

Vad en upphandlande myndighet inte behöver göra



Författare: Jon Kihlman, advokat, jur. dr.

Förord

Få lagstiftningar får utstå så omfattande kritik som offentlig upphandling. Det finns både politiker och rättsvetenskapsmän som anser att lagarna om offentlig upphandling borde skrotas helt och hållet. Det många glömmer bort i debatten är att huvudsyftet med lagarna är att öppna upp den europeiska inre marknaden för handel och konkurrens. En ökad handel mellan medlemsstaterna inom EU genererar tillväxt och fler arbetstillfällen. Lagarna syftar också till att skydda leverantörerna mot de upphandlande myndigheternas godtycke, dvs. lagarna om offentlig upphandling ska förhindra korruption.

Varje år mäter Svenskt Näringsliv det lokala företagsklimatet och rankar kommunerna i hur företagsvänliga de är. En av frågorna som ställs är hur företagen uppfattar att kommunerna hanterar den offentliga upphandlingen. Svaren är nedslående, år efter år får den offentliga upphandlingen bottenbetyg. Klagomålen är många, men störst irritation hos företagen skapar ska-kraven, bristande dialog och luddiga förfrågningsunderlag som inte går att förstå eller räkna på. Ingen av dessa irritationsmoment måste finnas där enligt lagarna.

Ansvarig minister i regeringen har argumenterat för att Sverige i högre grad måste använda sig av de handlingsutrymme som EU-rätten ger medlemsstaterna och signalerat att förenklingar av lagarna måste göras inom områden som inte regleras av EU-direktiven.

Svenskt Näringsliv vill, med publiceringen av denna skrift, peka på att det inte är lagstiftningen det är fel på utan tillämpningen. Lagarna, dels nuvarande och dels kommande (som bygger på Genomförandeutredningens förslag) ger upphandlande myndigheter och enheter stora möjligheter att genomföra upphandlingarna på ett effektivt sätt som gynnar konkurrensen och som leder till den goda affären. Lagarna ger många gånger möjlighet till förhandling, trots detta förhandlas det sällan. Dialog och uppföljning, som är en förutsättning för den goda affären, lyser ofta med sin frånvaro. Sist men inte minst omfattande kvalificeringskrav och ska-krav leder till byråkrati och många överprövningar.

Om man istället funderar över vad lagarna faktiskt kräver av de upphandlande myndigheterna och enheterna inser man att förfrågningsunderlagen kan förenklas till förmån för både myndigheten själv och leverantörerna. Vi vill slå ett slag för civilrättens betydelse för upphandlingen och att lagen om offentlig upphandling inte är ett hinder för den goda affären. Vårt mål är att fler leverantörer ska vara intresserade av att lämna anbud i offentliga upphandlingar, detta skulle gynna offentliga sektorns ekonomi och kvalitetsutveckling.

Ellen Hausel Heldahl

Summering

Upphandlingslagstiftningen och goda offentliga affärer

Kritik riktas ofta mot upphandlingslagstiftningen. Den anses av många utgöra hinder mot att göra goda offentliga affärer. Kritiken bygger i allt väsentligt på missuppfattningar. Lagstiftningen om offentlig upphandling är i sig inget hinder mot att göra goda offentliga affärer. Den ger en upphandlande myndighet mycket stora möjligheter att utforma upphandlingar och i förlängningen därav sina avtal på det sätt som bäst svarar mot myndighetens behov. Upphandlingslagstiftningen är i sig helt harmlös.

Kvalificering av leverantörer

Upphandlande myndigheter behöver nästan aldrig kvalificera leverantörer. Det som idag är 11 kap. LOU – och som förmodligen kommer att bli 14 kap. och 15 kap. – behöver därför nästan aldrig tillämpas. Det urval som bestämmelserna syftar till att åstadkomma, görs bättre genom att upphandlande myndigheter ställer relevanta krav i vad som ska bli deras avtal med en vinnande leverantör och låter leverantörerna inför upphandlingen själva ta ställning till om de duger eller inte.

Att man i praktiken för det mesta kan bortse från bestämmelserna om leverantörskvalificering, innebär naturligtvis också att man slipper de juridiska problem – och de är många – som de orsakar.

Utvärdering av anbud

Upphandlande myndigheter måste veta vad de vill ha och uttrycka det i upphandlingen och i förlängningen därav i det avtal som den ska resultera i. Det är inget högt ställt krav. Upphandlande myndigheter måste också veta vilka övriga behov de har, dvs. vad som i det enskilda fallet är viktigt och vad som inte är det beträffande t.ex. leveranstid, kvalitet, funktion och miljö. Och de måste transformera sina sålunda gjorda bedömningar till avtalsvillkor, i första hand kravspecifikationen och påföljderna. Inte heller det är särskilt högt ställda krav, åtminstone inte i beaktande av att offentlig upphandling omsätter ganska mycket pengar.

Om väl de enkla kraven är uppfyllda, saknas det anledning att utvärdera något annat än priset. Nästan alla tilldelningsbeslut borde därför baseras uteslutande på pris. Om kravspecifikationen anger en ändamålsenlig kvalitet, vållar en sådan utvärdering inga kvalitativa problem.

Utvärderingar baserade på pris är i grunden helt transparenta. Det finns sällan något att klaga på, åtminstone inte i betydelsen att man kan hysa förhoppningar om att få gehör för klagomålen i en domstol. Att sträva efter att begränsa utvärderingen till att avse endast pris, är därför också att sträva efter att begränsa de juridiska problem som kan ligga till grund för en talan om överprövning.

Förenklningar och ökad konkurrens

Om en upphandlande myndighet inte kvalificerar leverantörerna, finns det ingen anledning för den att begära in uppgifter och dokumentation från dem. Den admini-

strativa börda som sådana krav medför för potentiella anbudsgivare, försvinner därmed om inga kvalificeringskrav ställs. Det sänker tröskeln – både såvitt avser kostnader som arbetsinsats – för att lämna anbud. Det ökar därmed den praktiska möjligheten för mindre – i många fall lokala – leverantörer att delta i offentliga upphandlingar.

Ändamålsenliga avtal

Avtal ska om möjligt alltid vara ändamålsenliga. Det ökar sannolikheten både för att de fungerar – så att det avtalade resultatet uppnås – och för att de inte blir onödigt kostsamma. Det är en självklarhet i alla sammanhang att den som upprättar avtal ska sträva efter maximal ändamålsenlighet.

I offentlig upphandling är ändamålsenliga avtal nyckeln till en rationellare upphandlingsprocess. Om de krav som idag ligger till grund för kvalificering och utvärdering kommer till uttryck i avtalet – eller vad som ska bli avtalet – behöver de inte också utgöra en del av den upphandlande myndighetens kvalificering av leverantörer eller utvärdering av anbud.

Oberoende av allt annat ska naturligtvis alla offentliga avtal vara ändamålsenliga och ge en korrekt bild av de behov som de ska tillgodose. Det gäller även om en upphandlande myndighet har kvalificerat leverantörerna och utvärderat både kvalitet, miljöaspekter och annat. Och eftersom avtalen ändå ska vara ändamålsenliga, saknas det skäl att inte också låta dem bidra till att förenkla och förbilliga själva upphandlingsprocessen.

Undantag

Ibland fungerar inte de föreslagna åtgärderna. Det gäller framför allt i situationer där det inte är möjligt – eller inte är ändamålsenligt – för en upphandlande myndighet att beskriva avtalsobjektet som ett resultat. Då fungerar avtalsrättsliga lösningar många gånger inte särskilt bra. I och för sig fungerar då inte heller det upphandlingsrättsliga regelverket särskilt bra, men eftersom det inte kan kompenseras genom en avtalslösning, får man göra det bästa av situationen. Det kan mycket väl vara att kvalificera leverantörerna, för att därigenom öka sannolikheten för att ett gott resultat kanske uppnås, trots att det inte är avtalsinnehåll.

Handlingsregler

Rapporten kan sammanfattas i några enkla handlingsregler:

- Köp inte om du inte vet vad du vill ha.
- Köp inte om du inte kan uttrycka vad du vill ha.
- Sträva efter att uttrycka avtalsobjektet som ett resultat.
- Tag ställning till och uttryck i avtalet vad som är viktigt och vad som inte är viktigt.
- Använd framför allt påföljderna vid avtalsbrott för att göra det viktigt för leverantören att tillgodose dina behov.
- Undvik att kvalificera leverantörer.
- Undvik att utvärdera annat än pris.
- Följ upp alla avtal.

Innehåll

Förord	1
Summering	2
Upphandlingslagstiftningen och goda offentliga affärer	2
Kvalificering av leverantörer	2
Utvärdering av anbud	2
Förenklingar och ökad konkurrens	2
Ändamålsenliga avtal	3
Undantag	3
Handlingsregler	3
1 Inledning	6
1.1 Vad man får göra och vad man bör göra	6
1.2 Offentlig upphandling och avtal	7
1.3 Kritik mot upphandlingslagstiftningen	7
1.4 Disposition	7
2 Några allmänna avtalsrättsliga frågor	9
2.1 Avtalsrätt och köprätt	9
2.2 Avtalets parter	9
2.3 Anbud och avtal	9
2.4 Avtalsbrott	9
2.5 Avtalsvillkors funktion	10
3 Objektsbeskrivningens betydelse	13
3.1 Felbedömningen	13
3.2 Resultatavtal och utförandeavtal	13
3.3 Mätbarhet	14
3.4 Funktion och specifikation	15
4 Påföljder vid avtalsbrott	17
4.1 Hävning av avtal	18
4.2 Skadestånd och vite	19
5 Allmänt om uteslutning, kvalificering och utvärdering	21
6 Utvärdering	23
6.1 Lägsta pris	23
6.2 Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet	24
6.3 Kvalitativa egenskaper och lägsta pris	24
6.4 Problem med utvärderingar	28
6.5 Korrekta beräkningar som förutsättning för utvärdering och avtalskonstruktion ..	30
6.6 Avtal och utvärdering	31

7	Kvalificering av leverantörer.....	32
7.1	Allmänt om kvalificering.....	32
7.2	Kvalificering och påföljder för avtalsbrott.....	33
7.3	Kvalificeringskrav.....	33
8	Förenkling och konkurrens	38

1 Inledning

Ingen tycks känna till exakt hur mycket offentlig upphandling i Sverige omsätter varje år. Så mycket står emellertid klart, att det är någonstans mellan en halv och en biljon kronor om året, vilket är en inte obetydlig del av vår BNP.¹ Det är helt enkelt ofantligt mycket pengar. Och det är våra – skattebetalarnas – pengar.

Av de offentliga upphandlingar som annonserades under år 2014 överprövades 1 403 stycken, motsvarade 7,6 procent av det totala antalet.² Kostnaderna för dessa överprövningar i form av onödig administration hos de upphandlande myndigheterna, handläggning i domstolarna, ombudskostnader för i vart fall den part som begär överprövning men många gånger även för myndigheten, och fördröjningar av objektet för upphandlingen torde uppgå till avsevärda belopp.

Sådana kostnader är emellertid sannolikt bara toppen av isberget. Under ytan ligger förmodligen avsevärt mycket högre *dolda kostnader* i form av effektivitetsförluster på grund av att offentliga upphandlingar inte genomförs på ett affärsmässigt optimalt sätt.

Effektivitetsförlusterna är av flera slag. Ett är att alla inblandade parter ägnar mycket tid åt formalia som egentligen är onödig. Ett annat är att koncentration på formalia flyttar fokus från affären och gör den sämre än vad den hade behövt vara. Ett tredje är att konkurrensen begränsas genom att potentiella anbudsgivare väljer att inte lämna anbud, eftersom det tar för mycket tid och kraft i anspråk i förhållande till den möjliga vinsten. Ett fjärde är att potentiella anbudsgivare utestängs från upphandlingar genom kvalificeringskrav, eller – som de benämns i direktiven – urvalskriterier, som inte svarar mot verkliga behov. Ett femte är att skillnader mellan vad som utvärderas och vad som sedan blir avtalsinnehåll skapar onödigt kostsamma avtal. Sådana skillnader ger därtill utrymme för s.k. taktisk prissättning eller nollanbud, vilket i sin tur leder till effektivitetsförluster.

1.1 Vad man får göra och vad man bör göra

I stort sett allt som skrivs och diskuteras om offentlig upphandling riktar fokus mot de mest närliggande juridiska frågeställningarna och mer än något annat den om vad en upphandlande myndighet *får* göra. Då riktas också fokus mot överprövningsärenden och domar i sådana. Och upphandlande myndigheter får göra väldigt mycket. Under år 2014 vann således upphandlande myndigheter tre av fyra mål om offentlig upphandling.³ Eftersom överprövning görs i bara knappt åtta procent av alla upphandlingar, innebär det att drygt 49 av 50 upphandlingar avslutas utan juridiska komplikationer.

¹ Enligt en nyligen genomförd undersökning omsatte offentlig upphandling 844 miljarder kr under år 2015, se <http://www.doublecheck.se/nyheter/den-offentliga-marknadens-varde-uppgar-nu-till-844-miljarder/>. Enligt Konkurrensverket något försiktigare beräkningar omfattade offentlig upphandling 625 miljarder kr under år 2012, se dess rapport 2015:9 s. 14, http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2015-9.pdf.

² Se Konkurrensverkets rapport 2015:9 s. 66 f.

³ Se Konkurrensverkets rapport 2015:9 s. 75 f., http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2015-9.pdf

Att man får göra något innebär emellertid inte att det är smart att göra det. Inom ramen för vad som är tillåtet har en upphandlande myndighet utrymme att välja mellan olika lösningar. En del av dem är mer eller mindre med nödvändighet bättre än alternativen: De skapar högre värde i förhållande till priset än vad alternativen gör. Det borde vara en självklarhet för varje upphandlare att sträva efter sådana lösningar.

Rapportens syfte är att stimulera till att utforma upphandlingar så att de skapar högre värden än vad de gör idag. Varje procents förbättring motsvarar någonstans mellan fem och tio miljarder kr.

1.2 Offentlig upphandling och avtal

Upphandlande myndigheter är i många fall betydligt mer kunniga om frågor som gäller tillämpningen av upphandlingslagstiftningen än vad de är om avtalsrättsliga frågor. Ingen vet nog varför eller hur det har blivit så, men det är så. Det leder till att upphandlande myndigheter tenderar att söka lösa frågor som i många fall gäller den avtalsrättsliga relationen till en leverantör inte – såsom egentligen vore naturligt – med hjälp av avtalsrättsliga konstruktioner, utan i stället med upphandlingsrättsliga sådana.

All offentlig upphandling syftar emellertid till att avtal ska slutas mellan den upphandlande myndigheten och en eller flera leverantörer. Totalt resulterar således offentlig upphandling i Sverige varje år i avtal med ett sammanlagt värde mellan 500 och 1000 miljarder kr. Redan av det skälet finns det anledning att ägna innehållet i offentlig avtal en viss omsorg.

1.3 Kritik mot upphandlingslagstiftningen

Det finns omfattande kritik mot upphandlingslagstiftningen. Ur ett juridiskt perspektiv anses den ofta vara omständlig och omotiverat omfattande.⁴ Ur ett kommersiellt perspektiv anses den ofta utgöra ett hinder mot att göra goda affärer. Den förra uppfattningen kommer inte att beröras särskilt i rapporten, även om lagstiftningen i och för sig är både omfattande och ibland omständlig. Den är emellertid harmlös.

Den senare uppfattningen är i grunden felaktig. Lagstiftningen om offentlig upphandling är inget hinder mot att göra goda affärer. Däremot finns åtskilliga missuppfattningar om vad den kräver av inte minst upphandlande myndigheter. Sådana missuppfattningar kan utgöra hinder mot goda affärer. Det är emellertid en helt annan sak än att det skulle vara fel i själva lagstiftningen.

Det saknas därmed anledning att i rapporten rikta kritik mot lagstiftningen, vare sig den befintliga eller den nya. Det behövs inte. Lagstiftningen vållar i sig få problem.

1.4 Disposition

Både den nuvarande och den föreslagna lagen om offentlig upphandling ställer högre krav på upphandlande myndigheter än vad motsvarande reglering i LUF och den föreslagna LUK ställer på upphandlande enheter. Rapporten kommer därför att utgå från LOU. Vad som i den sägs om upphandlande myndigheter är emellertid giltigt även för upphandlande enheter.

⁴ Se t.ex. lagrådets yttrande över 2015 års lagrådsremiss om ny upphandlingslagstiftning, <http://lagradet.se/yttranden/Nytt%20regelverk%20om%20upphandling.pdf>.

De flesta verkliga upphandlingsrättsliga problem handlar om antingen kvalificering av leverantörer eller utvärdering av anbud. Det är frågor som upphandlande myndigheter i huvudsak disponerar över. Ibland uppkommer naturligtvis även andra frågor, såsom gränser för tröskelvärden och därav föranledda val av upphandlingsförfarande, tidsfrister, gränsdragning mellan de olika lagarna m.m. Sådana frågor disponerar upphandlande myndigheter inte över.

Rapportens titel är ”Vad en upphandlande myndighet inte behöver göra”. I det ligger närmast med nödvändighet att den är inriktad mot val som en upphandlande myndighet kan göra. Den behandlar därför inte annat än undantagsvis frågor som upphandlande myndigheter inte disponerar över.

1.4.1 Fyra komponenter

Rapporten bygger på fyra huvudsakliga komponenter. Mer än något annat, är komponenterna också de huvudsakliga verktyg som står den upphandlande myndigheten till buds. De är beskrivningen av avtalsobjektet, det övriga avtalsinnehållet och framför allt påföljderna vid avtalsbrott, kvalificeringen av leverantörer och utvärderingen av anbud. Inledningsvis redogörs därtill för en del allmänna avtalsrättsliga frågor.

2 Några allmänna avtalsrättsliga frågor

2.1 Avtalsrätt och köprätt

Det råder en viss begreppsförvirring beträffande termerna avtalsrätt och köprätt. Det finns ingen given definition av hur – eller ens om – gränsen mellan dem ska dras. Det finns emellertid ingen anledning att dra någon gräns, inte minst av det enkla skälet att varje köp också är ett avtal. Å andra sidan finns det avtal som inte är köp. Det är därför lämpligt att låta termen avtalsrätt innefatta vad som ibland benämner köprätt. Termen avtalsrätt kommer således att här användas även för sådant som ibland anses höra till köprätten.

2.2 Avtalets parter

För de flesta avtal gäller att den ena parten ska prestera *in natura*, medan den andra ska betala. Den första parten brukar benämnas säljare, medan den andra brukar benämnas köpare. När fråga är om att tjänster ska utföras, benämns säljaren ofta uppdragstagare, medan köparen benämns uppdragsgivare. Oberoende av vad parterna kallas, ska de prestera i enlighet med sina åtaganden enligt avtalet. I anslutning till upphandlingslagstiftningens terminologi, kommer säljare och uppdragstagare att i huvudsak benämnas ”leverantörer”. Motparten kommer omväxlande att i allmänhet benämnas ”köpare” eller ”upphandlande myndighet”.

2.3 Anbud och avtal

Ett anbud är en rättshandling. Med en sådan förstås enligt motiven till avtalslagen en viljeförklaring som syftar till att grundlägga, bevara, förändra eller upphäva ett rättsförhållande inom förmögenhetsrättens område.⁵ Rättshandlingar utmärks inte minst av att de är bindande. Ett lämnat anbud kan således inte med rättslig verkan tas tillbaka under acceptfristen. Acceptfristen kan anges i anbudet. I upphandlingsrättsliga sammanhang sker det ofta indirekt, genom att förfrågningsunderlaget föreskriver en acceptfrist, som anbudet antingen uttryckligen hänvisar till eller som ändå tolkningsvis ger anbudet innehåll.

Ett anbud är villkorat av att anbudstagaren accepterar det – tackar ja – inom acceptfristen. Mottagaren av anbudet kan således när som helst under acceptfristen genom att tacka ja transformera anbudets innehåll till avtalsinnehåll.

2.4 Avtalsbrott

Att en part utan motpartens godkännande avviker från avtalets krav brukar benämnas avtalsbrott. Det behöver emellertid inte vara så dramatiskt som termen antyder. Framför allt behöver det inte vara fråga om mer än att motparten visserligen skulle ha föredragit en annan utveckling, men i och för sig kan acceptera även avtalsbrottet.

⁵ 1914 års förslag till avtalslag s. 116.

Som exempel kan nämnas att en köpare helst vill ha leverans av en viss kvalitet (A), men i och för sig kan tänka sig både kvaliteterna B och C om bara priset anpassas till vad som levereras. Kvalitet A är värd 100 kr, medan kvalitet B är värd 80 kr och kvalitet C bara är värd 70 kr. Ett sådant avtal kan konstrueras på åtminstone två sätt. Även om konstruktionerna skiljer sig åt, blir resultatet av dem detsamma.

Den ena konstruktion är att avtalet stipulerar att kvalitet A ska levereras, att priset är 100 kr och att påföljderna avhjälpande och omleverans⁶ inte ska vara tillgängliga för köparen. Sedan leverans har skett av kvalitet B, reklamerar köparen mot avtalsbrottet (felet)⁷ och kräver prisavdrag med 20 kr.⁸ Efter prisavdraget har köparen betalat 80 kr för leveransen av kvalitet B. På motsvarande sätt skulle en leverans av kvalitet C ha resulterat i ett prisavdrag om 30 kr.

Den andra konstruktionen innebär i stället att leverantören får välja vilken av kvaliteterna A, B och C som den ska leverera. För A avtalas priset 100 kr, för B priset 80 kr och för C priset 70 kr. Även i det här fallet skulle leverantören få 80 kr om den valde att leverera kvalitet B och 70 kr om den valde att leverera kvalitet C.

Konstruktionsmässigt är det avsevärd skillnad mellan de båda avtalen. Innehållsmässigt skiljer de sig emellertid inte åt. Ett avtalsbrott behöver, som sagt, inte vara särskilt dramatiskt.

De här beskrivna alternativa konstruktionerna ska inte förväxlas med den möjlighet att *ändra i befintliga avtal* som finns, och som har utvidgats i de förslagna lagarna. Konstruktionerna innebär inte att de upphandlade avtalen ändras. De ger däremot utrymme för olika tillämpningsalternativ. Alternativen har emellertid funnits tillgängliga redan när upphandlingen påbörjades, och vållar därför knappast några upphandlingsrättsliga komplikationer.

2.5 Avtalsvilkors funktion

Det finns fyra slags syften med avtalsvillkor. Ett villkor kan syfta till att skapa ordning, till att fördela värden, till att fördela risker och till att summera fördelningen av värden och risker.

2.5.1 Ordning

Syftet att skapa ordning gäller egentligen för alla villkor. De ska bidra till ordning i avtalsförhållandet. På det sättet är ordningen mest en fråga om gott eller dåligt juridiskt hantverk. Men en del villkor har ordning som sitt enda syfte. Bland dem märks t.ex. lagvalsklausuler och tvistelösningsklausuler. De kan naturligtvis också råka få i första hand riskfördelande effekter, men de är inte i sig själva bra eller dåliga för den ena parten. Däremot blir avtal lättare att hantera om de är ändamålsenligt utformade. Det är bättre – för båda parter – att veta hur en tvist ska lösas, än att stå som åsnor mellan hötapparna: Ska avtalet tolkas så att det innehåller en skiljeklausul eller inte? Ska svensk rätt eller norsk rätt tillämpas? Ordningsfrågorna är – eller borde åtminstone vara – tämligen okontroversiella.

⁶ Se 34 § KöpL.

⁷ Se 17 § KöpL.

⁸ Se 38 § KöpL.

2.5.2 Värde- och riskfördelning

Avtalsvillkor som fördelar värde eller risk är i stor utsträckning varandras spegelbilder. Den ena partens risk är typiskt sett den andra partens värde. Skillnaden mellan avtalsobjekten ”bil” och ”Ferrari” är t.ex. avsevärd. En Ferrari är en bil, men det finns många bilar som inte är av märket Ferrari. Den senare objektsbeskrivningen höjer därför avtalets värde, åtminstone för de flesta köpare, eftersom de med den är tillförsäkrade rätten till en Ferrari, medan de om avtalet i stället avsåg en bil kunde få nöja sig med något mycket mindre attraktivt. Avtalets objektsbeskrivning är således i högsta grad värdefördelande, eller kanske hellre värdeidirigerande.

Omvänt gäller emellertid att objektsbeskrivningen också fördelar risk: Det finns mycket större utrymme för leverantören att misslyckas med sitt åtagande när avtalet avser en Ferrari, än när det avser en bil. Risken för att leverantören begår avtalsbrott är därför högre, ju mer begränsande avtalsobjektets beskrivning är.

De flesta avtalsrättsliga lagregler fördelar risker. Som anfördes i motiven till köplagen, finns det liten anledning för lagstiftaren att ägna lagstiftningsansträngningar åt avtalsförhållanden som fungerar. Följaktligen har lagstiftningen – med rätta – koncentrerats till definitioner av avtalsbrott och påföljder.⁹ Definitionen av avlämnande i 6 § och 7 § KöpL är således enligt 22 § KöpL av avgörande betydelse för avtalsbrottet dröjsmål. Definitionen av riskövergång är enligt 21 § KöpL avgörande för bedömningen enligt 17–20 §§ KöpL om avtalsobjektet är avtalsenligt eller felaktigt. Påföljderna för avtalsbrott i 22–44 §§ och 51–71 §§ KöpL upptar mer än hälften av köplagens bestämmelser.

Även de flesta avtalsvillkor fördelar risker. Det beror inte minst på att de reglerar de frågor som adresseras i t.ex. köplagen, låt vara på ett delvis annat sätt. De avtalade lösningarna avviker således i större eller mindre utsträckning från vad som annars skulle gälla. Avvikelserna innebär emellertid inget mer än att riskfördelningen enligt den avtalade bestämmelsen avviker från riskfördelningen enligt den bakomliggande dispositiva lagregeln.

2.5.3 Värdefördelningen påverkar priset

Det fjärde syftet uppbärs av ett enda avtalsvillkor. Priset sammanfattar den avtalade fördelningen av värde och risk. Ett värdefullt avtalsobjekt föranleder ett högre pris än ett objekt med lägre värde. Det är självklart. Men det beror ytterst på att det avtalsvillkor som beskriver avtalsobjektet medför en fördelning som innebär att köparen ska tillföras det värdet.

2.5.4 Risker är kostnader

I ekonomiska termer är varje risk en kostnad. Om avtalsobjektet är en ”bil”, är risken hög att den köpare som hoppas på att få leverans av en Ferrari kommer att bli besviken. Därför är köpare i allmänhet beredda att betala mer för en ”Ferrari” än för en ”bil”.

Avlämnande och riskövergång

Det förekommer att varor skadas under transport. Risken för att så sker är en kostnad. Den ska – lite förenklat – beräknas så att varans värde multipliceras med sannolikheten för att den förstörs under transporten. Om varans värde är 100 kr och sannolikheten – risken – för att den förstörs under transporten är en procent, motsvaras

⁹ Se prop. 1988/89:76 s. 30.

följaktligen transportrisken av en kostnad om en krona. Om den kostnaden ska bäras av leverantören, se i första hand 21 och 22 §§ KöpL, måste den kompensera sig för kostnaden genom ett högre pris. Om risken, och därmed kostnaden, i stället ska bäras av köparen, se 12 § KöpL, måste den på motsvarande sätt kompensera sig. Därför är köpare i allmänhet beredda att betala mer för en vara som säljs t.ex. ”fritt, köparens adress”, se 7 § 3 st. och 13 § 1 st. KöpL, än för en vara som säljs utan något leveransvillkor, se 6 § och 13 § 1 st. KöpL.

Skadestånd

Vid avtalsbrott utgår enligt köplagen skadestånd. I andra relationer förutsätter skadestånd ofta att avtalsbrottet har föranletts av vårdslöshet. Skadeståndsskyldigheten för en avtalsbrytande part är i princip obegränsad: Som huvudregel ska *all skada* ersättas.

Eftersom en leverantörs möjligheter att begå avtalsbrott och orsaka skada är betydligt mer omfattande än en köpares motsvarande möjlighet, innebär den dispositiva regleringen en avsevärd risk för framför allt leverantörer. Avtalsvillkor som begränsar en parts skadeståndsskyldighet begränsar därför i allmänhet i första hand leverantörens risk. I många – men i och för sig inte alla – situationer fyller viten därför en ansvarsbegränsande funktion, eftersom de innebär att den faktiska skadan inte spelar någon roll, utan att parterna har avtalat att den ska uppgå till ett visst belopp, ofta uttryckt per tidsenhet, och varken mer eller mindre. Leverantören torde – eller åtminstone borde – därför ofta vara beredda att sälja till ett lägre pris när avtal innehåller vitesregleringar, än när de saknar sådana.

Övriga påföljder

Även övriga påföljder fördelar naturligtvis risker mellan parterna. Tydligast är det beträffande hävningspåföljden. Om köparen har hävningsrätt, riskerar leverantören att få tillbaka avtalsobjektet och tvingas betala tillbaka pengarna. Om köparen inte har hävningsrätt, riskerar i stället köparen att tvingas ha kvar ett objekt som den egentligen inte vill ha.

De mindre ingripande påföljderna avhjälpande – i första hand genom reparation – omleverans och prisavdrag, fördelar, till skillnad från hävningspåföljden, avtalets risker inom ett bestående avtal: Köparen kommer att ha kvar objektet och säljaren kommer att ha kvar åtminstone merparten av betalningen. Riskfördelningen är således i allmänhet mindre ingripande än vid en hävning av avtalet.

2.5.5 Riskfördelningen påverkar priset

Slutsatsen av vad som har sagts ovan är närmast självklar. Riskfördelningen påverkar priset. I verkligheten är det dock inte alltid så. I verkligheten sätts priset många gånger utan hänsyn till riskfördelningen. Det är emellertid ingen naturlag att så sker. Det är bara en funktion av att parterna – eller åtminstone den ena parten – inte är så bra som de borde vara. Det innebär i sin tur att det finns avsevärt utrymme för affärs- mässiga förbättringar. Det gäller för både offentliga och andra inköp.

2.5.6 Prisets funktion och utvärdering av anbud

Vad som har sagts här har omedelbar relevans för utvärderingen av anbud i offentliga upphandlingar. Rätt tillämpat innebär det att utvärderingar nästan aldrig behöver beakta annat än anbudens pris. Det utvecklas i avsnitt 6.

3 Objektsbeskrivningens betydelse

3.1 Felbedömningen

Ett av de vanligaste – möjligen det allra vanligaste – avtalsrättsliga problemet är att köparen inte är nöjd med leverantörens prestation. Oberoende av vad som är avtalsobjekt, måste i en sådan situation parterna – och i förlängningen möjligen en domstol eller skiljenämnd – ta ställning till om köparen har berättigade anspråk gentemot leverantören eller inte. Alla sådana bedömningar utgår från vad som är avtalets objekt.

Bedömningen om ett avtalsobjekt är avtalsenligt eller felaktigt görs i första hand enligt den norm som följer av 17 § 3 st. KöpL: Svarar objektet mot köparens befogade förväntningar eller avviker det från dem? Gränsdragningen mellan befogade och obefogade förväntningar är i grunden inte mer än en fråga om avtalstolkning: Vilka förväntningar skulle en förnuftig person i köparens ställe ha hyst under motsvarande förutsättningar? I en tvist kan bedömningen bli mycket komplicerad och lösningen därmed också svår att förutse.

För den som utformar avtalet är lösningen däremot enkel. Den finns i 17 § 1 st. KöpL, som ger uttryck för en regel som gäller för alla objekt: Det är bara att beskriva avtalsobjektet på ett ändamålsenligt sätt i avtalet, så uppkommer inga juridiska problem. Men det är i och för sig lättare sagt än gjort.

Köplagens 17 § 1 st. korresponderar med dess 3 st. genom att en köpare näst intill alltid har fog för att förvänta sig att leverantören kommer att leverera i enlighet med avtalets beskrivning och att avvikelser från denna därför regelmässigt innebär att avtalsobjektet är felaktigt. En ändamålsenlig kravspecifikation eliminerar således – eller begränsar åtminstone avsevärt – risken för avtalsrättsliga komplikationer såvitt avser avtalsobjektets beskaffenhet.

En god regel för den som överväger att köpa, är därför att inte köpa om den inte har en så god uppfattning om vad den vill ha att den kan beskriva sitt behov på ett ändamålsenligt sätt. Den som inte kan beskriva vad den vill ha, vet det förmodligen inte. Den bör då först skaffa sig sådan kännedom om sina behov att den alls kan bedöma om den ska köpa, för att därefter i avtalet – eller det dokument som föregår avtalet – beskriva behoven.

3.2 Resultatavtal och utförandavtal

Avtalsobjekt kan i princip vara av två slag. Antingen har leverantören åtagit sig att åstadkomma ett resultat, eller också att verka för att resultatet ska uppkomma. I den förra situationen begår leverantören avtalsbrott redan om resultatet inte uppnås. I den senare begår leverantören avtalsbrott om den inte tillräckligt verkar för att det ska uppnås.

Avtal om varuköp är i princip alltid ”resultatavtal”: En vara av angivet slag ska ställas till köparens förfogande på en angiven plats vid en angiven tidpunkt. Om så inte sker, begår leverantören avtalsbrott. Det gäller även om varan, platsen eller tidpunkten inte har angivits i avtalet, eftersom köplagen – eller annan motsvarande lagstiftning – talar om vad som ska gälla när avtalet tiger.

Avtal av det andra slaget – ”utförandeavtal” – är i många fall inte minst olika slags uppdragsavtal, såsom när en uppdragsgivare anlitar en advokat för att få hjälp i en rättsprocess (låt vara att en sådan tjänst enligt såväl direktivet som förslaget till LOU inte skall omfattas av den nya lagstiftningen). Avtalsrättsligt möter det i och för sig inga hinder att parterna kommer överens om avtalsobjektet att *processen ska vinnas*. Det innebär i så fall att uppdragsgivaren i ekonomiska termer redan har vunnit: Antingen levererar advokaten, eller också begår den avtalsbrott och blir skadeståndsskyldig. Skadan svarar mot det i processen yrkade beloppet jämte eventuella rättegångskostnader. Riskfördelningen mellan parter i sådana avtal leder till att leverantören måste höja sitt pris avsevärt jämfört med alternativet. Vanligare är därför att advokater och andra i liknande situationer åtar sig att *göra sitt bästa* för att uppnå uppdragsgivarens målsättning att vinna processen. Kvaliteten i utförandet är då avtalsobjekt. Så länge advokaten når den kvaliteten, spelar det – ur själva avtalsperspektivet – ingen roll hur det går i tvisten.

Gränsdragningen mellan de två slagen av avtalsobjekt ska inte förstås så att sådant som ska utföras med nödvändighet utgör utförandeavtal. Tvärtom: Även de flesta resultatavtal innefattar ju ett större eller mindre mått av utförande: Någon har t.ex. tillverkat varor som ska levereras. Det krävs även i många andra fall åtskilligt arbete för att åstadkomma ett avtalat resultat. *Den avgörande skillnaden är i stället hur objektet har beskrivits i det enskilda avtalet*. Med en ändamålsenlig beskrivning är även t.ex. tillhandahållande av transporter, skolmat eller äldrevård resultatavtal.

Uppdelningen mellan resultatavtal och utförandeavtal är juridiskt funktionell. Den påverkar utformningen av avtal och – om än möjligen inte så mycket som den borde – även tvistlösningen. Den svarar inte helt mot den i Sverige vanligare uppdelningen mellan köp av varor och köp av tjänster. En sådan uppdelning är inte funktionell, eftersom det finns åtskilliga avtal om tjänster där avtalsobjektet är ett resultat. De har därmed mycket mer gemensamt med varuköp än vad de har med t.ex. olika slags konsulttjänster.

3.2.1 Blandade objekt

Det är naturligtvis inte ovanligt att ett avtalsobjekt beskrivs både i resultat- och utförandetermer. Ett avtal om skolmat kan t.ex. innehålla resultatkrav såvitt avser näringsinnehåll, tidpunkter, temperatur, portionsstorlek och hur mycket som slängs (vilket nog är ett bättre sätt att mäta hur maten smakar än att bara ange att den ska vara god) och samtidigt innehålla utförandemoment såsom att den personal som serverar maten ska vara trevlig mot barnen. Den huvudsakliga skillnaden mellan de två momenten är att det är mycket lättare att *mäta* överensstämmelsen med resultatkraven än med utförandekraven.

3.3 Mätbarhet

Avtalsrätten fungerar dåligt utan mätbarhet. Det beror på att kärnan i avtalsrätten är att skilja det avtalsenliga från sådant som strider mot avtalet. För avtalsobjekten innebär det att avtalsenliga objekt ska skiljas från felaktiga. När en sådan bedömning är lätt att göra, har juridiken alla möjligheter att fungera. Men ju svårare bedömningen blir, desto sämre fungerar juridiken: Om man inte ens kan bedöma om en företeelse utgör ett avtalsbrott, blir påföljderna vid avtalsbrott av underordnat intresse.

Resultatavtal kännetecknas framför allt av att de är mätbara: Det går att bedöma om rätt objekt befinner sig på rätt plats vid rätt tidpunkt osv. Däremot kan bedömningen försvåras av att avtalets beskrivning inte är så bra som den kunde – och i allmänhet borde – vara: Om avtalsobjektet är ”en sak” som ska levereras ”sen” och platsen inte är angiven, blir bedömningen svårare. Det är emellertid ett problem som har att göra med avtalets kvalitet, men inte med objektets art.

Utförandeavtalens objekt kännetecknas i stället av att de ofta inte går att mäta. Och om de inte går att mäta, går det i praktiken inte heller att bryta mot en skyldighet att tillhandahålla dem. Påföljder mot sådana åtaganden blir då knappast mer än illusoriska.

Skillnaden mellan de två slagen av objekt är betydelsefull inte minst för den som utformar avtal: När avtalsobjektet är ett resultat, har det avtalsrättsliga systemet alla möjligheter att fungera. När avtalsobjektet däremot är att en part ska utföra ett uppdrag – och risken för att det tänkta, men inte avtalade, resultatet inte uppnås således ligger på köparen – kommer man sällan att kunna konstatera – och än mindre bevisa – att parten begår något avtalsbrott. Det finns därmed liten anledning att ägna tid och möda åt påföljderna för sådana avtalsbrott.

En konsekvens av skillnaden mellan objektstyperna är att den som utformar ett avtal alltid bör fråga sig vilken av dem som avtalet handlar om. Åtminstone ur ett juridiskt perspektiv bör den också sträva efter att beskriva avtalsobjekten som resultat. Då fungerar juridiken bättre.

3.4 Funktion och specifikation

Det finns två ytterligheter för hur ett resultatavtals objekt kan beskrivas. Ur ett juridiskt perspektiv är de båda optimala. I verkligheten hamnar man oftast någonstans mellan dem. Den ena ytterligheten är att avtalsobjektet beskrivs uteslutande i funktionella termer. Kläder kan t.ex. beskrivas i termer av hur många gånger de ska kunna tvättas i 95 grader, hur mycket de får krympa, att de ska behålla passform m.m. Den andra ytterligheten är att avtalet i detalj anger *hur* köparens behov ska uppnås. I ett sådant avtal preciseras t.ex. materialval och mönster.

En konsekvens av valet av sätt att beskriva avtalsobjektet är att en köpare av en funktion inte behöver bekymra sig om hur funktionen uppnås. Det är leverantörens ansvar. Den andra ytterligheten innebär i stället att leverantören i princip inte har något ansvar för att objekten uppnår köparens förhoppningar om t.ex. tvättbarhet, krympmån m.m. Det är köparens ansvar. Leverantörens ansvar är begränsat av specifikationen. Så länge leverans har skett i enlighet med den, är objektet inte felaktigt även om det t.ex. inte går att tvätta i 95 grader.

En funktionell beskrivning av avtalsobjektet lägger en större del av risken för att objektet ska anses vara felaktigt på leverantören. Omvänt gäller att en teknisk beskrivning begränsar leverantörens risk. En funktionell beskrivning bör därför – åtminstone såvitt avser själva riskfördelningen – i allmänhet föranleda ett högre pris än en teknisk.

Däremot är det naturligtvis möjligt att en funktionell beskrivning av andra skäl än riskfördelning ändå kan leda till ett lägre pris. Ett exempel är en upphandling av modulbyggnader, där den upphandlande myndigheten anlätade en arkitekt för att göra en teknisk specifikation, som sedan låg till grund för upphandlingen. Den vinnande leverantören hade emellertid egna arkitekter, vilkas lösningar därtill var anpassade till leverantörens produktion. En upphandling av funktionen ”modulbyggnader” - låt vara med kompletterande krav - skulle därför förmodligen ha blivit billigare utan att vara sämre.

Valet mellan de två alternativen bör i huvudsak göras utifrån bedömningen av vem av parterna som är bäst ägnad att göra en teknisk specifikation. Om det är köparen, ska köparen i allmänhet låta en sådan vara avtalets objektsbeskrivning. Om det är leverantören, bör köparen i stället överväga att endast beskriva avtalsobjektet i funktionella termer.

Inte minst i offentliga upphandlingar förekommer det att den upphandlande myndigheten saknar den kompetens som behövs för att göra en teknisk specifikation. Det är inget problem, eftersom myndigheten i en sådan situation inte bara kan, utan bör, begränsa kravspecifikationen till att avse funktionella krav. Det räcker således att den upphandlande myndigheten vet – och uttrycker – vad det upphandlade objektet ska åstadkomma. Inte heller uppföljningen av ett sådant avtal bör kunna vålla några problem, eftersom de av leverantören valda tekniska lösningarna inte ska kontrolleras. Det räcker med att bedöma om de funktionella kraven uppfylls eller inte.

Ett alternativ är naturligtvis att den upphandlande myndigheten *först* skaffar sig – genom upphandling eller på annat sätt – den kompetens som behövs för att göra en teknisk specifikation, för att sedan låta den utgöra kravspecifikationen i den "riktiga" upphandlingen. En sådan lösning torde emellertid i allmänhet vara både dyrare och mer omständlig än alternativet att redan från början beskriva objektet i funktionella termer.

Felbedömningen utgår från beskrivningen av avtalsobjektet. Den påverkas därför av hur avtalet beskriver sitt objekt. Den försvåras radikalt, om beskrivningen är *både* funktionell och teknisk, eftersom det ger utrymme för invändningar om att den avtalade funktionen inte kan uppnås med den – likaledes avtalade – tekniska lösningen. Parter – och framför allt köpare – bör därför sträva efter att välja att antingen beskriva avtalsobjektet i funktionella termer eller i detaljerade, tekniska, termer, men inte både och.

4 Påföljder vid avtalsbrott

Vid sidan av beskrivningen av avtalsobjektet är påföljderna vid avtalsbrott den enskilt viktigaste komponenten i de flesta avtal. Det finns många missuppfattningar om och felaktiga attityder till påföljder vid avtalsbrott. En vanlig missuppfattning är att de inte kostar pengar. Självklart kostar de pengar. Därför ska påföljderna utformas med beaktande av de behov som ska tillfredsställas. Påföljderna ska kommunicera till leverantören hur viktigt – eller oviktigt – ett åtagande är. Om leveranstiden inte spelar någon större roll, är det t.ex. dumt att ha stränga påföljder vid ett dröjsmål. Den prishöjning som det ska resultera i, motsvaras inte av något behov hos köparen, som därmed får betala mer än vad som i förhållande till behovet är nödvändigt.

Ett exempel kan hämtas från de kommersiella villkoren i en upphandling om skolskjutsar och andra persontransporter. I dem föreskrevs att vite och skadestånd inte skulle utgå vid *force majeure*. Bestämmelsen angav emellertid därtill särskilt att "avtalsenliga konflikter på arbetsmarknaden" inte utgjorde *force majeure*. Med avtalsenliga konflikter avsågs sannolikt konflikter som inte stod i strid mot tillämpliga kollektivavtal, och som således om de aktualiserades hade beslutats högt ovanför leverantörens huvud.

Bestämmelsen ålade följaktligen leverantören ett vites- och skadeståndsansvar även när det var praktiskt omöjligt att utföra tjänsten. Den tillförde därmed rimligtvis ingen nytta för den upphandlande myndigheten, eftersom den inte kunde bidra till att en enda ytterligare transport genomfördes: Redan *force majeure*-ansvaret innebar att leverantören var tvungen att genomföra alla transporter som det var möjligt att genomföra, och blev ersättningsskyldig om så inte skedde.

Ur transportörens perspektiv innebar bestämmelsen emellertid ett riskhöjande moment. Situationen kunde inträffa, även om den var osannolik. Klausulen höjde därför – eller riskerade åtminstone att höja – priserna i anbuden utan någon däremot svarande nytta för den upphandlande myndigheten.

Omvänt gäller naturligtvis också att påföljderna ska vara stränga, när behovet är stort. När det t.ex. är mycket viktigt att de objekt som levereras håller en viss lägsta kvalitetsnivå, duger det inte med påföljder som innebär att leverantören endast bär en mycket liten del av risken för att leverans sker under en sådan nivå. Påföljderna ska ge en korrekt bild av köparens behov.

Det sagda hänger ihop med den antydda felaktiga attityden till påföljderna. Det är således vanligt att inköpare säger att de inte är intresserade av att få t.ex. skadestånd, utan att deras primära intresse är att få leverans. Det är naturligtvis i sak korrekt. Alla vill hellre få vad de köper, än kompensation för att de inte får det. Om så inte vore fallet, skulle de inte ha köpt det avtalade objektet, utan i stället avtalat om "kompensationen". Attityden leder emellertid till att inköpare många gånger inte bekymrar sig tillräckligt om påföljderna.

Rätt använda kan påföljderna skapa en incitamentsstruktur, genom att kommunicera till leverantören hur viktigt – eller oviktigt – det är att de avtalade kraven uppfylls. Det som är viktigt för köparen blir genom stränga påföljder viktigt även för leverantören. Och det som spelar liten roll för köparen, behöver med ändamålsenligt utformade påföljder inte i onödan fördyra avtalet. Tvärtom den inte ovanliga attityden att det är viktigare att få avtalsenlig leverans än att ha bra påföljder, är det således – paradoxal nog – så att påföljderna kan bidra till att leveransen blir avtalsenlig och att påföljderna inte behöver tillämpas. Den som utformar avtal, bör därför betrakta påföljder inte som i första hand påföljder, utan i stället som verktyg för att kommunicera och inskräpa betydelsen av en avtalsenlig leverans.

4.1 Hävning av avtal

Även utanför upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde är hävning i allmänhet en opraktisk påföljd. Den innebär som huvudregel att de flesta av parternas skyldigheter upphör.¹⁰ Leverantören behöver inte leverera och köparen behöver inte betala. Om parterna redan har presterat, ska prestationerna i stället gå tillbaka. Köparen måste därför, om den fortfarande vill ha avtalsobjektet, köpa igen, antingen från samma leverantör eller – mer sannolikt – från någon annan. För en upphandlande myndighet tillkommer i allmänhet komplikationen att ett sådant täckningsköp¹¹ måste föregås av en ny upphandling.

Problemet att en ny upphandling måste genomföras går ofta att hantera i den första upphandlingen. Avtal kan således slutas med mer än en leverantör, där alla förutom den vinnande leverantören är ”avbytare”, och därför bara är skyldiga – och berättigade – att leverera om avtalet med den vinnande leverantören hävs eller upphör av annat skäl. En sådan ordning vållar knappast några upphandlingsrättsliga problem och medför emellanåt den extra fördelen att den upphandlande myndigheten får hjälp med uppföljningen av avtalet. Det gäller oberoende av om det upphandlade avtalet är ett ramavtal eller ett med fasta leveranser som inte behöver avropas särskilt.

Den avtalsbrytande partens skadeståndsskyldighet påverkas inte av att motparten häver avtalet. Den består även efter hävningen. Det framgår indirekt av t.ex. 64 § KöpL, genom att bestämmelsen anger att ”säljarens skyldighet att överlämna varan och köparens skyldighet att betala och medverka till köpet” faller bort, men inte nämner något om skadeståndsansvaret. Tydligare kommer regeln till uttryck i art. 81 CISG:¹² ”Avoidance of the contract releases both parties from their obligations under it, *subject to any damages which may be due.*” Den leverantör som drar en lättnadens suck när köparen häver ett avtal som leverantören inte har kunnat fullgöra, suckar således många gånger av fel anledning.

Även om hävningspåföljden ofta är opraktisk, finns det anledning att uppmärksamma att den – åtminstone med helt eller delvis bibehållen ersättningskyldighet – är mycket värre för leverantören än för den upphandlande myndigheten. Den är därtill, när den verkligen behövs, betydligt mer praktisk än alternativet att fortsätta den havererade avtalsrelationen. Rätten att häva ett avtal bör inte minst därför vara en naturlig del av varje avtalsrelation, låt vara att den ska brukas med måtta.

¹⁰ Se t.ex. 64 § KöpL.

¹¹ Se t.ex. 68 § KöpL.

¹² FN-konventionen angående avtal om internationella köp av varor, se SFS 1987:822.

4.1.1 Väsentlighetskravets betydelse för hävning och för konstruktion av avtal

Ett avtalsbrott ger hävningsrätt om det är av väsentlig betydelse.¹³ Väsentlighetskriteriet definieras inte i köplagen och inte heller i övrigt i nationell lagstiftning. Däremot finns en definition i art. 25 CISG. Den är emellertid tämligen intetsägande.

Förekomsten av väsentlighetskravet är däremot betydelsefull. Kravet innebär nämligen att man ska skilja mellan å ena sidan avtalsbrott som är så allvarliga att de ger en part rätt att häva avtalet och å andra sidan andra avtalsbrott.

I en tvistesituation där den ena parten har hävt avtalet, är det många gånger en svår och komplicerad bedömning. För den som ska utforma ett avtal – eller upphandlingsdokument – är den emellertid betydligt mer okomplicerad. Det finns egentligen bara en relevant fråga att ställa: *Under vilka förutsättningar är jag inte beredd att köpa (eller sälja), ens på andra villkor (i första hand till ett lägre pris)?* Svaret skiftar naturligtvis efter omständigheterna i det enskilda fallet. Det ger emellertid alltid också svaret på frågan när hävningsrätten behövs (och inte behövs). Frågan är därför av avgörande betydelse för i stort sett varje avtalskonstruktion.

Acceptabla avtalsbrott

Bedömningen leder till att de flesta avtalsbrott egentligen är acceptabla, åtminstone i betydelsen att de inte skulle ha utgjort avtalsbrott om avtalet i övrigt redan från början hade anpassats till dem. Ett avtal där en köpare i och för sig kan tänka sig en leverans när som helst under perioden 1 juni – 6 juli, men föredrar att leverans sker i början av perioden, kan således konstrueras på åtminstone tre i praktiken likvärdiga sätt. Ett är att leveranstiden sätts till den 1 juni och att vite utgår om leverans sker senare. Ett annat är att leveranstiden sätts till den 6 juli och att bonus utgår vid en tidigare leverans. Ett tredje är att leverans får ske när som helst under perioden 1 juni–6 juli och att priset bestäms slutligt med beaktande av den faktiska leveranstidpunkten.¹⁴ Andra exempel på påföljder vid avtalsbrott som i och för sig är acceptabla, vilka i första hand är tillämpliga när en levererad vara är felaktig, är avhjälpan eller omleverans¹⁵ och prisavdrag¹⁶.

4.2 Skadestånd och vite

Huvudregeln i svensk rätt är att en skada som har orsakats genom vårdslöshet (försummelse) ska ersättas, medan andra skador inte behöver ersättas. I de senare fallen får således den skadelidande själv bära skadan och dess ekonomiska effekter. Det huvudsakliga undantaget från huvudregeln är det strikta ansvar med undantag för *force majeure* som stadgas i köplagen.¹⁷ Det gäller emellertid framför allt inom köplagens tillämpningsområde. För tjänster finns inget motsvarande generellt undantag. För dem gäller därför i allmänhet huvudregeln att skadeståndsansvaret förutsätter vårdslöshet. Uppdelningen innebär – annars skulle den knappast finnas – att det inte alltid är vårdslöst att bryta mot ett avtal.

¹³ Se t.ex. 25 och 39 §§ KöpL.

¹⁴ Se även avsnitt 2.4 om avtalsbrott.

¹⁵ Se t.ex. 34 § KöpL.

¹⁶ Se t.ex. 38 § KöpL.

¹⁷ Se framför allt 27 § KöpL.

Verksamheten vid de flesta upphandlande myndigheter syftar inte till att generera vinst. Den skada som uppkommer vid en leverantörs avtalsbrott är därför i allmänhet inte av det slag som i köplagens benämns ”indirekt”.¹⁸ Typiska skador är i stället att verksamheten fördyras, t.ex. genom att den avtalade nyttigheten får anskaffas från en annan leverantör – till ett högre pris – och att myndighetens personal tvingas ägna tid och kraft åt något som enligt avtalet borde fungera utan sådana åtgärder.

I många fall uppkommer därtill ingen skada, åtminstone inte kortsiktigt. I stället orsakar avtalsbrottet en vinst för myndigheten. Om en leverantör av t.ex. parkskötsel inte klipper gräset en vecka, har myndigheten rätt att häva avtalet såvitt avser den veckans leverans.¹⁹ Den behöver därför inte betala för den veckans gräsklippning.²⁰ Ur myndighetens ekonomiska perspektiv, är det bra. Ur ett större perspektiv, är det naturligtvis mindre bra. Skadeståndspåföljden fungerar emellertid inte i sådana situationer: Myndigheten lider helt enkelt ingen skada.

På motsvarande sätt förhåller det sig med vad som ibland benämns *tredjemansskador*. Den skada som uppkommer som en följd av en leverantörs avtalsbrott drabbar inte – åtminstone inte direkt – den upphandlande myndigheten, utan i stället den som är berättigad gentemot myndigheten, såsom en pensionär med rätt till hemtjänst eller färdtjänst, som på grund av avtalsbrottet får sitta hemma i en ostädad lägenhet. Så länge myndighetens underlåtenhet att tillhandahålla sådana nyttigheter inte drabbar den ekonomiskt – utan snarare gynnar den – uppkommer ingen skada *för myndigheten* på grund av leverantörens avtalsbrott. Den dispositiva skadeståndspåföljden fungerar därför inte.

I många fall är det svårt att beräkna den skada som uppkommer och än mer – eftersom det ibland finns flera konkurrerande ansvarsgrunder – den skada som ska ersättas. Beräkningarna blir förvisso ofta mer komplicerade när utebliven vinst ska beräknas, men det är illa nog även utan att behöva beakta sådana poster.

De här berörda problemen med skadeståndspåföljden innebär att inte minst upphandlande myndigheter bör överväga att helt eller delvis ersätta skadeståndspåföljden med i första hand viteskonstruktioner. Det vanligaste exemplet är viten vid leveransförseningar, men även t.ex. tidsutdräkter vid avhjälpande av fel, utsläpp utöver vad avtalet tillåter, liksom uteblivna skolmåltider och transporter lämpar sig utmärkt för sådana konstruktioner.

¹⁸ Se särskilt definitionen i 67 § 2 st. KöpL.

¹⁹ Jfr 22, 25 och 44 §§ KöpL.

²⁰ Jfr 64 § KöpL.

5 Allmänt om uteslutning, kvalificering och utvärdering

Det upphandlingsrättsliga systemet är konstruerat som en trestegsraket. Först ska bedömas om en leverantör alls ska få delta i offentlig upphandling. Den bedömningen görs f.n. enligt 10 kap. LOU och motsvaras i förslaget av 13 kap. LOU. Regleringen är delvis tvingande för den upphandlande myndigheten, men föreskriver även i övriga delar förutsättningarna för uteslutning. Den upphandlande myndigheten disponerar således inte över förutsättningarna för uteslutning, även om den i och för sig inom de av lagstiftaren givna förutsättningarna har en möjlighet att välja om den vill utesluta en leverantör eller inte. Bestämmelserna om uteslutning är därför av litet intresse för rapporten.

Det sagda gäller även beträffande de krav som framgår av lagrådsremissen av den 19 maj 2016 om olika sociala och arbetsrättsliga krav. Enligt förslaget till 13 kap. 3 § LOU utgör åsidosättande av sådana krav grund för uteslutning. I förslaget till 17 kap. - som avser fullgörande av kontrakt - anges emellertid också att myndigheten *ska* ställa sådana krav i upphandlingen. Det är onekligen en smula omständligt att *varje myndighet i varje upphandling* ska ställa sådana krav. Enklare vore att bestämmelserna utformades som en lagstadgad hävningsgrund som inte skulle behöva upprepas i varje upphandling.

En sådan ordning torde samtidigt hantera sådana "onormalt låga priser" som i förslaget regleras i 16 kap. 10 § LOU. Om de "onormalt låga priserna" beror på att t.ex. arbetsrättsliga krav har åsidosatts, bör det inte vara en fråga om utvärdering av anbudet, utan om uteslutning av leverantören, eller - om avtal redan har slutits - hävning av avtalet.

Därefter ska bedömas om leverantören är kvalificerad att delta i den aktuella upphandlingen. Den bedömningen är i hög grad beroende av vilka krav den upphandlande myndigheten ställer. Den görs f.n. enligt 11 kap. LOU, som i förslaget till ny LOU motsvaras av 14 och 15 kap.

Slutligen ska de kvalificerade leverantörernas anbud utvärderas. Även utvärderingen är i hög grad beroende av vilka utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten har bestämt och vilka utvärderingsmodeller den väljer att tillämpa. Utvärderingen regleras i LOU i 12 kap. och i förslaget i 16 kap. LOU.

Inget hindrar att en upphandlande myndighet vänder på raket. Den kan således välja att först utvärdera anbudet, för att därefter ta ställning till om den vinnande leverantören är kvalificerad och om den (inte) ska uteslutas. Däremot får de tre momenten inte blandas. De ska tillämpas var för sig.

Rapportens fokus såvitt avser upphandlingsfrågor är de delar av den beskrivna processen som en upphandlande myndighet förfogar över, dvs. kvalificeringen och utvärderingen. De är på många sätt de enskilt viktigaste delarna av den upphandlingsrättsliga regleringen, eftersom de mer än andra påverkar den ekonomiska effektiviteten i upphandlingarna.

Att de måhända är de enskilt viktigaste delarna, innebär inte att de behöver tillämpas. De skapar i många fall fler problem än de löser. Som kommer att framhållas, är det bl.a. därför ofta bättre att hantera de frågor som traditionellt har adresserats som kvalificerings- eller utvärderingsfrågor som frågor om avtalstillämpning. En ändamålsenlig utformning av de avtal som den offentliga upphandlingen syftar till, kan således i de flesta fall ersätta såväl kvalificeringen av leverantörer som utvärderingen av anbud med beaktande av annat än priset.

6 Utvärdering

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Det är svårt att tänka sig hur det lägsta priset inte också – under de för upphandlingen gällande förutsättningarna – skulle vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Tanken är emellertid att även andra kriterier ska kunna påverka utvärderingen av anbud. Av bestämmelsens andra stycke framgår således att myndigheten vid sin bedömning av om ett anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt kan ta hänsyn till bl.a. pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, samt service och tekniskt stöd. Uppräkningen är inte uttömmande. En upphandlande myndighet får således även föreskriva andra utvärderingskriterier, så länge den håller sig inom de principer som ligger till grund för lagstiftningen.²¹ Utvärderingskriterierna måste för att svara mot kravet på likabehandling kunna kontrolleras och mätas, se t.ex. C-448/01 Wienstrom.

I 16 kap. 1 § i förslaget till ny LOU anges i stället att tilldelning alltid ska ske på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingen ska emellertid göras utifrån antingen det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, bara kostnad, eller bara pris. I sak torde det därför knappast vara någon skillnad mot den nuvarande bedömningen.

6.1 Lägsta pris

Kritiken mot urvalskriteriet ”lägsta pris” har alltid varit omfattande. Åtminstone på ett principiellt plan bygger den emellertid på en missuppfattning: Det finns ingen korrelation i sig mellan ett lågt pris och låg kvalitet.²² Däremot är det naturligtvis korrekt att ett lågt pris ofta innebär en lägre kvalitet. Ett enkelt exempel kan belysa detta: Ett avtal om köp av ”mobiltelefoner” ger en leverantör närmast obegränsade möjligheter att välja vilken telefon som ska levereras. En sökning på Pricerunner ger vid handen att den billigaste modellen kostar 97 kr. Den är förmodligen inte lika bra som någon av de dyrare modellerna. Med en så vag beskrivning av avtalsobjektet, är det sannolikt att ett lågt pris också ger låg kvalitet. Om objektet däremot inte beskrivs som en ”mobiltelefon”, utan som en mobiltelefon av viss angiven typ (eller motsvarande), som har valts med beaktande av köparens kvalitetskrav, eller om kvalitetskraven uttrycks ännu tydligare i upphandlingens kravspecifikation, vållar det inga kvalitetsproblem att utvärderingskriteriet är ”lägsta pris”.

De problem som riskerar att uppkomma när utvärderingskriteriet är ”lägsta pris”, uppkommer således inte på grund av kriteriet i sig. Problemen uppkommer i stället på grund av att objektsbeskrivningen är för dålig. Det är ett helt annat slags problem.

²¹ Se Rosén m.fl. Lagen om offentlig upphandling (juli 2015, Zeteo) kommentaren till 12 kap. 1. § LOU.

²² Detta närmast självklara förhållande har nyligen bekräftats i Konkurrensverkets rapport 2016:4, se http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2016-4.pdf.

6.2 Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Kravet att tilldelning ska ske till leverantören med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, innefattar i sig en begränsning: Värderingen måste kunna ske i ekonomiska termer. Det vållar måhända problem i förhållande till i grunden oekonomiska värden, såsom kriteriet ”estetiska egenskaper”. Kravet torde därför inte innebära mer än ett krav om att varje utvärderingskriterium ska åsättas ett ekonomiskt värde. En sådan värdering bör naturligtvis inte ske slumpmässigt, utan genom en bedömning av hur mycket mer den upphandlande myndigheten är villig att betala för t.ex. ett estetiskt mer tilltalande objekt.

När en sådan värdering väl har gjorts, vållar det i allmänhet inga problem att i stället för att låta den vara en del av utvärderingen utforma den som en påföljd vid avtalsbrott. Alternativet har flera fördelar framför att låta kraven vara en del av utvärderingen. Ett är att de inte riskerar att ligga till grund för en överprövningstalan. Ett annat – och viktigare – är att de lever vidare under avtalstiden och således har effekt om de inte uppfylls.

6.3 Kvalitativa egenskaper och lägsta pris

Som angivits, finns det sällan någon konflikt mellan en utvärdering baserad uteslutande på pris och ett avtalsobjekt med hög kvalitet. Det förutsätter emellertid dels att de kvalitativa kraven preciseras i upphandlingen – och än mer i det avtal som den syftar till att åstadkomma – dels att de stöds av ändamålsenliga påföljder, så att leverantören har goda incitament för att tillhandahålla den upphandlade och avtalade kvaliteten.

De kriterier som anges i den nuvarande lagen kan tjäna som exempel för hur de kan bibehållas och tilldelningen ändå ske på grundval av det lägsta priset. Med undantag för kriteriet ”pris” – som ju ändå ingår i en sådan bedömning – kommer de att behandlas i den ordning som följer av 12 kap. 1 § 2 st. LOU. I förslaget till ny LOU har därtill lagts sociala och arbetsrättsliga krav, se 16 kap. 1 § och 17 kap. 1 § LOU. Även de kommer att behandlas.

6.3.1 Leverans- eller genomförandetid

Det första exemplet i 12 kap. 1 § 2 st. LOU avser leverans- och genomförandetid. Sena leveranser är ett av de vanligare avtalsrättsliga problemen. De påföljder som står till buds enligt köplagen är framför allt hävning – om dröjsmålet är av väsentlig betydelse²³ – och skadestånd.²⁴ I avtalspraxis är det vanligt att påföljden i stället bestäms som ett vite, så att hävning inte kan ske och skadestånd inte utgår under den tid som vitet löper.

Ibland förekommer att det i stället utgår bonus om leverans sker tidigare än vad som har avtalats. Bonusen är i princip en spegelbild av vitet. Det saknar ekonomisk betydelse om leverans ska ske den 1 juni, priset är 100 kr och vite utgår med en krona per vecka under som mest fem veckor som ett dröjsmål varar, eller om leverans i stället ska ske den 6 juli, priset är 95 kr och bonus utgår med en krona för varje vecka under som mest fem veckor som leveransen kan tidigareläggas. Vid varje given tidpunkt blir det ekonomiska utfallet detsamma. Bonusalternativet har måhända en psykologisk fördel: Det är trevligare. I förhållande till vitesalternativet har det emellertid nackdelen att det tvingar den upphandlande myndigheten att ange en leveranstid som egentligen inte är den tidpunkt som myndigheten föredrar. Av det skälet är vitesalternativet bättre.

²³ Se 25 § KöpL.

²⁴ Se 22 och 67 §§ KöpL.

Antag att en upphandlande myndighet har värderat tiden på angivet sätt: Varje vecka är värd en krona. Om värderingen används i en utvärdering, kan då leveranstidpunkten 1 juni inte ge något tillägg, medan leveranstidpunkten 6 juli ger ett tillägg om fem kr. Om leverantör 1 åtar sig att leverera den 1 juni till priset 100 kr, leverantör 2 åtar sig att leverera den 22 juni till priset 96 kr och leverantör 3 åtar sig att leverera den 6 juli till priset 95 kr, bör därmed leverantör 2 vinna, eftersom dess pris efter tillägget är lägst och således det ekonomiskt mest fördelaktiga. Frågan vad som händer om leverantör 2 sedan inte levererar enligt avtalet har däremot inte hanterats.

Antag att den upphandlande myndigheten i stället väljer att bara basera utvärderingen på pris och ange att leverans ska ske den 1 juni och att vite utgår med en krona för varje veckas dröjsmål. Antag vidare att leverantörerna bedömer sina möjligheter att leverera på samma sätt som tidigare och att därför leverantörerna 1 och 3 offererar priset 100 kr, medan leverantör 2 offererar priset 99 kr. Leverantör 2 vinner och begår avtalsbrott genom att leverera tre veckor för sent. Den ska därför betala vite med tre kronor, varför den upphandlande myndigheten slutligt ska betala 96 kr för en leverans som den i och för sig enligt förutsättningarna kunde acceptera.

Den ekonomiska effekten av de båda alternativen är densamma.²⁵ Att det ena innefattar ett avtalsbrott medan det andra möjligen inte gör det, spelar ingen egentlig roll så länge avtalsbrottet inte är hävningsgrundande.²⁶ Det senare alternativet har emellertid två fördelar. Dels blir utvärderingen enklare och mer transparent. Det bidrar till färre överprövningar och möjligen en korrektare prisangivelse i anbuden. Dels följer ”utvärderingskriteriet” med in i avtalet och gör nytta i relationen mellan den upphandlande myndigheten och dess avtalspart.

6.3.2 Miljöegenskaper, driftkostnader och kostnadseffektivitet

Kriterierna miljöegenskaper, driftskostnader och kostnadseffektivitet har det gemensamt att de avser egenskaper som är betydligt viktigare under avtalstiden än före den. I jämförelse med t.ex. utsläppen under avtalstiden, är de eventuella utsläppen dessförinnan – och i avtalsrelationer till andra kunder – tämligen ointressanta för den upphandlande myndigheten.

Om utvärderingen speglar korrekta och bestående förhållanden, spelar det liten roll om krav motsvarande kriterierna inte också följer med in i avtalet. Problemet är att man många gånger inte kan vara säker på om så är fallet. Framför allt är det naturligtvis så att kravuppfyllelsen egentligen inte spelar någon roll förrän leveransen faktiskt sker. Det är först då som miljöegenskaper, driftskostnader och kostnadseffektivitet blir riktigt intressanta. Det talar för att de i vart fall ska omfattas av avtalet.

Precis som när fråga är om leveranstid måste utgångspunkten vara att den upphandlande myndigheten har räknat. Förhoppningsvis har den också räknat ”rätt”, men åtminstone beträffande miljöegenskaper är det nog lättare sagt än gjort. Icke desto mindre måste myndigheten bedöma vad egenskapen är värd och sätta det i relation till priset och eventuella övriga utvärderingsposter. Eftersom utvärderingskriterier måste vara kontrollerbara²⁷ – och därför även mätbara – skulle en tänkbar miljöegenskap kunna vara utsläpp av koldioxid. I en utvärdering skulle det kunna innebära att varje ton koldioxid som släpps ut på grund av avtalet ökade utvärderingspriset med ett belopp som svarar mot 125 procent av priset för att köpa en motsvarande

²⁵ Se för andra likvärdiga alternativ även avsnitt 2.4 (avtalsbrott) och avsnitt 4.1.1 (väsentlighetskravet).

²⁶ Se även för denna fråga avsnitt 4.1.1.

²⁷ Se t.ex. C-448/01 Wienstrom.

utsläppsrätt. Ett alternativ – som förmodligen många gånger är bättre – vore att sätta ett mål som ligger en bit under nuvarande utsläpp och lägga till på priset för varje ton därutöver. Att tillägget ska överstiga priset för att köpa utsläppsrätter beror på att konstruktionen syftar till att minska avtalets miljöpåverkan. Det bör därför inte vara kostnadsneutralt i förhållande till att köpa utsläppsrättigheter.

Driftskostnader

Driftskostnaderna kan hanteras på ett liknande sätt, även om det för dem inte behövs något incitament för att inte bara köpa in en motsvarande rättighet. Utvärderingen kan således avse dels det avtalade priset, dels nuvärdet av driftskostnaderna. En särskild fråga vid en sådan utvärdering är hur de två komponenterna ska förhålla sig till varandra. Det är lätt att övervärdera en av dem i förhållande till den andra, vilket i sin tur lätt leder till att prissättningen inte svarar mot verkliga förhållanden.

Ett alternativ är att helt låta priset styras av en årlig kostnad och inte utvärdera priset vid ett köp. Om objektet kan förväntas fungera i tio år, vållar det i sig inga problem att utvärdera – och betala – en årlig abonnemangavgift. Det är då inte fråga om annat än att utvärdera lägsta pris.

Kostnadseffektivitet

Med kostnadseffektivitet torde avses inte minst produktionskostnaden per enhet. Kriteriet aktualiseras framför allt när den upphandlande myndigheten säljer resultatet av sin produktion. Det kan t.ex. vara fråga om att en upphandlande enhet producerar energi. Inget hindrar att kostnaden för att producera energin utgör ett utvärderingskriterium.

Avtalslösning

Det är tänkbart att de här angivna kriterierna ibland är lämpliga som utvärderingskriterier. De bör då alltid också utgöra avtalsinnehåll på ett sätt som svarar mot utvärderingen. I andra fall är de bara lämpliga som avtalsinnehåll. Ett vite motsvarande 125 procent av priset för utsläppsrättigheter för varje ton koldioxid över en i avtalet angiven mängd fungerar t.ex. rimligtvis mycket bättre än ett motsvarande utvärderingskriterium. Framför allt fungerar det under hela avtalstiden.

Vid sidan av alternativet med en årlig abonnemangavgift fungerar rimligtvis en avtalskonstruktion med en högsta tillåtna servicekostnad bättre än ett motsvarande utvärderingskriterium. Det gäller åtminstone när avtalet föreskriver att leverantören ska ersätta myndigheten för alla kostnader utöver det sålunda bestämda kostnadstaket.

På motsvarande sätt förhåller det sig med kriteriet kostnadseffektivitet. I några fall är det möjligen lämpligt att kraven ingår i utvärderingen. I samtliga fall måste emellertid kraven också utgöra avtalsinnehåll.

6.3.3 Kvalitet

En utvärdering av kvalitet förutsätter att den upphandlande myndigheten i och för sig kan nöja sig med en lägre kvalitet – om bara priset blir lägre – men också kan tänka sig att betala mer för en högre. I en upphandling kan t.ex. kvalitet A ”tillåta” ett pris som är tio procent högre än kvalitet B, som i sin tur ”tillåter” ett pris som är

tio procent högre än det för kvalitet C. Anbud får däremot inte lämnas för kvalitet D eller lägre, eftersom de inte svarar mot myndighetens behov. Om prissättningen av kvalitet är korrekt, vållar det få problem. Det förekommer emellertid att så inte är fallet. Då ger konstruktionen utrymme för s.k. taktisk prissättning, vilken riskerar att snedvrider konkurrensen till nackdel för den upphandlande myndigheten.

En bättre ordning är ofta att den upphandlande myndigheten bestämmer sig för vilken kvalitet den helst vill ha. Låt oss säga att det är kvalitet B. Det är då bara dumt att riskera att behöva betala mer än nödvändigt för kvalitet A, som är bättre än vad myndigheten har behov av. I förfrågningsunderlaget anger således myndigheten kriterierna för kvalitet B. Det finns då ingen anledning att utvärdera och poängsätta andra alternativ, varför endast priset kommer att utvärderas. Myndigheten, som enligt vad som sagts ovan i och för sig kunde tänka sig att köpa kvalitet C, men till ett lägre pris, men däremot inte kvalitet D eller lägre, anger i de kommersiella villkoren att den ska ha rätt att häva avtalet om det levererade objektet är av kvalitet D eller lägre. För leveranser av kvalitet C ska leverantören i första hand enligt 34 § KöpL avhjälpa felet och i andra hand enligt 38 § KöpL betala prisavdrag som svarar mot felet.

Genom att flytta kvalitetskriteriet från utvärderingen till avtalet uppnår den upphandlande myndigheten åtminstone tre fördelar. Den första är att den tvingar sig själv att ta ställning till vad den egentligen behöver. Den andra är att utvärderingen blir tydligare och mer transparent. Den tredje är att den under avtalstiden har möjlighet att rikta anspråk mot leverantören om det visar sig att ”utvärderingskriteriet” inte uppfylls.

6.3.4 Estetiska egenskaper

Estetiska egenskaper som utvärderingskriterium är i sig en indikation på att en utvärdering, trots att den ska avse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, knappast behöver avse bara ekonomi. Däremot är det möjligen så att den inte får avse bara andra kriterier än ekonomiska. Vid upphandling av t.ex. konstverk är rimligtvis estetiska kriterier av avgörande betydelse vid sidan av kostnadsaspekten för valet av vinnande anbud. De lämpar sig däremot dåligt för en värdering i efterhand av om leverans har skett i enlighet med avtalet.

Möjligheten att utvärdera estetiska egenskaper är därför ett exempel på situationer där det i allmänhet inte är möjligt att flytta kriteriet till avtalet och enbart utvärdera priset. Estetiska egenskaper är emellertid sällan av betydelse för tilldelningen av kontrakt.

6.3.5 Funktionella och tekniska egenskaper

Funktionella och tekniska egenskaper är knappast mer än två skilda sätt att beskriva avtalsobjektet. De är därmed inte heller mycket mer än två olika sätt att ange kvalitativa egenskaper. Vad som har sagts ovan om utvärdering av kvalitet, gäller på motsvarande sätt för funktionella och tekniska egenskaper: Det är viktigare att de krav som ställs blir en del av avtalet med den vinnande leverantören än att de ingår i utvärderingen. Och när kraven väl ingår i avtalet, finns det sällan anledning att särskilt utvärdera dem.

Som har angivits tidigare är det viktigt att ta ställning till om de krav som ställs ska vara funktionella eller tekniska. Den som utformar kraven bör sträva efter att antingen uttrycka dem i funktionella eller tekniska termer, men inte både och.

6.3.6 Service och tekniskt stöd

Service och tekniskt stöd måste skiljas från hantering av reklamationer. De senare är med nödvändighet en leverantörs ansvar, låt vara att den i och för sig kan låta andra utföra t.ex. reparationer. Service och tekniskt stöd kan däremot många gånger både köpas och tillhandahållas från andra än den ursprungliga leverantören. Det kan finnas en begränsad fördel med att även service och tekniskt stöd tillhandahålls av den som har tillhandahållit ursprungsleveransen. Det finns då också anledning att i utvärderingen ge en begränsad fördel för en anbudsgivare som tillhandahåller båda delarna. Liksom i andra liknande situationer, finns det emellertid risk för en överkompensation, som snedvrider konkurrensen till nackdel för den upphandlande myndigheten.

När det inte finns någon egentlig fördel – eller bara en försumbar sådan – med att service och teknisk support tillhandahålls av den ursprungliga leverantören, är upphandlingen av de olika delarna egentligen två skilda upphandlingar. De bör då också behandlas som sådana. Det blir därmed inte fråga om att utvärdera service och teknisk support som en del av upphandlingen av ursprungsleveransen. Upphandlingarna kan därför var för sig utvärderas på sina egna meriter.

6.3.7 Sociala och arbetsrättsliga krav

Till skillnad från övriga här behandlade bestämmelser synes det vara lagstiftarens avsikt att de sociala och arbetsrättsliga kraven ska utgöra avtalsinnehåll. Därför finns de i 17 kap. I förslaget till 16 kap. 1 § anges emellertid också att en leverantör inte ska tilldelas kontraktet om dess anbud inte stämmer överens med tillämpliga miljösocial- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Bestämmelsen i 16 kap. 1 § skulle möjligen passa bättre som uteslutningsgrund och därför finnas i 13 kap. En leverantör – eller en underleverantör – som inte uppfyller så generella krav, gör det knappast för ett enda avtal, utan snarare som en del av sin ordinarie verksamhet.

Krav utan påföljd är inte mycket värda. Bestämmelserna i 17 kap. säger inget om vad som händer när kraven inte uppfylls. Kraven bör därför – om ett sådant tillägg inte görs i lagstiftningen – kompletteras med en påföljdsbestämmelse. Mot bakgrund av kravens ändamål, torde hävning vara den mest naturliga påföljden. Att avtalsbrottet regelmässigt därtill torde leda till skadeståndsskyldighet, behöver däremot knappast anges särskilt.

6.4 Problem med utvärderingar

Utvärderingar tenderar att skapa problem. De kan vara av åtminstone tre slag: Upphandlingsrättsliga, ekonomiska och avtalsrelaterade. Bland de upphandlingsrättsliga märks inte minst att urvalskriterier är otillåtna eller otydliga. Det leder till överprövningar och i förlängningen ibland till att en annan leverantör än den ursprungliga tilldelas kontraktet och ibland till att en upphandling måste göras om. Ett alternativ till sådana effekter är att den upphandlande myndigheten i stället blir skadeståndsskyldig gentemot en eller flera leverantörer.

Ett rättsfall från Högsta domstolen är belysande för både hur problem kan yttra sig och att de kan leda till skadeståndsskyldighet.²⁸ Upphandlingen genomfördes under hösten 2008. Utvärderingen av anbud baserades till 60 procent på pris, 25 procent på kvalitet och service samt 15 procent på miljö. Vid utvärderingen fick Jet Pak 4,5 poäng, SEAB 4,29 poäng, Valbo 4,28 poäng och Bergfors - som var kärande i rättsprocessen - 4,27 poäng. Avtal slöts mellan den upphandlande myndigheten och Jet Pak.

I tingsrätten var det ostridigt att Jet Pak rätteligen skulle ha tilldelats en lägre poäng än Bergfors - och således även lägre än SEAB och Valbo - och följaktligen inte heller skulle ha tilldelats kontraktet. Tingsrätten bedömde därtill att SEAB:s anbud, men inte Valbos, skulle ha förkastats. Eftersom Bergfors därmed inte skulle ha tilldelats kontraktet, ogillade tingsrätten dess talan.

Även hovrätten bedömde att SEAB:s kontrakt borde ha förkastats och att Valbos anbud skulle ha utvärderats. Till skillnad från tingsrätten, ansåg emellertid hovrätten att Valbos anbud rätteligen skulle ha givits en lägre poäng än Bergfors. Hovrätten ändrade därför tingsrättens dom och tillerkände Bergfors skadestånd.

I HD godtog den upphandlande myndigheten att både Jet Paks och SEAB:s anbud borde ha förkastats. Den kvarvarande frågan var därför om även Valbos anbud skulle ha förkastats och - om den besvarades nekande - vilken poäng det borde ha fått i förhållande till Bergfors anbuds poäng. HD ansåg att den upphandlande myndighetens bedömning var korrekt att Valbos anbud skulle utvärderas och bedömde därtill - till skillnad från hovrätten - att utvärderingen av anbudet var korrekt. Käromålet ogillades.

I det refererade målet pågick rättsprocesserna i totalt ca sju år. Om utvärderingen i upphandlingen inte hade innefattat kriterierna ”kvalitet och service” och ”miljö”, skulle det sannolikt inte ha blivit någon rättsprocess alls. En utvärdering baserad på pris är svår att angripa, eftersom ett pris är vad det är och varken högre eller lägre. En sådan ordning förutsätter att den upphandlande myndigheten bestämmer sig för vilken kvalitet den vill ha och anger den i sin kravspecifikation. Den behöver därmed inte utvärderas. Detsamma gäller kraven beträffande service och miljö. Det tillåtna utrymme för avvikelser som ligger i att kraven utvärderas och kan ge högre eller lägre poäng, kan i stället uttryckas som påföljder för avtalsbrott. Rättsprocessen skulle med stor sannolikhet aldrig ha inträffat.

6.4.1 Fördyrande utvärderingskriterier

De ekonomiska problemen är av ett annat slag. Urvalskriterier kan även utan att strida mot upphandlingslagstiftningen skapa fördyringar i förhållande till bättre alternativ. Ett exempel är s.k. nollanbud (här lämnas frågan om de i sig ska anses vara lagstridiga därhän). Nollanbud bygger i allmänhet på att den upphandlande myndighetens viktning av olika moment i utvärderingen inte svarar mot verkliga förhållanden. Framför allt då lönar det sig att sätta ett pris som egentligen är för lågt. Om en utvärderingskategori motsvarar t.ex. 20 procent av vad som utvärderas, men bara tio procent av vad som kan komma att behöva levereras, medan förhållandet är det omvända för en annan kategori, lönar det sig för en anbudsgivare att lämna ett lågt pris i den förra kategorin och ett högt i den senare. Sannolikheten för att vinna

²⁸ Högsta domstolens dom den 18 maj 2016 i mål T 3852-14.

upphandlingen ökar och det gör även vinsten om man väl vinner. Den upphandlande myndigheten får betala mer än vad som skulle ha blivit fallet om utvärderingen hade svarat mot verkliga förhållanden.

Risken för att ett utvärderingskriterium gör upphandlingen onödigt dyr ökar med utvärderingsmodellens komplexitet. Ju fler komponenter den innehåller och ju mer komplicerad den är, desto högre är risken för att den inte speglar verkliga förhållanden. Och så snart det är så, finns det utrymme för s.k. taktisk prissättning. Det talar i sig för att utvärderingsmodeller ska vara så enkla som möjligt. Inget är enklare än att endast utvärdera priset.

6.4.2 Avtalsrelaterade komplikationer

De avtalsrelaterade komplikationerna visar sig när det avtal som upphandlingen syftar till inte svarar mot vad som har utvärderats. Som exempel kan nämnas att utvärderingspriset inte har någon inverkan på det pris som ska betalas enligt avtalet, att avtalet utan påföljd tillåter en leverantör att leverera en lägre kvalitet, sämre funktioner eller lägre teknisk prestanda än vad som har givit den poäng i utvärderingen, att påföljd saknas för brott mot utvärderade – och poänggivande – miljöegenskaper eller att ökade driftskostnader i förhållande till vad som har utvärderats inte föranleder påföljd eller annan effekt.

Varje gång som ett problem uppkommer där en utvärderad egenskap inte speglas av en motsvarande avtalslösning – eller en motsvarande dispositiv lagreglering – har utvärderingen i realiteten gjorts på felaktiga grunder. Det avtal som upphandlingen har åstadkommit, är ett annat än det som upphandlades. Varje sådant avtal är därför egentligen direktupphandlat och följaktligen – när dess värde ligger över gränsen för direktupphandling – förmodligen ogiltigt.²⁹ Varje upphandlat avtal ska därför rätteligen spegla åtminstone allt som har utvärderats.

Varje gång som ett problem uppkommer där en utvärderad egenskap inte speglas av en motsvarande avtalslösning, uppkommer också frågan om avtalet ska tolkas mot bakgrund av utvärderingen. En sådan lösning är absolut tänkbar. Som alla tolkningslösningar, är den emellertid egentligen onödig: Det vore mycket bättre om den inte behövdes, utan om den i stället framgick klart och tydligt ur avtalstexten.

6.5 Korrekta beräkningar som förutsättning för utvärdering och avtalskonstruktion

Oberoende av om kriterier ligger till grund för utvärdering eller för konstruktionen av avtal, måste de beräknas och värderas. Om så inte sker, blir såväl utvärderingen som avtalskonstruktionen inte mycket mer än en gissningslek. Om kvalitet ska utvärderas i upphandlingen, måste den värderas, så att en viss kvalitet ställs i korrekt relation till alternativa kvalitetsval och till priset. Detsamma gäller miljö, leveranstid och övriga utvärderingskriterier. För vissa kriterier, såsom estetiska egenskaper, är det måhända svårare att göra en sådan värdering än för andra kriterier. Icke desto mindre måste den göras.

Åtskilliga avtalslösningar förutsätter en motsvarande beräkning och värdering. Vitesnivåer bör t.ex. inte tas ur luften, utan bygga på korrekta värderingar av köparens behov. Detsamma gäller utformningen av kravspecifikationer, hävningsgrunder, ansvarsbegränsningar m.m.

²⁹ Jfr dock beträffande den närliggande frågan om ändringar i befintliga avtal SOU 2014:51 s. 314 ff.

6.6 Avtal och utvärdering

Konstaterandet att allt som utvärderas rätteligen måste speglas av ett motsvarande avtalsinnehåll, leder till frågan vad som då behöver utvärderas. Om leveranstiden värderas och prissätts i avtalet, behöver den inte också utvärderas på annat sätt än som en del av utvärderingen av pris. Detsamma gäller i stort sett alla andra tänkbara utvärderingskriterier. Om de görs till avtalsinnehåll och prissätts korrekt i avtalet, behöver de inte också utvärderas. Kvar finns då i de flesta fall bara priset. Det är enkelt att utvärdera: Lägst pris vinner. Det innebär inte att kvaliteten behöver bli lägre. Det innebär bara att leveransen ska avse den upphandlade – och avtalade – kvaliteten.

Konstruktionen bygger på några enkla förutsättningar. Den första är att den upphandlande myndigheten måste veta vad den vill köpa. Den andra är att den upphandlande myndigheten måste kunna uttrycka vad den vill köpa. Den tredje är att den upphandlande myndigheten måste ta ställning till vad som är viktigt för den, såsom leveranstid, kvalitetsavvikelse, miljöegenskaper m.m. för att beräkna och uttrycka – tydliggöra – hur viktiga eller oviktiga olika aspekter är.

Så långt är det ingen skillnad mot hur upphandlingar sköts – eller borde skötas – idag: En upphandlande myndighet som inte vet vad den vill ha eller som inte kan uttrycka det, bör inte köpa. Den bör i stället ta reda på vad den vill ha, för att sedan uttrycka det. Den måste också ta ställning till vad som är viktigt för den, beräkna och uttrycka det. Den enda skillnaden mellan en ”avtalslösning” och en ”upphandlingslösning” är att kraven inte uttrycks i form av utvärderingskriterier, utan i form av avtalsvillkor.

Avtalslösningen har emellertid åtminstone två fördelar framför upphandlingslösningen. Den ena är att utvärderingen blir enklare och mer transparent. Den andra är att ”utvärderingskriteriet” finns med under hela avtalsrelationen och finns tillgängligt när det behövs, vilket sällan är innan prestationen ens har påbörjats.

6.6.1 Undantag

Naturligtvis finns det undantag. Naturligtvis finns det situationer – eller måhända snarare objekt – som inte lämpar sig för en ”avtalslösning”. Det gäller framför allt när avtalsobjektet i praktiken inte kan uttryckas på ett sätt som skapar förutsättningar för en bedömning av om det har levererats eller inte, dvs. när avtalsobjektet i praktiken inte är mätbart. Ett exempel är när estetiska egenskaper är av betydelse. Ett annat är när leverantörens person är det egentliga objektet för upphandlingen.

Att det finns undantag är i sig inget konstigt. Det innebär bara att man ibland måste söka efter alternativa lösningar. En god ordning är emellertid att sträva efter att undvika undantagssituationer. Det görs bäst genom att en upphandlande myndighet strävar efter att uttrycka de objekt som upphandlas på ett mätbart sätt och utformar ändamålsenliga påföljder för de avtalsbrott som kan komma i fråga. Då fungerar både upphandlingen och det avtal som den syftar till bättre.

7 Kvalificering av leverantörer

7.1 Allmänt om kvalificering

Det finns två ytterligheter vid val av leverantörer: Antingen väljer man leverantör, eller också bryr man sig inte om vem som är leverantör. Det senare alternativet borde vara helt dominerande för avtal som syftar till en leverans av något som inte har med leverantörens person att göra: Mjölk, skruv och mutter, transporter, skolmat, infrastruktur, äldrevård m.m. Det förra alternativet är däremot det naturliga när leverantörens person faktiskt är viktig. Konsulttjänster i olika former är ett exempel: Kommer vi att kunna arbeta ihop med den här personen? Har personen den skicklighet och den pedagogiska förmåga som krävs för det ifrågasvarande uppdraget?

I verkligheten sker valet sällan enligt ytterlighetsalternativen. Det torde – paradoxalt nog – särskilt gälla avtal där leverantören egentligen inte spelar någon roll. Valet av leverantör sker där många gånger på mer eller mindre irrationella grunder. Mutor i alla former syftar till att skapa just sådana irrationella grunder för leverantörsväl. Men även när det inte är fråga om mutor, sker valet ofta på irrationella grunder. Många gånger är det så enkelt som att köparen gillar leverantören.

Valet av leverantör har fått särskilt stor betydelse vid offentlig upphandling. Det hade inte behövt vara så, men det har blivit så. Förekomsten av regleringar av kvalificering av leverantörer bidrar således i sig till den i princip felaktiga uppfattningen att det har betydelse *vem* som levererar skruv och mutter. För alla avtal där leverantörens person i princip saknar betydelse, borde det i stället vara avtalsinnehållet som är viktigt.

Upphandlingsrättsligt måste man skilja mellan kvalificering och utvärdering. Kvalificeringen avser leverantören, medan utvärderingen avser anbudet. De får i princip inte blandas, även om det ibland är en grannliga uppgift att avgöra om t.ex. referenser avser kvalificering eller utvärdering.³⁰

På ett funktionellt plan svarar åtskillnaden mellan kvalificering och utvärdering mot den mellan utförandeavtal och resultatavtal, eller mellan avtal där leverantörens person har betydelse och saknar betydelse. När ett resultat ska levereras, och det i princip saknar betydelse vem som levererar det – och leverantörens person således också saknar betydelse – finns det inga goda skäl att kvalificera leverantörerna. Den bland dem som har bäst anbud ska vinna. Kvalificeringen kan däremot ha betydelse när leverantörens person är en avgörande faktor för upphandlingen.

Kvalificeringen av leverantörer ges emellertid stort utrymme i de flesta upphandlingar. Det väcker åtminstone två frågor. Den första är om kvalificeringen alls behövs. Åtminstone för resultatavtalen är svaret nej. Den behövs inte. Den andra frågan är vad lagen kräver. Måste man kvalificera leverantörerna? Även på den frågan är svaret nej. Lagen kräver *i princip* inte att en upphandlande myndighet kvalificerar leverantörerna. ”I princip”, eftersom en upphandlande myndighet enligt 11 kap. 1 § LOU inför tilldelningsbeslutet i och för sig *ska* kontrollera leverantörernas lämplighet.³¹

³⁰ Se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom i mål 5512-08 och Kammarrättens i Sundsvall dom i mål 3474-08.

³¹ Jfr motsvarande bestämmelse i art. 56 LOU-direktivet. Se även Rosén m.fl. (juli 2015, Zeteo) kommentaren till 11 kap. 1 § LOU, inledningen, och Ulfsson dotter Forssell, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 11 kap. 1 §, Lexino 2013-06-01.

Varken 12 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse anger emellertid *hur* kontrollen ska göras eller vilken omfattning den ska ha. Inget hindrar därför att en upphandlande myndighet nöjer sig med den kontroll som ligger i att leverantören åtar sig att leverera på de villkor som framgår av de kommersiella villkoren. I det följande utvecklas hur lagens kvalificeringskrav är utformade och vilka konsekvenser de får.

Leverantörskvalificeringar syftar till att skilja agnarna från vetet. Endast de senare har gjort sig förtjänta av att få sina anbud utvärderade. Anbud från leverantörer som bedöms inte ha erforderlig kapacitet i angivna hänseenden, behöver således inte ens utvärderas.

7.2 Kvalificering och påföljder för avtalsbrott

En kvalificering – eller snarare en diskvalificering – innebär att en anbudsgivare inte kommer att få leverera. Den praktiska skillnaden mot att avtalet hävs – låt vara ”i förväg” – blir därför liten. I ingetdera fallen tillåts leverantören att leverera.³² När de praktiska effekterna är lika, bör inte heller förutsättningarna för dem skilja sig åt. Kvalificeringskrav ska därför i avtalet motsvaras av hävningsgrundande avtalsbrott, så att en diskvalificeringsgrund som visar sig först sedan upphandlingen har avslutats får den effekt som den skulle ha haft om den hade varit känd under själva upphandlingsförfarandet.

Kvalificeringskraven bör däremot aldrig svara mot mindre ingripande påföljder än hävning. En leverantör som rätteligen skulle ha diskvalificeras, bör inte kunna vinna en upphandling, för att sedan – när avvikelserna från kravet uppdagas – fortsätta vara leverantör, men tvingas betala ersättning i en eller annan form (i första hand prisavdrag, vite eller skadestånd). Däremot kan naturligtvis en hävning kombineras med ett skadeståndskrav.

7.3 Kvalificeringskrav

Enligt LOU-direktivets art. 58 får kvalificeringskraven avse behörighet att utöva yrkesverksamheten i fråga, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. De svarar i allt väsentligt mot vad som nu gäller enligt 11 kap. LOU. Uppräkningen torde vara uttömmande.³³ Det är emellertid inte svårt att inordna nästan vilket någorlunda realistiskt krav som helst under något av de angivna kriterierna.

7.3.1 Behörighetskravet

Enligt LOU-direktivets art. 58 kan en upphandlande myndighet kräva att en anbudsgivare har viss behörighet. Den närmaste motsvarigheten i 11 kap. LOU är det krav på registrering som framgår av 6 §, enligt vilken den upphandlande myndigheten *får* begära att en anbudsgivare visar att den är behörig. Som Lagrådet påpekar, torde det i realiteten innefatta ett krav på att anbudsgivaren också visar att den är behörig, liksom en rätt för myndigheten att diskvalificera en anbudsgivare som inte uppfyller kravet.³⁴ Varken lagen eller direktivet kräver således att behörigheten efterfrågas eller på annat sätt kontrolleras. Det ska inte förväxlas med kravet att det som *faktiskt efterfrågas* också *ska kontrolleras*.³⁵

³² Se t.ex. 64 § KöpL.

³³ Se t.ex. 2015 års lagrådsremiss s. 690 f.

³⁴ Se Lagrådets yttrande, s. 14.

³⁵ Se härom t.ex. 2015 års lagrådsremiss s. 705 ff.

Behörighetskravet är relativt enkelt att hantera. I allmänhet innebär det – med eller utan upphandling – att bara behöriga får utöva verksamheten. En vinnande leverantör som inte är behörig, kommer således att antingen bryta mot avtalet eller mot de regler enligt vilka behörighet krävs. I vissa fall är ett sådant behörighetsöverskridande straffbart,³⁶ medan det i andra fall får andra konsekvenser.

Liksom alla andra frågor i anslutning till upphandlingslagstiftningen, är behörighetsfrågan underordnad de grundläggande principerna inom EU-rätten. Särskilt påtaglig för behörighetsfrågan är *proportionalitetsprincipen*, som innebär att en åtgärd inte får medföra negativa effekter som inte balanseras av det eftersträvade syftet. Ett behörighetskrav får således inte utformas på ett sätt som i onödan inskränker konkurrensen, framför allt genom att behörighet föreskrivs trots att den egentligen inte behövs för att utföra uppdraget.

I praktiken saknar det betydelse om en leverantör är behörig redan innan den ska leverera. Den avgörande frågan bör därför inte vara om den *är behörig*, utan om den *kommer att vara behörig*. Den frågan hanteras bättre som ett avtalskrav än som ett kvalificeringskrav i upphandlingsfasen. En sådan ordning har fördelen att kravet på behörighet upprätthålls så länge som det behövs, i stället för att – eventuellt – vara överspelat när kvalificeringen väl har genomförts.

7.3.2 Kravet på ekonomisk och finansiell ställning eller kapacitet

Alla krav på ekonomisk kapacitet m.m. har en överväldigande nackdel: De är effektiva hinder mot att nya leverantörer ska kunna konkurrera om upphandlingskontrakten. Det är i sig ett tillräckligt skäl för att vara restriktiv med sådana krav.

Av 11 kap. 2 § LOU framgår att en upphandlande myndighet *får* ställa krav på en lägsta nivå för en anbudsgivares ekonomiska kapacitet. Att kraven *får* ställas, innebär med nödvändighet att de *inte behöver* ställas. Motsvarande bestämmelse i LOU-direktivet finns i art. 58 (3), som även den anger att krav *får* ställas.

Proportionalitetsprincipen innebär att krav på ekonomisk kapacitet *inte får ställas*, när de negativa effekterna av ett sådant krav överskuggar det syfte som eftersträvas. Det är en juridisk bedömning. Vid en affärsmässig bedömning måste man därtill fråga sig om det är smart att ställa krav som tenderar att begränsa konkurrensen. I en marknadsekonomi är det i allmänhet inte smart.

Möjligheten att åberopa annans kapacitet

Upphandlingslagstiftningen tillåter en leverantör att åberopa andra företags ekonomiska kapacitet. Leverantören ska då som huvudregel visa att den har tillgång till kapaciteten.³⁷ Ett sådant beviskrav är naturligt när fråga är om att åberopa kapacitet. Annars spelar själva åberopandet ingen roll. Men om den upphandlande myndigheten inte frågar (och för säkerhets skull förbjuder ett sådant åberopande) och bara kräver att leverans ska ske enligt avtalet, hur blir det då? Jo, då saknar hela frågan om andras kapacitet plötsligt betydelse. I stället har leverantören att bedöma om den tror sig om att kunna leverera enligt avtalet, låt vara med stöd av t.ex. koncernens samlade ekonomiska förmåga. Det är den enda bedömning som behöver göras. Den görs bäst av leverantören innan den lämnar anbud.

³⁶ Se t.ex. beträffande advokater 8 kap. 10 § RB.

³⁷ Se t.ex. 11 kap. 12 § LOU och LOU-direktivets art. 63 (1).

Ur den upphandlande myndighetens perspektiv spelar det knappast någon roll att en leverantör, som själv saknar den krävda ekonomiska styrkan, har tillgång till andras ekonomiska kapacitet, om tillgången inte också innefattar ett åtagande om att ställa resurserna till förfogande när de verkligen behövs. Utan ett sådant åtagande, blir kvalificeringskravet i praktiken innehållslöst. Ett sådant åtagande kan t.ex. utformas som en *proprieborgen*, där en eller flera borgensmän garanterar att leverantören kommer att fullgöra sina åtaganden, åtminstone i ekonomiska termer.

7.3.3 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

På motsvarande sätt förhåller det sig med en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Lagreglerna anger att en upphandlande myndighet *får* ställa krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet.³⁸ Det följer således av lagen att den upphandlande myndigheten *inte behöver* ställa sådana krav. Förhållandet tydliggörs genom 11 kap. 10 §, som bara är tillämplig ”om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet” (min kursivering). När så är fallet, anger bestämmelsen att uppgifterna ska kontrolleras och bedömas enligt 11 kap. 11 och 12 §§. Men det gäller, som sagt, bara när kraven alls har ställts.

När avtalsobjektet är ett resultat, spelar det i princip ingen roll *hur* leverantören åstadkommer det. Det viktiga är i stället *att* resultatet uppnås. Ett åtagande om att åstadkomma resultatet, innefattar därför att leverantören står risken för att den inte har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs och inte heller har tillgång till den på annat sätt. Det räcker.

Under förutsättning att avtalsinnehållet är ändamålsenligt, utgör det i sig påtagliga incitament för en leverantör att innan den lämnar anbud säkerställa att den har eller har tillgång till erforderlig teknisk och yrkesmässig kapacitet. Om den har det, kan den lämna anbud. Om den inte har det, är det bästa sättet att undvika ekonomiska problem att inte lämna anbud.

Åberopande av annans kapacitet

Även beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet tillåter lagstiftningen att en leverantör åberopar annans kapacitet. Medan det beträffande ekonomisk kapacitet närmast är fråga om att ett moderbolag eller annat koncernbolag ställer upp med ekonomiska muskler, kan det beträffande de här behandlade frågorna i större utsträckning vara fråga om vilken underleverantör som helst.

Förhållandena beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet skiljer sig däremot inte från dem som gäller för ekonomisk kapacitet: Om leverantören enligt avtalet står risken – eller en tillräcklig del av den – för att leverans inte kommer att ske i enlighet med avtalet, ligger det i leverantörens egen intresse att säkerställa att tillgång till erforderlig kapacitet finns. Det finns då inte heller anledning för en upphandlande myndighet att kontrollera att leverantörens bedömningar av förutsättningarna för leveransen är riktiga.

Däremot har i förslaget till ny LOU införts ett krav om att en upphandlande myndighet ska kräva att en leverantör säkerställer att dess underleverantörer uppfyller gällande arbetsrättsliga krav m.m., se 17 kap. 1, 2 och 4 §§. Kravet berör emellertid inte kvalificeringen av leverantörer.

³⁸ Se 11 kap. 2 § LOU, jfr LOU-direktivets art. 58 (1) som anger att urvalskriterier kan avse bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet.

7.3.4 Omfattande och komplicerade kontrakt

Behovet – reellt eller bara upplevt – av att ställa krav beträffande kapacitet ökar rimligtvis med avtalets omfattning. Ju större och mer komplicerat avtalet är, desto viktigare är det för den upphandlande myndigheten att leverantören klarar sina åtaganden. Den skada som uppkommer om ett projekt måste avbrytas och sedan starta om med en ny leverantör, kan vara mycket stor. Det talar för att myndigheten kan ha anledning att undersöka leverantörens kapacitet.

7.3.5 Vem vet bäst?

Mot en sådan kontroll talar emellertid det faktum att konkurs inte är någon särskilt bra affärsidé. Med ändamålsenligt utformade avtalsvillkor, drabbas framför allt leverantören om den inte klarar av att leverera enligt avtalet. Det ligger därför i leverantörens omedelbara intresse att inför avtalet – innan den lämnar anbud – bedöma sin egen kapacitet och ställa sig frågan: ”Kommer jag att klara det här?”. Om svaret är nekande, finns det ett säkert sätt att skapa ekonomiska problem: Det är att ändå lämna anbud och vinna upphandlingen. Och det finns ett absolut säkert sätt att undvika motsvarande problem: Det är att *inte* lämna anbud. Valet borde vara enkelt.

Mot detta kan naturligtvis anföras att det finns leverantörer som inte är seriösa och som chansar. Det är säkert sant. Men det beror rimligtvis till stor del på att det historiskt har lönat sig. Om det inte händer något, eller bara händer något litet, vid en utebliven leverans, är det värt risken att lämna anbud trots att man inte håller måttet. Den potentiella vinsten är högre än den reella risken. I en sådan ordning, finns det anledning för en upphandlande myndighet att kontrollera en anbudsgivares kapacitet. Men om risken höjs, så att en leverantör som inte tror sig om att kunna leverera tar påtagliga reella ekonomiska risker genom att lämna anbud, hur blir det då? De flesta kommersiella aktörer är trots allt rationella. Efter en tillväjningsfas – där upphandlande myndigheter faktiskt har ändamålsenliga avtalsvillkor och dessutom tillämpar dem – kommer rimligtvis de flesta leverantörer att kvalificera – eller diskvalificera – sig själva. Det är det enda rationella sättet för dem att agera på.

Det är leverantören som har bäst information om och kontroll över sin kapacitet. Det finns ingen anledning för en upphandlande myndighet att ta över – och ta ansvar för – den kontrollen. Låt i stället leverantörerna kvalificera sig själva!

7.3.6 Avtalslösning i stället för leverantörskvalificering

Leverantörskvalificeringen syftar till att den upphandlande myndigheten *i förväg* ska bedöma om leverantören kommer att kunna fullgöra sina åtaganden. Den syftar således till en prognos om framtiden. Liksom alla prognoser visar den sig ibland vara korrekt och ibland inkorrekt. Det gäller när prognosen har varit att leverantörerna kommer att kunna fullgöra sina åtaganden. När prognosen har varit den omvända – och leverantörerna således har diskvalificerats – finns däremot i stort sett aldrig något facit: Det blir aldrig fråga om att ställa prognosen mot verkligheten.

Upphandlingsrättsligt får leverantörskvalificeringen och utvärderingen av anbud inte sammanblandas. Det är enkelt när fråga är om leverantörens behörighet, men många gånger betydligt svårare när fråga är om övriga kvalificeringskriterier. En leverantör utan yrkesmässig kapacitet (och utan tillgång till andras yrkesmässiga kapacitet) är således inte kvalificerad att delta i utvärderingen, men skulle ändå vid en utvärdering eventuellt kunna erhålla åtminstone låga poäng såvitt avser leveransens kvalitet. Gränserna är inte alltid knivskarpa och beror delvis på hur kriterierna definieras i det enskilda fallet.

Motsvarande problem finns inte inom avtalsrätten. Där finns inga hinder mot att bortse från leverantörens kapacitet och i stället fokusera helt på dess leveransåtagande. Antag således att en upphandling avser leverans av ett objekt som på grund av högt ställda kvalitativa krav ställer motsvarande krav på leverantörens yrkesmässiga kapacitet. Upphandlingsrättsligt kan det hanteras som en kvalificeringsfråga, där leverantörens yrkesmässiga kapacitet bedöms. Det kan i stället hanteras som en utvärderingsfråga, där den i anbudet utlovade kvaliteten bedöms. I det förra fallet kan det visa sig att resultatet uteblir, eftersom leverantören trots sin kapacitet misslyckas med att åstadkomma resultatet. Så kan det bli även i det senare fallet, inte minst av det enkla skälet att leverantören vann utvärderingen trots att den inte fick full poäng i utvärderingen av kvalitet. I båda fallen uppkommer därtill frågan om leverantören har brutit mot avtalet och vad det får för konsekvenser.

Avtalslösningen

En avtalsrättslig lösning skulle i stället innebära att den upphandlande myndigheten inte kvalificerade leverantörerna och inte heller utvärderade kvalitet, utan bara pris. Alla hugade anbudsgivare skulle vara välkomna. I det avtal som upphandlingen syftade till, skulle den efterfrågade kvaliteten anges som en del av beskrivningen av avtalsobjektet. Det innebär att den vinnande leverantören – om den inte levererade i enlighet med beskrivningen – skulle begå avtalsbrott.³⁹

Men det är inte tillräckligt. Avtalsbrottet måste också få effekter. Sådana följer av regleringen i köplagen.⁴⁰ Eftersom köplagen är dispositiv, kan – och bör ofta – andra påföljder följa av avtalet. Antag att avtalet innebär att varje kvalitativ avvikelse ger den upphandlande myndigheten rätt att häva avtalet och företa ett täckningsköp, att det därtill ger dels rätt till skadestånd motsvarande skillnaden mellan det avtalade priset och priset enligt det anbud som kom på andra plats i utvärderingen (och där anbudsgivaren genom tilldelningsbeslutet har fått rollen som ”avbytare” för den händelse avtalet med den vinnande leverantören hävs), dels rätt till vite som har bestämts med beaktande av värderingen av den tidsutdräkt som avtalsbrottet orsakar. Med en sådan konstruktion, är det osannolikt att en okvalificerad leverantör väljer att lämna anbud. Och om den ändå gör det, är det knappast hela världen, åtminstone inte om värderingen av tidsutdräkten någorlunda svarar mot den upphandlande myndighetens behov.

³⁹ Se framför allt 17 § KöpL.

⁴⁰ Se 30 § KöpL med vidare hänvisningar.

8 Förenkling och konkurrens

Konkurrens är bra. Vårt ekonomiska system – marknadsekonomin – bygger på det antagandet. Mer än så: Alla marknadsekonomiska bedömningar bygger egentligen på det enkla antagandet.

Förekomsten av offentlig upphandling är en del av det marknadsekonomiska systemet och bygger på antagandet att marknadsekonomin är överlägsen planekonomin. Om så inte vore fallet, skulle ingen offentlig upphandling förekomma, utan produktionen i stället ske helt genom (den upphandlande) myndighetens – eller någon annan myndighets – försorg. Förekomsten av offentlig upphandling bygger följaktligen på antagandet att konkurrens är bra.

Konkurrens är framför allt bra för den som köper. För den som säljer, är det däremot bekvämt och trevligt att vara monopolist. I allmänhet är det också lönsamt. I offentlig upphandling är den upphandlande myndigheten köpare och således betjänt av konkurrensen mellan leverantörer.

Ur leverantörernas perspektiv – åtminstone de befintliga – är det däremot angeläget att begränsa konkurrensen. Leverantörer som uppfyller högt ställda kvalificeringskrav, ser därför i allmänhet gärna att kraven upprätthålls. Det begränsar konkurrensen och ökar följaktligen deras möjlighet att tilldelas kontrakt.

Inte minst för små – i allmänhet lokala – företag är varje extra moment som krävs för att lämna anbud en faktor som sänker värdet av att delta i offentlig upphandling. Det beror på att varje sådant moment tar tid i anspråk och därmed utgör en kostnad. Den potentiella vinsten om man tilldelas ett kontrakt, måste därför alltid vägas mot kostnaderna för att lämna anbud. Ju högre kostnaderna är, desto mindre benägen blir man att lämna anbud. Det är enkel matematik.

Det ligger i varje upphandlande myndighets intresse att skapa så goda förutsättningar som möjligt för konkurrens. Även det är en följd av det marknadsekonomiska systemet. Varje upphandlande myndighet måste därför sträva efter att undvika konkurrenshämmande konstruktioner. Det bästa och enklaste sättet att göra det, är att göra det så enkelt som möjligt att lämna anbud.

Ur ett konkurrensperspektiv – och därmed ur ett perspektiv som gynnar den upphandlande myndigheten – är det därför optimalt att inte ställa kvalificeringskrav för leverantörer och inte kräva mer av en leverantörs anbud än att det innebär ett åtagande att leverera vad den upphandlande myndigheten vill ha, att göra det på de av den upphandlande myndigheten föreskrivna villkoren och att det anger vad det kostar. Då är det enkelt att lämna anbud. Då lämnar rimligtvis fler företag anbud. Och då blir – om den ekonomiska teori som alltihop bygger på stämmer – villkoren bättre för den upphandlande myndigheten.

www.svensktnaringsliv.se

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00