



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Magnus Isaksson

Leverantörs vilseledande vid offentlig
upphandling - Tänkbara straffrättsliga,
offentlighetsrättsliga och civilrättsliga remedier

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder
Termin för examen: HT-2015

Innehåll

| | |
|---|----|
| SUMMARY | 1 |
| SAMMANFATTNING | 2 |
| FÖRORD | 3 |
| FÖRKORTNINGAR | 4 |
| 1. INLEDNING | 5 |
| 1.1 Inledande exempel | 5 |
| 1.2 Syfte | 6 |
| 1.3 Problemformulering och frågeställning | 6 |
| 1.4 Metod och material | 7 |
| 1.5 Avgränsningar | 8 |
| 1.6 Forskningsläget | 8 |
| 1.7 Disposition | 9 |
| 2. BEGREPPSBILDNING | 10 |
| 3. STRAFFRÄTTSLIGA REMEDIER | 15 |
| 3.1 Inledning | 15 |
| 3.2 Bedrägeri | 16 |
| 3.2.1 Vilsedande | 16 |
| 3.2.2 Disposition | 17 |
| 3.2.3 Förmögenhetsöverföring | 17 |
| 3.3 Oredligt förfarande | 18 |
| 3.4 Analys straffrättsliga remedier | 19 |
| 4. OFFENTLIGRÄTTSLIGA REMEDIER | 22 |
| 4.1 Marknadsföringslagen | 22 |
| 4.1.1 Näringsidkarebegreppet | 22 |
| 4.1.2 Marknadsföringsbegreppet | 23 |
| 4.1.3 Otillbörlig marknadsföring | 24 |
| 4.1.4 Strida mot god marknadsföringssed | 24 |
| 4.1.5 Utgöra vilsedande marknadsföring | 25 |
| 4.1.6 Transaktionstest | 25 |
| 4.1.7 Utgöra en vilsedande affärsmetod enligt bilagan | 26 |
| 4.1.8 Bevisbörda och beviskrav | 27 |
| 4.1.9 Sanktioner | 27 |
| 4.2 Lagen om offentlig upphandling | 27 |
| 4.3 Onormalt låga anbud - inledning | 28 |
| 4.3.1 Tidigare bevisbördereglering | 29 |
| 4.3.2 Idag - oklart rättsläge | 30 |
| 4.3.3 Bevisbördan i framtiden? | 32 |
| 4.4 Om ramavtal | 33 |
| 4.5 Analys offentligrättsliga remedier | 36 |

| | |
|---|----|
| 5. CIVILRÄTTSLIGA REMEDIER | 41 |
| 5.1 Upphandlingskontrakt och ramavtals kontraktuella status | 41 |
| 5.2 Avtalsviten | 44 |
| 5.3 Avtalsvillkor med processuell innebörd | 48 |
| 5.4 Editions- och exhibitionsplikt | 52 |
| 5.5 Förlängningsklausuler | 53 |
| 5.6 Terminering av kontrakt | 53 |
| 5.7 Analys civilrättsliga remedier | 54 |
| | |
| 6. AVSLUTANDE DISKUSSION | 58 |
| | |
| KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING | 61 |
| | |
| RÄTTSFALLSFÖRTECKNING | 65 |

Summary

Occasionally when a contracting authority is about to award a public contract or conclude a framework agreement with a supplier, the supplier somehow misleads the contracting authority in order to receive the public contract or the framework agreement. Due to the rigorous regulatory system that distinguish public procurement one can expect the misleading to be a problem of greater importance than in B2B-relationships. This thesis examines different kinds of remedies and evaluates these remedies practical importance in order to counteract such misleading behaviour.

It can be concluded that the misleading does not constitute a fraud, and as yet probably not even a misdemeanor fraud ("oredligt förfarande") due to the fact that the contracting authority bears the full burden of proof when it comes to the regulation of abnormally low tenders in accordance with how the swedish procurement act ("lagen om offentlig upphandling") is perceived, which affect the possible penal remedy. However, the misleading runs counter to the swedish marketing act, but in reality the act has nothing of great importance to offer in the battle of such misleading. A potentially important tool is the possibility to reject an abnormally low tender, but the effectiveness of the remedy implies that the burden of proof regarding the seriousness of the offered tender is places on the tenderer, which is not the case as of today, but may be the case in the future due to the fact that four cases regarding this question is about to be examined by the Supreme court. The best way to contest any kind of misleading is probably with different kind of contractual solutions such as clauses stating liquidated damages, merger clauses and clauses stating under what premises contracts may be terminated.

Sammanfattning

Med anledning av offentlig upphandling kan det emellanåt förekomma att leverantören på olika sätt vilseleder myndigheten för att på oriktig grund antingen teckna ramavtal med myndigheten eller av myndigheten erhålla ett upphandlingskontrakt. Problematiken med olika former av vilseledande får antas vara större vid offentlig upphandling än vid vanliga B2B-relationer på grund av det strikta regelverk som myndigheten har att iaktta och som återfinns i lagen om offentlig upphandling. Detta examensarbete från juristprogrammet vid Lunds universitet belyser olika remedier som myndigheten kan tillgripa mot leverantörers vilseledande samt analyserar dessa remediers praktiska betydelse för att motverka vilseledandet.

Att vilseleda myndigheten utgör inte något bedrägeri, och i dagsläget knappast ett oredligt förfarande beroende på att myndigheten upphandlingsrättsligt anses ha den fulla bevisbördan för att det rör sig om ett så kallat onormalt lågt anbud enligt 12 kap. 3 § LOU, vilket i sin tur påverkar straffstadgandets tillämpbarhet. Däremot strider leverantörens vilseledande mot marknadsföringslagen och kan angripas på den grunden, men i praktiken har marknadsföringslagen ringa praktisk betydelse. Däremot är möjligheten att förkasta anbudet så som varandes onormalt lågt enligt ovan nämnt lagrum, ett potentiellt sett kraftfullt remedium, men endast om bevisbördan för att anbudet är seriöst förläggs på leverantören, något som i dagsläget inte är fallet. Mycket tyder dock på att bevisbördan kommer att ändras och förläggas på leverantören i och med att fyra mål har erhållit prövningstillstånd av Högsta förvaltningsdomstolen. Vilseledandet får anses lättast att bekämpa med olika kontraktuella lösningar så som vitesklausuler, integrationsklausuler och diverse termineringsklausuler.

Förord

Till Maria och barnen.

Förkortningar

| | |
|-------|-----------------------------------|
| BrB | Brottsbalken |
| EU | Europeiska unionen |
| ICC | International Chamber of Commerce |
| LOU | Lagen om offentlig upphandling |
| MD | Marknadsdomstolen |
| MFL | Marknadsföringslagen |
| NJA | Nytt juridiskt arkiv |
| Prop. | Proposition |
| RÅ | Regeringsrättens årsbok |
| SKL | Sveriges kommuner och landsting |
| SOU | Statens offentliga utredningar |

1 Inledning

1.1 Inledande exempel

Det här arbetet avser att belysa olika rättsliga remedier, samt analysera dessa remediers praktiska betydelse, som en myndighet vid offentlig upphandling kan tillgripa för att motverka att en leverantör uppsåtligen vilseleder denne med syfte att på oriktig grund teckna antingen ramavtal eller upphandlingskontrakt med myndigheten, något som emellanåt går under benämningen *osund strategisk anbudsgivning*. Ämnesvalets relevans för den upphandlande myndigheten kan enklast illustreras med ett exempel:

Antag att en myndighet slutit ramavtal med två leverantörer avseende leverans av tjänsterna A, B och C, och som myndigheten avser att avropa i lika stor utsträckning. Tilldelning av kontrakt sker på basis av lägst pris framräknat så som det genomsnittliga priset på de i ramavtalet efterfrågade tjänsterna. Företaget X har offererat 450:- avseende tjänsterna A och B, och 0:- för tjänsten C, med följderna att det genomsnittliga priset blir $300:- ((450+450+0)/3)$. Företaget X har nämligen inte för avsikt att leverera tjänsten C när kommunen väl avropar den, ett faktum som kommunen dock är omedveten om, och därför passar på att utnyttja den brist som finns i förfrågningsunderlaget hur tilldelningskriteriet lägst pris framräknas. Företaget Y begär däremot 400:- för var och en av tjänsterna, och det genomsnittliga priset blir likaledes 400:-. Vid avrop på de efterfrågade tjänsterna kommer företaget X att först tillfrågas och leverera tjänsterna A och B. När kommunen däremot efterfrågar tjänsten C avstår X från leverans och frågan går därför över till Y som levererar tjänsten.

Exemplet innehåller föga förvånande en vinnare och två förlorare. Myndigheten förlorar på det hela då denna fått betala ett genomsnittligt pris på 433:- $((450+450+400)/3)$, att jämföra med det genomsnittliga priset på 400:- om samtliga tjänster i stället avropats från företaget Y, som är exemplets andra förlorare då företaget gått miste om intäkterna avseende tjänsterna A och B. Företaget X står däremot som vinnare.

Det kan tyckas att samtliga varningsklockor borde ringa hos myndigheten när företaget lämnar ett "nollbud" avseende tjänsten C, men reglerna kring offentlig upphandling ger inte den upphandlande myndigheten någon rätt att förfara hur som helst med anbudet, och dessutom kan företaget X mycket väl ha ärliga avsikter med sitt anbud och avse att leverera tjänsten C. Företaget X kanske motiverar sitt nollbud på grundval av tidigare erfarenheter och anser sig veta att tjänsten C kommer att avropas i mycket ringa omfattning, och det man förlorar på gungorna (tjänsten C), avser man att ta igen på karusellen (tjänsterna A och B). Om förutsättningarna brister och myndigheten upphandlar tjänsten C i en betydligt större omfattning blir det en dyrköpt erfarenhet för företaget X, men en motsvarande ekonomisk

favör för myndigheten. Att enbart utnyttja en brist i förfrågningsunderlaget t ex att myndigheten felviktat ett kriterium kan knappast läggas leverantören till last, och dessutom något som står öppet för alla som lämnar anbud.

1.2 Syfte

Det ovan beskrivna opportunistiska beteendet leder inte endast till företagsekonomiska förluster, utan även på en aggregerad samhällelig nivå får beteendet negativa återverkningar i spåren av att konkurrensen sätts ur spel. Konsekvenserna till trots finns det ett påstående om att den leverantör som vid offentlig upphandling vilseleder myndigheten på ett sådant sätt normalt sett inte gör sig skyldig till ett lagbrott, och inte heller ett avtalsbrott, om nu inte agerandet skulle strida mot ett avtalsvillkor (se mer om detta påstående i kapitel 2). Det kan därför uppställas ett antagande om att det opportunistiska beteendet är ett på juridisk väg svårtåtkomligt fenomen.

Syftet med arbetet är därför att:

- i) undersöka förekomsten av eventuella straffrättsliga, offentlighetsrättsliga och civilrättsliga remedier som kan tänkas tillgripas för att motverka att leverantören uppsåtligt vilseleder myndigheten i syftet att på oriktig grund teckna antingen ramavtal eller upphandlingskontrakt med denna, samt
- ii) att analysera dessa remediers praktiska betydelse för att motverka vilseledandet.

1.3 Problemformulering och frågeställningar

Den här uppsatsen får i det närmaste klassificeras som upphandlingsrättslig, om man nu måste sätta en rättslig etikett på uppsatsen. Arbetet handlar dock inte om att undersöka någon specifik aspekt av upphandlingsförfarandet, utan arbetet fokuserar på ett upphandlingsrättsligt problem, nämligen att myndigheten emellanåt blir uppsåtligt vilseledd av en leverantör. Detta vilseledande kan ta sig olika uttrycks sätt och i inledningskapitlet gavs ett exempel. Vad som kommer att ske i uppsatsen är att detta problem ska testas mot olika tänkbara remedier för att undersöka om dessa remedier är verkningsfulla mot vilseledandet. Remedierna kan antingen vara straffrättsliga, offentlighetsrättsliga eller civilrättsliga. Mot bakgrund av detta uppställs följande frågeställningar:

Är ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling ett bedrägeri eller ett oredligt förfarande?

Strider ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling mot marknadsföringslagen?

Erbjuder lagen om offentlig upphandling något remedium mot ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling?

Hur kan en myndighet på kontraktuell väg motverka ett uppsåtligt vilseledande?

1.4 Metod och material

Den här uppsatsen tar sin utgångspunkt i en så kallad rättsdogmatisk metod. Utgångspunkten för denna är användandet av de allmänt accepterade rättskällorna i svensk rätt i enlighet med rättskälleläran, vilka pekats ut genom den av Hart formulerade erkänningsregeln (*rule of recognition*), och som dessutom anger dessa rättskällors hierarkiska ordning.¹ Erkänningsregeln säger i princip att en rättskälla är en källa som jurister betraktar som en rättskälla. En sådan definition kan tyckas både meningslös och substanslös. Enklarest kan dock erkänningsregeln förklaras om en analogi görs med ett språk, som bekant är ett system för kommunikation och där ingen ensam individ är satt att bestämma över ordens innebörd eller språkets grammatiska uppbyggnad och dess utveckling, utan något som sker i interaktionen alla människor emellan som använder språket för kommunikation. På samma sätt förhåller det sig med erkänningsregeln. Ingen individ äger att bestämma över vad som ska betraktas som en rättskälla och hur de ska inbördes rangordnas, utan något som är satt i ständig förändring och som bestäms gemensamt av individer som studerar juridiska frågor.² Erkänningsregeln kan därför sägas ge en ögonblicksbild av vilka rättskällor som anses relevanta och vilken tyngd de anses ha.

Den rättsdogmatiska metoden kan sägas syfta till att utifrån dessa rättskällor söka lösningen på rättsligt problem genom att applicera en funnen rättsregel på problemet. För att söka denna lösning måste olika vetenskaper komma till juridikens undsättning, t ex språkvetenskap och logik, men även olika hjälpregler vid lagtolkning t ex möjligheten att emellanåt kunna göra motsatsslut eller att tolka lagtexten extensivt eller restriktivt. Dessutom krävs det en förståelse för det juridiska språket och det juridiska systemets systematik och uppbyggnad.³ Det är dock inte frågan om att finna ett rätt svar, utan snarare att presentera en lösning på ett juridiskt problem som åtnjuter en bred acceptans inom den juridiska professionen.⁴

Sandgren anser för sin del att metod i rättsvetenskapliga arbeten inte sällan syftar till att beskriva hur man gått tillväga för att finna relevant material, och begreppet rättsdogmatisk metod skulle i denna kontext inte vara någon riktig metod då den snarare handlar om regler för hur det rättsliga materialet används. Ska man följa Sandgren tycks det därför vara mer korrekt att tala om rättskälleläran som den relevanta metoden för det material som i detta arbete delvis används.⁵ Emellertid synes rättsdogmatisk metod vara ett

¹ Dahlman, *Rätt och rättfärdigande*, sid. 21-22 och 23-24.

² Sandgren påpekar dock att det knappast går att tala om endast en rättskällelära då t ex underrätterna starkt begränsas av tid och resultatet inte behöver vara optimalt varför rättskälleläran blir en annan än den som tillämpas av HD eller praktiserande jurister. Se Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, sid. 120.

³ Kleinman, *Rättsdogmatisk metod*, sid. 21-23.

⁴ Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, sid. 122-123.

⁵ Sandgren, *Vad är rättsvetenskap?*, sid. 84.

lämpligt begrepp då metod kan översättas med tillvägagångssätt. Begreppet rättsdogmatiska metoden har därför den fördelen att den inkorporerar rättskällevärdet med sitt utpekande av materialet, men också hur detta material har processats med hjälp av den juridiska verktygslådan, något som synes passa väl in under underrubriken metod och material.

Utöver det material som följer av den rättsdogmatiska metoden, eller rättskällevärdet för att vara mer exakt, används också fem kontrakt som Lunds kommun ingått med anledning av offentlig upphandling. Materialet används endast i uppsatsens civilrättsliga avsnitt för att belysa civilrättsliga remedier samt analys av dessa remediers praktiska betydelse. Materialet har insamlats på så sätt att uppsatsförfattaren via mejl till Lunds kommun bett om ca tio kontrakt, varvid fem valts ut i syfte att på ett allsidigt sätt belysa de civilrättsliga remedierna. Eftersom avtalen är rättskällor sprungna ur parternas avtalsfrihet finns det inget behov av någon annan metod än den rättsdogmatiska även för dessa.

1.5 Avgränsning

För att nå uppsatsens syfte och besvara frågeställningarna har det inte ansetts behövt att redogöra för uppsåtets teoretiska beståndsdelar i uppsatsens straffrättsliga del. I avdelningen som avhandlar lagen om offentlig upphandling (LOU) kommer inte någon genomgång av upphandlingsförfarandet att ske, utan i denna del av uppsatsen handlar det om att endast göra nedslag i LOU och undersöka förekomsten av eventuella remedier som kan tillgripas mot ett vilseledande samt att analysera dessa remediers ändamålsenlighet. Läsaren förutsätts således vara förtrogen med dessa delar sedan tidigare.⁶ I det civilrättsliga avsnittet sker redovisningen av tänkbara remedier mot bakgrund av fem kontrakt som Lunds kommun ingått med anledning av offentlig upphandling, varför andra tänkbara civilrättsliga remedier som inte figurerar i dessa kontrakt förbigås. Det ska också framhållas att samtliga kontraktsklausuler inte kommer att belysas utan endast de som uppsatsförfattaren har valt ut, vilka anses relevanta för ämnesvalet.

1.6 Forskningsläget

Det finns naturligtvis mycket skrivet om olika former av vilseledande eftersom det är ett agerande som är relevant inom en rad olika juridiska discipliner. En del av denna litteratur används också som källor i arbetet. Det tycks dock vara först på senare år som det har uppmärksammats att olika former av vilseledande av myndigheter vid offentlig upphandling är ett svårhanterat problem i och med de rigorösa regler som kringgärdar upphandlingsförfarandet, och där myndigheter ingalunda har samma möjligheter som privata företag att undgå att bli vilseledda. Framförallt är

⁶ I den mån läsaren önskar friska upp minnet kan Bergman *et al.*, *Offentlig upphandling - På rätt sätt och till rätt pris* och Asp *et al.*, *Kriminalrättens grunder* rekommenderas.

det Lundvall & Pedersens utredning gjord på uppdrag av Konkurrensverket som det hänvisas till. Rapportens innehåll presenteras i uppsatsens kapitel 2.

1.7 Disposition

Uppsatsen disponeras på så sätt att i kapitel 2 redogörs det för Lundvall & Pedersens rapport om så kallad osund strategisk anbudsgivning. I kapitel 3 avhandlas brotten bedrägeri och oredligt förfarande, där rekvisiten för de brottsbeskrivningsenliga gärningarna skärskådas för att undersöka om ett vilseledande kan konstituera ett brott. I kapitel 4 görs en motsvarande skärskådning av marknadsföringslagen där grundläggande paragrafer belyses för att undersöka lagens eventuella tillämpning på leverantörens vilseledande. Det straffrättsliga avsnittet och avsnittet som belyser marknadsföringslagen är således en djupdykning i straffbuden och MFL, vilket har varit behövligt för att undersöka dessa remediers tillämpningsområde på det problem som uppsatsen avser att belysa. Därutöver kommer det i kapitel 4 ske några nedslag i lagen om offentlig upphandling för att undersöka om enskilda paragrafer kan vara till någon nytta i sammanhanget, här blir det således inte någon genomgång av hela det upphandlingsrättsliga regelverket. I kapitel 4 redogörs det även noga för problematiken med bevisbördan vid onormalt låga anbud då denna bevisbörda är av central vikt även för det straffrättsliga området. Kapitel 5 uppehåller sig vid civilrättsliga remedier som kan motverka ett vilseledande och dessa redovisas mot bakgrund av kontrakt som Lunds kommun ingått med anledning av offentlig upphandling. Samtliga kapitel avslutas med ett eget analysavsnitt, vilket förmodas vara mer läsarvänligt än att förlägga analysen till slutet av arbetet. Arbetet avrundas däremot med en avslutande diskussion i kapitel 6.

2 Begreppsbildning

Det opportunistiska beteende som skisserades i inledningsexemplet har studerats av Lundvall & Pedersen i en forskningsrapport författad på uppdrag av Konkurrensverket. Rapportförfattarna benämner det som osund strategisk anbudsgivning och med följande definition⁷:

"Osund strategisk anbudsgivning leder entydigt till ett sämre utfall för den upphandlande myndigheten. Det har sin grund i att en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren eller i vart fall intentionerna som den upphandlande myndigheten har ställt upp för hur anbudsgivarna ska agera."

Utifrån ovanstående definition av osund strategisk anbudsgivning identifierar rapportförfattarna tre huvudtyper:

A. Anbudsgivaren håller inte vad som utlovats⁸

I denna situation lämnar anbudsgivaren priser och avtalsvillkor som anbudsgivare inte har för avsikt att hålla under avtalsperioden, med syfte att öka sannolikheten att tilldelas ett ramavtal eller upphandlingskontrakt. Agerandet innebär att andra anbudsgivare som avser att infria sina utfästelser och därmed räknat med högre kostnader försätts i en sämre konkurrensrättslig sits, och för den upphandlande myndigheten leder agerandet till högre kostnader. Två underkategorier kan identifieras:

- Anbudsgivaren har överhuvudtaget ingen avsikt att leverera. Exempelvis kan det röra sig om vissa varu- eller tjänstekategorier i upphandlingen som anbudsgivaren inte har tillgängliga för avrop, medan andra produkter hålls tillgängliga för antingen mer normala eller för anbudsgivaren mycket förmånliga villkor.

- Anbudsgivaren har för avsikt att leverera, men inte det som offererats i upphandlingen. I det här fallet kan det handla om att anbudsgivaren i stället erbjuder en snarlik, men dyrare produkt. Lundvall & Pedersen ger exempel på en mer kvalificerad och därmed dyrare konsult. En variant är där anbudsgivaren kompenserar sig för de förmånligt erbjudna avtalsvilkoren genom olika typer av tilläggsvillkor, t ex administrativa avgifter.

B. Koncernstrategisk anbudsgivning⁹

Begreppet som används av Lundvall & Pedersen är något missvisande eftersom de påpekar att denna typ av osund strategisk anbudsgivning vanligtvis - men inte nödvändigtvis - inträffar inom koncerner. I grund och botten är det dock fråga om en anbudskartell där de samverkande företagen koordinerar sina anbud i upphandlingen. Varje anbudsgivare kan

⁷ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 39.

⁸ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 39-40.

⁹ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 40-41.

exempelvis lämna ett mycket förmånligt anbud i varsin produktkategori, vilket gör att samtliga företag erhåller en förmånlig rangordning i ramavtalet. Vid avrop eller vid förnyad konkurrensutsättning avstår det företag som lämnat de förmånligaste villkoren i respektive produktkategori att leverera eller att lämna in nytt anbud, med syftet att kontraktet istället ska tilldelas annat i anbudskartellen ingående företag.

Rapportförfattarna ser koncernstrategisk anbudsgivning som ett eget typfall, men egentligen kan den här typen av osund strategisk anbudsgivning sägas vara en variant av det första typfallet, d v s att anbudsgivaren inte håller vad som utlovas, men med den komplikationen att flera företag samordnar sitt opportunistiska beteende.

C. Manipulation av relativa utvärderingsmodeller¹⁰

Rapportförfattarna ser även manipulation av relativa utvärderingsmodeller som ett eget typfall av osund strategisk anbudsgivning, men egentligen är det en variant av de två förstnämnda, men med den komplikationen att företagen utnyttjar den brist som finns inbyggt i relativa utvärderingsmodeller.

En relativ utvärderingsmodell kan se ut enligt följande, där vinnande anbud är det som erhållit högst sammanlagd poäng från de två kategorierna pris och kvalitet, och som vardera viktas med 0,5:

$$\text{prispoäng} = \frac{\text{lägsta pris}}{\text{anbudspris}} * 100 * \text{viktning}$$

$$\text{kvalitetspoäng} = \frac{\text{kvalitet i anbud}}{\text{högsta kvalitet}} * 100 * \text{viktning}$$

Viktningen på 0,5 ger ett skenbart intryck av att de två kategorierna är lika viktiga (och avsikten hos den upphandlande myndigheten är också att de ska vara lika viktiga), men eftersom poängen som erhålls är beroende av relationen mellan det egna budet och annan anbudsgivares bud så kommer viktningen i realiteten bestämmas av spridningen mellan anbuderna i de olika kategorierna. Således blir det möjligt att manipulera utvärderingsmodellen på ett sådant sätt att den ena kategorin i realiteten kommer att tillmätas större betydelse än den andra. Det hela illustreras enklast med det exempel som ges av Lundvall & Pedersen:

Poängberäkning utan manipulation

| Anbudsgiv. | Pris | Kvalitet | Prispoäng | Kval.poäng | Tot.poäng |
|------------|------|----------|-----------|------------|-----------|
| A | 10 | 6 | 50 | 30 | 80 |
| B | 15 | 10 | 33 | 50 | 83 |

¹⁰ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 41-44.

Anbudsgivare B har lämnat det bästa anbudet. Förvisso är B:s pris 50 % högre än A:s, men eftersom kvaliteten är hela 67 % bättre så leder en modell som viktat pris och kvalitet lika till att det högre priset med råge kompenseras av den bättre kvaliteten.

Poängberäkning med manipulation

| Anbudsgiv. | Pris | Kvalitet | Prispoäng | Kval.poäng | Tot.poäng |
|------------|------|----------|-----------|------------|-----------|
| A | 10 | 6 | 50 | 23 | 73 |
| B | 15 | 10 | 33 | 38 | 72 |
| C | 40 | 13 | 13 | 50 | 63 |

Om vi nu antar att C är i maskopi med A och önskar att A ska vinna, måste C lägga ett anbud som gör att prisskillnaden väger tyngre (och följaktligen att kvalitetsskillnaden väger mindre). Detta uppnår C genom att lägga ett anbud med högre kvalitet än de andra anbudsgivarna. Eftersom C inte önskar vinna så lägger denne också ett högt pris. C får således höga kvalitetspoäng men låga prispoäng.

Prispoängen för A och B ändras inte, men det gör däremot kvalitetspoängen. Helt plötsligt har A lämnat det bästa anbudet som en följd av att kvalitetsskillnaden mellan leverantör A och B inte är lika mycket värd längre som en direkt följd av att C med sitt höga kvalitetsanbud ökat spannet mellan högst och lägst kvalitet. B:s övertag i förhållande till A på 20 kvalitetspoäng har reducerats till 15 poäng, vilket dock kompenseras av A:s övertag på 17 prispoäng.

All anbudsgivning är givetvis inte också osund, utan tvärt om finns anbudsgivning som anses fullt legitim och det ligger i sakens natur att anbudsgivare, givet de förutsättningar som förfrågningsunderlaget medger, försöker konstruera sina anbud på ett så attraktivt sätt som möjligt. Lundvall & Pedersen definierar sund strategisk anbudsgivning enligt följande¹¹:

"Sund strategisk anbudsgivning däremot innebär inte att en leverantör bryter mot villkor som finns. Däremot utnyttjar leverantören svagheter eller anpassar sig på annat sätt till villkoren i förfrågningsunderlaget för att öka sannolikheten att vinna och samtidigt göra vinst. Det går inte att säga om det innebär ett bättre eller sämre utfall för den upphandlande myndigheten."

Lundvall & Pedersen ger också några exempel på sund strategisk anbudsgivning. Om anbudsgivaren vet att den upphandlande myndigheten kommer att behöva göra tilläggsköp för att få produkten fullt funktionsduglig, men dessa tilläggsprodukter inte är föremål för utvärdering i upphandlingen, kan anbudsgivaren tänkas sänka priset på upphandlingsföremålet och ta igen detta, och kanske mer därtill, genom en prisökning på tilläggsprodukterna. Ett annat exempel är om anbudsgivaren vet med sig att en viss produkt avropas i mycket ringa omfattning, men att

¹¹ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 39.

produkten getts en oproportionerlig viktning i förfrågningsunderlaget då kan anbudsgivaren tänkas utnyttja detta faktum och offerera ett mycket lågt pris. Eventuella förluster på just den produkten kompenseras av högre priser på andra.¹²

Så vitt har kunnat utrönas är just begreppet osund strategisk anbudsgivning myntat av Lundvall & Pedersen, men företeelsen har även varit föremål för en annan rapport från Konkurrensverket, som på det bredare temat osund konkurrens vid offentlig upphandling, avhandlade något som benämndes oseriös anbudsgivning (även begreppet osund anbudsgivning användes i rapporten¹³) vilket definieras som överträdelser av avtal och lagar från leverantörens sida och som ger konkurrensfördelar vid offentlig upphandling. Svartarbete anses utgöra det största problemet.¹⁴ Viss begreppsförvirring kan uppstå då även anbudsgivares prissättande och utformande av anbud med föresatsen att inte uppfylla alla avtalsförpliktelser inkluderas i begreppet oseriös anbudsgivning.¹⁵

Lundvall & Pedersen anser att det inte finns något explicit förbud mot vad de kallar osund strategisk anbudsgivning, och den som ägnar sig åt detta begår därför normalt sett ingen lagöverträdelse, och om det inte finns något avtalsvillkor som påbjuder eller förbjuder visst agerande under avtalstiden är det inte heller frågan om något avtalsbrott. Däremot anser de att ett agerande som ingår som ett led i den osunda strategiska anbudsgivningen kan vara en lagöverträdelse. Här ger de exempel på anbudsgivare som koordinerar anbudsgivningen, vilket kan vara en överträdelse av den konkurrensrättsliga lagstiftningen. Deras slutsats är därför att i den mån den osunda strategiska anbudsgivningen är klandervärd är det snarare från ett affärsetiskt perspektiv än från ett juridiskt.¹⁶

Lundvall & Pedersens definition av osund strategisk anbudsgivning är vagt formulerad, och det är först i och med de listade typfallen begreppets konturera framträder. Det opportunistiska agerande som beskrevs i inledningsexemplet faller in under Lundvall & Pedersens första typfall, d v s att anbudsgivaren inte håller vad som utlovas. Myndigheten blir således vilseledd av anbudsgivaren. Egentligen är de två andra typfallen varianter av det första, med den enda skillnaden att vilseledandet sker gemensamt och i samförstånd med andra anbudsgivare. Den röda tråden i alla de av Lundvall & Pedersen listade typfallen synes därför vara att anbudsgivaren, ensam eller i maskopi med annan, försöker förbättra sina chanser i den offentliga upphandlingen genom någon form av vilseledande, för att på så sätt teckna antingen ramavtal eller upphandlingskontrakt med myndigheten. Så förefaller också kunna vara beträffande begreppet oseriös anbudsgivning, även om detta senare begrepp är långt vidare då det även inkluderar annat, t

¹² Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 44-45.

¹³ Grönberg *et al.*, *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, sid. 18.

¹⁴ Grönberg *et al.*, *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, sid. 19.

¹⁵ Grönberg *et al.*, *Osund konkurrens i offentlig upphandling*, sid. 27.

¹⁶ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 38.

ex anlåtande av svart arbetskraft, något som faller utanför Lundvall & Pedersens begrepp. När det i detta arbete talas om vilseledande är det således ett agerande som rymms inom de ramar som sätts av Lundvall & Pedersens exempel.

Oavsett hur man vill benämna det agerande som skisserades i uppsatsens inledningsexempel är den relevanta frågan vad som kan göras åt själva vilseledandet vid offentlig upphandling, då detta synes vara problemet kärna. Denna fråga avses att belysas i föreliggande uppsats.

3 Straffrättsliga remedier

3.1 Inledning

Man kan fråga sig om inte ett vilseledande, exempelvis så som det har kommit till uttryck i inledningsexemplet, rent av skulle kunna konstitueras ett brott, företrädesvis något av bedrägeribrotten i 9 kap 1-3 §§ brottsbalken (BrB), eller möjligen den till bedrägeri näraliggande brottsrubriceringen oredligt förfarande enligt 9 kap 8 § BrB. Det finns, så vitt har kunnat utrönas, inget mål där anbudsgivarens vilseledande av myndigheten har underkastats domstols prövning. Däremot finns det ett mål som nyligen erhållit prövningstillstånd som avser falska anbud vid en lägenhetsförsäljning. I målet hade en dotter till de föräldrar vars lägenhet var ute till försäljning trissat upp priset på sagda lägenhet genom att lämna falska anbud.¹⁷ Notera att bedrägeribrotten i 9 kap 1-3 §§ BrB kräver vinning för gärningsmannen, vilket det inte var frågan om i det här fallet då vinningen tillföll kvinnans föräldrar. Enligt 23 kap 7 § BrB kan dock ansvar utkrävas för nämnda brott även då någon avsiktligt bereder annan vinning. Rättsfallet nämns endast för att illustrera att det inte är fullständigt gripet ur luften att ställa sig frågan om leverantörs vilseledande av myndigheten vid lämnade av anbud kan utgöra ett brott.

Ett brott kan schematiskt delas upp enligt följande¹⁸:

A. Rekvisit för otillåten gärning. Vilket innebär att gärningen ska vara brottsbeskrivningsenlig samt att några rättfärdigande omständigheter inte ska föreligga (exempelvis nödvärn enligt 24 kap 1 § BrB).

B. Rekvisit för personligt ansvar. Som utgångspunkt krävs uppsåt, men för de fall det räcker med oaktsamhet framgår det av straffstadgandet, något som följer av 1 kap 2 § BrB. Därtill ska det finnas en frånvaro av ursäktande omständigheter (exempelvis nödvärnsexcess enligt 24 kap 6 § BrB).

Brister det i något hänseende är något brott inte begånget. En gärning kan således vara otillåten, men likväl är det inte något brott då gärningsmannen exempelvis inte haft något uppsåt. Den följande framställningen kommer endast fokusera på gärningens brottsbeskrivningsenlighet, vilket gör att det något oegentligt talas om brott eller liknande trots att inget sägs i skuldfrågan, och inte heller om några ursäktande eller rättfärdigande omständigheter kan tänkas föreligga. Däremot kommer uppsåtet något kort kommenteras i analysavsnittet.

¹⁷ Högsta domstolen, i målnummer PT B-5336-14. Tingsrätten fällde kvinnan för bedrägeri, men hovrätten ogillade åtalet då det inte hade visats att skada, och inte eller vinning, inträffat.

¹⁸ Asp *et al.*, *Kriminalrättens grunder*, sid. 59 och 64.

3.2 Bedrägeri

Av 9 kap 1 § BrB följer att bedrägeriet tillgår så att någon genom vilseledande förmår någon annan till en handling eller underlåtenhet (disposition) och som innebär en förmögenhetsöverföring. Vilseledandet ska således ha orsakat en felaktig uppfattning hos den vilseledde och där denna felaktiga uppfattningen i sin tur inneburit att den vilseledde har försetts med tillräckliga skäl för att göra något.¹⁹

3.2.1 Vilseledande

Att vilseleda betyder ett förmedlande av en oriktig uppfattning om någonting till någon. Vilseledandet ska bedömas från den vilseleddes perspektiv, och avgörande är därför om offret faktiskt blivit vilselett. Den omständigheten att offret har varit ovanligt lättlurat och möjligen borde ha förstått bättre saknar därvidlag betydelse. Eftersom bedömningen ska ta sin utgångspunkt hos bedrägerioffret går bedömningen inte endast ut på att utreda om någon direkt osanning uttalats. Inte sällan frambringar gärningsmannen en felaktig uppfattning hos offret genom sitt sätt att uppträda. Den som överlämnar en check till inlösen anses samtidigt göra gällande att checken är äkta, och kan således inte undgå ansvar genom att invända att denne aldrig påstått att så skulle vara fallet. På samma sätt anses den som utbjuder en vara till försäljning samtidigt påstå att denne också äger eller i varje fall har behörighet att sälja varan. Ett vilseledande kan också ske genom att essentiella uppgifter förtigs. Den som vid ansökan om kredit anmodas att lämna uppgifter om den egna finansiella ställningen och utelämnar vissa skuldposter vilseleder därför den tilltänkta borgenären beträffande den egna betalningsförmågan. Ett vilseledande behöver inte endast ha sin grund i gärningsmannens framkallande av den felaktiga uppfattningen utan detta kan även ske genom att vidmakthålla eller förstärka en oriktig föreställning som offret redan hyser, under förutsättning att vidmakthållandet eller förstärkandet sker i förledande riktning. Vilseledandet kan även avse den egna uppfyllelseviljan; ett löfte som inte avses att hållas kan således även det konstituera ett vilseledande.²⁰ Allt vilseledande är dock inte ämnat att träffas av rekvisitet, trots att offret mycket väl kan ha blivit vilselett. Ansvarsfrihet inträder om gärningen inte lever upp till kravet på så kallad gärningsculpa²¹. Så vitt är av intresse här kan det påpekas att vid affärstransaktioner accepteras ett visst förtigande eller ljugande om de egna avsikterna, i varje fall avseende sådant som knappast angår motparten, t ex vilket pris som en köpare är villig att högst

¹⁹ Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, sid. 172.

²⁰ Holmqvist *et al.*, *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 2-3 och 6 (BrB 9:1).

²¹ Med gärningsculpa avses att den kontrollerade gärningen innefattar ett *otillåtet risktagande* och att gärningen är *relevant för följden*. Se mer om detta i Asp *et al.*, *Kriminalrättens grunder*, sid. 134 ff.

betala för en vara. Andra närliggande vilseledanden som accepteras är information beträffande det pris som säljaren själv köpt varan för.²²

3.2.2 Disposition

För ansvar krävs dessutom att vilseledandet ska ha inneburit att någon förmåtts till en disposition, vilken antingen kan vara en handling eller en underlåtenhet. Dispositionen är inte sällan en rättshandling så som köp, försäljning eller försträckning, men behöver inte vara det utan kan även vara ett rent faktiskt handlande, t ex att förleda någon att yppa företagshemligheter omfattas av begreppet. Att även andra orsaker kan ha haft betydelse för dispositionen saknar betydelse, däremot måste det finnas ett kausalt samband mellan framkallandet av villfarelsen och dispositionen, på så sätt att denna inte vidtagits om inte den oriktiga föreställningen framkallats, förstärkts eller vidmakthållits. Ansvar för bedrägeri är därför uteslutet vid de fall då dispositionen vidtagits oberoende av den oriktiga föreställningen.²³

3.2.3 Förmögenhetsöverföring

Den sista förutsättningen för bedrägeriansvar är att dispositionen inneburit vinning för gärningsmannen och skada för den vilseledde, eller någon i vars ställe denne är. Dispositionen anses dock inte endast behöva *medföra* skada respektive vinning, utan dispositionen ska *innebära* skada och vinning. Skadan och vinningen ska därför vara knuten till dispositionen på ett omedelbart sätt, och dessutom ska skadan och vinningen stå i ett visst samband med varandra som kan beskrivas som olika sidor av samma ekonomiska förändring. Dispositionen ska således innebära en förmögenhetsöverföring från offret till gärningsmannen, och huruvida en sådan ägt rum ska bedömas vid tidpunkten för dispositionen. Skadan och vinningen måste inte beloppsmässigt korrespondera mot varandra, och för att bedrägeri ska föreligga krävs inte heller att skadan är definitiv, utan även beaktansvärd risk för slutlig förlust träffas av rekvisitet. Kravet på ett omedelbart samband mellan dispositionen och skadan respektive vinningen ska dock inte dras så långt att en förmögenhetsöverföring ej anses ha skett enbart av det skälet att rättshandlingen blir definitiv först efter en viss tidsutdräkt eller efter det att ett nytt faktum inträffat.²⁴

Vid t ex stöld är det oftast enkelt att avgöra om en ekonomisk skada uppstått, men vid bedrägeri är det inte sällan precis tvärt om, då bedömningen oftast inte kan knytas till värdet av en sak eller fordran. Inte sällan får bedömningen göras mot bakgrund av huruvida dispositionen inneburit att den vilseleddes ekonomiska läge har försämrats. Enklast att konstatera skada är det dock i de fall då gärningsmannen inte presterar något överhuvudtaget, men vid bedrägeri är det inte helt ovanligt att

²² Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, sid. 182 och Holmqvist et al., *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 6 (BrB 9:1).

²³ Holmqvist et al., *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 10 (BrB 9:1).

²⁴ Holmqvist et al., *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 16-17 (BrB 9:1).

gärningsmannen lämnat någon form av motprestation, varför en bedömning också måste ske i vilken mån denna kan anses kompensera skadan. Är motprestationen mindre värd föreligger naturligtvis skada.²⁵

Då den vilseleddes dispositionen består i att denne sluter ett avtal kan ett bedrägeri vara begånget redan vid denna händelse, under förutsättning att själva avtalet innebär att den vilseledde blivit fattigare, t ex lurats att köpa för dyrt eller sälja för billigt. I vissa situationer innebär dock inte själva avtalet att en förmögenhetsöverföring sker, däremot kan denna komma till stånd vid uppfyllelse av själva avtalet och ett bedrägeri är likväl begånget om också uppfyllelsen sker under inflytande av ett vilseledande som motparten svarar för. Det ska således göras skillnad på avtalsbedrägeri och uppfyllelsebedrägeri. Vid avtalsbedrägeri anses normalt sett skadan kompenserad om den vilseledde inte fått betala mer än marknadsvärdet för varan, i och med att denne inte har blivit fattigare genom avtalet. Det positiva kontraktsintresset skyddas således inte, förutom vid ett undantag; för om den vilseledde är en näringsidkare måste normal handelsvinst kompenseras. Om en grossist lurar en detaljist att köpa för dyrt ska därför skadebedömningen göras mot bakgrund av det pris som detaljisten i sin tur hade tänkt ta ut. Däremot skyddas alltid det positiva kontraktsintresset vid uppfyllelsebedrägerier, även om det inte är yrkesmässiga transaktioner, då köparen har rätt till det förmögenhetsläge som avtalet ger honom.²⁶

Eftersom bedrägeri är uteslutet då det brister i korrespondensen mellan vinning och skada anses det aldrig vara fråga om bedrägeri då gärningsmannen bereder sig tillfälle att göra en vinstbringande affär genom att förleda motparten att avstå därifrån. På samma tema kan exemplifieras med ett företag som förleder sin konkurrent genom att göra ofördelaktiga inköp från tredje man. I båda fallen medför agerandet vinning respektive skada, men det innebär inte vinning och skada, då vinningen inte svarar mot skadan hos den vilseledde.²⁷

3.3 Oredligt förfarande

Straffbudet om oredligt förfarande i 9 kap. 8 § BrB är ett komplement till bestämmelserna om bedrägeri. I likhet med bedrägeri krävs vilseledande och disposition, vilket gör att vad som ovan sagts om vilseledande och disposition också har bäring på straffbudet om oredligt förfarande. Däremot krävs inte någon förmögenhetsöverföring, men väl skada för den vilseledde (eller någon i vars ställe denne är). Till skillnad mot bedrägeribestämmelsen måste inte dispositionen *innebära* skada, utan det räcker med att dispositionen skadar. Ansvar för oredligt förfarande utdöms sällan, men brottsbalkskommentaren anger att skolexemplet är när någon förleds att företa en resa för en anställning som inte är ledig. Ett annat exempel är då någon genom oriktiga uppgifter lurar någon annan att inlåta sig på en

²⁵ Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, sid. 184-185.

²⁶ Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, sid. 189 och Holmqvist *et al.*, *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 18-19 (BrB 9:1).

²⁷ Holmqvist, *et al.*, *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 17-18 (BrB 9:1).

äventyrlig affär som leder till förlust.²⁸ Även Jareborg & Friberg anför liknande exempel och instämmer i synsättet att dispositionen inte måste innebära skada.²⁹

3.4 Analys straffrättsliga remedier

Eftersom en leverantör vid den offentliga upphandlingen kan vilseleda myndigheten på en rad olika sätt och det inte gärna går att analysera samtliga dessa, skrivs analysen mot bakgrund av det exempel på vilseledande så som det har kommit till uttryck i inledningskapitlet och där leverantören lämnat ett så kallat nollbud på en tjänst som leverantören dock inte har för avsikt att tillhandahålla.

Som utgångspunkt kan det tyckas vara en lätt sak att slå fast att leverantören vilselett myndigheten när denna ljugit angående anbudet och på så sätt förespeglat myndigheten uppfattningen att denna ska kunna upphandla tjänsterna som efterfrågas i förfrågningsunderlaget till de offererade priserna, trots att leverantören inte har en sådan avsikt. Vilseledandet mynnar också ut i en disposition i och med att leverantören på basis av det lämnade anbudet blir part i ramavtalet och myndigheten därmed avropar ifrån leverantören. Dispositionen står också i ett kausalt förhållande till vilseledandet i och med att myndigheten inte vidtagit denna med kunskap om de vilseledande uppgifterna. Därtill uppstår en skada för myndigheten i och med att denna fått betala mer för tjänsterna än vad som varit fallet om leverantören avstått från att ljuga om sin prestationsavsikt. Leverantören får också förmodas ha gjort en vinst.

Men stämmer verkligen detta mot bakgrund av det upphandlingsrättsliga regelverket? Myndighetens möjligheter att förkasta onormalt låga anbud kommer längre fram att belysas i arbetet och här ska endast påpekas att myndigheten ansetts ha bevisbördan för att det onormalt låga anbudet varit oseriöst; ett faktum som i princip gjort det omöjligt för myndigheten att förkasta anbud.³⁰ Frågan som infinner sig är därför om det ens kan anses vara ett vilseledande när myndigheten har tveksamheter beträffande anbudets seriositet, men som på grund av den bevisbördereglering, som i varje fall tidigare gällde, inte kan agera på annat sätt än att anta anbudet. För även om myndigheten vet att det är en direkt lögn som serveras, men inte kan bevisa det, är myndigheten tvungen att anta anbudet, men i så fall går det knappast att påstå att myndigheten blivit vilseledd. Myndigheten vidtar dispositionen av andra skäl än "vilseledandet". Det är bristen på handlingsalternativ som är handlingsdirigerande för myndigheten inte det egentliga "vilseledandet".

²⁸ Holmqvist, *et al.*, *Brottsbalken - En kommentar del I*, sid. 1-2 (BrB 9:8).

²⁹ Jareborg & Friberg, *Brotten mot person och förmögenhetsbrotten*, sid. 229-230.

³⁰ Onormalt låga anbud avhandlas i avsnitt 4.3 ff och om situationen är oklar går det bra att läsa detta avsnitt redan nu.

Det kan dessutom poängteras att frågan huruvida myndigheten *de facto* blivit vilseledd, egentligen aldrig kan besvaras, då det inte låter sig göras att försöka fastställa om myndigheten låtit sig psykiskt påverkas av det vilseledande anbudet mot bakgrund av att myndigheten sannolikt accepterat bristen på handlingsalternativ, och därför aldrig haft anledning av reflektera över den eventuella handlingsdirigerande innebörden i det "vilseledande" anbudet.

Om vad som ovan sagts inte skall tillmätas någon betydelse, utan fokus i en dylik situation endast ska ligga på om det objektivt sett kan anses vara ett vilseledande, innebär det ett avsteg ifrån principen att vilseledandet ska bedömas subjektivt utifrån den vilseleddes perspektiv. Dessutom skulle det innebära att en rad gärningar kommer att kriminaliseras enbart som en konsekvens av det upphandlingsrättsliga regelverkets utformning, men som i en kontrafaktisk värld, och där myndigheten getts tillfälle att ta ställning till anbudets seriositet och förkastat sådana som framstår som oseriösa, aldrig hade kunnat ansetts vara vilseledande i och med att vilseledandet inte varit handlingsdirigerande för myndigheten. Det är bekymmersamt om man på ett sådant sätt utvidgar det kriminaliserade området med beaktande av den normgivningsmakt som på området ändå tillkommer riksdagen och där det är riksdagen som avgör vad som ska konstituera ett brott. Det bör i sammanhanget framhållas att det inte är i lag reglerat vem som ska ha bevisbördan för anbudets seriositet utan något som utmejslats i domstolspraxis.

Vad som nu har sagts kan dock komma att ändras, då bevisbördan för anbudets seriositet eventuellt kommer att förläggas på leverantören (mer om detta längre fram). Vid en sådan bevisbördereglering ter sig allting annorlunda ut. Om myndigheten reagerat på det onormalt låga anbudet, och leverantören uppmanats att förklara sig samt att myndigheten ansett att denna lämnat ett fullgott svar, blir det avsevärt lättare att kategorisera agerandet som ett vilseledande och att detta vilseledande varit kausalt för dispositionen, för i annat fall hade leverantören uteslutits. Vid en sådan bevisbördereglering måste det därför antas att den problematik som ovan berörts upphör.

En sådan bevisbördereglering kommer dock ändå inte innebära att brottet bedrägeri har begåtts, vilket beror på att någon förmögenhetsöverföring inte skett. Det sker förvisso en vinning och en skada, men dessa är inte knutna till dispositionen på ett omedelbart sätt och inte heller är det två sidor av samma ekonomiska förändring. Däremot är utsikten att kunna fälla för oredligt förfarande betydligt bättre, då det räcker att dispositionen faktiskt skadar myndigheten. Skadebedömningen måste rimligen ske mot bakgrund av det pris myndigheten fått betala som en konsekvens av dispositionen, i jämförelse med det pris som myndigheten haft att betala vid en frånvaro av ett sådant disposition, mellanskillnaden utgör skadan.

Även om bevisbördan för anbudets seriositet skulle ändras, och därmed göra det möjligt att fälla till ansvar för oredligt förfarande, finns det dock en del

problem beträffande uppsåtet. Enligt den så kallade täckningsprincipen ska uppsåtet täcka samtliga rekvisit i den brottsbeskrivningsenliga gärningen och i realiteten torde det krävas en i företaget initierad källa för att det överhuvudtaget ska kunna gå att föra någon som helst bevisning beträffande uppsåtet. Men även med tillgång till en sådan källa återstår en uppsåtsproblematik beträffande skaderekvisitet, då det regelmässigt får antas att det inte finns något uppsåt att orsaka myndigheten skada. Snarare torde väl drivkraften att vilseleda myndigheten vid den offentliga upphandlingen vara att bereda företaget en vinst. Å andra sidan tycks svenska domstolar vara aldrig så kreativa som just vid att framkonstruera ett så kallat likgiltighetsuppsåt.

Det vore förmätet att tro att leverantörers vilseledande av myndigheter vid den offentliga upphandlingen effektivt låter sig bekämpas på straffrättslig väg, men en spridd kunskap om att agerandet ingalunda endast är ett affärsetiskt problem utan kan (komma att) konstituera ett brott kan få en självsanerande effekt på vissa leverantörers glidande på sanningen angående de utfästelser som görs vid upphandlingsförfarandet.

4 Offentlighetsrättsliga remedier

Eftersom det ser mörkt ut på den straffrättsliga fronten att ingripa mot leverantörers vilseledande, inte minst mot bakgrund av den nuvarande oklara bevisbördan vid onormalt låga anbud, måste det väl ändå finnas offentlighetsrättsliga remedier att tillgripa, eller? Saken kommer att undersökas i denna del av uppsatsen. Marknadsföringslagen (MFL) och lagen om offentlig upphandling (LOU) kan tänkas erbjuda dylika möjligheter. Precis som skedde i det straffrättsliga avsnittet kommer det redogöras för MFL:s beståndsdelar för att kunna svara på om leverantörens vilseledande strider mot MFL, och om myndigheten kan tänkas ha nytta av regelverket för att motverka ett vilseledande. Speciallagstiftning inom ett visst område är inte *lex specialis* i förhållande till MFL, varför eventuell förekomst av sådan lagstiftning inte utesluter en parallell tillämpning av MFL.³¹ Därefter kommer några för ämnesvalet relevanta nedslag göras i LOU.

4.1 Marknadsföringslagen

I denna inledande del är det således av intresse att undersöka beståndsdelarna i MFL för att kunna se om myndigheten kan tänkas ha nytta av lagstiftningsprodukten för att motverka leverantörers vilseledande vid offentlig upphandling. MFL:s grundläggande paragrafer kommer att gås igenom för att kunna besvara frågan.

4.1.1 Näringsidkarebegreppet

MFL avser att reglera all marknadsföring, oavsett om mottagaren är en konsument eller näringsidkare, vilket framgår av 1 §. Lagens grundläggande skyddsobjekt kan sägas vara den lojala och tillbörliga marknadsföringen som anses vara till nytta för både konsumenter och näringsliv, även om det anges att skyddsobjekten är konsumenter och näringsidkare. Av 2 § (p. 1) framgår det att lagen även tillämpas då näringsidkare efterfrågar produkter i sin näringsverksamhet. Att myndigheter kan klassificeras som näringsidkare i marknadsrättsliga sammanhang har gällt sedan länge och så även enligt nu gällande marknadsföringslag. Enligt 3 § definieras näringsidkare som en fysisk eller juridisk person som handlar för ändamål som har samband med den egna näringsverksamheten, varför just begreppet näringsverksamhet är helt styrande för huruvida någon ska betraktas som näringsidkare enligt MFL. Begreppet näringsverksamhet tolkas i vidsträckt bemärkelse i marknadsrättsliga sammanhang och omfattar var och en som - med eller utan vinstsyfte - yrkesmässigt driver verksamhet av ekonomisk art.³²

Det är essentiellt att myndigheten klassificeras som en näringsidkare för att det överhuvudtaget ska vara möjligt att angripa ett vilseledande vid den

³¹ Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 15.

³² Kungl. Maj:ts proposition nr 57 1970, sid 90, Prop. 2007/08:115, sid. 66 och Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 21.

offentliga upphandlingen med MFL i och med att endast näringsidkare (och konsumenter) skyddas.

Det är inte alls ovanligt att myndigheter anses bedriva näring, bland annat har en länsbostadsnämnds låneverksamhet och landstingsdriven tandvård klassificerats som näringsverksamhet av Marknadsdomstolen.³³ Det är däremot inte helt självklart att myndigheten ska betraktas som näringsidkare då denna, med anledning av offentlig upphandling, står i begrepp att köpa in kontorsmaterial som exempelvis behövs vid myndighetsutövningen, och i anslutning därtill exponeras för diverse anbud från olika leverantörer, men sannolikt träffas även dessa situationer av definitionen på näringsverksamhet.

4.1.2 Marknadsföringsbegreppet

Marknadsföring är ett långt vidare begrepp i MFL jämfört med hur ordet vanligtvis förstås, vilket beror på att lagstiftaren har valt att implementera direktivet om otillbörliga affärsmetoder i MFL.³⁴ Med marknadsföring avses reklam och andra åtgärder i näringsverksamhet som har till syfte att antingen främja avsättningen av eller tillgången till produkter, inbegripet näringsidkarens handlande, underlåtenhet eller annan åtgärd alternativt beteende före, under eller efter försäljning, eller vid leverans av produkten till näringsidkare och konsumenter (3 §). Direktivet skyddar förvisso endast konsumenter, men i MFL har det inte gjorts någon skillnad på hur marknadsföring definieras beroende på om den riktas mot konsumenter eller näringsidkare, varför detta utvidgade marknadsföringsbegrepp även omfattar näringsidkare som söker skydd bakom MFL.

Definitionen av marknadsföring har under årens lopp vidgats, även om denna redan från början ansågs vara vid, och i centrum för definitionen återfinns åtgärdens avsättningsfrämjande syfte, varför även ett rent passivt saluhållande av en vara anses utgöra marknadsföring.³⁵ I 1995 års MFL utvidgades definitionen till att även omfatta åtgärder som syftar till att främja tillgången till produkter, varmed förstås åtgärder som en näringsidkare vidtar då han själv efterfrågar produkter.³⁶ Både främjandet av avsättningen och tillgången till produkter återfinns i nu gällande definition av marknadsföring, men denna har således utvidgats än mer i och med implementeringen av direktivet om otillbörliga affärsmetoder. I princip kan utvidgningen sägas bestå i att marknadsföring numera även inkluderar ageranden och beteenden i efterköpssituationer, d v s den

³³ MD 1994:21 och MD 2000:11.

³⁴ Direktiv 2005/29/EG. Enligt artikel 2 (d) definieras *affärsmetod* så som en näringsidkares handling, underlåtenhet, beteende, företrädande eller kommersiella meddelande (inklusive reklam och saluföring) i direkt relation till marknadsföring, försäljning eller leverans av en produkt till en konsument. Marknadsföringsbegreppet i MFL har därför vidgats så att det även ska omfatta begreppet affärsmetod.

³⁵ Prop. 1975/76:34, sid. 124.

³⁶ Prop. 1994/95:123, sid. 164.

marknadsföringsfas som tidsmässigt infaller efter det att avtal träffats mellan köparen och säljaren.³⁷

4.1.3 Otillbörlig marknadsföring

MFL gör i princip inte någon skillnad på om marknadsföringen riktar sig mot näringsidkare eller konsumenter, varför näringsidkare normalt sett också avses trots att propositionen emellanåt endast talar om konsumenter. Till och med den så kallade bilagan (I) till direktivet om otillbörliga affärsmetoder³⁸, och som innehåller en uppräkningslista av vilseledande och aggressiva affärsmetoder, gäller näringsidkare emellan trots att direktivet som sådant endast träffar relationen näringsidkare-konsument (4 § MFL). Medelst MFL kan ett vilseledande tänkas angripas ur tre olika aspekter: i) strida mot god marknadsföringssed, ii) utgöra vilseledande marknadsföring och iii) utgöra en vilseledande affärsmetod enligt bilagan.

4.1.4 Strida mot god marknadsföringssed

Enligt 5 § ska marknadsföringen stämma överens med god marknadsföringssed, och i den mån den inte gör det är den att anse som otillbörlig, under förutsättning att den i märkbar mån påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut (6 §). Med god marknadsföringssed förstås god affärssed eller andra vedertagna normer som syftar till att skydda konsumenter och näringsidkare vid marknadsföring av produkter (3 §). Generalklausulen i 5 § gör det möjligt att angripa otillbörliga åtgärder som inte kan anses som varken vilseledande eller aggressiva enligt de mer specifika reglerna, exempelvis så kallad renommésnyltning. Det anses vara en given utgångspunkt att all marknadsföring ska vara vederhäftig, och i begreppet god marknadsföringssed ligger det även ett allmänt krav just på marknadsföringens vederhäftighet.³⁹ Vägledning för begreppets förståelse kan sökas i Internationella handelskammarens (ICC) regler beträffande reklam, men även andra uppförande- och branschregler.⁴⁰ Av intresse för begreppet är också vad som sägs i direktivet om otillbörliga affärsmetoder om god yrkessed, då artikel 5.1 stipulerar att näringsidkaren inte får använda sig av affärsmetoder i strid med denna goda yrkessed, vilket i propositionen anses korrespondera mot hederlig marknadspraxis och/eller god tro i näringsidkarens bransch. Utöver detta anses begreppet god marknadsföringssed även innefatta ett krav på att marknadsföringen inte får strida mot annan lagstiftning eller kunna leda till lagöverträdelse.⁴¹

³⁷ Prop. 2007/08:115, sid. 63 och sid. 142.

³⁸ Tillkännagivande (2008:487) med anledning av marknadsföringslagen (2008:486).

³⁹ Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 68 och 83.

⁴⁰ Enligt artikel 1 i ICC:s regler för reklam och marknadskommunikation ska reklamen vara laglig, hederlig och vederhäftig.

⁴¹ Prop. 2007/08:115, sid. 69-70 och sid. 77-78. För definition av *god yrkessed*, se direktiv 2005/29/EG artikel 2 (h).

Affärsbeslut definieras likaledes i 3 § och ska inte vidare kommenteras här, men kan i korthet sägas vara ett beslut som rör huruvida, hur och under vilka förutsättningar en produkt ska köpas. Eftersom det även finns ett krav på att marknadsföringen ska i märkbar mån påverka eller sannolikt påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut måste ett så kallat transaktionstest genomföras. Ett sådant test måste även utföras vid vilseledande marknadsföring varför saken kommenteras nedan. Däremot behövs det inget transaktionstest vid vilseledande affärsmetoder enligt bilagan utan dessa är alltid otillåtna (8 §).

4.1.5 Utgöra vilseledande marknadsföring

Enligt 8 § är marknadsföring som är vilseledande enligt 10 § otillbörlig om den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Värt att notera är att det i jämförelse med 6 § saknas ett krav på att den vilseledande marknadsföringen ska i *märkbar* mån påverka mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, vilket påverkar transaktionstestet.

10 § börjar med att generellt slå fast att näringsidkare vid sin marknadsföring inte får använda sig av felaktiga påståenden eller andra framställningar som är vilseledande i fråga om näringsidkarens egen eller annans näringsverksamhet. Lagrummet kompletteras med en icke uttömmande uppräkningslista av exempel där detta särskilt gäller. Beträffande uppräkningslistan, med beaktande av avsnittets inledande exempel, kan det nämnas att detta gäller produktens förekomst, art, mängd, kvalitet och andra utmärkande egenskaper (p.1), produktens pris, grunderna för prisberäkningen, särskilda prisfördelar och betalningsvillkoren (p.4) och leveransvillkor för produkten (p.7). Paragrafen avslutas med att slå fast att näringsidkaren inte heller får utelämna väsentlig information i marknadsföringen av sin egen eller någon annans näringsverksamhet, och att vilseledande utelämningsfall även avser sådana fall där den väsentliga informationen ges på ett oklart, obegripligt, tvetydigt eller annat olämpligt sätt. Ifrån den rikliga praxis som finns beträffande vilseledande marknadsföring kan MD 2000:7 nämnas, där ett företag förbjöds att använda uttrycket "gratis" eller beteckningen "O:-" eller på annat liknande sätt förmedla intrycket att varan var vederlagsfri.

4.1.6 Transaktionstest

Utgångspunkten för MFL:s tillämplighet är att marknadsföringen påverkar konsumenters eller näringsidkarens ekonomiska intressen. Det ska således finnas en kommersiell effekt. Marknadsföring som endast är smaklös eller oanständig faller med andra ord utanför. Transaktionstestet syftar därför till att klarlägga huruvida marknadsföringen riskerar att leda till att näringsidkaren eller konsumenten fattar ett mindre väl avvägt affärsbeslut.⁴²

⁴² Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 84-85.

Marknadsföring kan strida mot god marknadsföringssed eller vara vilseledande utan att för den saken också vara otillbörlig då marknadsföringen inte behöver ha haft någon påverkan på mottagarens ekonomiska beteende. Prövningen måste således ske i två led. I det första steget prövas om marknadsföringen strider mot god marknadsföringssed eller är vilseledande. Därefter undersöks i vilken utsträckning marknadsföringsåtgärden haft inverkan på mottagarens möjligheter att fatta ett välgrundat affärsbeslut.⁴³ Till det första steget i transaktionstestet anses också höra att innebörden av påståendet måste fastställas för att vederhäftigheten ska kunna prövas. Innebörden kan variera beroende på mottagare varför målgruppen måste identifieras.⁴⁴ Sedan målgruppen identifierats måste en bedömning ske kring vilka förväntningar som kan ställas på denna och hur en representativ mottagare inom målgruppen uppfattar marknadsföringsåtgärden. Det sistnämnda anses obehövt i den mån marknadsföringen är så klart otillbörlig att den sannolikt påverkar mottagarens ekonomiska beteende oavsett målgrupp.⁴⁵ Det har ovan påpekats att enligt 6 § måste marknadsföringsåtgärden i *märkbar* mån påverkar eller sannolikt påverkar, medan det enligt 8 § räcker med att den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens möjligheter att fatta ett välgrundat affärsbeslut. Det ska således lite mera till i det förstnämnda fallet. Enligt marknadsdomstolens praxis tycks det finnas en presumtion för att marknadsföringsåtgärder som är vilseledande enligt den uppräknade återfinns i 10 § också innebär att mottagarens möjligheter att fatta ett välgrundat affärsbeslut påverkas. I den mån marknadsföringsåtgärden är vilseledande enligt 8 § prövas inte om åtgärden också strider mot 5 §, även om detta senare lagrum inte sällan åberopas som alternativ grund.⁴⁶

4.1.7 Utgöra en vilseledande affärsmetod enligt bilagan

MFL kompletteras med den bilaga som är bifogad till direktivet om otillbörliga affärsmetoder och som innehåller en svart lista med vilseledande (punkterna 1-23) och aggressiva (punkterna 24-31) affärsmetoder som direkt kan ligga till grund för ett ingripande.⁴⁷ Något transaktionstest behövs inte utan dessa är per definition otillbörliga, vilket framgår av 8 § MFL. Av speciellt intresse för ämnesvalet är att näringsidkare inte får "*Erbjuda produkter till ett angivet pris utan att näringsidkaren uppger att han har rimliga skäl att tro att han inte kommer att kunna leverera, själv eller med hjälp av underleverantör, dessa eller liknande produkter till det angivna priset inom en tid och i sådan mängd som är rimligt med beaktande av produkten, omfattningen av reklamen för produkten och det pris som erbjudits (otillbörligt lockerbjudanden)*", något som framgår av punkten 5. Inte heller får näringsidkaren erbjuda produkter till ett angivet pris och sedan vägra att ta emot en beställning eller leverera produkten inom rimlig tid (punkten 6 b).

⁴³ Prop. 2007/08:115, sid. 110-111.

⁴⁴ Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 86.

⁴⁵ Prop. 2007/08:115, sid. 66-67.

⁴⁶ MD 2011:13 och MD 2011:11.

⁴⁷ Tillkännagivande (2008:487) med anledning av marknadsföringslagen (2008:486).

Marknadsdomstolen har slagit fast att den så kallade svarta listan inte bör tolkas extensivt mot bakgrund av dess bindande EU-rättsliga karaktär och då den endast kan ändras vid en revision av direktivet.⁴⁸ Ett vilseledande som inte innefattar ett klart agerande i strid med punkterna i svarta listan bör därför i första hand angripas med 8 § MFL, men punkterna i svarta listan kan med fördel åberopas som alternativ grund.

4.1.8 Bevisbörda och beviskrav

Det ankommer på näringsidkaren att visa att de uppgifter som lämnats vid marknadsföringen är riktiga och inte vilseledande.⁴⁹ Denne står således risken om så inte kan ske. I den mån marknadsföringsåtgärden är öppen för olika tolkningar har även näringsidkaren bevisbördan för att alla (rimliga) tolkningsalternativ är förenliga med MFL.⁵⁰

4.1.9 Sanktioner

Här ska inte i detalj redogöras för alla de sanktionsmöjligheter som återfinns i MFL utan endast rudimentärt beröra vissa. Den vanligaste åtgärden att tillgripa mot otillbörlig marknadsföring är att näringsidkaren förbjuds att fortsätta med denna (23 §). Förbudet kombineras oftast med vite (26 §). Vid allvarigare förseelser kan marknadsstörningsavgift också utdömas (29 ff §§).⁵¹ Av intresse är också möjligheten för den drabbade myndigheten att erhålla skadestånd (37 §). Vanliga civilrättsliga regler gäller dock för skadeståndet, vilket gör att det onekligen finns en uppförsbacke för den skadelidande myndigheten att erhålla ersättning. Den upphandlande myndigheten får väcka talan om både förbud (47 §) och utdömande av marknadsstörningsavgift (48 §), det senare är dock omgärdat med vissa restriktioner beträffande myndighetens talerätt.

4.2 Lagen om offentlig upphandling

De möjligheter som erbjuds i brottsbalken eller MFL för att motverka ett vilseledande kan i det närmaste betecknas som reaktiva åtgärder. Skadan är skedd och det är bara en fråga om vedergällning, även om en sådan reaktion även kan ha till syfte att motverka ett vilseledande i framtiden, antingen från företaget som reaktionen riktas mot eller att signalera till andra företag på marknaden att undvika alltför "avantgardiska" affärsmetoder. I LOU återfinns däremot en viktig åtgärd av det mer proaktiva slaget: möjligheten att förkasta onormalt låga anbud i enlighet med 12 kap. 3 §. Även regelverket kring ramavtal kan tänkas erbjuda någon möjlighet att motverka ett vilseledande, varför även denna reglering kommer att beröras i avsnittet.

⁴⁸ MD 2009:33.

⁴⁹ Prop. 1994/95:123, s. 91-92 och 153-154. Även NJA 2010 s. 48 (p. 8).

⁵⁰ Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 132.

⁵¹ Levin, *Marknadsföringslagen - En kommentar*, sid. 213.

4.3 Onormalt låga anbud - inledning

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska kontrakt tilldelas det/de företag som antingen offererat lägst pris eller det för myndigheten det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I 12 kap. 3 § ges emellertid den upphandlande myndigheten en möjlighet att förkasta anbudet om det anses onormalt lågt.⁵² Det rör sig med andra ord om en undantagssituation. Innan ett förkastande får ske måste dock myndigheten först skriftligen begära en förklaring av anbudsgivaren⁵³ rörande det låga anbudet och därefter inte ansett sig ha erhållit en nöjaktig sådan av anbudsgivaren. Slutligen måste också den upphandlande myndigheten ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet. Till lagrummet har också bifogats en icke uttömmande uppräknig av vad en sådan begäran om förklaring kan avse. Det finns ingen anledning att i detalj kommentera uppräknigen men det kan nämnas att den exempelvis kan avse huruvida anbudsgivaren har möjlighet att använda särskilt kostnadseffektiva metoder eller tekniska lösningar för att fullgöra kontraktet.

Bestämmelsen kan tyckas okomplicerad och vara en källa till få kontroverser. I verkligheten förhåller det sig precis tvärt om. Det har nämligen visat sig att det i princip är omöjligt för en myndigheten att förkasta anbudet så som onormalt lågt då myndigheten ansetts ha den fulla bevisbördan. Lagrummets betydelse för att motverka ett vilseledande står och faller med denna bevisbörda och rättsläget är dessvärre oklart. I skrivande stund har fyra mål erhållit prövningstillstånd av Högsta förvaltningsdomstolen, och även om prövningstillståndet inte specifikt nämner bevisbördan är det ofrånkomligt att denna står i centrum.⁵⁴ Eftersom bevisbördan även är av intresse för den straffrättsliga slutsats som nåddes ska frågan utredas grundligt.

Det ska inledningsvis konstateras att bevisbördan vid onormalt låga anbud egentligen inte är en fråga utan tre. Den första frågan är om priset överhuvudtaget är onormalt lågt, och vem som ska ha bevisbördan för detta. Frågan om anbudet är onormalt lågt och det därmed finns skäl att ifrågasätta dess seriositet är av central betydelse i och med att det är först då myndigheten ska infordra en förklaring kring det låga anbudet. Den andra bevisbördefrågan handlar därför om vilken part som ska ha bevisbördan för

⁵² Lagrummet är förvisso fakultativt formulerat, och beslutanderätten tillkommer således den upphandlande myndigheten, men det är en sanning med modifikation då det onormalt låga anbudet exempelvis kan ha sin bakgrund i att anbudsgivaren genom sin dominerande ställning dumpar priset och därmed agerar i strid med 2 kap. 7 § konkurrenslagen alternativt artikel 102 i funktionsfördraget. Mot bakgrund av konkurrensrättens EU-rättsliga karaktär och konkurrensrättens centrala betydelse inom EU, kan nog inte myndigheten göra annat än att förkasta anbudet för att undvika en konflikt med lojalitetsplikten i artikel 4 i EU-fördraget.

⁵³ Emellanåt används begreppet anbudsgivare som synonym till ordet leverantör, men egentligen är anbudsgivare ett smalare begrepp än den legaldefinition på leverantör som återfinns i 2 kap. 11 § LOU.

⁵⁴ Högsta förvaltningsdomstolens pt-beslut i målnummer, 6159-14, 6160-14, 6578-14 och 6579-14.

att anbudet verkligen är seriöst menat. Eftersom lagrummet stipulerar en tågordning som myndigheten har att iaktta och denna tågordning innefattar en rätt för anbudsgivaren att få förklara anbudet och yttra sig över myndighetens skäl att förkasta anbudet, ofta benämnt som det kontradiktoriska förfarandet, kan också tvist uppstå huruvida detta förfarandet har iakttagits. Den sista bevisbördeproblematiken gäller just vem som ska ha bevisbördan för att så har skett.

Huruvida Högsta förvaltningsdomstolen anser sig föranlåten att uttala sig om samtliga dessa bevisbördefrågor återstår att se, men fokus i samtliga mål som erhållit prövningstillstånd har legat på bevisbördan för anbudets seriositet, varför svar på denna fråga med säkerhet kommer att erhållas. Möjligen kommer också svar beträffande bevisbördan för om anbudet ska anses vara onormalt lågt, inte minst mot bakgrund av denna frågas nära anknytning till frågan om anbudets seriositet. Däremot har det överhuvudtaget inte varit tvistigt i de mål som erhållit prövningstillstånd huruvida det kontradiktoriska förfarandet iakttagits, men domstolen kan naturligtvis även uttala sig i denna fråga, i så fall närmast som ett *obiter dictum*. Denna sista bevisbördefråga kommer helt förbigås då den är av ringa praktisk betydelse för myndighetens möjligheter att motverka olika former av vilseledande vid den offentliga upphandlingen. Det kan dessutom noteras att den tågordning som anbefalls enligt lagrummet är en klar instruktion med myndigheten som adressat, varför det i det närmaste får anses självklart att bevisbördan måste ligga på myndigheten. Inte heller vållar det några större problem om bevisbördan för att anbudet är onormalt lågt skulle hamna på myndigheten. En sådan bevisbörda skulle dessutom stämma väl överens med lagrummets ordalydelse då det är myndigheten som skall finna att priset är onormalt lågt. Den stora kontroversen har däremot gällt bevisbördan beträffande anbudets seriositet då det onekligen är en utmaning för myndigheten att leda i bevis att anbudsgivarens görande och låtande är av det seriösa slaget. I det följande kommer därför fokus ligga på denna senare fråga.

4.3.1 Tidigare bevisbördereglering

Bestämmelsen om onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU syftar till att implementera artikel 55 i direktiv 2004/18/EU (upphandlingsdirektivet), men det finns en viss diskrepens jämfört med det svenska lagrummet då artikel 55 inte innehåller någon explicit rätt för myndigheten att förkasta anbudet som onormalt lågt. Det enda som stadgas är det kontradiktoriska förfarandet, eller med andra ord anbudsgivarens villkorlösa rätt att få yttra sig (med vidhängande tågordning med myndigheten som adressat) innan ett förkastande sker. Illustrativt för det tidigare rättsläget är två domar från Kammarrätten i Stockholm där domstolen uttalade att det var myndigheten som hade att visa att anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara det låga anbudet. De förklaringar som anbudsgivaren lämnat ansågs av domstolen som objektiva godtagbara och myndigheten hade inte kunnat visa att anbudet var oseriöst, och att det därmed var sannolikt att

anbudsgivaren inte kunde leverera till de erbjudna priserna.⁵⁵ I ett annat kammarrättsavgörande, denna gång från Göteborg, formulerade domstolen det något annorlunda och ansåg att kommunen inte visat att anbudsgivaren saknat förmåga att leverera till det i anbudet offererade priset.⁵⁶ Bevisbördan har tidigare förlagts på myndigheten mot bakgrund av det skyddsintresse som den EU-rättsliga regleringen är tänkt att skydda, nämligen anbudsgivaren, vilket uttalas i rättsfallet 76/81 *Transporoute*, något som också understryks i propositionen till nu gällande LOU.⁵⁷

4.3.2 Idag - oklart rättsläge

Rättsfallet 76/81 *Transporoute* gällde tolkningen och tillämpningen av artikeln som reglerade onormalt låga anbud i det då rådande upphandlingsdirektivet, och domstolen uttalade att syftet med bestämmelsen var att skydda anbudsgivaren från myndighetens godstycke.⁵⁸ Då, precis som nu - och till skillnad mot den svenska implementeringen - innehöll artikeln endast det kontradiktoriska förfarandet som sådant och ingen uttalad rätt för myndigheten att förkasta anbudet. Om hela regleringen kring onormalt låga anbud har till syfte att skydda anbudsgivaren från myndighetens godtycke är det logiskt att förlägga bevisbördan på myndigheten så som hade skett i ovan refererade kammarrättsavgöranden.

Detta synsätt har kommit att ifrågasätts mot bakgrund av att artikel 55 inte innehåller en fullständig reglering kring onormalt låga anbud. Snarare är myndighetens rätt att få förkasta anbudet underförstådd, och mot bakgrund av att artikel 55 endast innehåller en reglering kring det kontradiktoriska förfarandet kanske *Transporoute* bör tolkas så att domstolen endast uttalar att just detta förfarande har till syfte att skydda anbudsgivaren. Den underförstådda rätten, och som domstolen inte haft anledning att ta ställning till i *Transporoute*, kanske snarare bör betraktas som en skyddsbestämmelse till förmån för myndigheten så att denna inte ska behöva acceptera anbud vars seriositet kan ifrågasättas. Mot bakgrund av en dylik omtolkning ter det sig inte lika självklart att myndigheten ska bära hela bevisbördan. Den kanske rent av ska vara beroende på om tvisten rör huruvida anbudet är i) onormalt lågt, ii) anbudet är seriöst eller iii) om det kontradiktoriska förfarandet har iakttagits.

Det som satte bollen i rullning var fyra mål från Kammarrätten i Göteborg, där Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) hade förkastat fyra anbud som onormalt låga vid upphandling av mindre byggentreprenadarbeten.⁵⁹ Samtliga byggbolag ansåg sig ha lämnat tillfredsställande förklaringar och menade att bevisbördan för att det inte kan leverera till de offererade priserna ligger på Upphandlingsbolaget, vilken i

⁵⁵ Kammarrätten i Stockholm, målnummer 235/07 och nr 236/07. Domskälen är i relevanta delar identiska.

⁵⁶ Kammarrätten i Göteborg, målnummer 3356-09.

⁵⁷ Prop. 2006/07:128, sid. 407.

⁵⁸ Punkten 17 i 76/81 *Transporoute*. Frågan reglerades i artikel 29 (5) i direktiv 71/305.

⁵⁹ Kammarrätten i Göteborg, målnummer 2598-2601-13.

sin tur hävdade att anbudet var onormalt lågt och till stöd för detta anförde självkostnadskalkyler framräknade av en branschorganisation. Dessutom hävdade Upphandlingsbolaget att rådande kammarrättspraxis med att förlägga hela bevisbördan på myndigheten stred mot EU-rätten.⁶⁰ Konkurrensverket yttrade sig med anledning av att målen prövades i förvaltningsrätten och anförde just att syftet med bestämmelsen kring onormalt låga anbud ingalunda avsåg att skydda anbudsgivaren från godtyckliga bedömningar från myndighetens sida, utan däremot att skydda myndigheten från att behöva acceptera oseriösa anbud. Däremot har det kontradiktoriska förfarandet som sådant till syfte att skydda anbudsgivaren.⁶¹ Eftersom det enligt Konkurrensverket inte följde av EU-rätten hur bevisbördan skulle fördelas var det fritt fram för svenska domstolar att fördela denna enligt svenska hävdvunna bevisbördeprinciper.⁶² Därför skulle bevisbördan fördelas så att den ankom på den part som lättast kunde säkra bevisningen, och då myndigheten - med sin kunskap om hur prisbilden sett ut vid motsvarande eller liknande upphandlingar och kunskap om den generella prisbilden på marknaden - bör denna ha bevisbördan för att anbudet är onormalt lågt. Å andra sidan ska anbudsgivaren ha bevisbördan för att anbudet är seriöst då denna kan säkra bevisningen beträffande de egna löne- och produktionskostnaderna, finansiell styrka, prissättningsstrategier och andra relevanta omständigheter som kan kasta ljus över det låga anbudspriset.⁶³ Kammarrätten tyckte ha tagit stort intryck av Konkurrensverkets yttrande och förlade också bevisbördan på leverantören med motiveringen att kravet på anbudsgivaren får vara högt ställt när denna lämnar förklaringar till anbudet. Domen överklagades inte.

Rättspraxis på området spretar åt lite olika håll. Det är inte alla kammarrätter som accepterar den nya synen på bevisbördan och syftet bakom regleringen kring onormalt låga anbud. Kammarrätten i Jönköping håller i två mål fast vid det tidigare synsättet.⁶⁴ Dessa två mål är också bland de fyra som erhållit prövningstillstånd av Högsta förvaltningsdomstolen. I ett annat mål som också erhållit prövningstillstånd delas förvisso den nya synen på syftet med bestämmelsen och även hur bevisbördan ska fördelas, men där har bevisbördan å andra sidan härletts från EU-rätten och närmare bestämt rättsfallet C-599/10 *SAG Slovensko*, något som Upphandlingsbolaget ansåg i ovan refererat mål, men där som sagt Konkurrensverket hade en annan åsikt. Kammarrätten anslöt sig till vad förvaltningsrätten anförde i domen, bland annat uttalades att "*Av EU-domstolens praxis följer att det är anbudsgivaren som har att visa att anbudet är allvarligt menat (EU-domstolens dom av den 29 mars 2012 i mål C 599/10 SAG).*"⁶⁵

⁶⁰ Det framgår inte av domen vad Upphandlingsbolaget baserar denna senare uppfattning på, men i Konkurrensverket yttrade, Dnr 83/2013 (punkten 41) framgår det att det rör sig om rättsfallet C-599/10 *SAG Slovensko* och särskilt punkten 28.

⁶¹ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 83/2013, punkterna 11 och 53.

⁶² Konkurrensverkets yttrande, Dnr 83/2013, punkterna 41-46.

⁶³ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 83/2013, punkterna 55, 58 och 60.

⁶⁴ Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1165-1166-14.

⁶⁵ Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2091-14.

4.3.3 Bevisbördan i framtiden?

Hur Högsta förvaltningsdomstolen tänker fördela bevisbördan står skrivet i stjärnorna, men det ligger onekligen något i påståendet att bevisbördan regleras av C-599/10 *SAG Slovensko*. Av särskilt intresse är punkten 28 i domen där domstolen uttalar att det är anbudsgivaren som ska *bevisa* att anbudet är allvarligt menat. Enligt Konkurrensverket ska dock ordvalet inte ses som en reglering av bevisbördan, även om ordalydelsen tycks indikera så, utan snarare måste uttalandet ses i sin rätta kontext, nämligen att domstolen uttalade att anbudsgivaren har rätt att få förklara sig för myndigheten innan anbudet får förkastas med anledning av det onormalt låga priset. Det faktum att det även förekommer andra uttryck än ordet *bevisa* talar enligt Konkurrensverket för att domstolen inte avsåg att reglera bevisbördan. Exempelvis talas det i punkten 32 (i domen) om att förklara innehållet i anbudet.⁶⁶

Det är dock svårt att se denna för Konkurrensverket så framträdande "kontext", snarare tycks domstolen avse att just reglera bevisbördan så att denna beträffande anbudets seriositet hamnar på anbudsgivaren, vilket understryks av förekomsten av ordet *bevisa*, och som inte förminskas av det faktum att det i domen dyker upp andra uttryck. I punkten 28 är dessutom förklaringen kopplad till bevisbördan på så sätt att det stadgas att anbudssökanden ska lämna nödvändiga förklaringar för att *bevisa* att dessa anbud är allvarligt menade. Även i punkten 29 talas det om att anbudsgivaren ska *bevisa* att anbudet är allvarligt menat, fast endast i den svenska versionen av domen. I den engelskspråkiga versionen används i stället ordet *demonstrate*, ett uttryck som förvisso kan översättas med *bevisa*, även om ordet *demonstrate* - i varje fall i uppsatsförfattarens öra - har en mer förevisande intonation än det mer abstrakta ordet *prove* som vanligtvis översätts med *bevisa*.

Att EU-rätten haft för avsikt att reglera bevisbördan, och för anbudets seriositet förlägga denna på anbudsgivaren, understryks av det nya upphandlingsdirektivet - som i svensk lagstiftning ännu inte är implementerad - i och med att anbudsgivarens förklaring till det onormalt låga anbudet omtalas som "*de ingivna bevisen*". En annan nyhet är att det numera framgår av artikeln att myndigheten får förkasta anbudet. Dessutom ska myndigheten i vissa fall förkasta anbudet. Så är fallet om myndigheten finner att anbudsgivarens anbud är onormalt lågt samt att detta beror på bristande efterlevnad av miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter som är sprungna ur unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller andra internationella bestämmelser.⁶⁷ Det går således inte längre att hävda att skyddsintresset vid onormalt låga anbud endast är anbudsgivaren, varför en bevisbördefördelning i enlighet med Konkurrensverkets förslag synes ändamålsenlig. Det är nog ofrånkomligt att Högsta förvaltningsdomstolen kommer låta sig påverkas av vad som stipuleras i det nya direktivet, och genom att hänvisa till C-599/10 *SAG Slovensko* erbjuder en möjlighet att

⁶⁶ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 83/2013, punkten 43.

⁶⁷ Direktiv 2014/24/EU artikel 69.

hänvisa till EU-rätten utan att behöva orda om det nya direktivet. En annan möjlighet är förstås att - i enlighet med Konkurrensverkets åsikt och förslag - hävda att EU-rätten idag inte reglerar frågan varvid svenska bevisbördeprinciper måste tillämpas, och där bevisbördan för anbudets seriositet förläggs på anbudsgivaren. Under alla omständigheter kommer även en sådan lösning att harmoniera med det nya direktivet när det väl träder i kraft.⁶⁸

4.4 Om ramavtal

Ramavtal regleras i upphandlingsdirektivets artikel 32 och har implementerats i 5 kap. LOU, medan ramavtal utanför det direktivreglerade området återfinns i 15 kap. LOU. Skillnaden är av ringa intresse och förbigås helt och hållet.

I Sverige har det införts tre olika typer av ramavtal.⁶⁹ Den första varianten ingås med en enda leverantör. Vid upphandling av denna typ av ramavtal måste samtliga villkor som skall gälla för tilldelning av kontrakt (d v s avrop från ramavtalet) framgå vid upphandlingen av ramavtalet (5 kap. 4 §). Den andra typen ingås med flera leverantörer och innehåller likaledes samtliga avtalsvillkor som skall gälla vid avrop. Leverantörerna ska vara minst tre till antalet. Färre är dock möjligt om inte tillräckligt antal leverantörer uppfyller urvals- eller tilldelningskriterierna (5 kap. 5 §). Avrop ska ske från den leverantör som lämnat det bästa anbudet i enlighet med de villkor som angetts vid upphandlingen av ramavtalet (5 kap. 6 §). Här hade man förvisso kunnat tänka sig att det helt och hållet var upp till avropande myndighet att få avgöra vilket anbud som ska anses som det bästa. Speciellt värdefullt hade denna möjlighet varit då flera myndigheter avropar från samma ramavtal och vissa myndigheter kanske prioriterar priset, medan andra kvaliteten och ytterligare någon annan leveranshastigheten. Detta förfaringssätt tycks vara möjligt enligt direktivet då någon rangordning av leverantörerna inte krävs, varför det bästa anbudet rimligen bör kunna fastställas på subjektiv väg inom ramen för de objektiva villkoren som uppställts vid upphandlingen av ramavtalet. I svensk rätt krävs dock att leverantörernas anbud rangordnas (eller krav på någon form av fördelningsnyckel) och avrop sker således i första hand från den leverantör som erhållit plats nummer ett i denna rangordning. Kan denna vid något tillfälle inte leverera går frågan vidare ner i leverantörskedjan i fallande rangordning. Att rangordning krävs framgår inte av lagrummet men väl av propositionen.⁷⁰ Slutligen är det möjligt att ingå ramavtal med flera leverantörer utan att samtliga villkor är angivna vid upphandlingen. Vid denna variant måste således en förnyad konkurrensutsättning ske mellan de

⁶⁸ Genomförandeutredningen anser dock inte att det nya direktivet förändrar bevisbördan vid onormalt låga anbud. Det är dock oklart hur Genomförandeutredningen tänker sig att myndigheter ska kunna leva upp till vad som stadgas vid en oförändrad bevisbörda. Se SOU 2014:51, sid. 303.

⁶⁹ Det är enligt artikel 32.1 2004/18/EG fakultativt att införa regler om ramavtal.

⁷⁰ Prop. 2006/07:128, sid. 174-176. Se även Rosén Andersson *et al*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 268-269.

leverantörer som är parter i ramavtalet. Det är dock inte fråga om helt nya villkor utan antingen villkor som vid upphandlingen av ramavtalet inte varit tillräckligt preciserade för att ligga till grund för avrop eller kompletterande villkor, under förutsättning att dessa kompletterande villkor angetts i förfrågningsunderlaget (5 kap. 7 §). Den reglering av antalet leverantörer som återfinns i 5 kap. 5 § gäller även för denna typ av ramavtal. Avrop sker sedan från den leverantör som i den förnyade konkurrensutsättningen lämnat det bästa anbudet.

Oavsett vilket ramavtal som träffas gäller den i 5 kap. 2 § angivna regeln att parterna vid avrop inte väsentligen får avvika från villkoren i ramavtalet. Att komplettering får ske vid den tredje varianten har det redan redogjorts för, men beträffande de två första ramavtalstyperna anses också komplettering vara tillåten, och i fallet med den första varianten framgår det dessutom av lagrummet (5 kap. 4 §). Viktigt är dock att tröskeln inte passeras så att kompletteringen övergår i en väsentlig förändring. Huruvida det rör sig om en väsentlig förändring får bedömas mot bakgrund av om det uppstår förutsättningar för andra anbudsgivare att lämna anbud eller tilldelas kontrakt om dessa förändringar hade varit kända redan vid upphandlingen av ramavtalet.⁷¹ Givetvis kan det även röra sig om väsentliga förändringar om ett avtalsvillkor inte tillämpas, trots att villkoret varit avgörande för vilka leverantörer som skulle få bli parter i ramavtalet.⁷²

Just förbudet mot väsentliga förändringar kan förorsaka myndigheten en del bekymmer när leverantören i något hänseende försöker vilseleda myndigheten. Leverantören kanske inte kan/vill leverera det som myndigheten avser att avropa, men erbjuder myndigheten ett substitut som inte sällan av en ren händelse råkar vara lite dyrare. Om avtalsvillkoren anses ha väsentligt förändrats har myndigheten gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling.

Leverantörens vilseledande av myndigheten när ramavtal upphandlas kan inträffa vid upphandling av själva ramavtalet eller vid den förnyade konkurrensutsättningen.

Regleringen kring ramavtal öppnar upp för vissa potentiella möjligheter att motverka att leverantören vilseleder myndigheten. Frågan kommer även att återkomma i det civilrättsliga avsnittet där ramavtalets kontraktuella status kommenteras då remedier kopplade till bristande kontraktuell status ansetts passa bäst in i det civilrättsliga avsnittet.

Det har konstaterats ovan att EU-rätten inte kräver rangordning vid ramavtal av typ två, och att kravet på rangordning inte ens framgår av det svenska lagrummet. Anledningen till ett sådant i förarbetet påtalat krav har motiverats mot bakgrund av de grundläggande principerna som återfinns i 1

⁷¹ Rosén Andersson *et al.*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 260-261, prop. 2006/07:128, sid. 337-338.

⁷² Kammarrätten i Jönköping i målnummer 953-09. Saken gällde en vitesklausul som landstinget inte tillämpade gentemot en kontraktbrytande leverantör.

kap. 9 § LOU och det har ansetts utgöra en risk att dessa principer träds för när om myndigheten tillåts att efter eget skön få välja leverantör. Dessutom anses rangordningen utifrån ett leverantörsperspektiv leda till en ökad förutsebarhet och därmed underlätta uppskattningen av hur stora resurser som lämpligen bör avsättas för ett specifikt ramavtal.⁷³ Det är dock oklart varför rangordningskravet inte framgår av lagstadgandet utan enbart av propositionen.⁷⁴

Rangordningsprincipen är kritiserad av Rosén Andersson *et al.* som anser att denna, på det sätt som skett, smugits in bakvägen. Dessutom påpekas det att rangordningen innebär att den leverantör som rangordnats som nummer ett ska tilldelas alla avrop under kontraktstiden, varför det egentligen saknas skäl att ingå ramavtal med flera leverantörer. Osäkerheten kring huruvida en leverantör som är part i ramavtalet kommer att få leverera till myndigheten anses av Rosén Andersson *et al.* kunna leda till att leverantörerna i stället väljer att avstå från att lämna anbud och i stället rikta in verksamheten mot den privata sektorn, vilket för myndigheternas del skulle innebära sämre anskaffningsmöjligheter. För myndigheternas del anses också kravet på rangordning vara något av en black om foten då det enbart utifrån upphandlingsförfarandet är svårt att få inblick i leverantörens förmåga (och givetvis även avsikt) att kunna leverera den efterfrågade kvaliteten till efterfrågat pris vid enskilda avrop. Då många leverantörer, åtminstone på pappret, kan leverera en relativt likvärdig kvalitet tenderar priset att bli avgörande för vilken leverantör som tilldelas avropen. Om priset dessutom är angivet i pris per timme kan det leda till att priskriteriet inte utvisar den verkliga kostnaden då en ineffektiv leverantör på så sätt kommer leda till en fördyring för myndigheten jämfört med en mer effektiv leverantör. En oseriös anbudsgivare kan dessutom offerera ett lågt timpris, men med föresatsen att fakturera fler timmar.⁷⁵ Vad som nu har sagts innebär möjligen att problemet med olika former av vilseledande har blivit mer omfattande än vad problemet hade behövt vara om kravet på rangordning tagits bort.

Kravet på rangordning är dock inte absolut, utan det framgår av propositionen att det i vissa fall anses legitimt att frånga en sådan. På detta tema kan nämnas upphandling av ramavtal avseende sjukvårdstjänster där avrop sker av patienterna själva eller vid upphandling av varor där priset fluktuerar mycket snabbt. För att det ska vara tillåtet att frånga rangordningen krävs dock att det framgår av förfrågningsunderlaget och att det utgör en del av ramavtalets innehåll. Det bör särskilt framhållas att det i de ovan nämnda exemplen rör sig om rena undantagssituationer där det av

⁷³ Prop. 2006/07:128, sid. 174-176.

⁷⁴ Det är märkligt att ett sådant krav inte införts i lagrummet mot bakgrund av att det i propositionen anförs (sid. 175): "*Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt.*"

⁷⁵ Rosén Andersson *et al.*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 270-271.

praktiska skäl inte går att rangordna eller i varje fall är förknippat med betydande svårigheter.⁷⁶

Utan att gå in på en mer rättsfilosofisk diskussion i vad mån domstolarna är skyldiga att följa förarbetsuttalanden, eller underrätternas skyldighet att följa Högsta förvaltningsdomstolen, kan det konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen anslutit sig till kravet på rangordning, varför denna möjlighet att motverka ett vilseledande i princip förutsätter en praxisförändring.⁷⁷

Större möjligheter till att motverka ett vilseledande tycks däremot den tredje varianten av ramavtal erbjuda. Det har tidigare konstaterats att vid denna typ av ramavtal ska en förnyad konkurrensutsättning ske och avrop ske från den leverantör som på grundval av tilldelningskriterierna lämnat det bästa anbudet. Ramavtalstypen lämpar sig särskilt väl för upphandling av ramavtal med flera olika avropande myndigheter - alla med olika behov - vilket medför att förfrågningsunderlaget kommer innehålla ett större antal tilldelningskriterier som myndigheten kan välja mellan vid den förnyade konkurrensutsättningen. Samtliga tilldelningskriterier behöver således inte ingå. Däremot går det inte att tillföra nya tilldelningskriterier.⁷⁸ Om myndigheten, eventuellt efter erhållen information från annan och tidigare avropande myndighet, anser att ett tilldelningskriterium inbjuder till olika former av vilseledande, kan därför myndigheten avstå från att tillämpa detta kriterium i den förnyade konkurrensutsättningen. Dessutom anser Falk att det varken av den svenska lagstiftningen eller det bakomliggande direktivet krävs att viktning av olika tilldelningskriterier anges i upphandlingen av ramavtalet och som ska tillämpas vid den förnyade konkurrensutsättningen, varför det måste vara upp till myndigheten att själv bestämma tilldelningskriteriernas inbördes viktning då myndigheten står i begrepp att avropa från det befintliga ramavtalet.⁷⁹ Det sagda innebär därför att myndigheten kan välja att nedtona vissa kriteriers betydelse om dessa kriterier typiskt sett är ägnade att leda till ett vilseledande vid budgivning.

4.5 Analys offentlighetsrättsliga remedier

I likhet med det straffrättsliga avsnittet där ansvarsförutsättningarna för något av bedrägeribrotten gicks igenom för att kunna besvara frågan om ett vilseledande vid offentlig upphandling kan konstituera ett brott, har det i detta avsnitt redogjorts för marknadsföringslagens beståndsdelar för att kunna besvara frågan om ett vilseledandet kan tänkas angripas med marknadsföringslagen. En mer noggrann undersökning av marknadsföringslagens beståndsdelar, i likhet med vad som skedde i det straffrättsliga avsnittet, har ansetts motiverad mot bakgrund av Lundvall & Pedersens påstående om att det de kallar för osund strategisk anbudsgivning normalt sett inte är en lagöverträdelse.

⁷⁶ Prop. 2006/07:128, sid. 175.

⁷⁷ RÅ 2010 ref. 97.

⁷⁸ Rosén Andersson *et al.*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 273.

⁷⁹ Falk, *Lag om offentlig upphandling*, sid. 220.

Eftersom vilseledandet kan ta sig olika uttrycksformer får analysen av MFL även ske mot bakgrund av inledningsexemplet, och där det kan påminnas om att leverantören erbjudit sig att till myndigheten tillhandahålla vissa tjänster till ett visst pris, men där leverantören inte avser att leverera tjänsten C. Myndigheten har med anledning av det lämnade budet tecknat ett ramavtal med leverantören.

Det är essentiellt att myndigheten klassificeras som en näringsidkare för att MFL överhuvudtaget ska kunna bli tillämplig eftersom endast näringsidkare och konsumenter skyddas. Så är det säkert regelmässigt vid offentlig upphandling då myndighetens verksamhet träffas av definitionen på en näringsidkare, även om det säkert kan förekomma upphandlingar som har ett sådant samband med själva myndighetsutövningen att det vore att föra det för långt att även i dessa situationer betrakta myndigheten som en näringsidkare. Marknadsföringslagen är som bekant tillämplig då näringsidkare efterfrågar varor i sin näringsverksamhet, vilket onekligen är fallet vid en offentlig upphandling. Att det rör sig om marknadsföring när leverantören lämnar anbud med anledning av offentlig upphandling är också uppenbart då dessa anbud inte gärna kan ha något annat syfte än att främja avsättningen av leverantörens produkter. Den tidsmässiga utsträckning av marknadsföringsbegreppet som skett under senare år har dock inte någon bäring på exemplet, då marknadsföringen tidsmässigt infaller under den period som allt sedan tidigare har förknippats med marknadsföringsbegreppet.

Det finns onekligen en beröringspunkt mellan marknadsföring som är vilseledande och oredligt förfarande då straffstadgandet också tar sin utgångspunkt i att ett vilseledande skett. I det straffrättsliga avsnittet problematiserades det kring huruvida det överhuvudtaget kan vara fråga om ett vilseledande när myndigheten med full insikt om att utsagan var en lögn ändå vidtog dispositionen, eller om vilseledandet ens kan anses vara kausal i förhållande till dispositionen när det inte egentligen är själva vilseledandet som är handlingsdirigerande för myndigheten utan snarare bristen på handlingsalternativ.

Finns det någon motsvarande problematik här? Transaktionstestet talar som bekant om att den vilseledande marknadsföringen blir otillbörlig först då den påverkar eller sannolikt påverkar mottagarens förmåga att fatta ett välgrundat affärsbeslut, och om myndigheten vet att det är en lögn men ändå tecknar ramavtal med leverantören kan det väl hävdas att lögnen inte haft någon inverkan på beslutet varför lögnen inte kan ge ett positivt utfall på transaktionstestet. Det skulle i så fall ånyo vara myndighetens bristande handlingsutrymme som är orsaken, och inte lögnen. Eller? Svaret är nej. Det vilseledande som är aktuellt i straffstadgandet om oredligt förfarande handlar om att försätta mottagaren i ett visst psykiskt tillstånd om hur världen är beskaffad, och med anledning av detta förmå denne att vidta en disposition som är kausal i förhållande till själva vilseledandet. Vilseledande i en straffrättslig kontext blir en utsaga om den är handlingsdirigerande.

Vilseledandet i MFL, som är kopplat till transaktionstestet, handlar däremot om den vilseledande utsagens inverkan/effekt på möjligheten att kunna fatta ett välgrundat affärsbeslut. Denna inverkan inträder oberoende av myndighetens valmöjligheter då myndigheten vid frånvaron av ett vilseledande fattat ett annat och mer välgrundat affärsbeslut, nämligen avropat tjänsterna från företaget Y (se inledningsexemplet). Myndighetens bristande handlingsalternativ i spåren av bevisbördan för onormalt låga anbud är således en icke-fråga i detta sammanhang.

Dessutom, i den mån leverantörens agerande skulle kunna falla in under listan med vilseledande affärsmetoder, behövs inget transaktionstest överhuvudtaget. Så kan nog vara fallet i det skisserade exemplet, och speciellt mot bakgrund av vad som stadgas i punkten 6 b, även om Marknadsdomstolen tillämpar listan restriktivt. Det ska också poängteras att Marknadsdomstolens praxis tycks tyda på att det finns en presumtion för otillbörlig påverkan om agerandet träffas av uppräknningen i listan, vilket det gör (exempelvis punkten 4), varför transaktionstestet blir överflödigt om nu inte näringsidkaren lyckas bryta presumtionen.

Det är helt klart att ett vilseledande så som det kommer till uttryck i inledningsexemplet utgör en överträdelse av MFL och det inte finns några egentliga problem med att angripa olika former av vilseledande med MFL, varför Lundvall & Pedersens påstående i denna del kan vederläggas. En helt annan fråga är varför en myndighet överhuvudtaget skulle göra det. Myndigheten försätts förvisso i en förmånlig processuell sits i och med att det är leverantören som ska visa att marknadsföringsåtgärden är vederhäftig och inte vilseledande, men allt detta kan naturligtvis myndigheten i stor utsträckning säkerställa redan under upphandlingsförfarandet genom att infordra diverse bevis angående teknisk och yrkesmässig kapacitet eller ekonomisk ställning (11 kap. LOU), vilket gör det avsevärt svårare för en leverantör att försöka vilseleda myndigheten. Den enda fördelen som återfinns i MFL är skadeståndstadgandet som gör det möjligt för myndigheten att få ren förmögenhetsskada ersatt, något som normalt sett kräver kontraktsförhållande (eller brott, exempelvis oredligt förfarande). I fallet med ramavtal anses vissa former av dessa inte ge upphov till några kontraktuella förpliktelser (mer om detta i det civilrättsliga avsnittet), i varje fall enligt propositionen till LOU, men i och med skadeståndsstadgandet i MFL blir det således möjligt att rikta skadeståndsanspråk för ren förmögenhetsskada även då ett kontraktsförhållande inte föreligger. Mot bakgrund av det omak det innebär att erhålla skadestånd torde det vara lämpligare att lösa frågan inom kontraktsförhållandet med diverse vitesklausuler. De övriga sanktioner som MFL erbjuder torde vara av ringa värde för en myndighet.

Problemet med olika former av vilseledande tycks vid ramavtal också ha blivit mer omfattande än vad det hade behövt vara om inte riksdagen tagit på sig tagelskjortan och infört krav på en fördelningsnyckel vid upphandling av ramavtal med flera leverantörer och där samtliga villkor anges i förfrågningsunderlaget. EU-rätten förefaller inte kräva en sådan nyckel, och

det hade gett myndigheten en möjlighet att motverka olika former av vilseledande om inte avrop hade behövt ske i första hand från den som rangordnats som nummer ett. Vilseledandet kan t ex bestå i att leverantören ständigt bryta mot leveranstider och det hade varit en kraftfull motåtgärd om myndigheten i en sådan situation kunnat avropa från annan ramavtalsleverantör. Även om denna möjlighet nu inte är öppen för myndigheterna, inte minst mot bakgrund av att även Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att fördelningsnyckel krävs, finns det inget som hindrar myndigheter från att i kontakten med regeringen påpeka att frågan borde utredas. Regleringen kring ramavtal öppnar dock upp för en möjlighet att reagera på olika former av vilseledande när dessa inträffar vid ramavtal med förnyad konkurrensutsättning då myndigheten vid den förnyade konkurrensutsättningen inte nödvändigtvis måste begagna sig av samtliga tilldelningskriterier som användes vid själva ramavtalsupphandlingen. Om myndigheten erhåller information, exempelvis från andra myndigheter som också avropar från ramavtalet, att vissa tilldelningskriterier inbjuder till vilseledande eller att kriterierna bör viktas om för att förhindra ett sådant vilseledande, är denna möjlighet öppen för myndigheten.

Det absolut mest verkningsfulla remediet mot olika former av vilseledande erbjuder dock bestämmelsen om onormalt låga anbud. Detta kräver dock att bevisbördan för anbudets seriositet ändras så att denna förläggs på anbudsgivaren. Myndigheten är knappast behjälpt av lagrummet så som det tolkades tidigare, där myndigheten förvisso hade rätt att begära en förklaring, men där myndigheten hade bevisbördan för denna förklarings bristande vederhäftighet. En sådan bevisbördefördelning gör att lagrummet i realiteten inte kan användas, och kan i så fall lika gärna utrangeras ur lag- och direktivtexten. Vid frånvaron av leverantörens bevisbörda för anbudets seriositet kan det därför vara lockande för myndigheten att i förfrågningsunderlaget stipulera att endast anbud som inte understiger ett visst lägsta pris kommer att utvärderas, i syfte att inte behöva tilldela kontrakt eller ingå ramavtal med leverantörer där det kan ifrågasättas om anbudet är seriöst och därmed undvika den situation som skisserades i inledningsexemplet. Ett sådant agerande är förvisso rationellt, men gör samtidigt att myndigheten inte kan ta del av onormalt låga men seriösa anbud. Mycket talar dock för att en förändring av bevisbördan kommer att ske, även om det kan diskuteras huruvida en sådan bevisbördefördelning redan följer av EU-rätten (C-599/10 *SAG Slovensko*), eller om frågan är oreglerad och därmed upp till svenska domstolar att efter eget gottfinnande bestämma, och där bevissäkringsmöjligheten talar för att denna ska vila på anbudsgivaren. Under alla omständigheter synes i varje fall det nya direktivet kräva en sådan omkastad bevisbörda, även om Genomförandeutredningen inte delar denna uppfattning.

Det ska avslutningsvis också påpekas, med hänvisning till vad som framkom i det straffrättsliga avsnittet, att en förändrad bevisbörda för anbudets seriositet torde vara en förutsättning för att man överhuvudtaget ska kunna tala om ett vilseledande i en straffrättslig kontext. Om

bevisbördan omkastas blir det däremot möjligt att fälla för oredligt förfarande, varför ett vilseledande av myndigheten inte bara är en lagöverträdelse enligt MFL utan dessutom ett brott. Vid en sådan förändring av bevisbördan kan även Lundvall & Pedersens uppfattning till denna del vederläggas.

5 Civilrättsliga remedier

Så här långt i arbetet kan det konkluderas att inte heller marknadsföringslagen erbjuder myndigheten några kraftfulla åtgärder för att motverka att denna blir vilseledd av leverantören, trots att ett sådant vilseledande strider mot MFL. Remedierna i LOU är också sparsmakade, även om vissa möjligheter vid ramavtal erbjuds. Regleringen kring onormalt låga anbud är däremot ett potentiellt sett kraftfullt redium. Detta kräver dock att myndigheten slipper bevisa att anbudet är seriöst, och så kommer möjligen också vara fallet framgent, men eftersom Högsta förvaltningsdomstolen ännu inte sagt sitt finns det all anledning för myndigheten att se sig om efter alternativa lösningar. Sådana erbjuds inom civilrätten. En rad civilrättsliga remedier kan tänkas tillgripas för att tillse att leverantören presterar i enlighet med avtalet. Dessa remedier kan, men behöver inte, ansluta till de köprättsliga påföljder som anges i köplagen. Eftersom avtalsfrihet råder och i princip endast fantasin och 3:e kapitlet avtalslagen sätter gränserna (med beaktande av den upphandlingsrättsliga lagstiftningen), låter det sig inte göras att beskriva alla dessa. I stället kommer de civilrättsliga remedierna att beskrivas mot bakgrund av fem kontrakt som Lunds kommun ingått med anledning av offentlig upphandling.⁸⁰ Det kommer dock inte röra sig om en total belysning av samtliga klausuler, utan endast de som ansetts relevanta för ämnesvalet.

5.1 Upphandlingskontrakt och ramavtals kontraktuella status

Det ligger i sakens natur att det exempelvis är omöjligt att göra gällande ett kontraktuellt vite om det inte finns ett avtal. Upphandlingskontraktets och ramavtalets kontraktuella status måste därför inledningsvis något kort kommenteras.

Det är centralt att skilja mellan upphandlingskontrakt och ramavtal. Upphandlingskontrakt kan ingås med anledning av ett ramavtal och har ovan benämnts som avrop då det redogjordes för regleringen kring ramavtal. Upphandlingskontrakt är bindande för parterna även om det inte framgår av definitionen i 2 kap. 10 § LOU, varför eventuella civilrättsliga remedier kan tillgripas om prestationsplikten brister när ett befintligt upphandlingskontrakt föreligger.⁸¹ Upphandlingskontraktet kan därför sägas utgöra demarkationslinjen mellan upphandlingsrätten och civilrätten, även om den civilrättsliga regleringen inte kan få fullt genomslag. Den avtalsrättsliga principen om att parterna förfogar över avtalet gäller således endast inom de gränser som upphandlingsrätten tillåter (se nedan om vad

⁸⁰ Kontrakt arbetskläder för personal (KS2012/0017), kontrakt traktorer (KS2014/0296), avrop ramavtal trygghetstelefoner (KS2012/0983), kontrakt avseende tryckning av bok (11/34) och kontrakt avseende biljettautomater (2012/0462).

⁸¹ Huvudregeln är att upphandlingskontraktet är bindande, men om optioner ingår i upphandlingskontraktet anses dessa inte utgöra en bindande beståndsdel. Däremot blir optionen bindande och en del av upphandlingskontraktet om den utlöses. Se Falk, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 91-93.

som sägs om förbudet mot väsentliga förändringar). Det har även redogjorts för de tre olika ramavtalen som kan tecknas enligt svensk rätt: i) avtal med en enda leverantör, ii) avtal med flera leverantörer och med samtliga villkor angivna och iii) avtal med flera leverantörer utan att samtliga villkor är angivna, varvid förnyad konkurrensutsättning måste ske.

Eftersom upphandlingskontraktet ska vara en spegling av villkoren i ramavtalet, i varje fall till den del som ramavtalsregleringen inte tillåter förändring av avtalsvillkoren, så uppkommer frågan i vad mån själva ramavtalet är bindande för parterna. Frågan är viktig då ett vanligt sätt att förmå leverantören att prestera är att använda vitesklausuler. Frågan är därför om vitesklausulen kommer att få den avsedda effekten i och med att den återfinns i ramavtalet, eller om den får effekt först när den tas in i upphandlingskontraktet/avropet.

Propositionen behandlar frågan sparsmakat men anser att ramavtalen i detta hänseende kan ta sig tre olika uttryckssätt, som anknyter till de tre ovan listade typerna av ramavtal. Den första formen är ramavtal som innehåller samtliga villkor som ska ligga till grund för senare *anskaffningar* och som är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet och därmed kan likställas med upphandlingskontrakt (bindande ramavtal). En annan variant är ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare *tilldelning* av enskilda kontrakt men som inte är ömsesidigt förpliktande för parterna i avtalet (ej bindande ramavtal). Slutligen kan också ramavtalet vara av slaget att det inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av enskilda kontrakt, som får förmodas också vara till intet förpliktande även om det inte uttalas i propositionen.⁸²

Även EU-kommissionen har sett sig manad att uttala sig i frågan i ett tolkningsmeddelande och anför för sin del att när det gäller ramavtalsrättsverkningar synes det finns två typer: ramavtal som innehåller samtliga villkor och ramavtal som inte innehåller samtliga villkor. Den första varianten av ramavtal är egentligen ett vanligt upphandlingskontrakt och bindande för parterna på så sätt att det direkt kan ligga till grund för avtal utan att nya bud måste utväxlas eller förhandling vidtas. Således skulle det innebära att ramavtal av typ i och ii (se ovan) är bindande. Ramavtal som inte innehåller samtliga villkor är ett inkomplett ramavtal och saknar därför vissa villkor eller innehåller inte alla bindande avtalsvillkor som behövs för att det ska kunna ligga till grund för ett upphandlingskontrakt. Således tycks ett sådant kunna innehålla vissa bindande avtalsvillkor.

När det i tolkningsmeddelandet talas om bindande avtalsvillkor är det endast utifrån en allmän avtalsrättslig utgångspunkt om *pacta sunt servanda*, och inte ett påstående om att direktivet avser att klampa in och reglera den nationella avtalsrätten. Detta understryks i och med att det framhålls att det är upp till den nationella rätten att avgöra huruvida ett avtalsvillkor föreligger. Likaledes är det upp till den nationella rätten att avgöra om ramavtal som sluts med en leverantör och som inte innehåller samtliga

⁸² Prop. 2006/07:128, sid. 160.

avtalsvillkor innebär att denne är skyldig att komplettera sitt anbud. Samma sak får väl förmodas gälla även om flera leverantörer är parter i ramavtalet. Även i fallet med ramavtal som innehåller samtliga avtalsvillkor och som sluts antingen med en eller flera leverantörer, avgör den nationella rätten om leverantören har förpliktat sig att leverera, och likaledes om leverantören kan framtvunga beställningar från den upphandlande myndigheten.⁸³

Det är oklart varför man i propositionen anser att endast den första varianten ska ges avtalsrättslig verkan och ömsesidigt binda parterna, medan så inte är fallet med de två andra. Möjligen motiveras det hela med att det för dessa senare ramavtal är så pass oklart huruvida en leverantör kommer att bli föremål för avrop. I propositionen redogörs det inte heller för om ramavtalet kan vara ensidigt förpliktande för någondera parten. Propositionen ger inte heller svar på om vissa aspekter av ramavtalet kan ges avtalsrättslig verkan, även om ramavtalet som sådant inte anses ge upphov till några rättsverkningar. Möjligen tänker man sig att så inte ska vara fallet. I så fall kan det erinras om ett liknande "avtal" som inte är helt ovanligt, nämligen *letter of intent*. Men det som gör att ett *letter of intent* normalt sett inte betraktas som ett bindande avtal torde väl vara den påfallande höga abstraktionsnivån, vilket dock inte hindrar att en sådan avsiktsförklaring kan innehålla betydligt mer jordnära klausuler som ges full avtalsrättslig verkan, t ex sekretessklausuler. Givetvis är inte ett *letter of intent* till intet förpliktande enbart på den grunden att det kallas så. Huruvida parterna avsett att ingå en bindande överenskommelse, oavsett hur det rubriceras, får avgöras genom avtalstolkning och avgörande blir om parterna uttryckt en avsikt att ingå bindande avtal eller om det endast ska betraktas som ett uttryck för parternas ambitionsnivå.⁸⁴

Det kan ifrågasättas om de två andra typerna av ramavtal verkligen befinner sig på en så pass hög abstraktionsnivå att de ska totalt fränkännas avtalsrättslig verkan. Snarare borde väl propositionen ha hänvisat till att frågan om ramavtalens rättsliga verkan måste lösas inom den nationella avtalsrätten, men med beaktande av den upphandlingsrättsliga regleringen. Falk påpekar att om vissa ramavtal inte ska ge upphov till avtalsrättsliga konsekvenser är den upphandlande myndigheten oförhindrad att upphandla nyttigheten vid sidan om ramavtalet, vilket i sin tur innebär att ramavtalet snarast framstår som en option, och en sådan kan endast upphandlas om det redan existerar ett ursprungligt bindande kontrakt.⁸⁵ Även Rosén Andersson *et al.* tycks inte helt komfortabel med att ramavtal kan vara till intet förpliktande, i varje fall med avseende på den andra varianten av ramavtal. Att det skulle röra sig om avtalsbrott om anskaffning sker vid sidan om ramavtalet då myndigheten inte kan få sitt behov tillgodosett av någon av ramavtalsleverantörerna vid exempelvis kapacitetsbrist anses uteslutet. Huruvida myndigheten även i andra fall får upphandla vid sidan av ramavtalet är däremot mera tveksamt. Det som talar mot att så ska få ske är det faktum att leverantörerna har ställt resurser till myndighetens

⁸³ Avdelning 1.1 i CC/2005/03_rev 1 av den 14 juli 2005.

⁸⁴ Adlercreutz, *Avtalsrätt I*, sid. 122-123.

⁸⁵ Falk, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 223.

förfogande. Å andra sidan poängteras att myndigheten normalt sett inte utfäst sig att göra anskaffningar i viss omfattning. Beträffande leverantören är det fråga om denna alltid kan välja att avstå från att leverera eller om så endast kan ske vid kapacitetsbrist. Leverantören har också, i enlighet med sitt anbud, ställt resurser till myndighetens förfogande och åtagit sig att sälja nyttigheterna till ett visst pris under ramavtalets löptid. Rosén Anderssons *et al* slutsats angående dessa frågor är att det ytterst måste bli en avtalsrättslig bedömningen.⁸⁶

I brist på vägledande rättsfall kan ramavtalets civilrättsliga status inte närmare utrönas, även om det framstår som irrationellt att ramavtal inte ska underkastats samma bedömningsgrunder som andra avtal när dess rättsliga konsekvenser ska fastställas.

5.2 Avtalsviten

Skadestånd kan vara knepiga grejer för den som lidit skada. För att erhålla skadestånd måste den skadelidande visa att skada har inträffat, att skadan är orsakad av den skadeståndsskyldige, och därtill vara beroende på omständigheter som den skadeståndsskyldige svarar för. Som lök på laxen måste dessutom skadans storlek kunna kvantifieras. Mot bakgrund av detta är det inte ovanligt att det som substitut till skadeståndet återfinns olika former av vites- eller ersättningsklausuler i kommersiella avtal, vilket innebär att parterna i förväg, med tillämpning av sin avtalsfrihet, reglerat ersättningsnivån samt under vilka villkor i övrigt som beloppet ska utgå.⁸⁷

Vitesklausulen behöver emellertid inte endast ha som syfte att kompensera skadelidande part, utan kan också ha ett påtryckande syfte för att förmå motparten att leverera i enlighet med avtalet, speciellt gäller detta då vitet överstiger skadeståndet enligt vanliga regler. Är däremot vitet satt lågt företer klausulen likheter med en friskrivningsklausul och kan därför sägas ha som syfte att begränsa ansvaret för kontraktbrytande part. Vitet kan också ses ur den aspekten att det effektivt avvecklar en konflikt parterna emellan och på det sättet syftar till att erbjuda en snabb och enkel uppgörelse.⁸⁸ Inte minst gör vitets påtryckande och ersättande funktion att det lämpar sig väl för att motverka att leverantören vilseleder myndigheten, och nämns också av Lundvall & Pedersen i deras förslag till åtgärder, där det även påpekas att sådana bör vara enkla att administrera och inte allt för drakoniskt formulerade, i syfte att även efter det att vitesklausulen tillämpats kunna ha en god affärsrelation med motparten.⁸⁹

Fördelen med en vitesklausul är att den skadelidande slipper föra bevisning om skadan och dess storlek, om detta råder det enighet i doktrinen. En fråga där det däremot råder olika uppfattningar är om tillämpningen av en vitesklausul förutsätter skada, eller om blotta existensen av ett

⁸⁶ Rosén Andersson *et al.*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 266-267.

⁸⁷ Gorton & Samuelsson, *Studier i rättsekonomi - Festskrift till Ingemar Ståhl*, sid. 83.

⁸⁸ Olsen, *Ersättningsklausuler*, sid. 30.

⁸⁹ *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 76.

kontraktsbrott innebär att vitet ska utgå. Eftersom vitesklausuler sällan innehåller krav på skada eller reglerar skadans betydelse för ersättningsskyldigheten är frågan om kravet på skada enligt allmänna regler utfyller klausulen vid en domstolsprövning. Westberg för sin del anser att avtalsvitets funktion påminner om ett normerat skadestånd⁹⁰, vilket måste betyda att vitet ytterst vilar på existensen av en skada. I förlängningen betyder detta därför att den kontraktsbrytande parten kan undgå vitet om denna kan bevisa att skada ej föreligger. Westberg tycks inte erkänna vitets enbart disciplinerande funktion med hänvisning till att straffskadestånd är främmande för den svenska rättsordningen, och vars ersättningsrätt bygger på tanken att den skadelidande ska kompenseras för skada eller förlust.⁹¹ Annan inställning intar Olsen i sin avhandling om ersättningsklausuler och anser att det finns en bred uppslutning i doktrinen för att skada faktiskt inte behöver ha inträffat för att vitet ska utgå. Olsen anser att det inte heller i praxis finns något stöd för att så skulle vara fallet och hänvisar till att den ersättningsskyldige i NJA 1945 A 78 åberopade att skada ej inträffat, något som domstolarna inte ens bemödade sig med att bemöta. Inte ens beträffande de klausuler som på något sätt anknyter till skada, och därmed snarare bör klassificeras som ett normerat skadestånd, har domstolarna upprätthållit kravet på att skada ska ha inträffat för att ersättningsbeloppet ska utgå. Enbart det faktum att klausulen benämnt ersättningen som ett skadestånd, skadeersättning eller ersättning har inte varit av någon betydelse vid domstolsprövningen, utan det har krävts att klausulen uttryckligen har tagit ställning till frågan för att existensen av skada ska vara ett nödvändigt bifallsvillkor.⁹² Eftersom det inte krävs inträffad skada är Olsen avvisande till tanken att en vitesklausul endast skapar en presumtion för skada - med omkastad bevisbörda som följd - och där gäldenären således kan bryta igenom presumtionen vid förd bevisning därom. Detta gäller oavsett om klausulen betraktas som en vitesklausul eller ett normerat skadestånd (under förutsättning att klausulen inte anger annat).⁹³

En annan fråga är om vitesklausulen exklusivt reglerar ersättningsfrågan, eller om myndigheten utöver vitet kan erhålla skadestånd enligt allmänna regler, något som skulle förstärka vitesklausulens påtryckande och disciplinerande aspekt. Här kan man tänka sig olika varianter. En första är så kallad kumulation där borgenären ges rätt till både vitesbeloppet och skadeståndet. En annan är att borgenären får välja mellan att begära ersättning i enlighet med klausulen eller enligt skadeståndsrättsliga regler,

⁹⁰ För en diskussion om möjliga distinktioner mellan vite och normerat skadestånd, se Olsen, *Ersättningsklausuler*, sid. 38-40. Olsen anser för sin del att alla neutrala betalningsutfästelser vid kontraktsbrott ska klassificeras som vite - oavsett om de benämns som vite eller något annat substantiv så som "böter", "plikt" eller "belopp" - eller om någon verbform likt "betala", "erlägga" eller "utge", används. Ett normerat skadestånd är det däremot frågan om om de ovan nämnda benämningarna med anledning av kontraktsbrottet anknyter till existensen av en skada, även om ordet skada inte explicit behöver framgå av klausulen. Således är ett uttryck som "ersätta" något som leder tankarna till ett normerat skadestånd, likaså om ordet "skadestånd" används i någon form.

⁹¹ Westberg, *Civilrättskipning*, sid. 433-434.

⁹² Olsen, *Ersättningsklausuler*, sid. 130-131.

⁹³ Olsen, *Ersättningsklausuler*, sid. 134-135.

och där borgenären naturligtvis väljer det förmånligaste alternativet. Slutligen kan man tänka sig att borgenären ges rätt till ett skadeståndsbelopp till den del vitet inte täcker den faktiska skadan. Till besvarande av denna fråga kan NJA 2010 s. 629 nämnas, där Högsta domstolen uttalade att en vitesklausul kan tjäna olika ändamål. Den kan förstärka preventionen mot kontraktsbrott, ge den skadelidande större ersättning och med andra ansvarsförutsättningar än vad som gäller enligt skadeståndsrättsliga regler, utgöra en ansvarsbegränsning till förmån för kontraktsbrytande part och förenkla skadehantering. ⁹⁴ Mot bakgrund av att vitesklausulen kan fylla olika funktioner och förhållandena varierar går det inte att generellt ange huruvida klausulen *in dubio* utgör en exklusiv reglering av ersättningen vid kontraktsbrott. Klausulen måste i allmänhet bli föremål för tolkning. ⁹⁵ Huruvida borgenären kan välja mellan att åberopa klausulen eller söka skadestånd enligt allmänna regler och om ett större belopp än vitesbeloppet ska utgå, måste därför avgöras mot bakgrund av den gemensamma partsavsikten med klausulen. I målet ansågs gäldenären haft fog att anta att klausulen hade till syfte att exklusivt reglera ersättningsfrågan, varför borgenären inte var berättigad till en högre ersättning än vitesbeloppet, som uppgick till mindre än en tiondel av den faktiska skadan. Rättsfallet besvarar dock inte frågan huruvida det är möjligt för den ersättningsskyldige att föra bevisning om att skada ej inträffat och därigenom hindra att vitet utdöms, men möjligen måste även detta ytterst få bli en avtalstolkningsfråga.

I ALOS 05, standardavtal för leverans av varor till den offentliga sektorn, framtagen av SKL, återfinns en vitesklausul vid säljarens dröjsmål och där vitet - om inte annat avtalats - utgår med 1 % per vecka och med ett maximalt vitesbelopp satt till 10 %. Beräkningsgrund är den del av varan som till följd av förseningen inte kunnat tas i avsett bruk. Köparen ges också vid hävning av avtalet rätten att söka skadestånd för liden skada. Det blir således en vanlig skadeståndsrättslig fråga, med alla de olägenheter det innebär för skadelidande part, om denne dristar sig till att söka ersättning utöver vitet. Från skadeståndet skall dock upplupet vite avräknas, således icke-kumulation. Det maximala skadeståndet har satts till 20 % av priset som hävningen relaterar till. Dessa begränsningar gäller om inget annat avtalats. Bortsett från vid grov vårdslöshet ersätts inte heller indirekta förluster. ⁹⁶

I endast två av de fem studerade kontrakten som Lunds kommun ingått återfinns en bestämmelse om dröjsmålsvite. ⁹⁷ I kontraktet som avser trygghetstelefoner rör det sig om en vitesklausul som är någorlunda klart och tydligt formulerad och någorlunda lätt att administrera. ⁹⁸ Däremot är

⁹⁴ Punkten 10 i domen.

⁹⁵ Punkten 12 i domen. Högsta domstolen tycks i allmänhet föredra att lösa tvister genom avtalstolkning och inte genom en bevisbördereglering. Belysande är NJA 1992 s. 403 där *hovrätten* löste problematiken med en bevisbördereglering och ansåg att svaranden hade bevisbördan för att ett oklart avtalsinnehåll innebar att det dispositiva skadeståndet hade avtalats bort, emedan Högsta domstolen löste problematiken genom avtalstolkning.

⁹⁶ ALOS 05, punkterna 9 och 11.

⁹⁷ 2012/0462 (biljettautomater) och KS2012/0983 (trygghetstelefoner).

⁹⁸ Klausul 1.24 i KS2012/0983 (trygghetstelefoner).

vitesbeloppet minst sagt väl tilltaget. Dröjsmålsvite utgår med 7 % av värdet av den försenade varan för varje påbörjad sjudagarsperiod. Det maximala vitet är satt till 21 % av sagda värde. Myndigheten har också förbehållit sig rätten att få avräkna dröjsmålsvitet från fakturerad räkning. Den brist som möjligen finns i klausulen är att leverantören ges en möjlighet att undslippa vitet om denna kan visa att dröjsmålet inte berott på fel eller försummelse från dennes sida. I ALOS 05 är vitets bortfallande reglerat i en force majeure-klausul, och för att så ska ske måste hindret varit utom parts kontroll och som denne skäligen inte borde ha räknat med vid köpet, samt att följderna inte skäligen kunde ha undvikits eller övervunnits.⁹⁹ Mot bakgrund av att det även i kontraktet finns en force majeure-klausul, vars formulering påminner om den i ALOS 05, borde kanske inte leverantören undslippa vitet så lättvindigt, utan endast om en force majeure-situation är för handen.¹⁰⁰ Möjligen måste det hela förstås mot bakgrund av det höga vitesbeloppet och att myndigheten redan på den femtonde förseningsdagen kommer upp i maximalt vite, och att det inte finns något intresse av att straffa en leverantör när dröjsmålet inte går att lasta denne. Å andra sidan innebär det hela en betydande inskränkning i jämförelse med det skadestånd varom det stadgas i 27 § köplagen och som tar sin utgångspunkt i säljarens kontrollansvar, vilket går längre än försummelse, då det räcker för säljarens ansvar att den hindrande omständigheten varit kontrollerbar för säljaren. Kontrollansvaret omfattar säljarens planering, organisation, styrning och övervakning av den egna verksamheten, så också tekniska störningar i tillverkningsmaskineriet eller driftstörningar till följd av att säljaren gjort sig alltför beroende av en råvaruleverantör. Även sjukdom hos nyckelpersonal eller säljarens egna ekonomiska förhållanden omfattas av kontrollansvaret.¹⁰¹ Leverantörens möjligheter att så lättvindigt kunna exculpera sig förtar vitesklausulens funktion som påtryckningsmedel och dessutom öppnar den upp för onödiga processer kring hur begreppen fel och försummelse ska förstås, vilket i sin tur gör att det inte blir ett effektivt instrument mot leverantörens vilseledande. En otydlighet i klausulen är hur sjudagarsperioden påbörjas, för frågan är om den påbörjas redan då leveransen är en sekund försenad, eller om det är tänkt att ske vid en annan tidpunkt. I övrigt kan det konstateras att klausulen inte stipulerar att skada ska ha inträffat för att dröjsmålsvitet ska utgå, och klausulen torde på ett uttömmande sätt reglera dröjsmålsersättningen mellan parterna, varför tillkommande skadestånd är uteslutet.

Det andra kontraktet där en klausul om dröjsmålsvite tagits in, är inte på långa vägar lika klar och tydlig som den som det nyss redogjordes för.¹⁰² Vilket gör att det inte går att säga att den smidigt avvecklar en konflikt. Snarare är den ägnad att inbjuda till en sådan. Klausulen innehåller en identisk skrivelse som klausulen ovan om att säljaren ges möjlighet att exculpera sig och att vitesbeloppet kan avräknas från fakturan. I övrigt har klausulen följande lydelse:

⁹⁹ ALOS 05 punkten 25.

¹⁰⁰ Klausul 1.35 i KS2012/0983 (trygghetstelefoner).

¹⁰¹ Håstad, *Köprätt*, sid. 60-61.

¹⁰² Klausul 1.30 i 2012/0462(biljettautomater).

"Om leverantören inte avlämnat varan inom avtalad tid skall han ersätta Köparen för direkta och skäligen kostnader som denne haft på grund av dröjsmålet. Med skäligen kostnader avses ett vite som motsvarar minst 7% per påbörjad dag/vecka. Vitesunderlaget är kontraktssumman exkl. mervärdesskatt. Vitet är begränsat till högst 20% av det avtalade priset för den aktuella leveransen."

Hur ska en sådan klausul tolkas? Tydligen ska det utgå ett vite på minst (?) 7 % per, ja vad då? Förmodligen avser klausulen att stipulera exakt samma sak som den nyss redogjorda, det vill säga att vitet ska utgå för varje påbörjad sjudagarsperiod. När första förseningsveckan påbörjas utgår det ett vite på 7 %. När nästa förseningsvecka påbörjas utgår totalt 14 %. Men sen då? Taket är satt till 20 % och förseningsveckan därpå skulle innebära att vitet är uppe på 21 %. En annan oklarhet är huruvida vitet är den enda ersättningen som kan utgå vid dröjsmål eller om ytterligare kan tillkomma. Köparen ska ju ersätta myndigheten för direkta och skäligen kostnader. De skäligen kostnaderna är tydligen identiska med vitet, men vad betyder ordet direkta? Ska ordalydelsen förstås så att om vitet inte täcker de direkta skadorna, så har myndigheten förbehållit sig rätten till skadestånd i enlighet med 27 § köplagen som just täcker direkta skador?

Att bygga in den här typen av oklarheter i en avtalsklausul riskerar att leda till att myndigheten inte kompenseras för liden skada, och inte heller utgör det ett effektivt påtryckningsmedel mot trilskande leverantörer, då oklarhet råder vad klausulen stadgar. Dessutom är det uppenbart att oklara vitesklausuler snarare leder till fler konflikter än att de på ett snabbt och effektivt sätt avvecklar dem. För att vitesklausulen ska vara en effektivt remedium mot olika former av vilseledande från leverantörens sida måste den vara klart och tydligt formulerad.

5.3 Avtalsvillkor med processuell innebörd

Det är i allmänhet en god idé att tänka i processuella termer vid kontraktskrivande, allt i syfte att uppnå en ordentlig uppförsbacke för motparten om tvisten hamnar inför domstol. På så sätt ökar incitamenten för en leverantör att leverera i enlighet med vad som avtalats. Det ovan nämnda dröjsmålsvitet skapar en förmånlig processuell sits för den part till vars förmån klausulen är konstruerad. Köplagen - för att nämna en i sammanhanget inte helt oväsentlig lag - är som bekant en dispositiv lagstiftningsprodukt och kan ersättas med en mer förmånlig reglering. Civilrättsliga avtal får på så sätt processuella implikationer då det vore en felaktig rättstillämpning om domstolen utdömde skadestånd vid parts yrkade därom, trots att parterna avtalat bort rätten till skadestånd.

Det är däremot en komplicerad fråga i vad mån parterna kan ingå processuella avtal och på så sätt styra domstolsprocessen eller binda

domstolen i något hänseende. Ett exempel på en processuell överenskommelse som bör nämnas, av skäl som kommer uppenbara sig, är att parterna i det skriftliga kontraktet skriver in att tvisten ska lösas med en specifik rättsregel eller partsregel. Det ska dock framhållas att en del processuella överenskommelser kan ingås med stöd av lag, och dess giltighet är naturligtvis helt okontroversiell.¹⁰³ Först bör dock något sägas om processuella avtal i allmänhet.

En första fråga att ta ställning till är om det överhuvudtaget finns ett förbud mot processuella avtal. Det råder ingen tvekan om att processuella avtal, i varje fall tidigare, har ansetts ogiltiga. Stöd för en sådan uppfattning återfinns i förarbetet till rättegångsbalken och principen har också upprätthållits av domstolarna.¹⁰⁴ Möjligen kan viss tvekan om principens status i svensk rätt ha uppstått med NJA 1994 s. 712 I-III i och med att Högsta domstolen inte bemödade sig med att ta ställning till den tvistiga klausulens processuella innebörd.¹⁰⁵ Westberg påpekar att man naturligtvis kan se målen som ett bevis på att principen numera är övergiven och rättsläget har förändrats, men i så fall har domstolen inte iakttagit reglerna om plenum¹⁰⁶. Det kan också vara så enkelt att domstolen begått ett misstag.¹⁰⁷ En annan möjlighet är att domstolen helt enkelt betraktade klausulen som ett civilrättsligt avtalsvillkor, och därmed inte hade anledning av överhuvudtaget beröra frågan.¹⁰⁸ Det är nämligen inte hugget i sten, från tid till annan, vad som konstituerar ett processuellt avtalsvillkor. Möjligheten att numera avtala om vilken part som ska ha bevisbördan är ett tydligt exempel på detta, och en sådan överenskommelse betraktas numera inte som en processuell överenskommelse utan som en civilrättslig. Avtal i bevisbördehänseende anses acceptabla under förutsättning att bevisbördan ansluter till en dispositiv civilrättslig regel. I den mån bevisbördan ansluter till en indispositiv civilrättslig regel är det också möjligt att avtala om bevisbördan, under förutsättning att så sker efter att tvist uppstått. Om den civilrättsliga regeln är indispositiv, och det inte ens är möjligt för parterna att förlikas, går det däremot inte att avtala om bevisbördan överhuvudtaget.¹⁰⁹ Med tanke på förarbetsuttalandet, tidigare rättsfall, den oklara innebörden av NJA 1994 s. 712 I-III och därtill uttalanden i doktrinen (se nedan), får nog principen om att processuella avtal är ogiltiga alltså anses vara vid god vigör.¹¹⁰

¹⁰³ Här kan nämnas överenskommelser om editions- och exhibitionsplikt som kommer att kommenteras i nästa avsnitt.

¹⁰⁴ NJA 1958 s. 654 och NJA 1971 s. 453. Westberg hänvisar till förarbetsuttalandet NJA 1943 II s. 611 (Lagrådet), se Westberg, *Festskrift till Hans Ragnemalm*, sid. 355.

¹⁰⁵ Det rörde sig i målet om en ren självdoms klausul. I två av målen (I och II) gav klausulen försäkringsbolaget den ensidiga rätten att få bestämma om ett visst sakförhållande rådde, vilket i sin tur avgjorde huruvida försäkringsfall förelåg. I ett mål (III) gav klausulen försäkringsbolaget rätten att få avgöra om tillräcklig bevisning hade förebringats för att försäkringsfall skulle anses vara för handen.

¹⁰⁶ 3 kap. 6 § rättegångsbalken.

¹⁰⁷ Westberg, *Festskrift till Hans Ragnemalm*, sid. 355.

¹⁰⁸ Westberg, *Festskrift till Hans Ragnemalm*, sid. 357-358.

¹⁰⁹ Westberg, *Festskrift till Per Henrik Lindblom*, sid. 744.

¹¹⁰ En helt annan fråga, och som förbigås i arbetet, är om det ogiltiga processuella avtalet ändå kan ge upphov till civilrättsliga förpliktelser, och i så fall vilka.

En annan fråga är hur processuella avtal skiljer sig från fullt giltiga civilrättsliga sådana, speciellt mot bakgrund av att civilrättsliga avtalsvillkor med lätthet kan omformuleras och kläs i en processrättslig kläddräkt, och givetvis vice versa. Westbergs lösning på denna problematik är att om den bakomliggande civilrättsliga regleringen kan avtalas bort finns det ingen anledning att klassificera avtalsvillkoret så som varandes processrättsligt (och därmed ogiltig), även om ordalydelsen indikerar detta. Ett avtalsvillkor kan t ex stadga att säljaren ges den exklusiva rätten att bestämma om köparen ska få häva. Avtalsvillkoret är processuellt i den bemärkelsen att säljaren har satt sig i domstols ställe och äger att få bestämma vad som ska gälla mellan parterna. I realiteten betyder emellertid avtalsvillkoret att köparen avtalat bort sin hävningsrätt, och om köparen kan göra detta måste det också vara acceptabelt att låta säljaren få bestämma om köparen ska få häva. Köparen försätts knappast i ett sämre läge.¹¹¹

I samtliga studerade kontrakt återfinns en klausul försedd med rubriken "Tolkningsföreträde". Viss skillnad återfinns i formuleringarna, men i relevanta delar är klausulerna identiska och nedan återges den som användes i ett kontrakt som avsåg tryckning av böcker.¹¹²

Avtalshandlingarna kompletterar varandra. Om avtalshandlingarna skulle visa sig vara

motsägelsefulla i något avseende gäller de, om inte omständigheterna uppenbarligen

föranleder till annan, sinsemellan i följande ordning

- 1. Skriftliga ändringar och tillägg till detta avtal*
- 2. Detta avtal inklusive bilagor*
- 3. Eventuella skriftliga förtydliganden till förfrågningsunderlaget med bilagor*
- 4. Förfrågningsunderlaget med bilagor*
- 5. Eventuella skriftliga förtydliganden till leverantörens anbud i tidsordning*
- 6. Leverantörens anbud*
- 7. ALG 10*

Syftet med klausulen torde dels vara att klart och tydligt ange vad som avtalats mellan parterna, och dels komma runt problematiken med vissa ramavtals bristande civilrättsliga verkan genom att inkorporera även vad som har försiggått vid själva upphandlingen i avtalet.¹¹³ På så sätt skulle klausulen kunna vara ett remedium mot ett eventuellt vilseledande från leverantörens sida. Klausulen har vissa likheter med en så kallad integrationsklausul. En sådan har just till syfte att fixera avtalsinnehållet genom att slå fast att endast det som återfinns i det skriftliga kontraktet är

¹¹¹ Westberg, *Festskrift till Hans Ragnemalm*, sid 358-359. Även Heuman tycks dela denna uppfattning, se Heuman, *Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?*, sid. 342.

¹¹² 11/34 (tryckning av böcker). Hänvisning kan inte ske till numrerad klausul då numrering saknas i kontraktet.

¹¹³ Ramavtalet som sådant tycks ju uppstå formlöst och som en ren konsekvens av en ramavtalsupphandling, jfr 2 kap. 15 § med 2 kap. 10 § LOU.

det som avtalats mellan parterna. Tanken med integrationsklausulen är även att förta verkan av eventuella avtalspreliminärer.¹¹⁴ Om integrationsklausulen hade tänkts som ett förbud för part att föra bevisning om att annat avtalats än vad som framgår av det skriftliga kontraktet, eller t o m avsett att ålägga domstolen en skyldighet att avvisa sådan bevisning, hade det tveklöst varit frågan om en processuell överenskommelse som kommit i konflikt med vissa grundläggande processuella regler som parterna inte disponerar över enligt svensk rätt, nämligen principerna om parts fria bevisföring och domstols fria bevisvärdering. En sådan verkan har dock inte integrationsklausulen. Däremot anses förekomsten av en integrationsklausul i ett kontrakt skapa en presumtion för att det föreligger identitet mellan avtalet och (det skriftliga) kontraktet - i varje fall anser AD det.¹¹⁵ Den nyss redovisade klausulen från Lunds kommun är emellertid inte formulerad som en vanlig integrationsklausul, utan snarare synes det vara en överenskommelse beträffande rättstillämpningen och kommer därför i konflikt med den viktiga principen om *jura novit curia*. Klausulen anger ju den metod eller tillvägagångssätt som domstolen ska tillämpa för att lösa konflikten, d v s komma fram till vad som avtalats mellan parterna.¹¹⁶

Det råder - i varje fall om man får tro Heuman - en enighet i doktrinen att parterna som huvudregel inte kan ingå avtal i rena rättstillämpningsfrågor då dispositionsprincipen inte sträcker sig så långt.¹¹⁷ Det ska poängteras att även en ren integrationsklausul är problematisk i detta hänseende då domstolen kan behöva fylla ut eller tolka avtalets innehåll med hjälp av dispositiv rätt. Vid frånvaron av en integrationsklausul kan avtalsutfyllnaden motiveras mot bakgrund av en mer eller mindre framkonstruerad partsvilja att vissa frågor lämnats obesvarad i avtalet och att domstolen ska fylla i luckorna med dispositiv rätt. Vid förekomsten av en integrationsklausul kan utfyllnaden knappast motiveras på en sådan grund. Det har framgått av avsnittet att problematiken med processuella avtal inte låter sig lösas med begreppsjurisprudens och där avtalsvillkorets giltighet är avhängigt av blott en klassificering. Frågan är därför huruvida en domstol kommer att betrakta klausulen som ett försök till en fullt giltig integrationsklausul och som därmed ska tillerkännas bevisverkan beträffande vad som presumeras ha avtalats mellan parterna, eller om klausulen ses som ett försök till att styra domstolen i rena rättstillämpningsfrågor med ogiltighet som följd. Med beaktande av Westbergs lösning för att särskilja processuella avtal från fullt giltiga civilrättsliga sådana, kommer förmodligen klausulen tolkas som en integrationsklausul sprungen ur parternas avtalsfrihet. Den kan dock endast ges presumtionsverkan för att inte komma i konflikt med parternas fria bevisföring.

¹¹⁴ Ramberg & Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, sid. 160-161.

¹¹⁵ AD 2007 nr 86.

¹¹⁶ Det är domstolens uppgift att veta vilka rättsregler som är tillämpliga på tvisten samt hur dessa rättsregler ska förstås, se Westberg, *Civilrättskipning*, sid. 156. Principen följer av 35 kap. 2 § rättegångsbalken.

¹¹⁷ Heuman, *Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?*, sid. 341. I artikeln för även Heuman ett *de lege ferenda*-resonemang om möjligheterna till avsteg från denna huvudprincip.

Avslutningsvis ska det framhållas att en integrationsklausul normalt sett också stadgar att eventuella ändringar i kontraktet ska ske skriftligen. I samtliga studerade kontrakt från Lunds kommun återfinns en klausul som uttalar just detta, dock inte formulerad i den nyss redovisade klausulen med rubriken "Tolkningsföreträdare".¹¹⁸ En sådan klausul är ett utmärkt kontrollinstrument då det gör det svårt för leverantören att göra gällande en muntlig överenskommelse som avviker från kontraktet, helt i enlighet med vad som sagts om integrationsklausulens presumtionsverkan. För tydlighets skull borde det av klausulen också framgå vem eller vilken nivå hos myndigheten som äger att föranstalta om sådana avtalsförändringar för att på så sätt eliminera risken att den som är satt att administrera avtalet av leverantören uppfattas ha behörighet att godkänna sådana skriftliga förändringar. Olika former av avtalsuppföljning är också ett av råden som Lundvall & Pedersen ger för att komma till rätt med osund strategisk anbudsgivning.¹¹⁹

5.4 Editions- och exhibitionsplikt

På temat både avtalsuppföljning och processuella avtal kan möjligheten att ingå överenskommelser om editions- (företeende av skriftlig handling) eller exhibitionsplikt (syn av föremål) nämnas. Ett sådant avtalsvillkor kan med fördel kopplas till en vitesklausul eller att brott mot informationsplikten leder till uppsägning av kontraktet. Klausulen gör det onekligen lättare för en myndighet att under ett ramavtals löptid kontrollera att leverantören uppfyller de åtaganden som avtalet stadgar eller i annat hänseende följa upp avtalet.

En klausul som stadgar editions- eller exhibitionsplikt ges också processuella implikationer om tvisten skulle hamna i domstol och myndigheten framställer ett yrkande om att t ex en viss handling ska lämnas ut, vilket försätter myndigheten i förmånlig processuell sits.¹²⁰ För att domstolen skall tillmäta klausulen någon betydelse är det viktigt att det noga anges under vilka förutsättningar som klausulen gäller så att handlingen eller föremålet klart och tydligt kan identifieras och på vilket sätt i övrigt informationen ska tillhandahållas. En allmänt hållen formulering om leverantörens informationsplikt är till intet värde.¹²¹

En sådan överenskommelse om editionsplikt har intagits i två av de studerade kontrakten, med avseende på statistikuppgifter för gjorda avrop från ramavtalen.¹²² Till klausulen är det även kopplat ett vite som utgår vid bristande uppfyllelse av informationsplikten.¹²³

¹¹⁸ Se t ex klausul 1.19 i KS2014/0296 (traktorer).

¹¹⁹ Lundvall & Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, sid. 71-73.

¹²⁰ 38 kap. 3 § (editionsplikt) och 39 kap. 5 § (exhibitionsplikt) rättegångsbalken.

¹²¹ Westberg, *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*, sid. 200.

¹²² Klausul 1.28 i KS2012/0983 (trygghetstelefoner) och klausul 1.28 i KS2012/0017 (arbetskläder).

¹²³ Klausul 1.27 i KS2012/0983 (trygghetstelefoner) och klausul 1.30 i KS2012/0017 (arbetskläder).

5.5 Förlängningsklausuler

I fallet med ramavtal får dessa normalt sett löpa på maximalt fyra år.¹²⁴ Exakt vilken löptid som myndigheten anser vara lämplig i det enskilda fallet får avgöras mot bakgrund av dels den olägenhet det innebär med en allt för kort löptid (med ny ramavtalsupphandling som följd) samt den nytta en lång löptid medför, i relation till fördelen med att inte utnyttja den maximala tidsgränsen. Sjunkande produktpriser, nytt utbud och teknikutveckling är sådana faktorer som talar emot långa löptider. Att låta ramavtalet löpa på en kortare tid, men med möjlighet till förlängning, kan vara en lämplig lösning på ett sådant problem.

Två av de studerade kontrakten bygger på ramavtal och i båda har det tagits in en förlängningsklausul. I det ena fallet löper kontraktet på ett år, men med möjlighet till förlängning två gånger med ett år i taget.¹²⁵ I det andra fallet löper kontraktet på två år och med en möjlighet att förlänga en gång med ytterligare två år.¹²⁶ I båda fallen med iakttagande av oförändrade avtalsvillkor.

5.6 Terminering av kontrakt

Hävningsklausuler ansluter inte sällan till formuleringen i köplagen och förutsätter ett väsentligt avtalsbrott, även om avtalsfriheten naturligtvis gör det möjligt att avtala om hävning vid lindriga avtalsbrott. Det är dock inte säkert att myndigheters avtalsfrihet är lika vid som för icke-myndigheter med tanke på den bakomliggande upphandlingsrättsliga lagstiftningen, och där det skulle kunna hävdas att det vore oproportionerligt att hävning ska kunna ske även vid ringa kontraktsbrott. Vid kontraktets fullgörande har man egentligen lämnat upphandlingslagstiftningen men det är svårt att uppställa en sådan knivskarp gräns.¹²⁷ Även Rosén Andersson *et al.* anser att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU kan vara av intresse för innehållet i de kommersiella villkoren, men lägger i övrigt inte ut texten i denna fråga.¹²⁸ Däremot tycks inte införandet av ett betungande avtalsvillkor, och som inte nämnts i upphandlingsförfarandet, konstituera en så kallad väsentlig förändring när det är till nackdel för den prestationspliktige leverantören.¹²⁹ Det kan däremot hävdas att införandet av betungande villkor, och som inte nämnts i upphandlingsförfarandet, inte

¹²⁴ 5 kap. 3 § LOU.

¹²⁵ Klausulerna 1.3-1.5 i KS2012/0983 (trygghetstelefoner).

¹²⁶ Klausulerna 1.3-1.5 i KS2012/0017 (arbetskläder).

¹²⁷ Kammarrätten i Jönköping i målnummer 953-09, som gällde bland annat ett avtalsvite som myndigheten inte upprätthållit gentemot en leverantör.

¹²⁸ Rosén Andersson *et al.*, *Lagen om offentlig upphandling*, sid. 76.

¹²⁹ C-454/06 *Pressetext* punkt 37. Däremot skulle man kunna tänka sig att det är en väsentlig förändring om det införs betungande villkor i kontraktet och vetskapen om dessa vid upphandlingen hade inneburit att en leverantör hade funnit det intressant att lämna anbud. Det går naturligtvis att tänka sig att vissa leverantörer har "nischat" in sig på svåra förhållanden/villkor (se punkten 35 i *Pressetext*).

lever upp till kravet på transparens, fast då är vi ånyo tillbaka vid de grundläggande principerna.

Begreppsmässigt är det lämpligt att hävningen hålls isär från uppsägningen, och i fråga om detta senare begrepp kan det antingen röra sig om förtida uppsägning eller bara uppsägning. Hävning innebär att prestationerna - om så kan ske - ska återgå. Om prestationerna inte ännu utväxlats ska de inhiberas. Även vid förtida uppsägning sker en inhibering av prestationerna, men återgång är inte aktuellt, i annat fall hade det inte funnits någon skillnad mellan hävning och förtida uppsägning. Både hävningen och den förtida uppsägningen är konsekvenser av ett kontraktsbrott, emedan terminering av kontrakt som inte föregåtts av ett kontraktsbrott vanligen benämns som uppsägning.¹³⁰

Samtliga kontrakt (med ett undantag¹³¹) innehåller termineringsklausuler som möjliggör hävning, förtida uppsägning (med omedelbar verkan) och uppsägning. Eftersom uppsägning normalt sett inte innefattar ett kontraktsbrott, och en sådan uppsägning inte gärna kan komma ifråga för kontrakt som ingåtts vid offentlig upphandling, har begreppet fått modifieras så att även detta innefattar kontraktsbrott. Klausulerna är identiskt formulerade så när som på uppsägningstiden som varierar.

Uppsägning, enligt kontraktens ordalydelse, kan komma ifråga om endera parten i väsentlig omfattning åsidosätter sina förpliktelser enligt avtalet och inte inom rimlig tid vidtagit rättelse. Kontraktet termineras vid uppsägningstidens utgång och som variera mellan 2-6 månader.¹³² Vid den händelse att leverantören inte visar sig uppfylla angivna krav och åtaganden på sitt genomförande av uppdraget och dessa brister ej åtgärdas på ett godtagbart sätt kan avtalet sägas upp i förtid. Om bristerna är väsentliga kan avtalet sägas upp med omedelbar verkan.¹³³ Myndigheten ges dessutom rätten att få häva om leverantören ej fullgör villkoren i avtalet och detta kan anses konstituera ett väsentligt avtalsbrott, eller om leverantören i väsentligt hänseende brister i sina åligganden och rättelse ej sker utan dröjsmål.¹³⁴

5.7 Analys civilrättsliga remedier

Det kan möjligen te sig lockande att som myndighet försöka sig på att exempelvis redan i förfrågningsunderlaget till en ramavtalsupphandling med flera leverantörer (ramavtal av typ ii och iii) skriva in någon form av vitesklausul där leverantörer i och med deltagande i upphandlingen förpliktar sig att tillhandahålla tjänsterna till ett visst pris vid avrop eller att vid en förnyad konkurrensutsättning förplikta sig att delta med viss innebörd. Så tycks inte vara möjligt enligt propositionen då dessa

¹³⁰ Hellner *et al*, *Speciell avtalsrätt II*, sid. 181.

¹³¹ KS2014/0296 (traktorer).

¹³² Klausul 1.32 i KS2012/0017 (arbetskläder).

¹³³ Klausul 1.33 i KS2012/0017 (arbetskläder).

¹³⁴ Klausul 1.34 i KS2012/0017 (arbetskläder).

ramavtalsformer inte anses ge upphov till några kontraktuella förpliktelser. Detta synsätt kan förvisso kritiserars, och så har också skett i doktrinen, men i brist på vägledande rättsfall finns det inget annat val än att förhålla sig till propositionen. Det nyss sagda måste också innebära att ramavtal som inte ger upphov till några kontraktuella förpliktelser egentligen inte kan eller behöver termineras, då de avtalsrättsligt inte ens existerar. Myndigheten tycks därför vid dessa former av ramavtal kunna upphandla nya inom exakt samma upphandlingsområde vilket kan vara ett alternativ att tillgripa om ett vilseledande skett vid dessa ramavtalsupphandlingar. Upphandlingsrättsligt existerar dock dess ramavtal, varför myndigheten måste vara vaksam på att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU inte träds för när.

Däremot är avtalsviten ett effektivt påtryckningsmedel för att framtvunga olika prestationer när ett kontraktsförhållande väl föreligger, och givetvis är det lämpligt att det redan vid alla former av ramavtalsupphandling görs klart att avtalsviten kommer att tillämpas för att undvika att komma i konflikt med de grundläggande principerna, och då framförallt kravet på transparens. Det tycks däremot inte utgöra en väsentlig förändring om sådana "betungande" avtalsviten nämns först vid kontraktstillfället, åtminstone inte som huvudregel. Oavsett om avtalsviten endast skapar en presumtion för skada, och som leverantören tillåts bryta igenom, eller om kontraktsbrottet direkt utlöser viten, utgör avtalsviten ett effektivt påtryckningsmedel mot olika former av vilseledande. Det är i regel svårt att påvisa att skada inte uppstått, varför en sådan invändning i regel torde stanna vid blott ett påstående. Det är dock viktigt att tillse att leverantören inte tillåts att exculpera sig allt för lättvindigt.

Möjligheten att kunna avtala om bevisbörda, exhibitions- och editionsplikt och olika sorters avtalsviten skapar goda möjligheter för att tillse att leverantören lever upp till sina åtaganden. Den editionsplikt som stadgas i vissa av de av Lunds kommun ingångna kontrakten tycks dock inte ha ett sådant syfte, utan endast tillföra myndigheten information behövlig inför framtida upphandlingar. Emellertid kan en sådan editions- eller exhibitionsplikt utgöra ett effektivt remedium mot olika former av vilseledande då klausulen kan utformas så att leverantören utfäster sig att under kontraktets löptid ha ett visst specifikt utbud och/eller en viss minimikvantitet av en vara i lager, och där myndigheten ges möjlighet att kontrollera lagerstatusen, antingen genom syn på plats eller att leverantören i dokumentform tillställer myndigheten de relevanta uppgifterna. En sådan klausul kan tänkas vara lämplig om varan är av ett sådant slag att det är essentiellt för myndigheten att säkerställa att varan ständigt är tillgänglig för avrop. Lagerhållning är inte sällan dyrt varför myndigheten kan räkna med att kostnaden skickas vidare, men emellanåt kan det säkert vara motiverat med en sådan klausul.

Det finns onekligen ett samband mellan avtalsviten, editions- och exhibitionsplikt och möjligheter att avtala om bevisbörda i och med att om frågan har lösts på ett sätt så onödiggörs inte sällan att frågan även löses på ett annat, även om kombinationer emellanåt kan behövas. En klausul som

stadgar en editionsplikt innebär ju att motparten ska erhålla information som kan komma att påvisa ett kontraktsbrott varför det ter sig onödigt att dessutom reglera eventuella tvister sprungna ur just det som editionsplikten avser att belysa med en bevisbördeöverenskommelse. Däremot är det lämpligt att kombinera editionsplikten med en vitesbestämmelse för att sätta press på leverantören att tillhandahålla informationen. En vitesklausul uppfattas också som en reglering av bevisbördan varför detta inte ens behöver framgå av klausulen, men inget hindrar att tillämpningsområdet för vitesklausulen inskränks med en bevisbördeöverenskommelse. Så har också skett beträffande Lunds kommuns dröjsmålsvite då leverantören undslipper vitet om denna kan påvisa att dröjsmålet inte berott på fel eller försummelse som kan hänföras till leverantören. Ändamålet får helt enkelt vara styrande för valet av instrument och dess närmare utformning.

Det behöver naturligtvis inte vara så att leverantören har en avsikt att vilseleda myndigheten, utan konflikten kan naturligtvis även bero på att olika tolkningar görs av vad som överenskommit. Oavsett vilket kan det vara lämpligt att i avtalet infoga en integrationsklausul för att klarlägga vad som avtalats. Den klausul som Lunds kommun betecknar som tolkningsföreträde väcker dock en del processuella betänkligheter då det inte är en ren integrationsklausul, utan egentligen anger den (rättstillämpnings)metod som parterna tänker sig att domstolen ska tillämpa på konflikten. Eftersom syftet med klausulen ändå tycks vara att den ska utgöra någon form av integrationsklausul borde den omformuleras för att undvika risken att klausulen fränkämt verkan av en väl formalistisk domare. Dessutom har en integrationsklausul till syfte att klarlägga vad som överenskommit och det kan ju verkligen ifrågasättas om Lunds kommuns klausul på ett enkelt sätt klarlägger vad som har avtalats när klausulen hänvisar till en uppsjö olika dokument, förvisso med en angiven hierarkisk ordning. Oklara klausuler är inget effektivt remedium mot leverantörers vilseledande.

Det absolut enklaste sättet att tillse att leverantören sköter sig är att begagna sig av förlängningsklausuler. Denna möjlighet står dock endast öppen vid ramavtal. Förlängningsklausulen skapar incitament för leverantören att inte bara prestera i enlighet med vad som avtalats, utan överlag upprätthålla goda relationer med myndigheten. Den leverantör som exempelvis inte håller sig med ett tillräckligt stort lager och därför har svårt att hålla överenskomna leveranstider exponerar sig därför för risken att inte få sitt avtal förlängt. Förlängningsklausulen utgör därför ett effektivt påtryckningsmedel och myndigheter bör med fördel begagna sig av sådana.

Det yttersta påtryckningsmedlet för att tillse att leverantören håller vad som utlovats, är dock hotet om att avtalet kan komma att sägas upp och inte sällan regleras detta i en hävningsklausul. Myndigheter har att förhålla sig till både kontraktsleverantörens intresse av transparens och proportionalitet, vilket kan bli problematiskt om en klausulen ger upphov till hävningsrätt även vid helt oväsentliga avtalsbrott, och det intresse som företräds av andra leverantörer på marknaden. Kontraktsleverantören kan exempelvis ha

vilselett myndigheten beträffande ett skall-krav som det senare visar sig att leverantören inte lever upp till. Vid en sådan bristande efterlevnad av ett skall-krav åligger det myndigheten en skyldighet att reagera för att inte otillbörligt gynna kontraktssleverantören på andra leverantörers bekostnad, och på så sätt komma i konflikt med kravet på likabehandling. Ytterst - om rättelse inte sker av leverantören - måste därför myndigheten även kunna ta sig ur avtal vid dylika överträdelser.

Vad som nu har sagts utgör därför skäl att reglera saken i flera olika klausuler - allt beroende på vad saken gäller. Så har också skett i alla kontrakt som Lunds kommun ingått, utom ett där frågan är oreglerad. Beträffande detta senare avtal får myndigheten, exempelvis i fallet med bristande efterlevnad av ett skall-krav, sätta sitt hopp till hävning enligt allmänna kontraktsrättsliga principer, vilket kan vara vanskligt då det inte är säkert att det anses utgöra ett väsentligt kontraktsbrott, eller att försöka få avtalet ogiltigförklarat enligt 33 § avtalslagen (36 § avtalslagen är inte tillämplig då det inte rör sig om ett oskäligt avtalsvillkor) eller enligt den så kallade förutsättningsläran.

Hävningsklausulen i de av Lunds kommun ingångna kontrakten är traditionellt formulerad med ett krav på ett väsentligt avtalsbrott. Väsentlighetskravet återfinns även beträffande uppsägningsklausulen, fast där talas det inte om avtalsbrott utan om att endera parten åsidosätter sina förpliktelser enligt avtalet. Det tycks ändå som om både hävnings- och uppsägningsklausulen är tänkt att tillgripas mot mer traditionella avtalsbrott, och där förekomsten av inte enbart en traditionell hävningsklausul skapar manöverutrymme för myndigheten så att de grundläggande principerna i förhållande till kontraktssleverantören inte träds för när. På så sätt kan myndigheten vidta proportionerliga åtgärder vid kontraktssleverantörens avtalsbrott. Däremot finns det inte - som utgångspunkt - ett krav på väsentlighet vid förtida uppsägning av kontraktet. Klausulen torde därför vara inriktad just mot exempelvis överträdelser av ett skall-krav, och det vore att åsidosätta likabehandlingsprincipen om överträdelser skulle innefatta ett väsentlighetskrav. Även här slår dock proportionalitetsprincipen igenom då överträdelserna kan vara av varierande svårighetsgrad, varför kontraktssleverantören medges möjlighet till rättelse. Vid alltför flagranta överträdelser är dock omedelbar uppsägning möjlig - helt i linje med likabehandlingsprincipen. Det tycks således röra sig om ett välavvägt sanktionssystem med beaktande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

6 Avslutande diskussion

Det här arbetet har haft som ambition att sätta fokus på ett upphandlingsrättsligt problem, nämligen att en myndighet emellanåt blir uppsåtligt vilseledd av en leverantör vid den offentliga upphandling, vilket gör att leverantören tilldelas antingen ett upphandlingskontrakt eller ett ramavtal på felaktig grund. Vilseledandet leder inte sällan till negativa ekonomiska konsekvenser för både myndigheten och andra leverantörer på marknaden. Uppsatsen har därför varit inriktad på att undersöka förekomsten av eventuella remedier som myndigheten kan tillgripa för att motverka ett dylikt vilseledande samt att analysera huruvida dessa remedier är verkningsfulla.

Den avslutande diskussionen kan med fördel föras mot bakgrund av de frågeställningar som ställdes upp i arbetets inledningskapitel:

Är ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling ett bedrägeri eller ett oredligt förfarande?

Det kan konkluderas att det är svårt, i varje fall i dagsläget, att angripa vilseledandet på straffrättslig väg i och med att bevisbördereglering vid onormalt låga anbud påverkar tillämpningen för straffstadgandet om oredligt förfarande. Om myndigheten är medveten om vilseledandet, men trots detta tecknar avtal med leverantören på grund av bristen på handlingsalternativ i spåren av bevisbördan för anbudets seriositet, går det knappast att påstå att myndigheten blivit vilseledd. Det är ju inte vilseledandet som gör att myndigheten vidtar dispositionen utan just bristen på handlingsalternativ, då myndigheten hade förkastat anbudet om det varit i myndighetens makt att göra så. Även i de fall då det är mer berättigat att tala om att anbudet faktiskt varit vilseledande är det bekymmersamt om agerandet skulle kunna angripas straffrättsligt då myndigheter förmodligen har accepterat sin beskurna handlingsfrihet och därmed inte haft anledning till att fundera över anbudets eventuella handlingsdirigerande betydelse, varför det skulle ske en ren utvidgning av det kriminaliserade området helt på basis av hur det upphandlingsrättsliga regelverket har tolkats av domstolarna. Mot bakgrund av den normgivningsmakt som tillkommer riksdagen på det straffrättsliga området talar övervägande skäl för att det i dagsläget inte kan vara möjligt att angripa ett dylikt vilseledande med straffrättsliga remedier. Om bevisbördan däremot ändras så att leverantörerna har bevisbördan för anbudets seriositet, erhåller också myndigheten handlingsalternativ, varför denna problematik skulle försvinna. En annan sak är att det i realiteten torde vara ett remedium med begränsad betydelse, inte minst mot bakgrund av problematiken att bevisa uppsåt. Däremot kan det med säkerhet slåss fast att vilseledandet inte är ett bedrägeri, då det under alla omständigheter inte sker någon förmögensöverföring.

Strider ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling mot marknadsföringslagen?

Ett vilseledande av myndigheten torde regelmässigt strida mot marknadsföringslagen, men lagen erbjuder inga effektiva remedier. Icke desto mindre har det ansetts motiverat att undersöka denna fråga, och även den straffrättsliga, mot bakgrund av Lundvall & Pedersens påstående om att det agerande som de benämner som osund strategisk anbudsgivning, och som i detta arbete identifierats med någon form av vilseledande, inte innebär någon lagöverträdelse. Detta påstående kan beträffande marknadsföringslagen vederläggas, och så kan också ske beträffande brottet oredligt förfarande i den mån bevisbördan för anbudets seriositet ändras. Även om varken brottsbalken eller marknadsföringslagen erbjuder några effektiva remedier, så torde ett sådant konstaterande i sig kunna utgöra ett remedium då leverantörer förmodligen drar sig för att vilseleda myndigheten om det står klart att agerandet ingalunda endast är en affärsetiskt överträdelse utan en klar lagöverträdelse.

Erbjuder lagen om offentlig upphandling något remedium mot ett uppsåtligt vilseledande av myndigheten vid offentlig upphandling?

Bestämmelsen om onormalt låga anbud är ett potentiellt sett kraftfullt remedium mot olika former av vilseledande, men detta förutsätter en förändrad bevisbörda beträffande anbudets seriositet så att denna förläggs på leverantören. Det är av uppenbara skäl i princip omöjligt för en myndighet att bevisa att ett anbud är seriöst, varför övervägande skäl talar för en förändrad bevisbörda, speciellt mot bakgrund av att (seriösa) leverantörerna egentligen inte försätts i en sämre sits om de åläggs en dylik bevisbörda. Om leverantören motiverar sitt nollbud med ett blankt påstående om att denna exempelvis önskar slå sig in på en ny marknad måste ett sådant påstående i princip accepteras av myndigheten. Däremot är det i allra högsta grad rimligt att leverantören åläggs en skyldighet att presentera någon form av bevisning när ett lågt anbud motiveras av andra skäl som med lätthet kan bevisas av leverantören. I arbetet har det också påpekats att upphandlingsdirektivet inte kräver någon fördelningsnyckel vid ramavtal med flera leverantörer och med samtliga villkor angivna. Det har däremot inte undersökts om det endast är Sverige som infört ett sådant krav; en fråga som möjligen framtida uppsatsskrivare får anledning att undersöka. Under alla omständigheter borde saken undersökas närmare då en del problem med olika former av vilseledande vid ramavtal därmed torde försvinna samt att det kan ifrågasättas om det är rimligt att svenska myndigheter ska lyda under striktare upphandlingsregler än myndigheter i andra länder, speciellt när regleringen inbjuder till problem. Vissa möjligheter att motverka vilseledande erbjuder dock regleringen av ramavtal som kräver en förnyad konkurrensutsättning.

Hur kan en myndighet på kontraktuell väg motverka ett uppsåtligt vilseledande?

Olika kontraktuella lösningar torde vara det mest effektiva remedium som finns för att motverka vilseledande. Lunds kommuns termineringsklausuler är både välbalanserade och ändamålsenliga. Det är också en god idé att begagna sig av både vitesklausuler och integrationsklausuler. De senare för att fixera avtalsinnehållet så att klarhet råder över vad som avtalat, även om Lunds kommuns integrationsklausul lämnar en del i övrigt att önska. Vitesklausuler är oöverträffade när det gäller att sätta press på leverantörerna att leva upp till gjorda utfästelser. Det stora bekymret med kontraktuella lösningar synes dock vara den ojämna kvaliteten som kan bli följden då medarbetare med bristande juridiska kunskaper inom myndigheterna tillåts ändra i avtalsvillkoren. Å andra sidan måste naturligtvis myndigheten i detta hänseende ställa marginalnyttan mot marginalkostnaden, då det vore orimligt att lägga ner resurser på juridisk expertis om den extra administrativa kostnaden inte kan räknas hem i något hänseende. Avtalsuppföljning och kontroll i olika former, helt i enlighet med Lundvall & Pedersens rekommendation, torde borga för att problemet med vilseledande torde kunna göras mindre.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur:

Böcker:

Adlercreutz, Axel och Gorton, Lars. 2011. *Avtalsrätt I*. 13. uppl. Lund: Juristförlaget i Lund

Asp, Petter, Ulväng, Magnus och Jareborg, Nils. 2013. *Kriminalrättens grunder*. 2. uppl. Uppsala: Iustus Förlag AB

Dahlman, Christian. 2010. *Rätt och rättfärdigande - En tematisk introduktion i allmän rättslära*. 2. uppl. Lund: Studentlitteratur

Falk, Jan-Erik. 2011. *Lag om offentlig upphandling - En kommentar*. 2. uppl. Stockholm: Jure Förlag AB

Gorton, Lars och Samuelsson, Per. 2005. *Kontraktuella viten*. Dahlman, Christian (red.). *Studier i rättsekonomi - Festskrift till Ingemar Ståhl*. Sid. 75-106. Lund: Studentlitteratur

Hellner, Jan, Hager, Richard och Persson, H., Annina. 2011. *Speciell avtalsrätt II. 2 Häftet. Allmänna ämnen*. 5. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Holmqvist, Lena, Leijonhufvud, Madeleine, Träskman, Per Ole och Wennberg, Suzanne. 2013. *Brottsbalken - En kommentar del I*. Studentutgåva 7. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Håstad, Torgny. 2009. *Köprätt - och annan kontaktsrätt*. 6. uppl. Uppsala: Iustus Förlag AB

Jareborg, Nils och Friberg, Sandra. 2010. *Brotten mot person och förmögensbrotten*. Uppsala: Iustus Förlag AB

Kleineman, Jan. 2013. *Rättsdogmatisk metod*. Korling, Fredric och Zamboni, Mauro (red.). *Juridisk metodlära*. Sid. 21-45. Lund: Studentlitteratur

Levin, Marianne. 2014. *Marknadsföringslagen - En kommentar*. Stockholm: Karnov Group Sweden AB

Olsen, Lena. 1993. *Ersättningsklausuler*. Stockholm: Nerenius & Santérus Förlag AB

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina. 2014. *Allmän avtalsrätt*. 9. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik och Svensson, Natalie. 2013. *Lagen om offentlig upphandling - En kommentar*. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Sandgren, Claes. 2009. *Vad är rättsvetenskap?* Stockholm: Jure förlag AB

Westberg, Peter. 2004. *Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål*. Andersson, Torbjörn och Lindell, Bengt (red.). *Festskrift till Per Henrik Lindblom*. Uppsala: Iustus Förlag AB

Westberg, Peter. 2005. *Från statlig till privat rättskipning - Reflektioner över frågan om avsägelse av rätten till domstolsprövning*. Eliason, Marianne, Regner, Göran och Vogel, Hans-Henrich (red.) *Festskrift till Hans Ragnemalm*. Lund: Juristförlaget i Lund

Westberg, Peter. 2010. *Anskaffning av bevisning i dispositiva tvistemål*. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Westberg, Peter. 2013. *Civilrättskipning*. 2. uppl. Stockholm: Norstedts Juridik AB

Tidningsartiklar:

Heuman, Lars. 2011/2012. *Kan parter träffa avtal om hur civilrättsliga och processuella regler skall tillämpas?* Juridisk Tidskrift Nr 2 2011/2012. Sid. 336-354

Forskningsrapporter:

Grönberg, Henrik, Johansson, Magnus, Lindgren, Sofia, Blume, Christian. 2013. *Osund konkurrens i offentlig upphandling - Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*. Konkurrensverkets rapportserie 2013:6. Konkurrensverket

Lundvall, Karl och Pedersen, Kristian. 2011. *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*. Uppdragforskningsrapport 2011:1. Konkurrensverket

Övrig litteratur:

ICC:s Regler för Reklam och Marknadskommunikation. 2011. Stockholm: ICC Sweden

Källor:

Förarbeten:

SOU 2014:51. *Nya regler om offentlig upphandling. Delbetänkande av Genomförandeutredningen*

Proposition 2007/08:115. *Ny marknadsföringslag*

Proposition 2006/07:128. *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områden vatten, energi, transporter och posttjänster*

Proposition 1994/95:123. *Ny marknadsföringslag*

Proposition 1975/76:34. Regeringen proposition med förslag till ny marknadsföringslag, m.m.

Kungl. Maj:ts proposition nr 57 1970. *Kungl. Maj:ts proposition till riksdagen med förslag till lag om otillbörlig marknadsföring, m.m*

EU-direktiv:

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2005/29/EG av den 11 maj 2005 om otillbörliga affärsmetoder som tillämpas av näringsidkare gentemot konsumenterna på den inre marknaden och om ändring av rådets direktiv 84/450/EEG och Europaparlamentets och rådets direktiv 97/7/EG, 98/27/EG och 2002/65/EG samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2006/2004 (direktiv om otillbörliga affärsmetoder)

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

Kontrakt ingångna av Lunds kommun:

Lunds kommuns kontrakt för traktorer, diarienummer KS2014/0296

Lunds kommuns kontrakt för biljettautomater, diarienummer 2012/0462

Lunds kommuns kontrakt för arbetskläder för personal, diarienummer KS2012/0017

Lunds kommuns kontrakt för trygghetstelefoner, diarienummer KS2012/0983

Lunds kommuns kontrakt för tryckning av bok, diarienummer 11/34

Övriga källor:

Konkurrensverkets yttrade till förvaltningsrätten i Göteborg (mål nr 13295-12, 13381-12, 13385-12 samt 13429-12). Dnr 83/2013

EU-kommissionens tolkningsmeddelande. *CC/2005/03_rev 1 av den 14 juli 2005*

ALOS 05. Allmänna bestämmelser för leverans av varor (utan montage) till offentlig sektor. Sveriges Kommuner och Landsting

Rättsfallsförteckning

Högsta domstolen:

Högsta domstolen målnummer PT B-5336-14

NJA 2010 s. 48

NJA 2010 s. 629

NJA 1994 s. 712 I-III

NJA 1992 s. 403

NJA 1971 s. 453

NJA 1958 s. 654

Högsta förvaltningsdomstolen:

Högsta förvaltningsdomstolen målnummer PT 6159-14, PT 6160-14, PT 6578-14 och PT 6579-14

RÅ 2010 ref. 97

Marknadsdomstolen:

MD 2011:11

MD 2011:13

MD 2009:33

MD 2000:11

MD 2000:7

MD 1994:21

Arbetsdomstolen:

AD 2007 nr 86

Kammarrätterna:

Kammarrätten i Sundsvall målnummer 2091-14

Kammarrätten i Jönköping målnummer 1165-1166-14

Kammarrätten i Göteborg målnummer 2598-2601-13

Kammarrätten i Göteborg målnummer 3356-09

Kammarrätten i Jönköping målnummer 953-09

Kammarrätten i Stockholm målnummer 235-07 och nr 236-07

EU-domstolen:

76/81 *Transporoute*

C-454/06 *Pressetext*

C-599/10 *SAG Slovensko*

