



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Mattias Kågell

Obligationsrättslig upphandlingsrätt? – i skärningslinjen mellan offentlighetsrätt och civilrätt

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Elsa Trolle-Önnerfors

Termin: HT 2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	1
1.1 Problembakgrund	1
1.2 Syfte	2
1.3 Frågeställning	3
1.4 Metod och källmaterial	3
1.5 Avgränsning	4
1.6 Disposition	4
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	5
2.1 Inledning	5
2.2 Avtalets ingående	5
2.3 Lojalitetsplikt	6
2.4 Köprätten	7
2.4.1 Inledning	7
2.4.2 Väsentlighetskravet	8
2.4.3 Prognoskravet	9
2.4.4 Antecipatorisk hävning	9
2.4.5 Eventuella följder av anteciperad hävning	10
2.5 Offentlig upphandling	11
2.5.1 Inledning	11
2.5.2 Något om principerna	12
2.5.3 Förfrågningsunderlaget	13
2.5.4 Kvalificeringsgrunder	13
2.5.5 Anbudsutvärderingen	14
2.5.6 Tilldelningsbeslut	14

3 LÄRARUPPHANDLINGEN	16
3.1 Inledning	16
3.2 Utbildning i svenska för invandrare – ett verkligt exempel	16
3.3 Överprövning i kammarrätten	17
4 SLUTSATS	19
BILAGA 1	21
KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	23
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	25

Summary

The procurement process takes place at the boundary of the civil law of obligations and the public procurement law. It is not always clear which regulatory system that should apply. It has also been shown that the actual skills of the tenderer is not controlled by the authorities, which in it self can enhance the tendencies of opportune behaviour. The breach of duty of loyalty cannot be controlled within the procurement law, but has to be addressed within the frameworks of the contract. The purpose of this thesis is to investigate the boundaries between two different legal disciplines and then to determine when an anticipated breach of contract is at hand.

The procurement process ends, according to the written law, when the contractors sign a formal contract. Although, according to general contract law the contract is at hand before the contractors sign the actual contract on paper. The Assignment act is the point when the contract is at hand, and following the assignment act comes agreement latch to prevent the contractors to sign the contract. The assignment act evinces the breach of contract due to the fact that this point is the first time the contractors actually can legally see each other. The breach of contract is not possible to intervene before the latch of contract is done. Once the latch is gone, the authority can cancel the contract due to the anticipated breach of contract.

The consequence of the cancellation is also an anticipated breach of contract whereas the authority clearly states their attitude to the contract at hand. They have no intention to fulfil their part of the deal. The other party is obliged to act due to the risk of loosing their rights to indemnity following the anticipated breach of contract. As seen the act of cancelling an anticipated breach of contract stipulates itself an anticipated breach, thus the need for the other part to act.

Sammanfattning

Upphandlingsförfarandet befinner sig i gränslandet mellan den offentlighetsrättsliga upphandlingsrätten och den civilrättsliga obligationsrätten. I denna skärningspunkt är det inte alltid helt klart vilket regelkomplex som bör tillämpas. Det har samtidigt visat sig att kontrollen av utförarnas kompetenser inte kontrolleras av beställarna. I sig kan det medföra ett oportunt agerande av anbudsgivarna som i skydd av likabehandlingsprincipen kan inkomma med anbud som inte motsvarar anbudsgivarens verkliga möjlighet att utföra föremålet för upphandlingen. Detta brott mot lojalitetsplikten kan inte stävjas genom LOU utan måste angripas inom ramen för obligationsrätten. Uppsatsens syfte är därför att utreda var gränsen går mellan regelkomplexen för att därefter avgöra när ett befarat avtalsbrott uppstår till följd av det illojala anbudet.

Upphandlingsförfarandet avslutas enligt LOU med att kontrakt upprättas skriftligen mellan de båda kontrahenterna. Avtalsbundenhet infinner sig dock, enligt allmän avtalsrätt, före parterna skriftligen undertecknar avtalet såsom LOU stipulerar. Undertecknande föregås av tilldelningsbeslut och därpå följande avtalsspärr. Vinnande anbud offentliggörs genom tilldelningsbeslutet varpå avtalsspärren börja löpa. Under tiden som spärran löper är kontrahenterna förbjudna att ingå det skriftliga avtal som LOU föreskriver. Genom tilldelningsbeslutet ådagaläggs också avtalsbrottet genom att beställaren först då tydligt kan betrakta sin motpart. Avtalsbrottet går dock inte att angripa obligationsrättsligt förrän efter spärrans slut. När avtalsspärren löpt ut kan beställaren häva för antecipatoriskt avtalsbrott med risk för att själv exponera sig för ett skadeståndskrav för det fall bedömningen av avtalsbrottet skulle visa sig felaktig.

Följden av en antecipatorisk hävning är att den hävande parten effektivt uttalar att denne inte avser fullgöra sin del av kontraktet, alltså i sig ett befarat avtalsbrott. För att inte mista sina rättigheter måste den som får hävningen mot sig agera i nära anslutning till mottagandet av hävningsmeddelandet.

Förord

Dagen randas. Tre år på juristprogrammet flyger snabbt förbi.

Jag flyttade till Lund drygt två år innan jag började studera. Då jobbade jag i Helsingborg och varje morgon, när jag gick till tåget passerade jag denna akademins högberg; Juridicum. Att jag en dag skulle sitta och skriva de avslutande orden i min juridiska kandidatuppsats, det höll jag för omöjligt. Men ändå, nu gör jag det.

Ingen nämnd och ingen glömd. Ett par särskilda tack är dock på sin plats.

Elsa Trolle-Önnerfors, tack för att du hade överseende med min inledande villrådighet och upprepade hopp mellan ämnen.

Henrik Norinder, utan din inledande YouTube video hade inte uppsatsen sett ut som den gör idag.

Axel och Richard, tack för att jag fått dela mellandagarnas ångest med er i en dåligt ventilerad lokal på juridicum.

Rum 218, Juridicum,
Lund

Mathias Kågell

Förkortningar

AvtL	Avtalslagen (1915:218)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Vienna 1980
EU	Europeiska unionen
HD	Högsta Domstolen
KamR	Kammarrätten
KöpL	Köplagen (1990:931)
LOU	Lagen om offentlig upphandling
NJA	Nytt juridiskt arkiv
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UNIDROIT	International Institute for The Unification of Private Law

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Ett avtal kan sägas vara en uppgörelse mellan parter att utbyta prestationer.¹ Parterna närmar sig varandra genom insikter om den andres kvalitéer i berört område. Prestationsutbytet är målet då kontrahenterna har något som de vill byta med varandra. Det är inte ovanligt att beprövade relationer består enkom till följd av hävd och goda kommunikationer i övrigt, det behöver alltså inte var det ursprungliga syftet, den goda affären, som gör att förhållandet består. Ibland uppstår dock problem i dessa förhållanden och därför har det rättsligt utvecklats modeller för att lösa eventuella uppkomna problem. Traditionellt sett avhandlas dessa bekymmer inom ramen för allmän avtalsrätt.

Under senare tid har den offentliga sektorn vuxit och spenderar årligen stora summor i det allmännas tjänst. Genom vårt medlemskap i EU har vår inre marknad expanderat betydligt och fler aktörer än någonsin befinner sig inom räckhåll för den allmänna kakan; skattepengen.² Genom att betrakta traditionell avtalsbindning, som ovan beskrives, finner vän av ordning att det föreligger risk för nepotism då avtal ska förlängas. Noteras bör att det inte är kamaraderiet självt som uteslutande skapar dessa problem, det kan likväl vara erfarenheten av ett väl fungerande samarbete som är drivkraften. EU har också uppmärksammat detta faktum och infört omfattande reglering på den inre marknaden för att främja den fria konkurrensen. I Sverige har direktivet implementerats och fått namnet lagen om offentlig upphandling, LOU.

LOU befinner sig under det offentlighetsrättsliga paraplyet och antar formen av tvingande lagstiftning för det allmänna, syftet är att det ska borga för ett ansvarsfullt utnyttjande av skattemedel genom att tillvarata konkurrensen.³ Avtalsbundenheten regleras utanför LOU, det är vägen fram till avtalsbundenhet som regleras inom nämnda lag. Detaljregleringen är betydande och påföljderna för det allmänna att inte följa denna kan bli omfattande. Detaljregleringen har gett upphov till kritik där det noterats att anbudsgivare med stor konkurrenskraft utesluts på grundval av formaliafel,

¹ Adlercreutz och Gorton, 2011, s. 18.

² Pedersen, 2013, s. 9.

³ SOU 2011:73, s. 39.

medan mindre seriösa aktörer inte kan uteslutas med stöd av samma princip.⁴

Under år 2013 genomförde Malmö stad en upphandling⁵ rörande lärartjänster där det ställdes ovanligt höga krav på lärarnas kompetenser. Då upphandlingen var klar överklagades densamme, bland annat på grundval av de höga kompetenskraven. Den överklagande parten hävdade att kraven var omöjligt högt ställda och att vinnande anbud inte kommer att kunna leverera efterfrågad kompetens, upphandlingen borde därför göras om. Kammarrätten framförde i anslutning till det följande argument; ”huruvida en avtalsleverantör kommer att uppfylla kraven [...] och hur staden i sådant fall kommer att agera är i dagsläget endast föremål för spekulation”⁶. Uttalandet väcker frågan hur beställaren, det allmänna, ska hantera en situation där huvudmålet för upphandlingen blir förfelat till följd av ett misstänkt illojalt beteende. Saken kan inte hanteras inom ramen för upphandlingsrätten, samtidigt skymmer upphandlingsrätten till sin natur anbudsgivarens ansikte. Frågan måste följaktligen hanteras inom ramen för obligationsrättsliga principer. I skärningspunkten mellan den offentligrättsliga upphandlingsrätten och den civilrättsliga avtalsrätten finner vi därför huvudfrågan för denna uppsats. Var går gränsen mellan den tvingande offentligrätten och den dispositiva avtalsrätten.

1.2 Syfte

Regeringens målsättning med upphandlingsförfarande är att tillvarata skattemedlen på ett för ändamålet optimalt sätt. Det har samtidigt visat sig att kontrollen av utförarnas kompetenser i vissa fall är bristfällig.⁷ Risken finns därför att vinnande anbud de facto saknar möjligheter att utföra föremålet för upphandlingen på det sätt som upphandlande enhet avsett, men vinner likväl upphandlingen till följd av illojalt beteende under anbuds-förfarandet. Påföljderna för upphandlande enhet att inte följa LOU kan bli omfattande då skadestånd kan utges upp till det positiva kontraktsintresset inom ramen för LOU.⁸ Upphandlande enhet saknar dock möjlighet att freda sig mot opportunt och illojalt beteende genom LOU, möjlighet finns dock inom ramen för obligationsrätten. Syftet med uppsatsen är därför att utreda var den tvingande offentligrättsliga regleringen slutar och den civilrättsliga obligationsrätten tar vid. Detta ska i sin tur leda fram till när avtalsbundenheten mellan beställare och utförare är

⁴ Principen i fråga är likabehandlingsprincipen, se SOU 2011:73, s. 44.

⁵ Upphandlingen kommer utförligen redogöras för nedan i framställningen.

⁶ KamR 7554-13.

⁷ SOU 2011:73, s. 148.

⁸ Norinder, 2007, s. 357

så stark att det går att frånträda enligt principen om antecipatoriskt kontraktsbrott samt vilka följder denna får för kontrahenterna.

1.3 Frågeställning

Vid en upphandling sker den inledande fasen genom att anbud skickas in till den upphandlande enheten med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget. Beställare tilldelar därefter utföraren uppdraget utifrån den kravspecifikation som stipuleras i förfrågningsunderlaget, samtidigt blir utföraren synlig för beställaren. Det har dock visat sig att kontrollen av utförarens kompetenser och faktiska möjlighet att fullfölja avtalet inte kontrolleras.⁹ Detta medför att en utförare kan tilldelas ett uppdrag utan att ha faktiska kompetenser för att kunna fullfölja avtalet. Hur ska beställaren hantera situationen där utföraren inte verkar klara av uppdraget trots utfästelser i anbudet?

Från det att tilldelningsbeslut offentliggjorts och avtal signerats uppstår en något säregen situation i svensk kontraktsrätt. Avtalet befinner sig i skärningspunkten mellan offentlig rätt och civilrätt där rättsläget inte är helt klart.

- (i) När uppstår avtalsrättslig bundenhet?
- (ii) Kan det uppstå ett befarat avtalsbrott efter tilldelningsbeslutet men innan det formella avtalet är påtecknat av parterna?
- (iii) När uppstår i sådant fall det befarade avtalsbrottet?
- (iv) Går det att häva avtalet till följd av det befarade avtalsbrottet, och vilka följder får det för kontrahenterna?

1.4 Metod och källmaterial

Uppsatsen framställs enligt traditionell rättsdogmatisk metod där rättskälreläran utgör den naturliga grunden. Genom rättsdogmatiken systematiseras och tolkas gällande rätt.¹⁰ Strävan är att systematisera två närliggande discipliner för att se hur dessa samverkar, nämligen obligationsrätten och upphandlingsrätten. Således kommer lagens

⁹ SOU 2011:73, s. 148.

¹⁰ Peczenik, SvJT 2005 s. 249.

ordalydelse, lagmotiv, doktrin och rättsfall studeras närmare för att klargöra de lege lata. Studien kommer att ha en kvalitativ ansats.¹¹

Uppsatsen tar utgångspunkt i ett par av standardverken på obligationsrättens område såsom Adlercreutz, Avtalsrätt I, Ramberg och Herres omfattande köplagskommentar, Grönfors och Dotevalls kommentar till Avtalslagen och Alméns kommentar till den äldre köplagen. Även Hellner, Hager och Perssons, Speciell kontraktsrätt II används för orientering i de obligationsrättsliga delarna. För upphandlingsrättsliga spörsmål används Upphandlingens grunder av Pedersen och för lojalitetsplikt används främst Björkdahls avhandling, Lojalitet och kontraktsliknande förhållanden. Rättspraxis från HD används för att illustrera hur rättstillämparen betraktar de båda disciplinernas samverkan.

1.5 Avgränsning

Ämnet rör sig över flertalet olika rättsområden, förmögenhetsrätt, avtalsrätt, upphandlingsrätt och skadeståndsrätt. Syftet med uppsatsen är dock att avhandla hur rättsläget ser ut i skärningspunkten mellan det offentlighetsrättsliga upphandlingsförfarandet och den civilrättsliga avtalsrätten, med särskild fokus på den antecipatoriska hävningen. Av utrymmesskäl kommer inte skadeståndsrättens rättsliga uppbyggnad beröras, trots att den naturliga följden av ett befarat avtalsbrott är skadestånd. Någon närmare beskrivning av upphandlingsrättsliga funktioner och systematik kommer inte heller redovisas av samma skäl som ovan, detsamma gäller köprättsliga spörsmål. För den som närmare vill förkovra sig i dessa ämnen rekommenderas Upphandlingens grunder av Pedersen samt Köprätt och annan kontraktsrätt av Håstad.¹²

1.6 Disposition

Tarantino har en vana att inte följa kronologisk ordning på sina filmer. Liksom början på Pulp Fiction, som egentligen är slutet, backar också denna uppsats in i slutsatserna. Uppsatsen börjar således i ett ingånget avtal för att därefter redogöra för hur avtalet ingås. Därpå följer de obligationsrättsliga grunder som används vid tolkning och tillämpning av avtal. Därpå följer upphandlingsrätten för att avslutas i en verklig upphandling som kantades av vissa problem. Mycket nöje!

¹¹ Sandgren, 2007, s. 40.

¹² Pedersen, 2013 och Håstad, 2009.

2 Rättsliga utgångspunkter

2.1 Inledning

Under 1900-talet utvecklades handeln på flera olika plan, vi gick från ett relativt agrart samhälle till den digitala ländan, för att under 2000-talet utvecklas till ett digitalt tjänstesamhälle. Den 1 januari 1995 blev Sverige medlem i EU och med det följde skyldigheten att agera för en gemensam inre marknad.¹³ Sverige bär en rättstradition där den köprättsliga lagstiftningen fått stå modell för många av de obligationsrättsliga principer som i den svenska rätten finns representerade.¹⁴ År 1905 kom den första svenska lagen på den köprättsliga arenan och den var i bruk under avsevärd tid då den 1990 ersattes av vår nuvarande köplag.

År 2007 trädde lagen om offentlig upphandling (LOU) i kraft och efterträdde därmed den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU). Uppgiften för dessa lagar är att reglera hur offentliga medel skall spenderas även om syftet ändrades i och med den nyare lagstiftningen.¹⁵

Köprätt och upphandlingsrätt löper parallellt med varandra då kontrahenterna rör sig i riktning mot avtalsbindning, däremot intar den tvingande offentlighetsrätten ställning som *lex specialis* i förhållande till den dispositiva köprätten. Av den anledningen aktualiseras aldrig köprättsliga och obligationsrättsliga principer såsom lojalitetsplikt och hävningsgrunder under upphandlingsförfarandet. Det finns däremot skäl att beakta dessa efter avtalets ingående.

För att besvara frågeställningarna i kap 1.3 kommer i det följande att redogöras för de köprättsliga och upphandlingsrättsliga frågor som tillsammans utgör grunden för framställningen.

2.2 Avtalets ingående

AvtL stipulerar en bundenhet där anbud och accept korrelerar med varandra. Denna modell fungerar i sin enkelhet, exempelvis då det köpslås om en oxe på en marknad, men kan ge upphov till tillämpningssvårigheter i dagens handelsklimat där förhandlingar av olika grad föregår avtalsslutet.¹⁶

¹³ Pedersen, 2013, s. 11.

¹⁴ Hellner et al, 2011, s. 20. 2 st.

¹⁵ Pedersen, 2013, s. 9.

¹⁶ Grönfors och Dotevall, 2010, s. 48.

Att avgöra när avtalsbundenhet ligger för handen är därför en grannliga uppgift, vilket också vållat problem för de flesta rättstillämpare i vår historia. En modell har utvecklats där bundenheten grundas på tre moment; (i) det finns en vilja att binda sig (ii) hur viljeförklaringen ter sig samt (iii) tilliten hos motparten att viljeförklaringen är allvarligt menad.¹⁷

Grönfors använder begreppet avtalsgrundande rättsfakta för att beskriva de delar som konstituerar bundenheten i ett avtal, exempelvis anbud och accept.¹⁸ Följden av att avtalsgrundande rättsfakta föreligger är att förhållandet fortsättningsvis bör placeras i det avtalsrättsliga spektrat och bedömas därefter. Därmed lämnas det utomkontraktuella förhållandet.

Då förhållandet rör sig inom det avtalsrättsliga spektrat, samt även, som det verkar, när kontrahenterna befinner sig mycket nära anbudsbundenhet, aktualiseras det fång av sanktioner, exempelvis hävning, som ryms i avtalet.¹⁹

Genom att pröva ovanstående modell på hur slutskedet i ett upphandlingsförfarande ser ut torde det vara ett ganska litet kliv mellan utom- och inomobligatoriskt förhållande. Vän av ordning kan samtidigt invända att det i LOU framgår att upphandlingskontraktet ska anta skriftlig form. Ordalydelsens krav på skriftlighet antyder att avtalet är ett formalavtal, vilket dock är en felaktig uppfattning.²⁰ Ett kontrakt sprungen från en upphandling kan vara civilrättsligt bindande även om det inte upprättats ett skriftligt avtal, det kan följaktligen ingås såsom ovan redogjorts för.²¹

2.3 Lojalitetsplikt

Att på ett enkelt sätt förklara lojalitetsplikten låter sig inte göras, de senaste tio åren har två svenska avhandlingar på ämnet utkommit.²² Björkdahl tar utgångspunkt i lojalitetsplikten genom att undersöka vilket typ av beteende i prekontraktuella förhållanden som kan medföra civilrättsliga påföljder.²³ Det finns alltså en skyldighet för parterna att ta rimlig hänsyn till varandras

¹⁷ Ramberg och Ramberg, 2007, s. 79.

¹⁸ Grönfors, 2013, s. 50.

¹⁹ Grönfors och Dotevall, 2010, s. 50.

²⁰ Det kan däremot inte sägas vara extraordinärt att upphandlande enhet, i förfrågningsunderlaget, gör gällande att skriftlighet är en förutsättning för ett civilrättsligt bindande avtal.

²¹ Pedersen 2013, s. 88.

²² Votinius, 2004 och Björkdahl, 2007.

²³ Björkdahl 2007, s. 23.

intressen under förhandlingar. Lojalitetsplikten medför ett skadeståndsansvar i vissa hänseenden.²⁴

Svensk rätt saknar en allmän definition för lojalitet mellan två förhandlande parter, det saknas dock inte exempel på lagregler vars ordalydelse bygger på lojalitetsplikt, se bland annat art 1.7 i UNIDROIT principles of international commercial contracts. Lojalitetsplikten emanerar bland annat från romersk rätt där dess syfte var att skapa ett relativt problemfritt och rättvist förhållande mellan kontrahenterna.²⁵

Under upphandlingsförfarandet saknar parterna möjlighet att iaktta allmänna obligationsrättsliga principer. Detta följer av att LOU styr hur avtalsbundenheten ska träffas.

I NJA 2001 s. 3 rörande en avbruten upphandling uttalar HD dock att det aldrig funnits en avsikt att skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella situationer mellan privata och offentligrättsliga subjekt inom ramen för upphandlingsrätten. Det står därför klart att prekontraktuellt ansvar också kan påföras kontrahenterna i en upphandling. Det torde dock inte synas förrän vid en eventuell prövning i domstol huruvida någon brutit mot lojalitetsplikten.

Rättsfallet NJA 1998 s. 873 behandlar frågan huruvida en kommun genom ett ofullständigt förfrågningsunderlag brutit mot likabehandlingsprincipen. HD bedömer ett inlämnat anbud till en upphandling som att ett kvasikontrakt uppstått, och skadestånd utgavs på den grunden. Att HD utdömer skadestånd till följd av att kvasikontrakt uppstått torde innebära att de beaktar lojalitetspliktens betydelse under upphandlingsförfarandet.

2.4 Köprätten

2.4.1 Inledning

Köplagstiftningen i Sverige har av tradition tillämpats brett i det obligationsrättsliga spektrat. Det härrör från 1905 års lag där Almén genom sina kommentarer analogvis utvecklat principer för allehanda obligationsrättsliga förhållanden. Något Almén slår fast redan i det inledande kapitlet till sina kommentarer. Han nämner just hävning och

²⁴ Grönfors, 2013, s. 162.

²⁵ Votinius, 2004, s. 229.

hävningens grunderna som grund för analogislut i andra obligationsrättsliga förhållanden.²⁶

Långt senare vänder sig Grönfors och Dotevall mot Alméns analogier och menar att köprättsliga principer ”mer eller mindre påtvingats andra avtalstyper”.²⁷ De menar att principerna ofta tolkats analogt i andra obligationsrättsliga sammanhang och därigenom vinner ställning som allmänna kontraktsrättsliga principer. Grönfors och Dotevall menar att det inte är alltigenom klokt då det finns variationer som bör tas hänsyn till. Ett exempel är hävning som inte helt lätt låter sig göras vid tjänsteavtal, när det utan större åthävor kan genomföras i köpeavtal.²⁸

Deras synpunkter kan samtidigt ställas mot argumentet att det kan anses klokt att låta köprättens principer influera också övriga avtalstyper då det annars riskerar framträda skillnader i bedömningen mellan förhållandevis närliggande avtal. Ramberg och Herre intar positionen att det finns klara fördelar om närliggande avtalstyper, exempelvis blandade avtal, kan tolkas och avgöras med hjälp av köprättens principer. Ramberg och Herre menar att det i tillämpningen kan uppstå komplicerade gränsdragningsproblem. Det kan vara svårt att avgöra vilken typ av avtal som föreligger varför det kan fall sig så att likvärdiga avtal bedöms olika. Det är givetvis inget lyckat scenario.²⁹

För egen del ansluter jag mig till den senare uppfattningen då jag också ser de klara fördelar som finns med en stringens i tillämpning och tolkning av obligationsrättsliga avtal. Det finns en risk för spretighet i tillämpningen, samt att det faktiskt medför generella tillämpningssvårigheter vid konkurrerande tolkningsprinciper.

2.4.2 Väsentlighetskravet

För att avtalshävning ska aktualiseras krävs ett hävningsgrundande kontraktsbrott. Det avgörs genom de dubbla subjektiva rekvisiten (i) *betydelsen* för den drabbade och (ii) *insikten* hos den vållande.³⁰

Denna formulering finner sin spegel i art 25 CISG, där det även tilläggs att bedömningen ska bygga på hur ”a reasonable person [...] in the same circumstances” skulle sett på saken. Det innebär att parterna tillsammans kan komma fram till vad som ska anses som väsentliga avtalsbrott. Av den

²⁶ Almén, 1960, s. 5.

²⁷ Grönfors och Dotevall, 2010, s. 21.

²⁸ Grönfors och Dotevall, 2010, s. 21.

²⁹ Ramberg och Herre, 2013, s. 53 f.

³⁰ 25 §, KöpL.

anledningen går det hävda rekvisitens subjektivitet, trots att det i lagens mening snarast ter sig som att det objektivt ska förhålla sig på ett visst sätt.³¹

2.4.3 Prognoskravet

Då hävning aktualiseras föreligger ett fullbordat kontraktsbrott. Genom Almén utvecklades dock en rätt till anteciperad hävning, där Almén valde att kalla det anteciperad mora.³² Denna diskussion förs i anslutning till 21 § 1905 års köplag. Det går dock inte utan vidare hävda anteciperad mora och häva avtalet enligt 21 § 1905 års köplag. För att få hävningsrätt krävs att det ”till visshet gränsande sannolikhet”³³ kan förutsägas ett dröjsmål samt att det är ett dröjsmål av sådan betydelse att hävningsrätt inträder. För att kunna hävda anteciperade mora uppställs culpa som ett rekvisit, samt som en följd går det att använda dolus som alternativrekvisit. Här uppkommer diskussionen om köparen till följd av den anteciperade moran kan anses ha fått hävningsrätt. Almén besvarar det jakande med stöd i förevarande lagrum.³⁴

I 1990 års lag inför lagstiftaren det befarade avtalsbrottet i ordalydelsen genom 62 §. Här väljer lagstiftaren en högre beviströskel och menar att det måste ”stå klart” att kontraktsbrott faktiskt kommer att inträffa.³⁵ Genom orden ”stå klart” är det ytterligt tydligt att det inte finns mycket rum för felaktiga prognoser utan att själv exponera sig för skadestånd. Enligt min mening är det en lämplig höjning av beviströskeln då hävning är en synnerligen ingripande påföljd i ett kontraktsförhållande. Ett prognoskrav med lägre tröskel kan medföra sämre tillit till avtalet som samhällsinstitution och i sin tur öka förekomsten av andra typer av rättsliga säkerheter.³⁶

2.4.4 Antecipatorisk hävning

För att befarad hävning ska bli aktuell krävs att kravet på väsentlighet är uppfyllt samt att prognosen är tydlig. Det befarade kontraktsbrottet ska stå klart samtidigt som det dubbla subjektiva rekvisitet är uppfyllt.³⁷ Enligt Hellner går det att urskilja ett antal olika typer av befarade avtalsbrott, exempelvis kan en negativ viljeförklaring prognostisera ett befarat kontraktsbrott. Vidare går det att hävda ett befarat kontraktsbrott utan att det

³¹ Ramberg och Herre, 2013, s. 249 ff.

³² Almén, 1960, s. 390.

³³ Almén, 1960, s. 220.

³⁴ Almén, 1960, s. 220.

³⁵ Ramberg och Herre, 2013, s. 506 ff.

³⁶ Almén, 1960, s. 249.

³⁷ Jfr orden ”stå klart” i köplagens 62 §.

från kontrahenten avgetts någon viljeförklaring eller annat handlande men att det ändå kan ”förutses att prestationen inte kommer att utföras enligt avtalet”.³⁸ Ett exempel på det torde vara att beställaren i ett upphandlingsförfarande upptäcker att medkontrahenten inte objektivt sett besitter de kvalitativa och kvantitativa egenskaper som krävs för fullgörande av avtalet. Det vanliga är givetvis att kontrahenterna närmar sig varandra i ljuset av vad de känner till om den potentielle medkontrahenten, så sker dock inte inom ramen för LOU. Beställaren avger här snarast en allmän uppmaning till marknaden att inkomma med anbud under ett slutet förfarande i enlighet med likabehandlingsprincipen. Medkontrahenten blir alltså synlig först när tilldelningsbeslutet offentliggörs. När köplagen utformades fanns inte LOU³⁹ varför förestående situation inte alldeles lätt kunnat förutses av lagstiftaren.

Hellner menar att reglerna i 62 § Köplagen ådagalägger en allmän obligationsrättslig princip som lär kunna tillämpas även utanför lagens direkta område. Förutsättningen är att det inte finns någon speciallagstiftning, avtalsklausul eller liknande omständighet talar för motsatsen.⁴⁰ Ofta finner man individuellt utformade hävningsklausuler i avtal, och även om man inte skulle finna sådana kan det påstås att det finns rätt till hävning vid befarat avtalsbrott, jfr 62 § KöpL och allmänna köprättsliga principer.⁴¹

2.4.5 Eventuella följder av anteciperad hävning

Då hävningen är mottagaren tillhanda anses det att avtalet är svävande i så måtto att det inte har upphört, men det är inte heller aktivt. Mottagaren av hävningsförklaringen kan låta avtalet fortgå och därigenom kräva fullgörande. Är mottagaren passiv torde avtalet upphöra.⁴² Om motparten mottar en hävning grundad på ett anteciperat avtalsbrott framträder två möjligheter för mottagaren (i) att häva till följd av att det anteciperade avtalsbrottet är obefogat. Det följer av samma regel som grundar den första hävningen, alltså det anteciperade avtalsbrottet. En hävning som är obefogad innebär inte att avtalet upphör, däremot ger det motparten möjlighet att lägga hävningen till grund för att parten inte ämnar fullfölja

³⁸ Hellner et al, 2011, s. 102 ff.

³⁹ Andra varianter av upphandlingsregler fanns, men de var mer nationella till sin karaktär. Se avsnittet om offentlig upphandling för mer information.

⁴⁰ Hellner et al, 2011, s. 103.

⁴¹ Hellner et al, 2011, s. 260.

⁴² NJA 2007 s. 909.

avtalet, och därmed i sin tur häver avtalet för skadestånd. Alternativt (ii) underlåta att häva, vilket gör att kontraktsförhållandet består.⁴³

Den rättsliga effekten av en obefogad hävningsförklaring är sålunda inte att avtalet som sådant upphör, notera också att förklaringen inte ensidigt går att ta tillbaka.⁴⁴ Förklaringen kan däremot få allvarliga konsekvenser eftersom den andra parten kan lägga den obefogade hävningsförklaringen till grund för att i sin tur häva avtalet och kräva skadestånd. Den mottagande kontrahenten behöver emellertid inte häva avtalet utan kan i stället välja att hålla fast vid det och kräva fullgörelse om det ställer sig mera fördelaktigt för honom. Däremot kan det anses vara klarlagt att han inom rimlig tid måste göra gällande att han anser hävningen felaktig för att inte försitta chansen att söka skadestånd.⁴⁵ Vad *rimlig tid* innebär bör vara olika beroende på vilken typ av kontrakt det handlar om, därför skjuter jag den frågan åt sidan.

2.5 Offentlig upphandling

2.5.1 Inledning

Offentlig sektor omsätter årligen miljardbelopp, uppskattningsvis ca 550 miljarder kronor. Flertalet sektorer är det offentliga den enda uppköparen såsom vårdtjänster, medicinteknik, försvarsmateriel, lärartjänster m.m.⁴⁶ Då så stora belopp är i rörelse ramar denna sektor in av relativt detaljerad reglering för avtalets ingående. Det är dock ingen nyhet att upphandla varor som ska köpas in till offentlig sektor, upphandlingsförfarande har funnits som begrepp under större delen av 1900-talet. Låt vara att incitamenten för upphandling har skiftat över tid.⁴⁷ Svensk upphandlingslagstiftning grundas numer på EU-rätt och syftar till att ”främja den gränsöverskridande handeln”.⁴⁸ Grundläggande funktion för lagstiftningen är alltså att tillse fri och öppen konkurrens mellan alla inblandade parter, se till att upphandlande enheter lever upp till principen om likabehandling samt förhindra diskriminering av den samme.⁴⁹ Regeringen har klargjort att målet med svensk upphandling ska vara att tillvarata de svenska skattemedlen på ett bra och väldisponerat sätt genom att slå vakt om konkurrensen. Det är alltså

⁴³ Håstad, 2010, s. 270.

⁴⁴ NJA 2006 s. 120.

⁴⁵ NJA 2007 s. 909.

⁴⁶ Pedersen, 2013, s. 7.

⁴⁷ Pedersen, 2013, s. 9.

⁴⁸ SOU 2011:73, s. 37.

⁴⁹ SOU 2013:12, s. 71. Notera även att direktiven syftar till samhällspåverkan i form av större miljökrav samt ökad social hänsyn. Detta kommer jag dock inte vidare beröra i uppsatsen.

förutsatt att det leder till störst samhällsnytta genom att skattemedel därigenom tas tillvara på ett ansvarsfullt sätt.⁵⁰ Uttolkningen sker genom att beakta europakommissionens huvudfokus, fri rörlighet av varor. Slutsaten är att den indirekta effekten ger största möjliga värdeutnyttjande av medel.⁵¹ För egen del menar jag att fri rörlighet av varor inte är synonymt med maximalt värdeutnyttjande. Det kan finnas tillfällen då skattemedel utnyttjas bättre genom att mindre ingripande upphandlingar genomförs på grundval av tidigare samlad erfarenhet eller en sammantagen bedömning av förevarande situation. Risken för nepotism är dock i sammanhanget överhängande.

2.5.2 Något om principerna

I likabehandlingsprincipen finner vi stora delar av det dolda förfarande som är en del av upphandlingar idag. Av principen följer också att upphandlande enhet endast får beakta den information som lämnas i anbudet byggt på förfrågningsunderlaget. Tanken är att det ska ge en praktisk ram för hur beställaren objektivt ska kunna utvärdera vilket anbud som är bäst. Principen om transparens innebär att upphandlingsförfarandet ska vara förutsebart och öppet. Här finner vi skälen till varför upphandlande myndighet inte får förändra förutsättningarna för upphandlingen då den en gång aviserats. Proportionalitetsprincipen styr vilka krav som är rimliga att ställa. Kraven ska vara väl avvägda på så vis att vinsten med kravet ska överstiga den eventuella olägenhet en motpart erfar av kravet.⁵² Överprövningar stöds inte sällan på en av dessa principer, det kan också sägas att tolkningen av principerna lett fram till olika former av ryktesspridning baserade på falsk information och feluppfattningar.⁵³ I sig riskerar ryktesspridningen skapa en inställning bland myndigheterna där mytbildningen ses som en verklighet med följden att upphandlingar görs på grundval av den felaktiga verklighetsuppfattningen. Förfrågningsunderlaget byggs med utgångspunkt att undvika överprövning, inte med utgångspunkt i det övergripande syfte som finns för svensk del. Den direkta följden blir också att kvalitén på det upphandlande föremålet blir sekundärt när undvikande av överprövning är primärt. Modellen borgar inte för ett optimalt tillvaratagande av den allmänna kakan.

⁵⁰ SOU 2011:73, s. 39.

⁵¹ SOU 2011:73, s. 43.

⁵² Pedersen, 2013, s. 20 f.

⁵³ SOU 2013:12, s. 611.

2.5.3 Förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget är det dokument som sätter ramen för vad som ska upphandlas, hur förutsättningarna är, vilka tider som gäller, ersättningsnivåer och mycket annat.⁵⁴ I förfrågningsunderlaget uppställs ett antal kvalificeringskrav som inte har att göra med föremålet som upphandlas, likväl viktiga på så sätt att dessa krav är den första tröskeln att klättra över. Det kan vara miljöaspekter, såsom att ett bevakningsbolag ska använda sig av miljöklassade bilar vid utförandet av uppdraget.⁵⁵ Vidare ställs i kravspecifikationen upp ett antal lägsta krav för att som utförare eventuellt bli aktuell för tilldelning. Vidare behandlas skall- och börkraven där skallkraven utgör det som är obligatoriskt för leverantören att uppfylla medan börkraven ofta rör tilldelningskriterierna.⁵⁶ Upphandlande enhet måste här tydligt avgränsa vad som är föremålet för upphandlingen, det ska skrivas neutralt med beaktan av de grundläggande principerna samt med beaktan av gränsöverskridande handel. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag ger en bristfällig upphandling, det är därför av största vikt att underlaget är komplett och täcker in precis alla delar av upphandlingens moment. Upphandlande myndighet får endast beakta de faktorer som anges i underlaget, detta ska förstås på så vis att annan kunskap om anbudsgivaren inte får vägas in vid tilldelning.⁵⁷ Ett omfattande förfrågningsunderlag är av naturen därför svårare att skriva, förutsättningar förändras över tid. Därmed borde större upphandlingar tjäna på att upphandlas med en viss flexibilitet, utan att för den saken skall gå ut över europakommissionens målsättning.

2.5.4 Kvalificeringsgrunder

Begreppet kvalificeringsgrunder används för att beskriva de sammantagna krav som finns dels på föremålet, dels på leverantören (traditionellt sett används inte begreppet för att slå samman kvalificeringen, däremot fungerar det i denna uppsats). Det kan ställas ekonomiska krav på leverantören, exempelvis att inte vara föremål för rekonstruktion, att denne inte är dömd för något relaterat brott eller annat liknande. Kraven i denna del kommer i stort inte variera från upphandling till upphandling. Dessa grunder kallas i LOU uteslutningsgrunder.⁵⁸

⁵⁴ Notera att detta är en förenklad beskrivning av vad förfrågningsunderlaget är, för djupare läsning se Pedersen, 2013, s. 79 ff.

⁵⁵ Pedersen, 2013, s. 80.

⁵⁶ Pedersen, 2013, s. 84.

⁵⁷ Pedersen, 2013, s. 79 ff.

⁵⁸ Pedersen, 2013, s. 100. Notera att det talas om både frivilliga och obligatoriska uteslutningsgrunder.

Vidare ställs krav på leverantören, s.k. leverantörskvalificering. Dessa syftar till att utröna vilka leverantörer som passerar de lägst ställda kraven för att leverera föremålet. Notera att det inte handlar om att hitta den bästa kandidaten, utan det handlar snarast om att sälla bort de som saknar förmågan. Leverantören kan bedömas klara av att leverera föremålet, eller så bedöms denne inte klara av att leverera; svart eller vitt, inga gråskalor.⁵⁹

Kraven på föremålet begränsar upphandlingens ram, kraven varierar kraftigt från upphandling till upphandling till följd av vad som upphandlas, ett sjukhus kan inte ha samma kravställning som fordonsinköp. I fallet jag tar upp i uppsatsen kravsificeras föremålet på så sätt att lärarkompetensen ska bestå av minst 60 högskolepoäng i svenska för invandrare, samt vissa andra krav som i sig inte är anmärkningsvärda.⁶⁰

2.5.5 Anbudsutvärderingen

Det som föregår utvärderingen är själva anbudsprövningen. Det är den del av den formella prövningen som kontrollerar huruvida anbudet fyller de kravställningar som framgår av förfrågningsunderlaget. När denna del är genomförd står upphandlaren med ett antal anbud som därefter ska utvärderas och som har till syfte att finna den part som bäst kan tillgodose upphandlarens behov. Observera att behoven redan ska finnas uppställda i förfrågningsunderlaget varför upphandlaren i detta skede endast kan beakta de skriftliga anbudet i förhållande till förfrågningsunderlaget.⁶¹ Detta följer av likabehandlingsprincipen. Jag anser dock att detta aningen stelbenta sätt att förhålla sig till likabehandlingsprincipen hamnar i konflikt med svenska myndigheters mål med upphandlingsprocessen, nämligen målsättningen att tillvarata skattepengar på ett omdömesgillt sätt. Att hantera anbudet strikt enligt lagens ordalydelse kan innebära att professionella och välmenande aktörer diskvalificeras för små formaliafel.⁶² Dessa formaliafel har bäring på upphandlingsjuridiken, inte på själva genomförandet av föremålet för upphandlingen.

2.5.6 Tilldelningsbeslut

När upphandlande enhet kommit fram till det anbud som ska få uppdraget formuleras och publiceras ett tilldelningsbeslut. Beslutet medför inte några direkta rättsverkningar enligt LOU mer än att sekretessen släpps och den

⁵⁹ Pedersen, 2013, s. 102.

⁶⁰ Se bilaga 1.

⁶¹ Pedersen, 2013, s. 111.

⁶² SOU 2011:73, s. 44.

s.k. avtalsspärren börjar löpa. Civilrättsligt kan det dock innebära att tilldelningsbeslutet betraktas som en accept utifrån obligationsrättsliga principer.⁶³ Konkret innebär det att avtal de facto kommit till stånd, låt vara att det inte fått skriftlig form såsom LOU stipulerar. Att uttolka avtalsinnehållet torde inte föranleda större problem då förfrågningsunderlaget utgör grunden för avtalet. Vad som talar emot att bindande avtal de facto ingåtts vid denna tidpunkt är att avtalsspärren inleds genom tilldelningsbeslutet. Avtalsspärren förhindrar myndigheten att ingå avtal med anbudsgivare innan de tio dagar som stipuleras i lagen löpt ut. Först därefter kan avtal ingås enligt LOU.⁶⁴ Syftet med spärren är att ge andra anbudsgivare möjlighet att utvärdera varför inte de fick tilldelning och eventuellt förbereda en överprövning av upphandlingen. Då avtalsspärren löpt ut torde avtal tillkomma utan att kontrahenterna skriftligen tecknar avtal såsom LOU föreskriver. Det kan utläsas e contrario genom att betrakta spärrens syfte vilket är att ge tredje man rätt till intervention. Således är kontrahenterna bundna till varandra genom avtalsspärrens utgång.

⁶³ Pedersen, 2013, s. 121.

⁶⁴ Pedersen, 2013, s. 122.

3 Lärarupphandlingen

3.1 Inledning

Problembakgrunden berörde flyktigast en upphandling gjord av Malmö stad under 2013. Slutsatserna i uppsatsen kommer för tydlighetens skull byggas på lärarupphandlingen där vissa hypotetiska antaganden görs. Huvudantagandet är att vinnande anbudsgivare inte besitter de kvantitativa och kvalitativa krav på lärarnas kompetenser som förfrågningsunderlaget stipulerat. Det framgår dock av anbudet att kraven är uppfyllda på så vis Malmö stad har begärt. Kontrollen av anbudsgivarens verkliga kompetenser görs under avtalsspärren, och där konstateras att det saknas den lärarkompetens som upphandlingen avser.⁶⁵

3.2 Utbildning i svenska för invandrare – ett verkligt exempel

Den 5 juni 2013 utlyser Malmö stad en upphandling som syftar till att upphandla utbildning i svenska för invandrare.⁶⁶ Punkten 1.4.11 i förfrågningsunderlaget avhandlas den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som måste finnas hos utföraren, som verifikation vill staden ha in en kortare översiktlig redogörelse över företagets kompetens. Kraven i detta skede kan utan vidare anses vara lågt ställda, inte på kompetensen som sådan, men för redovisningen över de samma. En kortfattad beskrivning över kompetenser borgar inte alltid för att beställaren ska kunna bilda sig en god uppfattning över det aktuella företagets kunskaper och kompetenser. Upphandlingen präglas av anonymitet fram till dess att tilldelningsbeslutet offentliggörs, staden vet därför inte i detta skede vilka de olika anbudslämnarna är.

Punkten 1.4.16 avhandlar det som kan anses vara centralt i upphandlingen. Ett antal lägsta krav för utförarorganisationen stipuleras genom att ange kompetensnivån på lärarna. Kraven avgör vilken kompetens lärarna ska besitta. För att kvalificera sig måste utföraren ha en lärarstyrka där minst 65 % är (i) behöriga att undervisa i engelska (ii) innehar lärarlegitimation och

⁶⁵ Chefen på upphandlingsenheten i Malmö berättar i en intervju inför denna uppsats att kraven de ställt i förfrågningsunderlaget inte kontrollerats i efterhand, och att det därför inte är omöjligt att det förhåller sig så att lärarkompetensen inte finns hos utföraren.

⁶⁶ Som bilaga 1 till denna uppsats finner du delar av förfrågningsunderlaget.

(iii) innehar 60 högskolepoäng i svenska som andraspråk.⁶⁷ Alternativt måste organisationen, för det fall kompetensen vid anbudstillfället inte finns i organisationen, beskriva hur kompetensen kommer att förbättras från avtalstidens början. För att verifiera kraven måste organisationen inkomma med lärarlegitimation och utbildningsbevis senast en månad innan avtalstidens början.

Rent praktiskt innebär det att leverantören inte behöver prestera någon konkret fakta över deras egentliga kompetenser förrän det att upphandlingen i det närmaste är avgjord. Utföraren behöver således inte visa sina kort förrän upphandlingen i det närmaste är avgjord. Staden kan finna sig i en situation där tilldelning sker utan att vinnande anbud faktiskt har de kompetenser som uppgetts. Det är inte utan att begreppet *köpa grisen i säcken* föresvävas. Att kräva verifikation av faktiska kompetenser i ett tidigare skede kan därför inte sägas vara av ondo. Den senare domen från KamR, se nedan, visar att Malmö stad är medvetna om att kraven är högt ställda, men att det bedöms som nödvändigt då det finns en önskan om hög kvalitet i denna utbildning.

3.3 Överprövning i kammarrätten

När upphandlingen är genomförd begär Folkuniversitet överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Första instans avslår folkuniversitetets begäran varpå överklagan görs till kammarrätten, vilka ansluter sig i sin helhet till förvaltningsrättens dom. I det följande kommer därför förvaltningsrättens dom refereras till. Som grund anför folkuniversitetet att kravet på 60 högskolepoäng hos de utförande lärarna är för högt ställt m.h.t. att behörighetsförordningen⁶⁸ endast stipulerar ett krav på 30 högskolepoäng i ämnet svenska som andraspråk. Folkuniversitetet anför att kravet på lärarnas högskolepoäng är ett för högt ställt krav och det är därför de begär överprövning. Folkuniversitetet anser att det strider mot proportionalitetsprincipen. En generell antydning görs också att det i dagsläget är omöjligt att anställa lärare med denna kompetens. De menar att den utförare som hävdar att de har denna kompetens, gör detta medvetna om att beställaren ej kommer att fullfölja kontrollen som de stipulerar i 1.4.16.

Förvaltningsrätten går på stadens linje och menar att ”en upphandlande myndighet har betydande frihet att definiera föremålet för upphandlingen”

⁶⁷ Se bilaga 1.

⁶⁸ Förordningen (2011:326) om behörighet och legitimation för lärare och forskollärare, 2 kap 33 § 3 p.

och eftersom Malmö stad framställt rimliga skäl att ställa kraven högt finner inte förvaltningsrätten att ett högt ställt krav strider mot LOU. Det finns enligt förvaltningsrätten inte heller något som säger att det behöver finnas adekvata kontrollmekanismer för att ändå följa LOU. Att inte kontrollera utförarna strider enligt min mening mot ett av de grundläggande syftena för upphandlingen i Sverige; ett optimalt utnyttjande av skattemedel.⁶⁹ F.ö. skulle det av den anledningen vara intressant att se hur LOU förhåller sig till mer omfattande kontrollmekanismer i ljuset av proportionalitetsprincipen. Att ställa höga krav på en utförare men samtidigt inte kontrollera kraven verkar enligt min mening uddlöst. Det torde öppna upp för det opportuna beteende som beskrivs i domen.

Vidare resonerar förvaltningsrätten kring uppföljningen och ”huruvida en avtalsleverantör kommer att uppfylla kraven [...] och hur staden i sådant fall kommer att agera är i dagsläget endast föremål för spekulation”.⁷⁰ Implicit antyder domstolen att påståendet om att deras konkurrenters kompetensnivå är en fråga mellan kontrahenterna, inte mellan kontrahenterna och tredje man.⁷¹ Det kan enligt min mening inte tolkas på annat sätt än att beställaren själv måste ta ansvar att tillvarata sina rättigheter och tillse att avtalets innehåll efterlevs. Finner beställaren att det står klart att utföraren inte kommer kunna fullfölja sina åtaganden enligt avtalet ska detta öppna upp möjligheten att häva avtalet enligt rättsfiguren antecipatoriskt kontraktsbrott.

⁶⁹ För syfte, se ovan i denna uppsats.

⁷⁰ KamR 7554-13, sid 14.

⁷¹ KamR 7554-13.

4 Slutsats

För att öka förståelsen och ge en bättre läsoplevelse kommer slutsatserna bygga på lärarupphandlingen redovisad i kapitel 3.

När tilldelningsbeslutet offentliggörs försvinner stadens ögonbindel och därmed blir det möjligt att betrakta kontrahenten. Ögonbindeln är inte enbart upphandlingsrättslig, den är verklig på så vis att det är först nu som bolaget bakom anbudet blir synligt. Upphandlingsförfarandet är inte avslutat, däremot föreligger, objektivt, sådana avtalsgrundande rättsfakta att det uppstått en bundenhet enligt allmänna avtalsrättsliga principer. Det obligationsrättsliga spektrat är skönjbart genom det upphandlingsrättsliga komplexet. Rättsfallet NJA 1998 s. 873 visar enligt min mening att upphandlingsrätten vilar på obligationsrättslig grund. Under ytan av upphandlingsrättens tvingande karaktär sker obligationsrättsliga handlingar som inte får beaktas under upphandlingsförfarandet, däremot kommer de att ligga till grund för bedömningar i ett senare skede. I vårt hypotetiska lärarfall innebär det att anbudet som avgetts strider mot lojalitetsplikten, som inte är synlig under upphandlingsförfarandet, men som likväl finns där. Finner staden efter tilldelningsbeslutet att utföraren inte kommer kunna tillhandahålla lärare enligt uppställda krav aktualiseras det obligationsrättsliga sanktionsknippet, ett kontraktsbrott ligger för handen. En befarad hävning kan göras gällande.

Avtalsbrottet kan teoretiskt sett uppstå i samma ögonblick som anbudet lämnas in. Resonemanget är dock närmast filosofiskt.⁷² Rimligen uppstår avtalsbrottet i samband med att kontrahenterna blir synliga för varandra, det går dock inte att angripa i detta skede. LOU är konstruerat på så vis att tredje man under avtalsspärren ges möjlighet intervensera i avtalsförhållandet mellan kontrahenterna. Av detta går det e contrario att utläsa förhållandet vid avtalsspärrens utgång, det torde endast vara kontrahenterna som härefter har möjlighet att vidta åtgärder i enlighet med avtalet.⁷³ I samband med att avtalsspärren slutar löpa är det min uppfattning att det obligationsrättsliga spektrat bryter igenom och avtalet ska härefter bedömas utifrån allmänna obligationsrättsliga principer. Avtalsbrottet går därefter att angripa.

⁷² Jfr Berkley, 1710, s.19. Berkley ställer den filosofiska frågan, som i sig saknar svar, om ett fallande träd i skogen ger ifrån sig ljud, även om ingen finns i närheten att höra det. Kontraktsbrottet förutsätter enligt väsentlighetskravet en betydelse hos den drabbade och en insikt hos den vållande, och då upphandlingsförfarandet pågår går det inte att iakta dessa rekvisit.

⁷³ Tredje man kan dock angripa avtalet med en ogiltighetstalan upp till sex månader efter avtalsslutandet.

I sammanhanget är det lämpligt med ett par ord om kontraktsbrottet. För att inte själv exponera sig för ett skadeståndskrav måste det föreligga objektiva grunder som tydligt visar (står klart) att utföraren inte kommer att kunna leverera lärare utan betydande problem för staden. Kontraktsbrottet ska bestå i att utföraren inte kommer att kunna leverera lärare. Föremålet för upphandlingen måste vara förfelat. Det finns här en risk för glidning mellan begreppen. Det är objektiva fakta som ger staden rätt till hävning, inte subjektiva fakta som att folkuniversitetet eventuellt kunnat leverera med större precision. Kontraktsbrottet sker inomobligatoriskt och handlar uteslutande om att inte kunna leverera lärare. Det är inte fråga om att jämföra utföraren med folkuniversitetet och komma fram till att de kunnat leverera på ett bättre sätt. För att få häva måste staden konstatera att det står klart att vinnande anbud inte kommer kunna leverera lärarkompetens enligt anbud.

När staden hävt måste utföraren agera för att inte förlora sina rättigheter. Omedelbart efter hävningen är avtalet svävande, det är inte aktivt men det är inte heller upphört. Utföraren bör invända mot hävningen, de behöver inte närmare specificera sina krav i detta skede, men aktivitet förutsätts. Som motvikt för att hävning, enligt modellen anteciperat avtalsbrott, inte slentrianmässigt ska göras innebär den befarade hävningen också i sig ett befarat avtalsbrott. Det är i det ljuset utföraren måste agera.

Det finns således rättsliga vägar att angripa ett befarat kontraktsbrott vid en upphandling. Problemet, som jag ser det, ligger i myndigheternas okunskap om förhållandet mellan det civilrättsliga avtalet och det offentlighetsrättsliga upphandlingsförfarandet, inte konstruktionen av LOU. Regleringarna i LOU finns för att stävja eventuell nepotism mellan parterna inte att förvägra myndigheterna den goda affären. LOU ger myndigheterna möjlighet att utvärdera anbud och kräva bevis på vad anbudsgivare hävdar att de kan utföra. Genom att sätta större press på anbuderna sker ett naturligt urval där illojala anbud faller bort och konkurrenskraftiga anbud vinner större mark. Myndigheterna får inte tappa bort det ursprungliga syftet; ett klokt tillvaratagande av skattemedel. Mer lagstiftning behövs inte på området, däremot torde det vara på sin plats för HD att lyfta frågan om befarat avtalsbrott i en upphandlingsrättslig kontext.

Bilaga 1

1.4.16. Lärare

Leverantören ska ansvara för att i anbudet angiven lärartäthet uppfylls under hela avtalstiden. Leverantören ska ansvara för att minst 65 % av lärarna är behöriga att undervisa i utbildning i svenska för invandrare och innehar lärarlegitimation samt 60 högskolepoäng (motsvarande 40 gamla universitetspoäng) i ämnet svenska som andraspråk. Det är önskvärt att all lärarpersonal har vuxenpedagogisk erfarenhet.

I fall personal med föreskriven kompetens och behörighet inte finns att rekrytera ska leverantören beskriva den kompetensutveckling och fortbildning anställd lärarpersonal kommer att genomgå inom ramen för sin anställning och från avtalstidens början.

För verifikation av detta ska leverantören senast en månad innan avtalstidens början inlämna utbildningsbevis och lärarlegitimation för SFI-lärare, som styrker behörighet, lärartäthet och den andel behöriga SFI-lärare som angivits i anbudet.

1.6.1. Anbudsprövning

Anbudsprövningen kommer att ske i tre steg:

Steg 1 - Kvalificering: Krav avseende leverantörens kvalificering (förmåga och kapacitet att utföra tjänsten) är gemensamma för samtliga delområden. Endast de anbud som uppfyller ställda krav (avseende kvalificeringskrav i avsnitt 1.4.) går vidare till steg 2 och 3.

Steg 2 - Prövning av att obligatoriska krav (ska-krav) för tjänsten uppfylls. I förfrågningsunderlaget finns obligatoriska krav som är gemensamma oavsett vilket delområde anbud lämnas för. Dessa obligatoriska krav ska besvaras. Förutom de gemensamma, obligatoriska kraven ska specifika obligatoriska krav för det/de delområden/en som anbud lämnas för besvaras. Bedöms anbudet inte uppfylla ställda krav utvärderas anbudet inte vidare.

Utvärdering av om ett anbud uppfyller ställda krav sker med utgångspunkt från leverantörens svar, relaterat till förfrågningsunderlaget samt verifiering av uppgifter som efterfrågas.

Endast de anbud som bedöms uppfylla ställda obligatoriska krav går vidare till steg 3, anbudsutvärdering.

Steg 3 - Anbudsutvärdering:

Utvärdering av de anbud som godkänts i steg 1 och steg 2 sker utifrån vilka leverantörer som lämnat ekonomiskt mest fördelaktigt anbud (upphandlingens tilldelningsgrund).

1.7.2.57. Uppsägning

För det fall att leverantören, trots skriftlig anmaning därom och efter att skäligen tid för rättelse har passerat, i beställarens rimliga bedömning inte uppfyller de villkor och åtaganden som gjorts av leverantören i detta avtal har beställaren rätt att skriftligen säga upp detta avtal med 30 dagars uppsägningstid. Detsamma ska gälla om leverantören inte vid var tid innehar giltig ansvarsförsäkring.

Därutöver har beställaren rätt att skriftligen säga upp detta avtal med omedelbar verkan om leverantören begått väsentligt kontraktsbrott. Sådant väsentligt kontraktsbrott kan bestå i, men är ej begränsat till, brott mot antidiskriminerings- och meddelarfrihetsbestämmelserna i detta avtal, om tillsynsmyndigheten, rektor respektive Skolinspektionen, riktat allvarlig kritik mot verksamheten samt om leverantören eller bolag genom vilket leverantören bedriver verksamhet inom ramen för avtalet får ställa in sina betalningar eller kommer på ett sådant obestånd att leverantörens skyldigheter kan antas inte komma att kunna fullgöras på ett riktigt sätt. Ett förtida uppsägande av detta avtal oavsett grund innebär ingen ersättningsskyldighet för beställaren.

Avtalet kommer att upphöra utan uppsägning om UA eller av denne ägt bolag som bedriver den faktiska verksamheten under Avtalet upplöses, ställer in sina betalningar eller försätts i konkurs.

1.7.2.58. Hävning

Envar av parterna äger rätt att säga upp avtalet med omedelbar verkan vid väsentligt kontraktsbrott. Med väsentligt kontraktsbrott avses att part bryter mot viktig bestämmelse i detta avtal eller inte följer gällande tillämpliga lagar, förordningar och/eller andra bestämmelser samt rättelse inte skett inom trettio (30) dagar efter skriftlig anmodan därtill.

Kontraktsbrott av väsentlig betydelse föreligger exempelvis om leverantören vid upprepade tillfällen inte lever upp till villkoren i ingånget avtal.

Hävningsgrund föreligger om leverantören försätts i konkurs eller eljest befinnes vara på sådant obestånd att den inte kan förväntas fullgöra sina åtaganden.

Beställaren kan säga upp hela eller delar av avtalet vid dröjsmål orsakat av leverantören eller av den som leverantören i förekommande fall anlitar, om dröjsmålet överstiger trettio (30) dagar.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling
Slutbetänkande av upphandlingsutredningen 2010. Stockholm 2013.
SOU 2013:12

På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga
upphandlingen. Delbetänkande av upphandlingsutredningen, Stockholm
2011.
SOU 2011:73

Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. I*, 13., [rev.] uppl.,
Juristförlaget, Lund, 2011

Almén, Tore, Om köp och byte av lös egendom: kommentar till lagen den
20 juni 1905, 4., delvis omarb. uppl., Norstedt, Stockholm, 1960

Berkeley, George, A treatise concerning the principles of human knowlege
[Elektronisk resurs]. Part I. Wherein the chief causes of error and difficulty
in the sciences, with the grounds of scepticism, atheism, and irreligion, are
inquir'd into. By George Berkeley, ..., printed by Aaron Rhames, for Jeremy
Pepyat, Dublin, 1710

Björkdahl, Erika P., Lojalitet och kontraktliknande förhållanden: en
civilrättslig studie av förutsättningarna för ansvar vid förhandlingar eller
andra kontakter mellan avtalsmässigt obundna parter, Iustus, Diss. Uppsala:
Uppsala universitet, 2007, Uppsala, 2007

Grönfors, Kurt & Dotevall, Rolf, *Avtalslagen: en kommentar*, 4., [rev.]
uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010

Grönfors, Kurt, *Avtalsgrundande rättsfakta*, 2. uppl., Santérus, Stockholm,
2013

Hellner, Jan, Hager, Richard & Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II:
kontraktetsrätt. H. 2, Allmänna ämnen*, 5., [rev.] uppl., Norstedts juridik,
Stockholm, 2011

Klara Håstad, *Obefogade hävningsförklaringar* i Festskrift till Torgny
Håstad / [redaktörer Göran Lambertz, Stefan Lindskog, Mikael Möller],
Iustus, Uppsala, 2010

Håstad, Torgny, *Köprätt: och annan kontraktsrätt*, 6., omarb. uppl., Iustus, Uppsala, 2009

Henrik Norinder, *Culpa in contrahendo och den offentliga upphandlingen* [redaktör Boel Flodgren], i Vänbok till Axel Adlercreutz, Juristförlaget, Lund, 2007

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3., [utök.] uppl., Jure, Stockholm, 2013

Ramberg, Jan & Herre, Johnny, *Köplagen: en kommentar*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2007

Votinius, Sacharias, *Varandra som vänner och fiender: en idékritisk undersökning om kontraktet och dess grund*, B. Östlings bokförlag Symposion, Diss. Lund: Lunds universitet, 2004, Stockholm, 2004

Artiklar

Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2006 s. 120

NJA 2007 s. 909

NJA 2001 s. 3

NJA 1998 s. 873

Kammarrätten i Göteborg

KamR 7554-13