baserade på ett ramavtal eller kan avböja att leverera.⁶

4 Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 3.

5 Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 3 f.

6 Se Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 9 november 2016 i mål nr T 678-14, i vilken hovrätten fann att ett ramavtal med en leverantör innebar en ensamrätt för leverantören att utföra sådana tjänster som ramavtalet omfattade, då behov av sådana tjänster uppkom.

Vad skiljer ramavtal från vanliga upphandlingskontrakt?

Som nämnts ovan är *framework contracts* ramavtal som är upphandlingskontrakt, medan *framework agreements* är ramavtal som inte är upphandlingskontrakt. För båda typerna av ramavtal gäller dock särskilda bestämmelser om tillämpningen, dvs. avrop, vilka skiljer sig från andra (vanliga) upphandlingskontrakt. Det är därför betydelsefullt att, trots att vissa ramavtal är upphandlingskontrakt, göra skillnad på ramavtal som är vanliga upphandlingskontrakt och ramavtal som inte är det. Det räcker med andra ord, för att besvara frågan om vad som är skillnaden mellan ramavtal och vanliga upphandlingskontrakt, inte att konstatera att vissa ramavtal inte innehåller detaljerade villkor i tillräcklig utsträckning, eftersom denna distinktion inte klargör vad som skiljer ramavtal som fastställer samtliga villkor från vanliga upphandlingskontrakt.

Istället måste man, enligt vår mening, utgå från vad som i praktiskt hänseende skiljer ramavtal från vanliga upphandlingskontrakt.

Till skillnad från vanliga upphandlingskontrakt som avser en eller flera *faktiska* anskaffningar, har ramavtal som funktion att fastställa, helt eller delvis, villkoren för *eventuella* framtida anskaffningar under en förutbestämd tidperiod.⁷ Ett ramavtal är således avsett för att en upphandlande myndighet eller enhet med rimlig grad av säkerhet ska kunna förutse och planera inför framtida återkommande behov av anskaffningar.⁸ Däremot innehåller ramavtal, oavsett typ, inte uppgifter om leveranstidpunkt eller om de volymer som ska levereras vid en viss tidpunkt.⁹

Det kan därför konstateras att ramavtal karakteriseras av, och skiljer sig från vanliga upphandlingskontrakt genom att volymen, och normalt även tidpunkten för leverans, är okända på förhand och beroende av när den upphandlande myndigheten eller enheten väljer att påkalla leverans av viss volym, dvs. genomföra ett avrop. Detta kan jämföras med vanliga upphandlingskontrakt, som karakteriseras av att leverantörens åtagande är uttömmande reglerat, dvs. framgår av kontraktets villkor, och inte är beroende av ytterligare åtgärder eller beslut från den upphandlande myndighetens eller enhetens sida.

Upphandling som har inslag av både ramavtal och vanliga kontrakt

Frågan om vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingar som har inslag av både ramavtal och vanliga kontrakt är inte reglerad

⁷ Prop. 2015/16:195 s. 514.

⁸ Prop. 2015/16:195 s. 515.

⁹ Det förekommer att ramavtal anger uppskattade leveransvolymen och undantagsvis även uppskattat leveransbehov vid vissa tidpunkter eller under vissa perioder, men detta förtar enligt vår mening inte karaktären av ramavtal.

i upphandlingsdirektiven eller de svenska upphandlingslagarna, och har heller inte behandlats av EU-domstolen eller någon av de svenska högsta instanserna. Den har dock uppkommit i flera kammarrättsfall, och varit föremål för ett yttrande från Konkurrensverket.¹⁰

I ett avgörande från Kammarrätten i Jönköping hade kammarrätten att ta ställning till om en upphandling av tele- och datakommunikationstjänster skulle anses vara en upphandling av ett ramavtal eller ett tjänstekontrakt.¹¹ Upphandlingen bestod av dels bastjänster, vilka omfattade telefoni, internet och interna nätverk och som skulle införas efter avtalets tecknande, dels så kallade optionstjänster med vilket avsågs kringtjänster till bastjänsterna som leverantören skulle tillhandahålla den upphandlande myndigheten vid separat beställning. Kontraktet hade upphandlats som ett vanligt tjänstekontrakt och en leverantör hade ansökt om överprövning av upphandlingen på den grunden att upphandlingen var en ramavtalsupphandling, varför avtalet inte fick löpa längre än fyra år om inte särskilda skäl förelåg.

Kammarrätten begärde att Konkurrensverket skulle yttra sig i frågan om vilka regler som ska tillämpas på ett avtal som har inslag av såväl tjänster av ramavtalskaraktär som tjänster hänförliga till ett vanligt kontrakt enligt LOU.

I sitt yttrande utgick Konkurrensverket från bestämmelserna om blandade kontrakt.¹² Verket redogjorde bland annat för att ett blandat kontrakt som avser både varor och tjänster ska upphandlas som ett tjänstekontrakt om det uppskattade värdet för tjänsterna är högre än värdet för varorna, samt för EU-domstolens dom i *Club Hotel Loutraki*, enligt vilken blandade kontrakt ska bedömas på grundval av den del som utgör kontraktets huvudsakliga föremål eller dominerande beståndsdel, om de blandade kontraktsföremålen bildar en odelbar enhet och att det därmed saknas förutsättningar att upphandla dessa var för sig.¹³

Verket menade dock att varken bestämmelserna om blandade kontrakt eller EU-domstolens rättspraxis kunde tillämpas på ett kontrakt som består av både ramavtal och vanligt tjänstekontrakt då ett sådant kontrakt uteslutande avser en form av kontraktsföremål, till skillnad från blandade kontrakt som rör upphandlingar av blandade kontraktsföremål. Detta eftersom bestämmelserna om blandade kontrakt avser situationer när det finns en blandning av olika kontraktsföremål, exempelvis samtida köp av upphandlingspliktiga och icke upphandlingspliktiga tjänster, samt då dessa delar tillsammans bildar en odelbar enhet. Vid den typ av "blandning" som förelåg i målet

10 Se Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13 och dom den 17 oktober 2016 i mål nr 1054-16.

11 Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13.

12 Konkurrensverkets yttrande den 12 februari 2014 dnr 9/2014. Bestämmelserna om blandade kontrakt finns numera i 2 kap. LOU respektive LUF.

13 Konkurrensverkets yttrande den 12 februari 2014 dnr 9/2014, punkterna 13-15 med hänvisning till EU-domstolens avgörande i C-145/08 och C-149/08 *Club Hotel Loutraki*, punkterna 48 och 49.

uppstod dock, enligt Konkurrensverket, inte någon konflikt mellan olika förfaranderegler, eftersom avtalet i dess helhet och oaktat om det skulle betraktas som ett ramavtal eller som ett tjänstekontrakt skulle föregås av samma typ av annonserat upphandlingsförfarande. Konkurrensverket ansåg därför att de regler och den rättspraxis som styr upphandlingar med blandade kontraktsföremål inte bör ge ledning i bedömningen av huruvida ramavtalsreglerna eller reglerna för tjänstekontrakt ska tillämpas på den i målet aktuella upphandlingen.¹⁴

Konkurrensverket ansåg istället att ledning kunde hämtas från reglerna om blandade kontrakt som omfattar verksamheter i såväl LOU som LUF och således avser samma kontraktsföremål.¹⁵ För ett sådant kontrakt ska de bestämmelser tillämpas som gäller för den verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör.¹⁶ Detsamma gäller även då det inte går att fastställa vad som utgör upphandlingens huvudsakliga ändamål.

Konkurrensverket menade att det fanns likheter i skillnaden i handlingsutrymme för upphandlingar enligt LOU och LUF och i de skillnader som finns mellan reglerna om ramavtal respektive vanliga tjänstekontrakt i LOU. Vid en upphandling som har inslag av både ramavtal och vanliga kontrakt skulle därför bestämmelserna om ramavtal tillämpas på upphandlingen om avtalet huvudsakligen avsåg ett ramavtal. Med andra ord skulle huvudsaksprincipen tillämpas vid bedömningen av huruvida en sådan upphandling skulle genomföras med beaktande av bestämmelserna om ramavtal eller inte. Bestämmelserna om ramavtal skulle även tillämpas i de fall det inte var möjligt att avgöra upphandlingens huvudsakliga ändamål.¹⁷

Det är inte givet att Konkurrensverkets bedömning är korrekt. Exempelvis framstår argumentet att det finns likheter mellan skillnaden i handlingsutrymme för upphandlingar enligt LOU och LUF och de skillnader som finns mellan reglerna om ramavtal respektive vanliga tjänstekontrakt som en långsökt jämförelse. Som argument för val av huvudsaksprincipen snarare än överviktsprincipen är resonemanget inte övertygande.¹⁸ Med de förhållandevis små skillnader som numera föreligger mellan de bestämmelser som gäller för upphandling av varor respektive tjänster skulle samma argument, enligt vår mening, kunna anföras till stöd för en tillämpning av överviktsprincipen. Det kan också ifrågasättas om inte frågan om huruvida avtalet utgör en odelbar enhet också bör beaktas vid bedömningen av vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen. Ett alternativt synsätt, som vi menar har visst fog, skulle nämligen kunna vara att olika bestämmelser ska tillämpas för avtalets olika delar, dvs. för den del som utgör ramavtal respektive den del som utgör kontrakt, så länge det inte är fråga om en odelbar enhet. Att det kan leda till effekten att

14 Konkurrensverkets yttrande den 12 februari 2014 dnr 9/2014, punkterna 16, 19 och 20.

15 Konkurrensverkets yttrande den 12 februari 2014 dnr 9/2014, punkten 18.

16 Se 2 kap. 23 § LUF.

17 Konkurrensverkets yttrande den 12 februari 2014 dnr 9/2014, punkterna 20–21.

18 Med överviktsprincipen avses här att de regler ska gälla som är tillämpliga på den beståndsdel av ett avtal som har det högsta uppskattade värdet.

kontraktsdelen av avtalet kan få löpa på längre tid än ramavtalsdelen är inte nödvändigtvis något som bör tillmätas betydelse för valet av tillämpliga bestämmelser, utan kan lika gärna betraktas som en rent administrativ fråga.¹⁹

I sin dom tog kammarrätten utgångspunkt i Konkurrensverkets yttrande och fann att ledning skulle hämtas från reglerna om blandade kontrakt som omfattar verksamheter enligt både LOU och LUF, varför en huvudsaksprincip (som kammarrätten felaktigt benämner en överviktsprincip) skulle tillämpas vid bedömningen av vilka bestämmelser som skulle tillämpas på upphandlingen. Då bastjänsterna motsvarade 82 procent av kontraktsvärdet fann kammarrätten att kontraktet huvudsakligen avsåg de tjänster vars villkor var hänförliga till ett vanligt kontrakt. Det förhållandet att optionstjänster var fler till antalet ansågs i sammanhanget vara av underordnad betydelse.²⁰

I sammanhanget ska noteras att kammarrätten, till synes av misstag, angett att överviktsprincipen ska gälla trots att domen i övrigt tydligt talar för en tillämpning av huvudsaksprincipen. Detta misstag har även gjorts i andra kammarrättsavgöranden där termerna har blandats ihop.²¹ I Konkurrensverkets yttrande argumenterades för huvudsaksprincipen, dvs. att bedömningen om vilka bestämmelser som ska tillämpas på upphandlingen ska göras utifrån vad som utgör kontraktets huvudsakliga ändamål. En tillämpning av överviktsprincipen skulle innebära att bedömningen ska göras utifrån det högsta av de uppskattade värdena för ramavtalet respektive det vanliga kontraktet. Visserligen ska en bedömning av avtalets huvudsakliga ändamål göras med beaktande av de olika delarnas ekonomiska värde, men även andra omständigheter, såsom användningsgraden, ska vägas in.²²

19 En fråga som med fog kan ställas i sammanhanget är för övrigt om den omständigheten att ett ramavtal och ett vanligt upphandlingskontrakt hör ihop, i den meningen att de är knutna till samma projekt, inte i skulle kunna utgöra särskilda skäl för en längre löptid för ramavtalet än fyra år.

20 Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13.

21 Se exempelvis Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 oktober 2016 i mål nr 1054-16.

22 Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2014 i mål nr 1871-13. Se även prop. 2006/07:128 s. 464.

3. Avrop från ramavtal

En av de viktigare nyheterna i regleringen av ramavtal i 2016 års upphandlingslagar är en företeelse som i strikt bemärkelse inte är ny, nämligen möjligheten att använda andra objektiva fördelningsnycklar än rangordning vid avrop från ramavtal.

Den förhärskande uppfattningen, vid tillämpning av 2007 års upphandlingslagar, var att rangordning av leverantörer var huvudregel vid användning av ramavtal med samtliga villkor fastställda, och att andra fördelningsnycklar endast användes undantagsvis eller i mycket specifika situationer.²³ Anledningen till att denna uppfattning fått sådant fäste är något oklar. I förarbetena till 2007 års lagar uttalade regeringen att "[...] ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt".²⁴

Redan vid genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv förutsattes således att det fanns andra fördelningsnycklar än rangordning, vilka också säkrade att tilldelning kunde ske på ett objektivt sätt. Möjligen ligger förklaringen till att rangordning fick en sådan särställning, och andra fördelningsnycklar kom i skymundan, i att lagstiftaren tog patienters och andra vård- och omsorgstagares fysiska behov som exempel på när en rangordning inte nödvändigtvis var önskvärd.²⁵ Genom detta exempel gavs möjligen läsaren intrycket att det endast var när enskilda patienter eller brukare hade behovet som styrde avropet som en tilldelning utan rangordning var tillåten.

Även om vår erfarenhet är att rangordning kan vara en lämplig fördelningsnyckel i många fall är det emellertid ingen hemlighet att det också kan finnas problem med en rangordning, och att en rangordning kan uppfattas som mindre flexibel än önskvärd.²⁶ I det följande beskriver vi olika exempel på andra objektiva avropsmodeller än fast rangordning.

Objektiva fördelningsnycklar – rättsliga förutsättningar

En upphandlande myndighet enligt LOU får tilldela kontrakt som grundar sig på ett ramavtal utan en förnyad konkurrensutsättning, enligt de objektiva villkor för detta som framgår av ramavtalet och som har angetts i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.²⁷

23 SOU 2013:12 s. 319.

24 Prop. 2006/07:128 s. 175.

25 Prop. 2006/07:128 s. 175.

26 SOU 2013:12 s. 319.

27 Se 7 kap. 6 § LOU.

Regleringen av ramavtal i LUF liknar i viss mån den i LOU, men är inte lika detaljerad. Bland annat framgår att kontrakt som grundas på ett ramavtal ska tilldelas med tillämpning av objektiva regler och kriterier, som den upphandlande enheten ska ange i något av upphandlingsdokumenten för ramavtalet.²⁸

Lagtexten ger inte något exempel på vad som avses med "objektiva" villkor, regler och kriterier. Ledning får istället hämtas ifrån vad som uttrycks i ingressen till upphandlingsdirektiven, samt den svenska lagstiftarens syftestolkning i förarbetena till LOU och LUF.

I skälen till direktivet för den klassiska sektorn, anges bl.a. följande:

*"För att säkerställa öppenhet och likabehandling bör den upphandlande myndigheten i upphandlingsdokumenten för ramavtalet uppge vilka objektiva kriterier som kommer att styra valet mellan dessa båda metoder för att fullgöra ramavtalet. Sådana kriterier kan till exempel avse kvantitet, värde eller karakteristika för berörda byggtreprenader, varor eller tjänster, inbegripet behovet av en högre servicegrad eller en högre säkerhetsnivå, eller förändringar i prisnivåerna jämfört med ett förutbestämt prisindex. Ramavtal bör inte användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids."*²⁹

I förarbetena till LOU anges följande:

*"Det från upphandlingsrättslig synpunkt centrala är att valet vid ett avrop av vilken leverantör som ska utföra en viss uppgift måste göras i enlighet med de grundläggande principerna och får därmed inte bero på den upphandlande myndighetens godtycke. En fördelningsnyckel ska göra det möjligt att förutse enligt vilka grunder och hur valet av leverantör kommer att gå till i en viss given situation. Det ska också kunna gå att konstatera i efterhand vilka faktorer som gjorde att en viss leverantör valdes som utförare framför en annan."*³⁰

För ramavtal i LUF är det i förarbetena inte lika tydligt uttryckt att samma hänsyn gör sig gällande, och handlingsutrymmet för upphandlande enheter beskrivs vara större än i LOU.

*"Upphandlande enheter är med andra ord inte begränsade till att endast använda ramavtal med samtliga villkor fastställda (fördelningsnyckel) eller förnyad konkurrensutsättning. En upphandlande enhet får tilldela kontrakt även på andra sätt, så länge det sker på grundval av objektiva regler och kriterier som fastställts i samband med ingåendet av ramavtalet."*³¹

Det faktum att regleringen av ramavtal i LUF är mindre detaljerad

28 Se 7 kap. 3 § LUF.

29 Skäl 61 i direktiv 2014/24/EU.

30 Prop. 2015/16:195 s. 519.

31 Prop. 2015/16:195 s. 524.

och begränsande än motsvarande bestämmelser i LOU, medför dock inte att de allmänna principerna om likabehandling och öppenhet som sådana är mindre betydelsefulla inom försörjningssektorerna. Gemensamt för ovanstående uttalanden, för såväl LOU som LUF, kan sägas vara att avrop genom en objektiv fördelningsnyckel ska ske utan godtycke från myndighetens eller enhetens sida och att förutsättningarna för tilldelningen ska framgå av upphandlingsdokumenten. Det bör dock noteras att en viktig praktisk skillnad i bestämmelserna om ramavtal i LOU och LUF är att förhandlingar alltid är tillåtna enligt LUF, och att LUF saknar skriftlighetskrav vid tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtal.³² Det måste enligt vår mening beaktas att en skillnad i ordalydelse mellan två direktiv som antagits på samma dag får förmodas vara avsedd och att man i sådana situationer ska vara försiktig med att tolka bestämmelser av samma slag, men med olika lydelse, på samma sätt.³³

Nedan ger vi ett antal exempel på fördelningsnycklar och resonerar kring huruvida de kan anses uppfylla kraven på objektivitet. Redogörelsen gör inte anspråk på att vara fullständig eller att uttömmande ange alla tänkbara fördelningsnycklar, utan exemplen ska betraktas som just exempel. Det är fullt möjligt, och till och med sannolikt, att det även finns många andra fördelningsnycklar, varav vissa kan uppfylla kravet på objektivitet.

Det bör i sammanhanget även noteras att alla fördelningsnycklar inte lämpar sig för alla typer av upphandlingsföremål. Det faktum att en fördelningsnyckel är juridiskt acceptabel innebär därför inte nödvändigtvis att det är en klok idé att använda den, utan valet av fördelningsnyckel får styras av förutsättningarna och föremålet för upphandlingen.

Exempel på fördelningsnycklar

ALLMÄNT OM FÖRDELNINGSNYCKLAR SOM INTE PRIORITERAR DEN LEVERANTÖR SOM LÄMNAT DET BÄSTA ANBUDET

Det förekommer ibland diskussioner om huruvida en fördelningsnyckel måste säkerställa att den ramavtalsleverantör som lämnat det bästa anbudet i upphandlingen av ramavtalet alltid måste tillfrågas först, och för ramavtal som omfattades av 2007 års upphandlingslagar kan det ha funnits visst fog för en sådan invändning.

Enligt LOU och LUF är det dock, enligt vår mening, tydligt att rättsläget är ett annat. Bland annat finns bestämmelser som ger en upphandlande myndighet eller enhet rätt att besluta att tilldela kontrakt i separata delar, och då också begränsa det antal delar som en leverantör får lämna anbud på eller tilldelas.³⁴ Dessa bestämmelser

32 Prop. 2015/16:195 s. 524. Se 7 kap. 9 § LOU och 7 kap. 4 § LUF.

33 Jfr EU-domstolens resonemang i C-324/98, *Telaustria*, punkt 56.

34 Se 4 kap. 13–16 §§ LOU respektive 4 kap. 11–14 §§ LUF.

innebär således att upphandlande myndigheter eller enheter inte i alla lägen är skyldiga att anta det anbud som sett utifrån tilldelningskriterierna är det bästa anbudet, utan att det är möjligt att göra avsteg från detta av hänsyn till små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar och intresset av att långsiktigt vårda konkurrensen på marknaden.

Motsvarande synsätt bör kunna anläggas på fördelningsnycklar för avrop från ramavtal, dvs. övervägande skäl talar för att det av hänsyn till små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingar och intresset av att långsiktigt vårda konkurrensen på marknaden är möjligt att använda fördelningsnycklar som inte ger prioritet åt den ramavtalsleverantör som lämnat det bästa anbudet i upphandlingen av ramavtalet, så länge fördelningsnyckeln uppfyller kravet på objektivitet och även i övrigt är förenlig med de grundläggande principerna.

FYSISKA PERSONERS VAL

Fysiska personers behov och val anges uttryckligen i såväl förarbetena som upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn som något som kan innefattas i de objektiva kriterierna för avrop.³⁵

Vad detta mer konkret betyder är att en fördelningsnyckel anses uppfylla kraven på objektivitet om det är de fysiska personerna som själva väljer leverantör.

Det är lätt att få intrycket att denna fördelningsnyckel bara kan användas då det rör sig om fysiska personer som är åtskilda från den upphandlande myndigheten eller enheten, exempelvis patienter inom hälso- och sjukvården eller brukare inom omsorgen, och det är mycket möjligt att uttalandena främst gjorts med avseende på dessa grupper. Såvitt kan utläsas av de tillgängliga rättskällorna förefaller det dock inte finnas något hinder mot att även personer anställda vid en upphandlande myndighet eller enhet kan anses utgöra sådana fysiska personer vars val kan utgöra fördelningsnyckel, i vart fall under förutsättning att de aktuella personerna väljer leverantör i egenskap av fysiska personer snarare än anställda vid myndigheten eller enheten. Så kan exempelvis vara fallet då en anställd vid myndigheten eller enheten utifrån sina fysiska eller ergonomiska förutsättningar väljer ett visst arbetsredskap, såsom ett ergonomiskt tangentbord, arbetskläder eller skyddsutrustning med viss passform.

Fysiska personers behov och val är visserligen en fördelningsnyckel som säkerställer att den upphandlande myndigheten eller enheten inte utövar något godtycke vid valet av leverantör. Det kan dock diskuteras i vilken utsträckning en sådan fördelningsnyckel lever upp till öppenhetsprincipens krav på transparens.

Mot bakgrund av att såväl unionslagstiftaren som den svenska

35 Prop. 2015/16:195 s. 520 respektive skäl 61 i direktiv 2014/24/EU.

lagstiftaren har klargjort att det är tillåtet att låta de fysiska personernas val och behov vara styrande kan dock konstateras att fördelningsnyckeln är tillåten.

PROCENTUELL FÖRDELNING

En annan tänkbar fördelningsnyckel är procentuell fördelning av avrop mellan ramavtalsleverantörerna. Ett enkelt exempel är att den som lämnat det bästa anbudet i upphandlingen av ramavtalet får 50 procent av volymen, den som lämnat det näst bästa anbudet får 30 procent och den som lämnat det tredje bästa anbudet får 20 procent.

En fördelningsnyckel som innebär procentuell fördelning kan i många fall vara svår att tillämpa och framförallt att följa upp. Det finns därför i många fall risk för avvikelser i förhållande till fördelningsnyckeln.³⁶ För ramavtal med mer stabila avropsvolymerna, eller där avropsbehovet under en viss period kan överblickas eller planeras på förhand är det dock vår erfarenhet att procentuell fördelning kan fungera väl som fördelningsnyckel.

Ofta är det i praktiken en god idé att regelbundet följa upp fördelningen av avrop, så att eventuella snedfördelningar kan identifieras och åtgärdas. Det kan också vara klokt att ange den procentuella fördelningen som intervall, exempelvis 40–50 procent.

De mer påtagliga fördelarna med procentuell fördelning är att alla ramavtalsleverantörerna får möjlighet att leverera, vilket inte endast är bra för leverantörerna, utan även för den upphandlande myndigheten eller enheten, inte minst för att det ger en ökad leveranstrygghet om någon av leverantörerna skulle komma på obestånd eller av annan anledning inte skulle kunna leverera.

TURORDNING

En fördelningsnyckel som, såvitt vi kunnat utröna, inte tidigare föreslagits är turordning, dvs. att den leverantör som lämnat det bästa anbudet i upphandlingen av ramavtalet tillfrågas första gången, den som lämnat det näst bästa anbudet tillfrågas den andra gången och så vidare, till dess att alla ramavtalsleverantörer fått möjlighet att leverera. Enligt vår mening bör en sådan fördelningsnyckel kunna anses uppfylla kravet på objektivitet.

Vår uppfattning är vidare att det inte finns något hinder mot en viktad turordning, exempelvis på så sätt att den leverantör som lämnat det bästa anbudet i upphandlingen av ramavtalet tillfrågas tre gånger, att den som lämnat det näst bästa anbudet tillfrågas två gånger och slutligen att den som lämnat det tredje bästa anbudet

³⁶ Beroende på omständigheterna och hur ramavtalet är formulerat kan sådana avvikelser utgöra avtalsbrott, vilka kan medföra skadeståndsskyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten.

tillfrågas en gång innan avrop återigen genomförs från början av turordningen.

Mot en användning av turordning kan invändas att en sådan kan missbrukas, exempelvis genom att den upphandlande myndigheten eller enheten, genom storleken på de olika avropen, kan gynna eller missgynna en viss ramavtalsleverantör. Så länge någon sådan otillbörlig användning av turordningen inte sker har vi dock svårt att se att en användning av turordning i sig skulle vara otillåten.

NÄRMAST NÄR BEHOV UPPSTÅR

För vissa typer av upphandlingsföremål kan det vara lämpligt att tilldelning av kontrakt sker utifrån en närhetsprincip. Så länge det finns möjlighet att, exempelvis med tekniska medel, objektivt fastställa vilken ramavtalsleverantör som är närmast när avropsbehovet uppstår är en sådan fördelningsnyckel, enligt vår mening, sannolikt förenlig med kravet på objektivitet.

En annan sak är att en närhetsprincip kan vara olämplig för vissa typer av upphandlingsföremål, där det finns en inneboende risk för att den avropsberättigade tar sig till en "lämplig" plats innan behovet signaleras till ramavtalsleverantörerna, i syfte att viss leverantör ska bli berättigad att leverera. I många fall bör denna risk dock motverkas av att de avropsberättigade inte har något incitament att förflytta sig innan avrop sker, eller att andra incitament väger tyngre. Ett exempel på detta är taxiresor. Avrop enligt närhetsprincipen skulle kunna tillämpas så att det taxibolag som har den närmaste lediga bilen får avropsförfrågan. Det får anses osannolikt att den som ska boka (avropa) taxibilen har ett intresse av att förflytta sig mer än marginellt enbart för att kunna avropa från ett visst taxibolag. En fördel med närhetsprincipen i just detta exempel är den miljömässiga och ekonomiska vinsten, med hänsyn till minskade körsträckor för bilarna.

En risk med tillämpningen av en närhetsprincip kan dock vara att graden av aktivitet från leverantörens sida vid val av ramavtalsleverantör kan medföra att avropsförfarandet i realiteten blir att betrakta som en förnyad konkurrensutsättning. Denna problematik beskrivs närmre i efterföljande avsnitt.

FÖRST TILL KVARN

För sådana avrop där det är av stor vikt att leverans sker snabbt, exempelvis för att föremålet för upphandlingen är en mycket viktig färskvara som inte kan lagerhållas hos den upphandlande myndigheten eller enheten, såsom vissa typer av mediciner, kan det finnas anledning att formulera en fördelningsnyckel enligt principen "först till kvarn", dvs. att den leverantör som först besvarar avropsförfrågan får leverera.

En fördel med fördelningsnyckeln först till kvarn kan vara att de ramavtalsleverantörer som vid det aktuella tillfället har begränsad ledig kapacitet kan underlåta att besvara förfrågan till dess att de har möjlighet att motta avrop, eller omvänt uttryckt, att den ramavtalsleverantör som vid avropstillfället har mest kapacitet kan erhålla uppdraget genom att svara snabbt.

Att beakta i sammanhanget är dock att den aktuella typen av fördelningsnyckel kan gynna stora företag, vilka sannolikt ofta är bättre rustade för att snabbt hantera det rent administrativa arbetet med att besvara avrop, på bekostnad av mindre företag. För att fördelningsnyckeln ska anses vara förenlig med proportionalitetsprincipen krävs därför sannolikt att det verkligen rör sig om ett upphandlingsföremål för vilket den upphandlande myndigheten eller enheten objektivt sett har ett behov av snabba leveranser.

BEHOVSSTYRDA AVROP

För vissa typer av upphandlingar, där det ingår en detaljerad varukorg med många olika artiklar, kan det vara aktuellt att använda en fördelningsnyckel som innebär att avrop sker från den leverantör som för en viss sammansättning av varor, tjänster eller byggtreprenad-arbeten, dvs. den sammansättning som utgör den upphandlande myndighetens eller enhetens behov vid avropstillfället, har det lägsta priset.

Ett exempel på denna fördelningsnyckel, som också godtagits i kammarrättspraxis, är flyttjänster.³⁷

Ett inneboende transparensproblem i en sådan fördelningsnyckel är dock att den i regel kräver en större varukorg för att vara av intresse, och ju större varukorg det är frågan om desto större är möjligheten för den upphandlande myndigheten eller enheten att laborera med innehållet i avropsförfrågan för att se till att en viss leverantör tilldelas.

Så länge någon sådan otillbörlig användning av fördelningsnyckeln inte sker bör modellen som sådan dock vara tillåten. Skulle någon leverantör sedan ifrågasätta tillämpningen av den talar den s.k. bevis-säkringsprincipen, som innebär att den part som har bäst förutsättningar att föra bevisning i en fråga, för att det bör ankomma på den upphandlande myndigheten eller enheten att visa att avropsförfrågan är baserad på objektiva hänsyn och att sammansättningen av varorna från varukorgen är objektivt motiverad.

LOTTNING

Ett alternativ som sannolikt uppfyller de ovan nämnda kraven på objektivitet är att vid avrop tillämpa lottning som fördelningsnyckel

³⁷ Kammarrätten i Göteborgs dom den 25 oktober 2011 i mål nr 6541-6544-11.

för att avgöra vilken leverantör som ska tilldelas det aktuella kontraktet. Korrekt genomförd är lottning en objektiv metod som enligt Högsta förvaltningsdomstolens rättspraxis är *"ett allmänt vedertaget förfarande för att utan olikbehandling avgöra utgången när lika fall står mot varandra"*, som det får uppfattas baserat på domskälen inte endast när det handlar om att särskilja likvärdiga anbud, utan även rent generellt.³⁸

Korrekt genomförd skulle således lottning kunna vara en tillåten fördelningsnyckel för avrop. Lottning kan dock medföra oönskade negativa effekter, såsom att slumpen innebär att fördelningen av avrop mellan ramavtalsleverantörerna kan komma att bli mycket ojämn, både i det korta perspektivet, vilket kan medföra kapacitetsproblem för vissa leverantörer, och i ett längre perspektiv vilket kan medföra att vissa leverantörer tvingas ta kostnader för att hålla leveransberedskap trots att de inte får motta några avrop eller endast få avrop.

Det kan också ifrågasättas om det i många fall då lottning skulle kunna användas, vilket indikerar att den upphandlande myndigheten eller enheten inte har några synpunkter på vilken ramavtalsleverantör som utför en viss leverans, inte istället finns andra fördelningsnycklar som bättre tillgodoser ramavtalsleverantörernas intresse av förutsebarhet.

LÄGSTA DAGSPRIS

Av bestämmelserna om elektroniska kataloger i LOU respektive LUF framgår att en uppdatering av en sådan katalog inom ett ramavtal görs genom en förnyad konkurrensutsättning.³⁹

Det kan dock enligt vår mening diskuteras om inte den näraliggande situationen att ramavtalsleverantörerna tillhandahåller dagsaktuella prisuppgifter och andra relevanta uppgifter för en förutbestämd uppsättning varor, tjänster eller byggtreprenadarbeten skulle kunna utgöra en sådan objektiv fördelningsnyckel som kan användas för avrop från ramavtal som tillämpas utan förnyad konkurrensutsättning. Detta i vart fall i de situationer då uppgifterna inte ges formen av en elektronisk katalog.

Om leverantören hela tiden tillhandahåller de dagsaktuella priserna, och inte ger in någon uppdaterad information på begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten i samband med ett visst avrop, kan anföras att det inte är fråga om en förnyad konkurrensutsättning som borde hanterats i enlighet med de bestämmelser som gäller för förnyade konkurrensutsättningar. Det ligger visserligen nära till hands att anse att ett sådant aktivt handlande från ramavtalsleverantörerna för att justera innehållet i sina anbud vid varje givet tillfälle, utgör ett exempel på en förnyad konkurrensutsättning. Om

38 RÅ 2009 ref. 60.

39 Se 8 kap. 28–34 §§ i respektive lag.

prisjusteringarna emellertid endast görs på grund av fluktuerande världsmarknadspriser eller motsvarande underliggande kostnader, är det inte lika givet att det går att se det som en anpassning av anbudet utifrån en aktuell avropsförfrågan.⁴⁰

Gränsdragningen mellan avrop baserade på objektiva kriterier jämfört med förnyad konkurrensutsättning behandlas mer i detalj i nästföljande avsnitt.

Objektiva kriterier eller förnyad konkurrensutsättning?

En skiljelinje som bör beaktas är den mellan avrop med förnyad konkurrensutsättning, och avrop som saknar förnyad konkurrensutsättning. När en förnyad konkurrensutsättning sker (eller borde ske) finns det förutsättningar för att ansöka om överprövning av det tilldelade avtalets giltighet, vilket inte är fallet om avrop (på ett korrekt sätt) sker utan en förnyad konkurrensutsättning.

Enligt vår mening kan graden av aktivitet från ramavtalsleverantörerna ge vägledning för bedömningen av om avropsmodellen innebär eller inte innebär förnyad konkurrensutsättning.

En förnyad konkurrensutsättning kan ske enligt det i upphandlingslagarna föreskrivna tillvägagångssättet för detta, eller genom användning av elektronisk auktion, alternativt genom uppdatering av elektroniska kataloger.⁴¹ Gemensamt för dessa metoder för avrop är att de förutsätter aktivt handlande från ramavtalsleverantörerna för att fungera på avsett vis, dvs. att den upphandlande myndigheten eller enheten behöver begära, och få, leverantörernas avrops svar för att kunna bedöma vilken leverantör som ska tilldelas kontrakt.

Detta kan jämföras med avrop enligt en objektiv fördelningsnyckel, där den upphandlande myndigheten eller enheten tillämpar en tidigare beskriven metod på redan inlämnade uppgifter från ramavtalsleverantörerna. Även om de förhållanden som styr vilken leverantör som vid varje givet tillfälle kan komma att tilldelas kontrakt i viss mån skiftar, till följd av exempelvis extern påverkan, är det inte fråga om att leverantörerna aktivt uppdaterar sina anbud i förhållande till det aktuella avropet och på begäran av den upphandlande myndigheten eller enheten.

Om en metod för avrop från ett ramavtal förutsätter ett sådant aktivt handlande, i form av att den upphandlande myndigheten eller enheten begär information från ramavtalsleverantörerna, vilka sedan

⁴⁰ Se Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 3.

⁴¹ Se för förnyad konkurrensutsättning 7 kap. 9 § LOU respektive 7 kap. 4 § LUF, elektronisk auktion 8 kap. 15-27 §§ LOU respektive LUF samt elektroniska kataloger 8 kap. 28-34 §§ LOU respektive LUF.

anpassar sina anbud i förhållande till begäran, och det först därefter kan fastställas vilken leverantör som ska tilldelas kontraktet, är det normalt fråga om en förnyad konkurrensutsättning, som ska genomföras i enlighet med förfaranderegler i respektive lag.⁴² Det bör därvid noteras att denna slutsats i sin tur kan leda till att möjligheten att ansöka om överprövning av avtalets giltighet öppnas för de ramavtalsleverantörer som inte tilldelas kontraktet, om än enligt LUF endast fram till dess att kontrakt tecknas.⁴³

⁴² Se 7 kap. 9 § LOU respektive 7 kap. 4 § LUF.

⁴³ 20 kap. 13 § LUF jämförd med 20 kap. 13 § LOU. Se även prop. 2015/16:195, s. 524 f.

4. Ramavtalsförvaltning

Till skillnad från tidigare lagar innehåller LOU och LUF viss reglering avseende vilka sanktioner som ska finnas i upphandlade avtal. En upphandlande myndighet respektive enhet ska nämligen se till att upphandlade kontrakt och ramavtal innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet respektive ramavtalet, om det varit föremål för en otillåten väsentlig ändring, om leverantören vid tilldelningen av kontraktet eller ramavtalet rätteligen borde ha uteslutits ur upphandlingen enligt någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna samt om EU-domstolen funnit att kontraktets eller ramavtalets ingående medför att Sverige allvarligt åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget eller upphandlingsdirektiven.⁴⁴

Utöver denna begränsade reglering är LOU och LUF emellertid tysta om hur avtalsstraff ska utformas i upphandlade avtal. Anledningen till detta är, sannolikt, att frågor om det närmare avtalsinnehållet, såsom vilka sanktioner och incitament som ska finnas tillgängliga för den upphandlande myndigheten eller enheten, faller inom ramen för civilrättens område. Den generella utgångspunkten i svensk civilrätt är, som bekant, att det föreligger avtalsfrihet kring såväl avtalsföremål som avtalsinnehåll.

Upphandlade ramavtal skiljer sig emellertid, liksom andra upphandlade avtal, i vissa avseenden från andra kommersiella avtal ifråga om incitament och sanktioner, såtillvida att den upphandlande myndigheten eller enheten normalt förser leverantörerna med ett färdigt avtalsförslag som leverantörerna mer eller mindre har att acceptera utan ändringar. Inte sällan är det ett obligatoriskt krav, för att anbudet inte ska förkastas, att leverantörerna reservationslöst accepterar myndighetens förslag till avtalsvillkor.

En leverantör kan i och för sig – inom ramen för förfarandet ”frågor och svar” – göra myndigheten uppmärksam på exempelvis alltför långtgående vitesklausuler, frånvaron av rimliga ansvarsbegränsningar eller ansvar för omständigheter utanför leverantörens kontroll, men många myndigheter och enheter är av olika skäl ovilliga att justera i sina avtalsutkast på ett sätt som upplevs vara till myndighetens eller enhetens nackdel. Det finns därutöver, vid en sådan justering, en viss risk för att villkoren för upphandlingen anses ha ändrats i en sådan omfattning att upphandlingen måste göras om.⁴⁵ Vår erfarenhet är att många leverantörer upplever att det är lönlöst att via frågor och svar försöka förmå en upphandlande myndighet eller enhet att frånfalla eller ändra oskäliga avtalsvillkor, eftersom det så sällan händer att en myndighet eller enhet är villig att efterkomma en sådan be-

⁴⁴ Se 17 kap. 17 § LOU respektive 16 kap. 17 § LUF samt uteslutningsgrunder i 13 kap. 1 § LOU respektive LUF.

⁴⁵ Se skäl 81 i direktiv 2014/24/EU och skäl 90 i direktiv 2014/25/EU samt prop. 2015/16:195 s. 644–645.

gäran. En sådan inställning kan dock bli en självuppfyllande profetia, eftersom myndigheter och enheter kan uppfatta det förhållandet att leverantörer – i såväl tidigare som i den pågående upphandlingen – inte riktat invändning mot ett visst avtalsvillkor som ett bevis på att det aktuella villkoret är skäligt, marknadsmässigt, lämpligt etc.

Att leverantörer inte invänder mot oskäligen avtalsvillkor kan emellertid ha flera förklaringar. Det kan även bero på att leverantören är spelbenägen och utgår ifrån att myndigheten, om väl en sanktionsgrundande situation uppstår, kommer att sakna resurser eller beslutssamhet att följa upp denna och tillämpa sanktionerna såsom dessa är skrivna i avtalet. Dessvärre kan konstateras att ett sådant antagande från leverantörens sida har visst fog för sig.⁴⁶

Att upphandlande myndigheter och enheter inte tillämpar de sanktioner som finns i upphandlade avtal är dock inte bara en resursfråga. Det är även en fråga om att allt för långtgående sanktioner ofta framstår som opraktiska eller rent av oseriösa för den tjänsteman som har att tillämpa dem i den enskilda konfliktsituationen. Det är enligt vår erfarenhet en vanlig uppfattning bland personer inom olika offentliga verksamheter att de upphandlade avtalen visserligen erbjuder såväl "slägga som kärnvapen", men att detta är till liten hjälp när man behöver en skalpell.

En mycket allvarlig konsekvens av dessa förhållanden över tid är att spelbenägna, inte sällan oseriösa, leverantörer gynnas i förhållande till mer riskaversiva, ofta mer seriösa, leverantörer. Den leverantör som tar myndigheten eller enheten på orden, dvs. utgår ifrån att de avtalsvillkor som presenteras i upphandlingen också kommer att tillämpas, kan om dessa avtalsvillkor framstår som oskäligen eller riskfyllda avstå från att lämna anbud. Alternativt kan leverantören lämna ett anbudspris som tar höjd för avtalsvillkorens kostnad och som därför inte är konkurrenskraftigt i förhållande till det pris som en leverantör som utgår ifrån att avtalsvillkoren inte kommer att tillämpas kan offerera. På sikt innebär en sådan situation också att upphandlingsförfarandet som sådant blir meningslöst eftersom de villkor som konkurrensutsätts är andra än de villkor som faktiskt tillämpas.

Ytterst hindrar såväl proportionalitetsprincipen som den avtalsrättsliga generalklausulen i 36 § avtalslagen (1915:218) upphandlande myndigheter och enheter från att uppställa alltför stränga sanktioner i sina upphandlade avtal. Dessa skyddsventiler förutsätter emellertid att leverantören för talan i domstol och det har, vad avser prövning i förvaltningsdomstolarna, visat sig att det är mycket svårt för en leverantör att få gehör för att ett villkor i ett kommersiellt avtal är oproportionerligt. En prövning enligt 36 § avtalslagen, vilken sker i form av en avtalsrättslig process i allmän domstol, har den nackdelen att den endast kan ske i efterhand när avtal väl är tecknat.

⁴⁶ Endast en fjärdedel av de tillfrågade upphandlande myndigheterna uppgav att upphandlingskontrakten regelbundet följs upp. Se även Upphandlingsutredningen 2010, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, SOU 2013:12, s. 155 f.

Mot denna bakgrund kan konstateras att den upphandlande myndigheten eller enheten har ett stort ansvar för att redan vid upprättande av avtalet företräda såväl sina egna som leverantörskollektivets intressen, och sörja för att de sanktioner och incitament som finns i ett avtal är rimliga och ger förutsättningar för en god affär för båda parter. Ett effektivt sanktions- och incitamentssystem präglas inte av sin hårdhet utan tvärtom av sin flexibilitet och tydlighet i den enskilda situationen. I detta avsnitt kommer vi att diskutera några av de överväganden som en myndighet eller enhet har att göra vid utformningen av ett sådant system.

Avtalstrohet och leveransvägran

Ett sätt för upphandlande myndigheter och enheter att ge uttryck för sitt missnöje med en leverantör kan vara att helt enkelt inte avropa från det ramavtal som myndigheten eller enheten har med den aktuella leverantören. Ett sådant agerande ger emellertid upphov till frågan om en upphandlande myndighet eller enhet har en skyldighet att använda sig av sina upphandlade ramavtal eller om det står den fritt att genomföra en ny upphandling jämte pågående avtal.

Huruvida den upphandlande myndigheten eller enheten har en skyldighet att avropa från ett ramavtal i vilket samtliga villkor för tillhandahållandet är fastställda, är en fråga som har varit föremål för återkommande diskussion bland såväl praktiker som akademiker. I doktrin förekommer delade meningar beträffande en eventuell inköpsplikt.⁴⁷ Den rådande uppfattningen förefaller dock vara att den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att avropa från ett ramavtal främst är en avtalsrättslig fråga, som emellertid begränsas av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU respektive LUF. Avtalsfriheten begränsas ytterligare av att ramavtal inte får användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids.⁴⁸

Visserligen är ett ramavtal med samtliga villkor fastställda ömsesidigt förpliktande för parterna, på motsvarande sätt som vilket upphandlingskontrakt som helst, innebärande att den upphandlande myndigheten eller enheten, i och med ingående av ramavtalet, som huvudförpliktelse åtar sig att avropa från detsamma.⁴⁹ Enligt lagkommentaren till 2004 års upphandlingslagar torde en upphandlande myndighet eller enhet däremot inte vara förpliktad att tillämpa

47 Se bl.a. Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 uppl., 2014 s. 221 ff., som hävdar att det föreligger en skyldighet för upphandlande myndigheter/enheter att faktiskt använda de ramavtal som upphandlas. Se i detta avseende även Hovrätten över Nedre Norrlands dom den 9 november 2016 i mål nr T 678-14, i vilken hovrätten fann att ett ramavtal med en leverantör, vilket fastställde samtliga villkor, innebar en ensamrätt för leverantören att utföra sådana tjänster som ramavtalet omfattade, då behov av sådana tjänster uppkom. Jfr Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2 uppl., 2015 s. 306 ff., som delvis är av en annan uppfattning.

48 Se beaktandesats 61 i direktiv 2014/24/EU och artikel 32.2 femte stycket i direktiv 2004/17/EG. Se även artikel 51.2 i direktiv 2014/25/EU.

49 Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal, Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 3.

ramavtalet i den mån myndigheten eller enheten inte kan få sitt avrop tillgodosett av någon leverantör i rangordningen. I en sådan situation bör således, enligt lagkommentaren, den upphandlande myndigheten eller enheten ha rätt att göra anskaffningen vid sidan av ramavtalet, utan att det för den delen betraktas som ett avtalsbrott.⁵⁰ Detta förutsätter dock att myndigheten eller enheten inte kan göra ett avrop från någon annan leverantör enligt ramavtalsvillkoren.

En annan uppfattning kommer dock till uttryck i förarbetena till den nya upphandlingslagstiftningen, i vilka bl.a. följande anges:

*"I skäl 61 tredje stycket i direktivet påminns om att ramavtal inte bör användas på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Därefter sägs att "de upphandlande myndigheterna bör enligt detta direktiv inte vara skyldiga att anskaffa byggtreprenader, varor eller tjänster som omfattas av ett ramavtal enligt det ramavtalet". Det som sägs i skältexten är en påminnelse om att direktivet är neutralt i den frågan. En sådan skyldighet kan emellertid regleras i den nationella rätten samt i det specifika ramavtalet. För svenskt vidkommande bör i det sammanhanget nämnas bestämmelserna i förordningen (1998:796) om statlig inköpssamordning. Förordningen innebär att myndigheter under regeringen som regel ska använda sig av de ramavtal som ingåtts av inköpscentralen."*⁵¹

Enligt regeringen är frågan om huruvida upphandlande myndigheter och enheter har en skyldighet att avropa från ramavtal främst av avtalsrättslig natur och i princip inte upphandlingsrättslig. Regeringen anser vidare, när det gäller ramavtal som en inköpscentral har ingått i eget namn eller med en eller flera leverantörer, att sådana andra upphandlande myndigheter som får använda sig av ramavtalet (se artikel 33.2 andra stycket i direktiv 2014/24/EU) per definition inte kan betraktas som civilrättsliga parter i själva ramavtalet. Av det skälet är, enligt regeringen, frågan om sådana myndigheter ska anses förpliktade gentemot leverantörerna att använda sig av ramavtalet och i vilken utsträckning det är möjligt, likaså en rent avtalsrättslig fråga som ligger utanför upphandlingsregelverkets räckvidd.⁵²

Vad gäller ramavtal som inte har samtliga villkor för tillhandahållandet fastställda, är dessa, enligt författningskommentaren till 2004 års upphandlingslagar, oförbindande mellan parterna.⁵³ Det innebär att det varken kan föreligga någon skyldighet för den upphandlande myndigheten eller enheten att inleda en förnyad konkurrensutsättning, eller för en leverantör som är part i ramavtalet att delta i en förnyad konkurrensutsättning.⁵⁴ Denna uppfattning delas dock inte av bl.a. Jan-Erik Falk, som menar att en leverantör inte kan undandra sig

50 Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2 uppl., 2015 s. 306.

51 Prop. 2015/16:195 s. 513.

52 Prop. 2015/16:195 s. 514.

53 Se även Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 uppl., 2014 s. 221 ff.

54 Se EU-kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal, Explanatory note – Framework agreements – Classic Directive Document, CC/2005/03 rev 1 of 14.7.2005, s. 3–4.

att leverera enligt ramavtalet, på samma sätt som att en upphandlande myndighet eller enhet inte kan upphandla vid sidan av ramavtalet, med mindre än att bundenheten villkorats i ramavtalet.⁵⁵ Falks synsätt ligger visserligen i linje med det förhållandet att ramavtal till sin karaktär är ömsesidigt förpliktande, men motsägs av förarbetsutalandena till 2014 års upphandlingslagar.

Det är naturligtvis möjligt att i ett ramavtal skriva in en förpliktelse för en leverantör att delta i de förnyade konkurrensutsättningar som den avropande myndigheten eller enheten gör. Vid sådana förhållanden är leverantören, på civilrättslig grund, bunden av detta åtagande. Denna typ av avtalsskrivningar förekommer också, inte minst i ramavtal som täcker stora geografiska områden eller många olika avropande myndigheter eller enheter, där leverantörskollektivet historiskt sett har visat intresse för att leverera inom vissa områden men inte i andra, eller till vissa avropande myndigheter och enheter, men inte till andra.

Beträffande upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att avropa vågar vi påstå att de flesta ramavtal som upphandlas i Sverige saknar volymåtaganden från den upphandlande myndigheten eller enhetens sida. Det är inte svårt att förstå varför en myndighet eller enhet inte vill göra volymförpliktelser i ramavtal då en sådan förpliktelse medför att myndigheten eller enheten exponerar sig för en skadeståndsrisk för det fall avropen inte skulle komma upp i den avtalade volymen. Att det saknas volymförpliktelse gör det också lättare för myndigheten eller enheten att välja bort en leverantör som den inte är nöjd med, även om avsaknaden av en volymförpliktelse, som vi kommer att se nedan, inte är en fullständig garanti mot ett skadeståndsanspråk om myndigheten köper varor och tjänster utanför avtalet.

Samtidigt bör man vara medveten om att en fullständig avsaknad av volymgarantier, även på avtal som myndigheten eller enheten vet kommer att användas i beaktansvärd utsträckning, kan medföra dyrare anbud i förhållande till om åtminstone någon volymgaranti hade getts. En allmän princip är att risker ska bäras av den part i ett avtal som har lättast att överblicka och hantera dem. Genom att helt avstå från att ge volymgarantier lägger myndigheten hela risken för avropsvolymens storlek på leverantören trots att myndigheten eller enheten i sin egenskap av beställare är bättre skickad att överblicka och hantera denna risk. Det är högst sannolikt att detta medför en riskpremie som i slutändan får bäras av den upphandlande myndigheten eller enheten. Detta gäller särskilt i de fall då ramavtalsleverantörerna, trots osäkra volymer, är skyldiga att leverera om avrop sker, och därför måste bära kostnaderna för de åtgärder och investeringar som krävs för att kunna leverera.

Oavsett det ovan sagda bör myndigheter och enheter som vill förbehålla sig rätten att upphandla vid sidan av ett tidigare upphandlat ramavtal vara noga med att formulera avtalet så att det inte kan

55 Falk, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 uppl., 2014 s. 222.

uppfattas som exklusivt i den bemärkelsen att myndigheten åtar sig att använda ramavtalet för hela sitt behov av den aktuella varan eller tjänsten. Som framgår av bland annat ett avgörande från Hovrätten för Nedre Norrland kan ett upphandlat ramavtal som inte uttryckligen anger att det är ett exklusivt ändå uppfattas som att det ger leverantören en ensamrätt att utföra sådana tjänster som ramavtalet omfattar, då behov av sådana tjänster uppkommer. Detta trots att ramavtalet inte innehöll några volymgarantier.⁵⁶ Den upphandlande myndigheten eller enheten bör också noga akta sig för att ändra förhållningssätt, när det gäller avtalets tillämpning, utan att först meddela leverantören, och det gäller särskilt i det fall då det finns ett etablerat partsbruk med visst innehåll, dvs. parterna har en historik av att ha samarbetat på visst sätt.

Sanktioner och incitament

För att uppnå en god leverans och öka möjligheterna för den upphandlande myndigheten att uppnå syftet med ett ramavtal är det viktigt att ramavtalet innehåller sätt för den upphandlande myndigheten eller enheten att beivra olika beteenden hos leverantörerna. Möjligen kan det också finnas skäl för myndigheten eller enheten att belöna leverantören vid prestation som överstiger avtalad nivå. Vi kommer i detta avsnitt att behandla ett axplock av, och vissa aspekter avseende, de sanktioner och incitament som kan stå till en upphandlande myndighets eller enhets förfogande i detta avseende.

AVTALS- OCH CIVILRÄTTSLIGA SANKTIONER

Upphandlade ramavtal innehåller normalt olika regleringar kring vedertagna avtals- och civilrättsliga sanktioner, såsom rätt till uppsägning, skadestånd och vite. Inledningsvis bör nämnas att vissa sanktioner följer av allmänna avtalsrättsliga principer och kräver således egentligen inte uttrycklig avtalsreglering.⁵⁷ Detta avser exempelvis uppsägningsrätt på grund av väsentligt avtalsbrott, rätt att innehålla betalning och, om vårdslöshet föreligger, rätt till skadestånd vid leverantörens avtalsbrott. Typiskt sett önskar dock den upphandlande myndigheten eller enheten både utvidgad uppsägningsrätt (t.ex. vid händelse av vissa specifika omständigheter eller avtalsbrott) och utvidgad rätt till skadestånd (t.ex. att skadestånd ska kunna utgå utan krav på vårdslöshet). För sådana utvidgade sanktionsmöjligheter krävs uttryckliga bestämmelser i avtalet.

Det övergripande syftet med sanktionen skadestånd är enligt svensk rätt att försätta en part i samma ekonomiska läge som om avtalet hade uppfyllts avtalsenligt (det positiva kontraktsintresset). Om inte

⁵⁶ Se Hovrätten för Nedre Norrlands dom av den 9 november 2016 i mål nr T 678-14. I målet fann domstolen att en uppsägning utan grund av ett sådant avtal kan medföra förlust av framtida förväntad vinst för leverantören vilket kan medföra skadeståndsskyldighet för myndighetens del.

⁵⁷ Se Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9 uppl., 2014 s. 200 f.

annat framgår av avtalet krävs enligt svensk rätt att den avtalsbrytande parten varit vårdslös (culparegeln).⁵⁸ Det måste också finnas en "adekvat kausalitet" mellan avtalsbrottet och skadan, dvs. ett relevant orsakssamband. Vidare krävs normalt en formell reklamation med viss rättelsefrist innan skadeståndskrav kan framställas.⁵⁹ Av detta följer att den upphandlande myndigheten eller enheten måste ha en tillräcklig organisation och rutiner för att följa upp och dokumentera leverantörens avtalsbrott för att skadestånd överhuvudtaget ska bli praktiskt tillämpligt och utgöra en effektiv sanktion. Sådana rutiner är en absolut förutsättning både för att kunna identifiera och bevisa avtalsbrottet, påvisa vårdslöshet och adekvat kausalitet samt kunna beräkna skadans storlek.

Det är vanligt att vite används som ett alternativt sätt för den upphandlande myndigheten eller enheten att erhålla ekonomisk ersättning vid leverantörens avtalsbrott. Jämfört med skadestånd har vites-sanktionen flera fördelar. Dels behöver storleken på den upphandlande myndighetens eller enhetens skada inte beräknas och bevisas, dels behöver vårdslöshet på leverantörens sida inte bevisas. Någon formell reklamation för utfående av vite torde inte heller krävas. Ett vite är således normalt lättare att hantera för den upphandlade myndigheten eller enheten och kan därför vara ett mer effektivt sätt att beivra och korrigera oönskat beteende hos leverantörerna. Risken att drabbas av vite bör vara rimligt förutsebar för leverantören. En vitesklausul bör därför, enligt vår uppfattning, tydligt specificera de omständigheter, såsom exempelvis en leveransförsening, då vitet ska utgå. Det är vidare viktigt att myndigheten och enheten betänker att vitet ska framstå som skäligt i förhållande till avtalsbrottets allvarlighet. Det är tyvärr inte ovanligt att upphandlande myndigheter och enheter sätter vitena på en så hög nivå att den tjänsteman som sedan har att utkräva vitet upplever det som oskäligt högt och därför avstår. Ett sådant agerande kan dessutom medföra att fråga om väsentlig ändring enligt LOU och LUF uppkommer.⁶⁰

Man bör även ha i åtanke att en vitesbestämmelse, om inte annat anges, av en domstol kan komma att ses som en s.k. exklusiv sanktion för det beteende eller avtalsbrott som vitesklausulen avser. Om myndigheten eller enheten exempelvis har angett att ett visst vite ska utgå för leveransförseningar kan myndigheten eller enheten normalt inte därutöver kräva skadestånd för en leveransförsening, även om leveransförseningen gett upphov till en skada som överstiger det föreskrivna vitesbeloppet. Om myndigheten eller enheten vill förbehålla sig en sådan möjlighet, dvs. ha möjlighet att kräva skadestånd som en kompletterande sanktion till vitet, måste detta framgå av avtalet.⁶¹

58 Se t.ex. NJA 2012 s. 725 och NJA 2013 s. 271.

59 Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9 uppl., 2014 s. 202 och 218.

60 Av 17 kap. 14 § LOU respektive 16 kap. 14 § LUF framgår att ändringar som innebär att ett ramavtals ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören kan utgöra en sådan otillåten väsentlig ändring som fordrar att en ny annonserad upphandling genomförs. Det kan inte uteslutas att avstående från att exempelvis utkräva ett vite när så är föreskrivet i avtalet kan utgöra en sådan väsentlig förändring.

61 Jfr. NJA 2010 s. 629.

Oavsett vilka specifika sanktionsmöjligheter som finns tillgängliga för den upphandlande myndigheten eller enheten, antingen med stöd av avtalet och/eller allmänna avtalsrättsliga rättsprinciper, skapar detta en affärsrisk för leverantören. Denna affärsrisk vill seriösa leverantörer både värdera och ytterst prissätta i sina anbud. För att kunna göra en sådan riskvärdering och prisanpassning behöver risken vara rimligt förutsebar för leverantören. Detta är en av anledningarna till att det idag är praxis på i princip alla marknader att leverantörens ansvar begränsas i avtalet. Det vanligaste är att sådana begränsningar dels innehåller en friskrivning avseende indirekt skada, dels en beloppsbegränsning avseende direkt skada. Beloppsbegränsningen relaterar ofta till leverantörens intäkter under avtalet.

Ett avtal som inte innehåller någon form av ansvarsbegränsning medför att leverantörens skadeståndsansvar i princip är obegränsat.⁶² Ett helt obegränsat skadeståndsansvar för leverantören avviker från etablerad praxis och sedvanlig riskfördelning i ett kommersiellt avtal. Det kan inte uteslutas att avtalet under sådana omständigheter skulle kunna anses oproportionerligt eller oskäligt enligt 36 § avtalslagen.

Samtidigt kan konstateras att det inte är ovanligt att just upphandlade ramavtal saknar begränsning av den upphandlande myndigheten eller enhetens möjlighet att begära skadestånd för såväl direkt som indirekt skada som uppstår till följd av leverantörens avtalsbrott. Detta är anmärkningsvärt och kan möjligen delvis förklaras av den ovan beskrivna problematiken kring att avtal i offentlig upphandling ofta är ensidigt skrivna av den upphandlande myndigheten eller enheten.⁶³

Utöver skadestånd och vite enligt ovan innehåller de flesta avtal även bestämmelser för avtalets förtida upphörande, dvs. regleringar avseende uppsägning eller hävning.

Det bör noteras att det finns en skillnad mellan begreppen "uppsägning" och "hävning". En uppsägning är framåtriktad och innebär att avtalet, efter det att det sagts upp, inte längre gäller mellan parterna. En hävning åstadkommer också denna effekt men innebär därtill att båda parter ska återbära det som presterats under avtalet fram till hävningen. I detta avseende har hävning alltså även en retroaktiv verkan på avtalet. Om en prestation inte kan återbäras eller om återbäring är orimligt betungande, ska skälig ersättning utgå för prestationens värde eller nytta för mottagaren.⁶⁴ Att häva ett avtal är således en mer ingripande sanktion än att endast säga upp avtalet.

⁶² Visserligen kan skadeståndsansvaret anses vara begränsat enligt skadeståndslagen (1972:207) och/eller allmänna skadestånds- och avtalsrättsliga regler, t.ex. genom medvärlande eller genom att relevanta åtgärder för att begränsa skadan inte vidtas. Se t.ex. NJA 1997 s. 127, NJA 2006 s. 136, NJA 2012 s. 725 och NJA 2013 s. 145.

⁶³ Det kan även anmärkas att förvaltningsdomstolarna, som handlägger upphandlingsmål, inte har samma insyn i vad som i regel kan anses utgöra skäliga och oskäliga villkor som de allmänna domstolarna typiskt sett har. Detta kan medföra att det kan vara svårt att nå framgång med en talan om att ett helt obegränsat skadeståndsansvar är oproportionerligt, trots att ett sådant villkor hade kunnat bli föremål för jämkning enligt 36 § avtalslagen.

⁶⁴ Jfr 65 § köplagen (1990:931).

Det bör dock påpekas att ovanstående distinktion mellan uppsägning och hävning i praktiken ofta inte upprätthålls, utan det är vanligt att begreppen sammanblandas och används som synonymer. Huruvida det rättsligt har avgörande betydelse om det förtida upphörandet benämns "hävning" respektive "uppsägning" har, såvitt känt, inte heller prövats i domstol.

En uppsägning (eller hävning) görs på egen risk. En obefogad hävningsförklaring medför i sig ett avtalsbrott som är skadeståndsgrundande. Detta innebär bl.a. att bevisbördan för både själva avtalsbrottet, och att uppsägnings- eller hävningsrätt föreligger enligt avtal eller allmänna principer, åvilar den part som vill att avtalet ska upphöra. För att underlätta möjligheten att säga upp ett avtal i förtid kan den upphandlande myndigheten eller enheten med fördel i avtalet ange exempel på avtalsbrott som ska anses som väsentliga i detta avseende. Det är emellertid viktigt att undvika att ge intryck av att en sådan exempellista på väsentliga avtalsbrott är uttömmande, eftersom det då kan försvåra uppsägning vid andra avtalsbrott än de som uttryckligen angetts.

Det förekommer vidare att upphandlande myndigheter eller enheter även använder s.k. *termination for convenience*-klausuler i ramavtal, vilka ger myndigheten eller enheten en ensidig rätt att säga upp avtalet utan angivande av skäl. För att en sådan klausul ska anses skäligen torde emellertid krävas att leverantören får rimlig uppsägningstid och ersättning för att kunna avveckla sitt åtagande enligt avtalet utan att lida skada av detta. Det kan också övervägas om leverantören vid sådan uppsägning helt eller delvis bör kompenseras för utebliven handelsvinst.⁶⁵

SANKTIONER VID RAMAVTAL MED FLERA LEVERANTÖRER

Utöver avtals- och civilrättsliga sanktioner, finns för ramavtal med flera leverantörer, ytterligare möjligheter att beivra och belöna leverantörsbeteenden.

Bland annat kan en upphandlande myndighet eller enhet sätta en leverantör som inte sköter sina leveranser i karantän, på så sätt att myndigheten eller enheten inte avropar från denna leverantör under en viss period. Detta kan vara ett effektivt sätt att beivra negativa leverantörsbeteenden samtidigt som man ger leverantören en möjlighet att se över sin organisation och säkerställa att det beteende som föranlett karantänen inte upprepas när karantänen väl lyfts. En förutsättning för att arbeta med karantän är dels att förutsättningarna för när karantän kan beslutas klart och tydligt framgår av avtalet samt att det även framgår hur den drabbade leverantörens avrop ska fördelas mellan övriga leverantörer under den tid som karantänen pågår.

⁶⁵ Jfr Kammarkollegiets ramavtal för IT-drift från 2010, som vid uppsägning utan skäl bl.a. ger leverantören rätt till "utebliven skäligen handelsvinst enligt Avtalet under den återstående ordinarie avtalstiden" (punkt 19.5 i Kammarkollegiets tillägg till Allmänna Bestämmelser IT-Drift version 2008).

En liknande sanktionsmöjlighet är att flytta ned en leverantör som missköter sig i rangordningen. En sådan sanktion framstår ofta som mildare än en karantän eftersom leverantören åtminstone kan hoppas på att få något avrop även om den går ned i rangordning. Denna sanktionsmöjlighet är särskilt lämplig för avtalsbrott som kan anses hänförliga till att leverantören inte riktigt har kapaciteten att svara mot myndighetens eller enhetens behov på den rangordningsnivå som leverantören tilldelats i upphandlingen.

En annan "sanktionsmöjlighet" som upphandlande myndigheter och enheter ofta använder sig av är att man, i ett ramavtal med flera leverantörer, helt enkelt inte påkallar förlängning av avtalet med sådana leverantörer som inte uppfyller sina åtaganden enligt avtalet på ett korrekt sätt.

Huruvida ett sådant agerande är förenligt med upphandlingsrätten har prövats av Kammarrätten i Stockholm i dom.⁶⁶ Bakgrunden i målet är kortfattat följande. SKL Kommentus Inköpscentral AB ("SKI") hade genomfört en upphandling av trygghetslarm och ingått ramavtal med tre leverantörer. Vid avtalstidens utgång förlängde SKI ramavtalet med endast två av dessa leverantörer, och således inte med den tredje. Ramavtalet innehöll dels en klausul som medgav en möjlighet till förlängning av ramavtalet, dels en klausul som innebar att SKI hade en rätt att häva ramavtalet om leverantören i väsentlig omfattning åsidosatte sina förpliktelser. Kammarrätten konstaterade i ett första led att en hävning med en leverantör inte skulle innebära att ramavtalets villkor väsentligen förändrades. Kammarrätten konstaterade därefter att det inte förelåg någon skillnad mellan SKI:s förfarande att inte förlänga ramavtalet med leverantören, jämfört med att istället häva det. Av det skälet hade SKI, enligt Kammarrättens bedömning, agerat helt i enlighet med LOU, när den förlängde ramavtalet med endast två av tre leverantörer.

Detta kammarrättsavgörande skulle kunna uppfattas som att selektiv förlängning är en i huvudsak avtalsrättslig fråga som faller utanför det upphandlingsrättsliga regelverket, på samma sätt som den upphandlande myndighetens eller enhetens eventuella skyldighet att tillämpa ett ramavtal. En sådan ordning skulle innebära att den upphandlande myndigheten eller enheten har en obegränsad frihet att förlänga med endast vissa leverantörer, under förutsättning att en sådan möjlighet ursprungligen framgår av ramavtalsvillkoren, och detta oavsett om förlängningen kan anses stå i strid med principerna om likabehandling och transparens. Det förhållandet att kammarrätten prövat ramavtalsvillkoren utifrån EU-domstolens praxis om väsentliga ändringar, och konstaterat att det inte förelegat någon sådan mot bakgrund av avtalsvillkorens utformning, talar dock för att det inte är en rent avtalsrättslig fråga som faller helt utanför upphandlingslagstiftningen. Det framgår också av kammarrättens avgörande att kammarrätten har lagt stor vikt vid att grund för hävning enligt avtalet förelåg vad avser den berörda leverantören och att det

⁶⁶ Kammarrätten i Stockholms dom den 18 december 2015 i mål nr 1355-15.

av denna anledning inte utgjorde en väsentlig förändring av avtalet att inte förlänga med denna leverantör. Frågan är om avgörandet kan läsas motsatsvis så att det i princip krävs grund för hävning eller uppsägning för att en selektiv förlängning ska vara upphandlingsrättsligt möjlig.

För egen del bedömer vi att frågan om selektiv förlängning bör betraktas som en avtalsrättslig fråga och att det som utgångspunkt inte bör föreligga någon upphandlingsrättslig skyldighet för en upphandlande myndighet eller enhet att förlänga med samtliga leverantörer. Man skulle naturligtvis kunna tänka sig en situation där denna möjlighet till att fritt avgöra vilka leverantörer man förlänger med skulle kunna missbrukas för att kringgå upphandlingslagstiftningen. Så skulle exempelvis kunna ske genom att myndigheten eller enheten i avtalet föreskriver en mycket kort ursprunglig avtalstid med långa förlängningsoptioner för att på detta sätt i nära anknytning till avtalstecknandet kunna göra sig av med oönskade leverantörer. Ett sådant förfarande hade emellertid sannolikt träffats av förbudet mot att använda ramavtal på ett otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids. Enligt vår mening är detta sannolikt en tillräcklig säkerhetsventil för att förhindra missbrukssituationer, och frågan om selektiv förlängning bör i övrigt kunna hanteras inom ramen för ett avtal. Det är naturligtvis klokt att redan i upphandlingen förtydliga att förlängning kan ske med en eller flera av leverantörerna enligt vad som anges i avtalet.

Att dela upp upphandling för att öka sanktioners effektivitet

En av de mer betydelsefulla nyheterna i den nya lagstiftningen är möjligheterna för en upphandlande myndighet att bestämma om en och samma leverantör får lämna anbud på, eller tilldelas, en, flera eller alla delar av en upphandling.⁶⁷

Skälen bakom dessa bestämmelser är dels att se till att små och medelstora företag ska kunna lämna anbud, dels att se till att myndigheter eller enheter inte genom alltför stora upphandlingar medverkar till att försämra konkurrensen över tid. Bestämmelserna innebär att det är möjligt att göra undantag från principen om att kvalificerade anbudsgivare har rätt att lämna anbud respektive principen om att avtal alltid ska tilldelas den anbudsgivare som inkommit med det bästa anbudet i varje del. Istället kan den upphandlande myndigheten eller enheten tillse att flera leverantörer får var sin del av kakan.

Många myndigheter och enheter arbetar idag, för att säkra leverans, med ramavtal med flera leverantörer i rangordning. Ett problem med detta är att de leverantörer som är rangordnade på andra plats eller lägre ofta inte får tillräckligt många avrop för att få kostnadstäckning

⁶⁷ Se 4 kap. 13–16 §§ LOU respektive 4 kap. 11–15 §§ LUF.

för de investeringar som krävs för att kunna hålla beredskap för det fall avropsvolymen skulle öka. Detta gör att myndigheten eller enheten inte utan vidare kan ändra i rangordningen för det fall den leverantör som är rangordnad på första plats exempelvis skulle missköta sig. Om myndigheten eller enheten däremot redan vid upphandlingen av ramavtalet ser till att dela upp ramavtalet, så att varje leverantör får någon del, kommer det vara mycket lättare för myndigheten eller enheten att arbeta med aktiv avtalsförvaltning och använda avropsvolymen för att skapa incitament för leverantörerna att sköta sig. Samtidigt får var och en av leverantörerna möjlighet till kostnads-täckning för sina investeringar.

Genom att använda uppdelning av upphandling enligt de nya bestämmelserna kan myndigheten eller enheten försäkra sig om att man har leverantörer som man har en utvecklad avtalsrelation med och som snabbt kan träda in och hantera en ökad avropsvolym om någon av de andra leverantörerna skulle missköta sig. Ett sådant upp-lägg gör det lättare för den upphandlade myndigheten eller enheten att arbeta med omfördelning av avropsvolymen som ett sätt att be-ivra och belöna olika leverantörsbeteenden. Under förutsättning att det är tydligt angivet i ramavtalet hur detta ska gå till är det vår be-dömning att detta är ett potentiellt mycket effektivt sätt både att komma till rätta med oönskat beteende och att premiera de leveran-törer som presterar väl.

5. Ramavtal och rättsmedel

En överprövning av en upphandling av ett ramavtal sker på samma sätt som vilken överprövning som helst, dvs. leverantören kan ansöka om överprövning av upphandlingen vid vilket tillfälle som helst från det att upphandlingen har påbörjats fram till och med sista dagen av den avtalsspärr som löper från det att upplysningar om tilldelningsbeslut har skickats ut.

Överprövningsreglerna skiljer sig emellertid åt vid avrop från ett ramavtal, bl.a. beroende på vad det är för typ av ramavtal som upphandlats. Dessa regler behandlas i detta avsnitt.

Bestämmelserna om överprövning av avrop enligt LUF skiljer sig också markant från vad som gäller enligt LOU. Vi behandlar därför dessa i ett särskilt avsnitt.

Ramavtal med samtliga villkor fastställda (*framework contracts*)

Vid ramavtal med samtliga villkor fastställda, så kallade *framework contracts*, är det normalt inte möjligt att överpröva senare avrop på ramavtalet. Eftersom samtliga villkor är fastställda sker ingen ny tilldelning av kontrakt vid avrop och det finns således inget som kan överprövas i detta skede.

Under förutsättning att upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats ut och avtalsspärr iakttagits vid den ursprungliga upphandlingen av ramavtalet innebär redan tecknandet av ramavtalet hinder mot överprövning av avrop på ramavtalet.

Detta gäller emellertid endast i den utsträckning den upphandlande myndigheten vid avropet håller sig till de villkor som fastlagts i ramavtalet. I LOU föreskrivs nämligen att villkoren i ett kontrakt som grundar sig på ett ramavtal inte får avvika väsentligt från villkoren i ramavtalet.⁶⁸ Detta gäller såväl vid ramavtal med en leverantör som vid ramavtal med flera leverantörer och en objektiv fördelningsnyckel, såsom exempelvis en rangordning.

Om den upphandlande myndigheten vid ett enskilt avrop på ett otillåtet sätt avviker från de villkor som framgår av ramavtalet, kan inte avropet anses som ett avrop i enlighet med det upphandlade ramavtalet. Ett sådant avrop ska istället anses vara en ny kontraktstilldelning vilken kan angripas antingen genom en ansökan om överprövning av

⁶⁸ 7 kap. 3 § andra stycket LOU.

upphandling eller, om ett avropsavtal tecknats, genom en ansökan om överprövning av detta avropsavtals giltighet.

En intressant fråga i sammanhanget är hur det blir om avvikelsen endast består i att den avropande myndigheten har avvikit från den i ramavtalet fastställda objektiva fördelningsnyckeln, exempelvis en rangordning. En sådan avvikelse kan i och för sig anses väsentlig, i synnerhet om den sker vid upprepade tillfällen, men kan förmodligen inte överprövas av en den ramavtalsleverantör som egentligen skulle ha tilldelats avropet.

För att ett avrop på ett ramavtal med samtliga villkor fastställda som utgör ett avsteg från ramavtalets villkor ska kunna bli föremål för en ogiltighetstalan krävs att det kan anses att avropsavtalet träffats utan föregående annonsering.⁶⁹ Det kan man exempelvis tänka sig blir fallet när avvikelsen består i att den upphandlande myndigheten avropar en vara eller tjänst som inte omfattas av det ursprungliga ramavtalet, men det är svårt att göra motsvarande gällande när avvikelsen endast består i ett avsteg från den i ramavtalet fastlagda fördelningsnyckeln för avrop. Det är således normalt inte möjligt att angripa ett avrop på ett ramavtal med samtliga villkor fastställda, även om ramavtalet avviker från dessa villkor, så länge avvikelsen inte innebär att något nytt köps i förhållande till det som ursprungligen upphandlades eller att villkoren för det som köps på ramavtalet förändras på ett sådant sätt att det utgör en väsentlig ändring enligt 17 kap. LOU. Avvikelser från fördelningsnyckeln kan således normalt inte angripas inom ramen för en överprövningsprocess utan får istället angripas på avtalsrättslig grund.

Ramavtal med flera leverantörer där samtliga villkor inte är fastställda

I LOU anges att tilldelning av kontrakt på ett upphandlat ramavtal helt eller delvis kan ske efter förnyad konkurrensutsättning.⁷⁰ Vid en förnyad konkurrensutsättning ska de leverantörer som är parter i ramavtal på nytt inbjudas att lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. I inbjudan, som ska vara skriftlig, ska myndigheten ange en tidsfrist för att lämna anbud i avropet och tilldela kontraktet till den anbudsgivare som i avropet lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

En upphandlande myndighet ska skriftligen meddela anbudsgivarna om de beslut som fattats om att tilldela kontrakt, dvs. skicka ut upplysningar om tilldelningsbeslutet.⁷¹ Denna skyldighet omfattar även tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal.

⁶⁹ Jfr. 20 kap. 13 § 1 p. LOU.

⁷⁰ 7 kap. 7–9 §§ LOU.

⁷¹ Se 12 kap. 12 § LOU.

Det finns emellertid inte något krav på att myndigheten även ska tillämpa någon avtalsspärr vid denna typ av kontraktstilldelningar.⁷² Detta innebär att myndigheten istället kan ingå kontrakt direkt med den utvalda leverantören.

Om så sker kan dock det kontrakt som tilldelats bli föremål för en ogiltighetstalan, om det visar sig att tilldelningen skett på ett sätt som strider mot LOU:s bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning eller mot det ramavtal som ligger till grund för den förnyade konkurrensutsättningen.⁷³ En förutsättning är emellertid att den sökande leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada av detta.

För att skydda sig mot denna typ av ogiltighetstalan kan den avropande myndigheten frivilligt tillämpa en avtalsspärr i samband med tilldelningen av kontraktet, på samma sätt som sker vid en vanlig upphandling.⁷⁴ Om så har skett innebär detta hinder mot en ogiltighetstalan när avtalsspärren väl löpt ut och avtal tecknats. Precis som vid en vanlig upphandling har leverantörerna då istället en möjlighet att ansöka om överprövning under det att den frivilliga avtalsspärren löper.

I sådana fall då frivillig avtalsspärr har tillämpas inträder automatiskt en förlängd avtalsspärr om någon leverantör ansöker om överprövning under den tid då den ordinarie avtalsspärren löper. Det är intressant att notera att domstolen i sådana fall ska pröva om den upphandlande myndigheten har åsidosatt de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Denna prövning är således bredare än den prövning som ska ske vid en ogiltighetstalan efter förnyad konkurrensutsättning. Det är dock sannolikt inte möjligt att "ompröva" myndighetens agerande vid upphandlingen av själva ramavtalet, utan prövningen får endast ske av myndighetens agerande i samband med den förnyade konkurrensutsättningen.

Ramavtal enligt LUF

För ramavtal med samtliga villkor fastställda gäller enligt LUF samma förutsättningar för överprövning som enligt LOU. Det är således endast möjligt att ansöka om överprövning av ett avrop om det avviker så mycket från det ursprungliga ramavtalet att det kan anses utgöra en ny och icke-annonserad tilldelning av kontrakt.

I LUF anges *att kontrakt som grundar sig på ramavtal får tilldelas* med en förnyad konkurrensutsättning för de leverantörer som är parter i ramavtalet.⁷⁵ Vidare anges att den upphandlade enheten vid en förnyad konkurrensutsättning *ska tilldela varje enskilt kontrakt* till den anbudsgivare som har lämnat det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga enligt tilldelningskriterierna för ramavtalet.

72 Se 20 kap. 2 § LOU.

73 Se 20 kap. 13 § 2 p. LOU.

74 Se 20 kap. 15 § 1 p. LOU.

75 Se 7 kap. 4 § LUF.

Därutöver anges att en upphandlande enhet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om *de beslut som har fattats om att tilldela ett kontrakt* eller att ingå ett ramavtal, dvs. skicka ut upplysningar om tilldelningsbeslutet.⁷⁶

Trots denna ordalydelse finner regeringen i förarbetena att det saknas skyldighet för upphandlande enheter att meddela tilldelningsbeslut vid tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning.⁷⁷ Regeringen grundar denna bedömning på det bakomliggande direktivet men synes inte ha säkerställt att detta också tydligt framgår av lagtexten.

Om det är som regeringen påstår, att det inte finns någon skyldighet att meddela tilldelningsbeslut vid förnyad konkurrensutsättning, medför detta att det inte heller finns någon skyldighet att iaktta avtalsspärr i sådana förfaranden utan den upphandlande enheten kan teckna avtal direkt. Ett sådant avtal kan sedan bli föremål för en ansökan om överprövning av avtals giltighet. Det enda som en sådan talan kan gå ut på är emellertid om avropsavtalet avvikit från villkoren i ramavtalet i en sådan utsträckning att fråga är om en väsentlig förändring enligt 16 kap. LUF.⁷⁸ Det är således fråga om en prövning på delvis annan grund än den som sker i motsvarande situation enligt LOU.

Regeringen påpekar i förarbetena att den upphandlande enheten frivilligt kan iaktta en avtalsspärr. Det stämmer i och för sig men regeringen synes ha bortsett från att iakttagandet av en sådan avtalsspärr inte medför hinder mot en ogiltighetstalan på det sätt som föreskrivs i LOU. Om vi exempelvis tänker oss att en upphandlande enhet efter en förnyad konkurrensutsättning tilldelar ett kontrakt som väsentligen avviker från vad som annonserats, men gör detta först efter meddelande av tilldelningsbeslut och iakttagande av avtalsspärr. Leverantörer kan då ändå ansöka om överprövning av avtalets giltighet på samma grunder som hade gällt om inget tilldelningsbeslut meddelats och ingen avtalsspärr iakttagits. Meddelandet om tilldelningsbeslut och iakttagandet av avtalsspärr vid förnyad konkurrensutsättning för en upphandlande enhet tillför således inte något för den upphandlande enheten utan möjligheterna att ansöka om överprövning är de samma de varit om enheten avstått från att meddela tilldelningsbeslut och iaktta avtalsspärr.

76 Se 12 kap. 12 § LUF.

77 Prop. 2015/16:195 s. 525 f.

78 Se 16 kap. 8–15 §§ LUF.

6. Avslutande kommentarer

De senaste årens debatt på upphandlingsområdet har inneburit en successiv förskjutning av fokus från upphandlingsförfarandet som sådant mot frågor om avtalsförvaltning och den goda affären. Vi välkomnar detta skifte och hoppas att frågor om hur avtal ska förvaltas ges allt större betydelse även framöver. Detta gäller inte minst ramavtal.

De frågeställningar vi behandlat ovan är visserligen av juridisk karaktär men de har det gemensamt att de mer handlar om förhållandena under avtalstiden än under upphandlingsförfarandet.

Vi hoppas att denna rapport ska inspirera upphandlande myndigheter och enheter att, vid användning av ramavtal, lägga ännu större fokus på leverantörsrelationen och hur man når fram till en bra och långsiktig affär för båda parter. En början på detta arbete är att se till att de avtalsutkast som myndigheter och enheter tar fram är balanserade och rimliga redan från början. Här har många myndigheter och enheter en bit kvar till insikten att de måste företräda inte bara sina egna utan även leverantörens intressen. Många leverantörer upplever fortfarande ramavtal som problematiska i dessa avseenden.

Samtidigt måste upphandlande myndigheter och enheter ha tillgång till effektiva sanktioner när väl fråga är om leverantörer som inte sköter sina åtaganden. Vi hoppas att vi i denna rapport även ger inspiration därvidlag.

Förhoppningen är att vi också kan bidra till att skingra myten om att rangordning är den enda tänkbara fördelningsnyckeln för ramavtal med samtliga villkor fastställda. De exempel vi har tagit fram är de vi stött på i diskussionen så här långt men vi hoppas att vi om några år kanske kan uppdatera denna rapport med lika många nya fördelningsnycklar grundade i myndigheters och enheters innovationslusta och praktiska behov i den enskilda situationen. Det är bara de som vågar bryta invanda mönster som faktiskt leder utvecklingen framåt.

Advokatfirman Kahn Pedersen

Kahn Pedersen är en advokatbyrå helt inriktad på specialiserad affärsjuridik. Vi åtar oss uppdrag enbart inom de områden vi är bäst på – IT-relaterad juridik och kommersiella avtal, outsourcing, integritetsskydd och offentlig upphandling.

Författarna till denna rapport är:

Kristian Pedersen, advokat och partner i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

Erik Olsson, advokat och partner i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

Tahmina Sahibli, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

Emily Tomas da Costa, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

Olle Lindberg, biträdande jurist i Kahn Pedersens verksamhetsgrupp för offentlig upphandling.

www.kahnpedersen.se

ISBN 978-91-983215-2-4