

---

# RAMAVTAL OCH OFFENTLIG UPPHANDLING – NYA BESTÄMMELSER FÖR DEN KLASSISKA SEKTORN

Kristian Pedersen\*

---

## 1 INLEDNING

I syfte att modernisera det gemenskapsrättsliga regelverket för offentlig upphandling presenterade Europeiska kommissionen den 10 maj 2000 förslag till två nya upphandlingsdirektiv, ett för försörjningssektorerna, och ett för den klassiska sektorn. Efter flera års utdragna förhandlingar antogs de nya direktiven av Rådet och Europaparlamentet den 31 mars 2004.<sup>1</sup>

Direktiven innebär till viss del en konsolidering av de äldre upphandlingsdirektiven och en kodifiering av EG-domstolens praxis, men innehåller också flera nyheter. En av de största nyheterna är att det nya direktivet för den klassiska sektorn innehåller bestämmelser om ramavtal.

Det primära syftet med den förevarande artikeln är att analysera dessa bestämmelser. För att förstå innebörden och den praktiska betydelsen av de nya bestämmelserna är det dock nödvändigt att känna till något om den rättsliga bakgrunden, d.v.s. om upphandling i allmänhet och om ramavtal i synnerhet. Framställningen inleds därför med en kort beskrivning av den svenska lagen om offentlig upphandling (LOU) (avsnitt 2), en förklaring till vissa grundläggande begrepp (avsnitt 3), samt en relativt utförlig redogörelse för den reglering av ramavtalsanvändning som återfinns i LOU och de bakomliggande upphandlingsdirektiven (avsnitt 4). Därefter ägnas återstoden av artikeln åt bestämmelserna om ramavtal i det nya klassiska direktivet (avsnitt 5-6).

---

\* Jurist vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Artikeln bygger på mitt anförande vid ERT:s seminarium om offentlig upphandling den 3 september 2004. Jag vill tacka jur. kand. Jan-Erik Falk för värdefulla synpunkter och kommentarer rörande det första utkastet till denna artikel. Den analys och de slutsatser som framgår av artikeln är mina egna och återspeglar därför inte nödvändigtvis NOU:s officiella inställning.

<sup>1</sup> Direktiven 2004/17/EG (försörjningsdirektivet) och 2004/18/EG (klassiska direktivet) skall införlivas i de nationella rättsordningarna inom 21 månader från publiceringen den 30 april 2004.

Artikeln behandlar främst bestämmelserna för den klassiska sektorn, men jag har även funnit det lämpligt att i viss utsträckning beröra ramavtalsanvändning i försörjningssektorerna.

## 2 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING – EN KORT INTRODUKTION

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling innehåller bestämmelser om upphandling som görs av s.k. upphandlande enheter. I LOU görs åtskillnad mellan å ena sidan upphandlande enheter i den klassiska sektorn och å andra sidan upphandlande enheter i försörjningssektorerna. Av utrymmesskäl ges inte någon närmare beskrivning av begreppet upphandlande enhet i denna artikel.<sup>2</sup> I grova drag kan dock upphandlande enheter i den klassiska sektorn sägas vara organisationer, vilka antingen själva utgör en del av den offentliga sektorn, eller över vilka den offentliga sektorn utövar ett väsentligt inflytande. Upphandlande enheter i försörjningssektorerna är organisationer, både offentliga och privata, vilka bedriver verksamhet inom områden som av tradition karakteriseras av förekomsten av s.k. naturliga monopol, nämligen vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. De bestämmelser som gäller för försörjningssektorerna är i många avseenden mer flexibla än motsvarande bestämmelser för den klassiska sektorn.

LOU består av sju kapitel, varav det första innehåller allmänna bestämmelser och definitioner. LOU bygger på EG-direktiv<sup>3</sup> i de delar som reglerar upphandling över vissa s.k. tröskelvärden (2-5 kap.).<sup>4</sup> Kap. 2, 3 och 5 innehåller bestämmelser, för den klassiska sektorn, om upphandling av varor, byggentreprenader respektive tjänster över tröskelvärdena. Kap. 4 innehåller bestämmelser, för försörjningssektorerna, om alla slags upphandling över tröskelvärdena. Kap. 6 innehåller bestämmelser, för både den klassiska sektorn och försörjningssektorerna, om upphandling under tröskelvärdena och om upphandling av s.k. B-tjänster<sup>5</sup> oavsett värde. Bestämmelserna om de s.k. rättsmedlen, överprövning och skadestånd, återfinns i 7 kap. LOU och bygger på två särskilda EG-direktiv, de s.k. rättsmedelsdirektiven.<sup>6</sup>

---

<sup>2</sup> För en mer omfattande redogörelse för begreppet upphandlande enhet hänvisas till Falk & Pedersen, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, Jure förlag 2004, kap. 2.

<sup>3</sup> Direktiv 93/36/EEG (varudirektivet), Direktiv 92/50/EEG (tjänstedirektivet), Direktiv 93/37/EEG (byggdirektivet) och Direktiv 93/38/EEG (försörjningsdirektivet).

<sup>4</sup> Gällande tröskelvärden framgår av förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>5</sup> B-tjänster är sådana tjänster, vilka finns uppräknade i avdelning B i bilagan till LOU, och som av tradition ansetts mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel.

<sup>6</sup> Direktiv 89/665/EEG (klassiska sektorn) och Direktiv 92/13/EEG (försörjningssektorerna).

### 3 BEGREPPET UPPHANDLINGSKONTRAKT

#### 3.1 Två olika funktioner

Varken de gamla eller de nya upphandlingsdirektiven innehåller någon definition av begreppet upphandling. Istället utgår direktivens reglering från begreppet upphandlingskontrakt. Ett upphandlingskontrakt är enligt direktiven ett skriftligt avtal med ekonomiska villkor som slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet.<sup>7</sup>

Begreppet upphandlingskontrakt fyller i direktiven och EG-domstolens praxis två olika funktioner. Dels används det för att avgränsa de typer av transaktioner som omfattas av upphandlingsdirektiven, dels används det för att beskriva slutresultatet av en upphandling och därmed för att fastställa när själva upphandlingen är avslutad och nyttjandet av det upphandlade kontraktet tar vid. Den förstnämnda funktionen kan lämpligen beskrivas som en funktionell användning av begreppet upphandlingskontrakt, medan den andra lämpligen kan beskrivas som en formell användning.

#### 3.2 Funktionell användning av begreppet upphandlingskontrakt

Begreppet upphandling används för att avgränsa de typer av transaktioner som omfattas av upphandlingsdirektivens tillämpningsområde. Om en transaktion anses utgöra ett avtal med ekonomiska villkor är den att betrakta som ett upphandlingskontrakt och skall, om ingen undantagsbestämmelse är tillämplig, föregås av upphandling.

Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt Europeiska kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning.<sup>8</sup> Kommissionens uppfattning synes ha bekräftats av EG-domstolen i det s.k. *Scalamålet*. Domstolen fann i detta mål att kravet på att avtalet skall innehålla ekonomiska villkor fick anses uppfyllt trots att leverantören endast erhöll ersättning i form av avräkning av en stadsplaneringsavgift som han varit skyldig att erlägga om han inte uppfört den i målet aktuella byggnaden.<sup>9</sup>

<sup>7</sup> Direktiv 93/36/EEG artikel 1 (a), Direktiv 92/50/EEG artikel 1 (a), Direktiv 93/37/EEG artikel 1 (a) och Direktiv 93/38/EEG artikel 1.4.

<sup>8</sup> Guide to the Community rules on public procurement of services, sid. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, sid. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, sid. 9.

<sup>9</sup> Mål C-399/98 Ordine degli Architetti delle Province di Milano e Lodi, REG 2001, sid. I-05409, p 76-86.

Vid bedömningen av om en transaktion är ett avtal med ekonomiska villkor, d.v.s. ett upphandlingskontrakt, bör man således tillämpa ett funktionellt snarare än ett formellt synsätt. Om leverantören utför en prestation och i gengäld erhåller någon form av ekonomiskt kvantifierbar kompensation föreligger ett avtal med ekonomiska villkor även om transaktionen i den nationella rättsordningen rent formellt sett betraktas som t.ex. förvaltningsrättslig snarare än köp- eller avtalsrättslig.<sup>10</sup>

### 3.3 Formell användning av begreppet upphandlingskontrakt

Begreppet upphandlingskontrakt används även för att beskriva slutresultatet av en upphandling och därmed för att fastställa när en upphandling är avslutad och nyttjande av det upphandlade kontraktet tar vid.

För att ett avtal med ekonomiska villkor, d.v.s. ett upphandlingskontrakt, i formell mening, skall anses föreligga krävs utöver skriftlighet att det aktuella avtalet är ömsesidigt förpliktande (bindande för parterna). Tydligast framgår detta av de danska språkversionerna av upphandlingsdirektiven, vilka uttryckligen anger att ”gensidigt bebyggande avtal” avses.<sup>11</sup> Dessutom krävs enligt definitionen att avtalet, för att anses vara ett upphandlingskontrakt, skall ha *slutits* mellan en leverantör och en upphandlande enhet. Ett upphandlingskontrakt måste således vara ”fullständigt” såtillvida att det måste innehålla klara och entydiga ömsesidiga förpliktelser och utan tillägg eller justeringar kan läggas till grund för utbyte av dessa ömsesidiga förpliktelser.<sup>12</sup> När väl ett upphandlingskontrakt, i formell mening, föreligger och tidsfristen för överprövning löpt ut<sup>13</sup> är upphandlingen avslutad och nyttjande av det upphandlade kontraktet vidtar.

<sup>10</sup> Se vidare om detta Falk & Pedersen, sid. 112 f.

<sup>11</sup> NOU har i en rapport (dnr 2003/0039-28) om LOU:s tillämplighet vid sponsring utrett kravet på ömsesidighet.

<sup>12</sup> NOU:s yttrande dnr 2003/0046-29 och EFTA Surveillance Authority, Letter of formal notice – public procurement: Public Administration network Agreements, Doc. No: 02-4966-D. Att begreppet upphandlingskontrakt endast omfattar ömsesidigt förpliktande avtal framgår för övrigt, som Jan-Erik Falk påpekat, även av den uppdelning mellan huvudkontraktet och optionsklausuler som görs i direktivens bestämmelser om beräkning av tröskelvärden (se t.ex. varudirektivet artikel 5.5). Skälet till att det särskilt anges att optionsklausuler, som är oförpliktande avtalselement, skall räknas med vid tröskelvärdesberäkningen är att bestämmelserna om tröskelvärdesberäkning utgår från att huvudkontraktet är ömsesidigt förpliktande. Om även huvudkontrakt (d.v.s. upphandlingskontrakt) hade kunnat vara oförpliktande, skulle det inte ha funnits något behov av att särskilt ange att även oförpliktande avtalselement måste räknas med vid tröskelvärdesberäkningen.

<sup>13</sup> En ansökan om överprövning får vid annan upphandling än direktupphandling, enligt 7 kap. 1 § 3 st. LOU, prövas till dess att tio dagar gått från det att den upphandlande enheten lämnat upplysningar om tilldelningsbeslutet till alla anbudsgivare eller anbudssökande (jfr 1 kap. 28 § LOU), eller rätten, om den fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

## 4 RAMAVTAL

### 4.1 Framework contracts och framework agreements

Det svenska begreppet ”ramavtal” täcker egentligen två olika typer av avtal, ”framework contracts” och ”framework agreements”. Framework contracts är ramavtal vilka är ömsesidigt förpliktande för den upphandlande enheten och leverantörerna, och vilka således omfattas av definitionen av upphandlingskontrakt (nedan kallade ”bindande ramavtal”). Framework agreements är ramavtal vilka inte är bindande för den upphandlande enheten, och i vissa fall inte heller för leverantörerna, och vilka således inte omfattas av definitionen av upphandlingskontrakt (nedan kallade ”oförbindande ramavtal”).<sup>14</sup>

I sammanhanget bör noteras att ett framework agreement kan vara oförbindande i två olika avseenden. Dels kan det vara oförbindande i den meningen att det inte finns någon förpliktelse att göra några inköp på grundval av ramavtalet, dels kan det vara oförbindande såtillvida att det, i de fall då flera leverantörer är parter i avtalet, inte innehåller något klagörande av vilken av leverantörerna som skall få utföra en viss leverans på grundval av avtalet, d.v.s. ramavtalet är då inte bindande (förpliktande) i förhållande till någon viss leverantör. Framework agreements är i praktiken ofta oförbindande i båda dessa avseenden.

Eftersom ett bindande ramavtal är ett upphandlingskontrakt innebär avrop från ett sådant ramavtal endast utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och inte att det sker någon ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Ett sådant avrop behöver därför inte föregås av upphandling. Eftersom ett oförbindande ramavtal inte är ett upphandlingskontrakt kan beställningar från ett sådant ramavtal däremot per definition inte innebära utnyttjande av (avrop från) ett befintligt ramavtal. Istället utgör varje beställning från ramavtalet en tilldelning av ett nytt upphandlingskontrakt, vilken skall föregås av upphandling om ingen undantagsbestämmelse är tillämplig.

Av upphandlingsdirektiven är det endast försörjningsdirektivet som innehåller bestämmelser om ramavtal och då endast om oförbindande ramavtal.

Definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU gäller dock formellt sett för såväl den klassiska sektorn som försörjningssektorerna. I denna bestämmelse definieras ramavtal i LOU:s mening som ”avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period”. Eftersom definitionen anger att samtliga villkor skall fastställas, eller med andra ord att ramavtalet utan tillägg eller justeringar skall kunna läggas till grund för utbyte av ömsesidiga förpliktelser, kan av definitionen utläsas att endast ramavtal som är upphandlingskontrakt, d.v.s. bin-

---

<sup>14</sup> Europeiska kommissionens kommenterade förslag till nytt direktiv för den klassiska sektorn (KOM (2000) 275 slutlig/2, 2000/0115 (COD) sid. 7-8). Se vidare not 26 nedan.

dande ramavtal avses. Ramavtal med flera leverantörer brukar benämnas ”parallella ramavtal”.

#### 4.2 Ramavtal i EG-domstolens praxis

Frågor rörande ramavtal har blivit föremål för EG-domstolens bedömning vid två tillfällen. I *Kommissionen mot Grekland* gjorde Europeiska kommissionen gällande att Grekland underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt det då gällande varudirektivet (77/62/EEG) genom att sluta ett ramavtal med sex grekiska textilföretag om leverans av gastyg för användning i sjukhus och av armén (upphandlande enheter i den klassiska sektorn), utan att ha annonserat tilldelningen av ramavtalet i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT).<sup>15</sup> Mot detta hade den grekiska regeringen invänt att ramavtalet inte föll under direktivets bestämmelser eftersom det endast utgjorde en ”struktur” inom vilken en mängd olika upphandlingskontrakt skulle ingås, vilkas respektive värde inte översteg det tillämpliga tröskelvärdet.

EG-domstolen avfärdade dock det grekiska argumentet att ramavtalet endast var en ”struktur” och fastställde att Grekland handlat i strid med varudirektivet genom att underlåta att annonsera tilldelningen av ramavtalet i EGT. Det är svårt att dra några mer långtgående slutsatser av domen. EG-domstolen tog t.ex., av processuella skäl,<sup>16</sup> inte uttryckligen ställning till huruvida det aktuella ramavtalet var ett upphandlingskontrakt i direktivets mening.

Denna fråga behandlades dock av generaladvokat Lenz i hans förslag till avgörande.<sup>17</sup> Han uttalade därvid att ”[a]lla viktiga avtalselement – särskilt den exklusiva inköpsplikten och beräkningen av de priser som skall betalas – är redan fastlagda i detta ramavtal vilket har till följd att man i det enskilda varuupphandlingskontraktet i stort sett endast bestämmer den mängd som skall levereras. Under dessa omständigheter kan det mot bakgrund av den tolkning som bör göras i detta fall, nämligen en tolkning som är inriktad på syftet med bestämmelserna i direktivet, knappast råda någon tvekan om att ett sådant ramavtal är att anse som ett varuupphandlingskontrakt i direktivets mening.”

<sup>15</sup> Mål C-79/94 Europiska kommissionen mot Republiken Grekland REG 1995, sid. I-01071.

<sup>16</sup> Jfr not 17 nedan.

<sup>17</sup> Av generaladvokatens förslag till avgörande framgår följande om varför han behandlade denna fråga. ”Den grekiska regeringen är följaktligen av den uppfattningen att de varuupphandlingskontrakt som tilldelats av de berörda sjukhusen och andra hälsovårdsinrättningarna skall bedömas var för sig. Eftersom inget av dessa kontrakt uppgick till 200 000 ecu, är direktivet överhuvud inte tillämpligt. Det är möjligt att denna uppfattning innefattar ytterligare ett argument, nämligen om det omtvistade ramavtalet överhuvud utgör ett ’varuupphandlingskontrakt’ i direktivets mening. Det framgick inte med säkerhet av det anförande som företrädaren för den grekiska regeringen höll under förhandlingen om den grekiska regeringen framför invändningar gentemot kommissionens talan även vad gäller denna punkt. Jag kommer därför för säkerhets skull även att kort behandla denna fråga.”

I *Kommissionen mot Spanien* gjorde Europeiska kommissionen gällande att Spanien underlätit att på ett korrekt sätt införliva varu- och byggdirektiven i den nationella rättsordningen.<sup>18</sup> I den aktuella spanska lagen föreskrevs bl.a. att förhandlad upphandling utan föregående annonsering fick användas vid köp av varor som måste vara enhetliga för att kunna användas gemensamt av förvaltningen, under förutsättning att den aktuella typen av varor dessförinnan valts ut inom ramen för en anbudsinfodran.

Den spanska regeringen anförde å sin sida att en anbudsinfodran som syftade till att fastställa vilken typ av varor som skulle köpas liknade upphandling enligt ramavtal. Den spanska regeringen hade dessutom gjort gällande att en sådan anbudsinfodran inte på något sätt skiljde sig från anbudsinfodringar till följd av ett sådant avtal eller (oförbindande) ramavtal<sup>19</sup> som föreskrevs i en annan artikel i den spanska lagen och som kommissionen inte hade anmärkt på.

EG-domstolen uttalade emellertid att den aktuella bestämmelsen i den spanska lagen inte motsvarade något av de fall då det enligt direktivet var tillåtet att använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering och att begreppet ramavtal dessutom inte omfattades av dessa undantag.

#### 4.3 Ramavtal i försörjningssektorerna

Enligt försörjningsdirektivets artikel 1.5 är ett ramavtal ett ”avtal som ingås mellan [en upphandlande enhet] och en eller flera leverantörer eller entreprenörer, och vars syfte är att fastställa villkoren, speciellt beträffande priser och i förekommande fall planerad kvantitet, för de kontrakt som skall slutas under en viss period”. Av artikel 5.1 framgår att ”[u]pphandlande enheter kan betrakta ett ramavtal som ett kontrakt i enlighet med artikel 1.3 och tilldela detta enligt bestämmelserna i detta direktiv”. Uttryckssättet att upphandlande enheter kan ”betrakta ett ramavtal som ett upphandlingskontrakt” innebär att begreppet ramavtal i försörjningsdirektivet avser ramavtal som inte är upphandlingskontrakt, men som i fråga om tilldelning av själva ramavtalet kan betraktas som sådana.<sup>20</sup> Ett upphandlingskontrakt i direktivets mening uppstår först när ett kontrakt ingås på grundval av ramavtalet.<sup>21</sup>

<sup>18</sup> Mål C-84/03 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Spanien, äep.

<sup>19</sup> Det bör observeras att den svenska språkversionen av domen felaktigt använder uttryckssättet ”avrop som sker till följd av ett sådant ramavtal eller ramkontrakt”. I den engelska språkversionen används uttryckssättet ”the tendering procedures following an agreement or framework agreement”, vilket efter en jämförelse med bl.a. de tyska och danska språkversionerna framstår som en mer rättvisande översättning.

<sup>20</sup> Att försörjningsdirektivets bestämmelser avser framework agreements framgår av den engelska språkversionen av direktivet. Se även Europeiska kommissionens Draft Policy Guidelines on Framework Agreements under Directive 90/531/EEC och Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet & Maxwell 1996, sid. 457 f.

<sup>21</sup> Arrowsmith, sid. 454 f.

Huvudregeln vid upphandling i försörjningssektorerna är att öppen, selektiv, eller förhandlad upphandling med föregående annonsering skall användas (försörjningsdirektivet artikel 20.1, respektive 4 kap. 16 § 1 st. LOU).

Av artikel 20.2 (i) i försörjningsdirektivet framgår att upphandlande enheter i försörjningssektorerna får använda öppen, selektiv eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering ”[f]ör kontrakt som skall tilldelas utifrån ett ramavtal, under förutsättning att villkoren i artikel 5.2 är uppfyllda”.<sup>22</sup> Bestämmelserna i artikel 5.2 innebär i korthet att själva ramavtalet måste ha tilldelats i enlighet med direktivets bestämmelser för tilldelning av upphandlingskontrakt för att bestämmelserna om upphandling utan annonsering i artikel 20.2 (i) skall få användas.

Tilldelning av kontrakt genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering, utifrån ett oförbindande ramavtal, utgör således ett undantag från den annonseringsplikt som normalt gäller för upphandlande enheter i försörjningssektorerna.

I sammanhanget bör noteras att bestämmelserna i artikel 20.2 (i) införlivats felaktigt i 4 kap. LOU. Enligt 4 kap. 16 § 2 st. 9 p. får förhandlad upphandling utan föregående annonsering användas vid ”avrop mot ett gällande ramavtal, som upphandlats i enlighet med bestämmelserna i denna lag”.

Eftersom ett ”avrop” utgör ett utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt och endast bindande ramavtal, och inte oförbindande ramavtal, är upphandlingskontrakt ger bestämmelserna i 4 kap. LOU intryck av att upphandlande enheter i försörjningssektorerna endast får använda sig av bindande ramavtal, trots att direktivet som ovan nämnts tillåter användning av oförbindande ramavtal. Förarbetena till den aktuella bestämmelsen nämner dock inget om att en sådan begränsning i förhållande till försörjningsdirektivets regler skulle ha varit avsedd, utan tvärt om hänvisas till artikel 20.2 (i).<sup>23</sup> Dessutom är skrivningen i LOU systematiskt felaktig. Har man ett ramavtal som man kan göra avrop från, d.v.s. ett bindande ramavtal, vilket är ett upphandlingskontrakt finns det ingen skyldighet att göra en ny upphandling, varken förhandlad upphandling utan föregående annonsering eller upphandling i annan form, inför varje utnyttjande av detta upphandlingskontrakt. Bestämmelserna i 4 kap. 16 § 2 st. 9 p. LOU bör därför enligt min mening tolkas i enlighet med försörjningsdirektivets bestämmelser.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> I praktiken torde främst förhandlad upphandling användas.

<sup>23</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 62.

<sup>24</sup> Detta gäller enligt min mening trots att definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU, enligt vad som tidigare anförts, endast avser bindande ramavtal. För en utförligare utredning av denna fråga hänvisas till Falk & Pedersen, sid. 117 ff.



#### 4.4 Ramavtal i den klassiska sektorn

Upphandlingsdirektiven för den klassiska sektorn innehåller inte någon undantagsbestämmelse motsvarande den som återfinns i artikel 20.2 (i) i försörjningsdirektivet. Upphandlande enheter i den klassiska sektorn får således, som EG-domstolen uttalat i *Kommissionen mot Spanien*, inte använda förhandlad upphandling utan föregående annonsering för tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal, ens om själva ramavtalet tilldelats i enlighet med direktivens bestämmelser.<sup>25</sup>

Däremot får upphandlande enheter i den klassiska sektorn, utan föregående upphandling, göra avrop från korrekt upphandlade bindande ramavtal, vilka är upphandlingskontrakt, eftersom sådana avrop endast innebär utnyttjande av befintliga upphandlingskontrakt.

För att ett ramavtal skall anses vara bindande krävs dock, som nämnts ovan, att det i likhet med alla andra upphandlingskontrakt är ömsesidigt förpliktande och utan tillägg eller justeringar kan läggas till grund för utbyte av de ömsesidiga förpliktelserna. För parallella ramavtal innebär detta att avtalet måste innehålla en fördelningsnyckel som visar vilken av leverantörerna som i första hand skall erhålla avrop.<sup>26</sup> Detta eftersom ramavtalet annars vore oförbindande såtillvida att det inte innehåller något klagörande av vilken av ramavtalsleverantörerna som skall få utföra en viss leverans på grundval av avtalet. Ett ramavtal utan fördelningsnyckel skulle med andra ord sakna ömsesidiga förpliktelser.

Den vanligaste typen av fördelningsnyckel är rangordning. En rangordning av ramavtalsleverantörerna innebär att avrop i första hand skall göras hos förstahandsleverantören. Avrop hos andrahandsleverantören, tredjehandsleverantören och så vidare görs endast då förstahandsleverantören inte kan leverera.<sup>27</sup>

Det har ibland påståtts att en rangordning skulle vara skadlig ur konkurrens-hänseende på områden där det finns ett fåtal stora aktörer med kapacitet att en-

---

<sup>25</sup> Detta har också påpekats av Europeiska kommissionen redan den 30 augusti 2000 i förslaget till nytt direktiv för den klassiska sektorn (KOM (2000) 275 slutlig/2, 2000/0115 (COD) sid. 7-8). Kommissionen anförde därvid följande. ”Ramavtal [i den engelska språkversionen framework agreement] är inte ett offentligt upphandlingskontrakt i direktivens mening. Det är närmast fråga om ofullständiga avtal, eftersom vissa villkor inte är fastlagda och dessa måste fastställas innan avtalet kan genomföras. [...] Med detta slags avtal mellan upphandlare och marknadsaktörer kan det för närvarande inte beviljas undantag från den upphandlande myndighetens skyldighet att följa direktivets förfaranden för varje upphandling – efter en beställning – om de överstiger tröskelvärdena.”

<sup>26</sup> Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 2591-04. Se även Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1669-2000, NOU:s yttrande dnr 2004/0046-29, EFTA Surveillance Authority, Letter of formal notice – public procurement: Public Administration network Agreements, Doc. No: 02-4966-D och avgörandena 2003/30, 2003/38 och 2003/251 från den norska Klagenemnda for offentlige anskaffelser. Norge är som part i EES-avtalet skyldigt att följa EG-direktiven om offentlig upphandling.

<sup>27</sup> Detta kan t.ex. vara fallet då förstahandsleverantörens kapacitet uttömts genom tidigare avrop.

samma svara för det tänkta behovet, eftersom den högst rangordnade leverantören då skulle få en monopolställning.<sup>28</sup> Denna synpunkt bygger dock enligt min mening på det felaktiga antagandet att det alltid är lämpligt att ingå mycket stora rikstäckande ramavtal. Om en upphandlande enhet ansvarar för att ramavtal tecknas för ett stort geografiskt område eller för stora volymer, bör istället en annan typ av metodik användas.

Genom att dela upp det geografiska området och låta leverantörer lämna anbud på ett eller flera delområden, kan den upphandlande enheten tillvarata konkurrensen på marknaden och möjliggöra för fler och för mindre leverantörer att lämna anbud. Avrop görs sedan, då behov uppstår inom ett visst område, ifrån den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för det aktuella området.

Däremot är det inte tillåtet att använda en fördelningsnyckel som innebär en procentuell fördelning av avrop. Det är en grundläggande regel i LOU och direktiven att den upphandlande enheten skall anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris.<sup>29</sup> En på förhand fastställd procentuell fördelning strider mot denna bestämmelse eftersom den innebär att den leverantör som lämnat det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, respektive har lägsta anbudspriset, tvingas avstå avrop till förmån för leverantörer som lämnat sämre anbud.<sup>30</sup>

## 5 NYA BESTÄMMELSER OM RAMAVTAL

### 5.1 Inledning

I likhet med det äldre försörjningsdirektivet innehåller det nya försörjningsdirektivet bestämmelser om ramavtal. Även det nya klassiska direktivet innehåller emellertid, till skillnad från de äldre varu-, tjänste- och bygg- och anläggningsdirektiven, bestämmelser om ramavtal.<sup>31</sup>

### 5.2 Försörjningssektorerna

Det äldre försörjningsdirektivets bestämmelser om ramavtal har efter marginella språkliga förändringar överförts till det nya försörjningsdirektivet. Upphandlande enheter i försörjningssektorerna får således, även efter att det nya direkti-

---

<sup>28</sup> Se t.ex. Statskontorets yttrande dnr 2004/223-5.

<sup>29</sup> I LOU regleras frågan i 1 kap. 22 §.

<sup>30</sup> NOU:s remissyttrande (dnr 2004/0156-22) över Socialdepartementets promemoria Ledarhundar.

<sup>31</sup> För en mer detaljerad redogörelse för de nya direktivens bestämmelser om ramavtal hänvisas till Falk & Pedersen sid. 157 ff.

vet införlivats, tilldela oförbindande ramavtal i enlighet med direktivets bestämmelser för tilldelning av upphandlingskontrakt och därefter, i enlighet med artikel 40.3 (i) (som motsvarar artikel 20.2 (i) i det äldre direktivet), genom förhandlad upphandling utan föregående annonsering tilldela upphandlingskontrakt.

Rättsläget beträffande ramavtalsanvändning i försörjningssektorerna torde därför förbli oförändrat efter det att det nya direktivet införlivats i den svenska rättsordningen.<sup>32</sup>

### 5.3 Klassiska sektorn

I artikel 1.5 i det nya klassiska direktivet definieras ramavtal som ”avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, uppskattad kvantitet.”<sup>33</sup> Eftersom definition anger att ramavtalen skall utgöra grund för tilldelning av kontrakt, d.v.s. inte för avrop, avser det nya klassiska direktivets ramavtalsdefinition endast oförbindande ramavtal. Det är dock värt att notera att det nya klassiska direktivets bestämmelser om ramavtal, med undantag från definitionen och bestämmelserna för tröskelvärdesberäkning, inte utformats med försörjningsdirektivets ramavtalsbestämmelser som förebild. Det klassiska direktivets bestämmelser är betydligt striktare än de som gäller för försörjningssektorerna.

De materiella bestämmelserna om ramavtalsanvändning återfinns i artikel 32 och gör åtskillnad mellan ramavtal med en respektive flera leverantörer.

Vid slutande av ramavtal skall direktivets förfarandebestämmelser följas fram till tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet. Den upphandlande myndigheten skall således bl.a. annonsera upphandlingen och genomföra en kvalificering av anbudsgivarna.

Valet av parter i ramavtalet (ramavtalsleverantörer) skall därefter göras med användning av tilldelningsgrunderna i artikel 53, d.v.s. ”lägsta pris” eller ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet”.

Kontrakt som bygger på ett ramavtal skall tilldelas i enlighet med artikel 32.3 (för ramavtal med en leverantör) och artikel 32.4 (för ramavtal med flera leverantörer) och får bara omfatta de leverantörer som från början är parter i ram-

---

<sup>32</sup> En förhoppning är dock att rättsläget klarare skall framgå av den nya lagen än de nuvarande bestämmelserna i 4 kap. LOU.

<sup>33</sup> Det bör noteras att definitionen är identisk med den som återfinns i det nya försörjningsdirektivet (artikel 1.4).

avtalet. Villkoren i ramavtalet får inte i något fall väsentligen ändras, särskilt inte i det fall som beskrivs i artikel 32.3.<sup>34</sup>

Ett ramavtal får enligt artikel 32 inte heller löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för avtalet. Ett sådant undantagsfall torde enligt min mening kunna vara att leverantörens fullgörande av åtaganden enligt avtalet innebär stora initiala kostnader t.ex. för produktutveckling eller för etablerande av ett distributionssystem.<sup>35</sup>

Ramavtal får vidare inte användas på otillbörligt sätt eller så att konkurrensen förhindras begränsas eller snedvrids. Värt att notera är att förbudet inte tar hänsyn till den upphandlande myndighetens syfte med ramavtalsanvändningen, utan endast den objektivt konstaterbara effekten. Förbudet förefaller dessutom, av ordalydelsen att döma, även omfatta otillbörlig ramavtalsanvändning som i och för sig inte påverkar konkurrensen.

Vid ramavtal med en leverantör skall kontrakt som bygger på ramavtalet, enligt artikel 32.3, tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Den upphandlande myndigheten får skriftligen samråda med den upphandlande myndigheten och anmoda denne att komplettera sitt anbud. Att det uttryckligen anges att ”skriftligt samråd” får ske innebär sannolikt att muntligt samråd inte är tillåtet. Skälet till denna bestämmelse får antas vara att gemenskapslagstiftaren velat undvika att den upphandlande myndigheten och leverantören upptar förhandlingar, vilket skulle kunna leda till att väsentliga förändringar, i förhållande till ramavtalets villkor, görs.<sup>36</sup> Beträffande möjligheten att komplettera anbudet torde ledning för tolkningen kunna hämtas från uttalanden rörande de äldre direktivens bestämmelser om förtydligande och kompletterande av anbud. Generaladvokat Lenz har i ett förslag till avgörande uttalat bl.a. följande beträffande begreppen ”förtydligande” (precisering) och ”komplettering”. ”Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen ’precisera’ [...] måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen [...], nämligen ’komplettera’, ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna

---

<sup>34</sup> I den svenska språkversionen av direktivet anges att villkoren inte får väsentligen förändras ”... bland annat i det fall som avses” i artikel 32.3. Vid jämförelser med andra språkversioner av direktivet, t.ex. den engelska (in particular), den tyska (insbesondere) och den danska (navnlig ikke) framgår dock att den korrekta svenska lydelsen torde vara ”särskilt inte”.

<sup>35</sup> Endast rent affärsmässiga överväganden torde kunna motivera undantag från fyraårsregeln. Den upphandlande enheten torde därför inte kunna motivera en längre avtalstid t.ex. med att det är administrativt betungande att behöva genomföra upphandling oftare än vart fjärde år.

<sup>36</sup> Man kan dock fråga sig om förbudet mot muntligt samråd kommer att vara verkningsfullt. Den upphandlande enhet som inte respekterar förbudet mot att väsentligen ändra villkoren i ramavtalet torde knappast heller respektera förbudet mot muntligt samråd.

har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt.”<sup>37</sup>

Om ramavtal sluts med flera leverantörer måste dessa vara minst tre till antalet om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.<sup>38</sup> Vid ramavtal med flera leverantörer skall kontrakt som bygger på ramavtalet, enligt artikel 32.4, tilldelas antingen ”genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud” eller ”om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet, efter det att parterna blivit föremål för förnyad inbjudan att lämna anbud på grundval av samma villkor, som, om det är nödvändigt skall preciseras, och, vid behov, andra villkor som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet”.

Om inte alla villkor är fastställda i ramavtalet måste således en inbjudan att lämna anbud (d.v.s. en förnyad konkurrensutsättning) göras inför varje kontraktstilldelning. Av detta kan utläsas att möjlighet att tilldela kontrakt utan förnyad inbjudan att lämna anbud endast finns om alla villkor som är nödvändiga för tilldelning av kontrakt fastställts i ramavtalet, däribland vilken leverantör som skall få varje enskilt kontrakt, d.v.s. en fördelningsnyckel.

Om däremot inte alla villkor fastställts i ramavtalet skall, som nämnts ovan, en förnyad inbjudan att lämna anbud göras, på grundval av samma villkor och, vid behov andra villkor som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Med uttrycket ”villkor” avses i denna bestämmelse, till skillnad från vad många förefaller tro, inte de utvärderingskriterier som skall ligga till grund för tilldelning av kontrakt. Vad som avses är istället de villkor som gäller för genomförandet av själva konkurrensutsättningen. Bestämmelsen ger således den upphandlande enheten möjlighet att i viss utsträckning anpassa förfarandet till de vid varje tillfälle rådande förhållandena. En begränsning i möjligheten att tillföra nya villkor för genomförandet av konkurrensutsättningen är dock att villkoren måste ha angetts i förfrågningsunderlaget till själva ramavtalet.

Förfarandet vid den förnyade konkurrensutsättningen beskrivs relativt detaljerat i artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen punkterna a-d.

För varje kontrakt som skall tilldelas skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ramavtalsleverantörer som är i stånd att utföra kontraktet. Den upphandlande enheten skall fastställa en tidsfrist som är tillräcklig

---

<sup>37</sup> Förslag till avgörande i mål C-87/94 Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, REG 1996, sid. I-02043. Generaladvokatens uttalanden har citerats av flera svenska domstolar, i vart fall på länsrättsnivå. Se t.ex. Länsrättens i Uppsala län dom i mål nr 1123-03.

<sup>38</sup> I direktivet anges att tre leverantörer måste antas ”... om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och/eller godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.” Uttryckssättet ”och/eller” är emellertid en felskrivning. Det finns naturligtvis, som vid all upphandling, varken skyldighet eller möjlighet att sluta avtal med leverantörer som inte *både* uppfyller urvalskriterierna och har lämnat anbud som uppfyller tilldelningskriterierna.

för att lämna anbud beträffande varje särskilt kontrakt, med hänsynstagande till faktorer som hur komplext kontraktsföremålet är och den tid som behövs för att lämna anbud. Anbudena skall lämnas skriftligen och innehållet skall vara hemligt tills den angivna svarstiden har löpt ut.

Varje enskilt kontrakt skall därefter tilldelas den anbudsgivare (ramavtalsleverantör) som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Av bestämmelsen framgår att de tilldelningskriterier som fastslagits i förfrågningsunderlaget till ramavtalet skall gälla för tilldelningen av alla kontrakt under ramavtalets löptid. Den upphandlande enheten får således inte använda några andra kriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

## 6 PROBLEM OCH ”FALLGROPAR” I DE NYA BESTÄMMELSERNA FÖR DEN KLASSISKA SEKTORN

### 6.1 Inledning

Genom det nya direktivet införs möjlighet för upphandlande enheter i den klassiska sektorn att använda sig av oförbindande ramavtal. Som tidigare nämnts är dock det nya klassiska direktivets bestämmelser inte utformade med försörjningsdirektivets flexibla bestämmelser om ramavtal som förebild. Istället framstår det nya klassiska direktivets bestämmelser, vilka vid en första anblick förefaller relativt flexibla, vid en närmare granskning som både restriktiva och svårtillämpade. I det följande behandlas några av de problem och ”fallgropar” som finns i bestämmelserna.

### 6.2 Bristande överensstämmelse mellan definitionen och de materiella bestämmelserna

Som nämnts ovan framgår av definitionen av ramavtal i artikel 1.5 i det nya klassiska direktivet att ett ramavtal är ett avtal som skall fastställa villkoren för tilldelning av kontrakt, d.v.s. inte för avrop, vilket innebär att definitionen endast avser oförbindande ramavtal. I de materiella bestämmelserna i artikel 32 återfinns emellertid även en typ av ramavtal, nämligen bindande ramavtal, som inte passar den i artikel 1.5 givna definitionen.

Vid ramavtal med en leverantör skall kontrakt som bygger på ramavtalet, enligt artikel 32.3, tilldelas i enlighet med villkoren i ramavtalet. Om villkoren i ramavtalet är så klart fastställda att ”kontrakt kan tilldelas” enbart på grundval av ramavtalet, är det emellertid enligt min mening inte fråga om tilldelning av kontrakt utifrån ett oförbindande ramavtal, utan istället fråga om avrop från ett

bindande ramavtal, d.v.s. utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt (ett avtal med klara ömsesidiga förpliktelser).

Mot detta skulle visserligen kunna invändas att de möjligheter till skriftligt samråd och komplettering som bestämmelsen ger kan tolkas så att ramavtalet kan "lämna så mycket öppet" till själva kontraktstilldelningen att ramavtalet inte kan anses vara bindande. En sådan invändning faller dock vid en närmare analys av vad som enligt artikel 32.3 får "lämnas öppet" i ramavtalet. Inledningsvis framgår av artikel 32.2 st. 3 att villkoren i ramavtalet inte i något fall får väsentligen ändras, särskilt inte i det fall som beskrivs i artikel 32.3. Beträffande möjligheten till komplettering är det vidare min uppfattning, vilken torde ha framgått ovan, att det inte är tillåtet att ersätta tidigare lämnade uppgifter med nya uppgifter, utan tvärtom skall fråga vara om att befintliga uppgifter konkretiseras på ett eller annat sätt.

De möjligheter till samråd och komplettering som ges i artikel 32.3 är därmed så begränsade att de inte medger att ramavtalet "lämnas öppet" i en sådan utsträckning att det skulle kunna vara fråga om ett oförbindande ramavtal. Ett avtal med klara ömsesidiga förpliktelser föreligger med andra ord redan före eventuellt samråd eller komplettering.

Samma problematik återfinns i artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen, som reglerar användningen av parallella ramavtal med samtliga villkor fastställda, då "tilldelningen av kontrakt" skall ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Även här gäller förbudet mot att väsentligen ändra villkoren i ramavtalet. Några möjligheter till skriftligt samråd eller komplettering, motsvarande dem som finns vid ramavtal med en leverantör, finns dessutom inte beträffande parallella ramavtal med samtliga villkor fastställda. Detta innebär att det i praktiken inte finns möjlighet att "lämna något öppet" i denna typ av ramavtal och förfarandet som beskrivs i artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen inte utgör tilldelning av kontrakt från ett oförbindande ramavtal utan avrop från ett bindande ramavtal, d.v.s. utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt.

Den ovan redovisade tolkningen av artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen ger emellertid upphov till följande frågeställning.

Bindande ramavtal är upphandlingskontrakt. Man kan därför fråga sig vilken grupp av upphandlingskontrakt som är tänkta att omfattas av bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen. Frågan är, mot bakgrund av att direktivet inte innehåller någon definition av denna grupp av avtal, i praktiken mycket svår att besvara. Vad är det t.ex. som avgör om ett avtal är ett bindande ramavtal, vilket omfattas av de nämnda bestämmelserna, eller om det är ett "vanligt" upphandlingskontrakt med successiv leverans, vilket inte omfattas av bestämmelserna i artikel 32? Det kan enligt min mening inte rimligen vara den rubrik som den upphandlande enheten väljer att åsätta ramavtalet som är avgörande för vilka bestämmelser som skall tillämpas.

För att försöka besvara denna fråga kan det vara av värde att undersöka vilken nytta en upphandlande enhet skulle ha av att tillämpa bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen, jämfört med att tillämpa de bestämmelser som gäller för alla andra typer av upphandlingskontrakt. Det svar som en sådan undersökning ger är att nyttan med att tillämpa bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen, jämfört med att tillämpa de bestämmelser som gäller för alla andra typer av upphandlingskontrakt torde vara mycket begränsad. Det enda som framgår av de nämnda bestämmelserna är att en upphandlande enhet, om den tilldelat ett upphandlingskontrakt (oavsett om det benämns bindande ramavtal eller något annat), i enlighet med direktivets bestämmelser för tilldelning av kontrakt, får tillämpa detta kontrakt i enlighet med dess villkor.

Slutsatsen blir således att det i praktiken torde sakna betydelse om kontraktet kan klassificeras som ett sådant bindande ramavtal som avses i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen eller ej, eftersom dessa bestämmelser inte medger att kontraktet utnyttjas på något annat sätt än vad som är tillåtet beträffande upphandlingskontrakt i allmänhet. Bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen tillför således i sak inte något som inte redan framgår av regelverket i övrigt. Bestämmelserna synes därför främst ha tillkommit i det huvudsakliga syftet att klargöra att bindande ramavtal, som är upphandlingskontrakt, inte får användas på annat sätt än vanliga upphandlingskontrakt.<sup>39</sup>

### 6.3 Det omständliga förfarandet med förnyad konkurrensutsättning

Ett annat problem med det nya klassiska direktivets bestämmelser om ramavtal är enligt min mening att det förfarande med förnyad konkurrensutsättning, vilket framgår av artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen är tämligen omständligt.

Inför varje kontraktstilldelning skall den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med de ramavtalsleverantörer som är i stånd att utföra kontraktet och ge dem tillräcklig tid för lämnande av anbud. Bestämmelsen är visserligen, jämfört med att genomföra en ny upphandling, mer generös eftersom de tidsfrister som gäller för ny upphandling inte behöver iakttas vid den förnyade konkurrensutsättningen. Däremot framstår förfarandet som betydligt långsammare än användning av bindande ramavtal, eftersom den upphandlande enheten vid

---

<sup>39</sup> Den som läser mellan raderna anar möjligen att det verkliga syftet med bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen är att få bindande ramavtal att framstå som något mer än vad de egentligen är, d.v.s. som något mer än vanliga upphandlingskontrakt, vilket möjligen kan ha varit ägnat att göra Rådet och Europaparlamentet mer välvilligt inställda till de i övrigt mycket restriktiva bestämmelserna om ramavtal.



sådan ramavtalsanvändning kan vända sig direkt till den av fördelningsnyckeln utpekade leverantören och anmoda honom att leverera utan iakttagande av någon tidsfrist. Dessutom kan det enligt min mening, vid kontraktsföremål av mer komplicerad beskaffenhet, inte uteslutas att den ”tillräckliga tid” som skall lämnas för lämnande av anbud i den förnyade konkurrensutsättningen kan komma att bedömas vara nästan lika lång som de tidsfrister som gäller för lämnande av anbud vid ny upphandling, i vart fall då denna genomförs med tillämpning av s.k. påskyndat förfarande.

En annan mer betydelsefull omständighet är att varje enskilt kontrakt skall tilldelas den anbudsgivare (ramavtalsleverantör) som lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som anges i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Den upphandlande enhet som använder ramavtalet måste således göra en fullständig anbudsutvärdering inför varje kontraktstilldelning. I detta avseende är således en förnyad konkurrensutsättning enligt artikel 32 lika betungande som genomförande av en ny upphandling varje gång ett kontrakt skall tilldelas. Som jämförelse framstår det därför som betydligt mycket enklare att använda bindande ramavtal, eftersom den upphandlande enheten då bara behöver genomföra *en* anbudsutvärdering, vid tilldelningen av själva ramavtalet, och därefter utan ytterligare anbudsutvärderingar kan utnyttja ramavtalet i enlighet med dess fördelningsnyckel.

En ytterligare omständighet som sannolikt kommer att upplevas som betungande av de upphandlande enheter som tilldelar kontrakt genom förnyad konkurrensutsättning, i enlighet med artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, är det faktum att samtliga sådana kontraktstilldelningar av allt att döma kommer att kunna bli föremål för överprövning i allmän förvaltningsdomstol.

EG-domstolen har i *Alcatelmålet* fastslagit att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla möjlighet till prövning och åsidosättande av en upphandlande enhets beslut om vilken anbudsgivare som skall tilldelas kontrakt (det s.k. tilldelningsbeslutet).<sup>40</sup> För att anbudsgivare skall kunna tillvarata sin rätt till prövning krävs emellertid att den upphandlande enheten lämnar upplysningar om tilldelningsbeslutet innan kontraktet ingås. Bestämmelser med denna innebörd har med anledning av Alcateldomen införts i 1 kap. 28 § och 7 kap. 1 § LOU.

Motsvarande bestämmelser om skyldighet att lämna upplysningar har också införts i artikel 41 i det nya klassiska direktivet, av vilken det bl.a. framgår att den upphandlande enheten ”... skall snarast möjligt underrätta anbudssökande och anbudsgivare om de beslut som fattas om slutandet av ett ramavtal, tilldelningen av ett kontrakt, tillträde till ett dynamiskt inköpssystem ...”. Det finns inget, varken i artikel 41 eller i någon annan bestämmelse i direktivet, som talar för att kontrakt som tilldelas utifrån ett ramavtal skulle vara undantagna från

---

<sup>40</sup> Mål C-81/98 Alcatel Austria m.fl. mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr REG 1999, sid. I-07671, p. 43.

denna skyldighet att lämna upplysningar till anbudsgivarna.<sup>41</sup> Eftersom syftet med lämnande av sådana upplysningar, som nämnts ovan, är att anbudsgivarna skall kunna ta tillvara sin rätt till prövning av de beslut som fattas, innebär det faktum att det finns en skyldighet att lämna upplysningar om tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal att det finns en motsvarande rätt för anbudsgivare att påkalla prövning av tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal.

Totalt sett framstår därför användningen av parallella oförbindande ramavtal, på de villkor som framgår av artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, som ett så omständligt förfarande att den praktiska nyttan, jämfört med att göra ny upphandling varje gång behov av en viss typ av varor uppstår, torde vara relativt begränsad.

#### 6.4 Avslutande synpunkter – skälen bakom de nya bestämmelsernas utformning

Ovan har konstaterats att bestämmelserna i artikel 32.3 och artikel 32.4 andra stycket första strecksatsen framstår som tämligen innehållslösa, eftersom dessa bestämmelser inte medger att kontraktet utnyttjas på något annat sätt än vad som är tillåtet beträffande upphandlingskontrakt i allmänhet. Vidare har konstaterats att användningen av parallella oförbindande ramavtal, på de villkor som framgår av artikel 32.4 andra stycket andra strecksatsen, framstår som så omständlig att den praktiska nyttan, jämfört med att göra ny upphandling varje gång behov av en viss typ av varor uppstår, torde vara relativt begränsad.

För att förstå varför det nya klassiska direktivets bestämmelser om ramavtalsanvändning fått en sådan, till synes ologisk, utformning måste enligt min mening den historiska bakgrunden beaktas. I flera av EU:s medlemsstater, däribland Sverige, har upphandlande enheter i den klassiska sektorn använt ramavtal på ett sätt som inte varit förenligt med de gällande direktiven. Oförbindande ramavtal har i stor utsträckning använts som en metod för att kringgå skyldigheten att genomföra upphandling. Ramavtal har ingåtts med ett stort antal, i vissa extrema fall hundratals, leverantörer för att möjliggöra för de upphandlande enheterna att i praktiken välja fritt från de leverantörer enheterna på förhand bestämt sig för.<sup>42</sup>

Mot denna bakgrund är det föga förvånande att Europeiska kommissionen, i samband med utarbetandet av de nya upphandlingsdirektiven, valde att inte

---

<sup>41</sup> Enligt artikel 35.4 finns det, till skillnad från vad som gäller för andra upphandlingskontrakt, ingen skyldighet att efterannonsera tilldelning av kontrakt utifrån ett ramavtal. I alla andra avseenden gäller samma regler för kontrakt som tilldelas utifrån ett ramavtal som för övriga upphandlingskontrakt.

<sup>42</sup> Ett sådant exempel återfinns i NOU:s ärende dnr 203/96-21, i vilket ramavtal ingåtts med 124 leverantörer.

föreslå att bestämmelser motsvarande dem som återfinns i försörjningsdirektivet skulle införas i den klassiska sektorn.

Syftet förefaller inte, som många vill göra gällande, ha varit att kodifiera det sätt på vilket upphandlande enheter i den klassiska sektorn hittills använt oförbindande ramavtal. Istället synes avsikten, som NOU påpekat,<sup>43</sup> ha varit att åstadkomma en skärpning av rättsläget jämfört med hur upphandlande enheter i den klassiska sektorn hittills använt ramavtal.

Att bestämmelserna om förnyad konkurrensutsättning utformats så att förfarandet blivit komplicerat och svårtillämpat bör därför enligt min mening ses som ett uttryck för kommissionens skepsis mot användning av oförbindande ramavtal i den klassiska sektorn. Ambitionen synes ha varit att utforma bestämmelserna om oförbindande ramavtal på ett sådant komplicerat sätt att det skall framstå som mer tilltalande för de upphandlande enheterna att använda sig av bindande ramavtal.

---

<sup>43</sup> NOU:s yttrande dnr 2003/0046-29.