
FLER FRÅGOR ÄN SVAR – HÖGSTA DOMSTOLENS AVGÖRANDE I *RAMAVTALET*

Erik Olsson*

1. INLEDNING

Det slog mig för någon månad sen att jag, i och med detta nummer, kommer att ha skrivit krönikor för Europarättslig tidskrift i precis tio år. Med några få undantag har jag skrivit krönikorna tillsammans med någon, vilket i princip är en förutsättning för att det ska bli något vettigt utav det.¹

Vettigt eller ovetligt, 393 sidor har det blivit, ojämnt fördelat över 33 krönikor. Jag är lite stolt över detta och tänkte därför att jag skulle göra en sammanställning över alla ämnen som jag behandlat genom åren och utifrån dessa försöka mig på någon form av övergripande analys kring hur upphandlingsrätten kommit att utvecklas under det senaste decenniet och vad vi möjligen kan förvänta oss för de kommande tio åren.

Sen kom Högsta domstolens avgörande i *Ramavtalet*, T 4071-20 och en rättsfallsanalys kändes plötsligt mycket mer tilltalande än att tröska i gamla texter. Så decennie-krönikan får anstå, vilket nog är lika bra. Dessutom kan man på goda grunder hävda att Högsta domstolens avgörande i *Ramavtalet* säger ganska mycket mer om vad vi har att vänta oss för upphandlingsrättslig utveckling de närmaste tio åren.

Vi börjar med sakomständigheterna.

* Erik Olsson, advokat och delägare vid Advokatfirman Kahn Pedersen KB.

¹ Dessa har så här långt varit Kristian Pedersen, Tahmina Sahibli, Viktor Robertson, Christian Merseburg, Olle Lindberg, Johan Falk, Martin Bogg, Karolina Kjellberg, Albin Svensson och Magnus Ehn.

2. SAKOMSTÄNDIGHETER

Nordens Vårdscenter ("Beställaren") genomförde en upphandling av produktionsbyråtjänster inom området varumärke och integrerad kommunikation. Upphandlingen, som genomfördes i enlighet med 2007 års upphandlingslag ("LOU"), resulterade i att Idermark och Lagerwall Reklam AB ("Konsulten") tilldelades ramavtal med en löptid från den 5 maj 2014 till och med den 30 april 2018. Ramavtalet innehöll inga volymgarantier.

Efter att ramavtalet löpt under en period upptäckte Konsulten att den endast fick beställningar av de aktuella tjänsterna i mycket liten utsträckning. Samtidigt noterade Konsulten att en annan leverantör tilldelades sådana uppdrag som enligt dennes mening rätteligen skulle omfattas av ramavtalet och därmed tilldelas Konsulten. Konsulten väckte därför en skadeståndstalan mot Beställaren vid Stockholms tingsrätt och gjorde gällande att det ramavtal som Beställaren och Konsulten ingått var exklusivt och att Beställaren således gjort sig skyldig till avtalsbrott genom att tilldela uppdrag till en annan leverantör. Konsulten menade därför att Beställaren var skyldig att utge kontraktuellt skadestånd motsvarande de intäkter som Konsulten gått miste om till följd av Beställarens avtalsbrott.

Avtalet som sådant var tyst i frågan av exklusivitet. Konsulten grundade istället sitt exklusivetsresonemang framförallt på vad som förevarit under upphandlingen samt på att upphandlingen genomförts enligt LOU. De formuleringar i upphandlingsdokumenten som Konsulten främst tog fasta på var följande:

"Avtal kommer att tecknas med en leverantör. Det betyder att vinnande anbud måste kunna leverera allt det som efterfrågas. I denna upphandling kommer avtal tecknas med den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet."

"Konsulten ska åta sig de uppdrag som avropas. I tider av stor efterfrågan ska beställaren tillhöra konsultens högst prioriterade kunder. Konsultens leverantörskapacitet ska hållas intakt under hela ramavtalsperioden. Konsulten ska i samverkan med eventuella underkonsulter tillförsäkra en stabil och långsiktig relation vad gäller priser och leveranser under hela ramavtalsperioden."

Motsvarande skrivningar fanns även i avtalet och avtalet föreskrev dessutom vite för Konsultens dröjsmål av levererade tjänster. Konsulten menade att dessa formuleringar gav intrycket av att avtalet var bindande för båda parter på så sätt att Konsulten förband sig att upprätthålla leveranskapacitet och att Beställaren förband sig att köpa de upphandlade tjänsterna endast av Konsulten. Konsulten menade också att redan det förhållandet att ramavtalet ingåtts enligt LOU innebär en ensamrätt att utföra de tjänster som anges i avtalet.

Beställaren å sin sida bestred talan och gjorde gällande att avtalet inte var exklusivt samt att Beställaren inte köpt tjänster som omfattas av avtalet av andra än Konsulten.

Under den muntliga förberedelsen i tingsrätten enades parterna om att frågan om huruvida ramavtalet är exklusivt och ger Konsulten en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer, skulle prövas genom mellandom.

Tingsrätten framhåller i sin mellandom att den tolkning som Beställaren gör, vilken innebär att Beställaren ensidigt kan bestämma vilka tjänster, om några, som ska avropas från Konsulten samtidigt som denne har långtgående leveransåtaganden, framstår som en orimlig reglering av parternas intressen. Tingsrätten finner därför att en sammantagen bedömning talar för Konsultens uppfattning att ramavtalet är exklusivt och ger Konsulten en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer. Hovrätten å sin sida, finner att ramavtalet inte är exklusivt och inte ger Konsulten ensamrätt att utföra de tjänster som ramavtalet omfattar när behov av sådana tjänster uppkommer.

3. HÖGSTA DOMSTOLENS BEDÖMNING

Högsta domstolen finner, med upphävande av hovrättens dom, att ramavtalet ger bolaget en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer.

Högsta domstolens avgörande är dock speciellt i det avseendet att dess motivering inte stöds av en majoritet av sitsen utan endast av två justitieråd, nämligen Stefan Reimer och Cecilia Renfors. Därutöver finns två skiljaktiga meningar, en som anser att hovrättens domslut ska fastställas (justitieråden Gudmund Toijer och Agneta Bäcklund) och en som är skiljaktig vad avser motiveringen till att tingsrättens domslut ska fastställas (justitierådet Eric M. Runesson).

Jag redogör nedan först för majoritetens mening med justitieråden Stefan Reimer och Cecilia Renfors motivering och därefter för Eric M. Runessons skiljaktiga motivering. Sist redogör jag för justitieråden Gudmund Toijer och Agneta Bäcklunds skiljaktiga mening.

3.1 Majoritetens mening med Stefan Reimer och Cecilia Renfors motivering

Högsta domstolens motiverar sitt avgörande som följer:

”12. Vid tiden för upphandlingen gällde 2007 års lag men frågan i målet skulle bedömas på motsvarande sätt om lagen från 2016 hade varit gällande. Lagstiftningen är baserad på EU-direktiv. Varken direktiven eller den svenska lagstiftningen tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser vid ramavtal. Detta får enligt författarna till den nu gällande lagen om offentlig upphandling regleras i det specifika ramavtalet och med tillämpning av allmän avtalsrätt (se prop. 2015/16:195 s. 513 f.)

13. Upphandlingslagstiftningen och dess ändamål är ändå en naturlig utgångspunkt för en tolkning och utfyllnad av ramavtal. Ramavtal beskrivs som slutna system. Det gäller både på upphandlarens sida och på leverantörssidan och är motiverat av hänsyn till transparensen och till ramavtalens typiskt sett konkurrensbegränsande effekter (se a.prop. s. 516). Det anses i litteraturen att avrop vid ramavtal endast får ske från i ramavtalet angiven leverantör (se bl.a. Helena Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling. En kommentar, 3 uppl. 2020, s. 430 f.).
14. En tolkning och utfyllnad av ett ramavtal får utgå från en helhetsbedömning av avtalet och dess syfte efter beaktande av dess upphandlingsrättsliga sammanhang. Tolkningen bör harmonisera med avtalet i övrigt och utgå ifrån att ett avtal ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen (jfr ”Partneravtalet” p. 10). I sista hand kan mera generella principer för att fastställa avtalsinnehållet användas, t.ex. den s.k. oklarhetsregeln (se ”Självriskan” NJA 2001 s. 750).

Bedömningen i detta fall

15. Frågan är om ramavtalet innebär en ensamrätt för Konsulten i den meningen att det utgör ett avtalsbrott om Beställaren köper sådana tjänster som avtalet omfattar från någon annan än Konsulten.
16. Det kan konstateras att ramavtalet innebär långtgående åtaganden för Konsulten, som ska vara beredd att ge offert på alla uppdrag som beställaren avropar, hålla sin leveranskapacitet intakt under hela avtalsperioden och tillförsäkra Beställaren en stabil och långsiktig relation vad gäller priser och leveranser. Beställaren ska vidare tillhöra Konsultens högst prioriterade kunder.
17. Om Beställaren utan inskränkningar har rätt att köpa motsvarande tjänster av någon annan leverantör skulle det innebära att ramavtalet inte ger Konsulten några självständiga rättigheter. Väljer Beställaren – i stället för att avropa enligt avtalet – att vända sig till andra leverantörer skulle ramavtalet helt sakna värde för Konsulten och enbart innebära kostsamma åtaganden i form av bland annat beredskap för att kunna leverera enligt avtalet. Denna obalans blir särskilt tydlig mot bakgrund av att Beställaren enligt ett uttryckligt villkor inte förbinder sig att under avtalstiden beställa någon viss minsta volym.
18. Ett sådant avtalsinnehåll talar för att avtalet innebär att Beställaren inte kan vända sig till någon annan avseende sådana tjänster som omfattas av avtalet.
19. Det förhållandet att avtalet ger Beställaren rätt att frånträda avtalet under avtalsperioden med en uppsägningstid om tolv månader, utan ersättningsskyldighet, ger också visst stöd för en ensamrätt under avtalets löptid. Om Beställaren fritt skulle kunna köpa tjänster utanför ramavtalet fyller en sådan reglering inte någon egentlig funktion för denne.
20. En bedömning av avtalet i dess helhet, med utgångspunkten att det ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen, talar därför med tyngd för att avtalet ska anses innebära en ensamrätt för Konsulten.
21. Det som har angetts i de administrativa föreskrifterna om att ramavtal skulle tecknas med en leverantör som måste kunna leverera allt som efterfrågas ger

ytterligare stöd för en ensamrätt för den leverantör som tecknade ramavtalet. Ett sådant synsätt är också väl förenligt med den funktion ramavtal har enligt upphandlingslagstiftningen (se p. 12 och 13).

22. Slutsatsen blir att ramavtalet innebär en ensamrätt för Konsulten i den mening att det utgör ett avtalsbrott om Beställaren köper sådana tjänster som avtalet omfattar från någon annan än Konsulten.
23. Omfattningen av sådan ensamrätt är inte helt klar när det gäller Beställarens möjligheter att upphandla ytterligare ramavtal avseende samma slag av tjänster och att direktupphandla sådana tjänster i enlighet med de upphandlingsrättsliga reglerna. Frågan om sådana åtgärder utgör brott mot ensamrätten får – om det blir aktuellt – bedömas i den fortsatta handläggningen med utgångspunkt i vad parterna gör gällande.”

3.2 Eric M. Runessons skiljaktiga motivering

Som nämnt ovan kommer Runesson till samma slut som Reimer och Renfors men har ett annat sätt att ta sig dit. Runessons motivering skiljer sig i följande centrala delar.

För det första anser Runessons inte att fråga är om avtalstolkning utan enkom om utfyllnad av avtalet. Han skriver: ”*Ramavtalet innehåller inte någon bestämmelse som skulle kunna inrymma en reglering av den fråga som målet gäller; avtalet är alltså i viss mening ofullständigt och i behov av utfyllnad.*”. I vissa punkter, såsom punkt 13 och 14, använder Runesson vidare en motivering som påminner om majoritetens men som saknar alla hänvisningar till avtalstolkning. Detta framkommer kanske tydligast om man gör en ändringsmarkerad version av punkterna 13 och 14 där Runessons justeringar syns i kursivt och genomstruket.

13. Upphandlingslagstiftningen och dess ändamål *är ändå kan vara* en naturlig utgångspunkt för en *tolkning och* utfyllnad av *ramavtal som ingås efter en offentlig upphandling. Ramavtal beskrivs som slutna system. Det gäller både på upphandlaren* *sida och på leverantörssidan och är motiverat av hänsyn till transparensen och till ramavtalens typiskt sett konkurrensbegränsande effekter (se a.prop. S. 516). Det anses i litteraturen att avrop vid ramavtal endast får ske från i ramavtalet angiven leverantör (se bl.a. Helena Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling. En kommentar, 3 uppl. 2020, s. 430 f.). Lagstiftningen ger dock inte någon ledning i fråga om parternas ömsesidiga förpliktelser vid ramavtal (jfr prop. 2015/16:195 s. 513).*

14. En *tolkning och* utfyllnad av *ett ramavtalet får då i stället utgå från en helhetsbedömning av* avtalets *och dess* syfte efter beaktande av *dess upphandlingsrättsliga sammanhang* avtalet *som en helhet. Tolkeningen* Den *reglering som avtalet utfylls med* bör harmonisera med avtalets *reglering i övrigt och utgå ifrån att ett avtal*

ska, fylla en förnuftig funktion och ~~utgöra en rimlig reglering av på ett rimligt sätt reglera~~ parternas intressen (jfr "Partneravtalet" p. 10). I sista hand kan mera generella principer för att fastställa avtalsinnehållet användas, t.ex. den s.k. oklarhetsregeln (se "Självriskan" NJA 2001 s. 750).

Av denna "ändringsmarkerade" version av punkterna 13 och 14 i Reimer och Renfors motivering framgår också den andra huvudsakliga skillnaden mellan Runessons och deras inställning. Runesson anser *inte* att upphandlingsrätten ger något svar på frågan om huruvida ramavtal som upphandlats enligt LOU ska beaktas som exklusiva eller inte. Han medger visserligen att upphandlingslagstiftningen *kan* vara en rimlig utgångspunkt för utfyllnad av upphandlade avtal, men är samtidigt tydlig med att han inte anser att upphandlingslagstiftningen erbjuder några ledtrådar kring frågan om ramavtals exklusivitet.

I stället stöder sig Runesson uteslutande på att avtalet ska fylla en förnuftig funktion och på ett rimligt sätt reglera parternas intressen. Han skriver:

"17. Det ter sig mindre rimligt att utan tydligt stöd i ramavtalet se avtalet som en gratis option för Beställaren att använd den utlovade leveransförmågan endast om Beställaren så önskar. En sådan option synes kunna skapa incitament för Beställaren att använda ramavtalet (på Konsultens bekostnad) som referenspunkt för andra som vill konkurrera med Konsulten, men då på basis av enskilda projekt. Det skulle väcka frågor om avtalet vore allvarligt menat.

18. Ramavtalets krav på leveransberedskap kan fylla en förnuftig funktion, om avtalet utfylls med en reglering av innebörd att Beställaren ska vända sig till Konsulten i den mån efterfrågan uppkommer på sådana tjänster som avses i ramavtalet. Konsultens möjlighet till tjänsteförsäljning balanserar mot en risk för att någon efterfrågan inte uppstår, i vilket fall Beställaren inte behöver köpa något.

19. Om Beställaren med förbigående av Konsulten skulle kunna köpa tjänsterna från andra konsulter, t.ex. enligt separata avtal om enskilda projekt, är det svårare att se en förnuftig funktion bakom de krav Beställaren ställer på Konsultens leveransförmåga. Konsultens kostnader för att upprätthålla sin leveransförmåga skulle också bli i motsvarande mån onödiga mot bakgrund av en faktiskt uppkommande efterfrågan hos Beställaren på avtalets tjänster.

20. Enligt ramavtalet ska Konsulten ta initiativ till gemensamma utvärderingar av avslutade projekt. Parterna ska också träffas årligen för samråd och uppföljning av avtalet. Dessa bestämmelser synes förutsätta att en kontinuerlig affärsrelation kan etableras mellan parterna. Detta torde vara lättare att åstadkomma om Beställaren har att använda sig av den leveransberedskap som Konsulten lovat att upprätthålla."

Det är tydligt att Runesson anser att det är oskäligt att ha ett avtal som innebär att en leverantör ska ha beredskap för och vara skyldig att leverera om det inte samtidigt finns en korresponderande skyldighet för beställaren att också använda avtalet när behov uppstår. För Runesson, måhända till skillnad från Reimer och Renfors, gäller detta oaktat om ramavtalet är upphandlat enligt LOU eller inte.

3.3 Gudmund Toijer och Agneta Bäcklunds skiljaktiga mening

Till skillnad från majoriteten anser Toijer och Bäcklund att hovrättens domslut ska fastställas. De skiljaktiga justitieråden understryker att det förhållandet att ett ramavtal upphandlats enligt LOU inte har någon särskild avtalsrättslig betydelse och inte heller i sig betyder att ramavtalet är exklusivt. Detta betyder emellertid inte att det som förevarit under upphandlingsförfarandet inte kan få betydelse för hur avtalet ska tolkas. Toijer och Bäcklund anger följande:

”13. Det utesluter inte att ramavtalets innebörd kan fastställas med hänsyn till att det har träffats efter en offentlig upphandling. Det är dock inte upphandlingsreglernas innehåll i sig som påverkar avtalets materiella innebörd. I stället är det fråga om att avtal som har kommit till på detta sätt får tolkas mot bakgrund av den dokumentation som har upprättats under förfarandet. Detta är inte något särpräglat utan kan jämföras med att också andra avtal, där ordalydelsen inte ger svar på en omtvistad fråga, kan behöva ses i ljuset av de kontakter som parterna har haft inför och vid avtalslutet.

[...]

16. Vid en offentlig upphandling ligger det ofta nära till hands att myndigheten har utformat upphandlingen på ett – kanske detaljerat – sätt som utgår från myndighetens behov av varan eller tjänsten och att ramavtalet får tolkas mot den bakgrunden. Anbudsgivarens möjligheter att påverka ramavtalets innehåll kan då ha varit små. Det får dock i stor utsträckning anses vara en ofrånkomlig följd av upphandlingsregleringen. Ytterst ankommer det på tänkbara anbudsgivare att bedöma om villkoren är godtagbara och uppvägs av vad som i deras perspektiv utgör fördelar, rent avtalsrättsligt eller i praktiken enligt en affärsmässig bedömning. Normalt kan det förhållandet att en myndighet gör upphandlingen också tala för att ramavtalet ska tolkas i enlighet med de föreskrifter som det allmänna har att rätta sig efter och är förenligt med bland annat konkurrensrätten (jfr t.ex. Tom Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998, s. 115 och 117).”

Till skillnad från majoriteten förefaller Toijer och Bäcklund anse att presumtionen är att ett avtal inte är exklusivt om inte annat angetts. De skriver:

”19. En ensamrätt för leverantören innebär för den upphandlande myndigheten en betydande inskränkning i möjligheterna att träffa avtal. Typiskt sett utför en ensamrätt en central del av ett avtal, något som talar för att en överenskommelse uttrycks tydligt i själva avtalet eller åtminstone berörs i den dokumentation – förfrågningsunderlag och administrativa föreskrifter – som upprättas inom ramen för upphandlingen. Det gäller inte minst inom ett sådant i sig omfattande avtalsområde som det här aktuella: tjänster inom områdena för information, varumärke och integrerad kommunikation. Att det skriftliga ramavtalet inte innehåller ett uttryckligt villkor om ensamrätt för leverantören tyder på att inget sådant villkor gäller mellan parterna.

20. Ensamrätt är inte heller något entydigt begrepp. I detta mål väcks bland annat frågor om hur en ensamrätt skulle förhålla sig till Beställarens möjlighet att parallellt med det nu gällande ramavtalet helt eller delvis – genom ett nytt förfarande – upp-

handla samma tjänster av ytterligare leverantörer eller att använda sig av lagens regler om direktupphandling. En ensamrätt skulle därför kräva ett antal preciseringar, vilket kan skapa svårförutsebara situationer för parterna vid utfyllnad av ramavtalet.

21. Det ter sig från allmänna synpunkter också långtgående att läsa in en underförstådd ensamrätt för att balansera de uttryckliga åtaganden som Konsulten gör i fråga om leveranskapacitet m.m. De avtalsföreskrifter som ska lägga grunden för en mer stabil relation kan inte heller ses som ensidigt betungande för Konsulten.”

Mot denna bakgrund finner Toijer och Bäcklund att ramavtalet inte kan anses ge leverantören någon ensamrätt.

4. ANALYS

4.1 Inledning

Trots att jag ovan återgett såväl domen som de skiljaktiga meningarna så gott som i sin helhet så är det kanske inte helt uppenbart hur domen ska förstås. Innan vi går in på frågan om vad som faktiskt är prejudikatet i domen så kan det dock vara värdefullt att fundera över hur prejudikatsvärdet av en dom påverkas av den lite ovanliga omständigheten att tre av fem ledamöter är skiljaktiga.

4.2 Vad är prejudikatsvärdet?

Som vi sett ovan skriver inte mindre än tre ledamöter sig skiljaktiga. Justitieråden Gudmund Toijer och Agneta Bäcklund är skiljaktiga i såväl skäl som slut och justitierådet Eric M Runesson är skiljaktig vad avser motiveringen. Lite tillspetsat går det att göra gällande att endast två justitieråd, Stefan Reimer och Cecilia Renfors, står bakom domen och att domen, såsom den är motiverad, inte har stöd hos en majoritet av de justitieråd som deltagit i målet.

Frågan är då om detta påverkar prejudikatsvärdet hos avgörandet som sådant, dvs. om de skäl som Reimer och Renfors anför för slutet inte ska anses ha samma dignitet i prejudicerande avseende som hade varit fallet om dessa skäl hade haft ett bredare stöd hos rättsens ledamöter.

Det finns goda skäl att inte se det så. Justitierådet Kerstin Calissendorff har SvJT 2017 beskrivit att Högsta domstolens ledamöter inte anser att den bundenhet som Högsta domstolen har vid sina tidigare avgöranden, jämte 3 kap. 6 § rättegångsbalken, påverkas av enskilda justitieråds skiljaktiga meningar.² I samma artikel gör hon också gällande att sådana beslut som fattats av Högsta

² Kerstin Calissendorff, Plenum och skiljaktigheter – vad ska det vara bra för?, SvJT 2017 s. 795 ff.

domstolen i plenum, inte ska anses ha ett högre prejudikatsvärde än beslut som fattas i vanlig ordning.

Utifrån en sådan utgångspunkt torde det inte finnas anledning att tillmäta *Ramavtalet* ett lägre prejudikatsvärde än något annat avgörande från Högsta domstolen. Även om de skäl som motiverar slutet endast företräds av en minoritet av de justitieråd som deltagit i målets handläggning så är det likväl de skäl som Högsta domstolen, enligt de omröstningsregler som gäller för domstolen, angett för att motivera sitt slut.³ På samma sätt som ett plenumavgörande inte kan tillmätas större betydelse enbart för att det har stöd hos fler justitieråd än avgöranden fattade i vanlig ordning så torde denna typ av avgörande inte kunna tillmätas mindre betydelse, så länge avgörandet tillkommit på det sätt som Högsta domstolens omröstningsregler föreskriver och därmed är ett uttryck för Högsta domstolens, snarare än något enskilt justitieråds, rättsuppfattning.

Utöver de skäl som anförs av Kerstin Calissendorff i ovan nämnd artikel, och som jag inte ska riskera att förvanska genom att återge dem här, så kan jag för egen del tycka att ett sådant synsätt även har den fördelen att det sätter fokus på Högsta domstolens auktoritet som institution snarare än på enskilda justitieråds individuella eller kumulerade auktoritet. Den som fokuserar på huruvida en majoritet av ledamöterna, snarare än en sådan pluralitet som krävs för beslut, stödjer en viss uppfattning säger samtidigt att det är de enskilda justitieråden, snarare än Högsta domstolen som sådan, som ger domen auktoritet. En inställning som fokuserar på de enskilda justitieråden, och deras respektive rättsuppfattningar, kan tänkas bjuda in allmänheten att recensera dessa uppfattningar och diskussion kan då lättare uppkomma kring att ett avgörande från Högsta domstolen var särskilt ”rätt”, eller kanske rent utav ”fel”, beroende på vilket eller vilka justitieråd som stödde domstolens uppfattning i målet. En sådan diskussion bland jurister tror jag i förlängningen kan komma att skada allmänhetens förtroende för rättsväsendet. För egen del tycker jag nästan det är av sig själv givet att en prejudikatbildning blir mer robust ju mindre beroende den är av enskilda justitieråds auktoritet och ju mer den kan vila i domstolens institutionella auktoritet. Man behöver inte vara särskilt insatt i amerikansk prejudikatbildning för att inse nackdelarna med motsatt ordning där stor uppmärksamhet fästs vid enskilda ledamöters uttalade (och/eller förmodade) rättsuppfattning.

Det synsätt jag gjort gällande ovan innebär emellertid inte att skiljaktiga mening helt saknar betydelse för förståelsen av ett prejudikat. De skiljaktiga meningarna visar bland annat vilka argument för motsatta, eller i vart fall avvikande, synpunkter som har framförts i domstolen och därmed övervägts innan

³ Omröstningsreglerna är inte helt lättgenomträngliga men i detta fall förefaller det ha varit så att Högsta domstolen först har röstat i frågan om vilket slut som har stöd av en majoritet av rättens ledamöter. Bland de tre ledamöter som röstade för att bifalla överklagandet (och därmed fastställa tingsrättens dom) har sedan de två ledamöterna som var överens om skälen skrivit det som blivit Högsta domstolens domskäl.

domstolen slutligen kom till den mening som redovisas i domen. På detta sätt kan en skiljaktig mening hjälpa till att tydliggöra hur ett avgörande *inte* ska förstås.

De skiljaktiga meningarna, och då i synnerhet Toijer och Bäcklunds skiljaktiga mening, säger oss visserligen att det finns justitieråd i Högsta domstolen som, i vart fall fram till dagen för domen, var av en annan uppfattning än den som Högsta domstolens dom ger uttryck för. Det torde dock inte vara något ovanligt i sig att det i Högsta domstolen från tid till annan finns något eller några justitieråd som är av en annan uppfattning än den som kommit till uttryck i något av domstolens många avgöranden. Alldeles oavsett påverkar inte det prejudikatsvärdet i ett avgörande utan kan endast, och på sin höjd, ligga till grund för spekulation kring huruvida Högsta domstolen i en framtid skulle kunna tänka sig att avvika från det prejudikat som fastslagits i domen. En sådan risk, eller möjlighet, finns väl alltid men är knappast något som exempelvis en advokat i sin löpande rådgivning bör fästa annat än akademiskt intresse vid.

4.3 Vad är prejudikatet?

Så vad är då prejudikatet? Vad säger Högsta domstolen egentligen om innehållet i gällande rätt som kanske inte stod i helt klar dag tidigare?

Först och kanske främst tydliggör Högsta domstolen att det upphandlingsrättsliga sammanhanget, och upphandlingslagstiftningens syften och ändamål, kan få betydelse vid såväl tolkning som utfyllnad av ramavtal som upphandlats i enlighet med LOU. Den tidigare förhållandevis skarpa gränsen mellan upphandlingslagstiftningen som förfarandelagstiftning och den civilrätt som reglerar de avtal som ingås i slutet på sådana förfaranden suddas långsamt ut. Detta är i sig inget nytt utan en process som pågått under förhållandevis lång tid där upphandlingslagstiftningens reglering om särskilda avtalsklausuler och möjligheten att förklara direktupphandlande avtal som ogiltiga kanske är de tydligaste exemplen på upphandlingsrättens successiva överskridande av denna gräns.⁴

Vidare kan konstateras att Högsta domstolen anser att ett ramavtal som innebär långtgående leveransåtaganden för en leverantör utan att det funnes någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att använda ramavtalet vore obalanserat. Det förefaller vara denna obalans, sammantaget med den upphandlingsrättsliga kontexten som utgör den huvudsakliga grunden för att Högsta domstolen anser att avtalet ska uppfattas som exklusivt.

Jag kan konstatera att det är relativt vanligt med upphandlade ramavtal som innehåller mycket långtgående åtaganden för leverantören samtidigt som de är helt oförpliktande för den upphandlande myndigheten och det finns nog anledning för de flesta myndigheter att, med anledning av Högsta domsto-

⁴ Se 17 kap. 17 § och 20 kap. 3 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

lens dom, gå igenom innehållet i sina befintliga ramavtal för att säkerställa att de inte exponerat sig för någon skadeståndsrisk. Detta gäller i synnerhet för större organisationer med en decentraliserad inköpsorganisation där enskilda anställda kan ha breda mandat att besluta om inköp (och därmed potentiellt kan komma att köpa från annan än den upphandlade ramavtalsleverantören).

Som vi sett ovan bedömer Runesson att, i avsaknad av uttrycklig annan reglering, exklusivitet kan uppkomma i obalanserade ramavtal med långtgående leveransåtaganden, oavsett om dessa är upphandlande enligt LOU eller ej. Reimer och Renfors tillmäter däremot större vikt åt det förhållandet att ramavtalet var upphandlat enligt LOU. Frågan uppkommer då om man av detta kan dra slutsatsen att Högsta domstolen avfärdat en sådan mer generell tillämpning av exklusivitet som Runesson förespråkar och således tydliggjort att detta är en särskild civilrättslig tolknings- och utfyllnadsmetod som endast är tillämplig vad avser just avtal som är upphandlande enligt LOU.

Det kan naturligtvis inte helt uteslutas att Reimer och Renfors skulle ha kommit till samma slut även om det inte var fråga om ett upphandlat avtal men det är ganska mycket i deras skäl som talar för att upphandlingsrättens syfte och systematik fått en avgörande verkan på slutet och att Reimer och Renfors, om det inte vore för upphandlingsrätten, i sin civilrättsliga bedömning kanske till och med stått närmare Tojjer och Bäcklund än Runesson. Inte minst talar Reimer och Renfors uttalanden i punkt 23 om att upphandlingsrättens innehåll kan påverka ensamrättens omfattning för en sådan slutsats. Min försiktiga läsning är därför att den ensamrätt som Högsta domstolen skisserar framförallt aktualiseras för avtal upphandlande enligt LOU.

4.4 Vilka frågor väcker domen?

Som så ofta är fallet så väcker Högsta domstolens avgörande en del nya frågor, vilka i sig hade fordrat ytterligare prejudikat. Jag ska här behandla två av dessa frågor nämligen:

1. Huruvida den typ av obalanserade avtal som Högsta domstolen beskriver också är oproportionerliga i upphandlingsrättslig mening?
2. Vad är omfattningen av den ensamrätt som Högsta domstolen beskriver?

Är obalanserade avtal oproportionerliga?

Högsta domstolens uttalande i främst punkt 17 och 20 tydliggör att Högsta domstolen uppfattar ett avtal som obalanserat om det innehåller långtgående leveransåtaganden för leverantören samtidigt som det inte innebär några förpliktelser att använda ramavtalet för den upphandlande myndigheten.

Motsvarande tankesätt finns hos Runesson som bland annat ifrågasätter huruvida ett sådant avtal skulle anses ”*allvarligt menat*” och gör gällande att det i så fall skulle vara svårt att se en ”*förnuftig funktion*” med leveransåtagandet.⁵

Samtidigt kan konstateras att denna typ av obalanserade avtal är förhållandevis vanliga i offentlig upphandling. Eftersom det som regel är den upphandlande myndigheten som ensidigt upprättar avtalen, och eftersom det oftast saknas möjlighet för leverantörer att reservera sig mot oskäligen avtalsvillkor, kan det vara lockande för myndigheten att uppställa långtgående och kostnadsdrivande villkor för leverantören utan göra några som helst åtaganden själv.

Myndigheten prognostiserar gärna mycket stora volymer, inte sällan i hopp om att driva ner priserna och för att motivera långtgående leveransberedskap hos leverantören, men åtar sig inget, vare sig i termer av exklusivitet eller garantivolym.

Teoretiskt skulle man kunna tänka sig att det ytterst borde bli den upphandlande myndigheten som betalar för denna typ av avtal eftersom leverantören kommer att lägga en riskpremie på sitt anbudspris för att kompensera sig för risken för att de prognostiserade volymerna understigs. Om det inte finns någon exklusivitet eller några andra garantier borde exempelvis den förnuftige leverantören se till att göra vinst för varje levererad enhet, snarare än att sätta sitt pris så att en viss mängd krävs för kostnadstäckning och önskad marginal. Så hade det säkert också fungerat om leverantören och myndigheten hade satt sig ned och förhandlat som jämbördiga parter för att uppnå en rimlig reglering av deras respektive intressen, men det är inte så det fungerar i offentlig upphandling.

I offentlig upphandling presenteras anbudsgivarna med färdiga (och ofta oskäligen) villkor och ställs inför valet att antingen acceptera dessa eller avstå från affären. Vad gäller prissättningen är den relevanta frågan inte vilken prisnivå som ger leverantören en rimlig avkastning utan snarare vilken prisnivå som leverantören tror krävs för att inkomma med det lägsta anbudspriset och därmed tilldelas kontrakt. Om det finns en osäkerhet i volymen så är detta inte något som leverantören typiskt sett kan ta ut en riskpremie för eftersom det räcker att *en enda* leverantör avstår från att ta motsvarande riskpremie för att leverantören därmed ska ha tagit sig själv ur tävlan. Om en leverantör önskar vinna den offentliga affären är det rationella således inte att prissätta sitt anbud utifrån vad som ger en rimlig avkastning utan istället att prissätta anbudet strax under vad leverantörer tror att den mest riskbenägna av dess konkurrenter kommer att göra. Alla andra sätt att räkna på affären kommer ofelbart att leda till att leverantören förlorar.

Man kan tycka att leverantörer helt borde avstå från att delta i offentlig upphandling på dessa villkor men mitt intryck är att denna typ av obalanserade avtalsvillkor framförallt förekommer inom de branscher där det inte finns några

⁵ Se Runessons skiljaktiga motivering punkterna 17 och 19.

privata beställare som kan utgöra ett alternativ till den offentlig affären. Att avstå från offentlig upphandling är i dessa branscher det samma som att lägga ned sin verksamhet och framstår därför inte som ett realistiskt alternativ för dessa leverantörer.

Högsta domstolen har nu tydliggjort att ett ramavtal som innehåller långtgående leveransåtaganden men saknar reglering avseende exklusivitet kan komma att tolkas och/eller utfyllas med ett exklusivitetsåtagande. Men kan inte Högsta domstolens uttalanden uppfattas som en bredare kritik mot obalanserade avtal? Hur ska man, i ljuset av Högsta domstolens dom, exempelvis betrakta ett ramavtal som innehåller långtgående leveransåtaganden för en leverantör men samtidigt tydligt anger att den upphandlande myndigheten saknar varje skyldighet att använda ramavtalet?

Enligt min mening talar Högsta domstolens uttalanden för att denna typ av obalans mellan leverantörens respektive myndighetens åtaganden även skulle kunna anses oproportionerliga i upphandlingsrättslig mening och därmed bli föremål för en prövning i förvaltningsrätt. Proportionalitetsprincipen kräver som bekant att de krav som uppställs i en upphandling står i rimlig proportion till det som ska upphandlas och det kan, liksom Högsta domstolen gjort, sättas ifråga om långtgående leveransåtaganden står i rimlig proportion till upphandlingsföremålet när inga korresponderande åtaganden om att faktiskt använda avtalet görs. Detta gäller inte minst i ramavtal med flera leverantörer i rangordning där myndigheter regelmässigt ställer samma krav på leveransåtaganden på den leverantör som kommit trea i rangordning som myndigheten ställer på den första leverantören. Detta trots att det är förhållandevis osannolikt, även när ramavtalet används på föreskrivet sätt, att den leverantör som kommit trea kommer få avrop i en sådan omfattning som motiverar de leveransåtaganden som myndigheten kräver. En rimlig reglering av parternas intressen hade istället fordrat att myndigheten differentierade mellan de leveransåtaganden som krävs av den leverantör som tilldelas kontrakt som första leverantör i rangordning och de därpå följande leverantörerna.

En ytterligare fråga är naturligtvis också om det finns någon situation där ett leveransåtagande, på grund av att det inte motsvaras av ett avropsåtagande från myndighetens sida, kan anses oskäligt på sätt som avses i 36 § Avtalslagen. Jag låter det vara osagt men min bedömning är alldeles oavsett att ett villkor kan anses oproportionerligt i upphandlingsrättslig bemärkelse utan att för den sakens skull nå upp till oskälighetsrekvisitet i 36 § Avtalslagen.

Det ska bli intressant att se huruvida Högsta domstolens avgörande kan leda till att fler upphandlingar ifrågasätts utifrån att de avtalsvillkor som den upphandlande myndigheten presenterar leverantörerna med är allt för obalanserade.

Omfattningen av ensamrätten

I punkt 23 av sitt avgörande uttalar sig Högsta domstolen på följande lite kryptiska sätt:

”Omfattningen av sådan ensamrätt är inte helt klar när det gäller Beställarens möjligheter att upphandla ytterligare ramavtal avseende samma slag av tjänster och att direktupphandla sådana tjänster i enlighet med de upphandlingsrättsliga reglerna. Frågan om sådana åtgärder utgör brott mot ensamrätten får – om det blir aktuellt – bedömas i den fortsatta handläggningen med utgångspunkt i vad parterna gör gällande.”

Motsvarande tanke finns hos minoriteten men då som ett argument *mot* att utfylla avtalet med en ensamrätt.

”Ensamrätt är inte heller något entydigt begrepp. I detta mål väcks bland annat frågor om hur en ensamrätt skulle förhålla sig till Beställarens möjlighet att parallellt med det nu gällande ramavtalet helt eller delvis – genom ett nytt förfarande – upphandla samma tjänster av ytterligare leverantörer eller att använda sig av lagens regler om direktupphandling. En ensamrätt skulle därför kräva ett antal preciseringar, vilket kan skapa svårförutsebara situationer för parterna vid utfyllnad av ramavtalet.”

Såväl Reimer och Renfors som Toijer och Bäcklund anger således att en sådan ensamrätt som Högsta domstolen nu funnit behöver definieras ytterligare och att dess omfattning kan komma att bero på upphandlingsrättens innehåll. Vad menar domstolen här?

Den läsart som ligger närmast till hands är att Högsta domstolen vill öppna upp för att i ett senare skede bedöma huruvida en ensamrätt ska omfatta alla köp av de relevanta tjänsterna eller om det ska vara möjligt för en upphandlande myndighet att upphandla de relevanta tjänsterna vid sidan av avtalet så länge sådan upphandling sker i enlighet med det upphandlingsrättsliga regelverket. Kopplat till detta finns naturligtvis också frågan om det överhuvudtaget är tillåtet med så kallade parallella ramavtal, dvs. att genom två separata upphandlingar köpa samma tjänster två gånger. Kan det vara så att skadeståndsskyldighet endast uppstår för upphandlingsrättsligt otillåtna köp eller har myndigheter att avstå från att upphandla sådana tjänster som redan täcks av ett upphandlat avtal, alldeles oavsett om det sker i enlighet med LOU eller inte?

Frågan är inte helt ny. EU-domstolen var i sitt avgörande i Irgita, mål C-285/18, diskutera huruvida det finns begränsningar i att använda upphandlingsrättens möjligheter till direktupphandling när det redan finns ett upphandlat ramavtal. Så här skriver EU-domstolen i punkt 63 av sitt avgörande.

”I förevarande fall ankommer det särskilt på den hänskjutande domstolen att bedöma huruvida den upphandlande myndigheten, genom att ingå den interna transaktion som är aktuell i det nationella målet, vars innehåll överlappar det offentliga kontrakt som genomförs av Irgita, i egenskap av den som tilldelats kontraktet, har åsidosatt sina avtalsenliga skyldigheter enligt detta kontrakt, samt principen om öppenhet,

om det visar sig att den upphandlande myndigheten inte har definierat sina behov tillräckligt klart, bland annat genom att inte säkerställa att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet får tillhandahålla en minsta mängd tjänster, eller om nämnda transaktion utgör en väsentlig ändring av den allmänna systematiken i det kontrakt som ingåtts med Irgita.”

EU-domstolens uttalande passar förhållandevis väl med Högsta domstolens avgörande i *Ramavtalet*. Om en upphandlande myndighet inte på ett tillräckligt tydligt sätt har definierat vilka volymer som en leverantör har rätt till på ett upphandlat avtal, exempelvis genom att ange en viss garantivolym, så kan detta begränsa den upphandlande myndighetens rätt att i ett senare skede utnyttja sin upphandlingsrättsliga möjlighet att direktupphandla (eller kanske till om med genomföra annonserad upphandling?) utanför det först upphandlade ramavtalet. Med andra ord, om myndigheten inte tydligt angett vilken volym leverantören har rätt till i ett upphandlat ramavtal förlorar myndigheten den upphandlingsrättsliga möjligheten att upphandla och/eller direktupphandla motsvarande varor eller tjänster utanför ramavtalet.

Man kan tänka sig att denna upphandlingsrättsliga begränsning (om det finns en sådan) skulle kunna informera hur Högsta domstolen ser på den nu tillskapade ensamrätten och delvis lösa den problematik som Toijer och Bäcklund flaggar för.

Alldeles oavsett kan vi konstatera att Högsta domstolen genom sitt avgörande bara tagit de första stegen i att beskriva hur upphandlingsrätten kan komma att påverka civilrätten och vice versa.

5. AVSLUTNINGSVIS OM DE KOMMANDE TIO ÅREN

Man kan naturligtvis fråga sig om det är en bra sak att skiljelinjen mellan upphandlingsrätten och civilrätten suddas ut (eller i vart fall naggas i kanterna). En högst ovetenskaplig opinionsundersökning i min närmaste bekantskapskrets ger vid handen att civilrättare är mindre förtjusta i en sådan utveckling än vad upphandlingsrättare verkar vara.

Samtidigt går det inte riktigt, och det är väl det som Högsta domstolen sätter fingret på, att bortse från att upphandlingsrätten skapar förutsättningar för avtalsingående som skiljer sig från de som vanligen råder mellan näringsidkare. Kanske är det då också naturligt att delvis andra civilrättsliga utgångspunkter ska gälla för avtal som ingåtts i ett upphandlingsrättsligt kontext. Om inte för annat så för att EU-domstolen också har börjat uttala sig i den riktningen, om än på sitt karaktäristiskt obegripliga sätt.

Personligen hade jag tyckt det hade varit aptitligt med en öppnare diskussion om de särskilda förutsättningar för avtalsingående som gäller vid offentlig upphandling och vad dessa bör innebära för synen på exempelvis en leverantörs

Erik Olsson

berättigade förväntningar och vad som utgör skäligen respektive oskäligen avtalsvillkor (eller i vart fall proportionerliga respektive oproportionerliga). Om det leder till att delvis andra synsätt ska tillämpas vid tolkning och utfyllnad av upphandlande avtal än vad som gäller för avtal i gemen så kanske det inte är hela världen. Om för inget annat så är det i vart fall något att skriva krönikor om i ytterligare tio år.