



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Filip Odell

Avslutande av upphandlade kontrakt

Implementeringen av artikel 73 i direktiv 2014/24/EU i svensk rätt

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: period 1 HT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	6
1.1 Bakgrund	6
1.2 Syfte och frågeställningar	7
1.3 Metod	7
1.4 Material	9
1.5 Avgränsningar	10
1.6 Forskningsläge	11
1.7 Terminologi	12
1.8 Disposition	13
2 REGLERINGEN AV OFFENTLIG UPPHANDLING	14
2.1 Allmänt	14
2.2 Ogiltighet av upphandlade kontrakt	16
2.3 Direktiv 2014/24/EU	17
2.3.1 Artikel 72 – Ändring av kontrakt under löptiden	18
2.3.2 Artikel 73 – Uppsägning av kontrakt	20
2.4 Implementering av artikel 73 i NLOU	22
3 DEN SVENSKA AVTALS RÄTTEN	26
3.1 Allmänt	26

3.2	Ogiltighet p.g.a förutsättningar vid avtalets ingående	27
3.3	Ändrade förutsättningar under avtalets löptid	28
3.3.1	Oskälighet enligt 36 § AvtL	29
3.3.2	Förutsättningsläran	30
3.3.3	Force majeure	31
3.4	Avtalstolkning	31
3.5	Rättsföljder	33
3.6	Skadestånd	35
4	DET OFFENTLIGA SOM AVTALSPART	37
4.1	Allmänt	37
4.2	Upphandlande myndighet som avtalspart	38
4.3	Skadestånd i offentlig upphandling	40
5	ANALYS OCH SLUTSATSER	43
5.1	Inledning	43
5.2	Implementeringen av artikel 73	43
5.3	Analysverktyg	45
5.3.1	Exempel A – Svek	45
5.3.2	Exempel B – Ändrade förutsättningar	46
5.3.3	Exempel C – Ond tro	47
5.3.4	Exempel D – Avgörande av EU-domstolen	48
5.4	Möjligheter att avsluta ett upphandlat kontrakt	50
5.5	Avtalsrättens förhållande till upphandlingsrätten	51
5.6	Slutsatser	53
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Summary

Public procurement law is often described as part civil law and part public law. The public procurement regulation has despite this traditionally been viewed as primarily regulating the procedure of public procurement, and thus without any influence on national contract law. The contract law has thereby been described as a sacred cow, outside the reach of public procurement regulation. Following the regulation of termination of contracts in directive 2014/24/EU, the question regarding the mutual influence of the respective jurisprudence is put to the test. The purpose of this paper is thus to determine whether the Swedish implementation of article 73 in directive 2014/24/EU fulfills the requirements of a possibility for termination of contract for a contracting authority. As a part of this, the correlation between Swedish contract law and the public procurement regulation is reviewed.

The paper shows that the opinion of the independence of contract law in regards to public procurement is still upheld in Swedish legislative history. The primary development of public procurement regulations is however showing that public procurement law is encompassing more and more of the public contract. The paper also shows that the implementation of article 73 is flawed, which can be seen in the fact that the translation errors in the Swedish version of the directive is carried over to Swedish legislation. The legislation ultimately makes the courts responsible for securing the possibilities for a contracting authority to terminate a contract. Swedish contract law offers some possibilities to terminate a contract, but the contracting authority will primarily be responsible for regulating the subject in their contract. The contracting authority might, despite this, be liable to pay substantial damages.

As the legislator has chosen to leave the matter to the courts to decide, there is a need for the courts to consider the requirements of directive 2014/24/EU. There is a possibility that there is a need for the Swedish contract law to be interpreted in the light of the EU law. This might be hindered by the strict separation of public procurement law and contract law that is currently advocated. The paper presents a number of conclusions, one being that there is great advantages to abandoning this separation and instead acknowledge the mutual influence that is apparent. Such a view on the borderland between contract law and public procurement law would ensure that Swedish law fulfills the requirements of directive 2014/24/EU.

Sammanfattning

Upphandlingsrätten beskrivs ofta som hälften civilrätt och hälften offentlig rätt. Trots detta har upphandlingsrätten traditionellt betraktats som en förfarandereglering, vilken inte ansetts ha någon påverkan på den nationella avtalsrätten. Avtalsrätten har som en följd av detta beskrivits som en helig ko, utanför upphandlingsrättens räckvidd. I och med reglering av avslutande av avtal i direktiv 2014/24/EU/ ställs emellertid frågan om rättsområdenas inbördes påverkan på sin spets. Syftet med arbetet är således att utreda huruvida den svenska implementeringen av artikel 73 i direktiv 2014/24/EU uppfyller direktivets krav på säkerställande av en upphandlande myndighets möjlighet att avsluta kontrakt. Som en del i detta granskas den svenska avtalsrättens förhållande till upphandlingsrätten.

Utredningen visar att uppfattningen att den svenska avtalsrätten inte påverkas av upphandlingsrätten alltjämt kvarstår i de svenska förarbetena. Den generella utvecklingen går dock mot att regleringen av offentlig upphandling i allt större del omfattar samtliga aspekter av det upphandlade kontraktet. Utredningen visar även att implementeringen av artikel 73 är bristfällig, vilket bland annat återspeglas i att den begreppsmässiga inkonsekvensen i den svenska översättningen av direktivet förs vidare till svensk lagstiftning. Utformningen av den svenska lagstiftningen innebär att domstolarna ytterst ansvarar för den upphandlande myndighetens möjlighet att avsluta ett upphandlat kontrakt. Den allmänna avtalsrätten erbjuder vissa möjligheter att avsluta ett avtal, men till största del åligger det den upphandlande myndigheten att reglera frågan i avtal. Upphandlande myndighet riskerar dock, trots att den reglerar frågan i avtalet, kraftiga skadestånd.

Då lagstiftaren valt att ytterst överlämna till rättstillämpningen att avgöra frågan krävs det att de allmänna domstolarna beaktar kraven i direktiv 2014/24/EU och vid behov gör en mer eller mindre uttrycklig EU-konform tolkning av den svenska avtalsrätten. Detta försvåras dock av den strikta uppdelningen i förfarandelagstiftning och avtalsrätt som för tillfället råder. Uppsatsen presenterar ett antal slutsatser, bland annat att det finns stora fördelar i att släppa den strikta uppdelningen av rättsområdena och istället vidkänna den ömsesidiga påverkan som faktiskt finns. En sådan pluralistisk syn på gränslandet mellan avtalsrätt och offentlig upphandling skulle säkerställa att svensk lagstiftning uppfyller direktivets krav, och samtidigt medföra ett tydligare samspel mellan de olika rättsområdena.

Förord

Denna uppsats utgör kulmen av fyra och ett halvt års studier vid Juridicum i Lund. Det har varit en tid av stor glädje och en fantastisk erfarenhet som jag ser tillbaka på med stor tacksamhet. Tack till familj och vänner som stöttat mig under dessa år med såväl uppmuntran som återkoppling.

Tack till Simon och Jakob för ovärderlig feedback, genomläsningar och uppmuntran när motivationen tryter. Nu går vi tillsammans mot nya utmaningar! Tack till min handledare Henrik Norinder för din flexibilitet, värdefulla synpunkter och för att jag alltid gick ifrån våra möten med ny energi.

Tack till Upphandlingsenheten i Malmö stad som erbjöd mig en praktikplats och tog emot mig med öppna armar. Ni väckte ett intresse för upphandling och lade grunden för detta uppsatsämne. Ett speciellt tack till Franciska Nermark för din handledning under praktiken, och för alla små tips och tricks som kommer komma till stor användning i mitt kommande arbetsliv.

Mitt allra största tack går till min fästmö Carolin. Den här uppsatsen hade inte varit vad den är utan dig. Tack för att du står ut med mig och för ditt villkorslösa stöd. Det här är slutet på resan och början på en ny.

Södertälje, den 4 januari 2017

Filip Odell

Förkortningar

AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (Vienna, 1980)
Direktiv 2014/25/EU	Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
Direktiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
Direktiv 2014/23/EU	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner
Direktiv 2007/66/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplagen (1990:931)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MD	Marknadsdomstolen
NJA	Nytt juridiskt arkiv
NLOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
NLUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review
Prop	Proposition
SkadestL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvjT	Svensk Juristtidning
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Offentlig upphandling är ett rättsområde under konstant utveckling och antagandet av direktiv 2014/24/EU¹ innebar en milsten för unionsrätten. Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, får som följd se sig ersatt av en nyare, ”modernare” och ”mer lättillämpad” lagstiftning. Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, NLOU,² för med sig ett antal nyheter och är resultatet av vad som beskrivits som ett av de största lagstiftningsprojekten i svensk historia.³ En av de kanske mest betydande nyheterna utgörs av den upphandlingsrättsliga regleringen av avslutande av avtal.

Upphandlingsrätten beskrivs ofta som hälften civilrätt och hälften offentlig rätt. Området utgör således skärningspunkten mellan två separata rättsområden, med åtskilda intressen som stundom står i konflikt med varandra. Inom upphandlingsrätten möts likaså strävan efter att upprätthålla unionens fria inre marknad med medlemsstaternas ansträngningar att värna sina nationella intressen.

Upphandlingsrätten har traditionellt betraktats som en förfarandereglering, vilken inte ansetts ha någon påverkan på den nationella avtalsrätten. Avtalsrätten har som en följd av detta beskrivits som en helig ko, utanför upphandlingsrättens räckvidd.⁴ EU-domstolens strävan efter att upprätthålla den inre marknaden och effektiviteten av regleringen har dock inneburit ett antal vägvinnande rättsfall, något som resulterat i att upphandlingsregleringen allt mer spiller över till avtalsfasen. Som ett exempel på detta har således upphandlingsrätten funnits reglera vilka ändringar som får göras på ett tilldelat kontrakt, samtidigt som upphandlingsrätten utökats med reglering om avtals ogiltighet.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

² Nya LOU, i arbetet förkortad NLOU.

³ Upphandling24, <http://upphandling24.se/propositionen-klar-riksdagen-avgor-i-host/>, besökt 2017-01-03.

⁴ Treumer (2007) s. 371f.

I och med det nya direktivets regler om avslutande av avtal ställs frågan om rättsområdenas inbördes påverkan på sin spets. Implementeringen lämnas i själva verket till stor del över till rättstillämpningen att avgöra, vilket medför att det är upp till domstolarna att säkerställa Sveriges efterföljande av det nya upphandlingsdirektivet. Fram till dess att frågan prövats befinner sig således rättsläget i något av ett upphandlingsrättsligt gungfly.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med arbetet är att utreda huruvida den svenska implementeringen av artikel 73 i direktiv 2014/24/EU uppfyller direktivets krav på säkerställande av en upphandlande myndighets möjlighet att avsluta kontrakt. Den svenska transformeringen av direktivet medför att stor vikt läggs vid att den svenska avtalsrätten säkerställer den upphandlande myndighetens möjligheter att avsluta ett kontrakt. En betydande del av uppsatsens syfte är således att granska den svenska avtalsrättens förhållande till upphandlingsrätten. I den mån det förekommer brister i implementeringen riskerar Sverige att bryta mot EU-rätten, och uppsatsen ämnar även belysa hur detta kan undvikas.

Inom ramen för uppsatsens syfte avses följande frågeställningar behandlas:

- Vilka avtalsrättsliga möjligheter att avsluta ett avtal föreligger för en upphandlande myndighet, samt vilka avtalsrättsliga följder kan ett sådant avslutande få?
- I vilka situationer har de allmänna domstolarna beaktat den upphandlingsrättsliga regleringen vid avtalsrättsliga frågeställningar?
- Uppfyller den svenska implementeringen av artikel 73 i direktiv 2014/24/EU EU-rättens krav på avslutande av kontrakt?

1.3 Metod

För att uppfylla arbetets syfte och besvara frågeställningarna används primärt den rättsdogmatiska metoden, även kallad den juridiska metoden. Denna anses vara den i Sverige vanligast förekommande rättsvetenskapliga arbetsmetoden.⁵ För arbetets vidkommande innebär detta att gällande rätt fastställs enligt rättskälleläran, rättskällorna har således granskats och rangordnats efter betydelse. Detta innebär att lag, förarbeten, rättspraxis och

⁵ Peczenik (2005) s. 249.

sedvana används för att analysera den rättsliga regleringen, med rättslig doktrin som stöd.⁶

Offentlig upphandling bildar en förening av svensk nationell rätt och EU-rätt, vilket medför vissa problem i hanteringen av rättskällorna. Vid fastställande av gällande EU-rätt utgör de grundläggande fördragen, de allmänna rättsprinciperna, bindande sekundärrätt, internationella avtal samt EU-domstolens och tribunalens praxis bindande rättskällor. Förarbeten, europarättslig doktrin och icke-bindande sekundärrätt anses i sin tur endast vara vägledande.⁷ I den mån de svenska rättskällorna och de EU-rättsliga rättskällorna säger emot varandra kommer detta att kommenteras och källorna värderas mot varandra. Vid tolkning av rättskällorna kommer den teleologiska tolkningsmetoden användas då det är den metod som primärt används för att tolka unionsrätten.⁸

Den rättsdogmatiska metoden begränsas av att den huvudsakligen studerar gällande rätt, och således inte kan användas för att utreda de faktiska effekterna av rätten. Den medför även vissa problem vid hanteringen av nya rättsområden som har begränsat källmaterial.⁹ Uppsatsen syftar till att kritiskt granska implementeringen av artikel 73 i svensk rätt, samt att erbjuda ett framåtblickande perspektiv rörande tolkningen av rättsläget.

Uppsatsens andra frågeställning ämnar inte att beskriva gällande rätt, och således passar den rättsdogmatiska metoden sämre för att besvara frågeställningen. Frågeställningen har för avsikt att exemplifiera de praktiska implikationerna som området ställer domstolarna inför och därigenom belysa eventuell problematik med att överlämna implementeringen av artikel 73 till rättstillämpningen. Frågeställningen besvaras genom att löpande presentera underrättspraxis och resultatet sammanfattas i kapitel 5. Urvalet av rättsfall sker efter granskning av resultatet utav sökningar i ett antal juridiska databaser med samtliga rättsfall från svenska underrätter. Sökningen avgränsas till allmänna domstolar och sökorden ”offentlig upphandling” och ”hävning”, alternativt ”uppsägning”. Rättsfallen presenteras sedan i den mån de kan belysa relevanta aspekter inom ramen för arbetets omfattning.

Antalet granskade, och presenterade, domar är inte tillräckligt för att presentera ett statistiskt säkert och generaliserbart resultat av domstolarnas

⁶ Sundstrand (2012) s. 24f.

⁷ Sundstrand (2012) s. 24ff.

⁸ Abrahamsson (1999) s. 839.

⁹ Olsen (2004) s. 120.

hantering av frågan. Ett sådant resultat hade kunnat vara önskvärt då det hade medfört en praktisk förankring till arbetet och givit en ytterligare dimension till granskningen av implementeringen av artikel 73. En sådan undersökning medför dock betydande svårigheter i insamlandet, kategoriseringen och granskningen av domar, vilket medför att en sådan inte varit möjlig inom ramen för detta arbete.

Avsnitt 5.3 utgörs av ett analysverktyg vilket presenterar fyra hypotetiska situationer utifrån en upphandlande myndighets perspektiv. Situationerna analyseras utifrån resultaten av arbetets deskriptiva del och syftar till att konkretisera och åskådliggöra de rättsliga frågeställningar som uppkommer med anledning av den föreslagna implementeringen av artikel 73. Analysverktyget ligger sedan till grund för arbetets sammanfattande analys.

1.4 Material

Den lagstiftning som främst behandlas är av såväl nationell som EU-rättslig karaktär. Det för medlemsländerna bindande direktiv 2014/24/EU har trätt i kraft under 2016, och likaså gjorde NLOU den 1 januari 2017. Arbetet behandlar således såväl de nya som de gamla upphandlingsdirektiven,¹⁰ LOU och NLOU.

Då implementeringen av artikel 73 inte är gällande rätt under större delen av författandet av arbetet bygger stora delar av utredningen på förarbeten. Dessa kompletteras med den praxis som ligger grund för en del av förändringarna i det nya direktivet, samt till viss del med doktrin. Det är i detta sammanhang värt att notera att den EU-rättsliga doktrinen inte anses som en bindande rättskälla. Det faktum att artikel 73 utgör en nyhet i direktivet medför även att det finns begränsad doktrin att använda vid granskningen. Det finns av naturliga skäl inte heller någon praxis som direkt berör artikeln.

Då arbetet endast innefattar den allmänna avtalsrätten utgår kapitel 3 till största del ifrån lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL, och köplagen (1990:931), KöpL. Den svenska avtalsrätten består till stor del av allmänna principer och dispositiv

¹⁰ De gamla direktiven utgörs av: Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster samt Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

rätt vilket medför att utredningen i denna del baseras på såväl doktrin som praxis. Doktrinen är till viss del, framför allt Madell och Bengtsson, av äldre karaktär. Detta torde dock inte påverka källornas tillförlitlighet då ämnet till stor del berör sedan länge etablerade rättsliga principer.

Arbetet presenterar praxis från såväl Högsta domstolen (HD), Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) som EU-domstolen. Vidare redogörs för ett antal hovrätts- och kammarrättsavgöranden, vilka utgör underlag för arbetets andra frågeställning. Avgörandena syftar, tillsammans med ett antal kompletterande artiklar och undersökningar, dessutom till att tillföra den deskriptiva delen av arbetet en fördjupad bild av området. Dessa ska således inte ses som direkta källor på gällande rätt.

1.5 Avgränsningar

Läsaren av detta arbete förutsätts ha en ingående förståelse för regleringen av offentlig upphandling, således introduceras rättsområdet endast i begränsad omfattning. Uppsatsen syftar inte heller till att erbjuda en heltäckande bild av offentlig upphandling, utan kommer primärt att fokusera på de avtalsrättsliga aspekterna av rättsområdet. Det faller därmed naturligt att de processuella reglerna i NLOU inte kommer att redogöras för. Vidare utgår uppsatsens frågeställning från det klassiska direktivet, vilket innebär att arbetet kommer att avgränsas till LOU och NLOU. Övrig upphandlingsrättslig reglering berörs i den mån det ansetts underlätta framställningen. Arbetet utgår vidare från det direktivreglerade området, och tar därmed inte upp upphandlingar under tröskelvärdena.

I förhållande till avtalsrätten kommer arbetet att hantera de avtalsrättsliga möjligheterna att avsluta ett avtal som föreligger för en upphandlande myndighet, samt vilka rättsföljder ett sådant avslutade kan medföra. Grunderna för avslutandet är direkt hänförliga till direktiv 2014/24/EU:s reglering om avslutande av avtal. Detta innebär att andra avtalsrättsliga ogiltighetsgrunder än de i direktivet uppräknade, såsom bristande behörighet eller förklaringsfel, inte kommer att behandlas. Redogörelsen utgår vidare, i enlighet med direktivet, endast från den upphandlande myndighetens möjligheter att avsluta avtal.

Då en del av arbetets syfte är att granska den svenska avtalsrättsens förhållande till upphandlingsrätten kommer ingen komparativ utblick att göras. Ett tyskt rättsfall berörs dock för att exemplifiera vilka rättsliga frågor som kan uppstå.

Som en följd av det begränsade empiriska materialet syftar inte uppsatsen till att erbjuda en heltäckande eller generaliserbar bild över hur de svenska domstolarna hanterar avtalsrätten förhållande till upphandlingsrätten. Framställningen ska endast ses som en exemplifiering över vilka situationer som kan uppstå och hur domstolen löst frågan i det enskilda fallet.

Uppsatsen ämnar inte presentera någon ingående redogörelse över de allmänna kraven som EU-rätten ställer för implementering av dess rättsakter. Istället förs en diskussion utifrån vilka krav som kan utläsas i artikel 73 i direktiv 2014/24/EU, och hur dessa kan relateras till den valda metoden för implementering. Läsaren förutsätts således vara bekant med de EU-rättsliga kraven på en medlemsstat.

1.6 Forskningsläge

Offentlig upphandling är ett rättsområde under konstant utveckling vilket blir än tydligare i och med de nya direktiven. För en grundlig genomgång av primärrättens reglering av den offentliga upphandlingen hänvisas till Andrea Sundstrands doktorsavhandling, *”Offentlig Upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt”*. *”The law of public and utilities procurement”* av Sue Arrowsmith erbjuder även den en helhetsbild av den direktivstyrda regleringen, och berör även vissa av nyheterna i direktiv 2014/24/EU.

I förhållande till den svenska avtalsrätten hänvisas den intresserade läsaren primärt till Axel Adlercreutz, Lars Gorton och Eva Lindell-Frantz *”Avtalsrätt I & II”*. Den allmänna avtalsrätten är väl skildrad av forskningen och ett antal lagkommentarer ger ytterligare bredd till området. För en något avvikande syn på den svenska avtalsrätten se dock Jan Ramberg och Christina Ramberg, *”Allmän avtalsrätt”*. För vidare läsning kring skadestånd hänvisas till *”Skadeståndsrätt”* av Jan Hellner och Marcus Radetzki.

Det område som arbetet främst berör, den svenska avtalsrättens förhållande till upphandlingsrätten och upphandlingsrättens reglering av avtalsfasen, har behandlats i viss utsträckning av nordisk rättsvetenskaplig forskning.¹¹ Skadestånd inom offentlig upphandling har även den fått en ökad uppmärksamhet, inte minst genom Håkan Anderssons genomgång av praxis i sin artikel *”Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter”*. Tom – Erik Madells avhandling *”Det allmänna som avtalspart”* utgör en granskning av de generella principerna för en myndighet som agerar avtalspart, men

¹¹ Se omnämnd doktrin i Morawetz (2014).

hanterar inte direkt frågan om offentlig upphandling. Förhoppningen med arbetet är således, förutom att besvara frågeställningarna, att erbjuda en utgångspunkt för vidare forskning kring ämnet.

1.7 Terminologi

Uppsatsens huvudsakliga fokus är den upphandlingsrättsliga regleringen och terminologin följer i största möjliga mån den som etablerats genom direktiv och lagstiftning. Således följer definitionen av ”*offentlig upphandling*” och ”*upphandlande myndighet*” av begreppens legala definitioner i 1 kap. NLOU.

I förhållande till begreppen ”*anbudsgivare*” och ”*leverantör*” har uppsatsen en något särskiljande begreppsbildning. Anbudsgivare åsyftar samma sak som i NLOU, dvs. den som lämnat in ett anbud i en offentlig upphandling. Med leverantör åsyftas dock *inte* den breda definition som ges i 1 kap. 16 § NLOU utan syftar istället till den anbudsgivare som tilldelas det upphandlade kontraktet. Begreppet används således för att markera den upphandlande myndighetens avtalsrättsliga motpart.

Uppsatsen särskiljer även på ”*kontrakt*” och ”*avtal*”. Kontrakt motsvarar definitionen i 1 kap NLOU och får därutav en vid omfattning. I begreppet kontrakt omfattas även ramavtal. Med avtal åsyftar uppsatsen den faktiska avtalstexten innehållande de ekonomiska villkoren. Ett avtal är således inte nödvändigtvis ett upphandlat kontrakt.

Uppsatsen använder även den något diffusa termen ”*avslutande av kontrakt*”. Denna begreppsbildning följer den som etablerats i den svenska översättningen av artikel 73 i direktiv 2014/24/EU. Termen motsvarar inte någon direkt avtalsrättslig rättsföljd, utan ska ses som ett obestämt samlingsbegrepp som innefattar alla möjliga rättsföljder som leder till att ett avtal avslutas.

Förkortningarna NLOU, nya LOU, och NLUF, nya LUF, används för att särskilja den nya regleringen från de tidigare gällande LOU och LUF. Detta för att förhindra sammanblandning med tidigare lagar, bland annat äldre LOU.¹²

¹² Lag (1992:1528) om offentlig upphandling, ofta förkortad ÄLOU.

1.8 Disposition

Arbetet är uppdelat i 5 kapitel, varav det sista utgör analys och sammanfattande slutsatser. Kapitel 2-4 beskriver gällande rätt inom respektive område och varje kapitel inleds med en allmän bakgrundsbeskrivning av området. Rättsfall presenteras genomgående i arbetet och eventuella kommentarer av författaren återfinns i direkt anslutning till rättsfallen.

Kapitel 2 redogör för regleringen av offentlig upphandling, såväl utifrån svensk nationell rätt som unionsrätten. Som en del av detta avhandlas såväl LOU, den nya regleringen i direktiv 2014/24/EU som NLOU.

Kapitel 3 redogör för den svenska avtalsrätten och vilka möjligheter som finns för en upphandlande myndighet att avsluta ett avtal, samt vilka rättsföljder ett avslutande kan få. Som en del i detta behandlas de olika avtalsrättsliga rättsföljderna av ett avtals avslutande samt grundläggande reglering av inomobligatoriska skadestånd.

Kapitel 4 presenterar det gränsland som skapas när upphandlingsrätten möter den svenska avtalsrätten. Som en del i detta redogörs för den upphandlande myndighetens ställning som avtalspart samt utvecklingen som skett kring skadestånd inom offentlig upphandling.

Kapitel 5 utgörs av arbetets analys och sammanfattar även kort resultatet av utredningen. Som en del av analysen presenteras ett analysverktyg med fyra hypotetiska exempel. Analysverktyget syftar till att åstadkomma en konkretisering av rättsfrågorna och därmed ett åskådliggörande av arbetes frågeställningar. Vidare presenteras i analysen ett framåtblickande perspektiv kring vad som krävs för att säkerställa den svenska lagstiftningens förenlighet med unionsrätten.

2 Regleringen av offentlig upphandling

2.1 Allmänt

Offentlig upphandling regleras idag av fyra svenska lagar: lag (2016:1145) om offentlig upphandling, NLOU, lag (2016:1146) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, NLUF, lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner och lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. Regleringen har sitt ursprung i ett antal EU-direktiv som i sin tur grundar sig på såväl bestämmelserna i EUF-fördraget om de grundläggande friheterna, som de allmänna rättsprinciper som anses kunna härledas från dessa bestämmelser. Ovanstående medför följaktligen att den offentliga upphandlingen till stor del styrs av unionsrätten och dess medföljande praxis.

Den EU-rättsliga regleringen av offentlig upphandling utgörs i dagsläget av tre nya direktiv¹³, kompletterade med tre rättsmedelsdirektiv.¹⁴ Tillsammans syftar direktiven till att garantera den fria rörligheten på unionens inre marknad. Utöver detta anses lagstiftningen även säkerställa rationellt användande av myndigheters resurser, motverka korrruption och garantera anbudsgivares och leverantörers rättigheter.¹⁵ För att förenkla, förtydliga och

¹³ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG; Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

¹⁴ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna; Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (ändringsdirektivet).

¹⁵ Beaktandesats 1 & 2 i direktiv 2014/24/EU.

kodifiera regleringen har medlemsländerna under 2014 antagit ett antal nya direktiv att ersätta de äldre upphandlingsdirektiven. Dessa skulle vara implementerade den 28 april 2016, den svenska lagstiftningsprocessen har dock dragit ut på tiden och NLOU trädde i kraft först den 1 januari 2017.

Centralt för den svenska upphandlingslagstiftningen är dels de upphandlingsrättsliga principerna som återfinns i 4 kap 1 § NLOU, dels den uppdelning som finns för upphandlingar över respektive under tröskelvärdet. Principerna styr samtliga aspekter av den offentliga upphandlingen och härstammar från unionens egen rättsordning.¹⁶ EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen fastslagit att principerna ska ses som kärnan i den upphandlingsrättsliga regleringen då de syftar till att säkerställa en fungerande inre marknad utifrån de grundläggande friheterna.¹⁷ 4 kap. 1 § NLOU återspeglar de principer som traditionsenligt har ansetts ha störst betydelse för upphandlingsregleringen: likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, principen om öppenhet, proportionalitetsprincipen samt principen om ömsesidigt erkännande.

Den direktivstyrda delen av offentlig upphandling sträcker sig endast till upphandlingar över ett utpekat tröskelvärde. Upphandlingar för ett värde som understiger tröskelvärdet regleras således av nationell rätt, med vissa undantag. För svenskt vidkommande spelar distinktionen mindre roll, då förfarandet för upphandlingar under tröskelvärdet i stor mån speglar förfarandet för de direktivstyrda upphandlingarna.¹⁸

LOU har traditionellt ansetts vara en förfarandelagstiftning som endast pekar ut hur den upphandlande myndigheten ska välja ut sin avtalspartner. I teorin reglerar upphandlingsrätten således inte vad myndigheterna får köpa, hur avtalet ska utformas eller förhållandet mellan myndighet och leverantör efter avtalsslut.¹⁹

Som utgångspunkt anses den upphandlingsrättsliga regleringen vara särskild från den avtalsrättsliga och HD angav i NJA 2001 s. 3 (nr 1) att LOU inte syftar till att "[...] skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven. Det saknas

¹⁶ Sundstrand (2012) s. 41.

¹⁷ Sundstrand (2012) s. 42.

¹⁸ Bergman (2011) s. 70.

¹⁹ Jfr Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 56.

anledning att tolka in regler i LOU avseende förhållanden som regleras i den allmänna avtalsrätten.”²⁰

Synsättet går i linje med ett antal uttalanden i förarbetena och det avtal som den offentliga upphandlingen resulterade i sågs länge som fristående från den upphandlingsrättsliga regleringen.²¹ Föreställningen utsätts dock för allt starkare påverkan av EU-domstolens strävan efter att upprätthålla en effektiv reglering av den offentliga upphandlingen.²² Den upphandlande myndigheten måste dessutom beakta de allmänna principerna i 4 kap. 1 § NLOU vid utformandet av avtal och förfrågningsunderlag.

EU-domstolen har därtill uttalat att en nyckelpunkt i att upprätthålla den fria marknaden är säkerställandet av tillgången till effektiva rättsmedel vid felaktiga upphandlingar.²³ Dessa rättsmedel syftar till att skydda anbudsgivarnas intressen och att säkerställa att brott mot upphandlingsreglerna får konsekvenser för den upphandlande myndigheten.²⁴ Rättsmedlen regleras i de tidigare nämnda rättsmedelsdirektiven, vilka innehåller minimiregler som syftar till att säkerställa att den unionsrättsliga regleringen på området följs. Det finns således en stor marginal för medlemsstaterna att reglera frågan i nationell lagstiftning, inte minst för att passa respektives medlemsstats avtalsrätt.

2.2 Ogiltighet av upphandlade kontrakt

Som ett resultat av strävan efter att upprätthålla effektiva rättsmedel och motverka otillåtna direktupphandlingar kräver ändringsdirektivet²⁵ att medlemsstaterna ska tillhandahålla möjlighet att ogiltigförklara avtal. Ogiltigheten anses vara det mest effektiva och avskräckande rättsmedlet för att säkerställa att upphandlingsdirektivets förfarandereglering följs.²⁶ Ogiltigheten får enligt direktivet utgöras av antingen ett retroaktivt upphörande av alla avtalsskyldigheter, eller endast omfatta de

²⁰ NJA 2001 s. 3 (nr 1), målet utgick från ÄLOU.

²¹ SOU 2014:51 s. 318; Treumer (2007) s. 371f.

²² Se avsnitt 2.3.

²³ Jfr C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351.

²⁴ Sundstrand (2012) s. 68.

²⁵ Se fotnot 14.

²⁶ Beaktandesats 12 & 13 i direktiv 2007/66/EG.

avtalsskyldigheter som inte ännu fullgjorts.²⁷ En talan om ogiltighet kan även medföra ett skadeståndsansvar för den upphandlande myndigheten.²⁸

Den svenska regleringen om ogiltighet återfinns i 20 kap. 13-17 §§ NLOU och den svenska lagstiftaren har valt att införa krav på så kallad avtalsnullitet, då detta ansågs ge bättre effekt.²⁹ Detta innebär att alla avtalsskyldigheter ska upphöra, även retroaktivt.

HFD har, beträffande ogiltighetens civilrättsliga följder, i HFD 2012 ref. 27 uttalat att: ”En ogiltigförklaring av ett avtal innebär att gjorda prestationer ska gå åter. I den mån en återgång inte kan ske (t.ex. avseende tjänster som levererats) ska avtalets ogiltighet regleras på så sätt att parternas förmögenhetssituation återställs till hur den var innan avtalet ingicks.”³⁰

Ogiltigheten kan innebära betydande praktiska svårigheter för avtalsparterna, vilka kan finna sig ha ömsesidiga ekonomiska anspråk som dock kan vara svåra att beräkna. Det finns indikationer på att de praktiska svårigheterna ofta medför att avtalet avslutas vid en ogiltighetsförklaring av domstol, men att avslutandet inte får den retroaktiva effekten som lagstiftaren avsett.³¹ Regleringen om ogiltighet inkluderar vidare ett undantag i de fall tvingande hänsyn till ett allmänintresse föreligger, se 20 kap. 14 § NLOU.

2.3 Direktiv 2014/24/EU

EU:s medlemsstater antog i februari 2014 ett antal direktiv ämnade att ersätta den existerande regleringen av offentlig upphandling.³² De nya direktiven anges vara omarbetade och moderniserade för att kunna främja små och medelstora företag, effektivisera användandet av offentliga medel och erbjuda ett stöd i myndigheternas arbete mot gemensamma samhällsmål. Vidare ansågs det finnas ett behov av att klargöra grundläggande begrepp och principer samt inkludera framarbetad rättspraxis.³³ Syftet med direktiven är att skapa ett regelverk som är enklare och flexibla att tillämpa samtidigt som

²⁷ Artikel 2d2 i direktiv 2007/66/EG.

²⁸ HFD 2012 ref. 27.

²⁹ Prop. 2009/10:180 s. 136.

³⁰ HFD 2012 ref. 27.

³¹ Cronhult och Robertson (2016) s. 39f.

³² Direktiv 2014/24/EU för den klassiska sektorn, direktiv 2014/25/EU för försörjningssektorerna samt direktiv 2014/23/EU för koncessioner. För full hänvisning se fotnot 13.

³³ Beaktandesats 2 i direktiv 2014/24/EU.

den administrativa bördan för såväl upphandlande myndighet som anbudsgivare minskas.³⁴

Direktiv 2014/24/EU innebär ett antal större förändringar jämfört med det tidigare direktivet, dels som ett resultat av kodifierad praxis och dels som direkta nyheter. Bland ändringarna kan nämnas att ingen åtskillnad görs mellan olika typer av tjänster, tidigare benämnda A- och B-tjänster, varför samtliga områden därmed blir föremål för upphandlingsreglerna. Detta kombineras dock med särskilda regler för ”sociala och andra särskilda tjänster” samtidigt som vissa områden explicit undantas från lagstiftningen.³⁵ Vissa ändringar sker även av förfaranderegler samt i regleringen av de ansvariga myndigheterna i respektive land.³⁶

Ett antal artiklar införs i direktiven med syfte att kodifiera praxis. Artikel 12 reglerar den praxis som skapades i och med Teckal-målet³⁷ och innebär att ett kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en enhet som den själv styr är undantaget kravet på offentlig upphandling, det så kallade in-house undantaget. På samma sätt är artikel 72 en kodifiering av den praxis som utvecklats till en följd av Pressetext-målet.³⁸ Artikeln reglerar vid vilka tillfällen ändringar av ett existerande kontrakt är att anses så omfattande att en ny upphandling borde ha skett.

2.3.1 Artikel 72 – Ändring av kontrakt under löptiden

Som tidigare behandlats har upphandlingsregleringen traditionellt ansetts vara en procedurlagstiftning vilken huvudsakligen reglerar vem myndigheten tecknar avtal med, och därmed inte innehållet i avtalet. Avsaknaden av reglering kring modifikationer av existerande kontrakt medförde tidigare att det fanns en risk att en upphandlande myndighet kringgick upphandlingslagstiftningen genom att göra större förändringar av redan tecknade kontrakt. Principen om väsentliga ändringar av existerande kontrakt innebär emellertid att en anbudsgivare inte kan räkna med att lägga ett fördelaktigt anbud som sedan modifieras under kontraktets löptid. Förbudet mot väsentliga ändringar säkerställer därför transparensen och motverkar

³⁴ Williams (2012) s. 2.

³⁵ Prop. 2015/16:195 s. 294.

³⁶ Williams (2012) s. 4.

³⁷ C-107/98 Teckal, EU:C:1999:562.

³⁸ C-454/06 pressetext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351.

diskriminering, samtidigt som det garanterar den upphandlingsrättsliga regleringens effektivitet.³⁹

HFD prövade frågan om väsentliga ändringar i mål 3874-15, där en upphandlande myndighet hade tecknat ett kontrakt om apotekstjänster. Under avtalets löptid skedde en avtalsförlängning samt en prisjustering. Såväl förlängningen som prisjusteringen skedde i enlighet med i förväg avtalade klausuler, vilka varit del av förfrågningsunderlaget. Prisjusteringen utgjordes vidare av en prissänkning, d.v.s. till fördel för den upphandlade myndigheten. HFD uttalade i målet att "[...] en ändring i ett avtal under avtalstiden kan godtas utan en ny konkurrensutsättning om potentiella leverantörer haft lika möjlighet att vid tiden för anbud inse att en sådan ändring skulle kunna komma i fråga och att då beakta detta."⁴⁰ Således lades stor vikt vid den upphandlingsrättsliga transparensen och likabehandlingen. Då såväl förlängning som prisjustering utfördes i enlighet med det i förväg annonserade avtalet ansågs inte en väsentlig ändring skett.⁴¹

En liknande prövning gjordes i Kammarrätten i Stockholms mål 1355-15 där en upphandlande myndighet valde att utnyttja en förlängningsoption och förlänga med två av tre tilldelade leverantörer i ett ramavtal. Den tredje leverantören yrkade ogiltigförklaring av avtalet då den ansåg att det faktum att endast två av tre leverantörer fick förlängning innebar en väsentlig ändring av avtalet. Kammarrätten betonade i sitt avgörande vikten av likabehandlingsprincipen men kom fram till att en dylik förlängning inte utgjorde en förändring av avtalet.⁴²

Principerna om väsentlig ändring etablerades genom det vägledande Presstext-målet där EU-domstolen fastslog att ett omförhandlat kontrakt som uppvisar betydande skillnader från det ursprungliga kontraktet ska anses utgöra en ny upphandling.⁴³ Därmed kommer ändringen av kontraktet regelmässigt att ses som en otillåten direktupphandling, som därmed kan bli föremål för en ogiltighets- och/eller skadeståndstalan.⁴⁴ Som exempel på betydande skillnader nämner domstolen de fall då ändringen medför att en annan anbudsgivare hade godkänts, om nya tjänster inkluderas eller om kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören.⁴⁵ Praxis på området har senare utvidgats och det nya direktivet introducerar en direkt reglering av frågan.⁴⁶

³⁹ Arrowsmith (2014) s. 578.

⁴⁰ Högsta förvaltningsdomstolen, mål 3874-15, dom 2016-12-22.

⁴¹ Högsta förvaltningsdomstolen, mål 3874-15, dom 2016-12-22.

⁴² Kammarrätten i Stockholm, mål 1355-15, dom 2015-12-18.

⁴³ C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351 p. 34; för en utförligare genomgång se Hartlev & Liljenbøl (2013).

⁴⁴ Sundstrand (2012) s. 286; C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351 p. 34.

⁴⁵ C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351 p. 35-37.

⁴⁶ C-549/14 Finn Frogne, EU:C:2016:634.

Artikel 72 i direktiv 2014/24/EU utgör därmed en av de mer påtagliga nyheterna i direktivet då den påverkar vilka ändringar som ska vara tillåtna under ett kontrakts löptid. Artikeln innebär att ändringar som inte är att anse som väsentliga, samt väsentliga ändringar som faller under något av de stipulerade undantagen, är tillåtna. Röster har höjts för att hela artikeln ska ses som en kodifiering av existerande praxis, vilket också är den svenska lagstiftarens åsikt.⁴⁷ Lagrådet kallar dock artikeln för inkonsekvent och doktrin har pekat ut ett antal skillnader i formuleringen jämfört med den etablerade praxisen.⁴⁸

Enligt förarbetena till NLOU innebär regleringen att det som huvudregel inte kommer vara tillåtet att göra modifieringar till ett existerande kontrakt under dess löptid. Huvudregeln har dock ett antal betydande undantag, vilka anges i en uttömmande uppräkningslista i lagtexten. Undantagen känns igen från Pressetext-målet och berör bland annat icke-väsentliga ändringar, vissa fall av leverantörbyte samt oförutsedda omständigheter.⁴⁹

2.3.2 Artikel 73 – Uppsägning av kontrakt

Artikel 73 i direktiv 2014/24/EU utgör även den en nyhet. Artikeln stadgar att medlemsstaterna ska säkerställa att det finns möjlighet att säga upp ett upphandlat kontrakt om någon av följande förutsättningar är uppfyllda:

- a) kontraktet har varit föremål för en väsentlig ändring som skulle ha krävt ett nytt upphandlingsförfarande enligt artikel 72,
- b) entreprenören vid kontraktstilldelningen befann sig i någon av de situationer som avses i artikel 57.1 och därför borde ha uteslutits från upphandlingsförfarandet,
- c) kontraktet inte borde ha tilldelats entreprenören på grund av att denne allvarligt åsidosatt sådana skyldigheter enligt fördragen och detta direktiv enligt vad som fastställts av Europeiska unionens domstol i ett förfarande i enlighet med artikel 258 i EUF-fördraget.⁵⁰

I den svenskspråkiga versionen av direktiv 2014/24/EU har artikel 73 fått rubriken ”*Uppsägning av kontrakt*”. Begreppet ska således motsvara den engelska termen ”*to terminate*” i den ursprungliga direktivtexten. I en av beaktandesatserna översätts dock begreppet till ”*avslutande av kontrakt*”, vilket även är den begreppsbildning som används i NLOU.⁵¹ Det förekommer

⁴⁷ Prop. 2015/16:195 s. 844ff.

⁴⁸ Prop. 2015/16:195 s. 846ff; jfr Koninck, Ronse och Timmermans (2015) s. 56ff.

⁴⁹ Prop. 2015/16:195 s. 844.

⁵⁰ Artikel 73 i direktiv 2014/24/EU.

⁵¹ Beaktandesats 110 & 112 i direktiv 2014/24/EU; Jfr avsnitt 2.4.

således en diskrepans i den svenska översättningen, vilken till synes har förts över till den svenska lagen. Denna oklarhet riskerar att skapa en osäkerhet vad som gäller rent civilrättsligt när klausulerna ska tillämpas.⁵²

Formuleringen av punkt c får närmast betraktas som en felöversättning. Syftningen i den svenska formuleringen innebär att *entreprenören* allvarligt åsidosatt skyldigheter gentemot fördragen eller direktivet. Detta är direkt felaktigt, då den engelskspråkiga versionen av direktivet stadgar att *medlemsstaten* åsidosatt skyldigheter.⁵³ Detta har uppmärksammats i de svenska förarbetena och medför att formuleringen av 17 kap. 17 § NLOU har en utformning som överensstämmer med den ursprungliga engelskspråkiga direktivtexten, men som kraftigt skiljer sig från den svenska översättningen.⁵⁴

De situationer som, enligt artikeln, ska medföra möjlighet till uppsägning utgörs av artikel 73 a som syftar till när en väsentlig ändring enligt artikel 72 skett, artikel 73 b som berör de fall av tidigare kriminalitet som omfattas i artikel 57.1 samt artikel 73 c som syftar till de fall EU-domstolen finner att kontraktet tilldelats i strid med unionsrätten. Det står även klart att en upphandlande myndighet *får* avtala om ytterligare situationer som föranleder en rätt att avsluta avtalet, dock är det mer osäkert huruvida det kan finnas ytterligare situationer där en upphandlande myndighet *måste* införa dylika klausuler.⁵⁵

Det kan även konstateras att det ska finnas en *möjlighet* för myndigheten att säga upp avtalet. Den svenska lagstiftaren anser att formuleringen medför att det inte finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att nyttja hävningsrätten.⁵⁶ Artikeln talar inte heller om en uttrycklig skyldighet. Den bör dock ses i ljuset av EU-domstolens praxis, vilket även antyds i direktivets beaktandesats. Denna anger att en upphandlande myndighet kan ställas "[...] inför omständigheter som kräver att offentliga kontrakt avslutas i förtid för att de skyldigheter som följer av unionsrätten på området offentlig upphandling ska uppfyllas."⁵⁷ Det är möjligt att beaktandesatsen åsyftar en sådan skyldighet som aktualiserades i mål C-503/04 Kommissionen mot Tyskland.

⁵² För kommentar, se avsnitt 5.2. För remissinstanser åsikt i frågan se bland annat Kammarkollegiets remissvar över Nya regler om upphandling s. 4.

⁵³ Författarens anmärkning.

⁵⁴ Prop. 2015/16:195 s. 854; Jfr formuleringen i 2.4

⁵⁵ Jfr Prop. 2015/16:195 s. 854ff.

⁵⁶ Prop. 2015/16:195 s. 855.

⁵⁷ Beaktandesats 112 i direktiv 2014/24/EU.

I de förenade målen C-20/01 och C-28/01, Kommissionen mot Tyskland,⁵⁸ konstaterade EU-domstolen att två tyska kommuner tilldelat offentliga kontrakt i strid med reglerna om offentlig upphandling. Då avtalen fortsatte att löpa trots domstolens avgörande begärde därmed Kommissionen i mål C-503/04 att löpande vite skulle utdömas fram till dess att medlemsstaten säkerställt kontraktens avslutande. Medlemsstaten motiverade kommunernas handlande med att det dåvarande upphandlingsdirektivet inte innehöll någon skyldighet att avsluta ett kontrakt och med den avtalsrättsliga principen om *pacta sunt servanda*.⁵⁹ EU-domstolen konstaterade dock att underlåtenhet att avsluta kontraktet utgjorde ett fördragsbrott som fortlöpande pågick under avtalets löptid. I förhållande till principen om *pacta sunt servanda* erinrade domstolen om att en sådan princip kan tänkas återopas av den upphandlande myndighetens motpart, men att den inte kan återopas av en medlemsstat gentemot gemenskapen.⁶⁰

En medlemsstat har således en skyldighet att säkerställa att ett kontrakt som av EU-domstolen funnits tilldelats i strid med unionsrätten avslutas. Underlåtenhet att göra detta anses av domstolen utgöra ett pågående fördragsbrott under avtalets löptid. Detta kan medföra en indirekt skyldighet för en upphandlande myndighet att avsluta ett kontrakt.⁶¹ Vidare uttryckte kammarrätten i Kammarrätten i Stockholms mål 1355-15 att likabehandlingsprincipen kan kräva att en upphandlande myndighet häver ett kontrakt med en leverantör som borde ha utslutits, vid risk att kvarhållandet av avtalet annars ses som en väsentlig ändring.⁶²

2.4 Implementering av artikel 73 i NLOU

Tre alternativa metoder för implementering av artikel 73 i svensk rätt har föreslagits under lagstiftningsprocessens gång. Det lagförslag som presenterades i *Nya regler om upphandling*, SOU 2014:51, innebar att en upphandlande myndighet skulle få en lagstadgad rätt att avsluta ett kontrakt som faller under någon av de direktivreglerade förutsättningarna. Förslaget innebar således att avtalsrättslig reglering skulle införas i NLOU.⁶³ Förslaget kritiserades på ett flertal punkter, främst på grund av att avtalsrättslig reglering placerades i vad som anses vara en förfarandelagstiftning.⁶⁴ Som alternativ till detta lyftes istället fram att avtalsrätten redan idag skulle vara

⁵⁸ Förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220.

⁵⁹ C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2007:432 p. 31.

⁶⁰ C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2007:432 p. 36.

⁶¹ Koninck, Ronse och Timmermans (2015) s. 63.

⁶² Kammarrätten i Stockholm, mål 1355-15, dom 2015-12-18.

⁶³ SOU 2014:51 s. 324.

⁶⁴ Prop. 2015/16:195 s. 852.

tillräcklig för direktivuppfyllelse och att det därför inte fanns något behov av ytterligare reglering.⁶⁵

Utformningen av NLOU innebär en kompromiss mellan de båda förslagen. Artikel 73 i direktiv 2014/24/EU motsvaras av 17 kap. 17 § NLOU vilken getts följande lydelse:

17 § En upphandlande myndighet ska se till att kontrakt och ramavtal som ingås efter upphandling enligt denna lag innehåller villkor som gör det möjligt att avsluta kontraktet eller ramavtalet, om

1. det har varit föremål för en ändring som inte är tillåten enligt 9–14 §§,
2. leverantören vid tidpunkten för beslutet att tilldela kontraktet eller att ingå ramavtalet befann sig i någon av de situationer som avses i 13 kap. 1 § och borde ha uteslutits från upphandlingen enligt den bestämmelsen, eller
3. Europeiska unionens domstol i ett förfarande enligt artikel 258 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) finner att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet eller ramavtalet, allvarligt har åsidosatt sina skyldigheter enligt fördraget avseende Europeiska unionen, EUF-fördraget eller Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Villkoren för att avsluta kontraktet eller ramavtalet ska anges i något av upphandlingsdokumenten.⁶⁶

17 kap. 17 § första stycket 1 p. omfattar de tillfällen kontraktet genomgått en väsentlig ändring i enlighet med artikel 72 i direktivet, 17 kap. 17 § första stycket 2 p. omfattar de tillfällen leverantören varit föremål för en lagkraftvunnen dom om allvarlig kriminalitet vid tilldelningstillfället och 17 kap. 17 § första stycket 3 p. avser de tillfällen EU-domstolen finner att Sverige, som medlemsstat, strider mot EU-rätten genom att låta den upphandlande myndigheten ingå kontraktet. Utformningen av punkt 3 följer därmed den engelskspråkiga direktivtexten.

NLOU medför ett krav på den upphandlande myndigheten att införa, företrädesvis i både förfrågningsunderlag och avtal, en klausul som ger myndigheten möjlighet att avsluta avtalet vid de uppräknade tillfällena. Således behålls enligt propositionen lagstiftningen som en strikt förfarandereglering.⁶⁷ Detta medför att den rättsliga grunden för avslutandet

⁶⁵ Lagrådsremiss – Nytt regelverk om upphandling s. 752.

⁶⁶ Prop. 2015/16:195 s. 84.

⁶⁷ Prop. 2015/16:195 s. 854.

av ett kontrakt ska återfinnas i den upphandlande myndighetens avtalsreglering.

Regeringen ansåg vidare att det är av största vikt att det finns möjligheter att säga upp avtal som strider mot EU-rätten då medlemsstaten annars riskerar att bli skadeståndsskyldig för överträdelse i enlighet med C-503/04 Kommissionen mot Tyskland.⁶⁸ Regeringen anförde även att:

”[...] grunder för hävning och uppsägning av ett kontrakt samt frågor om skadestånd kan regleras genom avtal mellan parterna. Redan härigenom uppfylls direktivens allmänt ställda krav på möjlighet att avsluta kontrakt och koncessioner i de aktuella situationerna enligt de villkor som fastställs i tillämplig nationell rätt.”⁶⁹

Det finns ett antal aspekter i bestämmelsen som är värda att lyfta fram. En sådan är att bestämmelsen saknar sanktion, då den endast syftar till att ha en handlingsdirigerande effekt gentemot de upphandlande myndigheterna.⁷⁰ Vidare kan avsaknaden av en klausul för avslutande av avtal inte anses utgöra grund för överprövning av upphandlingen.⁷¹ Det finns enligt motiven inte heller någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att säga upp avtalet.⁷²

Regleringen innebär därtill att kontrakt ska kunna avslutas trots den vinnande leverantörens goda tro i förhållande till den upphandlande myndighetens brott mot direktiven.⁷³ Detta medför att en upphandlande myndighet ska kunna åberopa sitt egna rättsstridiga handlande som hävningsgrund.⁷⁴ I den mån avtalet inte reglerar förutsättningarna för att ensidigt avsluta avtalet utan skadeståndsskyldighet mot motparten hänvisas till rättstillämpningen och sedvanliga avtalsrättsliga principer.⁷⁵

Utformningen av bestämmelsen har kritiserats av Lagrådet som konstaterar att ”[...] sakligt sett tillför bestämmelsen ingenting utöver vad som redan

⁶⁸ Prop. 2015/16:195 s. 854.

⁶⁹ Lagrådsremiss – Nytt regelverk om upphandling s. 752.

⁷⁰ Prop. 2015/16:195 s. 856.

⁷¹ Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 58.

⁷² Prop. 2015/16:195 s. 855. För kommentar, se avsnitt 5.2.

⁷³ Promemoria – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 41.

⁷⁴ Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 59.

⁷⁵ Promemoria – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 42.

gäller.”⁷⁶ Vidare förstärker NLOU den begreppsmässiga osäkerhet som återfinns i direktivet då bestämmelsen talar om avslutande av kontrakt. Den svenska översättningen av direktiv 2014/24/EU använder begreppet uppsägning av kontrakt. Det är oklart vilken rättsföljd som åsyftas av lagstiftaren och förarbetena talar omväxlande om hävning, uppsägning och avslutande.⁷⁷ Anmärkningsvärt nog angav förarbetena också att den upphandlande myndighetens utformning av klausulen för avslutande av avtal i många fall kan klargöra i vilka situationer ändringar är tillåtna i förhållande till reglerna kring väsentliga ändringar.⁷⁸

⁷⁶ Lagrådets yttrande – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 7.

⁷⁷ Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 56ff; Jfr Domstolsverkets remissyttrande över Nya regler om upphandling s. 3; Kammarkollegiets remissvar över Nya regler om upphandling s. 4f; Kronofogdemyndighetens yttrande över Nya regler om upphandling s.10.

⁷⁸ Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 57.

3 Den svenska avtalsrätten

3.1 Allmänt

Enligt förarbetena till NLOU utgör den svenska avtalsrätten tillräcklig garanti för att Sverige ska anses ha uppfyllt det nya upphandlingsdirektivets krav i förhållande till en upphandlande myndighets möjligheter att avsluta ett avtal. Lagstiftaren har i NLOU överlämnat till den upphandlande myndigheten att reglera möjligheten till avslutande i avtalet. Det står därmed den upphandlande myndigheten fritt att utforma avtalsregleringen kring avslutande av avtalet efter behov och situation. I den mån klausulen är klar och tydlig torde det inte heller finnas några skäl att ifrågasätta myndighetens avtalsrättsliga möjligheter till att avsluta avtalet, även om ett sådant avslutande kan medföra konsekvenser.⁷⁹ Den största problematiken, från en avtalsrättslig synvinkel, torde istället infinna sig i de fall det upphandlade kontraktet saknar en tydlig klausul om avtalets avslutande. Följande redogörelse utreder således vilka lösningar som står att finna i den allmänna avtalsrätten utifrån de i artikel 73 uppräknade grunderna.

Sverige saknar idag en heltäckande reglering av den allmänna avtalsrätten. Huvuddragen av de grundläggande förutsättningarna för förmögenhetsrättsliga avtal regleras i lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, AvtL, som tillsammans med den köprättsliga regleringen i köplagen (1990:931), KöpL, ofta utgör en allmän utgångspunkt.⁸⁰ Detta medför att flertalet områden till stor del regleras av praxis, doktrin och allmänna principer snarare än av direkt lagstiftning. En av grundpelarna i den svenska avtalsrätten är friheten att själv bestämma över huruvida avtal ska tecknas, och med vem detta avtal ska tecknas. Det står även parterna fritt att avtala om vad de vill och utforma avtalet efter eget behag. Ett ingått avtal ska sedan hållas, i enlighet med principen om *pacta sunt servanda*.⁸¹ Utgångspunkten i avtalsrätten är även att en avtalspart själv står risken för att den ingår ett avtal på felaktiga förutsättningar, eller att förutsättningarna ändras under avtalets löptid.⁸²

⁷⁹ Se avsnitt 4.3.

⁸⁰ Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), inledning.

⁸¹ Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), kommentaren till 1 kap. 1 §.

⁸² Adlercreutz (2002) s. 281.

Det finns dock relativt utförligt undantagsreglering som hanterar de situationer det anses orimligt att en av parterna ska stå för risken.

3.2 Ogiltighet p.g.a förutsättningar vid avtalets ingående

Av de i direktivet uppräknade grunderna så är det endast artikel 73 b som direkt hänför sig till omständigheter vid avtalets ingående. Situationen aktualiseras när ett kontrakt tecknats trots att leverantören vid avtalets ingående har varit föremål för en lagakraftvunnen dom på någon av de grovt kriminella grunderna som räknas upp i artikel 57.1. Leverantören borde således, om den upphandlande myndigheten haft vetskap om domen, uteslutits från upphandlingen.

Situationen berör både avtalslagens reglering kring svek och de så kallade generalklausulerna. 30 § AvtL hanterar svek genom såväl oriktiga uppgifter som förtigande av uppgifter. I det förstnämnda fallet krävs det ett avsiktligt vilseledande, det vill säga att uppgiftslämnaren måste inse att det är fråga om en felaktig uppgift och dessutom måste inse att motparten inte känner till det riktiga förhållandet. Även förtigande av uppgifter kan anses vara svek i de fall en avtalspart kan anses ha haft en upplysningsplikt.⁸³ Den upplysningsskyldiga ska haft faktisk kännedom om förhållandet, en kännedom som motparten saknat, och insett att motparten saknade denna kännedom och även insett att informationen varit av betydelse för motpartens beslut att ingå avtalet. Vidare ska motparten typiskt sett kunna förväntat sig att bli upplyst om förhållandet.⁸⁴

Paragrafen ska tillämpas restriktivt vilket medför en betydande uppförsbacke i ett försök att övertala en domstol om att svek föreligger.⁸⁵ Det föreligger även en bevissvårighet i att påvisa att det förledande beteendet hade ett kausalt samband med motpartens vilja att ingå avtalet. Därmed ska det visas att den förledde parten inte skulle ingått avtalet om inte det förledande beteendet skett.⁸⁶ Svekparagrafens tillämpning medför att ett avtal anses ogiltigt.⁸⁷

⁸³ Adlercreutz (2002) s. 254.

⁸⁴ Ramberg och Ramberg (2016) s. 128.

⁸⁵ Ramberg och Ramberg (2016) s. 127.

⁸⁶ Adlercreutz (2002) s. 253.

⁸⁷ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 31 §, Lexino 2017-01-03.

Bestämmelsen motsvarar i princip den straffrättsliga regleringen kring bedrägeri, men överlappar till stor del de båda generalklausulerna i de fall handlandet inte kan anses vara brottsligt.⁸⁸ 33 § AvtL, som reglerar avtal som strider mot tro och heder, kan användas som ett komplement i de fall ett svikligt agerande inte uppfyller kraven i 30 § AvtL. Förhållandena som berörs måste ha förelegat vid avtalets tillkomst men kan även utgöra en felaktig förutsättning om ett förhållande.⁸⁹ Även 36 § AvtL, om oskälighet, tar sikte på förutsättningarna vid avtalets ingående och skulle kunna medföra att det anses oskäligt att kräva fullgörande av avtal med en part som förtigt grov kriminalitet, inte minst gentemot en kommun eller myndighet. Bedömningen är väldigt situationsanpassad och görs mot bakgrund av en helhetsbedömning av parternas avtalade prestationer och övriga förutsättningar.⁹⁰

3.3 Ändrade förutsättningar under avtalets löptid

Såväl artikel 73 b som artikel 73 c i direktiv 2014/24/EU aktualiserar frågan om ändrade förutsättningar under avtalets löptid. I det förstnämnda fallet har det skett en, i upphandlingsrättens mening, väsentlig ändring av avtalet som inneburit att det ändrade avtalet är att se som en otillåten direktupphandling. I det andra fallet så har det upphandlade kontraktet varit föremål för en prövning i EU-domstolen och ansetts strida mot unionsrätten.

I det fall artikel 73 c aktualiseras är det mycket möjligt att varken leverantör eller upphandlande myndigheter på förhand kunde förutse domstolens utslag, speciellt i förhållande till ny praxis. Till exempel ansågs det innan C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, inte finnas något upphandlingsrättsligt krav att avsluta ett upphandlat kontrakt, något som förändrades efter EU-domstolens uttalanden i målet. Frågan blir då huruvida en sådan dom även utgör en avtalsrättslig grund för avslutande av avtal. Problemställningen uppstod i en tysk domstol när en upphandlande myndighet ville häva ett avtal till följd av EU-domstolens utslag i C-126/03 Kommissionen mot Tyskland. Den tyska domstolen ansåg att domen utgjorde en sådan oförutsedd ändring av

⁸⁸ Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), kommentaren till 30 §.

⁸⁹ Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), kommentaren till 33 §.

⁹⁰ Ramberg & Ramberg (2016) s. 190.

förutsättningarna för avtalet att myndigheten hade rätt att häva avtalet. Saken har ännu inte prövats av svensk domstol.

3.3.1 Oskälighet enligt 36 § AvtL

36 § AvtL har inte bara påverkan på avtal som anses oskäligen på grund av omständigheter vid avtalets ingående. Av bestämmelsens ordalydelse framgår att även senare inträffade omständigheter kan medföra oskälighet. Detta är ett avsteg från huvudregeln om *pacta sunt servanda* och bestämmelsen motiverades med ett behov av större möjligheter att justera till exempel långvariga avtal. Till sin utformning innebär generalklausulen en betydande inskränkning av såväl avtalsfriheten som avtalsbundenheten.⁹¹

Vid ändrade förutsättningar under avtalets löptid förutsätter bestämmelsen att avtalet varit balanserat vid avtalsstart, men att senare tillkomna omständigheter medfört en obalans.⁹² Vad som anses oskäligt i paragrafens mening är dock svårt att fastställa, även om viss vägledning ges i praxis. HD beaktade till exempel i NJA 1989 s. 346 parternas agerande, möjligheten att begränsa risken för skada och syfte med villkoren i det berörda försäkringsavtalet för att avgöra huruvida villkoren ansågs oskäligen.⁹³ Skäligheten ska bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet och såväl innehållet som verkningarna av ett avtalsvillkor beaktas. Detta innebär att ett villkor inte i sig behöver vara oskäligt, utan det kan medföra en effekt som ses som oskäligt i det enskilda fallet.⁹⁴ Jämkning kan ske om det efter avtalets ingående inträder förändrade förhållanden som varit oförutsedda av den drabbade parten. Bedömningen påverkas inte av att omständigheterna varit oförutsedda även för den andra parten.⁹⁵

36 § AvtL syftar främst till justering av enskilda villkor eller delar av avtalet, och lämpar sig sämre för de fall avtalet som helhet ska lämnas utan

⁹¹ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §, Lexino 2017-01-03.

⁹² Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), kommentaren till 36 §.

⁹³ NJA 1989 s. 346.

⁹⁴ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §, Lexino 2017-01-03.

⁹⁵ Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 36 §, Lexino 2017-01-03.

avseende.⁹⁶ I de fall ett avtals ogiltighet eftersträvas torde snarare förutsättningsläran komma ifråga.⁹⁷

3.3.2 Förutsättningsläran

Förutsättningsläran tar sikte på de fall då någon företagit en rättshandling utifrån en premiss som inte överensstämde med fakta, antingen som de förelåg vid rättshandlingen eller som de senare skulle komma att gestalta sig. Rättshandlingen får därmed till följd att den kommit att medföra opåräknade bördor eller uteblivna fördelar.⁹⁸ Rättsföljden av tillämpligheten kan utgöras av såväl ogiltighet som jämkning.⁹⁹ Huvudregeln inom avtalsrätten är dock att en part själv får stå för sina felaktiga förutsättningar, och förutsättningsläran har därmed ett snävt tillämpningsområde.¹⁰⁰ Således har HD i NJA 1981 s. 269 fastslagit att tillämplighet av förutsättningsläran kräver att förutsättningen ska ha varit väsentlig för den som företog rättshandlingen, att detta ska ha insetts eller bort inses av motparten, samt att särskilda omständigheter ska föreligga som gör det lämpligt och rimligt att förutsättningen tilläggs relevans.¹⁰¹ 36 § AvtL har visserligen begränsat förutsättningslärans betydelse, men då förutsättningsläran utgår ifrån parternas förutsatta läge som jämförelsenorm snarare än den objektiva norm som 36 § AvtL förutsätter, så kvarstår ett tomrum för förutsättningsläran att fylla.¹⁰²

Mellankommande lagstiftning eller myndighetsbeslut som medför ändrade förutsättningar för ett avtal har ansetts kunna hanteras med förutsättningsläran. Adlercreutz och Gorton presenterar avverknings- eller byggnadsförbud som tänkbara exempel.¹⁰³ I fallet med ny lagstiftning så kan förutsättningsläran användas för anpassa avtalsvillkor som blivit olagliga, även om viss försiktighet rekommenderas.¹⁰⁴

⁹⁶ Adlercreutz (2002) s. 297.

⁹⁷ Prop. 1975/76:81 s. 128.

⁹⁸ Lehrberg (1990) s. 188.

⁹⁹ Lehrberg (1990) s. 214.

¹⁰⁰ Lehrberg (1990) s. 189.

¹⁰¹ NJA 1981 s. 269.

¹⁰² Grönfors och Dotevall: Avtalslagen – en kommentar (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo), kommentaren till 36 § p. 17.

¹⁰³ Adlercreutz & Gorton (2010) s. 163.

¹⁰⁴ Adlercreutz & Gorton (2010) s. 164.

3.3.3 Force majeure

Nyttillkommen lagstiftning medför inte med automatik att ett avtal blir ogiltigt, trots att det kan strida mot den nya lagstiftningen.¹⁰⁵ Det kan dock utgöra en grund för jämkning av avtalet.¹⁰⁶ Sådan lagstiftning, tillsammans med myndighets beslut, omnämns dock ofta i samband med kallade force majeure-klausuler. En sådan klausul kan närmast ses som i förväg avtalad friskrivningsklausul för oförutsedda omständigheter av extrem karaktär, såsom naturkatastrofer och krig.¹⁰⁷ Som exempel på sådana oförutsedda omständigheter anges ofta myndighets beslut, såsom importförbud eller handelsblockad.¹⁰⁸ I konsumentförhållanden har inte skrivelsen ”beslut av myndighet” varit tillräckligt preciserat för att falla in under force majeure, händelsen som orsakar den ändrade förutsättningen måste således vara av en viss dignitet.¹⁰⁹ Adlercreutz & Gorton beskriver force majeure som en händelse av extrem art vilken hindrar avtalsuppfyllelse.¹¹⁰ Exakt vilken lagstiftning, eller beslut, som utgör force majeure är dock oklart och det åligger parterna att reglera frågan i avtalet.

3.4 Avtalstolkning

Redogörelsen ovan utgår ifrån situationen att en hävningsklausul saknas eller inte är tillämplig. Förutom de direkta ogiltighetsgrunderna har domstolarna har även möjligheten att genom avtalsutfyllnad hantera sådana villkor som parterna, medvetet eller omedvetet, utelämnat ur avtalet men som sedan ger upphov till en tvist.

Förutom avtalets lydelse kan även externa faktorer kring avtalssituationen ge ledning till hur problemet ska lösas. Grunden tas ofta i den så kallade partsviljan, men då parterna är oense om avtalsinnehållet tenderar domstolarna att söka lösningar utifrån objektiva grunder såsom allmänna rättsliga överväganden eller genom kompletterande rätt.¹¹¹ Detta innefattar såväl direkt tillämplig lagstiftning, antingen tvingande eller dispositiv, som indirekta analoga tolkningar. Avtalet inordnas i en rättslig miljö utefter

¹⁰⁵ Madell (2000) s. 144.

¹⁰⁶ NJA 1994 s. 359.

¹⁰⁷ Molin (2014) s. 102.

¹⁰⁸ Madell (1998) s. 482.

¹⁰⁹ MD 2009:35.

¹¹⁰ Adlercreutz & Gorton (2010) s. 154.

¹¹¹ Adlercreutz & Gorton (2010) s. 21.

avtalets typ, vilket skapar ett nät av utfyllande rättsregler.¹¹² Detta medför enligt Adlercreutz & Gordon att det vid en domstolsprövning skapas och tillämpas en utfyllande regel, även vid mer eller mindre skönmässiga bedömningar, som ett resultat av rättsliga överväganden om den lämpligaste lösningen.¹¹³

Den offentlighetsrättsliga karaktären av offentlig upphandling medför att det allmänna tar en speciell roll som avtalspart, något som får påverkan på avtalstolkningen. Ett tydligt exempel på detta är det faktum att den upphandlande myndigheten ensidigt utformar förfrågningsunderlaget, vilket innebär att eventuella oklarheter läggs myndigheten till last i en tvist.¹¹⁴ Det finns även stora möjligheter för en domstol att beakta offentlighetsrättslig lagstiftning vid utfyllnaden av ett avtal. Madell anser att:

”I det fall en offentlighetsrättslig reglering stadgar vad kommunen får eller inte får göra i ett visst fall torde det därför bli fråga om en utfyllning av ett avtal som lämnat den aktuella frågan öppen eller om det är oklart vad som egentligen har avtalats.”¹¹⁵

Den i SOU 2014:51 föreslagna lösningen på en direkt civilrättslig rättighet för den upphandlande myndigheten att frånträda avtalet hade således fått direkt effekt på ett avtal. Lösningen i NLOU etablerar istället handlingsregler för den upphandlande myndigheten, vilket torde ge en mindre uppenbar effekt på avtalet. I den mån regleringen får den handlingsstyrande effekt som regeringen har avsett kan det dock uppkomma en situation där rätten för en upphandlande myndighet att avsluta avtalet ses som handelsbruk eller sedvana. Det kan i sin tur innebära en grund för avtalsutfyllnad.¹¹⁶

I Hovrätten över Skåne och Blekinges mål T 536-13 prövades huruvida ett ramavtal med en ensam leverantör medförde en civilrättslig ensamrätt för denne att leverera de avtalade produkterna. Domstolen konstaterade att: ”När ett ramavtal är av det slag att parterna är bundna av detsamma är det inte möjligt att under ramavtalets löptid upphandla något annat kontrakt eller ramavtal som avser samma nyttighet som omfattas av det först upphandlade ramavtalet. [...] Mot denna bakgrund anser

¹¹² Adlercreutz & Gordon (2010) s. 21f.

¹¹³ Adlercreutz & Gordon (2010) s. 23.

¹¹⁴ Madell (1998) s. 111; Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål T 536-13, dom 2014-04-30.

¹¹⁵ Madell (1998) s. 116.

¹¹⁶ Madell (1998) s. 107.

hovrätten att Ioan Paris hade ensamrätt att utföra fönsterputsartjänster på de områden och objekt som avtalet omfattar, om behov av sådana tjänster har uppstått.”¹¹⁷

Då avtalet inte hanterade frågan om ensamrätt grundades avgörandet helt på avtalets karaktär och den upphandlingsrättsliga regleringen i LOU. Avtalet tolkades således som ett avtal om ensamrätt utifrån den upphandlande myndighetens möjligheter att upphandla ett nytt avtal enligt LOU.

3.5 Rättsföljder

Som framgår av tidigare redogörelse kan ett antal olika rättsföljder komma ifråga när de avtalsmässiga förutsättningarna brister. Ett avtal kan således vara föremål för ogiltighet, hävning, jämkning eller att det lämnas utan avseende. Den svenska översättningen av upphandlingsdirektivet talar dessutom om uppsägning och avslutande av avtal. I vilken mån dessa begrepp korrelerar med varandra är fortfarande oklart.¹¹⁸

Adlercreutz definierar *ogiltighet* som en rättshandling som ”inte kan göras gällande enligt sitt innehåll eller med de rättsverkningar den typiskt innefattar.”¹¹⁹ Traditionellt innebär detta att rättshandlingar där en part kan ådömas att ersätta det positiva kontraktsintresset på grund av kontraktsbrott inte anses medföra ogiltighet. Detta medför att det är viktigt att särskilja ett avtals ogiltighet från en hävning till följd av ett kontraktsbrott. Jämkning kan å andra sidan betecknas som en ”partiell ogiltighet” och visar på en tendens att gå ifrån ett ”allt-eller-ingenet”-tänkande.¹²⁰ Ogiltigheten kan innebära att en part inte anses bunden av avtalet, att en klausul inte anses tillämplig i en viss situation eller att en tvingande bestämmelse inträder istället för avtalets reglering.¹²¹ I det fallet en part inte anses bunden så uppstår frågan vad som händer med eventuellt utväxlade prestationer. Huvudregel i en sådan situation är att fullgjorda förpliktelser ska återgå.¹²² Så torde även vara fallet om avtalet ska lämnas utan avseende.¹²³

¹¹⁷ Hovrätten för Nedre Norrlands, mål T 678-14, dom 2016-11-09.

¹¹⁸ Se tidigare avsnitt 2.3.2, för kommentar se avsnitt 5.5.

¹¹⁹ Adlercreutz (2002) s. 229.

¹²⁰ Adlercreutz (2002) s. 232.

¹²¹ Adlercreutz (2002) s. 233.

¹²² Ramberg och Ramberg (2016) s. 140.

¹²³ Ramberg och Ramberg (2016) s. 142.

Hävning inom svensk rätt följer till stor del de principer som kommer till uttryck i CISG art. 49(1).¹²⁴ Detta medför att ett avtalsbrott som är av väsentlig betydelse för part medför en rätt att häva avtalet. Regleringen är, förutom i konsumentförhållanden, dispositiv och därmed föremål för anpassning i det individuella avtalet.¹²⁵ Hävningen medför att prestationsförpliktelserna upphör och att de som huvudregel ska återgå i den mån de redan utförts.¹²⁶ På så sätt får rättsföljden i princip samma effekt som ogiltighet, men på andra grunder. Medan ogiltigheten tar sikte på att rättshandlingen redan från början var behäftad med fel, så utgör hävningen en avtalad påföljd för en parts avtalsbrott. En hävning föranleder ofta en skadeståndsskyldighet för den felande parten, och skadeståndets omfattning utgörs vanligtvis av det positiva kontraktsintresset.¹²⁷

Uppsägning är i sin tur närmast att ses som en, på förhand, avtalad möjlighet att avsluta avtalet utan att det krävs ett avtalsbrott från någon av parterna. Uppsägningen tar även sikte på kommande kontraktsförpliktelser och får sällan retroaktiva verkningar.¹²⁸

Svea hovrätts mål T 1624-14 berörde frågan om uppsägning då en kommun hade sagt upp ett avtal om lokalhyra och försäljningsrättigheter. Uppsägningen motiverades med att kommunen var tvungen att upphandla kontraktet enligt gällande upphandlingslagstiftning. Frågan i målet var huruvida detta utgjorde en befogad anledning till uppsägning, i enlighet med 12 kap. 57 och 58b §§ jordabalken. En obefogad uppsägning skulle, enligt det indirekta besittningsskyddet, innebära en ersättningsskyldighet för kommunen. Hovrätten konstaterade att kontraktet var ett hyreskontrakt och därmed ej upphandlingspliktigt. Trots detta angav hovrätten att: ”Det är [...] en annan sak att kommunen inom ramen för upphandling av en tjänstekoncession hade iakttagit vissa grundläggande regler och principer.”¹²⁹

Tjänstekoncessioner regleras numera i direktiv 2014/23/EU,¹³⁰ men styrdes vid tillfället för målet av praxis från EU-domstolen. I målet *Telaustria och Telefonadress* fastställde domstolen att tjänstekoncessioner omfattades av

¹²⁴ Ramberg och Herre: Köplagen – en kommentar (1 maj 2016, 2 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo) kommentaren till 25§.

¹²⁵ Jfr 3 § AvtL.

¹²⁶ Adlercreutz (2002) s. 229.

¹²⁷ Ramberg och Herre: Köplagen – en kommentar (1 maj 2016, 2 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo) kap. 15.

¹²⁸ Bengtsson (1967) s. 6.

¹²⁹ Svea hovrätt, mål T 1624-14, dom 2015-03-31.

¹³⁰ För fullständig hänvisning se fotnot 13.

bestämmelserna i fördragen och de allmänna rättsprinciperna.¹³¹ I C-323/03 Kommissionen mot Spanien konstaterades detta innebära att ett allt för långt koncessionsavtal kunde utgöra en inskränkning i de grundläggande friheterna.¹³² En upphandlande myndighet måste därför tidsbegränsa avtalet för att möjliggöra ny upphandling.¹³³ Detta ansågs anmärkningsvärt nog av hovrätten varken utgöra en upphandlingsplikt eller befogad anledning för uppsägning av hyresavtalet.

3.6 Skadestånd

Skadestånd kan komma ifråga vid samtliga ovanstående rättsföljder och innebär en betydande del i den avtalsrättsliga övervägningen vid avslutande av ett avtal. Den grundläggande regleringen återfinns i skadeståndslagen (1972:207), SkadestL, som i enlighet med 1 kap. 1 § SkadestL är tillämplig på avtalsrätt. Lagen är dock i huvudsak dispositiv. För utomobligatoriska förhållanden krävs det brottsligt handlande för att ren förmögenhetsskada ska ersättas, i enlighet med 2 kap. 2 § SkadestL. Det finns även en möjlighet till ersättning för ren förmögenhetsskada orsakad av det allmänna. Detta kan ske såväl vid de fall en myndighet orsakar en skada genom fel eller försummelse vid myndighetsutövning, som vid felaktiga upplysningar eller råd, i enlighet med 3 kap. 2 och 3 §§ SkadestL.

För inomobligatoriska förhållanden ersätts dock vanligtvis den ekonomiska skada som drabbar en medkontrahent, vilket bland annat kan ses i KöpL skadeståndsbestämmelser samt ett antal i praxis framarbetade rättsprinciper.¹³⁴ Som utgångspunkt är dessa kontraktsregler förmånligare än SkadestL:s allmänna regler, något som dock inte hindrar en skadelidande att grunda sitt anspråk direkt på lagtexten.¹³⁵

En central del av skadeståndsrätten är i vilken utsträckning ersättning ska utgå. Det finns som huvudregel två typfall i inomobligatoriska förhållanden. En möjlighet är att den skadelidande försätts i samma situation som om avtalet aldrig kommit till stånd, det så kallade negativa kontraktsintresset. Det andra alternativet är att den skadelidande är berättigad till ersättning som

¹³¹ C-324/98 Telaustria och Telefonadress, EU:C:2000:669 p. 58.

¹³² C-323/03 Kommissionen mot Spanien, EU:C:2006:159 p. 44.

¹³³ Sundstrand (2012) s. 281-285.

¹³⁴ Hellner & Radetzki (2014) s. 89.

¹³⁵ NJA 2013 s. 909; Hellner & Radetzki (2014) s. 90.

motsvarar att kontraktet hade fullföljts, det positiva kontraktsintresset.¹³⁶ Vid en ogiltighet enligt AvtL utgår som huvudregel endast det negativa kontraktsintresset, medan en hävning, eller en felaktig hävning, allt som oftast medför det positiva kontraktsintresset.¹³⁷ I förhållande till offentlig upphandling har HD en relativt utförlig praxis, vilken medför ett antal olika variationer av ersättningsnivå.¹³⁸

I förarbetena till NLOU hänvisas till att den upphandlande myndigheten får reglera eventuella rättsföljder, såsom skadestånd, av ett avslutande av ett avtal. Vid utformande av sådan klausul bör beaktas att en avtalspart inte med rättslig verkan kan friskriva sig från ansvar för skada som man vållat uppsåtligen eller genom grov vårdslöshet.¹³⁹ Vidare riskerar den upphandlande myndigheten, som ensidigt utformat klausulen, att eventuell oklarheter i klausulen tolkas till myndighetens nackdel.¹⁴⁰ En allt för långtgående friskrivning kan därtill angripas med utgångspunkt i 36 § AvtL.¹⁴¹

¹³⁶ Ramberg och Herre: Köplagen – en kommentar (1 maj 2016, 2 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo) kommentaren i 15.1.10.

¹³⁷ Adlercreutz (2002) s. 229.

¹³⁸ Se vidare under avsnitt 4.3.

¹³⁹ Bernitz (2008) s. 103.

¹⁴⁰ Bernitz (2008) s. 102f.

¹⁴¹ Bernitz (2008) s. 170.

4 Det offentliga som avtalspart

4.1 Allmänt

Regleringen i NLOU innebär att det ställs stora krav på den upphandlande myndigheten att hantera ett antal avtalsrättsliga frågor. Dels ska avtalet behandla vilka situationer som föranleder en möjlighet för myndigheten att avsluta avtalet, dels ska det stipulera vilka rättsföljder som ett sådant avslutande resulterar i. Vidare ska frågor såsom skadeståndsskyldighet, inte minst vid ond tro, hanteras.

SOU 2014:51 konstaterade att frågor om kontrakts uppsägning tillhör fasen efter avtalsteckningen och därmed efter upphandlingens avslutande, förfarandereglererna i upphandlingslagen har därför enligt utredningen inte någon betydelse för möjligheten att avsluta ett avtal.¹⁴² Således tycks utredningen sälla sig till uppfattningen att LOU endast haft en påverkan under upphandlingen.

Lagrådet har konstaterat att det redan idag finns möjlighet i svensk avtalsrätt att avtala om uppsägning på de i direktivet uppräknade grunderna. Som framgår av kapitel 3 är det dock tveksamt huruvida den svenska avtalsrätten i dagsläget möjliggör avslutandet av ett kontrakt i enlighet med direktivet i de fall förhållandet inte reglerats i parternas avtal. Lagrådet ställde sig även tveksamt till om endast *möjligheten* att avtala om uppsägning är tillräcklig för att uppfylla EU-rättens krav.¹⁴³ Då det inte heller stipuleras någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att häva avtalet kvarstår risken för fördragsbrott för Sverige som medlemsstat, inte minst vid domstolstrots.¹⁴⁴ Av EU-rättens företrädare följer likväl att i det fall en tillämpning av nationell avtalsrätt kommer i konflikt med upphandlingsdirektiven så medförs ett krav på modifikation av innehållet i avtalsrätten.¹⁴⁵

Den nya lagstiftningen ska inte innebära någon materiell skillnad, bortsett från skyldigheten för den upphandlande myndigheten att införa en klausul om avslutande. Det står även tydligt att förarbetena ansåg att bestämmelsen inte

¹⁴² SOU 2014:51 s. 317, 446.

¹⁴³ Lagrådets yttrande över Kompletterande bestämmelser om upphandling s. 6f.

¹⁴⁴ Jfr C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2007:432.

¹⁴⁵ Morawetz (2014) s. 93.

syftar till att få någon påverkan på den svenska avtalsrätten, trots de invändningar som påkallades av ett antal remissinstanser.¹⁴⁶

Särhållandet av avtalsrätten och den offentliga rätten är inte heller helt okontroversiell. Till exempel anser Mäenpää att det, i de fall det offentliga uppträder som en privat aktör, bör undvikas att övervärdera den kvalitativa skillnaden mellan de offentliga- och privaträttsliga principernas betydelse.¹⁴⁷ I de fall det förekommer en betydande sammanflätning mellan olikartad reglering kan dessa likväl få en markant påverkan på varandra.¹⁴⁸

4.2 Upphandlande myndighet som avtalspart

Trots uttalandena i förarbetena står det tydligt att den upphandlingsrättsliga regleringen får betydande och påtaglig påverkan när en myndighet uppträder som avtalspart.

Att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*, är en grundläggande utgångspunkt för den avtalsrättsliga regleringen, vilket tidigare ansågs medföra en rätt för en upphandlande myndighet att stå fast vid ett avtal under dess löptid, trots att det uppkommit i strid med den upphandlingsrättsliga regleringen.¹⁴⁹ Utslaget i C-503/04 Kommissionen mot Tyskland innebär dock att det kan sägas finnas en unionsrättslig skyldighet för medlemsstaten att säkerställa att den upphandlande myndigheten avslutar sitt avtal, trots att detta rent avtalsrättsligt kan anses som en otillåten hävning.¹⁵⁰

En upphandlande myndighet intar dessutom en särställning som avtalspart i och med att den ensidigt formulerar avtalet. En anbudsgivare som vill ingå avtal med det offentliga får således acceptera eventuella villkor som den upphandlande myndigheten ställer upp. Detta innebär att parternas avtalsfrihet och möjlighet till ömsesidig påverkan på avtalsinnehållet beskärs. Artikel 72 i direktiv 2014/24/EU, tillsammans med Pressetext-målet, innebär i sin tur att parternas möjlighet att i efterhand modifiera avtalsinnehållet är kraftigt begränsad när det kommer till upphandlade kontrakt. Detta medför att en källa till tvistelösning, parternas möjlighet att tillsammans utforma och

¹⁴⁶ Jfr prop. 2015/16:195 s. 856.

¹⁴⁷ Mäenpää (2014) s. 56.

¹⁴⁸ Madell (1998) s. 54ff.

¹⁴⁹ Treumer (2007), s. 371f.

¹⁵⁰ C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2007:432.

omförhandla avtalet, till viss del faller bort. Från en avtalsrättslig synpunkt kan en situation uppstå där leverantören modifierar avtalet på ett sådant sätt att den upphandlande myndigheten anser att en väsentlig ändring, i upphandlingsrättslig mening, skett.

En närliggande frågeställning prövades i Hovrätten över Skåne och Blekinges mål T 536-13. Tvisten gällde ett avtal om livsmedelsleveranser till ett antal kommuner som gjorde gällande att leverantören gjort otillåtna prisjusteringar som därmed skulle anses utgöra ett, enligt avtalet, väsentligt *avtalsbrott* och därmed hävningsgrund. Tingsrätten höll med kommunerna och ansåg att hävningsrätt förelåg. Hovrätten gjorde dock bedömningen att kommunerna inte visat att prisjusteringarna var av sådan omfattning att det skulle anses som ett väsentligt avtalsbrott.¹⁵¹

Målet har ansetts innebära att en väsentlig ändring enligt upphandlingsrätten inte medför en civilrättslig hävningsrätt och att den upphandlande myndigheten därför är tvingad att utforma avtalet så att den kan säkerställa avtalets förenlighet med den upphandlingsrättsliga lagstiftningen.¹⁵² Det är dock värt att notera att tingsrätten och hovrätten kom fram till olika slutsatser beroende på var bevisbördan placerades, och att det fanns oklarheter kring omfattningen av prisjusteringarna. Det är inte säkert att prisjusteringarna var av sådan omfattning att de skulle anses som väsentliga ändringar i upphandlingsrättslig mening. Kommunerna argumenterade inte heller för att den upphandlingsrättsliga regleringen hade någon påverkan på avtalstolkningen.¹⁵³

Ensidigt formulerade villkor, speciellt som dikteras av en starkare part, riskerar att bli föremål för jämkning. I den offentliga upphandlingen står det dock frivilligt för en anbudsgivare att lägga anbud och villkoren för avtalet återfinns även i förfrågningsunderlaget.¹⁵⁴ Anbudsgivaren har även möjlighet att kompensera för höga krav i sitt anbud och kan inte heller hävda att den var omedveten om kraven. Det är dessutom långt ifrån säkert att den upphandlande myndigheten är den starkare parten, då det kan föreligga en situation där en mindre kommun tecknar avtal med ett företag med betydande juridiska och ekonomiska resurser.¹⁵⁵ Det är således oklart vilken praktisk tillämpning 36 § AvtL får i förhållande till offentlig upphandling. Det torde

¹⁵¹ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål T 536-13, dom 2014-04-30.

¹⁵² Bokwall & Håkansson: "Vad krävs för att kunna häva avtalet", Upphandling24, <http://upphandling24.se/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet/>, besökt 2016-12-27.

¹⁵³ Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål T 536-13, dom 2014-04-30.

¹⁵⁴ Madell (1998) s. 419.

¹⁵⁵ Madell (1998) s. 418.

dock inte finnas några upphandlingsrättsliga hinder för en domstol att beakta 36 § AvtL vid en avtalsrättslig bedömning.¹⁵⁶

4.3 Skadestånd i offentlig upphandling

Frågan om skadestånd till anbudsgivare, som av en eller annan anledning inte fått teckna avtal med en upphandlande myndighet, har aktualiserats genom en serie domar från HD. Detta har medfört att det upphandlingsrättsliga skadeståndet fått något av en särställning inom skadeståndsrätten. Utvecklingen visar i sin tur på ett skifte från fokus på hushållande med allmänna resurser till skyddet av leverantörernas intresse, i förhållande till syftet med den upphandlingsrättsliga regleringen¹⁵⁷ Bärande för möjligheten till skadestånd är att leverantören har lidit skada som föranletts av en överträdelse av NLOU, 20 kap. 20 § NLOU. Detta innebär att det finns ett brett spektrum av tillfällen som kan föranleda skadestånd, allt från att en otillåten direktupphandling skett till att en upphandling avbrutits utan giltigt skäl.¹⁵⁸

Till skillnad från HD:s uttalanden i NJA 2001 s 3 (nr 1) angavs det i NJA 1998 s. 873 att: ”Med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktserättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds.”¹⁵⁹

I målet anlade HD således ett upphandlingsrättsligt perspektiv på den avtalsrättsliga relation som uppkommer mellan parterna i en offentlig upphandling. Vidare fastslogs att ersättning som huvudregel bör utgå med det positiva kontraktshintresset, när en anbudsgivare har gått miste om kontraktet på grund av ett fel i förfarandet. Detta bekräftades senare i NJA 2007 s. 349. Till följd av de praktiska problemen att visa storleken på skadan, inte minst i samband med en otillåten direktupphandling, finns även möjligheten att göra en skälighetsuppskattning.¹⁶⁰ Förutom storleken på ersättningen har HD även berört frågor om ansvarskonkurrens, preskriptionstider och beviskrav.¹⁶¹

En återkommande fråga i doktrinen har varit huruvida alla brott mot upphandlingslagstiftningen medför ett skadeståndsansvar, något som närmast

¹⁵⁶ Morawetz (2014) s. 103.

¹⁵⁷ Andersson (2014) s. 13.

¹⁵⁸ För en utförligare genomgång hänvisas till Andersson (2014).

¹⁵⁹ NJA 1998 s. 873.

¹⁶⁰ Andersson (2014) s. 21.

¹⁶¹ NJA 2007 s. 349; NJA 2013 s. 909.

skulle kunna ses som ett strikt ansvar.¹⁶² HD berörde felbedömningen i NJA 2016 s. 358, där det slogs fast att det krävdes en tydlig och ej bagatellartad överträdelse.¹⁶³ Vidare konstaterades i NJA 2016 s. 369 att det kan anses oaktsamt av den skadelidande att inte överpröva upphandlingen då denne på så sätt kunnat minska sin skada.¹⁶⁴ Den upphandlingsrättsliga regleringen av skadeståndsansvaret för den upphandlande myndigheten är under konstant utvecklande, med en tydlig tendens att gå från raka ”ja-eller-nej svar” till betydligt mer nyanserade lösningar, där såväl civilrättsliga som offentligrättsliga aspekter beaktas vid bedömningarna.¹⁶⁵

I förhållande till skyldigheten för den upphandlande myndigheten att införa en klausul för avslutande av avtalet står det klart att avsaknaden av en sådan klausul inte är en grund för överprövning av upphandlingen.¹⁶⁶ Det är även svårt att se att en leverantör skulle kunna visa att den lidit skada på grund av avsaknaden av en sådan klausul, vilket antagligen hindrar en skadeståndstalan. I det fall den upphandlande myndigheten inte har inkluderat en klausul om avslutande av avtal och ändå häver avtalet så får den allmänna avtalsrätten avgöra huruvida en felaktig hävning skett. Om en domstol finner att avslutandet av avtalet varit ogrundat torde skadestånd utgå enligt de ovan presenterade avtalsrättsliga principerna.

Förarbetena till NLOU dock har antytt att skadeståndsskyldighet för den upphandlande myndigheten kan förekomma även vid existensen av en klausul om avslutande av avtal.¹⁶⁷ Samtliga, i direktivet reglerade, situationer innebär att brott mot NLOU skett. Antingen har leverantören felaktigt tilldelats kontraktet, kontraktet varit föremål för en väsentlig ändring eller så har EU-domstolen konstaterat att avtalet tillkommit i strid med unionsrätten. Angående den upphandlande myndighetens eventuella skadeståndsansvar konstaterade propositionen att:

”Det torde även stå klart att EU-rätten inte innehåller något hinder mot att en godtroende motpart kompenseras genom skadestånd, om avtalet avslutas på grund av omständigheter som den upphandlande myndigheten eller enheten råder över. Som en parallell kan nämnas att en vinnande leverantör, vars kontrakt ogiltigförklaras av allmän

¹⁶² Andersson (2016) s. 104f.

¹⁶³ NJA 2016 s. 358 p.16.

¹⁶⁴ NJA 2016 s. 369 p. 33.

¹⁶⁵ Andersson (2016) s. 118f.

¹⁶⁶ Prop. 2015/16:195 s. 856.

¹⁶⁷ Prop. 2015/16:195 s. 857.

förvaltningsdomstol efter överprövning, kan vara berättigad till skadestånd enligt upphandlingslagarna (jfr prop. 2009/10:180 del 1 s.225 f.).”¹⁶⁸

Den upphandlande myndigheten har, i och med att den ensidigt utformar avtalet, möjligheten att reglera eventuell skadeståndsskyldighet. Som tidigare berörts är en sådan reglering dock föremål för ett antal begränsningar.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Prop. 2015/16:195 s. 857.

¹⁶⁹ Se avsnitt 3.6.

5 Analys och slutsatser

5.1 Inledning

Som framgår av utredningen kvarstår uppfattningen att den svenska avtalsrätten inte påverkas av upphandlingsrätten alltså i de svenska förarbetena. Den generella utvecklingen går dock mot att regleringen av offentlig upphandling i allt större del omfattar samtliga aspekter av det upphandlade kontraktet. Processen är en följd av EU-domstolens strävan efter att säkerställa regleringens effektivitet, och får således effekt även i avtalsfasen av den offentliga upphandlingen. Sedan tidigare har det funnits möjlighet till såväl skadestånd som avtals ogiltigförklarande, en ogiltighet vilken får betydande avtalsrättsliga effekter för såväl upphandlande myndighet som tilldelad leverantör. Genom utarbetad praxis, inte minst Presstext-målet, och direktiv 2014/24/EU utsträcks dock regleringen till att även omfatta vilka avtalsrättsliga åtgärder som är tillåtna under kontraktets löptid. Det finns därför goda skäl att ifrågasätta den strikta uppdelning i avtalsrätt och offentligrättslig förfarandelagstiftning som vidmakthålls av såväl förarbeten som de högsta instanserna. Uppsatsens slutsatser presenteras i analysen genom ett antal påståenden, markerade i fet stil.

5.2 Implementeringen av artikel 73

Implementeringen av artikel 73, såsom den kommer till uttryck i NLOU, är ett tydligt exempel på den osäkerhet som råder kring gränslinjen mellan den svenska avtalsrätten och regleringen av offentlig upphandling. Det ursprungliga förslaget, som presenterades i SOU 2014:51, innebar att det i NLOU skulle införas en direkt avtalsrättslig grund för hävning av ett upphandlat kontrakt för den upphandlande myndigheten. Härigenom skulle det säkerställas att den upphandlande myndigheten hade en möjlighet att avsluta ett avtal i enlighet med direktivet. Förslaget ansågs dock olämpligt då det medförde avtalsrättslig reglering i en renodlad förfarandereglering.

17 kap. 17 § NLOU utgör i princip en kompromiss då grundtanken om förfarandereglering upprätthålls. Således infördes endast en ordningsregel vilken resulterar i att den upphandlande myndigheten ska reglera frågan. Detta var även lagstiftarens avsikt och bedömdes vara tillräckligt för att säkerställa direktivens enlighet av den svenska regleringen. Lagrådet ställde sig dock tveksamt till valet av implementering och menade att det inte får någon påverkan på rättsläget.

17 kap. 17 § NLOU medför inte en möjlighet för den upphandlande myndigheten att avsluta ett avtal.

Uppsatsens utredning visar att den valda implementeringen av artikel 73 medför ett antal problem. Såsom lagrådet konstaterade innebär 17 kap. 17 § NLOU inte att den upphandlande myndigheten har en möjlighet att avsluta ett avtal. Rätten kommer istället att grundas på den upphandlande myndighetens egen reglering av frågan i avtalet. Det ställs därmed höga krav på avtalsrättslig kompetens hos den upphandlande myndigheten, vilken måste utforma en klausul om avslutande av avtal som säkerställer myndighetens möjligheter i de uppräknade situationerna. Detta riskerar att slå hårt på upphandlande myndigheter med mindre resurser.

I de fall myndigheten inte reglerat frågan, eller regleringen är otillräcklig, hänvisar förarbetena till rättstillämpningen. Det faller således i slutändan på de allmänna domstolarna att säkerställa den upphandlande myndighetens möjlighet att avsluta ett avtal.

Implementeringen av artikel 73 är bristfällig.

Den begreppsmässiga inkonsekvensen i den svenska översättningen av direktivet förs vidare till NLOU. Det är därför oklart vad som motsvarar den engelskspråkiga direktivtextens ”to terminate”, vilket troligtvis har mindre betydelse ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Det får dock stor påverkan för den upphandlande myndigheten då, vilket påpekades av ett antal remissinstanser, det är oklart vilken avtalsrättslig åtgärd som åsyftas. Det finns bevisligen betydande osäkerhet kring hur den tilltänkta klausulen om avslutande av avtal ska utformas. Implementeringen av bestämmelsen har inte heller underlättats av att den svenska översättningen av direktivet innehåller ett antal betydande brister. Detta kan inte minst ses i artikel 73 c, vilken fått en direkt felaktig innebörd.

Förarbetena har angett att paragrafen är utformad som en ordningsregel, vilket ska fungera som ett styrmedel gentemot de upphandlande myndigheterna. Dessa blir i sin tur ansvariga för att säkerställa att den obligatoriska klausulen tas med i upphandlingsdokumenten. Samtidigt står det klart att bestämmelsen är osanktionerad och att avsaknaden av en klausul inte medför en grund för överprövning av upphandlingen. Det finns således inget direkt incitament för den upphandlande myndigheten att införa klausulen. Det finns redan med nuvarande reglering en möjlighet att avtala om frågan, i den mån den upphandlande myndigheten bedömer att den

behöver hantera frågan. 17 kap. 17 § NLOU medför därför inte någon förändring av rättsläget.

Den upphandlande myndigheten kan vara skyldig att avsluta ett avtal.

Enligt förarbetena till NLOU finns det inte någon skyldighet för den upphandlande myndigheten att avsluta avtalet. Detta står visserligen i överrensstämmelse med direktivets ordalydelse, men det finns även ett antal faktorer som pekar på motsatsen. I C-503/04 Kommissionen mot Tyskland ansågs det föreligga ett löpande fördragsbrott hos medlemsstaten när denna inte säkerställde att ett avtal avslutades. I direktivets beaktandesats uttalas även att den upphandlande myndigheten kan stå inför en situation där den måste avsluta ett upphandlat kontrakt. Sammantaget bör direktivet samt praxis innebära att det finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att avsluta ett kontrakt, åtminstone i de situationer som berörs av artikel 73 c i direktivet, vilken motsvaras av 17 kap. 17 § 2 stycket 3 NLOU. Utifrån den bedömning som gjordes i Kammarrätten i Stockholms mål 1355-15 så innebär även likabehandlingsprincipen ett krav på att den upphandlande myndigheten avslutar avtalet, till exempel i en sådan situation som aktualiseras i 17 kap. 17 § 2 stycket 1 NLOU.

5.3 Analysverktyg

Sverige är som medlemsstat skyldigt att säkerställa att en upphandlande myndighet kan avsluta ett upphandlat kontrakt på de i direktivet uppräknade grunderna. Valet av implementering medför att säkerställandet primärt sker genom att den upphandlande myndigheten reglerar frågan i avtalet, och lämnas i andra hand till rättstillämpningen att avgöra. Det är således av stor vikt att utreda vilka möjligheter en upphandlande myndighet har att avsluta sitt upphandlade kontrakt. Följande hypotetiska fall syftar till att konkretisera och exemplifiera vilka problemställningar som kan aktualiseras.

5.3.1 Exempel A – Svek

En upphandlande myndighet får under avtalets löptid kännedom om att den leverantör som tilldelats kontraktet varit föremål för en lagakraftvunnen dom om penningtvätt vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. I anbudet intygade leverantören att någon sådan dom inte förelåg.

Oavsett om leverantören svikligen intygat eller endast undanhållit informationen står det klart att den upphandlande myndigheten kan avsluta avtalet med grund i avtalet om det inkluderar en klausul om avslutande

motsvarande direktivet. I den ovanstående situationen torde dock existensen av en klausul för avslutande av avtal vara av mindre vikt. Leverantören har svikligen angett felaktiga förutsättningar, vilket i sig bör vara tillräckligt för ogiltighet på allmän avtalsrättslig grund. Det bör inte heller föreligga några svårigheter för den upphandlande myndighet att påvisa kausalitet med handlandet, då leverantören hade uteslutits från upphandlingen om den upphandlande myndigheten haft kännedom om förhållandet. Leverantören riskerar även skadeståndsskyldighet gentemot den upphandlande myndigheten. Om någon annan rättsföljd än ogiltighet eftersträvas bör dock den upphandlande myndigheten reglera detta i avtalet.

Det är svårare att säga vad som händer i de fall leverantören endast förtigit uppgifterna och det samtidigt saknas en klausul om avslutande av avtal. Den då föreliggande situationen aktualiserar gränslandet mellan svek och generalklausulerna i AvtL. Då bedömningen är väldigt situationsanpassad är det svårt att entydigt säga huruvida den upphandlande myndigheten, i avsaknad av klausul om avslutande av avtal, skulle ha möjlighet att få avtalet ogiltigförklarat. Bedömningen kan påverkas av såväl leverantörens som den upphandlande myndighetens agerande, yttre omständigheter och hur förfrågningsunderlaget utformats.

Följer man resonemanget i Kammarrätten i Stockholms mål 1355-15 så ska det inte bara finnas en avtalsrättslig möjlighet att avsluta avtalet, det föreligger därtill ett upphandlingsrättsligt krav på att kontraktet avslutats med en leverantör som borde ha uteslutits. Den upphandlande myndigheten riskerar annars att vidhållandet av avtalet innebär en väsentlig ändring.

5.3.2 Exempel B – Ändrade förutsättningar

Efter EU-domstolens uttalande i ”Safe-harbour-domen”¹⁷⁰ tvingas en upphandlande myndighet att säkerställa att dess personuppgifter lagras inom EU. Den upphandlande myndigheten inser att kravet medför sådana modifieringar av nuvarande upphandlat kontrakt att det kommer att ses som en väsentlig ändring i upphandlingsrättslig mening.¹⁷¹

Den upphandlande myndigheten befinner sig härmed i en väldigt svår situation. EU-rätten kräver att informationen flyttas, men en sådan åtgärd skulle utgöra en väsentlig ändring av kontraktet. Rent avtalsrättsligt är

¹⁷⁰ C-362/14 Schrems, EU:C:2015:650.

¹⁷¹ Exemplet är förenklat av framställningsmässiga skäl. Det finns en möjlighet att en förändring i ett liknande fall inte är att se som en väsentlig ändring.

parterna hänvisade till att omförhandla avtalet, vilket är den grundläggande lösningen för avtalsparterna när förutsättningarna ändras. Detta är dock omöjligt enligt NLOU. En klausul om avslutande av avtal, utformad enligt direktivet, medför inte en omedelbar hävningsrätt då den väsentliga ändringen sker först när avtalet modifieras. Grunden för avslutande av avtal kräver därför att den upphandlande myndigheten först bryter mot upphandlingsregleringen innan avslutande kan komma ifråga. Leverantören torde i sin tur vara medveten om detta och därmed vara motvillig att förändra avtalet på ett sådant sätt att en väsentlig ändring sker.

Den upphandlande myndigheten är således hänvisad till att medvetet bryta mot NLOU eller att försöka motivera avslutandet av avtalet på allmän avtalsrättslig grund. Detta torde i princip innebära 36 § AvtL eller förutsättningsläran, då yttre omständigheter som parterna inte kunnat förutse medfört kraftigt ändrade förutsättningar. I den mån båda parter gemensamt och i ond tro genomför väsentliga ändringar av kontraktet torde det dock vara svårt att tala om ändrade förutsättningar som varit av sådan art att antingen förutsättningsläran eller 36 § AvtL blir tillämplig. Det samma borde gälla i de fall den upphandlande myndigheten ensidigt genomför sådana ändringar.

Oavsett frågan reglerats i avtalet riskerar dock den upphandlande myndigheten skadeståndsansvar, antingen på grund av felaktig hävning eller på grund av medvetet brott mot NLOU. Ersättningsgraden kan i sådana fall komma att utgöras av det positiva kontraktsintresset. Sammantaget innebär detta att den avtalade klausulen, som ska uppfylla kraven i direktiv 2014/24/EU, kräver att den upphandlande myndigheten genomför en väsentlig ändring samtidigt som det kan medföra ett betydande skadeståndsansvar. Det är minst sagt tveksamt huruvida detta är vad som åsyftas i direktivets reglering.

5.3.3 Exempel C – Ond tro

Den upphandlande myndigheten inser en bit in i löptiden på ett upphandlat kontrakt att kostnaderna blir allt för höga. Den upphandlande myndigheten genomför därför medvetet sådana förändringar i avtalet att en väsentlig ändring skett. Det upphandlade kontraktet avslutas därmed av den upphandlande myndigheten i enlighet med klausulen om avslutande av avtal, vilken även inkluderar att skadestånd inte ska utgå.

Den upphandlande myndigheten har följaktligen i ond tro brutit mot NLOU för att säkerställa rätten att avsluta avtalet, eventuellt gentemot en leverantör som agerar i god tro. Förarbetena är tydliga med att grund för avslutande av avtal ska föreligga även vid ond tro, i enlighet med direktivets krav.

Existensen av avtalsklausulen säkerställer således den upphandlande myndighetens möjlighet att avsluta avtalet. Frågan om ett eventuellt skadestånd är däremot mer oklar. Förarbetena anser att det kan förekomma en skadeståndsskyldighet för den upphandlande myndigheten, men hänvisar samtidigt till den upphandlande myndighetens möjlighet att reglera frågan i avtalet. Det är således möjligt för den upphandlande myndigheten att införa en ansvarsfriskrivning i avtalet.

En sådan friskrivning torde dock inte vara helt oproblematiske ur en avtalsrättslig ståndpunkt. Svensk skadeståndsrätt tillåter generellt inte en friskrivning från culpaansvar, eller grov vårdslöshet, och en sådan klausul riskerar dessutom att ses som oskälig i enlighet med 36 § AvtL. Praxis visar även på en strikt linje när det kommer till skadeståndsansvar för en upphandlande myndighet som brutit mot LOU. Sammantaget medför detta att det finns en möjlighet för den upphandlande myndigheten att, trots ond tro, avsluta avtalet i enlighet med den obligatoriska klausulen. Det torde dock finnas en risk för att den upphandlande myndigheten ställs inför ett betydande skadeståndsansvar, trots eventuell friskrivning. Även i detta fall bör det, i den mån det kan visas, handla om det positiva kontraktssintresset.

För en situation där den obligatoriska klausulen saknas så bör inte den allmänna avtalsrätten medföra en rätt för den upphandlande myndigheten att genom agerande i ond tro avsluta avtalet. Det kan dessutom ifrågasättas vilken skillnad som föreligger mellan en avtalsstridig hävning, och ett avtalsenlig avslutande, om de båda resulterar i ett betydande skadeståndsansvar för den upphandlande myndigheten.

5.3.4 Exempel D – Avgörande av EU-domstolen

Den upphandlande myndigheten direktupphandlar ett kontrakt med 30-års löptid till ett betydande värde. Sverige erkänner som medlemsstat att kontraktet skulle ha upphandlats i enlighet med gällande direktiv. EU-domstolen fastställer därefter att Sverige, genom att låta den upphandlande myndigheten teckna det upphandlade kontraktet, allvarligt åsidosatt sina skyldigheter mot unionsrätten.

Domen riktar sig formellt till Sverige som medlemsstat, men får konsekvenser även för den upphandlande myndigheten. Som tidigare diskuterats torde en dylik dom medföra en skyldighet för den upphandlande myndigheten att avsluta avtalet.¹⁷² Klart står i alla fall att det inte räcker med

¹⁷² Se avsnitt 2.3.2.

att Sverige som medlemsstat ger den upphandlande myndigheten en reprimand.¹⁷³ Domen i C-503/04 Kommissionen mot Tyskland EU:C:2007:432 medförde att den upphandlande myndigheten avslutade avtalet, vilket bestreds av avtalsparten i domstol. Den tyska domstolen fann dock att avslutandet var avtalsrättsligt befogat med grund i EU-domstolens avgörande. En svensk domstol skulle i det beskrivna fallet stå inför samma frågeställning.

Vid existensen av en klausul om avslutande av avtal så har den upphandlande myndigheten en, på avtalstexten grundad, rätt att avsluta avtalet. Frågan om skadestånd blir dock aningen mer problematisk. Den upphandlande myndigheten har med största sannolikhet stridigt mot NLOU eller unionsrätten vid tilldelningen av kontraktet. EU-domstolens praxis är dock inte alltid förutsägbar och den upphandlande myndigheten kan mycket väl ha handlat i god tro. Ett eventuellt skadeståndsansvar torde därmed bedömas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet. Det är dock värt att ha i åtanke att HD intagit en relativt strikt linje mot upphandlande myndigheter som befins agera i strid med LOU.

Huruvida situationen skulle föranleda en rätt att avsluta avtalet på rent allmän avtalsrättslig grund är öppet för tolkning. Å ena sidan kan det argumenteras för att domen utgör kraftigt förändrade förutsättningar, force majeure eller en förutsättning för jämkning enligt 36 § AvtL. Å andra sidan har domen med största sannolikhet orsakats av den upphandlande myndighetens eget agerande. De svenska allmänna domstolarna har även visat på en motvillighet att beakta LOU vid rent avtalsrättsliga avgöranden, en inställning som stöds av uttalanden i förarbetena. Det finns skäl att betvivla huruvida en svensk domstol skulle finna att skäl för avslutande av avtal existerade. Samtidigt finns det en möjlighet att den upphandlande myndigheten har en upphandlingsrättslig skyldighet att avsluta det upphandlade kontraktet. Det föreligger således en betydande risk att Sverige som medlemsstat inte uppfyller direktivets krav på avslutande av avtal, i det fall att en domstol inte finner att grund för avslutande föreligger.

¹⁷³ Jfr Förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220.

5.4 Möjligheter att avsluta ett upphandlat kontrakt

Ovanstående exempel visar att det finns ett antal tveksamheter i förhållande till avtalsrättens förmåga att säkerställa den upphandlande myndighetens möjlighet till avslutande av avtal.

Frågan löses enklast genom att upphandlande myndighet reglerar den i avtalet.

I förarbetena till NLOU angavs att den valda ordningen med obligatoriska avtalsklausuler för den upphandlande myndigheten utgör den lättaste och minst påträngande lösningen. Som framgår av samtliga ovanstående exempel säkerställer en klausul om avslutande av avtal den upphandlande myndighetens möjligheter att avsluta ett avtal, även i de situationer den upphandlande myndigheten agerar i ond tro. Situationen i *exempel B* medför dock betydande problem för den upphandlande myndigheten, då det rent avtalsrättsligt krävs att den upphandlande myndigheten bryter mot NLOU för att grund för avslutande ska föreligga. Den upphandlande myndigheten kan därmed befinna sig i en situation som kräver ett avtalsstridigt avslutande av avtalet, eller ett medvetet brott mot NLOU. Klausulen erbjuder visserligen en möjlighet till avslutande, men denna kan knappast anses tillfredsställande.

Avtalsrätten erbjuder vissa möjligheter att avsluta ett avtal.

17 kap. 17 § NLOU medför höga krav på den upphandlande myndighetens förmåga att formulera effektiva och tydliga avtalsvillkor. Det finns således en betydande risk för bristfälliga klausuler. Det finns inte heller något direkt incitament för den upphandlande myndigheten att införa klausulen. Den allmänna hållningen av den svenska avtalsrättsliga regleringen, samt att en stor del av bedömningen görs utifrån det enskilda fallet, medför dock att det är svårt att fastställa vilka möjligheter en upphandlande myndighet har att avsluta ett avtal på allmänna avtalsrättsliga grunder.

Huvudregeln inom avtalsrätten är att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*, och det medför att avslutande av avtal kan ses som undantagsreglering, inte minst när det kommer till ändrade förutsättningar under avtalets löptid. I förhållande till en leverantörs kriminalitet, och eventuellt svek eller förtigande, torde det finnas relativt goda möjligheter att avsluta ett avtal, vilket också framgår av *exempel A*. Situationerna i *exempel B* och *exempel D* visar dock att det är långt ifrån säkert att en upphandlande myndighet har möjlighet att avsluta ett avtal på allmän avtalsrättslig grund, åtminstone

utifrån de situationer som räknas upp i direktivet. Särskilt tydligt blir detta i de fall den upphandlande myndigheten agerar i ond tro, då avtalsrätten sällan torde medföra att ett culpöst beteende får befriande verkan för den felande parten. Detta kan tydligt ses i hanteringen av ansvarsfriskrivningar i förhållande till vållande eller grov vårdslöshet.

Oskälighet enligt 36 § AvtL och förutsättningsläran överlappar till stor del varandra som grunder för ändringar i avtal till följd av förändrade förutsättningar under att avtals löptid. Båda grunderna utgår ifrån en skälighetsbedömning där det beaktas vem som rimligen ska bära risken för de ändrade förutsättningarna, och huruvida parterna kunnat förutse och förebygga de negativa effekterna. Bedömningen görs utifrån det enskilda fallet, vilket utgör en osäker grund att stå på för en upphandlande myndighet som vill säkerställa sina möjligheter att avsluta ett avtal. Det torde även sällan ses som skäligt att motparten får stå risken för den upphandlande myndighetens misstag eller agerande. Det kan visserligen tänkas att situationen i *exempel D* ses som force majeure i den mån ett avgörande är helt oväntat eller utgör en kraftig ändring av rättsläget, men detta får ses som relativt tveksamt och är inte rimligtvis något som en upphandlande myndighet kan utgå ifrån.

Mot bakgrund av den praxis som finns, och det rättsläge som råder, är det ytterst tveksamt huruvida den svenska avtalsrätten verkligen erbjuder en möjlighet till avslutande i samtliga situationer som direktiv 2014/24/EU kräver. Frågan kommer dock, som förarbetena också avsett, slutligen att få avgöras av rättstillämpningen.

5.5 Avtalsrättens förhållande till upphandlingsrätten

Trots att en stor del av direktivets nya reglering kretsar kring hanteringen av upphandlade kontrakt under dess löptid bibehålls separationen av upphandlingsrätt och svensk avtalsrätt i förarbetena. Detta återspeglas även i den valda metoden för implementering av artikel 73. Fasthållandet av den traditionella synen riskerar dock att medföra såväl oönskade följder som att bakbinda de svenska domstolarna i sin prövning av den upphandlande myndighetens möjligheter att avsluta ett kontrakt. Uppdelningen medför även att ett antal konflikter mellan avtalsrätt och upphandlingsrätt står utan tydlig lösning.

Den avtalsrättsliga regleringen utgår ifrån ogiltighet.

AvtL utgår från ogiltighet som den primära rättsföljden när ett avtal är behäftat med större fel, oavsett om detta skett innan eller efter avtalets ingående. En avtalsrättslig ogiltighet innebär stora praktiska svårigheter då redan utförda prestationer ska återgå i den mån det är möjligt. Inom upphandlingsrätten anses dessutom ogiltighet vara den yttersta sanktionen för att säkerställa efterföljandet av regleringen, och ses som ett kraftigt ingripande rättsmedel. Trots detta finns det frågetecken kring ogiltighetens effektivitet i de fall domstol ogiltigförklarat ett upphandlat kontrakt.

Som tidigare nämnts finns det en inneboende begreppsförvirring i såväl den svenska översättningen av direktivet som i NLOU. Detta medför att det är oklart vilken rättsföljd som avses med "avslutande av kontrakt". Det faktum att det under lagstiftningsprocessen benämnts som hävande, uppsägning och avslutande tyder dock på att det inte primärt är ogiltighet som åsyftas. Det är därmed av största vikt att den upphandlande myndigheten reglerar frågan i avtalet om det är så att en annan rättsföljd än ogiltighet är önskvärd.

Upphandlande myndighet riskerar kraftiga skadestånd, oavsett korrekt avslutande.

Direktivets utformning innebär ett krav på att den upphandlande myndigheten ska ha en möjlighet att avsluta avtalet, även i de fall myndigheten agerar i ond tro. Det är tveksamt huruvida en sådan klausul skulle anses skälig i normala fall, speciellt i beaktande av den upphandlande myndighetens position som ensam författare av avtalstexten. Lagens utformning, och uttalandena i förarbetena, torde dock medföra att en dylik klausul ska anses tillåten. Det är dock av allmänna principer förbjudet att friskriva sig från vållande i förhållande till det inomobligatoriska skadeståndet. Situationen kan således uppstå där den upphandlande myndigheten har rätt att avsluta avtalet, men ett sådant avslutande leder till ett skadeståndsansvar, något som tydligt kan ses i arbetets analysverktyg. Ett sådant ansvar kan uppgå till det positiva kontraktsintresset, vilket riskerar att utgöra en ansevärd summa. Vidare kan det även förekomma en skadeståndsrätt grundad på det faktum att den upphandlande myndigheten brutit mot NLOU, i den mån skada kan visas av leverantören.

De allmänna domstolarna uppvisar en kluven inställning till upphandlingsrätten.

Som tydligt framgår av arbetets utredning ställer den valda implementeringen höga krav på att de allmänna domstolarna beaktar NLOU vid prövandet av en upphandlande myndighets möjligheter att avsluta ett avtal. Den hovrättspraxis som presenterats visar dock på en motvillighet att beakta den

upphandlingsrättsliga regleringen vid avgörandet av avtalsrättsliga frågor, inte minst i Svea hovrätts mål T 1624-14. Trots att den upphandlande myndigheten argumenterade utifrån EU:s primärrätt ansågs inte en godtagbar hävning föreligga. Detta grundades delvis i vad som tycks vara en felaktig bedömning av den eventuella upphandlingsplikten och EU-rättens hantering av koncessioner.

Utredningen visar att det finns möjligheter att beakta offentlighetslagstiftning i kontexten av avtalstolkning, vilket även var vad som skedde i Hovrätten över Skåne och Blekinges mål T 536-13. Hovrätten valde således i målet att tolka in en ensamrätt i avtalet, utifrån den upphandlande myndighetens möjligheter att göra en ny upphandling av samma tjänst. Resultatet blev ett avgörande som står i samklang med såväl avtalsrätten och upphandlingsrätten. Det är författarens uppfattning att liknande tolkningar kommer att behöva göras i prövningar om avslutande av upphandlade kontrakt för att säkerställa att Sverige som medlemsstat följer upphandlingsdirektivet.

5.6 Slutsatser

Av uppsatsens utredning framgår att 17 kap. 17 § NLOU inte i sig medför en möjlighet för den upphandlande myndigheten att avsluta ett avtal. Möjligheten grundar sig istället i den eventuella förekomsten av avtalad reglering, eller, i den mån sådan saknas, på allmän svensk avtalsrätt.

Avtalsrätten medför vissa möjligheter för den upphandlande myndigheten att avsluta ett kontrakt, men det är tveksamt huruvida detta i sig är tillräckligt för att uppfylla direktivets krav, vilket även lagrådet påpekat. En sådan uppfyllelse ställer stora krav på de allmänna domstolarna som måste säkerställa den upphandlande myndighetens möjligheter, antingen genom avtalstolkning eller genom att grunda möjligheten direkt på upphandlingsregleringen. Vid beaktande av de prövningar som gjorts är det tveksamt huruvida domstolarna kommer att göra detta. Den osäkerhet som råder kring avtalsrättens förhållande till offentlig upphandling riskerar därför att medföra att Sverige som medlemsstat inte uppfyller de krav som ställs i artikel 73 i direktiv 2014/24/EU.

Då lagstiftaren valt att ytterst överlämna till rättstillämpningen att avgöra frågan krävs det att de allmänna domstolarna beaktar kraven i direktiv 2014/24/EU och vid behov gör en mer eller mindre uttrycklig EU-konform tolkning av den svenska avtalsrätten. Detta försvåras dock av den strikta uppdelningen i förfarandelagstiftning och avtalsrätt som för tillfället råder.

Uttalandena i förarbetena riskerar i sin tur att bakbinda domstolarna då det anförts att regleringen i NLOU inte ska påverka den svenska avtalsrätten.

Införandet av obligatoriska klausuler om avslutande av kontrakt, samt regleringen kring väsentliga ändringar, medför att gränsen mellan avtalsrätt och upphandlingsrätt allt mer har suddats ut. Det finns stora fördelar i att släppa den strikta uppdelningen av rättsområdena och istället vidkänna den ömsesidiga påverkan som faktiskt finns. Det bör således finnas en avtalsrättslig rätt för en upphandlande myndighet att avsluta ett avtal, grundad i de krav som direktiv 2014/24/EU ställer på Sverige som medlemsstat. En sådan pluralistisk syn på gränslandet mellan avtalsrätt och offentlig upphandling skulle säkerställa att svensk lagstiftning uppfyller direktivets krav, och samtidigt medföra ett tydligare samspel mellan de olika rättsområdena.

Käll- och litteraturförteckning

KÄLLOR

Offentligt tryck

Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

Prop. 1975/76:81 med förslag om ändring i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.

Promemoria – Kompletterande bestämmelser om upphandling - 2015-10-20

Lagrådsremiss – Nytt regelverk om upphandling

Lagrådsremiss – Kompletterande bestämmelser om upphandling

SOU 2014:51 Nytt regelverk om upphandling

Myndighetsskrivelser

Domstolsverkets remissyttrande över Nya regler om upphandling diarenr 1459-2014

Kammarkollegiets remissvar över Nya regler om upphandling diarenr 3.1-4008-14

Kronofogdemyndighetens yttrande över Nya regler om upphandling diarenr 830 20932-14/112

Lagrådets yttrande – Kompletterande bestämmelser om upphandling 2016-05-11

Elektroniska källor

Bokwall och Håkansson: ”Vad krävs för att kunna häva avtalet”, Upphandling24, <http://upphandling24.se/vad-kravs-for-att-kunna-hava-avtalet/>, besökt 2016-12-27

Upphandling24, <http://upphandling24.se/propositionen-klar-riksdagen-avgor-i-host/>, besökt 2017-01-03

LITTERATUR

Abrahamsson, Olle, *EU-medlemskapets influenser på dömandet*, SvJT 1999 s. 833-845

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt. 1*, 12., [rev.] uppl., Juristförl., Lund, 2002

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. 2*, 6., [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010

Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, UrT 2014 nr 1, s. 11-39

Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, UrT 2016 nr 2, s. 99-120

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK*, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014

Bengtsson, Bertil, *Hävningsrätt och uppsägningsrätt vid kontraktsbrott.*, Norstedt, Stockholm, 1967

Bergman, Mats, *Offentlig upphandling: på rätt sätt och rätt pris*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2011

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt*, 7., [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008

Cronhult, Pär & Robertson, Viktor, *Fortsatt domstolstrots – 9 av 10 myndigheter struntar i dom om ogiltighet av avtal*, 1. uppl., Stiftelsen Den Nya Välfärden, Stockholm, 2016

Hartlev, Kristian & Liljenbøl, Morten Wahl, *Changes to existing contracts under the EU public procurement rules and the drafting of review clauses to avoid the need for a new tender*, P.P.L.R. 2013,2, s. 51-73

Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9., [rev.] uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014

Koninck, Constant de, Ronse, Thierry & Timmermans, William, *European public procurement law: the Public sector procurement directive 2014/24/EU explained through 30 years of case law by the Court of Justice of the European Union*, 2. ed., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015

Lehrberg, Bert, *Förutsättningsläran – en rättsregel i modern svensk rätt*, SvJT 1990, s. 187-215

Madell, Tom, *Det allmänna som avtalspart: särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar = [Local government bodies as parties to contracts] : [issues of authority and legal effects]*, 1. uppl., Norstedts juridik, Diss. Umeå : Univ., Stockholm, 1998

Madell, Tom, *Avtal mellan kommuner och enskilda: avtalsslut och rättsverkningar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2000

Molin, Anna, *Avtal: praktisk handbok om hur du skriver avtal och kontrakt : [fullmakter, avtalstexter, avtalsbrott, skadestånd, lagar & regler, Internet & e-post]*, 4. uppl., Björn Lundén information, Näsvisen, 2014

Morawetz, Fredrik, *36 § avtalslagen och förbudet mot väsentliga förändringar av villkoren i offentliga kontrakt*, JT nr 1 2014/2015, s. 88-104

Mäenpää, Olli, *De förvaltningsrättsliga principernas roll när det offentliga uppträder som privat aktör*, Nordisk Administrativ Tidskrift 2/2014, s. 50-65

Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 105-145

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

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10., omarb. och utök. uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm : Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012

Treumer, Steen, *Towards an obligation to terminate contracts concluded in breach of the E.C. Public procurement rules – the end of the status of concluded public contracts as sacred cows*, P.P.L.R 2007,6, s. 371-386

Williams, Rhodri, *Commission proposals to modernise public procurement*, P.P.L.R. 2012,3, s. 101-105

Lagkommentarer

Grönfors och Dotevall: *Avtalslagen – en kommentar* (1 maj 2016, 5 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo)

Ramberg och Herre: Köplagen – en kommentar (1 maj 2016, 2 uppl., Zeteo, www.wolterskluwer.se/zeteo)

Munukka, Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 31 §, Lexino 2017-01-03

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen

NJA 2016 s. 358

NJA 2016 s. 369

NJA 2013 s. 909

NJA 2007 s. 349

NJA 2001 s. 3 (nr 1)

NJA 1999 s. 359

NJA 1998 s. 873

NJA 1989 s. 346

NJA 1981 s. 269

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 2012 ref. 27

Högsta förvaltningsdomstolen, mål 3874-15, dom 2016-12-22

EU-domstolen

C-107/98 Teckal EU:C:1999:562

C-454/06 presstext Nachrichtenagentur, EU:C:2008:351

C-503/04 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2007:432

Förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland,
EU:C:2003:220

C-324/98 Telaustria och Telefonadress, EU:C:2000:669

C-323/03 Kommissionen mot Spanien, EU:C:2006:159

C-549/14 Finn Frogne, EU:C:2016:634

C-362/14 Schrems, EU:C:2015:650

Hovrättsavgöranden

Hovrätten över Skåne och Blekinge, mål T 536-13, dom 2014-04-30

Hovrätten för Nedre Norrland, mål T 678-14, dom 2016-11-09

Svea hovrätt, mål T 1624-14, dom 2015-03-31

Kammarrättsavgöranden

Kammarrätten i Stockholm, mål 1355-15, dom 2015-12-18

Marknadsdomstolen

MD 2009:35