

Offentlighetsrättsliga principers påverkan på avtalsrätten

Inskränkningar i avtalsrätten i samband med offentliga
kontrakt

Thomas Bruno

Kandidatuppsats i handelsrätt

HARH12

HT2015

Handledare

Fredrik Morawetz



LUNDS UNIVERSITET
Ekonomihögskolan

Innehållsförteckning

Sammanfattning	1
1 Inledning	2
1.1 Bakgrund	2
1.2 Syfte och frågeställning.....	3
1.3 Avgränsningar	3
1.4 Metod	4
1.4.1 Rättsvetenskapliga metoder.....	5
1.4.2 Rättsdogmatisk metod	5
1.4.3 EU-rättslig metod	7
1.4.4 Metodologisk tillämpning i uppsatsen	9
1.5 Forskningsläget	9
1.6 Material	10
1.7 Disposition	11
2 Avtalsrätten	12
2.1 Avtals tillkomst och varaktighet	12
2.2 Avtalsfrihet och partsautonomi	14
2.2.1 Avtalsbundenhet.....	14
2.2.2 Avtalsbrott.....	15
2.2.3 Påföljder	16
2.2.4 Hävninginstitutet	17
2.2.5 Hävningsgrunder	18
2.3 Tolkning och utfyllnad av avtal	19
2.3.1 Tolkning	19
2.3.2 Utfyllning	21
3 Förutsättningsläran	22
3.1 Förutsättningslärans bakgrund	22
3.2 Innebörd och tillämpning	23
3.3 Förutsättningslärans rekvisit	24
3.3.1 Väsentlighetsrekvisitet	24
3.3.2 Synbarhetsrekvisitet	26
3.3.3 Godtrosrekvisitet	27
3.3.4 Riskrekvisitet.....	30
3.4 Sammanfattning	31

4	Den offentliga rättens principer	33
4.1	Allmänna principer i offentlig rätt	33
4.1.1	Legalitetsprincipen	33
4.1.2	Objektivitets- och likhetsprinciperna	34
4.1.3	Självständighetsprincipen.....	35
4.2	Hälso- och sjukvårdslagstiftningens principer och värden	35
4.2.1	Lika villkors-principen	37
4.2.2	Människovärdesprincipen	37
4.2.3	Behovs- solidaritetsprincipen	38
4.2.4	Kostnadseffektivitetsprincipen	38
5	Upphandlingsrätten	40
6	Analys.....	42
6.1	Det allmännas möjlighet till omförhandling	43
6.2	Hävning på grund av avtalsbrott	44
6.2.1	Tolkning	44
6.2.2	Utfyllning av avtalet.....	46
6.3	Ogiltighetstalan utifrån förutsättningsläran.....	47
6.3.1	Utgångspunkter	47
6.3.2	Förutsättning för viljeförklaringen	48
6.3.3	Väsentlighetskravet	48
6.3.4	Synbarhetskravet	50
6.3.5	Innebörden av löftesgivarens goda tro	51
6.3.6	Riskrekvisitet.....	52
6.3.7	Sammanvägning av förutsättningsläran	53
6.4	Sammanfattning	53
7	Sammanfattning och slutsatser	55
	Abstract.....	57
8	Referenser.....	58
	Bilaga I – Förteckning vårdavtal.....	62
	Bilaga II – Förfrågningsunderlag.....	63

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	Förenta nationernas konvention den 11 april 1980 angående avtal om internationella köp av varor
EU	Europeiska unionen
EUF	Fördrag om Europeiska unionen
EUT	Europeiska unionens tidning
HB	Handelsbalk
HD	Högsta domstolen
HSL	Hälso- och sjukvårdslag (1982:763)
HSU	Hälso- och sjukvårdsutredningen
IL	Inkomstskattelag (1999:1229)
JB	Jordabalk (1970:994)
JT	Juridisk Tidskrift
KköpL	Konsumentköplag (1990:932)
KommL	Kommissionslag (2009:865)
KtjL	Konsumenttjänstlag (1985:716)
KöpL	Köplag (1990:931)
LOU	Lag (2007:1091) och offentlig upphandling
LOV	Lag (2008:962) om valfrihetssystem
NJA	Nytt juridiskt arkiv
OPS	Offentlig-privat samverkan
RF	Regeringsform (1974:152)

SOU Statens offentliga utredningar

SvJT Svensk Juristtidning

Sammanfattning

I den här uppsatsen diskuteras avtalsrätten och hur den påverkas av offentligrättsliga principer när offentliga aktörer samarbetar med enskilda genom offentlig-privat-samverkan. I fokus ställs det allmännas möjlighet att frånkomma ett avtal där syftet med avtalet inte nås. I uppsatsen görs en sammanfattande genomgång av avtalsrättens fundamenta samt en lite mer utförlig analys av förutsättningsläran för att lägga en kunskapsbas gällande vad som krävs för ett frånträde från ingånget avtal. Uppsatsen ger också en kortfattad introduktion till den offentliga rätten och några offentligrättsliga principer hänförliga till hälso- och sjukvården. Därigenom skapas en kunskapsgrund för vidare analys. Uppsatsen gör en systematisk analys av möjligheterna för det kommunala att omförhandla avtal, att genom tolkning eller utfyllning finna grund för avtalsbrott och en genomgång av förutsättningslärans möjligheter till ogiltigförklaring av avtalet. Slutsatsen blir att det finns mycket begränsade möjligheter för det allmänna att, med mindre än att man köper ut den enskilde utföraren från kontraktet, frånträda ett avtal som upprättats genom offentlig upphandling om det inte går att påvisa ett väsentligt avtalsbrott.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det svenska samhället präglades under huvuddelen av andra halvan av 1900-talet av en tydlig uppdelning mellan privat och offentlig verksamhet där den offentliga verksamheten kunde delas upp i myndighetsutövning och offentliga tjänster. Bland de offentliga tjänsterna befanns bland annat sjukvård, barn- och äldreomsorg samt utbildning. Den svenska rättsordningen har också anpassats till detta genom en uppdelning i civilrätt och offentlig rätt där de regleringar som handlat om ovan nämnda offentliga tjänstesektorer sorterat in under det offentligrättsliga.

Genom de politiska reformer som skett de senaste dryga tjugo åren har en ökande del av dessa tjänster kommit att organiseras i privat regi med offentlig finansiering; friskolor, privatägda vårdcentraler, vårdhem i privat regi, föräldrakooperativa förskolor och sjukhus. Allt större del av den tidigare offentliga tjänstesektorn upphandlas idag av landsting och kommuner från privata aktörer som levererar dessa tjänster. Upphandlingen regleras på ett både principiellt och processuellt sätt genom en EU-gemensam upphandlingslagstiftning medan avtalsrätten, som reglerar relationen mellan välfärdens utövare och det allmänna, alltjämt är nationell. I takt med att allt fler sektorer av samhället öppnats upp för samverkan mellan det allmänna och privata aktörer har nya frågeställningar kring hur den rättsliga relationen mellan aktörerna ska hanteras. Hur dessa avtal tillkommer är väl reglerat men vad som gäller i senare skeden, framförallt när ett missnöje med relationen uppkommit, är mindre utforskat. I synnerhet är situationen där det allmänna upplever att tjänsterna inte levereras på det sätt man förväntat sig och önskar frånträda avtalet, även om det inte föreligger ett påvisbart, väsentligt avtalsbrott, en situation som ställer praktiserande jurister inför nya prövningar. Det kan finnas anledning att ifrågasätta om det nuvarande avtalsrättsliga regelverket klarar av att på ett tillfredsställande sätt både värna välfärdsintressen och privata aktörers ekonomiska intressen.

1.2 Syfte och frågeställning

Syftet med den här uppsatsen är att undersöka om de värden och principer som ligger till grund för den lagstiftning som reglerar vår välfärd kan skyddas genom tillämpning av dagens avtalsrättsliga ramverk på de avtal som det allmänna ingår med privata välfärdsentreprenörer för att leverera dessa tjänster. Fokus sätts på avtal inom vårdsektorn, då denna präglas av en kombination av upphandling av vårdtjänster från det allmänna och ett kundvalssystem där vårdtagare har en möjlighet att själva välja vårdgivare.

Uppsatsens frågeställning är:

Kan de värden som ligger till grund för offentligrättslig lagstiftning avseende vårdtjänster upprätthållas genom dagens avtalsrättsliga ram? Påverkar upphandlingsregelverket möjligheterna för det allmänna att frånträda ett avtal om vårdentreprenad?

1.3 Avgränsningar

Uppsatsen har fokuserats på grunderna för ett förtida frånträde av ett redan ingånget avtal. Inom avtalsrätten är diskussionen om avtals tillkomst och olika förklaringsmodeller för detta en omfattande och levande diskussion men inom ramen för den här uppsatsen har jag inte gjort någon djuplodande analys av de olika förklaringsmodellerna, deras styrkor och svagheter eller tillämplighet i svensk rätt. En sådan analys skulle bli alltför omfattande och bidra i mycket begränsad omfattning till förståelse för det som är uppsatsens huvudtema. Jag har därför begränsat mig till en kortfattad beskrivning av fundamenta kring avtals tillkomst för att kunna fokusera på frågan om avtals innehåll och varaktighet. Uppsatsen har inte heller behandlat rättsverkningarna av en hävning eller ogiltighet då det är ett område som kräver en omfattande genomgång och analys som inte rimligen kan rymmas inom detta arbete.

När det gäller de offentligrättsliga delarna kring avtalens tillkomst; upphandlingsregelverket, LOV och konkurrensrätten i allmänhet, så har dessa inte behandlas i större omfattning än vad som krävs för att skapa förståelse hos läsaren för hur de påverkar avtalsbildningen och avtalens fortlevnad. Uppsatsen har inte

heller behandlat avtal rörande försörjningssektorn¹ eller försvars- och säkerhetsrelaterade avtal då dessa omfattas av delvis andra regelverk baserade på andra rättspolitiska mål. Den för uppsatsens analys och slutsatser viktiga frågan om möjlighet att tolka in förpliktelser baserade på den offentliga rättens bärande principer har inte tagits upp till behandling i större mån än ett konstaterande att en tolkning som innebär förändrade förpliktelser kan leda till ogiltighet.² Frågan rymmer omfattande komplexitet och utestående forskningsbehov som ligger utanför ramarna för detta arbete. Jag har, i avvaktan på ytterligare forskning på området, fått låta mig nöja med ett konstaterande att möjligheten att tolka ett offentligt kontrakt på sådant sätt att ytterligare förpliktelser eller den ekonomiska jämvikten i avtalet förskjuts är mycket ringa givet gällande EU-rätt.

I uppsatsen har heller inte behandlats rättsförhållandet mellan vårdgivare och vårdtagare. Jag har bedömt att det ligger utanför den frågeställning som ställts i den här uppsatsen. Det materiella innehållet i vårdverksamheternas ramverk genom Hälso- och sjukvårdslagen och andra närliggande speciallagar har inte analyserats i arbetet med uppsatsen. Fokus har legat på att finna de principer och värden som ligger till grund för lagstiftningen snarare än att analysera innebörden av enskilda rättsregler.

1.4 Metod

Uppsatsen har syftat till att utreda ett rättsområde som ligger i gränslandet mellan två, var för sig tämligen väl utredda och utforskade, rättsområden och se hur värden och avsikter från offentlig rätt kan spela in och påverka bedömningarna i civilrättsliga fall. Frågeställningen har ställt krav på att finna en rättsvetenskaplig arbetsmetod som kan ge underlag för en analys av denna påverkan på grundläggande värden och principer.

¹ A. Sundstrand, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm 2012, s. 64 ff.

² F. Moravetz, '36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt', JT 2014, s. 95 ff.

1.4.1 Rättsvetenskapliga metoder

Rättsvetenskap handlar om att på ett vetenskapligt sätt och ett inifrånperspektiv³ undersöka och återge ett visst rättsförhållande på ett sätt som motsvarar verkligheten.⁴ Inom rättsvetenskapen ryms ett flertal metoder med olika styrkor och svagheter för att tjäna olika vetenskapliga syften. Rättssociologiska metoder lämpar sig för att undersöka rättens effekt på mänskligt beteende⁵ men är mindre lämpade för att avgöra om en paragraf i IL är samhällsekonomiskt effektiv. Jag har, av utrymmesskäl, valt att ansluta till en sedvänja jag kunnat skönja bland andra rättsvetare genom att begränsa mig till att huvudsakligen resonera kring den metodologi som kommit att tillämpas i arbetet.⁶

1.4.2 Rättsdogmatisk metod

Rättsdogmatiken bygger på att utifrån rättskälleläran⁷ återge, tydliggöra, kritisera och utveckla gällande rätt.⁸ Den vetenskapliga processen består i att med utgångspunkt från en given lagtext utveckla den vidare eller mer precisa innebörden av lagrummet – beroende på vilken frågeställning som ska besvaras. För att förstå den, ofta allmänt hållna⁹, aktuella lagtexten och kunna uttala sig med större bestämdhet om dess innebörd, vilka avsikter som ligger bakom den, dess tillämpning eller dess position i ett vidare rättsligt sammanhang söker rättsdogmatikern ledning och svar i förarbeten, praxis och doktrin.¹⁰ Rättsdogmatikern tolkar också själva lagtexten för att undersöka dess olika betydelser från olika betraktningssvinklar.

Förförarbeten är en betydande rättskälla i svensk rätt då dessa ofta innehåller omfattande motiveringar både till vad för syften ett lagrum ska fylla, vilka samhälleliga effekter som önskas samt vilka överväganden som gjorts i formuleringsprocessen.¹¹ Med de motiv och de avvägningar som presenteras i

³ C. Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, i C. Magnusson och P. Wahlgren (red), *Festskrift till Peter Seipel*, Norstedts Juridik, Stockholm 2006, s. 532.

⁴ N. Jareborg, 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT* 2004, s. 4.

⁵ Jareborg, 2004, s. 9.

⁶ Jfr Sundstrand, 2012, kap. 1.3, T. Madell, *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknningar*, Norstedts Juridik, Stockholm 1998, kap. 1.4 och L. Johansson, *Banker och internet – särskilt om kundaktiverade betalningsfunktioner*, Iustus Förlag, Uppsala 2006, kap. 1.4.

⁷ K. Kulin-Olsson, *Juridikens fundament – med grundläggande juridisk metodlära*, Jure Förlag AB, Stockholm 2011, s. 54.

⁸ A. Peczenik, 'Juridikens allmänna läror', *SvJT* 2005 s. 249.

⁹ Kulin-Olsson, 2011, s. 67.

¹⁰ Jareborg, *SvJT* 2004 s. 8.

¹¹ Kulin-Olsson, 2011, s. 57-58.

förarbetena ges en enskild paragraf i en lagtext ett större sammanhang och ett syfte samt avgränsning som inte framkommer i de ord vilka utgör lagrummet. Bland annat ges definitioner till olika begrepp och institut, som förekommer men inte förklaras i lagtexten, vilket ger viktig information om i vilka sammanhang lagen är tillämplig och hur en given händelse, företeelse eller rättshandling ska bedömas utifrån lagtexten.

På motsvarande sätt ger rättspraxis ledning till hur en rättsregel tillämpas i domstol.¹² Mest betydelsefullt är avgöranden i högsta instans då dessa ges prejudikatsvärde och i stor utsträckning följs då underinstanserna dömer i liknande mål. Ur rättspraxis, främst prejudikaten, kan man utläsa såväl rättsregler fastslagna genom domen, överväganden kring tolkning av lagtexten och generella rättsgrundsatser som särskilda skäl vilka haft betydelse för utgången i målet. Denna, ofta ganska omfattande, komplettering till lagregeln ger en belysande bild av både hur rättsregeln tillämpas och vilka argument domarna fäst vikt vid i tillämpningen. En grundregel för att kunna förstå och veta hur ett prejudikat ska tillämpas är att i första hand identifiera den rättsregel som prejudikatet bygger på, vilken rättsprincip som rättsregeln ger uttryck för samt vilken räckvidd och vilket värde prejudikatet har.¹³ Vissa prejudikat har långtgående räckvidd och stort prejudikatsvärde medan andra är ytterst begränsade och endast tillämpliga under vissa specifika omständigheter. Detta är frågor som rättsdogmatikern måste utreda innan man drar några slutsatser från prejudikatet.

Som i all annan vetenskap är det som skrivits av andra forskare en värdefull källa till kunskap och vägledning i ny forskning. Precis som statsvetaren som läser Mill, Marx och Nozick för att kunna studera *rättvisa* eller nationalekonomen som läser Smith, Ricardo eller Heckscher-Ohlin för att kunna analysera internationell handel så måste rättsdogmatikern ställa sig på den grund som redan lagts och med sin forskning bidra till den kumulativa ansamling av kunskap som vetenskap innebär.¹⁴ Doktrinen utgör därför en viktig beståndsdel i den rättsdogmatiska materialfloran.

¹² Kulin-Olsson, 2011, s. 60.

¹³ P. Westberg, *Prejudikattolkningens ABC*, i A. Numhauser-Henning (red), *Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget, Lund 2000, s. 585.

¹⁴ Jareborg, *SvJT* 2005 s. 3.

I doktrinen finner rättsvetaren kommentarer, analyser, problematiseringar och kritik som lämnar värdefulla kunskapsbidrag till rättsvetenskapen. Samtidigt som doktrinen inte är någon egentlig rättskälla så är den en inspirationskälla för domare i både högre och lägre instanser.¹⁵ På samma gång som rättsvetenskapen utgår från rätten, analyserar, kommenterar och kritiserar densamma så bidrar den också till rättens utveckling och förändring av den rätt man studerar.¹⁶

Förutom det systematiska studiet av rättskällor och tolkning bygger rättsdogmatiken på en vetenskaplig argumentation¹⁷ genom vilken rättsdogmatikern ställer olika skäl och överväganden mot varandra och skapar en argumentationsbaserad bas för sina slutsatser.

1.4.3 EU-rättslig metod

Genom medlemskapet i EU har Sverige anslutits till en rättsordning som går utöver den nationella. Skapandet av den gemensamma marknaden ställer stora och långtgående krav på rättslig harmonisering mellan medlemsländerna. För att åstadkomma detta har en gemensam rättsordning vuxit fram inom EU som har verkan på både lagutformning och tillämpning i medlemsländerna.

EU-rätten bygger på andra rättskällor än de vi är vana vid från ett svenskt perspektiv och EU-rättens rättskällor får också en annan betydelse än de traditionella, svenska rättskällorna. Fundamentet i EU-rätten är fördragen, också kallat *primärrätten*, vilka skapar den övergripande ramen för EU som organisation med rättsordning.¹⁸ Fördragen är EU:s grundstomme som efter att de antagits av respektive medlemsstat, i enlighet med respektive rättsordning, överför vissa lagstiftande och rättskipande kapaciteter till EU.¹⁹ Unionen har utifrån denna kapacitet utvecklat ett omfattande regelverk i syfte att uppnå de mål som anges i fördragen.²⁰ Det av EU utvecklade regelverket kallas *sekundärrätten* och består av en rad rättskällor av

¹⁵ Kulin-Olsson, 2011, s. 66.

¹⁶ Sandgren, 2006, s. 540 f.

¹⁷ Ibid. s. 533 f.

¹⁸ J. Hettne & I. Otken Eriksson (red), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm 2011, s. 41-42.

¹⁹ Jfr §§ 3-4 i Lag (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen

²⁰ Jfr Fördraget om Europeiska Unionen, art. 2;

olika rang. De främsta är förordningar, direktiv och beslut.²¹ Samtidigt som de formella rättskällorna är fler är förarbeten inte lika framträdande i EU-rätten som i svensk rätt. Istället inleds fördrag, förordningar, direktiv och beslut med information om vilka mål som ska uppnås med respektive rättsakt.²² Dessa beskrivningar av mål och syften är viktiga för tolkningen av lagtexten då vid tolkningen ska beaktas ”inte bara [lagtextens] lydelse utan även det sammanhang den förekommer i och målen med det regelverk som den är del av”²³ [min översättning].

Tolkning är en central och komplicerad del av EU-rätten. Att denna behöver tolkas är uppenbart när man inser att alla språkliga versioner av en given rättsakt, i dagsläget 24 språk, är lika giltiga.²⁴ Den som kan läsa minst två av EU:s officiella språk kan snabbt notera de skillnader som, trots ambitioner om långtgående harmonisering och innehållsmässig likhet, finns i de olika utgåvorna.²⁵ Då man eftersträvar en enhetlighet i tolkning och tillämpning av EU-rätten i alla medlemsländer²⁶ blir det naturligt att tolka EU-rättsliga begrepp och institut utifrån en annan tolkningsram än den som används i den enskilda nationella rätten. Det gemensamma ges företräde för det enskilda, målen och syftena ges ofta företräde framför bokstavslydelsen och allmänna principer.²⁷ Tidigare domstolsutlåtanden tillskrivs stor betydelse för uttolkning av rättsprinciper.

Prejudikat från EU-domstolen har en framträdande roll inom EU-rätten. Det beror på den ofullständighet som präglar EU-rätten och den frihet som EU-domstolen har i att verka för fullgörande av fördragen.²⁸ Vid den rättsvetenskapliga behandlingen av nationell lagstiftning som bygger på EU-rättslig grund blir det avgörande för resultatet av den vetenskapliga processen att beakta de speciella förhållanden som gäller inom EU-rätten och att anpassa hanteringen av det EU-rättsliga materialet efter detta. Det är avgörande att rättsvetaren lyckas anpassa sig till EU-rättens tolkningar av begrepp och definitioner för att kunna förstå och analysera den. Det

²¹ Kulin-Olsson, 2011, s. 152.

²² Se exempelvis ingress till EUF-fördraget i EUT C 326 s. 15-16 eller Direktiv 2004/18/EG i EUT L 134 s. 114-121.

²³ mål 292/82, Merck, REG 1983, s. 3781, punkt 12.

²⁴ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 160.

²⁵ Notera exempelvis skillnaden mellan ”shall be deemed as” respektive ”gillt nur dann als” i den engelska respektive tyska lydelsen av första meningen, skäl nr 10 i direktiv 2004/18/EG.

²⁶ Hettne & Otken Eriksson, 2011, s. 161.

²⁷ Ibid. s. 163 f.

²⁸ Se EUF-fördraget, artikel 19 i EUT C 326, s. 27.

är också viktigt att anamma de tolkningsprinciper som används av EU-domstolen och att i det vetenskapliga arbetet redogöra för hur dessa tolkningsprinciper använts. Det förra för att arbeta på ett sätt som ligger nära det arbetssätt som EU-domstolen tillämpar, det senare för att uppnå en för rättsvetenskapen, liksom för all vetenskap, nödvändig intersubjektivitet.

1.4.4 Metodologisk tillämpning i uppsatsen

Det är den eventuella påverkan på avtalsrätten från offentligrättsliga regler i samband med avtal om offentlig-privat-samverkan som har utforskats inom ramen för denna uppsats. Stort inflytande har givits Lehrbergs avhandling om förutsättningsläran som metod för att avgöra ett avtals eventuella ogiltighet och, precis som Lehrberg noterar så blir analysen en fråga om värdering mellan olika ändamål.²⁹ Det har därför fallit sig naturligt att se till och analysera samspelet mellan de olika ändamål som kommer till uttryck genom de olika rättskällorna inom de olika rättsområdena. Analysen har därvid främst varit teleologisk och strävat efter att finna en värdering av möjligheten att se ändamålen bakom en viss lagstiftning som ingångsvärde i behandling av avtalsrättsliga frågor.

Grunden för uppsatsens delar *de lege lata* kommer följa en traditionell rättsdogmatisk metodologi med en systematisk bearbetning av de aktuella rättskällorna och därtill relevant doktrin. EU-rättslig metod har spelat roll avseende arbetet med att förstå hur EU-rätten påverkar den avtalsrättsliga bedömningen. Det har dock främst varit en fråga om att genom analys av EU-rättsliga regler få fram ingångsvärden inför den slutliga analysen.

1.5 Forskningsläget

I arbetet med den här uppsatsen har flera olika rättsområden beaktats. Inom avtalsrätten finns det ett omfattande forskningsunderlag som i urval lagts till grund för kapitel 2. Nämnas i sammanhanget bör de bidrag till avtalsrätten i allmänhet som lämnats via Bengtssons avhandling kring hävning vid avtalsbrott och Lehrbergs utförliga analys av förutsättningsläran. Även om det finns ett flertal

²⁹ B. Lehrberg, *Förutsättningsläran*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 1989, s. 68 f.

aspekter av avtalsrätten som kan förtydligas genom ytterligare forskning så får den delen anses i grunden väl utforskad.

Avseende samverkan mellan det offentliga och det privata gällande att leverera tjänster så har Tom Madell bidragit med mycket insikter kring kommuners möjlighet att alls ingå avtal avseende såväl behörighets- som befogenhetsaspekter och vilka som kan och får företräda kommuner i ingående av avtal. Karsten Naundrup Olesen har genom boken *Samfundslodden* lyft frågor kring om avtal där det offentliga är part ska behandlas annorlunda än andra avtal. Dessvärre har mina bristande språkkunskaper gjort att jag inte kunnat ta till mig och bygga vidare på de slutsatser Naundrup Olesen dragit. Fredrik Morawetz slutsatser kring förbudet mot väsentliga förändringar i offentliga kontrakt utgör en avgörande pusselbit i form av insikter kring det aktuella förbudets inskränkande verkan på kommuners handlingsfrihet i avtalssituationer. Dock är frågan mycket komplex och ytterligare forskning kring både innebörden och vilka konsekvenserna av förbudet är behövs. Det pågår också en del forskning i ämnet vars kommande slutsatser kan tänkas komma att kasta nytt ljus över de spörsmål som ställs i den här uppsatsen.

1.6 Material

Den svenska rätten bygger på en hierarkisk struktur mellan rättskällorna där lagtexten har en ställning som primär rättskälla och där rättspraxis, förarbeten och doktrin underbygger, förtydligar och motiverar lagtexten. I denna uppsats används därför dessa källor på ett sätt som svarar mot såväl deras auktoritära hierarkiska ställning som mot de metodologiska val som gjorts inom ramen för uppsatsen. Förarbetena har lästs med fokus på de målsättningar, välfärdsmål och intresseavvägningar som gjorts i lagstiftningsprocessen, rättspraxis läses med fokus på vilka principer och värden som kommit till uttryck i prejudikaten. Doktrinen utgör en kompletterande kunskapskälla där erfarenheter och slutsatser från tidigare forskning lyfts in för att bidra till förståelse för och tolkning av lagtexter, prejudikat och förarbeten.

Primärt har Lehrbergs doktorsavhandling *Förutsättningsläran* lagts till grund för arbetet med denna lära. Tillgången till djuplodande material i ämnet från andra författare har begränsat möjligheten att bredda perspektivet på läran. Lehrbergs avhandling är dock ofta refererad till och ges ett stort rättsvetenskapligt anseende

varför jag ändå funnit det möjligt att basera en så central komponent för uppsatsen på, i huvudsak, Lehrbergs arbeten på området.

1.7 Disposition

Uppsatsen är disponerad så att den börjar med en genomgång fundamenta i avtalsrätten med fokus på avtals bindande verkan och varaktighet. Vidare presenteras förutsättningsläran och ett begränsat urval av principer från den offentliga rätten. Då uppsatsen spänner över och behandlar flera tämligen omfattande rättsområden kommer framställningen av dessa präglas av en ändamålsenlig översiktighet. I analysavsnittet behandlas frågeställningen utifrån ett praktiskt juridiskt perspektiv där en hypotetisk problemsituation läggs till grund för systematiken i analysen.

I framställningen i uppsatsen behandlas landstingskommuner och primärkommuner under ett gemensamt kommunalt begrepp. Det har i den här uppsatsen inte funnits något relevant skäl att göra en uppdelning av dem, även om de har olika ansvarsområden i HSL. I framställningen nedan blandas begreppen ”det allmänna” och ”kommunen”. Jag har inte gjort någon distinkt åtskillnad mellan dessa två begrepp utan använder dem växelvis med förment samma betydelse av rent språkliga skäl.

2 Avtalsrätten

Ett avtal är i grunden en överenskommelse mellan två, eller flera, subjekt om ömsesidiga förpliktelser.³⁰ Avtal kan ha många olika utformningar och det kan skilja mycket mellan olika typer av avtal, deras utformning och vilka prestationer som avtalen avser. Centralt för varje avtal är att det innehåller en beskrivning av parternas förpliktelser. Normalt sett innebär avtalen en kombination av prestationer som är ska utföras av endera parten till gagn för den andra.³¹ I ett avtal avseende ett köp utgörs normalt sett naturprestationen av att säljaren ska prestera en viss vara som ska motsvara vissa överenskomna specifikationer³² eller en viss fastighet.³³ Penningprestationen regleras också vanligen till antingen ett givet belopp eller någon form av beräkningsmodell.³⁴ I varaktiga avtal förekommer vanligen prisregleringsklausuler som gör att priset för en vara eller tjänst kan komma att fluktuera under avtalstiden.³⁵ För den typ av tjänsteavtal som sätts i fokus i den här uppsatsen talar man primärt om att uppdragsgivaren ska ersätta uppdragstagaren genom ett *arvode*.³⁶

2.1 Avtals tillkomst och varaktighet

Grunden för den svenska avtalsrätten är Avtalslagen (AvtL) från 1915 och dess anbud-accept-modell.³⁷ I anbud-accept-modellen utgör parternas ömsesidiga *partsvilja* grunden för avtals tillkomst. Man har från lagstiftarens sida ställt upp en tankemodell för avtals tillkomst som bygger på att den ena parten avger en förklaring om vad man vill avtala om och att den andra parten avger en samstämmig avsiktsförklaring.³⁸ Denna modell benämns ofta *löftesteorin*³⁹ och tar sin utgångspunkt från att avtal uppkommer genom parternas kännedom om motpartens löfte. Avtalslagen ger dock endast ett begränsat stöd när det gäller att avgöra om

³⁰ Avtalslagen 2010, § 1.2, www.avtalslagen2010.se.

³¹ J. Hellner, R. Hager och A. H. Persson, *Speciell avtalsrätt II – kontraktsrätt, 2:a häftet. Allmänna ämnen*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2011, s. 31.

³² KöpL 17 § 1 st.

³³ JB 4 kap. 1 §.

³⁴ Hellner m.fl., 2011, s. 42 f.

³⁵ Ibid. s. 43 f.

³⁶ J. Hellner, R. Hager och A.H. Persson, *Speciell avtalsrätt II – kontraktsrätt, 1:a häftet. Särskilda avtal*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2013., s. 239 ff.

³⁷ K. Grönfors och R. Dotevall, *Avtalslagen – En kommentar*, 1 maj 2014, Zeteo, kommentar till 1 § under 8. *Avtal*.

³⁸ B. Lehrberg, *Avtalstolkning*, 6:e uppl., Iusté AB, Uppsala, 2014, s. 47 f.

³⁹ Grönfors och Dotevall, 2014, kommentar till 1 § under 8. *Avtal*.

avtal föreligger eller inte.⁴⁰ Många moderna avtal uppkommer under andra former än vad som anges genom avtalslagens modell och det pågår en omfattande diskussion inom rättsvetenskapen om hur olika andra förklaringsmodeller till avtals uppkomst kan tillämpas.⁴¹

Avtalsrätten är också i stora delar dispositiv⁴² varför de regleringar kring anbud-accept-modellen som anges i AvtL kan vara irrelevanta i så mån att avtalande parter avtalat om annat. Parterna kan ha en gemensam hållning att avtal inte tillkommit förrän det givits viss form, exempelvis ett skrivet och undertecknat kontrakt.⁴³ Det kan också förekomma krav på att vissa, från avtalssituationen utomstående, händelser måste inträffa för att ett avtal ska vara att anse som fullt ut giltigt – även om de avtalande parterna uttryckt samstämmiga viljeförklaringar. Ett exempel på sådant fall är *Merchant-fallet* där ett bindande avtal inte kommit till stånd på grund av att bolagets företrädare saknade erforderligt uppdrag att ingå aktuellt avtal.⁴⁴ I sådana fall, ofta förekommande i samband med längre förhandlingar, anses avtal inte komma till stånd förrän överenskomna formkrav uppnåtts.⁴⁵

I andra sammanhang kan avtal komma till stånd utan vare sig några uttalade, samstämmiga viljeförklaringar, oavsett form. Vissa ensidiga handlingar kan vara fullt tillräckliga för att anse att ett avtal kommit till stånd. Det gäller exempelvis köp i automater eller parkering avtal ingås med den som förestår automaten⁴⁶ respektive markägare, eller av denne anlitat parkeringsbolag, med därtill gällande villkor.⁴⁷ I fall som dessa är det svårt att utröna vad som utgör anbud eller accept enligt avtalslagens modell men ändå uppkommer ett för båda parterna bindande avtal.

⁴⁰ C. Ramberg och J. Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 9:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 21.

⁴¹ Se J. Heidbrink, 'Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen', *SvJT 2007*, s. 673 f.

⁴² AvtL 1 § 2 st.

⁴³ A. Adlercreutz och B. J. Mulder, *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, 13:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013, s. 38.

⁴⁴ NJA 1995 s. 437.

⁴⁵ Jfr dock NJA 1962 s. 276 där avtal ansetts uppkommit, trots att formkrav ej uppfyllts, då ena parten ansetts ha framkallat ett anbud i form av skriftligt kontrakt och dennes underlåtenhet att meddela hinder för fullgörandet givit den andra parten skäl att anta att avtal uppkommit.

⁴⁶ Adlercreutz och Mulder, 2013, s. 37.

⁴⁷ Jfr NJA 1958 s. 177 och NJA 1981 s. 323.

2.2 Avtalsfrihet och partsautonomi

Ett signum för avtalet som instrument är att det bygger på parternas fria vilja att göra något tillsammans eller åt någon annan.⁴⁸ Såväl vad man avtalar om och vem man avtalar med omfattas av denna frihet. Den innebär också en frihet att välja att över huvud taget avtala eller inte.⁴⁹ Enskilda aktörer ges därmed en mycket långtgående frihet att forma sina mellanhavanden på det sätt som passar dem. Avtalsfriheten är dock inte absolut. Exempelvis råder begränsningar i friheten att avstå från avtal när det gäller vissa försäkringsavtal eller avtal som erbjuds av det offentliga (jfr LOV 7 kap. 1 §).⁵⁰ Det råder också inskränkningar i avtalsfriheten gällande vilka villkor som får göras gällande i avtal mellan näringsidkare och konsumenter, primärt för att skapa ett skydd för den svagare part som en konsument förmodas vara.⁵¹ Genom införande av 36 § AvtL gavs domstolarna stort handlingsutrymme att antingen jämka eller lämna utan avseende såväl enskilda villkor som hela avtal som man finner oskäligen.⁵²

2.2.1 Avtalsbundenhet

En av de mest fundamentala principerna bakom avtalsrätten är att parterna ska stå fast vid de åtaganden de gör genom avtalet. Principens centrala position i avtalsrätten manifesteras såväl genom dess centrala placering i rättskällorna⁵³ som genom domstolars ovilja att frångå den. Den starka positionen för principen att avtal ska hållas ska ses i par med partsautonomin. Sambandet mellan avtalsfriheten och avtalsbundenheten utgör motivering för de båda principerna. Genom att var part har en mycket långtgående frihet att själv bestämma till vilka villkor och förpliktelser denne vill binda sig så är det också rimligt att det också uppstår en stark bundenhet till dessa villkor. Omvänt så är det rimligt att det råder en stor frihet att avgöra till vad man förpliktar sig när det råder en stark bundenhet vid dessa förpliktelser.

⁴⁸ Adlercreutz och Mulder, 2013, s. 12.

⁴⁹ Ramberg, 2014, s. 27.

⁵⁰ Madell, 1998, s. 82.

⁵¹ J. Ramberg och J. Herre, Allmän köprätt, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2012, s. 27 f.

⁵² Prop. 1975/76:81, s. 111.

⁵³ Se: AvtL 1 kap. 1 § 1 st., UNIDROIT principles of commercial contracts art. 1.3, CISG Del II.

Oavsett om avtalet tillkommer enligt anbud-accept-modellen eller på något annat sätt⁵⁴ så är den bärande principen den att avtalet är *bindande*. Bundenheten baseras i avtalslagen på tre rekvisit; *viljan* att binda sig, *viljeförklaringen* och motpartens *befogade tillit* till viljeförklaringen.⁵⁵ Är dessa rekvisit uppfyllda så anses en bundenhet till avtal ha uppkommit. Bundenheten tjänar samhällets behov av förutsebarhet⁵⁶ och det är svårt att föreställa sig att handel med varor och tjänster skulle uppkomma i någon större skala utan att parternas bundenhet. Denna bundenhet upprätthålls också genom rättsordningen och dess möjlighet att tvinga en avtalspart att fullfölja sina förpliktelser enligt avtalet.⁵⁷

2.2.2 Avtalsbrott

Man kan göra en uppdelning mellan förpliktelserna i *gäldenärsförpliktelser* och *borgenärsförpliktelser*.⁵⁸ Gäldenärsförpliktelserna utgörs normalt sett av en skyldighet att prestera något specifikt, en tjänst eller en vara, medan borgenärsförpliktelser primärt kretsar kring att medverka till gäldenärens prestation.⁵⁹ Denna uppdelning motiveras både utav de olika slagen av förpliktelsers krav på aktivitet och utav de skillnader i påföljder som följer av dem. I händelse av att endera avtalsparten underlåter att fullfölja sina förpliktelser aktualiseras fråga om *avtalsbrott*.⁶⁰ I ett avtal om köp av en vara utgörs huvudförpliktelsen av att leverera en vara som svarar mot de specifikationer som följer av avtalet.⁶¹ En vara som inte motsvarar avtalet eller de utfyllande regler som köplagen ger uttryck för svarar inte mot vad köparen hade fog att förvänta utifrån avtalet.⁶² Detsamma gäller för en tjänst som utförs på ett sätt som inte motsvarar vad beställaren hade fog att förvänta sig.⁶³ Även försenade prestationer⁶⁴,

⁵⁴ Ramberg, 2014, s. 95.

⁵⁵ Ibid. s. 74.

⁵⁶ Madell, 1998, s. 82.

⁵⁷ Ramberg, 2014, s. 27.

⁵⁸ Hellner m.fl., 2011, s. 97.

⁵⁹ Ibid. s. 33 f.

⁶⁰ Ibid. s. 97. Hellner, liksom Bengtsson, talar förvisso om "kontraktsbrott" men jag har valt att använda den mer allmängiltiga och till avtalslagen hänförliga termen "avtalsbrott".

⁶¹ KöpL. 17 §

⁶² Ramberg och Herre, 2012, s. 98.

⁶³ Hellner m.fl., 2013, s. 245.

⁶⁴ Hellner m.fl., 2013 s. 245, Ramberg och Herre, 2012, s. 88.

rådighetsfel vid överlåtelser⁶⁵ och rättsliga fel⁶⁶ utgör exempel på vad som kan utgöra ett avtalsbrott. Galdenärens prestation svarar på ett eller annat sätt inte mot vad borgenären hade att förvänta sig. För varaktiga tjänsteavtal eller *uppdragsavtal* saknas någon utförlig beskrivning i lagstiftning för på vilka sätt en prestation kan avvika från vad som avtalats. Det är naturligt sett till den mångfald av uppdrag som finns i samhället och att detta är ett område som ständigt utvecklas med nya tjänster och former för samverkan. Generellt sett anses kommissionslagen (KommL) kunna ge viss vägledning och lämpa sig för analogier i dessa fall.⁶⁷ KommL krav på att en kommissionär ska följa kommittentens instruktioner⁶⁸ och brott mot dessa instruktioner kan anses vara ett avtalsbrott. En person som varaktigt utför en tjänst för annans räkning kan, analogt med ovanstående, anses bryta mot avtalet om tjänsten utförs på ett sätt som inte överensstämmer med vad som avtalats.

2.2.3 Påföljder

Påföljder för avtalsbrott, eller anteciperat avtalsbrott⁶⁹, är avtalsrättens såväl preventiva som stävjande funktion.⁷⁰ Inom köprätten är påföljderna för olika former av avtalsbrott tydligt reglerade i dispositiv lag.⁷¹ För den typ av tjänsteavtal som uppsatsen behandlar saknas denna typ av påföljds katalog i lag. Det blir en fråga om att hänfälla till mer allmänna rättsprinciper och analogier. Innehållande av prestation är den drabbade partens primära påföljd att göra gällande vid avtalsbrott rörande tjänsteavtal och entreprenader.⁷² Vid byggentreprenader handlar det vanligen primärt om att prisavdrag⁷³. Motsvarande förfarande torde vara rimligt vid enskilt avtalsbrott inom en varaktig tjänsteentreprenad.

Innehållande av betalning är i köprätten reglerad till att köparen för innehålla ett belopp som motsvarar det krav köparen har på säljaren (KöpL 42 §). Motsvarande princip görs gällande i tjänsteavtal där köparen är konsument (KtjL 27 §) varför det

⁶⁵ Hellner m.fl., 2013, s. 75.

⁶⁶ Ramberg och Herre, 2012, s. 110 ff.

⁶⁷ Hellner m.fl., 2013, s. 228.

⁶⁸ KommL 4 §.

⁶⁹ Hellner m.fl., 2011, s. 101 ff.

⁷⁰ B. Bengtsson, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktetsbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1967, s. 162.

⁷¹ Se Köplagen §§ 22-28, 34-44, 51-58, 61-62.

⁷² Hellner m.fl., 2011, s. 104.

⁷³ Hellner m.fl., 2013, s. 149.

torde vara en giltig princip även vid kommersiella tjänsteavtal. Fråga är dock hur ett innehållande av betalning påverkar relationen i ett varaktigt tjänsteavtal och om det är möjligt att tillämpa i fall med tjänsteentreprenad enligt en offentlighetsreglerad taxa, exempelvis skolpeng eller avfallshantering? Som alternativ påföljd till att hålla inne betalnings prestationen finns skadestånd och hävning.⁷⁴

2.2.4 Hävningsinstitutet

Hävning innebär att prestationen ska *inhiberas*, dvs. utebli om den inte utförts och återgå om den har utförts.⁷⁵ Institutet har i avtalsrätten flera olika funktioner som den uppfyller i olika delar av ett avtals ingående respektive fullgörelse. I ett tidigt skede av ett avtals fullgörelse har hävningsinstitutet en preventiv funktion gentemot eventuella avtalsbrott då det står klart för gäldenärer att ett avtalsbrott kan leda till att avtalet hävs.⁷⁶ Risken för hävning utgör en press på gäldenären att fullgöra sina åtaganden och förpliktelser som är till gagn för avtalsrelationen. Kanske är det rollen som påtryckningsmedel – framförallt i varaktiga avtalsrelationer – som är hävningsinstitutets främsta funktion. Den avtalspart som inte fullgör sina förpliktelser riskerar de negativa effekter som en hävning skulle innebära.⁷⁷ Hävningsinstitutet har också en skadeförebyggande verkan då en avtalspart som anteciperar ett avtalsbrott från medkontrahentens sida har möjlighet att häva avtalet redan innan avtalsbrottet uppkommit.⁷⁸ Detta förutsätter dock att det finns en välgrundad förmodan att medkontrahenten inte kommer fullgöra sin prestation så som avtalats.⁷⁹

Hävningspåföljden anses allmänt vara en kraftig påföljd⁸⁰ då den får långtgående rättsverkningar genom inställelse eller återgång av prestationer. Det har anförts att hävningsregler kan ha preventiva effekter på affärslivet genom att göra det svårt för aktörer att planera långsiktigt.⁸¹ I avvägningarna mellan en sträng hävningsregel eller en mer nyanserad regel pendlar man mellan en borgenärsvänlig inställning

⁷⁴ Hellner m.fl., 2011, s. 104-105.

⁷⁵ Ibid. s. 181.

⁷⁶ Bengtsson, 1967, s. 162.

⁷⁷ Ibid. s. 164.

⁷⁸ Ibid. s. 170.

⁷⁹ Hellner m.fl., 2011, s. 103.

⁸⁰ Ibid. s. 183.

⁸¹ Bengtsson, 1967, s. 178.

eller en gäldenärsvänlig.⁸² En strängare regel gynnar, genom sin förutsägbarhet, borgenärer genom att de undviker risken att utsätta sig för en obefogad hävning när det tydligt framgår vad som utgör en befogad hävningsgrund. En mer nyanserad regel skulle däremot gynna gäldenärerna när riskerna för hävning minskar genom en osäkerhet kring vad en process skulle kunna resultera i.⁸³

2.2.5 Hävningsgrunder

I svensk rätt, liksom i CISG⁸⁴, gäller ett väsentlighetskrav för att ett avtalsbrott ska berättiga till hävning.⁸⁵ I doktrinen har förts resonemang om att väsentlighetskriteriet i hävningsregeln bör ligga nära det väsentlighetskriterium som används i förutsättningsläran (se mer därom i avsnitt 3.3.1 nedan).⁸⁶ Dock har framförts att förutsättningslärans väsentlighetskriterium främst tar sikte på om en förutsättning är av sådan art att den påverkar huruvida avtal alls skulle komma till stånd. Därigenom skulle man missa möjligheten att beakta gäldenärens eventuella culpa eller dolus, något som borde vara av relevans för borgenärens bedömning av avtalsbrottets väsentlighet.⁸⁷ Särskilt vid varaktiga avtal är det av relevans att beakta den risk för framtida skada som ett avtalsbrott innebär varför väsentlighetsrekvisitet i de fallen bör innehålla ett riskbedömningsmoment.⁸⁸ Även frågor som avtalets omfattning, parternas styrkeförhållanden och vilka värden som står på spel för aktörerna är rimliga att beakta i en väsentlighetsprövning. Bengtsson konstaterar att något precist och konsekvent väsentlighetsrekvisit inte låter sig formuleras men väl att det är rimligt att kräva att väsentligheten för borgenären ska vara synbar för gäldenären.⁸⁹ Att väsentligheten av ett avtalsbrott ska bedömas utifrån den förfördelade partens intressen har dock tydliggjorts i nyare lagstiftning.⁹⁰ Ett av få rättsliga avgöranden som behandlar frågan om *väsentligt avtalsbrott* i relation till

⁸² Bengtsson, 1967, s. 183.

⁸³ Ibid. s. 185.

⁸⁴ CISG art 25.

⁸⁵ Hellner m.fl., 2011, s. 186.

⁸⁶ Bengtsson, 1967, s. 190.

⁸⁷ Ibid. s. 192.

⁸⁸ Ibid. s. 204 f.

⁸⁹ Ibid. s. 228.

⁹⁰ Hellner m.fl., 2011 s. 187.

hävning av avtal mellan en privat tjänsteentreprenör och det offentliga är det så kallade *ambulansfallet*.⁹¹

2.3 Tolkning och utfyllnad av avtal

Det är inte ovanligt att två parter som tecknat ett avtal i ett senare skede hamnar i tvist avseende vad som faktiskt är avtalat. Det kan handla om olika tolkningar av en given skrivelse eller huruvida något som inte uttryckligen står i avtalet är att anse som underförstått eller som ett komplement till avtalet. I dessa fall behöver avtalet antingen tolkas eller utfyllas med kompletterande innehåll.⁹² Tolkningen ska i första hand fastställa vad parterna kommit överens om och vad avtalet betyder.⁹³ Framförallt vill man genom tolkning av avtalet fastställa den gemensamma partsvilja som avtalet förment ger uttryck för och därigenom upprätthålla avtalet enligt principen om *pacta sunt servanda*.⁹⁴

2.3.1 Tolkning

Till grund för tolkningen läggs viljeteorins och avtalslagens tanke om att avtalet uppkommit genom från parterna samstämmiga viljeyttringar, vilkas innebörd ska fastställas.⁹⁵ Utgångspunkten i tolkningen är att parterna är överens om att ett avtal tillkommit men man är oense om innehållet i avtalet.⁹⁶ Grundläggande för tolkningen av avtalet är att fastslå innebörden av de uttryck som använts vid avtalsslutet.⁹⁷ Med utgångspunkt i tillitsteorin avser man fastställa hur motparten haft rimligt fog att uppfatta en viljeförklaring.⁹⁸ När man söker fastställa vad en motpart med fog kan ha uppfattat måste hänsyn tas till den språkliga kontext som parterna befinner sig i och som kommit till uttryck i avtalet. Normalt sett utgår man från en uttydning av innehåll utifrån ett normalt språkbruk men i vissa fall måste

⁹¹ NJA 1999 s. 71, Stockholms Läns Landsting hävde ett avtal med en entreprenör med hänvisning till brister i uppfyllelse av avtalsvillkoret ”god vård” då ambulanspersonal byttes under pågående uppdrag. HD konstaterade både att ett formkrav avseende påpekande inte uppfyllts och att entreprenören gjort vad som kunnat anses som rimligt inom avtalet. Rekviritet ”väsentligt avtalsbrott” ansågs inte vara uppfyllt varför hävning ej förelåg.

⁹² M. Hedwall, *Tolkning av kommersiella avtal*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, Stockholm, 2004, s. 66.

⁹³ Lehrberg, 2014, s. 18 f.

⁹⁴ Ibid. s. 26 och 36.

⁹⁵ Ibid. s. 48.

⁹⁶ Ibid. s. 51.

⁹⁷ Hedwall, 2004, s. 67 f.

⁹⁸ Lehrberg, 2014, s. 99 f.

hänsyn tas till branschspecifika uttryckssätt.⁹⁹ Här aktualiseras också frågor om förklaringsmisstag och motparts eventuella insikt i sådant förklaringsmisstag.¹⁰⁰ En part som av misstag uttryckt sig på ett sätt som avviker från sin faktiska vilja ska inte hållas ansvarig för det misstaget om motparten insett att det föreligger en avvikelse mellan vilja och förklaring (AvtL 32 §). Samtidigt är det av vikt för samhället att det upprätthålls viss enhetlighet och förutsebarhet i hur avtal tolkas varför hänsyn till i efterhand påkomna förklaringsmisstag bör begränsas.¹⁰¹ Tolkning av parternas respektive viljor i relation till viljeförklaringarna är en komplex process där hänsyn till viljeteorin och tillitsteorin skapar utmaningar för uttolkaren av avtalet.¹⁰²

Ett avtals omgivande kontext kan också spela roll för hur innehållet i ett avtal ska tolkas.¹⁰³ Ett avtal kan innehålla syftes- eller ändamålsförklaringar som skapar en kontextuell ram kring den situation i vilken avtalet uppkommit. Vid hänsyn till den kontext som avtalet uppkommit i är det viktigt att endast beakta sådana faktorer som varit synbara i samband med avtalsslutet.¹⁰⁴ Omständigheter och händelser som föregått avtalets tillkomst men som inte tagits in i den faktiska avtalshandlingen; såsom föravtal, avsiktsförklaringar, korrespondens och liknande, kan också spela viss roll när innebörden av det slutliga avtalet ska fastställas.¹⁰⁵

I vissa fall kan även händelser och beteenden efter avtalsslutet spela in i fastställandet av den gemensamma partsviljan. Det handlar främst om parternas agerande efter avtalsslutet som kan visa på hur de tolkat avtalet eller vilken partsavsikt man haft.¹⁰⁶ Sammantaget strävar tolkningen efter att utifrån avtalet, parternas viljor, sammanhang, omständigheter i övrigt och ändamålsenligt skön finna en innebörd i avtalet som ger ett rättvist utfall.

⁹⁹ Lehrberg, 2014, s. 104 och 109.

¹⁰⁰ Ibid. s. 50 ff.

¹⁰¹ Ibid. s. 72 f.

¹⁰² Ibid. s. 69 f.

¹⁰³ A. Adlercreutz och L. Gorton, *Avtalsrätt II, 6:e uppl., Juristförlaget i Lund, Lund*, 2010, s. 63.

¹⁰⁴ Lehrberg, 2014, s. 127.

¹⁰⁵ Adlercreutz och Gorton, 2010, s. 71 f. och Lehrberg, 2014, s. 134.

¹⁰⁶ Adlercreutz och Gorton, 2010, s. 100 ff. och Lehrberg, 2014, s. 151 f. och s. 160 ff.

2.3.2 Utfyllning

Utfyllning handlar om att täcka luckor i avtalet. Ofta uppstår luckor då parterna utelämnat sådant de anser överflödigt då det omfattas av parts- eller branschpraxis då men också saker som parterna inte tänkt på eller avhandlat under sina avtalsförhandlingar.¹⁰⁷ Man tar till utfyllning av avtal när man konstaterat att en tolkningsprocess inte svarar på de frågor som orsakat tvist.¹⁰⁸ I första hand ägnar man sig åt *positiv utfyllnad* genom vilken man kompletterar avtalet med förtydliganden eller hela förpliktelser genom att hämta rättslig ledning från tvingande eller dispositiva rättsregler, standardavtal, parts- eller branschpraxis.¹⁰⁹ Inte sällan handlar utfyllning om att genom analogier från närliggande lagstiftning eller allmänna rättsgrundsatser finna en lösning på det oreglerade.¹¹⁰ I en del fall kan det vara så att man finner att rättsföljden blir att hela eller delar av avtalet blir överksamt. Detta kallas *negativ utfyllning* och är vanligen fallet då man beaktar förutsättningar som legat till grund för endera partens viljeförklaring.¹¹¹

¹⁰⁷ Hedwall, 2004, s. 82.

¹⁰⁸ Lehrberg, 2014, s. 235.

¹⁰⁹ Adlercreutz och Gorton, 2010, s. 25.

¹¹⁰ Lehrberg, 2014, s. 238 f.

¹¹¹ Ibid. s. 243.

3 Förutsättningsläran

En typ av omständigheter som ofta utelämnas ur avtal är parternas olika *förutsättningar*. Förutsättningarna tillmäts inget uttalat värde i avtalslagen eller de andra lagar som relaterar till avtal och kontrakt men likväl har domstolarna under lång tid, i varierande grad, tillmätt dessa förutsättningar visst värde när det gäller att bedöma om det föreligger en *motivvillfarelse* hos en löftesgivare som möjligen skulle kunna utgöra en ogiltighetsgrund. Denna tankegång hos domstolarna har genom årtiondena utvecklats till en omfattande teoribildning kring viljeförklarings eventuella ogiltighet med påföljande ogiltighet för det avtal som sprungit ur viljeförklaringen. I svensk rätt ses förutsättningsläran som ett komplement till tolkning och utfyllnad av avtal samt till ogiltighetsgrunderna i avtalslagen.¹¹² Efter en kortare historisk återblick kommer detta kapitel beskriva innebörden av förutsättningsläran, hur den tillämpas och vilka rekvisit som beaktas vid tillämpningen.

3.1 Förutsättningslärans bakgrund

De moderna versionerna av förutsättningslära tar sitt ursprung till den tyske rättsfilosofen Windscheid som byggde sina tankar om en löftesgivares eventuella motivvillfarelse på uttalanden från de romerska källskrifterna. Ur dessa kunde härledas en princip om att ifall en viss förutsättning låg till grund för en rättshandling så var rättshandlingen inte bindande med mindre än att förutsättningen faktiskt förelåg.¹¹³ Windscheid tog sin utgångspunkt ur viljeteorin och menade att kännedom om olika förutsättningsars brist eller hållbarhet påverkade en löftesgivares vilja.¹¹⁴ Lassen utvecklade senare en *subjektiv förutsättningslära* och i kritik mot denna utvecklade Møller och Ussing sina *objektiva förutsättningsläror*. Huvudsakligen förefaller det vara Ussings version av förutsättningslära som svenska domstolar förlitat sig på i sina bedömningar.¹¹⁵

¹¹² Jfr NJA 1996 s. 410.

¹¹³ Lehrberg, 1989, s. 36.

¹¹⁴ Ibid. s. 35.

¹¹⁵ Se exempelvis NJA 1933 s. 25, 1952 s. 434 och 2012 s. 725

I sin avhandling gör Lehrberg ett försök att bygga vidare på Ussings objektiva förutsättningslära och formulera en *teleologisk* förutsättningslära¹¹⁶. Det är oklart vilket intryck denna nya ansats gjort på det svenska rättsväsendet i form av påverkan på domstolarnas bedömningar¹¹⁷ men det är tydligt att Lehrbergs avhandling och slutsatser ges betydelse när domstolarna gör avvägningar utifrån förutsättningsläran.¹¹⁸

3.2 Innebörd och tillämpning

Grunden i förutsättningsläran är att det inte sällan händer att en part i ingående avtal gör detta under en förutsättning som ligger till grund för viljan att ingå avtal utan att denna förutsättning uttrycks som ett villkor i avtalet. I förarbetena till avtalslagen går att läsa:

*”Det händer icke sällan, att den, som företager en rättshandling, därvid tydligen utgår från en viss förutsättning, vilken sedemera visar sig vara oriktig eller icke gå i uppfyllelse. I allmänhet är naturligtvis rättshandlingen utan hinder därav gällande. Men äro förhållandena sådana, att medkontrahenten måste antagas hava insett, att den andre handlat under nämnda förutsättning och lagt sådan vikt vid densamma, att han, om saken kommit på tal, skulle gjort densamma till ett villkor för rättshandlingens bestånd eller ock alldeles underlåtit att företaga densamma, skulle det mången gång strida mot tro och heder, om medkontrahenten sökte göra rättshandlingen gällande under åberopande, att någon uttrycklig bestämmelse i nämnda avseende icke blivit träffad.”*¹¹⁹

Vidare konstaterar lagstiftaren att det även framgent bör överlämnas åt domstolarna att ta erforderlig hänsyn till löftesgivarens eventuella motivvillfarelse, baserat på bristande eller felaktiga förutsättningar, när man prövar giltigheten av ett avtal.¹²⁰ Detta har inte förändrats sedan 1915 men, som såväl Lehrberg som Flodgren redogör för, synen på förutsättningsläran som metod för att pröva ett avtals giltighet har skiftat över tiden och det är än idag en bitvis omtvistad lära.¹²¹ Idag är det tydligt

¹¹⁶ B. Lehrberg, *Förutsättningsläran då och nu* i Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz och Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005, s. 423.

¹¹⁷ I fallen NJA 1996 s. 410, 1997 s. 5 och 2012 s. 725 förefaller HD (liksom HovR i NJA 1997 s. 645) gjort bedömningen utifrån objektiva förutsättningar och inte tillämpat någon teleologisk aspekt. I fallet NJA 1997 s. 5 skulle en sådan möjligen kunnat givit en annan bedömning då just löftesgivarens avsikt med avtalet kommit att förfelas.

¹¹⁸ Se NJA 2007 s. 86 och 2012 s. 725.

¹¹⁹ Prop. 1915:83, s. 136.

¹²⁰ Lehrberg, 2005, s. 420.

¹²¹ B. Flodgren, *Förutsättningsläran – ett komplement till avtalslagen*, i Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz och Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005, s. 393 ff. och Lehrberg, 2005, s. 422 f.

att förutsättningsläran har en legitim plats bland domstolarnas bedömningsunderlag i avtalstvister som rör avtals giltighet även om denna position inte är helt oomstridd.¹²²

Förutsättningsläran bygger på en rad olika rekvisit. Dessa kan beskrivas som 1) *väsentlighetsrekvisit*, 2) *synbarhetsrekvisit*, 3) *löftesgivarens goda tro och* 4) *riskrekvisit*. För att en bristande förutsättning ska ligga till grund för ogiltigförklarande av en viljeförklaring i en avtalssituation krävs att förutsättningen är (1) väsentlig och kausal för viljeförklaringen, att förutsättningen varit (2) synbar för löftesmottagaren och denne insett eller bort inse dess relevans för avtalet, att löftesgivaren är i (3) god tro avseende eventuell brist i förutsättningen¹²³ och slutligen att det inte är uppenbart obilligt eller oskäligt att låta löftesmottagaren stå risken (4) för förutsättningen¹²⁴. De två första rekvisiten är de mest komplicerade och på samma gång de som utgör den primära grunden till att utifrån förutsättningsläran upphäva en viljeförklaring och bryta mot principen om *pacta sunt servanda*. Rekvisiten kommer ges en översiktlig genomgång nedan.

3.3 Förutsättningslärans rekvisit

3.3.1 Väsentlighetsrekvisitet

Väsentlighetsrekvisitet i förutsättningsläran handlar om att avgöra om en betingelse eller förutsättning varit av sådan art att en löftesgivare med bättre eller full insikt om förutsättningens riktighet hade avstått för ett visst löfte.¹²⁵ I svensk rättspraxis kan noteras en omfattande ambivalens kring väsentlighetsrekvisitets utformning och hur detta ska uttryckas.¹²⁶ I NJA 1981 s. 269 formulerar HD att ”Det måste antas, att Carl Johan B annars ej skulle ha ingått avtalet”, vilket är osedvanligt tydligt. I andra fall används formuleringar som ”av avgörande betydelse”¹²⁷, ”en

¹²² Legitimiteten för förutsättningsläran utgår från dels uttalandena i förarbetet till avtalslagen, se not 119, och från de prejudikat från HD där hänvisning skett till förutsättningsläran, se: NJA 1981, s. 269, 1984 s. 280, 1985 s. 178 och 2012 s. 725.

¹²³ Lehrberg, 1989, s. 99 f.

¹²⁴ Ibid. s. 282 ff.

¹²⁵ Ibid. s. 177 ff.

¹²⁶ Ibid. s. 181.

¹²⁷ NJA 1941 s. 159.

väsentlig ändring”¹²⁸, ”byggt sitt handlande på”¹²⁹, ”varifrån [T] utgått vid avtalsslutet”¹³⁰, ”må handla utifrån”¹³¹ eller ”förutsatt”¹³². I NJA 1996 s. 410 uttalar man att ”Såväl Banken och Finans som Friherren kan väl, [...], anses ha förutsatt [...] en i sig felaktig förutsättning,” och i NJA 1984 s. 280: ”Uppgifterna får därför antas ha ingivit spekulanterna föreställningen att köpeskillingen skulle komma att hålla sig inom den av Christer S angivna ramen.”

Gemensamt för dessa formuleringar är att de ger vid handen att löftesgivaren har lagt en given förutsättning till grund för den viljeyttring som lett fram till avtalet. Avvikelsen i förutsättning har varit av en stor betydelse för löftesgivaren, vilket domstolarna varit ense om varit att betrakta som *väsentligt*.¹³³ Det framstår som rimligt att förutsätta att avtal inte hade kommit till stånd om den givna förutsättningen inte framstått som ett faktum. Löftesgivaren har därmed kunnat antas inte ha haft någon vilja att binda sig till det aktuella avtalet utifrån de faktiskt föreliggande förutsättningarna. Någon samstämmig partsvilja av den typ som ligger till grund för avtalslagens anbud-accept-modell föreligger då inte.

För att väsentlighetskravet enligt förutsättningsläran ska kunna vara något annat än en teoretisk modell för vetenskapens hypotetiska diskussioner eller en rättshistorisk företeelse¹³⁴ är det viktigt att inte bara finna stöd i rättspraxis – även om det i sig är tillräckligt. Även stöd i lagstiftning är en central del för att förutsättningsläran ska kunna utgöra ett användbart verktyg för rätten. Lehrberg gör i sin avhandling en omfattande genomgång av det stöd för väsentlighetskravet i förutsättningsläran som återfinns i svensk lagstiftning. Väsentlighetskravet bygger ofta på ett hypotetiskt prov (skulle löftesmannen avgivit löftet med kännedom om den faktiska förutsättningen?).¹³⁵ Lehrberg konstaterar att det orsakssamband som finns mellan förutsättning och löfte i §§ 30-33 i AvtL ger ett första, grundläggande stöd för förutsättningsläran. Själva väsentlighetsrequisitet har motsvarigheter i

¹²⁸ NJA 1970 s. 72.

¹²⁹ NJA 1985 s. 178.

¹³⁰ NJA 1950 s. 389.

¹³¹ NJA 1974 s. 508.

¹³² NJA 1950 s. 560.

¹³³ Lehrberg, 1989, s. 184.

¹³⁴ Ibid. s. 33 f.

¹³⁵ Ibid. s. 181.

konsumentköplag, konsumenttjänstlag och den försäkringsavtalslag som gällde fram till 2005.¹³⁶ I KöpL kommer väsentlighetsrekvisitet till direkt uttryck på flera ställen relaterade till kontraktsbrott¹³⁷ och på samma sätt förhåller det sig i jordabalken¹³⁸. Även av formuleringen ”och lagt sådan vikt vid densamma” i citatet under 3.2 ovan framgår att lagstiftaren haft åsikten att väsentlighetskriteriet ska kunna läggas till grund för en bedömning utifrån förutsättningsläran.¹³⁹ Lagstödet för väsentlighetskriteriet som institut torde vara odiskutabelt och rimligen borde det gå att använda som en allmän rättsregel, tillämplig även på andra avtal än köp.

3.3.2 Synbarhetsrekvisitet

Ett avgörande rekvisit för tillämpning av förutsättningsläran är att den förutsättning vars felaktighet läggs till grund för en diskussion kring ett avtals ogiltighet ska ha varit synbar för löftesmottagaren. Detta synbarhetsrekvisit kan se lite olika ut beroende på vilka moment man fäster vikt vid. Ussing formulerade sitt synbarhetsrekvisit utifrån en objektiv betraktningssvinkel och ställde som krav:

*”at Forudsætningen har været kendelig som Bestemmelsesgrund, hvilket er det samme som, at det er kendeligt, at Tilsagnet var afgivet under en Forusætning, og at denne var væsentlig.”*¹⁴⁰

Senare menade Ussing att en förutsättning endast är relevant när löftesmottagaren insett eller bort inse att löftet var framkallat av förutsättningen. Detta förhållningssätt har sedan formulerats på liknande sätt av flera andra författare.¹⁴¹

I doktrinen har det framkommit att synbarhetsrekvisitet bygger på två moment; dels förekomsten av en insikt (eller förväntad insikt) om att löftesgivaren haft viss förutsättning som grund för sitt löfte och dels insikt (eller förväntad insikt) i att denne inte skulle avgivit löftet om förutsättningen visat sig vara oriktig innan avtalsslutet.¹⁴² I rättspraxis förefaller det dock som att domstolarna ibland finner att det räcker med det första momentet för att synbarhetsrekvisitet ska vara uppfyllt¹⁴³

¹³⁶ Lehrberg, 1989, s. 186.

¹³⁷ KöpL 19 § 1 st. 2 p, 25 §, 26 § 39 § och 54 §.

¹³⁸ JB 4 kap. 13 §.

¹³⁹ Se not 119.

¹⁴⁰ Lehrberg, 1989, s. 248.

¹⁴¹ Ibid. s. 248.

¹⁴² Ibid. s. 252.

¹⁴³ Se NJA 1996 s. 410, 1984 s. 280, 1950 s. 389 och s. 560 och 1937 s. 518.

och i andra fall tydliggör betydelsen av den dubbla synbarheten¹⁴⁴. Det är oklart om denna variation i domarna är ett utslag av en skiftande syn på den dubbla synbarhetens relevans för synbarhetsrekvisitetet eller om det primärt är en fråga om hur domskäl formulerats från fall till fall. Oavsett vad skillnaden i domskälen beror på så framgår tydligt ett krav på att förekomsten av en förutsättning måste varit synbar för löftesmottagaren.

När det gäller vilka typer av förutsättningar som kan ligga till grund för ett rättsligt ingripande mot ett ingånget avtal föreligger en långvarig diskussion i doktrinen. Kontentan av diskussionen förefaller vara att förutsättningar som är mycket speciella och avvikande från vad man normalt har att vänta från en löftesgivare i en viss avtalsituation inte rimligen kan göras gällande som synbara för en löftesmottagare.¹⁴⁵ Av rättssäkerhetshänsyn ska en löftesmottagare kunna förutse vilka förutsättningar en löftesgivare kan tänkas ställa för att avge en viss viljeyttring och kunna inrätta sig därefter. Ändamålet bakom synbarhetsrekvisitetet är att skapa ett skydd för löftesmottagaren mot obehagliga överraskningar i form av invändningar mot ett avtal baserade på förutsättningar som är hänförliga till löftegivarens person eller andra, för sammanhanget, främmande eller ovanliga förutsättningar.¹⁴⁶

3.3.3 Godtrosrekvisitet

I samband med diskussioner om förutsättningsläran och god tro är det i första hand löftesgivarens goda tro avseende omständigheter kopplade till löftesgivarens förutsättningar som kommer på tal. Något förenklat kan perspektivet uttryckas som det omvända förhållandet mot vad som gäller för synbarhetsrekvisitetet. I det föregående ska förutsättningen varit synbar för löftesmottagaren – i det här fallet ska löftesgivaren inte haft vetskap om eller fog för att känna till omständigheter som påverkar dennes förutsättnings riktighet.¹⁴⁷ Har löftesgivaren haft kännedom om en omständighet som påverkar riktigheten i dennes förutsättning så kan löftesgivaren också presumeras kunnat inse omständighetens effekt på

¹⁴⁴ NJA 1985 s. 178, 1981 s. 269, 1974 s. 508, 1970 s. 72 och 1941 s. 159.

¹⁴⁵ Lehrberg, 1989, s. 266 ff.

¹⁴⁶ Ibid. s. 273.

¹⁴⁷ Ibid. s. 295 f.

förutsättningen och förväntas beakta risken för en bristande förutsättning. I förarbetena till avtalslagens 33 § förs resonemang kring olämpligheten i att låta en löftesmottagare göra en rättshandling gällande då denne haft vetskap om omständigheter som lett till en motivvillfarelse hos löftesgivaren.¹⁴⁸ Utifrån samma resonemang vore det olämpligt, och eventuellt i strid med tro och heder, att låta en löftesgivares vetskap eller förväntade insikt avseende omständigheter som indikerar en brist eller felaktighet i dennes förutsättningar kunna göra gällande ett avtals ogiltighet utifrån dessa förutsättningar. En löftesgivares vetskap om en omständighet som påverkar bärigheten i dennes förutsättningar bör påkalla en undersökningsplikt¹⁴⁹ avseende förutsättningens riktighet och i frånvaro av sådan undersökning kan löftesgivaren presumeras ha gjort ett medvetet övervägande avseende förutsättningens riktighet.¹⁵⁰ Genom ett sådant övervägande faller den bristande förutsättningens relevans som en del i en ogiltighetsgrundande motivvillfarelse då någon villfarelse avseende förutsättningen inte längre kan anses föreligga, ur ett objektiva perspektiv, då löftesgivaren haft skäl att överväga eller undersöka förutsättningens riktighet.

Dock finns det omständigheter då även en uttalad vetskap om en omständighet kan föreligga men förutsättningen ändå tillmäts relevans för förekomsten av en motivvillfarelse. I fallet NJA 1985 s. 178 är det ostridigt att löftesgivaren (Järnsida) kände till den, i sammanhanget högst besvärade, omständigheten att varvet hade haft betalningssvårigheter och ställt in betalningarna. Därvid borde, om resonemanget ovan skulle vara gällande fullt ut och utan undantag, löftesgivaren fått bära risken för den bristande förutsättningen då de – trots vetskap om betalningsinställelse från varvets sida – levererade skeppsplåt till varvet. I fallet aktualiseras frågan om löftesmottagarens delaktighet i frambringande av god tro hos löftesgivaren. Ifall en uppgift eller ett handlande från löftesmottagarens sida skapar en uppfattning hos löftesgivaren att den synbara omständigheten antingen är av mindre relevans eller helt överspelad så finns det goda argument för att lägga detta agerande löftesmottagaren till last.¹⁵¹ I vilken utsträckning detta bör ske är omdiskuterat och torde i avsaknad av tydliga rättsregler bli en fråga för skönsmässig

¹⁴⁸ Prop. 1915:83 s. 133 ff.

¹⁴⁹ Lehrberg, 1989, s. 299.

¹⁵⁰ Ibid. s. 296 ff.

¹⁵¹ Ibid. s. 330 ff.

bedömning utifrån omständigheterna i övrigt. HD noterar också den avgörande roll som meddelandet om varvets tryggade kapitalförsörjning, genom statens medverkan, haft i Järnsidas beslut att leverera till varvet. Järnsida anses genom meddelandet om tryggad kapitalförsörjning haft fog för den bestämmande förutsättningen att varvet haft betalningsförmåga avseende leveransen av fartygsplåt.¹⁵² Även den vid tiden gällande näringspolitiska miljön med frekvent förekommande ekonomiskt stöd till varvsindustrin torde ha inverkat på löftesgivarens uppfattning att det gick att förutsätta att löftesmottagarens betalningsförmåga återställts.¹⁵³ HD konstaterar i fallet att löftesgivarens incitament att göra en vidare undersökning avseende betalningsförmågan försvagats genom varvets agerande men det ligger nära till hands att HD, utan att sätta det i skrift, också tagit intryck av den näringspolitiska miljön när man bedömt löftesgivarens goda tro.

Det torde tillhöra ovanligheterna att en fullt synlig omständighet, vilken har bäring på en löftesgivares förutsättning, inte leder till presumtion om ond tro i det fall förutsättningen brister eller visar sig felaktig och fråga om ogiltighet skall avgöras. Fallet Järnsida belyser ändå den betydelse som löftesmottagarens agerande kan ha i frågan om värdering av löftesgivarens goda tro avseende dennes förutsättningar. I de fall det rör sig om direkta utfästelser från löftesmottagarens sida, gällande omständigheter som har bäring på löftesgivarens förutsättningar, är det rimligt att förvänta sig att detta läggs löftesmottagaren till last. När det gäller mer subtila uttryck som kunnat bidra till löftesmottagarens goda tro så blir avvägningen, av förklarliga skäl, en mer delikat fråga som också varit uppe till omfattande diskussion i doktrinen.¹⁵⁴

¹⁵² NJA 1985 s. 178.

¹⁵³ Flodgren, 2005, s. 391.

¹⁵⁴ Lehrberg, 1989, s. 332 ff.

3.3.4 Riskrekvisitet

En avgörande faktor för bedömning av om det är skäligt att frångå principen *pacta sunt servanda* handlar om ifall det är skäligt att vältra över risken för en parts bristande förutsättning på *den andra parten*. När det gäller en parts bristande förutsättningar är utgångspunkten att var part svarar för risker förknippade med dennes egna förutsättningar.¹⁵⁵ Endast när omständigheterna i fallet är sådana att det inte är orimligt eller oskäligt att låta den andra parten bära risken finns utrymme för att låta motparten stå risken för medkontrahentens bristande förutsättningar. Grundantagandet att *pacta sunt servanda* gäller alltså även vid konstaterande av såväl väsentlig som synbar förutsättning som brustit.¹⁵⁶ Dock kan omständigheterna i enskilda fall vara sådana att det skulle vara skäligt att låta löftesmottagaren bära risken för löftesgivarens förutsättningar. I fallet Järnsida konstaterar HD att:

”Nu anförda omständigheter talar med sådan styrka för att varvet skall bära risken av att den för parterna gemensamma förutsättningen, [...], var felaktig att Järnsida inte bör anses bundet av det ifrågavarande leveransavtalet”¹⁵⁷

Detta kan jämföras med domskälen i NJA 1997 s. 5:

En kvinna har tecknat avtal om köp bostadsrätt utifrån antagandet att hon därmed ska få ett boende präglad av de omständigheter som kännetecknar bostadsrättsboende. När bostadsrättsföreningen, på grund av drastiska förändringar på bostadsmarknaden, via avtal med det kommunala, allmännyttiga bostadsbolaget hyr ut mer än 90 % av lägenheterna i föreningen till allmänheten häver kvinnan avtalet. I genstämning gentemot föreningen hänvisar kvinnan till bristande förutsättningar som grund för frånträde av avtalet. HD konstaterar både förekomst av en bristande, väsentlig förutsättning och att denna varit synbar för löftesmottagaren men noterar likväl att det ”[i]nte heller i övrigt finns skäl att lägga risken för att förutsättningen slog fel på föreningen.”¹⁵⁸ HD konstaterar därvid att kvinnan är bunden av avtalet och bifaller föreningens talan.

Avvägningen synes balansera mellan ett upprätthållande av tilliten till avtalet som ett effektivt instrument i samhället och att det ska vara ett förhållandevis riskfritt instrument.¹⁵⁹ Det blir också en fråga om att väga olika principer mot varandra där

¹⁵⁵ NJA 1985 s. 178, 1996 s. 410, 1997 s. 5 och AD 2014:39

¹⁵⁶ Lehrberg, 1989, s. 276.

¹⁵⁷ NJA 1985 s. 178.

¹⁵⁸ NJA 1997 s. 5.

¹⁵⁹ Lehrberg, 1989, s. 278 f.

löftesmottagarens intresse av upprätthållande av *tillitsprincipen* ställs mot löftesgivarens intresse av att få till en förändring baserad på *godtrosskyddsprincipen*, *viljeprincipen* eller *vederlagsprincipen*.¹⁶⁰ Tillmätas relevans i sammanhanget bör också de intressen som den allmänna samfärdseln kan antas ha i sammanhanget och som karakteriseras via *billighetsprincipen*, *vinstprincipen*, och *preventionsprincipen*.¹⁶¹ Det är framförallt frågan om att undvika en uppenbart obillig lösning eller en otillbörlig vinst som utgör kärnan i riskbedömningen ur det allmännas synvinkel men också rättsväsendets vilja att förebygga en alltför omfattande förekomst av avtal som ingås under felaktiga eller bristande förutsättningar. Preventionen syftar i det här sammanhanget till att upprätthålla tilltron till avtalet som samhällsinstrument, något som skulle riskera urholkas vid ett alltför frekvent ogiltigförklarande av avtal.

3.4 Sammanfattning

Förutsättningsläran har sina rötter i den romerska rättens *pacta non sunt semper servanda* – avtal skall inte alltid hållas – och bygger på tanken att en löftesgivare under felaktiga eller bristande förutsättningar kan avge en viljeyttring som läggs till grund för ett avtal. Löftesgivaren ska då, under vissa förutsättningar, kunna befrias från sin viljeyttring i form av att denna förklaras ogiltig. För att detta ska ske krävs att förutsättningen är väsentlig, både i så mån att den är av stor betydelse och att den direkt påverkat löftesgivaren till att avge viljeyttringen. Vidare ska förutsättningen varit synbar för löftesmottagaren i så mån att denne ska ha insett eller bort inse att förutsättningen förelegat och lagts till grund för löftesgivarens viljeyttring. Löftesgivaren ska också ha varit i god tro avseende eventuell felaktighet eller brist i dennes förutsättning, normalt sett genom att inte ha haft eller bort ha kännedom om omständigheter som rör förutsättningens riktighet. I vissa fall kan även en löftesgivare som haft vetskap om en omständighet som påverkar förutsättningens riktighet anses vara i god tro. Det gäller de fall där händelseförlopp och omständigheter i övrigt varit sådana att löftesgivaren skäligen uppfattat situationen som sådan att omständigheten inte

¹⁶⁰ Lehrberg, 1989, s. 280 ff.

¹⁶¹ Ibid. s. 282 ff.

haft någon negativ inverkan på löftesgivarens förutsättning. Utfästelser eller återanden från löftesmottagarens sida spelar i de här fallen en stor roll.

Normalt sett anses det skäligt att parterna bär risken för sina förutsättningar och framför allt för de som parterna själva kan kontrollera eller enklast undersöka. I förutsättningsläran görs inget undantag från detta varför en prövning görs om det är skäligt att lägga risken för den bristande förutsättningen på löftesmottagaren eller om den ska kvarstå hos löftesgivaren. Bedömningen av om det är skäligt att lägga över en risk på löftesmottagaren görs både utifrån avtalsrättsliga grundprinciper men också efter mer allmänna rättsprinciper som billighets- och preventionsprincip. Utifrån alla dessa faktorer görs en samlad skälighetsbedömning vilken blir avgörande för utgången i fallet. Finner domstolen att en väsentlig och synbar förutsättning, om vilken löftesgivaren varit i god tro, har varit felaktig eller brustit samt att det är skäligt att lägga risken för detta på löftesmottagaren så kan den viljeyttring som lagts till grund för avtalet förklaras ogiltig. Rättsföljden blir då att hela eller delar av avtalet förklaras ogiltigt.

4 Den offentliga rättens principer

I det förevarande kapitlet kommer de principiella grunderna för den offentliga rätten att presenteras liksom ett par av, för uppsatsen relevanta, principer ur hälso- och sjukvårdslagen. Syftet med kapitlet är att ge läsaren en övergripande förståelse för de offentlighetsrättsliga principerna i allmänhet och hälso- och sjukvårdslagstiftningen utifrån ett ändamålsperspektiv, vilket är av betydelse för den kommande analysen.

4.1 Allmänna principer i offentlig rätt

Den offentliga rätten präglas av att den i första hand reglerar förhållandet mellan staten och den enskilda och syftar till att skydda medborgarna från maktmissbruk.¹⁶² Det är av stort intresse för medborgarna att de som utövar statens makt, med tillgång till dess våldsmonopol, följer de materiella regler som lagstiftningen utgör.¹⁶³ Det kanske främsta uttrycket för detta är legalitetsprincipen.

4.1.1 Legalitetsprincipen

Grunden för det svenska styrelseskicket är att makten ska utgå från folket (RF 1 kap. 1 §) och det finns inget annat organ som har en högre beslutsmakt än Riksdagen.¹⁶⁴ Av RF framgår också att den offentliga makten ska utövas ”under lagarna” (RF 1 kap. 1 § 3 st.) vilket får till effekt att alla offentliga organ måste inrätta sin verksamhet och utföra sina uppgifter i enlighet med den lagstiftning som gäller för aktuellt område. Myndigheter får inte heller utfärda föreskrifter eller anvisningar som strider mot en föreskrift med högre ordning i normhierarkin.¹⁶⁵ Regeringen har också en rätt att genom förordning utfärda föreskrifter till myndigheter som ger dem beslutsrätt och dessa föreskrifter gäller då som erforderligt lagstöd (RF 8 kap. 11 §).¹⁶⁶ Sådana föreskrifter kan dock överprövas av riksdagen (RF 8 kap. 6 §) varigenom normhierarkin upprätthålls. Sedan 2010 gäller ett uttryckligt krav på att bemyndiganden avseende rätt att meddela föreskrifter ska ges i lag eller förordning.¹⁶⁷ Beslut som fattas av en myndighet utifrån antingen

¹⁶² Madell, 1998, s. 140.

¹⁶³ A. Staaf och L. Zanderin, *Förvaltningsrätt*, Liber Förlag, Stockholm, 2011, s. 11 och H. Strömberg och B. Lundell, *Allmän förvaltningsrätt*, Liber Förlag, Stockholm, 2011, s. 66.

¹⁶⁴ SOU 1963:17 s. 129

¹⁶⁵ L. Lerwall, 'En utökad lagprövningsrätt – en kostym eller en tumme?' *SvJT 2007* s. 829.

¹⁶⁶ Strömberg och Lundell, 2011, s. 68.

¹⁶⁷ SFS 2010:1408 Lag om ändring i Regeringsformen.

direkt lagstöd eller ett bemyndigande från regeringen genom förordning måste dock falla inom de begränsade ramar som gäller för just den aktuella myndighetens beslutskompetens.¹⁶⁸ När det gäller beslut som är betungande för enskilda så gäller principiellt ett krav på lagstöd (RF 8 kap. 2 § 2 p) och som regel kan inte den enskilde samtycka till ett föreläggande eller betungande beslut som en myndighet inte har stöd i lag för att fatta.¹⁶⁹

Legalitetsprincipen skapar ett skydd mot godtyckliga beslut riktade mot enskilda. Den skapar också en förutsebarhet genom vilken den enskilde ges möjlighet att planera och utforma liv och verksamhet med förvisning om att det allmänna inte plötsligt och oförutsett kan förändra de betingelser som gäller för den enskilde. Framförallt skyddas den enskildes ställning gentemot det allmänna, den enskildes rättigheter¹⁷⁰ och den enskildes ekonomiska förhållanden.

4.1.2 Objektivitets- och likhetsprinciperna

Ett centralt förhållningssätt för alla som utför offentliga förvaltningsuppgifter är att förhålla sig sakligt och opartiskt i sitt arbete (RF 1 kap. 9 §). Det är de intressen, värden och mål som ställs upp i de författningar som styr arbetet som ska tillgodoseas. Andra hänsyn än dessa får den som fullgör offentliga förvaltningsuppgifter inte ta.¹⁷¹ Primärt avses att förhållanden kopplade till en enskilds personliga förhållanden inte ska spela in i myndigheters bedömningar och avgöranden.¹⁷²

Ett visst utrymme för skönmässiga (fria) bedömningar finns dock inom förvaltningen. Dock är ramarna för detta skön vanligen tydliga – antingen genom myndighetens kompetensramar eller avgränsningar avseende vilket innehåll beslut får ha.¹⁷³ Därtill skall lika fall bedömas lika enligt *likhetsprincipen*.¹⁷⁴ Principen tar – liksom *objektivitetsprincipen* – sin utgångspunkt i RF 1 kap. 9 § Detta krav på konsekvens i beslutsfattandet bidrar till både en jämlikhet mellan medborgarna i

¹⁶⁸ Madell, 1998, s. 141.

¹⁶⁹ Strömberg och Lundell, 2011, s. 69.

¹⁷⁰ Jfr. RF 2 kap.

¹⁷¹ Madell, 1998, s. 143.

¹⁷² Prop. 1973:90, s. 235

¹⁷³ Strömberg och Lundell, 2011, s. 66.

¹⁷⁴ Madell, 1998, s. 144.

deras relation till det offentliga och till en förutsebarhet kring hur myndigheterna kommer hantera ett ärende som i sak inte skiljer sig från ett tidigare hanterat ärende. Prejudikat från förvaltningsdomstolar, centraliserat beslutsfattande och allmänna råd från centrala myndigheter bidrar till en samordning och mer enhetlig bedömning.¹⁷⁵ Över tid kan också praxis ändras för att bättre passa samhällsutvecklingen eller för att justera en tendens till oskäligen bedömningar utan att detta anses strida mot likhetsprincipen.¹⁷⁶ För det allmännas avtal med enskilda blir likhetsprincipen betydande på så sätt att lika avtal ska behandlas lika.

4.1.3 Självtändighetsprincipen

De svenska myndigheterna är självständiga och skall arbeta självständigt utan att i enskilda fall ta hänsyn till instruktioner eller råd från andra myndigheter (RF 12 kap. 2 §). Detta innefattar även de myndigheter som utgör statens maktbas – de beslutande församlingarna i form av riksdag, landstings- och kommunfullmäktige.¹⁷⁷ Däremot har underordnade myndigheter ansvar för att förhålla sig till och följa allmänna riktlinjer och direktiv som utfärdats av en överordnad myndighet.

4.2 Hälsa- och sjukvårdslagstiftningens principer och värden

Hälsa- och sjukvården ska ses som en del av den övergripande välfärdspolitiken i Sverige och de mål som gäller för utvecklingen av välfärdssamhället i allmänhet gäller också som grundbult i hälsa- och sjukvården. Tillsammans med bland annat faktorer som utbildning, trygghet, säkerhet, ekonomi och politiska resurser nämns hälsa som ett av de områden som är av särskild vikt för människors livskvalitet.¹⁷⁸ En god hälsa bland befolkningen är sålunda en faktor i att skapa livskvalitet för medborgarna. Genom ersättandet av Sjukvårdslag (1969:242) med Hälsa- och Sjukvårdslagen (1982:763) skiftades fokus i denna del av välfärdspolitiken från att

¹⁷⁵ Strömberg och Lundell, 2011, s. 72.

¹⁷⁶ Madell, 1998, s. 144.

¹⁷⁷ Strömberg och Lundell, 2011, s. 69 f.

¹⁷⁸ Prop. 1981/82:97, s. 21.

primärt handla om att undvika negativa tillstånd till att också omfatta närvaro av positiva värden och att väga in psykiska och sociala faktorer.¹⁷⁹

I HSU lyfte man de vårdsökandes behov som en grundbult för vården och i detta sammanhang betonas vårdens holistiska perspektiv där *god vård* omfattar mer än en tekniskt fullgod medicinsk behandling.¹⁸⁰ *Trygghet, omvårdnad, helhetssyn, kontinuitet* och *patientinflytande*¹⁸¹ framhålls som viktiga faktorer för en kvalitativt god vård.¹⁸² Dessa faktorer beskrevs som grundläggande värden för god vård men formulerades inte som några principer som ska vägleda vårdutövarna. Deras centrala värde för bedömningen av vad som utgör *god vård* torde dock vara odiskutabelt. Utredningen lade däremot vikt vid att formulera en princip för lika vård för alla medborgare i landet; *lika villkors-principen*.¹⁸³ I samband med reformeringen av HSL i slutet av 90-talet infördes tre nya principer som skulle vägleda prioriteringar inom vården; *människovärdesprincipen, behovs- och solidaritetsprincipen* samt *kostnadseffektivitetsprincipen*.¹⁸⁴ Principerna infördes i ljuset av ökade kostnader för vården, en ambition om att tillgodose det allmänna välfärds målet om god folkhälsa och snävare samhällsekonomiska ramar.¹⁸⁵ Det framhålls i propositionen att förtydligandet av dessa principer inte ska ses som någon förändring av inriktningen för vården men väl som en förstärkning och fördjupning av det principiella ramverk som omger vården.¹⁸⁶

Frågan om principernas inbördes ordning är av vikt för vårdgivare oavsett driftsform och gäller lika för det allmänna som för enskilda vårdgivare.¹⁸⁷ I den prioriteringsordning som anges i propositionen är kostnadseffektivitetsprincipen efterställd de andra två.¹⁸⁸

¹⁷⁹ Prop. 1981/82:97, s. 22.

¹⁸⁰ SOU 1979:78, s. 245.

¹⁸¹ Begreppet uttrycktes inte direkt i vare sig HSU eller propositionen (1981/82:97), istället användes den längre formuleringen *Självbestämmande, medinflytande och integritet* i utredningen. Med tiden kom dock termen *patientinflytande* att användas som samlingsterm i sammanhanget.

¹⁸² SOU 1979:78, s. 246 ff.

¹⁸³ SOU 1979:78, s. 257 ff.

¹⁸⁴ Prop. 1996/97:60, s. 1.

¹⁸⁵ Prop. 1996/97:60, s. 6 ff.

¹⁸⁶ Prop. 1996/97:60, s. 19.

¹⁸⁷ HSL anger ingen distinktion gällande lagens tillämplighet på det allmänna eller enskilda som vårdgivare varför lagen gäller lika oavsett vem som är utförare av vården.

¹⁸⁸ Prop. 1996/97:60, s. 21.

4.2.1 Lika villkors-principen

En princip som lagstiftarna velat lyfta fram när det gäller hälso- och sjukvård är att alla ska ha samma möjligheter att få tillgång till vården oavsett vem man är eller var man bor. Hälso- och sjukvårdsutredningen (HSU) lade grunden för Hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) och i deras utlåtande konstateras att ett övergripande mål för sjukvården bör vara:

- *”Ett gott hälsotillstånd hos hela befolkningen*
- *Möjlighet för alla att på lika villkor kunna få del av en ändamålsenlig hälso- och sjukvård.”¹⁸⁹*

I utredningen, till vilken hänvisas i propositionen¹⁹⁰, görs jämförelse med den kommunala likställighetsprincipen. Man menar att det uteslutande är vårdbehoven som ska avgöra insatsernas omfattning och karaktär. Personliga, ekonomiska, sociala eller geografiska omständigheter ska inte tillåtas påverka vilken vård man får. Principen ges direkt uttryck i HSL: ”Målet för hälso- och sjukvården är en god hälsa och en vård på lika villkor för hela befolkningen” (HSL 2 § 1 st.).

Lika villkors-principen är fundamental för hälso- och sjukvården både ur perspektivet att alla ska behandlas lika men också ur perspektivet att den ställer krav på sjukvårdens organisation i så mån att geografiska skillnader inte ska tillåtas generera avvikelser inom villkoren för vården.

4.2.2 Människovärdesprincipen

Principen tar sin utgångspunkt från FN:s deklaration om mänskliga rättigheter och tanken på att människor har ett värde utifrån det blotta faktum att de är människor. I bedömningen av olika individers rätt till och behov av vård ska alla bedömas lika, oavsett personliga egenskaper, social ställning eller ekonomiska förutsättningar.¹⁹¹ Inte heller får individers egenskaper eller förutsättningar påverka kvaliteten på den vård som ges.

¹⁸⁹ SOU 1979:78, s. 257.

¹⁹⁰ Prop. 1981/82:97, s. 22 f.

¹⁹¹ Prop. 1996/97:60, s. 20.

4.2.3 Behovs- solidaritetsprincipen

Att resurser i vården behöver prioriteras mellan olika vårdbehov och olika vårdtagare blir uppenbart när man överblickar den totala efterfrågan på vård i samhället. För att vägleda de som organiserar och prioriterar i vården slog Prioriteringsutredningen fast att ”resurserna bör satsas på de områden [...], där behoven är störst”.¹⁹² I en mer utvecklad presentation av resonemangen kring behov i vården noterar utredningen att ju svårare sjukdom eller inskränkning av livskvaliteten som man lider av, desto större är behovet av vård.¹⁹³ Det var enligt utredaren det, enligt nämnda behovsdefinition, största vårdbehovet som först skulle tillgodoses.¹⁹⁴ Regeringen fokuserade sedan på ett *lika utfalls*-perspektiv när man presenterade principen i lagstiftningsprocessen.¹⁹⁵ Främst ska principen ses som en vägledning för den som organiserar och prioriterar i vården.

Gällande solidaritetsdelen av principen sägs inte mycket i vare sig utredning eller proposition. Regeringen konstaterar att hälso- och sjukvården särskilt måste beakta behoven hos de svagaste och lyfter fram barn, äldre och personer med kommunikativa svårigheter som försvårar deras möjlighet att uppmärksamma vårdbehoven.¹⁹⁶

4.2.4 Kostnadseffektivitetsprincipen

Denna, den lägst rankade av prioriteringsprinciper för vården, bygger på tanken om att vårdens organisation och val av behandlingsmetoder ska präglas av en strävan om en *rimlig relation* mellan kostnad och effekt i vården.¹⁹⁷ Det är i form av förbättring av hälsa och livskvalitet som denna relation ska mätas och bedömas. Hur vården och dess olika aktörer ska göra denna bedömning har vare sig propositionen eller Prioriteringsutredningen givit något svar på varför det får antas vara upp till vårdgivarna och i andra hand rättsväsendet att avgöra. I propositionen betonas att definitionen av vad som är kostnadseffektiv vård inte är entydig men man slår fast att det aldrig kan anses vara förenligt med behovs-solidaritetsprincipen

¹⁹² SOU 1995:5, s. 22.

¹⁹³ SOU 1995:5, s. 110.

¹⁹⁴ SOU 1995:5, s. 117 f.

¹⁹⁵ Prop. 1996/97:60, s. 20.

¹⁹⁶ Prop. 1996/97:60, s. 20.

¹⁹⁷ Prop. 1996/97:60, s. 21.

att neka eller begränsa vård till äldre, svårt och långvarigt sjuka eller personer med funktionsnedsättning eller liknande situation.¹⁹⁸

Av vikt för att bedöma huruvida en kostnadseffektivitetsbedömning gjorts på rätt sätt är att se vad som angivits som diskvalificerade kriterier vid sådan bedömning. Utredningen slår fast att nyttoprincipen och efterfrågeprincipen inte bör utgöra grund för kostnadseffektivitetsbedömning.¹⁹⁹ Detta motiveras utifrån att en bedömning av *nytta* lätt leder till bedömning av samhällsnytta varigenom just äldre, långvarigt sjuka eller personer som bedöms som kostsamma för samhället kan riskera ges en sämre vård eller att den som bäst påpekar just sitt behov av vård ges företräde framför personer med större behov men sämre förmåga att påkalla vårdens uppmärksamhet.

¹⁹⁸ Prop. 1996/97:60, s. 22.

¹⁹⁹ SOU 1995:5, s. 121 ff.

5 Upphandlingsrätten

De tjänsteavtal som satts i fokus i denna uppsats är generellt sett tillkomna genom att det allmänna efter ett upphandlingsförfarande kontrakterat en enskild aktör att utföra vissa tjänster för det allmännas räkning. Upphandlingsförfarandet regleras genom Lag om offentlig upphandling (2007:1091), nedan LOU. Regleringen är i princip avgränsad till att endast gälla upphandlingsförfarandet fram till avtalslut.²⁰⁰ Dock är de steg som tas och de mål som ska uppnås genom lagstiftningen inte orimliga att beakta som avtalspreliminärer och upphandlingsrätten påverkar parternas handlingsfrihet både under processen fram till avtalet och efter dess tecknande.

Upphandlingsrätten styrs idag av EU-rättens direktiv på området och principer från primärrätten. De centrala principer som bygger upp lagstiftningen är EG-fördragets artiklar 12 (icke diskriminering), 28-29 (förbud mot kvantitativa restriktioner), 43 (etableringsfrihet) och 49 (fri rörlighet av tjänster). Den idag gällande LOU bygger på direktiv EU2004/18/EG, vilket ersatts av EU2014/24/EU. Till dags dato har det nya direktivet inte införlivats i svensk rätt men det ska vara införlivat till den 18 april 2016.²⁰¹ Innehållet i direktivet är dock sedan tidigare fullt ut tillämpligt i svensk rätt då det nya direktivet i realiteten primärt är en kodifiering av det rättsläge som redan slagits fast av EU-domstolen. Det har tidigare rått en viss otydlighet inom EU-rätten om OPS omfattas av upphandlingsdirektiven eller ej.²⁰² Denna otydlighet torde vara åtgärdad genom det förtydligande som kommissionen gav 2005 varigenom man betonade att offentlig-privata partnerskap omfattas fullt ut av upphandlingsregelverket.²⁰³

I såväl direktivet som i LOU delas tjänster upp i tre kategorier; byggtreprenader, A-tjänster och B-tjänster.²⁰⁴ Uppdelningen har gjorts för att kunna tillämpa något olika regler på olika typer av tjänster. Hälso- och sjukvårdstjänster tillhör kategorin B-tjänster.²⁰⁵ Enligt direktiven finns ett undantag avseende direktivens tillämpning

²⁰⁰ Sundstrand, 2012, s. 98.

²⁰¹ Artikel 90 i Direktiv 2014/24/EU i EUT L 94 s. 65.

²⁰² Sundstrand, 2012, s. 165 f.

²⁰³ Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005)0569 slutlig, 15.11.2005 avsnitt 2.4.

²⁰⁴ LOU 1 kap. 2 §.

²⁰⁵ LOU, bilaga 3 och Sundstrand, 2012, s. 63.

på B-tjänsterna. Dessa omfattas ändå av den reglering som följer av LOU. Även EU-domstolen har fastslagit att B-tjänster omfattas av EU-rättens regler trots undantaget i direktiven.

I relation till möjligheten att häva ett avtal diskuteras ofta eventuella ogiltighetsgrunder för att kunna förklara avtalet som en nullitet. Regleringen kring offentligt upphandlade avtal ger tre grunder för ogiltighet som kan åberopas för att få ett ingånget kontrakt ogiltigförklarat²⁰⁶:

- Underlåtenhet att annonsera upphandling då det är obligatoriskt
- Inskränkning av anbudsgivares möjlighet till överprövning av tilldelningsbeslut genom att ett avtal ingåtts *innan* tidsfrist löpt ut eller innan tilldelningsbeslut har vederbörligen kommunicerats
- Genomfört avrop från ramavtal eller dynamiskt inköpssystem som skett på annat sätt än det i direktiven föreskrivna.

Regleringen i direktiven tillför således ytterligare ogiltighetsgrunder till de som följer av den allmänna avtalsrätten samtidigt som de innebär en tydlig avgränsning av vilka fel i upphandlingsförfarandet som kan resultera i ogiltighet. Övriga fel i upphandlingsprocessen kan sålunda inte göras gällande som ogiltighetsgrund och de utgör inte heller någon grund för hävning eller förändring av avtalet.

En konsekvens av att avtal tillkommer mot bakgrund av det upphandlingsrättsliga ramverket är att de omfattas av ett förbud mot väsentliga förändringar avseende villkoren.²⁰⁷ Förbudet grundar sig på att EU-rätten ser en väsentlig förändring av villkor som ett ingående av ett nytt avtal och ska ses i ljuset av kraven på likabehandling och transparens i offentlig upphandling, vilka kan åsidosättas om en redan kontrakterad anbudsgivare tillåts förändringar av förpliktelser eller vederlag inom ramen för det befintliga kontraktet.²⁰⁸

²⁰⁶ Sundstrand, 2012, s. 73.

²⁰⁷ Morawetz, 2014, s. 90.

²⁰⁸ Ibid. s. 94.

6 Analys

I det läge där ett avtal mellan det allmänna och en enskild utövare av hälso- och sjukvård kommit till stånd och verksamheten kommit igång kan det uppkomma omständigheter som gör att det allmänna upplever ett missnöje med verksamheten eller avtalssituationen. Det kan handla om att den enskilde vårdgivaren rent faktiskt bryter mot avtalet genom att inte leverera enligt de förpliktelser som angivits i avtalet eller, vilket kommer analyseras mer ingående i detta kapitel, fullgör huvuddelen av förpliktelserna enligt avtalet men på ett sätt som inte tillgodoser de avsikter det allmänna haft med avtalet. Exempelvis kan en vårdgivare uppfylla rent materiella krav på vad som anses vara en medicinskt sett *god vård* men i samband med det dra på sig klagomål eller ett dåligt anseende som vårdgivare genom ageranden eller beteenden som inte uppenbart strider mot de åtaganden som vårdgivaren åtagit sig genom det ingångna avtalet. Uppfattningen hos allmänheten och förvaltningen kan då vara den att relationen med den enskilda entreprenören inte bidrar till uppfyllelse av de välfärds mål som ligger till grund för verksamheten och avtalet som reglerar densamma. Det allmänna kan i ett sådant läge ha starka incitament för att förändra villkoren i avtalet eller helt komma ifrån avtalet.

Då vårdgivaren kan förmodas ha ett intresse av att kvarstå vid avtalet, fortsätta driva verksamheten och uppbära avtalat vederlag för detta kan det vara uppenbart obilligt för det allmänna att säga upp avtalet i förtid och kompensera vårdgivaren för detta ekonomiskt – köpa ut vårdgivaren. Detta då vårdgivaren sannolikt kommer göra gällande krav på full ersättning för de förlorade intäkter och den beräknade vinst som han hade kunnat uppbära om avtalet fått fortgå. För det allmänna uppkommer i en sådan situation både kostnaden för att köpa ut vårdgivaren och för att kompensera bortfallet av levererad vård genom att antingen leverera vården i egen regi eller anlita annan vårdgivare för att täcka upp bortfallet. Oavsett vilken lösning man väljer – egen regi eller ny upphandling – så blir kostnaderna påtagligt högre än vad som ursprungligen budgeterats. I det läget kan det vara önskvärt att antingen omförhandla avtalet för att få till bättre villkor – eller att söka få till en hävning av avtalet utifrån någon av de hävningsgrunder som avtalsrätten ger utrymme för. Vi ska nu undersöka vilka möjligheter som står till buds för det allmänna i den ovan skissade situationen.

6.1 Det allmännas möjlighet till omförhandling

Att försöka omförhandla avtalet eller delar av avtalet är en väg att förändra villkoren för parternas mellanhavanden som är förhållandevis effektiv i kommersiella avtalssituationer. Omförhandlingen innebär inte automatiskt någon tvistsituation varför konstruktivitet och ömsesidigt gynnsamma lösningar kan vara förhållandevis rimligt att förvänta sig som resultat av förhandlingen. Båda parter torde i sådant läge vilja nå en lösning som gynnar det gemensamma vinstintresset och den verksamhet båda parter driver. I relation till att driva en rättslig process – i allmän domstol eller via skiljeförfarande – är detta också en kostnadseffektiv metod. Behovet av företrädare inför rätten samt risken att stå skada i form av motpartens rättegångskostnader elimineras genom en omförhandling. Därtill riskerar en tvist leda till en oönskad publicitet som båda parter har vinning av att undvika. Incitamenten för att välja denna lösning är starka.

Avtal om vårdtjänster faller under den ovan nämnda B-kategorin²⁰⁹ av tjänster som tas upp i LOU och omfattas därigenom av det EU-rättsliga regelverket för offentliga kontraktets tilldelning. EU-domstolen har slagit fast att en väsentlig förändring av villkoren i ett kontrakt som upphandlats av det allmänna strider mot de begränsningar avseende urvalsmetod vid tilldelning av offentliga kontrakt som ges i artikel 20.2 i direktiv 93/38/EEG²¹⁰, vilket motsvaras av artikel 26 i direktiv 2014/24/EU. Möjligheten att omförhandla ett redan ingånget avtal blir mycket små om kommunen önskar tillföra eller förändra villkor i avtalet på ett sätt som gör att det uppstår väsentliga skillnader mot det ursprungliga upphandlingsunderlaget.²¹¹ Även om båda parter finner att en omförhandling skulle vara en föredragen metod så är denna otillåten. Därigenom stängs i allt väsentligt möjligheten för den upphandlande enheten – kommunen – att omförhandla avtalet med den enskilda vårdgivaren.

²⁰⁹ Se kapitel 5

²¹⁰ C-337/98, kommissionen mot Frankrike, REG 2000, s. I-8377, punkterna 44 och 46.

²¹¹ Morawetz, 2014, s. 90.

6.2 Hävning på grund av avtalsbrott

För att kunna häva ett avtal måste, som tidigare diskuterats, det föreligga ett väsentligt avtalsbrott eller en antecipation av att ett sådant väsentligt avtalsbrott kommer uppstå (se avsnitt 3.2.1.). Frågan uppstår då om det utifrån avtalet finns någon grund att anse att de principer som ligger till grund för välfärdsverksamheten är del av avtalet på ett sådant sätt att de kan anses utgöra grund för bedömning av vårdgivarens avtalsbrott. I det fall där det tydligt framgår av avtalet att de offentlighetsrättsliga principerna utgör grund för avtalet och det framgår en uttalad förpliktelse för vårdgivaren att agera i enlighet med dessa torde svaret vara uppenbart. I sådant fall kan kommunen peka direkt på en avvikelse i vårdgivarens uppfyllelse av sådan förpliktelse och häva avtalet. Detta kräver dock att avvikelsen från principen är väsentlig för att utgöra grund för hävning. En mindre avvikelse kan, även om den utgör ett avtalsbrott, inte läggas till grund för en hävning då hävningsinstitutet i svensk avtalsrätt fordrar *väsentlighet* i avtalsbrottet för att hävning ska kunna användas som påföljd.

Nu torde sådana uttryckliga referenser till de offentlighetsrättsliga principerna liksom grundprinciperna för hälso- och sjukvården endast i undantagsfall förekomma i de offentliga kontrakten. Att de materiella lagar som omgärdar verksamheten ska följas torde vara en självklarhet för avtalsparterna. Om inte annat följer det direkt av lag.²¹² Därför är det rimligt att anta att det vanliga är att, som i Stockholms Läns Landstings förfrågningsunderlag och Region Skånes avtalsmall²¹³, inte innefatta någon specifik hänvisning till de bakomliggande principerna utan endast till lagarna i allmänhet. Fråga är då om detta ändå även utan uttrycklig hänvisning kan anses utgöra del av vårdgivarens förpliktelser. För att utröna det måste man övergå i tolkning och utfyllning av avtalet.

6.2.1 Tolkning

En central del i fråga om vad som kan utgöra ett avtalsbrott är att fastslå vad som faktiskt ingår i det föreliggande avtalet. Utgångspunkten är, som diskuterats under avsnitt 2.3.1, att utgå från den skrivna texten och tolka dess betydelse. En språklig

²¹² Hälso- och sjukvårdslagen är formulerad så att den gäller för alla former av utövare av hälso- och sjukvård, även om det specificeras specifika uppgifter för Landsting, Kommuner och Socialstyrelsen i lagen.

²¹³ För att avgöra detta har ett mindre antal förfrågningsunderlag och avtal granskats. Förteckning över granskade avtal finns i Bilaga I och förteckning över granskade förfrågningsunderlag finns i Bilaga II.

tolkning får rimligen fokuseras till att utröna vilka förpliktelser som faktiskt ingår i avtalet och vad dessa innehåller. Här kommer en avgränsning i tolkningen behöva göras mellan vad som kan utläsas ur avtalstexten vid en subjektiv tolkning och vad som kan utläsas vid en objektiv tolkning. Det krävs utav den språkliga tolkningen att den på ett *objektivt* sätt ger vid handen att vårdgivaren *insett eller bort inse* att förpliktelserna hade den djupare innebörden att ytterligare förpliktelser följde av avtalet. I ett läge där det redan i ett tidigare skede av tolkningsprocessen konstaterats att avtalet saknar uttryckliga referenser till de bakomliggande offentlighetsprinciperna kan det vara svårt att göra en objektiv tolkning av avtalets lydelse som ger vid handen att vårdgivaren *bort inse* att dessa principer varit väsentliga för avtalet. Det finns därvid skäl att gå vidare i tolkningsprocessen. Den subjektiva tolkningen kan mycket väl ge vid handen att det *är möjligt* att tolka avtalet på sådant sätt att förpliktelserna innefattar ej uttryckta förpliktelser baserade på de offentlighetsprinciperna och inte enbart den materiella lagstiftningen. Dock riskerar en sådan subjektiv tolkning leda till den typ av förändring, i form av utsträckning, av villkor i avtalet, genom rubbning av partsbalansen, som kan leda till ogiltighet då det rör sig om ett offentligt kontrakt.²¹⁴

Madell anför att det i tolkningen av kommuners avtal med enskilda är viktigt att göra en helhetsbedömning av avtalet och vilka mål som avses uppfyllas genom avtalet.²¹⁵ För att göra en sådan helhetsbedömning bör man göra en kontextuell tolkning av avtalet, dvs. beakta de yttre omständigheter som omger såväl enskilda klausuler som avtalet som helhet. Det sammanhang inom vilket avtalet är satt att verka spelar i detta läge en påtaglig roll. Som tidigare redovisats är en tolkning i relation till kontext en möjlig och inte sällan använd tolkningsmetod varför det är skäligt att göra en sådan. Den inre kontexten beror på avtalets utformning i det specifika fallet och kan variera oerhört varför den är svår att säga något generellt om. Den yttre kontexten är dock lättare att resonera kring. Relationen mellan vårdgivaren och kommunen är mycket lik den mellan två enskilda företag där det ena företaget vill ha utfört vissa tjänster. I det specifika fallet rör det sig dock om en specifik typ av välfärdstjänster. Därav följer att vården och välfärden utgör viktiga komponenter i den kontextuella ramen. Det skulle med en sådan ansats inte

²¹⁴ Se kapitel 5.

²¹⁵ Madell, 1998, s. 119 f.

vara orimligt att nå en slutsats som pekar på att uppnåelse av välfärdsmål och uppfyllelse av de principer som bär upp det aktuella välfärdsområdet kan ses som en del av leverantörens förpliktelser. Dock återkommer här först frågan om väsentlighet, vilken kan ifrågasättas om ingen uttrycklig förpliktelse formulerats. Utav den processuella ram som omger upprättandet av denna typ av avtal följer att det huvudsakligen är kommunen som anger villkoren för avtalet genom upprättande av förfrågningsunderlag inför upphandlingen. Har de inte redan där tagit upp en uttrycklig förpliktelse hänförlig till de offentlighetsrättsliga principerna så kan man på god grund ifrågasätta förpliktelsens väsentlighet för kommunen. Ur den kontextuella ramen får inte heller utelämnas upphandlingsramverket och förbudet mot väsentliga förändringar av villkor. Vi måste därmed åter erinra oss den utveckling av EU-rätten, som inträffat sedan Madell skrev sin avhandling, genom vilken införts ett förbud mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt. En omtolkning av avtalet genom vilken större hänsyn tas till de välfärdsmål som avses uppnås skulle därmed riskera utlösa en förnyad upphandlingskyldighet²¹⁶, med de merkostnader och andra negativa effekter för verksamheten som sådan riskerar medföra.

6.2.2 Utfyllning av avtalet

Om nu inte avtalet kan tolkas på ett sätt som omfattar ytterligare förpliktelser för parterna så finns det anledning att testa möjligheten till utfyllning av avtalet. I den mån det finns en tvingande lagstiftning för verksamhetsområdet är det tveklöst så att de förpliktelser som följer av lagen också följer av avtalet. I övrigt finns det anledning att inta en restriktiv hållning till att via utfyllning förändra avtalsinnehållet. Dels anses det vara i strid med partsautonomin att retroaktivt påföra en avtalspart förpliktelser som inte upptagits till förhandling inför avtalsslutet. Den aktuella avtalsparten skulle i ett sådant förfarande berövas rätten och möjligheten att inför avtalsslutet göra en samlad övervägning kring avtalets förpliktelser kontra dess vederlag. Dels finns det utifrån rättssäkerhetshänsyn anledning att vara skeptisk till att i efterhand påföra ett kommersiellt avtal förpliktelser som är hänförliga till det allmännas intressen. Snarare vore det rimligt att, med hänvisning till HB 18 kap. 4 §, anse att kommunen under sådana

²¹⁶ Morawetz, 2014, s. 90.

omständigheter får ”*skulle sig själv, som sig ej bättre försåg*”. Därtill får vi återkomma till förbudet mot väsentliga förändringar i offentliga kontrakt och konstatera att samma problematik inträder vid utfyllning som vi tidigare identifierat vid tolkning.

6.3 Ogiltighetstalan utifrån förutsättningsläran

Vi har sett att det inte finns någon uppenbart framkomlig väg när det gäller att via tolkning eller utfyllning inkludera en förpliktelse för den enskilda vårdgivaren som inte redan givits uttryck för i avtalet. Därmed är kommunens möjlighet att hävda väsentligt avtalsbrott med hänvisning till sådan, ej uttryckt förpliktelse som grund för hävning kraftigt begränsad. I vart fall är det svårt att se på vilken grund en tvist i frågan skulle kunna leda till att kommunen får stöd från rättsordningen. Dock har vi inte prövat möjligheten att avtalet vilar på en felaktig förutsättning och därför eventuellt borde ogiltigförklaras.

6.3.1 Utgångspunkter

Förutsättningsläran ska inte ses som någon allmän möjlighet till att utträda ur ett avtal bara för att man är missnöjd med vederlagets omfattning eller kvalitet. Grunden i läran är att en väsentlig förutsättning för att alls ha ingått avtalet ska ha visat sig felaktig eller bristande. När två civilrättsliga subjekt tecknar avtal med varandra ses vinstsyftet som den bärande anledningen till avtalets uppkomst. Ur det perspektivet finns det ett spekulationsmoment i varje kommersiellt avtal i så mån att parterna inte med säkerhet kan veta att de kommer få avsett vederlag från avtalet. Rättsväsendet har inte heller visat någon tendens till att skydda vare sig kommersiella aktörer eller privatpersoner från den möjlighet att avtalet helt enkelt slår fel och vederlaget uteblir. I en kommuns avtal med en enskild vårdgivare är det inte ett traditionellt ömsesidigt vinstsyfte som ligger till grund för avtalet. Istället är avtalet ett sätt för kommunen att knyta till sig kompetens och förmåga avseende att utföra en uppgift som är central för den service och den välfärd som kommunen har att leverera till medborgarna. Att man väljer att göra det genom en samarbetspartner, en enskild vårdgivare i vårt fall, beror på olika överväganden avseende kvalitetsmässiga, organisatoriska, ekonomiska och rent ideologiska faktorer som mångfald och valfrihet. En grundläggande förväntan som kommunen rimligen har är att verksamheten som levereras ska vara kvalitetsmässigt jämförbar

eller bättre än den man organiserar i egen regi. I vart fall ska resultatet inte vara påtagligt sämre eller dyrare än alternativet att driva verksamheten i egen regi. Kommunen lägger sålunda ut verksamheten på entreprenad givet förutsättningen att de välfärdspolitiska målen ska kunna uppnås även genom en entreprenad driven verksamhet. Ett upprätthållande av de för välfärdsmålen uppfyllelse bärande principerna följer därav.

6.3.2 Förutsättning för viljeförklaringen

För kommunens del är uppfyllande av välfärdsmålen den bärande förutsättningen för varje avtal med enskilda vårdgivare. Andra förutsättningar och mål med att lägga verksamheten på entreprenad spelar troligen också in men huvudmålet torde vara att välfärdstjänster utförs och att välfärds mål nås. I de granskade avtalen och förfrågningsunderlagen²¹⁷ framkommer, med varierande tydlighet men ändå konsekvent, att avtalet innebär en förpliktelse för vårdgivaren att utföra vårdtjänster i enlighet med för sjukvården gällande lagstiftning. Direkta uttalanden gällande tillämplighet av de värden och principer som ligger till grund för HSL finns endast undantagsfall i avtalen. Hade kommunen valt att utföra vårdtjänsterna i egen regi så hade det varit en självklarhet för kommunen att beakta dessa varför det går att anta att det också är något som kommunen förutsätter att också en enskild vårdgivare ska göra.

6.3.3 Väsentlighetskravet

För att kunna göra gällande att en bristande förutsättning ska kunna läggas till grund för ett avtals ogiltighet krävs att förutsättningen är väsentlig. Enligt de definitioner av väsentlighetsrekvisitet som tidigare diskuterats i avsnitt 3.3.1. så måste förutsättningen vara av sådan vikt för löftesgivaren att vetskap om dess felaktighet, eller att den ska komma att brista, kunnat förväntas undanröja partsviljan avseende att teckna avtal till givna villkor. Det är ett medvetet högt ställt krav. När man studerar de grunder som kommunerna lagt för att, genom urvalskriterierna, diskvalificera enskilda vårdgivare från att lägga anbud på vårdavtal så framkommer ett mönster av att vårdgivare som dömts för brott eller felaktigheter i samband med

²¹⁷ Se bilaga I.

tjänsteutövningen²¹⁸. Att tjänsterna utförs i enlighet med de regler och etiska riktlinjer som ligger till grund för verksamheten förefaller sålunda vara av stor vikt för de upphandlande enheterna. Att det är av en stor vikt och en diskvalificeringsgrund för anbudsgivare ger stöd för att förutsättningen, att värden ska utföras på ett sätt som beaktar de värden och principer som lagstiftningen är satt att skydda, är väsentlig för kommunen. Just det faktum att tidigare förseelser där man brutit mot de värden och principer som värden vilar på specificeras som en diskvalificeringsgrund i urvalskriterierna talar synnerligen starkt för att kommunen vid vetskap om att förutsättningen skulle brista inte skulle teckna avtal med vårdgivaren. Samtidigt talar frånvaron av uttalade förpliktelser i avtalen, vilka baserats på de diskuterade principerna, för en lägre grad av väsentlighet. I ljuset av den expertkunskap på området som kommunen kan förväntas besitta och den processuella ramen för framtagande av såväl förfrågningsunderlag som slutligt avtal kan det också anföras att kommunerna haft goda förutsättningar för att inkludera sådana förpliktelser som man anser vara väsentliga och sålunda också utelämna sådana som man anser vara av mindre vikt. Den avgörande frågan handlar om ifall kommunen hade godtagit ett anbud och tecknat avtal med en viss entreprenör med vetskap – eller ett välgrundat antagande – om att denna entreprenör skulle åsidosätta för välfärden viktiga principer. Om kommunen hade haft samma handlingsfrihet som en enskild näringsidkare har i motsvarande läge så hade svaret troligen varit ett uppenbart nekande varvid man med största sannolikhet hade avstått från att teckna avtal med den aktuella anbudsgivaren. Nu begränsas istället kommunernas agerande till att endast kunna neka avtal till anbudsgivare som bryter mot något av urvalskriterierna, vilka är begränsade i sin utformning. Istället uppstår en situation där kommunen troligen tvingas anta ett anbud från anbudsgivare som man kan ha anledning misstänka kan riskera brista i sin prestation ifall dessa inte sällats bort genom urvalskriteriet. Vi återkommer till detta problem i den fortsatta analysen.

²¹⁸ Se förteckning av granskade förfrågningsunderlag i bilaga II.

6.3.4 Synbarhetskravet

Om det ovan kunnat konstateras att förutsättningen är väsentlig för kommunen och det i så grad att avtal inte skulle uppkomma om kommunen haft vetskap om dess brist så kommer vi till frågan om detta varit synbart för vårdgivaren. Synbarhetsrekvisitet har diskuterats i avsnitt 3.3.2. och konstanten av detta är att löftesmottagaren ska ha insett eller bort inse både att förutsättningen förelagat *och* varit väsentlig. Om förutsättningen ska vara synlig på ett sådant sätt att löftesmottagaren ska kunna förutses känt till den så får den inte vara oväntad eller ovanlig i sammanhanget. I fråga om utförande av välfärdstjänster är det svårt att se att det skulle vara oväntat att det föreligger en förutsättning från beställaren på att välfärdstjänsterna ska utföras på ett sätt som svarar mot välfärdsmålen. Snarare vore det rimligt att det skulle vara högst väntat. Den förskjutning mot större hänsyn till icke-ekonomiska faktorer som följer av det nya upphandlingsdirektivet gör det rimligt att en anbudsgivare åtminstone i något skede av processen funderar över vilka mål den upphandlande enheten har satt upp, förutom att köpa något till lägsta pris. Vid en sådan reflektion över den upphandlande enhetens avsikter torde uppfyllelse av välfärds mål inte vara en främmande tanke. I det aktuella fallet ligger dessutom offentlig särlagstiftning till grund för hur vårdtjänster ska utföras. En näringsidkare som satt sig för att leverera vårdtjänster till det allmänna bör kunna förväntas sätta sig in i vilken lagstiftning som rör området. Nu är förvisso inte den materiella lagstiftningen detsamma som de värden och principer den är satt att upprätthålla. Det är inte heller alltid så att lagstiftaren fullt ut lyckas formulera materiell lag som täcker in alla de aspekter som man önskar reglera. Dock ger lagstiftningen genom sin blotta existens en tydlig signal om att det i den finns värden som skall upprätthållas. Vad som möjligen skulle tala för att i vart fall inte väsentligheten varit synbar är frånvaron av uttryckliga förpliktelser i avtalet. Det torde, efter en samlad bedömning, vara svårt att hävda att förutsättningen inte varit synbar eller att dess väsentlighet inte varit synbar givet det ovan nämnda. I vart fall är förutsättningen och dess väsentlighet för löftesgivaren något som en anbudsgivare i detta sammanhang bort inse.

6.3.5 Innebörden av löftesgivarens goda tro

I avsnitt 3.3.3 diskuterades förutsättningarna för löftesgivarens goda tro avseende brist eller felaktighet i dennes förutsättningar. I fallet med en kommunal upphandling av välfärdstjänster så sätter det processuella ramverket upp andra förutsättningar för bedömningen av detta än vad som är fallet då två enskilda parter träffar ett avtal med varandra. Urvalskriterierna²¹⁹ i upphandlingsrätten spelar här rollen av ett tveeggat svärd. I ett första påseende så kan urvalskriterierna fungera sållande, ifall de utformats med en sållande avsikt, så att anbudsgivare vilka kan kopplas till omständigheter som skapar en grund för presumtion om bristande fullgörelse utesluts ur processen.²²⁰ De kvarvarande anbudsgivarna blir då sådana som inte får hindras från deltagande i processen och inte får förhindras att lägga anbud som kan bli vinnande i upphandlingsförfarandet. Om kommunen inte genom urvalskriterierna sållat bort en anbudsgivare så får omständigheter som annars skulle kunna föranleda en misstanke om bristande eller felaktig förutsättning inte läggas anbudsgivaren till last på så sätt att avtal nekas. Löftesgivaren kan i det här fallet, genom den processuella ramen, tvingas teckna avtal med en part som man annars möjligen hade valt bort på grund av synbara, besvärande omständigheter.

Den processuella ramen skapar här en svårighet i bedömningen av löftesgivarens goda tro. En konsekvens av formkraven i LOU blir att en upphandlande enhet som har vetskap om omständigheter som indikerar en risk för att det ska kunna uppkomma en brist i motpartens prestation inte kan välja att inte erbjuda avtal om den aktuella anbudsgivaren passerat urvalskriterierna och dessutom lagt det lägsta budet. Den upphandlande enheten riskerar härvid hamna i situationen att de i ett första läge inte kunnat neka avtal med mindre än att avbryta och göra om upphandlingen (med föreliggande risk för kostnaden för skadestånd²²¹) och i andra hand tecknat ett avtal med en anbudsgivare vars prestationsförmåga det funnits anledning att hysa tvivel gällande. Kommunen avskärs i det senare fallet från möjligheten att vara i god tro avseende denna risk för att deras förutsättning (att välfärdsmålen ska nås) samtidigt som de kanske inte kunnat välja en annan avtalspart. I det fall att kommunen verkligen inte haft, eller bort ha, kännedom om

²¹⁹ Sundstrand, 2012, s. 202 f.

²²⁰ Direktiv EU/2014/24 art. 34.2.

²²¹ LOU 16 kap. 20 §.

någon omständighet som skulle kunna indikera en risk för att deras förutsättning skulle brista är naturligtvis situationen den att kommunen alltjämt kan anses vara i god tro.

6.3.6 Riskrequisitet

Frågan om ifall det är skäligt att lämpa över risken för en löftesgivares bristande förutsättning är i mångt och mycket den slutliga prövningen i förutsättningsläran. När det är fråga om ouppfyllelse av välfärdsmålsrelaterade principer så blir bedömningen synnerligt komplex. Utifrån välfärdspektivet finns det goda skäl att lägga risken för entreprenörens bristande fullgörelse på denne men mot detta ställs flera grundsatser i avtalsrätten. Argumentet att löftesgivaren bort se till att värna välfärdsprinciperna genom formulering av uttryckliga avtalsförpliktelser är starkt knutet till både viljeprincipen och tillitsprincipen. Samtidigt går det att ifrågasätta om en entreprenör inom vården ska kunna tillgodoräkna sig en otillbörlig vinst genom bristande fullgörelse som drabbar det allmännas uppbärande av avsett vederlag. Det finns ett uppenbart samhällsintresse att domstolarna agerar preventivt gentemot beteenden som skadar tilltron till den gemensamma välfärden samtidigt som man prevenirar mot alltför vidlyftigt tillämpande av argumentet *bristande förutsättning* för att komma ifrån avtal som blivit betungande eller obilliga för det allmänna. Någon entydig och generell fördel för det ena eller det andra synsättet förefaller omöjlig att presentera utan att beakta fakta i det enskilda fallet; avtalets utformning och omfattning, parternas relativa styrkor, graden av brist i löftesgivarens förutsättning och vilken bedömning som görs av tillämpningen av godtrosrequisitet i ljuset av upphandlingsregelverket. Dock borde det inte vara orimligt att se det som en möjlig utgång av en samlad bedömning att risken för en vårdleverantörs bristande fullgörelse av principer som bär upp hälso- och sjukvården läggs på leverantören.

6.3.7 Sammanvägning av förutsättningsläran

Det allmännas avtal med enskilda vårdgivare skiljer sig så åt från sedvanliga kommersiella tjänsteavtal att det inte är ett ömsesidigt ekonomiskt vinstintresse som ligger till grund för avtalet. Den enskilda utförare av vårdtjänsterna förväntas vara förtrogen med de regelverk och principer som bär upp hälso- och sjukvården varför det finns fog för det allmänna att förutsätta att utföraren ska utföra tjänsterna på ett sätt som speglar dessa principer. Att denna förutsättning föreligger för det allmänna och att den är väsentlig för deras vilja att teckna avtal med enskilda utförare är rimligen synbart för en professionell aktör på området och något som sådana bör inse. Det finns en omfattande problematik i huruvida upphandlande enheters eventuella goda tro avseende bristande förutsättning ska analyseras. Lösningar på interaktionen mellan upphandlingsrätten och förutsättningslärans godtrosrekvisit som inte avskär kommunerna från att göra bristande förutsättningar gällande som ogiltighetsgrund borde dock vara önskvärda att finna. Den avslutande bedömningen avseende vem som ska bära risken för kommunens bristande förutsättning när vårdtjänster fullgörs på ett otillfredsställande sätt blir en komplex avvägning mellan flera olika principer som bär upp både välfärden och den allmänna samfärdseln.

6.4 Sammanfattning

Vi har ovan sett hur interaktionen mellan avtalsrätten och upphandlingsrätten skapar en del problematiska situationer då den senare begränsar kommunernas handlingsfrihet. I avtalsrätten är partsautonomin central och möjligheten att välja att teckna eller att inte teckna avtal med en viss medkontrahent är central. Genom upphandlingsregelverket uppstår ett antal begränsningar i upphandlande enheters handlingsfrihet som gör det komplicerat att tillämpa de sedvanliga avtalsrättsliga arbetsmetoderna för att avgöra huruvida det allmännas medkontrahent fullgjort förpliktelser enligt avtalet eller ej och hur det avtalsrättsliga ramverket ska tillämpas i fall där väsentligt avtalsbrott inte är uppenbart.

Förbudet mot väsentliga förändringar i tecknade avtal skapar stora begränsningar avseende möjligheten att tolka eller fylla ut avtal utan att man riskerar hamna i situationen att det kan ses som ett nytt avtal, med den oönskade effekten att det kan betraktas som en otillåten direktupphandling varpå kan följa både ogiltighet och upphandlingsskadeavgift. Inte heller förutsättningsläran ger någon rimlig lösning

på problematiken. Även om det går att argumentera för att uppfyllelse av välfärdsmålen är en väsentlig och synbar förutsättning för det allmänna när avtalet ingås så sätter upphandlingsregelverket upp hinder för den handlingsfrihet som man utgår från när man analyserar och bedömer parternas insikter och ageranden utifrån förutsättningsläran. Det är i ljuset av inskränkningarna i det allmännas handlingsfrihet tveksamt om förutsättningsläran alls går att tillämpa på avtal som tecknats efter en offentlig upphandling. Det kan till och med finnas anledning att ställa sig frågan om det avtalsrättsliga ramverk vi har är särskilt lämpligt att tillämpa i situationer där partsautonomin och handlingsfriheten är begränsad för den ena parten och de sedvanliga metoderna för att avgöra tvister om avtals innehåll eller eventuella ogiltighet blir svårtillämpliga.

7 Sammanfattning och slutsatser

Den svenska välfärden består av en mängd tjänster som utförs av det allmänna. I första hand är det primär- och landstingskommuner som ansvarar för att dessa välfärdstjänster levereras till medborgarna. Relationen mellan medborgarna och andra enskilda rättssubjekt å ena sidan och det allmänna å den andra regleras genom de offentligrättsliga regelverken med utgångspunkt i regeringsformen och de vidare utvecklade principerna om legalitet, objektivitet, likhet och självständighet för våra myndigheter. Hälso- och sjukvården regleras i mångt och mycket genom HSL. Genom HSL skyddas värden som ligger till grund för begreppet god vård och de prioriteringar som görs inom vården styrs av fyra principer; lika villkors-principen, människovärdesprincipen, behovs-solidaritetsprincipen och kostnads-effektivitetsprincipen. Rangordningen mellan dessa gör att kostnadseffektivitets-resonemang alltid ska vara efterställda vad som uppkommer genom de andra principerna.

Mycket av den svenska välfärden levereras idag genom enskilda som genom avtal med det allmänna givits uppdrag och resurser för att leverera välfärdstjänsterna. Upprättande och tilldelning av dessa avtal styrs av upphandlingsregler som har sitt ursprung i EU-rätten. Dessa regler syftar till att främja konkurrensen mellan olika aktörer för att gynna ett effektivt resursutnyttjande, ekonomisk tillväxt, internationell handel på den gemensamma marknaden samt gemensamma samhällsmål som man önskar uppnå genom den offentligt finansierade verksamheten. Regelverket förbjuder generellt sett direktupphandling och förändring av väsentliga villkor i ett offentligt kontrakt är jämförbart med otillåten direktupphandling. Regelverket sätter också upp ett processuellt ramverk inom vilket en upphandlande enhet måste hålla sig när man tecknar och utvärderar avtal.

Som ett resultat av det processuella ramverket följer ett antal begränsningar i det allmännas handlingsfrihet när de ska ingå avtal med enskilda aktörer och dessa avtal omfattas av upphandlingsregelverket. Dessa inskränkningar i handlingsfriheten påverkar i grunden, den för avtalsrätten centrala, partsautonomin. Kommuner som upphandlar vård och andra välfärdstjänster är hindrade från att neka avtal till anbudsgivare som inte fallit bort efter den sällning som upphandlingens urvalskriterier skapar. En effekt det får är att kommuner inte kan välja bort en

anbudsgivare baserat på informationer eller omständigheter som för en näringsidkare i samma situation skulle utgöra starka incitament till att överväga att inte alls ingå avtal med den aktuella motparten, vilket får inskränkande konsekvenser vid tillämpning av avtalsrättens olika metoder för att lösa en tvist mellan parterna. Traditionella metoder för att lösa tvister mellan avtalande parter, såsom tolkning och utfyllning, blir kraftigt begränsade i sin tillämplighet på grund av att de lätt leder till en väsentlig förändring av avtalet. Då sådana förändringar, enligt EU-rättsliga bedömningar, ger vid handen att ett nytt avtal uppkommit utan föreskriven ny upphandling så bedöms det nya avtalet som tillkommit genom en otillåten direktupphandling. Konsekvensen av det kan bli att avtalet förklaras ogiltigt och att kommunen drabbas av upphandlingsskadeavgift och/eller skadestånd.

Att utifrån perspektivet att kommunens förutsättning för avtalet – uppfyllelse av vissa välfärds mål – försöka angripa det ursprungliga avtalet genom förutsättningsläran har också visat sig innebära ett flertal problem. Då förutsättningsläran baseras på en närmast oinskränkt partsautonomi och handlingsfrihet för de avtalande parterna så innehåller den ett flertal moment där löftesgivaren antas agera på sätt som upphandlingsregelverket sätter upp hinder för. Det är, utifrån den inskränkta partsautonomi och begränsade handlingsfrihet som drabbar kommunerna, tveksamt om det alls är möjligt att tillämpa förutsättningsläran när vi har att göra med kontrakt uppkomna genom offentlig upphandling.

Det kan utifrån vad som framkommit i denna uppsats ifrågasättas om det avtalsrättsliga ramverk vi idag har är särskilt lämpat för att hantera relationen mellan det allmänna och enskilda utförare av välfärdstjänster. I de fall där det inte går att påvisa ett väsentligt avtalsbrott från den enskilda utförarens sida förefaller den enda lösning som står det allmänna till buds, i det fall man vill frånträda avtalet, vara att köpa ut utföraren från kontraktet. Detta då varken omförhandling eller sedvanliga tvistlösningsmekanismer som kan leda till jämkning eller ogiltighet går att tillämpa på de sätt som de vanligtvis används i relationen mellan två enskilda, civilrättsliga subjekt.

Abstract

In this essay it is examined how the interaction between the regulations regarding public procurement and commercial contract law is causing problems for the public to uphold principles of the welfare state through the regular proceedings of contract law. Focus is set on the possibility that public welfare objectives might not be met by the delivery of health services through private contractors. The thesis gives a general introduction to the essentials of national commercial contract law and then a deeper review of the teachings relating to false presumptions on the side of the one party of a contract. A brief introduction to the most basic principles of public law, health service legislation and public procurement under EU-regulations is then followed by an analysis of the possibilities for the public, in our case a regional municipality, to leave a contract when there is a public dissent related to the services provided. The thesis concludes that the possibilities for the public to act upon such dissent is highly limited and possibly the only way the public can move forward is by a buy-out. Unless, of course, there is an essential breach of the contract.

8 Referenser

Offentligt tryck

Direktiv 93/38/EEG

Direktiv 2004/18/EG

Direktiv 2014/24/EU

Fördraget om Europeiska unionen

Kommissionens meddelande om offentlig-privata partnerskap och EG:s lagstiftning om offentlig upphandling och koncessioner, KOM(2005)0569 slutlig, 15.11.2005.

Proposition 1915:83

Proposition 1973:90

Proposition 1975/76:81

Proposition 1981/82:97

Proposition 1996/97:60

SOU 1963:17 *Författningsutredningen*

SOU 1979:78 *Mål och medel för hälso- och sjukvården*

SOU 1995:5 *Vårdens svåra val*

UNIDROIT Principles of Commercial Contracts

Litteratur

Adlercreutz A. och Gorton L., *Avtalsrätt II*, 6:e uppl., Juristförlaget, Lund, 2010.

Adlercreutz A. och Mulder B. J., *Avtal – lärobok i allmän avtalsrätt*, 13:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.

Bengtsson B., *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1967.

- Flodgren B., *Förutsättningsläran – ett komplement till Avtalslagen*, i Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz och Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005.
- Hedwall M., *Tolkning av kommersiella avtal*, 2:a uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2004.
- Heidbrink J., 'Avtals uppkomst – dags att se bortom avtalslagen', *SvJT 2007*, s. 673-708.
- Hellner, J., Hager, R. och Persson, A. H., *Speciell avtalsrätt II – kontraktetsrätt, 1:a häftet. Särskilda avtal*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2013.
- Hellner J., Hager R. och Persson A. H., *Speciell avtalsrätt II – kontraktetsrätt, 2:a häftet. Allmänna ämnen*, 5:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2011.
- Hettne, J. & Otken Eriksson, I. (red), *EU-rättslig metod – Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2:a uppl. Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.
- Jareborg, N., 'Rättsdogmatik som vetenskap', *SvJT 2004* s. 1-10.
- Johansson, L., *Banker och internet – särskilt om kundaktiverade betalningsfunktioner*, Iustus Förlag, Uppsala, 2006.
- Kulin-Olsson, K., *Juridikens fundament – med grundläggande juridisk metodlära*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2011.
- Lehrberg B., *Förutsättningsläran*, Iustus Förlag, Uppsala, 1989.
- Lehrberg B. *Förutsättningsläran då och nu*, i Flodgren, Gorton, Lindell-Frantz och Samuelsson (red.) *Avtalslagen 90 år – Aktuell nordisk rättspraxis*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2005.
- Lehrberg B., *Avtalstolkning*, 6:e uppl., Iusté AB, Uppsala, 2014.
- Lerwall, L. 'En utökad lagprövningsrätt – en kostym eller en tumme?' *SvJT 2007*, s. 827-843.
- Madell, T., *Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 1998.

Morawetz F., '36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt', *JT2014/15*, s. 88-104.

Peczenik, A., 'Juridikens allmänna läror', *SvJT 2005*, s. 249-272.

Ramberg, C. och Ramberg, J., *Allmän avtalsrätt*, 9:e uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014.

Ramberg J. och Herre J., *Allmän köprätt*, 6:e uppl., Norstedts Juridik, Vällingby, 2012.

Sandgren, C., *Vad är rättsvetenskap*, i C Magnusson och P Wahlgren (red), *Festskrift till Peter Seipel*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2006.

StAAF A. och Zanderin L. *Förvaltningsrätt*, Liber Förlag, Stockholm, 2011.

Strömberg H. och Lundell B., *Allmän förvaltningsrätt*, Liber Förlag, Stockholm, 2011.

Sundstrand, A., *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag AB, Stockholm, 2012.

Westberg, P., *Prejudikattolkningens ABC*, i Numhauser-Henning, A. (red), *Festskrift till Anna Christensen*, Juristförlaget, Lund, 2000.

Elektroniska lagkommentarer

Grönfors K och Dotevall R., *Avtalslagen – En kommentar*, 1 maj 2014, Zeteo.

Ramberg C. 'Avtalslagen 2010' [webbsida], <www.avtalslagen2010.se>, hämtad 20 maj 2015.

Rättsfall

Mål 292/82, Merck, REG 1983, s. 3781.

Mål 337/98, Frankrike, REG 2000, s. 8377.

AD 2014 nr. 39

NJA 1933 s. 25

NJA 1937 s. 518

NJA 1941 s. 159

NJA 1950 s. 560

NJA 1950 s. 389

NJA 1952 s. 434

NJA 1958 s. 177

NJA 1962 s. 276

NJA 1970 s. 72

NJA 1974 s. 508

NJA 1981 s. 269

NJA 1981 s. 323

NJA 1984 s. 280

NJA 1985 s. 178

NJA 1995 s. 437

NJA 1996 s. 410

NJA 1997 s. 5

NJA 1997 s. 645

NJA 1999 s. 71

NJA 2007 s. 86

NJA 2012 s. 725

Bilaga I – Förteckning vårdavtal

Region Skåne

Falck Ambulans AB, *Akuta hembesök av läkare*, avtalsnr: 1100830, 2011-10-13.

Aleris AB, *Specialistvård vissa vårdtjänster*, Referensnr: 1202751-01, 2013-02-07.

Movement Medical AB, *Specialistvård vissa vårdtjänster*, Referensnr: 1202751-08, 2013-02-07.

SDS-kliniken AB, *Specialistvård vissa tjänster*, Referensnr: 1202751-10, 2013-02-06.

Österlenkirurgin, *Specialistvård vissa vårdtjänster*, Referensnr: 1202751-14, 2013-02-06.

Hven Sjuksköterskemottagning, *Distriktsjuksköterskeinsatser på Ven*, Avtalsnr: 1300748, 2013-07-31.

Capio Närsjukvård AB, *Avtal avseende reumatologi i öppenvård*, Referensnr: 1400166, 2014-07-02.

Stockholms Läns Landsting

Fertilitetscentrum Stockholm AB, Om köp av IVF-behandlingar, dnr: HSN0908-0762

Bilaga II – Förfrågningsunderlag

Stockholms Läns Landsting

FFU ASiH 2015, *Avancerad sjukvård i hemmet.*

FFU BMM 2015, *Barnmorskemottagning.*

FFU BVC 2015-01-01, *Barnvårdscentral.*

FFU Vårdval förlossning 2014, *Förlossning.*

FFU HLM 2014, *Husläkarmottagning.*