

Kommersiella villkor i offentlig upphandling

Avtalsutformning och avtalsinnehåll

Författare: Jon Kihlman, advokat, jur. dr

Innehåll

Summering	2
Övergripande frågor	3
Kommersiella villkor / avtalsinnehåll	3
Avtals- och upphandlingsobjekt	3
Parterna	4
Avtalsbrott och mätbarhet	4
Övriga villkor	4
Avtalsvilkors funktion	5
Allt har ett pris	5
Skälighet	5
Avtalsrätt och upphandlingsrätt	6
Tidsaxeln	6
Avtal och kontrakt	6
Avtalsvillkor och underliggande reglering	6
Avtalstolkning	7
Avtalstolkning mot bakgrund av dispositiv rätt	8
Avtalstolkning vid duplicering av dispositiva regler	9
Avtalsinnehåll	10
Avtalsobjektet	10
Resultat eller process	10
Funktion eller teknisk specifikation	11
Immateriella rättigheter	12
SLA	12
Pris, prisjustering och betalning	12
Fakturering	13
Betalningstid och betalningsdröjsmål	13
Elektroniska fakturor	13
Övriga centrala villkor	14
Avlämnande och riskövergång	14
När?	15
Påföljder för avtalsbrott	16
Lagval	21
Tvistlösning	21
Andra villkor	22
Ikraftträdande, avtalstid m.m.	22
Ändringar och tillägg	23
Rangordning	23
Avveckling och överlämnande	23
Överlåtelse av rättigheter och skyldigheter	23
Sekretess, personlig integritet m.m.	24
Ändrade förhållanden	25
Slutord	26

Summering

Offentliga upphandlingar syftar till att åstadkomma avtal. Innehållet i sådana avtal är viktiga, om inte annat av det enkla skälet att offentlig upphandling omsätter väldigt mycket pengar. Och det är våra – skattebetalarnas – pengar.

Avtalsinnehållet består av en beskrivning av avtalsobjektet och av de övriga villkor som gäller för leveransen. Nästan alla sådana villkor fördelar risker mellan avtalsparterna. Eftersom risker i princip är kostnader, påverkar valet av avtalsreglering priset för leveransen.

Avtalsobjektet är anledningen till att det alls blir en upphandling och alls blir ett avtal. Beskrivningen av avtalsobjektet är därför det enskilt viktigaste villkoret i varje upphandling och i varje avtal. Den del av villkoren som beträffande offentliga upphandlingar brukar benämnas *kommersiella villkor* är inget annat än resten av avtalsvillkoren, eller snarare vad som är tänkt att bli resten av avtalsvillkoren.

Offentlig upphandling syftar till att tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Det är därför nödvändigt att myndigheten inför en upphandling inventerar och klargör sina behov, så att den vet vad den ska köpa. En sådan inventering innebär också att myndigheten får underlag för att utforma de kommersiella villkoren, eftersom de syftar till att stödja och tillgodose behoven. De kommersiella villkoren ska kommunicera myndighetens behov till leverantören och ge leverantören ändamålsenliga incitament för att tillgodose dem.

Kommunikation förutsätter att mottagaren förstår vad man vill ha sagt. Det ställer krav på den som utformar bl.a. kommersiella villkor. De bör därför utformas med beaktande av den generella tolkningsnorm som gäller inom avtalsrätten. De ska utformas så att en förnuftig person av samma slag som leverantören under motsvarande förutsättningar förstår vad som avses. Det enkla är därför nästan alltid det bästa.

Övergripande frågor

Varje upphandling syftar till att åstadkomma ett avtal. Det gäller för såväl den offentliga som den privata sektorn. Mot bakgrund av de summor som omsätts – för offentlig upphandling har för år 2015 angivits 642 miljarder kr¹ – ligger det nära till hands att tycka att de som köper bör vinnlägga sig om att avtalen är bra.

Bortsett från en del indignerade tidningsartiklar och politiska utspel, handlar emellertid den debatt som förs om offentlig upphandling sällan om avtalsinnehåll. Fokus är i stället oftast inriktat mot upphandlingsprocedur och formalia. Det är synd, eftersom ett bra avtal – eller snarare ett bra utkast till vad som kan komma att bli ett avtal – begränsar behovet av både procedur och formalia.

Kommersiella villkor / avtalsinnehåll

Vid offentliga upphandlingar brukar det som är tänkt att bli avtalsinnehåll benämnas ”kommersiella villkor”. Ibland begränsas termens innebörd så att den bara avser ”detaljer som är kopplade till föremålet för upphandlingen men inte reglerar kravet på föremålet i sig”.²

Åtminstone för syftet med den här skriften är en sådan distinktion onödig, för att inte säga direkt olämplig. Det finns ingen anledning att skilja mellan olika delar av vad som ska bli avtalsinnehåll. Tvärtom, ska det som är avsett att bli avtalsinnehåll behandlas som sådant. I avtalet anges reglerna för relationen mellan dem som till följd av upphandlingen blir *avtalsparter*.

Avtals- och upphandlingsobjekt

Beskrivningen av avtalsobjektet är den i särklass viktigaste delen av avtalsinnehållet. Den är utgångspunkt för bedömningen om leveransen är avtalsenlig eller inte. Det säger sig självt att en bra, ändamålsenlig, beskrivning underlättar en sådan bedömning. En god beskrivning förebygger således åtskilliga juridiska problem vid tillämpningen av avtalet, medan en sämre beskrivning i stället riskerar att skapa sådana problem.

Att beskrivningen av avtalsobjektet är den viktigaste delen av avtalsinnehållet innebär att beskrivningen av upphandlingsobjektet – som ju ska bli avtalsobjekt – är den viktigaste delen av varje offentlig upphandling. Beskrivningen av avtalsobjektet tjänar i upphandlingsskedet inte minst syftet att sälla fram lämpliga leverantörer. En upphandling av t.ex. ”godstransporter” sällar således bort i stort sett alla som inte arbetar med just godstransporter. En i förhållande till upphandlingens tänkta ändamål sämre objektsbeskrivning – såsom ”transporter” – ger däremot möjligen en del företag som ägnar sig åt persontransporter anledning att fundera över om de ska lämna anbud.

¹ Se Upphandlingsmyndighetens Statistik om offentlig upphandling 2017, s. 28:
http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/rapport_2017-11.pdf.

² Kammarkollegiets Vägledning om kommersiella villkor (2014:1):
<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/kammarkollegiet/vagledning/2014-1.pdf>.

Det är inte ovanligt att parter slarvar med beskrivningen av avtalsobjekt. I förlängningen av de juridiska problem som det riskerar att skapa ligger inte minst onödiga kostnader för parterna. I offentliga upphandlingar bestäms objektet regelmässigt av den upphandlande myndigheten. En god beskrivning får positiva effekter i såväl upphandlings- som avtalsstillämpningsskedet. Det finns följaktligen åtskilliga goda skäl för att beskriva objektet så ändamålsenligt som möjligt. Ingenting är viktigare, varken i offentlig eller annan upphandling.

Parterna

I offentlig upphandling benämns parterna upphandlande myndighet (LOU), eller upphandlande myndighet eller upphandlande enhet (LUF), och leverantör. Inom avtalsrätten (i vilken jag innefattar både slutande av avtal och all tillämpning av avtal) används i första hand termerna köpare eller uppdragsgivare å ena sidan och säljare eller uppdragstagare å andra sidan. Jag kommer i framställningen att använda dessa termer omväxlande utifrån vad jag bedömer passar bäst i olika situationer. Jag kommer också beträffande upphandlingsfrågor att utgå från LOU och inte särskilt behandla eller hänvisa till LUF.

Avtalsbrott och mätbarhet

Avtalsrätten förutsätter i realiteten att det finns en möjlighet att begå avtalsbrott. När en sådan saknas, blir kravet att avtal ska hållas inte mycket mer än tomma ord. Det märks kanske tydligast just beträffande avtalsobjektet. Om dess beskrivning tillåter leveranser inom mycket vida ramar, så att det i det närmaste blir omöjligt att inte uppfylla de sålunda ställda kraven, riskerar köparen att få något annat – ett annat objekt, en annan kvalitet eller kvantitet osv. – än vad den hade tänkt sig, utan att det ger den några rättigheter gentemot säljaren. Avtalsobjektet ska därför så långt det är möjligt uttryckas i precisa och mätbara termer.

Ibland fungerar inte det, eller fungerar det bara delvis. Vissa avtalsobjekt kan inte uttryckas på ett mätbart sätt. Det gäller inte minst åtskilliga konsulttjänster. Och när avtalsobjektet inte kan mätas, fungerar juridiken ganska dåligt. Det gäller både avtalsrätten och upphandlingsrätten. För sådana objekt får man finna andra lösningar, som i allt väsentligt bygger på andra tekniker än den omedelbart avtalsrättsliga: Eftersom det många gånger inte kommer att vara möjligt att med framgång hävda att leverantören begår avtalsbrott, finns det ingen anledning att lägga tid och kraft på att utforma påföljder för sådana. I stället bör kanske den avtalsrättsliga lösningen helt enkelt vara att köparen har rätt att säga upp avtalet oberoende av skäl.

Som tur är, går emellertid de flesta behov hos en köpare att beskriva i mätbara termer. För alla dem, fungerar vanlig avtalsrätt – med påföljder för avtalsbrott – alldeles utmärkt. Då fungerar även upphandlingsrätten mycket bättre. Det gäller bara för den upphandlande myndigheten att finna ett sätt att uttrycka sitt behov i sådana termer.

Övriga villkor

Alla övriga villkor – dvs. de som brukar sorteras in under rubriken ”Kommersiella villkor” – är beroende av hur avtalsobjektet har beskrivits. Om det är mätbart, ska övriga villkor bygga vidare på mätbarheten. Om det inte är mätbart, saknas inte minst anledning att bekymra sig om påföljder för avtalsbrott. Dit kommer man

ändå aldrig, eller åtminstone så sällan att det knappast är mödan värt att ägna tid och kraft åt att utforma påföljder. I båda fallen måste emellertid den som utformar villkoren bedöma hur de bäst kan tjäna det övergripande syftet att affären ska bli så bra som möjligt. Utgångspunkten för alla sådana bedömningar ska vara den upphandlande myndighetens behov.

Avtalsvillkors funktion

Avtalsvillkor kan ha en eller flera av totalt fyra funktioner eller ändamål. De kan syfta till att skapa ordning, fördela värden, fördela risker eller sammanfatta fördelningen av värden och risker.³ De kommersiella villkorens funktion är i allt väsentligt att fördela risker mellan parterna. Riskfördelningen är alltid 100-procentig. Varje risk som inte bärs av den ena parten bärs med nödvändighet av den andra. Och varje risk är en kostnad. De kommersiella villkorens yttersta funktion är därför att fördela de med riskerna förknippade kostnaderna mellan parterna.

Allt har ett pris

Ett av den upphandlande myndighetens behov är naturligtvis att inte behöva betala onödigt mycket för de nyttigheter som upphandlas. Insikten att allt har ett pris är därför en nödvändig beståndsdel i alla upphandlingar. Det gäller både beskrivningen av avtalsobjektet och övriga villkor, inte minst påföljderna vid avtalsbrott. Det finns således ingen anledning för en upphandlande myndighet att efterfråga en högre kvalitet än vad som behövs. Det höjer (förmodligen) priset utan någon däremot svarande nytta. Och det finns inte heller anledning att ha strängare påföljder än vad behoven påkallar. Även det höjer (förmodligen) priset utan någon däremot svarande nytta.

Omvänt gäller naturligtvis att det inte heller finns anledning att köpa en lägre kvalitet än vad man har behov av, eller att låta påföljderna vid avtalsbrott inte svara mot myndighetens behov. Varje upphandlande myndighet måste därför inför en upphandling ställa sig frågan: Hur ser våra behov ut? Först då finns förutsättningar för att det upphandlade avtalet blir bra!

Skälighet

Insikten att allt har ett pris innebär inte minst att frågan om skälighet bör förpassas till bakgrunden. Den behövs helt enkelt inte. Om leveranstiden är mycket viktig för den upphandlande myndigheten, bör den naturligtvis göras mycket viktig även för leverantören. Det sker enklast genom att priset för ett dröjsmål i upphandlingens kommersiella villkor – i första hand i form av vite eller skadestånd – utformas så att det ger leverantören mycket goda skäl att leverera i tid. Ett sådant vite kan naturligtvis framstå som högt – för att inte säga oskäligt. Det är emellertid en principiell missuppfattning, eftersom leverantören ännu inte har prissatt sin leverans eller sin risk. Det gör den först i anbudet. Och det är ju inte värre än att leverantören anpassar sitt pris till bl.a. den risk som villkoret innebär. Tydliga, beräkningsbara, villkor är i princip aldrig oskäliga i kommersiella förhållanden.

³ Se för en utförligare redogörelse avsnitt 2.5 i Svenskt Näringslivs rapport "Vad en upphandlande myndighet inte behöver göra", http://xn--avtalsrft-12a.com/images/Vad_en_upphandlande_myndighet_inte_beh%C3%B6ver_g%C3%B6ra.pdf.

Avtalsrätt och upphandlingsrätt

Tidsaxeln

Om man lägger ut en offentlig upphandling på en tidsaxel, ser man att upphandlingsrätten och avtalsrätten delvis överlappar, men i stor utsträckning ändå placerar sig i olika ändar av axeln. Upphandlingsrätten behandlar således i stor utsträckning tiden till och med att anbud lämnas, medan just den händelsen är startpunkten för det avtalsrättsliga intresset. Det som händer dessförinnan, kan visserligen vara tolkningsunderlag eller bli anbuds innehåll – och i ett senare skede avtalsinnehåll – men saknar i sig självt all avtalsrättslig betydelse. Avtalsrätten – och för den delen avtalslagen – börjar med att ett anbud lämnas.

Omvänt gäller att upphandlingsrätten, med några få undantag som på olika sätt har att göra med frågan om ett ändrat avtal inte egentligen är ett nytt avtal, förlorar nästan all betydelse när ett avtal väl har slutits. Framför allt gäller det tillämpningen av avtalet, som över huvud taget inte är en upphandlingsrättslig fråga.

Avtal och kontrakt

Avtalsrätten är formlös. Ett avtal kan se ut hur som helst, och behöver inte ens se ut. Det är således stor formell skillnad mellan ett avtal och ett (upphandlings)kontrakt, som enligt 1 kap. 15 § LOU är skriftligt. Det innebär inte att formlösa avtal inte kan vara bindande för en upphandlande myndighet. Det innebär bara att de särskilda rättsverkningar som är knutna till förekomsten av ett *kontrakt* förutsätter bl.a. skriftlighet.

Avtalsvillkor och underliggande reglering

Liksom alla andra avtalsvillkor, lever de kommersiella villkoren inte något eget liv. I större eller mindre utsträckning kompletteras de av, och samverkar med, underliggande reglering. Den kan i huvudsak vara av två slag: standardavtal eller lagstiftning. Härtill kommer i enskilda fall handelsbruk. Däremot finns det anledning att vara lite extra försiktig beträffande vad som i t.ex. 3 § KöpL benämns ”praxis som har utbildats mellan parterna”, eftersom sådan praxis skulle kunna vålla upphandlingsrättsliga problem, inte minst i förhållande till likabehandlingsprincipen.

Standardavtal måste i princip väljas av parterna för att bli gällande. Standardavtal som faktiskt blir tillämpliga, är därför med nödvändighet en integrerad del i de kommersiella villkoren.

Annorlunda är det med den underliggande dispositiva lagregleringen. Den blir i princip bara tillämplig för frågor som *inte* regleras i avtalet. Den funktionen ska emellertid inte underskattas. Den innebär nämligen att en upphandlande myndighet inte – lika lite som någon annan – i de kommersiella villkoren behöver reglera frågor som regleras på ett ändamålsenligt sätt i den underliggande lagstiftningen. Det räcker i stället att reglera önskade *avvikelser* från och *preciseringar* av den dispositiva regleringen.

Två enkla exempel från köplagen kan förtydliga detta. I en upphandling av varor vill en upphandlande myndighet säkerställa dels att leverantörer inte ska behöva betala skadestånd i force majeure-situationer, dels att den själv inte ska behöva undersöka de varor som levereras.

1. Skadeståndsfrågan hanteras lämpligen genom att inte göra någonting, eftersom det då följer av 27 § och 40 § KöpL – eller art. 79 om den internationella köplagen (CISG) skulle vara tillämplig – att säljaren inte ansvarar i sådana situationer. En motsvarande avtalsreglering tillför därför inget annat än onödig text.
2. Däremot behöver frågan om undersökning hanteras, eftersom den underliggande regleringen – 32 § KöpL eller art. 39 CISG – utgår från att sådan undersökning sker (jfr 31 § KöpL och art. 38 CISG). Regleringen måste således ändras. Enklast sker det genom att utgå från lagregeln, men göra erforderliga korrigeringar. Ett avtalsvillkor skulle därför mot bakgrund av 32 § 1 st. KöpL kunna se ut så här: ”Köparen får inte åberopa att varan är felaktig, om han inte lämnar säljaren meddelande om felet inom skälig tid efter det att han märkt felet (reklamation).”⁴ Det är då närmast omöjligt att förstå det faktum att lagregeln har modifierats endast genom att orden ”eller borde ha märkt” är borta, på annat sätt än att reklamation alltid får ske inom skälig tid efter det att köparen *faktiskt* har upptäckt felet.

Om man vill vara ännu tydligare – men det är knappast nödvändigt – kan man inleda med en markering om att 31 § har avtalats bort: ”Köparen behöver inte undersöka varan efter avlämnandet.”

Ändringen avser här bara 32 § 1 st. KöpL. Den berör däremot inte preskriptionsregeln i 32 § 2 st. KöpL. Den kvarstår därför oförändrad.

32 § 1 st. KöpL kan också tjäna som exempel på hur preciseringar – snarare än egentliga ändringar – kan göras. Den upphandlande myndigheten i exemplet vill också undvika eventuella framtida diskussioner om vad som egentligen är skälig tid efter det att den har märkt felet. I de kommersiella villkoren kan den därför också precisera den tid som den har på sig efter upptäckten: ”Köparen behöver inte undersöka varan efter avlämnandet. Köparen får inte åberopa att varan är felaktig, om han inte lämnar säljaren meddelande om felet inom två veckor efter det att han märkt felet (reklamation).”

Avtalstolkning

Det är inte ovanligt att avtal inte är så klara och tydliga som de borde vara. De måste därför i större eller mindre utsträckning tolkas. I teorin syftar all tolkning till att utröna vad parterna – eller den part vars utsaga tolkas – *egentligen avsåg*. I praktiken lyckas sällan det, eftersom en part som missgynnas av en teoretiskt korrekt tolkning lätt råkar få ganska dåligt minne när man i efterhand ska fastställa avsikten. I praktiken blir därför tolkningen oftast en fråga om att bedöma hur förnuftiga personer i parternas ställe skulle ha uppfattat avtalet eller – när fråga är om att tolka den ena partens utsaga – hur en förnuftig person i motpartens ställe skulle ha uppfattat utsagan.

När parter utformar avtal, bör de därför sträva efter att uttrycka sig så att en förnuftig person av samma slag som de själva skulle förstå vad de menar. När den ena parten utformar texten – såsom i allmänhet när fråga är om offentlig upphandling – ska den i stället uttrycka sig så att en förnuftig person av samma slag som motparten i en motsvarande situation skulle ha förstått vad som avsågs. I praktiken blir det i båda fallen emellertid många gånger snarare fråga om att uttrycka sig så att åtminstone en domare eller skiljeman förstår vad som avses.

⁴ Utan risk för tolkningsproblem kan man naturligtvis också byta ut pronomenet ”han” mot ”den” (myndigheten, köparen eller parten). Däremot är det nya pronomenet ”hen” knappast en lämplig beteckning för en myndighet eller annan juridisk person.

I offentlig upphandling är det regelmässigt den upphandlande myndigheten som utformar avtalsinnehållet, eftersom både beskrivningen av objektet och de kommersiella villkoren finns med redan i förfrågningsunderlaget. En tolkningsoperation blir därför i allmänhet en fråga om hur en förnuftig leverantör skulle ha uppfattat myndighetens utsagor. Förfrågningsunderlaget – och inte minst de delar av det som ska bli avtalsinnehåll – ska således utformas så att en förnuftig leverantör i den aktuella branschen förstår vad den upphandlande myndigheten menar. Otydligheter – dvs. sådana avsikter som inte ens en förnuftig leverantör skulle ha uppfattat – drabbar i första hand den som har formulerat dem, dvs. i allmänhet den upphandlande myndigheten.

Avtalstolkning mot bakgrund av dispositiv rätt

Den dispositiva rätten kan både hjälpa och stjälpa vid avtalstolkning. Om en text utformas i nära anslutning till lagtexten – såsom i exemplen med ändring och förtydligande av 32 § 1 st. KöpL ovan – är lagtexten till hjälp: Det är lätt att konstatera vilken dispositiv regel som har justerats och på vilka sätt den har justerats. Ju längre avtalstexten fjärras från lagtexten, desto svårare blir det emellertid att förstå hur den passar in i det system som ändå är tillämpligt. Två exempel från köplagen kan illustrera detta.

1. En säljares primära skyldighet enligt köplagen är att *avlämna varan*, se framför allt 22 § KöpL och – ännu tydligare – art. 30 CISG. Avlämnandet definieras i 6 § och 7 § KöpL (motsvarande art. 31 CISG) eller – i många avtal – genom hänvisning till Incoterms 2010. I avtalspraxis är det inte ovanligt att man i stället talar om att *leverera produkten*. Att ”produkten” knappast kan betraktas som något annat än en synonym till ”varan” är nog tämligen uppenbart. Däremot är det inte självklart att en ”leverans” ska betraktas som en synonym till ett ”avlämnande”, eftersom en vara som huvudregel ska betraktas som avlämnad långt innan den har kommit fram till köparen.
2. Enligt 21 § KöpL ska bedömningen av en varas avtalsenlighet göras vid riskövergången, som enligt 13 § nästan alltid sammanfaller med avlämnandet. I avtalspraxis förekommer det emellertid att en säljare anges ansvara för att varan är avtalsenlig när den *kommer fram till köparen*. Det skapar uppenbara problem om varan skadas efter riskövergången, men innan den kommer fram till köparen, eftersom skador efter riskövergången enligt 12 § KöpL inte befriar köparen från skyldigheten att betala (fullt pris) för varan.

I syfte att minimera tolkningsproblem bör den som utformar ett avtal därför vinnlägga sig om att i så stor utsträckning som möjligt använda den *terminologi* och den *systematik* som finns i den underliggande regleringen. Det skapar tydlighet och minimerar därmed behovet av att tolka avtalet. Det undanröjer – eller åtminstone begränsar – också behovet av att i avtalet särskilt definiera de termer som används, eftersom definitionerna följer redan av den tillämpliga lagen. Det är således bättre att ange att säljaren ska ”avlämna varan” än att den ska ”leverera produkten”. Och säljarens ansvar för varans beskaffenhet ska regelmässigt knytas till att risken går över till köparen.

Avtalstolkning vid duplicering av dispositiva regler

Det är inte heller ovanligt att avtal upprepar vad som ändå gäller enligt dispositiv rätt. Det tidigare exemplet med *force majeure* är det kanske vanligaste, men det finns åtskilliga andra lagbestämmelser som dupliceras i avtal. Det väcker i värsta fall följande fråga: Om parterna har valt att duplicera bestämmelserna x och y från den dispositiva regleringen, hur ska vi då förhålla oss till bestämmelsen z, som *inte* har duplicerats? Har parternas avsikt varit att den *inte ska tillämpas*? Frågan blir relevant, eftersom den dispositiva regleringen ska tillämpas när inget annat *följer av avtalet*, dvs. framgår av ett *tolkat* avtal.

All tolkning utgår från att parterna har haft en avsikt med allt vad de har gjort och skrivit. Ett konstaterande att parterna har fört in klausuler i avtalet utan att egentligen mena något med det, är således ett avsteg från utgångspunkten. Och avsikten med att föra in klausuler i avtalet som skulle ha gällt på samma sätt även om de inte fördes in, kan knappast ha varit någon annan än att markera att övriga dispositiva regler *inte ska tillämpas*. För att komma till slutsatsen att övriga dispositiva bestämmelser visst ska tillämpas, måste man nog konstatera att parterna *helt i onödan och utan någon egentlig eftertanke* har duplicerat vissa dispositiva bestämmelser. Det är inte särskilt smickrande för parterna. Parter bör följaktligen utforma sina avtal mot bakgrund av den underliggande dispositiva regleringen och begränsa sig till att i avtalet reglera *ändringar och förtydliganden* av vad som följer av den underliggande regleringen.

Avtalsinnehåll

Som har angivits ovan, kan avtalsinnehållet delas in i två delar: dels själva *avtalsobjektet*, dels alla *övriga villkor*, dvs. vad som i upphandlingssammanhang brukar benämnas *de kommersiella villkoren*. Inledningsvis kommer avtalsobjektet att behandlas tillsammans med några villkor som närmast är en del av objektet. Därefter kommer att behandlas först sådana övriga villkor som har en omedelbar koppling till avtalsobjektet och avslutningsvis sådana villkor som saknar sådan omedelbar koppling.

Avtalsobjektet

Avtalsobjekt kan vara av två principiellt skilda slag. De kan antingen avse ett resultat eller en process. Resultatavtalen kan därtill beskrivas antingen som en funktion eller med en teknisk specifikation. Parter bör sträva efter att beskriva avtalsobjektet som ett resultat. Då har avtalet större möjligheter att fungera. Däremot är det ingen principiell skillnad mellan en funktionell beskrivning och en teknisk specifikation. Det valet bör i stället göras utifrån förutsättningarna i det enskilda fallet.

Resultat eller process

Mjölk är en tämligen enkel produkt. Den mjölk som finns att köpa är emellertid resultatet av en omfattande process: Mjölkkor ska hållas, utfodras och mjölkas. Fodret får inte innehålla gifter m.m. som kan påverka mjölken. Mjölken ska pastöriseras, homogeniseras och behandlas även på andra sätt, som alla ska uppfylla krav på hygien m.m. Förpackningar ska tillverkas och mjölken ska förpackas, transporteras och förvaras, även det i enlighet med relativt stränga krav på hygien m.m. Hela denna process resulterar i den mjölk som vi köper i affären. *Men den syns inte i avtalet om köp av mjölk.* Där är avtalsobjektet i stället bara ”mjölk”, med viss fetthalt – som anges inte minst genom förpackningens färg – och andra egenskaper av vilka en del framgår av förpackningen – som är en del av säljarens erbjudande till köparen och som i förlängningen kommer att utgöra avtalsinnehåll – medan andra följer av tillämpliga författningsregler. Att avtalet avser *resultatet* av hela processen, innebär att mjölkköparen inte står risken för att processen har genomförts enligt ovan. I relationen till slutkonsumenten, är det ansvaret i stället säljarens (affärens) som i sin tur kan rikta eventuella anspråk mot sin säljare osv.

Antag att avtalet i stället innebär att leverantör skulle följa den *process* som krävs för att åstadkomma slutprodukten mjölk. Risken för att resultatet blir något annat än mjölk – eller att det avviker från de övriga krav beträffande t.ex. hygien, gifter och hållbarhet som vi normalt förknippar med mjölk – skulle då ligga på köparen *om leverantören bara har utfört processen korrekt*, dvs. har *agerat* i enlighet med de avtalade kraven.

Ur en köparens perspektiv saknar det i allmänhet betydelse *hur* ett objekt har åstadkommit, så länge processens resultat svarar mot köparens behov. I alla sådana situationer – och de är rimligtvis i överväldigande majoritet – saknas det anledning att bekymra sig – och följaktligen också att avtala – om *hur* leverantören ska åstadkomma det avtalade resultatet. *En köpare bör därför sträva efter att uttrycka avtalsobjektet som ett resultat, och inte bekymra sig om processen som leder till resultatet.*

Det sagda begränsas emellertid av vad som kan följa av beskrivningen av avtalsobjektet. Antag således att mjölkens kvalitet och övriga egenskaper inte påverkas av hur korna mår, men att man ändå vill ha mjölk från ”glada kor”. Det kan då finnas anledning att ställa särskilda krav beträffande förhållandena i ladugården m.m.

Underleverantörer

Det sagda innebär naturligtvis också att det – utöver sådana förhållanden som behandlas i t.ex. 13 kap. LOU och som har helt andra syfte än att tillgodose behovet av avtalsobjektet – saknas anledning att bry sig om ifall leverantören tar hjälp av underleverantörer för att fullgöra sina åtaganden. Oberoende av hur leverantören väljer att organisera sig – med anställda eller underleverantörer – ansvarar den ensam för sina åtaganden gentemot den upphandlande myndigheten. Det gäller i avtalsförhållandet och bör därför påverka även upphandlingsförfarandet. En upphandlande myndighet kan följaktligen med gott samvete hoppa över alla kvalificeringskrav som avser redogörelse för eventuella underleverantörer m.m.

Funktion eller teknisk specifikation

Funktionsupphandlingar har på senare tid kommit på modet. Ofta har de diskuterats som om de skulle innebära något nytt. De har emellertid alltid funnits och utan problem kunnat passas in i befintliga regelverk. Funktionsupphandlingar är inget annat än vanliga upphandlingar i vilka avtalsobjektet beskrivs i funktionella termer.

Antag således att planerna på att bygga 22 000 nya bostäder i Segersång och Hemfosa söder om Stockholm skulle bli verklighet.⁵ Det skulle sannolikt medföra behov av utökad kollektivtrafik. Låt oss säga att behovet uppgår till 50 000 personer per dag till och från Stockholms central och att behovet ska tillgodoses genom offentlig upphandling. Med befintliga pendeltåg tar en resa till Stockholms central ca 50 minuter.

En vanlig upphandling skulle föranleda åtskilliga utredningar om behovet av nya spår, tågtyper, miljöaspekter m.m., och så småningom resultera i beslut om hur transportererna ska arrangeras och därpå följande upphandlingar av spårentreprenad, tåg, tågdrift m.m.

En funktionsupphandling skulle i stället kunna innebära att leverantören ska tillhandahålla *persontransporter till och från Stockholms central*, att transportererna i genomsnitt inte får ta längre tid än t.ex. 35 minuter och aldrig mer än 45 minuter, att utsläppen av växthusgaser inte får överstiga vissa värden osv. Inom de angivna funktionella ramarna, får emellertid leverantörerna göra hur de vill. Om det sedan blir tåg, linbanor, taxi eller någon annan lösning återstår att se.

I båda fallen kommer avtalsobjektet att kunna mätas i efterhand. Det kommer således att gå att utkräva påföljder för avtalsbrott om leverantören inte levererar i enlighet med sitt åtagande. Skillnaden ligger bara i hur avtalsobjektet har beskrivits i upphandlingen. Nyare än så, är funktionsupphandlingar inte.

Avgörande för valet mellan funktion och teknisk specifikation bör vara inte minst hur kompetensen är fördelad mellan den upphandlande myndigheten och leverantörskollektivet. Om myndighetens kompetens är högre, bör myndigheten ställa specifiserade tekniska krav. Om däremot kompetensen är högre hos leverantörerna, är det i allmänhet bättre att myndigheten beskriver den funktion den vill ha, och överlämnar beslut om tekniska lösningar till leverantörerna.

⁵ Se <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2017/09/forslag-pa-nio-nya-hallbara-stadsdelar-och-stader/>.

Immateriella rättigheter

Ibland reglerar avtal vad som händer med immateriella rättigheter. Det är ofta onödigt. Det följer i stället i allt väsentligt av den valda avtalstypen. Om avtalet avser *upplåtelse* av en nyttjanderätt – såsom en licens – följer det redan av definitionen av avtalstypen att äganderätter – såsom immaterialrätter – inte övergår till kunden, utan bara får nyttjas under avtalstiden. Om avtalet i stället avser en *överlåtelset* – såsom ett köp – är syftet definitionsmässigt att äganderätten till objektet ska övergå till köparen. Men det är bara äganderätten till det överlåtna objektet som övergår. Ingen förnuftig köpare av t.ex. en dator skulle få för sig att den genom köpet av datorn på köpet också får upphovsrätten till t.ex. Microsoft Office eftersom det är installerat i datorn, så att Microsoft plötsligt skulle behöva betala royalty till datorköparen för varje såld programvara. Med eller utan särskild reglering omfattas programvaran bara av en begränsad nyttjanderätt.

SLA

Service level agreements är en ganska märklig företeelse som har att göra med dels vad som är avtalsobjekt, dels med en omotiverad rädsla för avtalsbrott. Ett typiskt SLA innebär att leverantören inte åtar sig att leverera 100 procent, utan bara t.ex. 98 procent, av vad kunden helst skulle vilja ha. Anledningen är att det ibland går fel, och att leverantören då skulle komma att begå avtalsbrott om leveransåtagandet var 100 procent.

Men det är inte hela världen att begå avtalsbrott. Det är ju mest en fråga om konstruktion. Den ovan beskrivna situationen kan hanteras på åtminstone två olika sätt i avtal. Antingen åtar sig leverantören att leverera 100 procent, eller också åtar den sig bara att leverera 98 procent. I det förra fallet innebär en 98-procentig leverans att leverantören begår avtalsbrott, medan en sådan leverans i det senare fallet är avtalsenlig.

Kunden är emellertid förmodligen inte beredd att betala lika mycket om avtalet bara ger 98 procent. Antag att betalningsviljan är linjär, så att kunden då bara vill betala 98 procent av vad den skulle ha varit beredd att betala för en 100-procentig leverans. Det blir då ingen skillnad mellan alternativen, om avtalet om 100 procent också innehåller en klausul om att kunden har rätt till prisavdrag – som ska beräknas linjärt – om leveransen understiger 100 procent. Det skulle visserligen vara ett avtalsbrott, men det skulle inte vara hela världen. Det skulle inte få någon annan effekt än en däremot svarande prisjustering. Konstruktionen skulle emellertid ge leverantören bättre incitament att tillhandahålla vad kunden – rimligtvis – helst vill ha: en 100-procentig leverans.

Pris, prisjustering och betalning

Medan en säljares huvudsakliga skyldighet är att leverera avtalsobjektet – inom köplagens tillämpningsområde att avlämna en avtalsenlig vara – är varje köpares däremot svarande skyldighet att betala det avtalade priset. Priset eller sättet för beräkning av priset är därför ett centralt moment i de flesta avtal. Inom offentlig upphandling är priset naturligtvis betydelsefullt även eftersom det i många fall är avgörande för utvärderingen av anbud och tilldelningen av kontrakt.

Liksom för alla andra villkor i ett avtal, är det enkla ofta det bästa. Det orsakar färre tolkningsmöjligheter och därmed färre problem. Bäst är således – åtminstone ur den aspekten – ett fast pris. Näst bäst är en enkel beräkningsmodell för priset, såsom pris per tidsenhet, antal eller avstånd.

Av samma skäl är det i allmänhet bra att undvika prisjusteringsklausuler. De blir lätt komplicerade och orsakar meningsskiljaktigheter mellan parterna. Så länge avtalstiden inte är alltför lång, är det många gånger bättre med ett fast pris – eller en fast beräkningsmodell – under hela avtalsperioden. Det innebär i princip att avtalet kommer att vara lite för dyrt i början och lite för billigt i slutet, men det jämnar i allmänhet ut sig. Ju längre avtalstiden är, desto större blir emellertid behovet av justeringsmöjligheter. Då bör enkla lösningar väljas, såsom anknytning till ett relevant index. Särskilt i offentliga upphandlingar, bör parterna inte ges möjlighet att omförhandla villkor (i första hand priset). Sådana omförhandlingar riskerar alltid att gå för långt och föranleda en talan om ogiltighet. I stället bör mätbara förändringar i omvärlden – såsom en förändring av KPI – skapa en omedelbar och av parternas dispositioner oberoende rätt till en förutbestämd prisförändring.

Fakturering

Krav beträffande fakturors utformning ska svara mot mottagarens behov. Det finns däremot ingen anledning att därutöver ställa krav på deras innehåll. Ett enkelt och väl avvägt sätt att skapa incitament för leverantören att tillgodose sådana krav är att avtala om att betalning ska ske inom viss tid efter det att faktura som uppfyller den angivna kraven har skickats. De flesta leverantörer vill ha betalt och kommer därför – åtminstone efter första gången – att utforma sina fakturor i enlighet med kraven.

Betalningstid och betalningsdröjsmål

Det är vanligt att avtal reglerar vad som händer om betalning inte sker i tid. Det är i allmänhet onödigt. Om inget annat följer av avtalet, gäller följande när köparen inte betalar. Under de första 30 dagarna händer ingenting. Därefter börjar dröjsmålsränta löpa, se 4 § RänteL. Dröjsmålsräntan uppgår till referensräntan med tillägg av åtta procentenheter. Referensräntan är f.n. –0,5 procent. Dröjsmålsräntan är således 7,5 procent. Härtill kommer att den betalningsskyldiga parten utöver dröjsmålsränta också enligt 4a § lagen (1981:739) om ersättning för inkassokostnader m.m. är skyldig att betala förseningsersättning med 450 kr. Den som är nöjd med detta, behöver inte belasta avtalet med vare sig betalningstid eller påföljd vid försenad betalning.

Elektroniska fakturor

Med anledning av Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/55/EU av den 16 april 2014 om elektronisk fakturering vid offentlig upphandling, finns det ett lagförslag enligt vilket fakturering ska ske i elektronisk form.⁶ Faktureringen ska överensstämma med en i lagen angiven standard för elektronisk fakturering. Parterna föreslås emellertid kunna avtala om att fakturering i stället ska ske i annan elektronisk form.

Kravet föreslås gälla i upphandlingar som påbörjas den 1 april 2019 eller senare. För tidigare påbörjade upphandlingar måste en upphandlande myndighet som vill föregripa lagen och säkerställa att fakturering sker i elektronisk form särskilt ange detta i upphandlingens kommersiella villkor. För upphandlingar som påbörjas senare, måste i stället den myndighet som vill avvika från den dispositiva standarden för elektroniska fakturor ange detta i de kommersiella villkoren. I båda fallen gäller naturligtvis att den upphandlande myndigheten inte behöver göra något, om den är nöjd med den dispositiva regleringen.

⁶ Prop. 2017/18:153.

Övriga centrala villkor

De centrala avtalsvillkoren kan sammanfattas med några enkla frågor. De ska i första hand besvara frågorna *vad* som ska levereras, ibland – men inte så ofta – *hur* det ska levereras, *var* och *när* det ska levereras och *vad som händer* om det inte levereras enligt avtalet. Så mycket värre än så är det inte.

Beskrivningen av avtalsobjektet ger svar på den första frågan genom att ange *vad* som ska levereras. Den andra frågan – *hur* leverans ska ske – är i princip bara av betydelse för kringliggande åtaganden, såsom miljöaspekter beträffande produktion, jämställdhet på arbetsplatsen och frånvaro av barnarbete m.m., men har sällan betydelse för den egentliga leveransen. Den behöver därför sällan vare sig ställas eller besvaras i avtalet och följaktligen inte heller i upphandlingen.

Frågan *när* leverans ska ske är i de flesta avtal enkel att hantera genom att avtalet anger ett datum, en tidsperiod eller – helst – ett klockslag. Den hänger emellertid intimt ihop med frågan *var* leveransen ska ske. Utan svar på den, är själva tidsangivelsen inte mycket värd.

Avlämnande och riskövergång

Definitionerna av avlämnande och riskövergång är centrala i alla köpavtal. Avlämnandet är således av avgörande betydelse för bedömningen om en leverans har skett i tid, se t.ex. 22 § KöpL. En säljare är följaktligen i *dröjsmål*, om varan inte avlämnas, eller om den avlämnas för sent. På motsvarande sätt anger 21 § KöpL att bedömningen om en vara är avtalsenlig eller felaktig – den s.k. *felbedömningen* – ska göras vid riskövergången. Det säger sig självt, att det är svårt att ta ställning till frågorna utan att känna till definitionerna av avlämnande och riskövergång. I köplagen framgår de av i första hand 6 §, 7 § och 13 §. 21 § KöpL kompletteras av 12 §, som anger att skador på varan *efter riskövergången* inte påverkar köparens skyldighet att betala för varan. Enligt 13 § KöpL går risken med några få undantag över till köparen vid avlämnandet. 6 § KöpL anger som huvudregel att köparen ska hämta varan hos säljaren och att avlämnandet sker när köparen har tagit hand om varan. 7 § KöpL reglerar s.k. transportköp, vid vilka avlämnandet som huvudregel sker när säljaren överlämnar varan till transportören. Inget hindrar emellertid att parterna avtalar om andra lösningar. Vanliga sådana lösningar är att parterna anger att varan ska levereras ”fritt” köparens adress, eller att de hänvisar till någon av klausulerna i Incoterms 2010.

Funktionerna avlämnande och riskövergång är emellertid inte isolerade till varuköpen. De finns – eller kan åtminstone finnas – för alla avtal genom vilka en leverantör åtar sig att tillhandahålla ett resultat. Ett avtal om att flytta väggar i och måla om ett rum har t.ex. påtagliga likheter med en varuleverans: Inget hindrar att parterna kommer överens om en tidpunkt vid vilken arbetet ska vara klart – ett ”avlämnande” – och vid vilken bedömningen ska göras om väggarna har flyttats till rätt ställen, om färgen är avtalsenlig m.m., motsvarande riskövergången. Däremot passar den del av riskövergången som följer motsatsvis av 12 § KöpL inte särskilt bra för sådana avtal: Risken för att blixten slår ner och rummet brinner upp, ligger rimligtvis inte på hantverkarna.

Det förekommer att en säljare utöver sitt åtagande att leverera en vara också åtar sig att utföra en tjänst, t.ex. att installera varan hos köparen. Frågan om det då egentligen är en tjänst – installation av en vara – eller ett köp – varuleverans inklusive installation – är i allmänhet av underordnad betydelse. Avlämnandet och riskövergången är

emellertid fortfarande av avgörande betydelse. Många köprättsliga leveransvillkor – inte minst de i Incoterms 2010 – fungerar dock dåligt, eftersom de utgår från själva varuleveransen. Icke desto mindre måste samma frågor hanteras som vid en enkel varuleverans: Vid vilken tidpunkt ska säljaren ha fullgjort sina åtaganden (tiden för avlämnande)? Var ska varan installeras (platsen för avlämnande)? När ska bedömningen göras om säljaren har levererat i enlighet med avtalet (riskövergången)? Att en del leveransklausuler inte passar dessa situationer, innebär inte mer än att det är bättre att använda andra. De rubriker som finns till varje Incoterms-klausul är många gånger en utmärkt checklista för att utforma en egen leveransklausul.

När?

Frågan *när* leverans ska ske är i första hand kopplad till det resultat som ska åstadkommas. För köpavtal ska således bedömas vid vilken tidpunkt varan ska avlämnas, medan det för åtskilliga avtal om tjänsteveranser i stället blir fråga om att bedöma när tjänsten ska vara avslutad och resultatet uppnått. Bedömningen vållar sällan problem, eftersom leveranstiden oftast framgår av parternas avtal, antingen som en bestämd tid, eller som en viss tid efter t.ex. ett avrop. Särskilt för köpavtalen bör emellertid noteras att tiden anger när varan ska *avlämnas*. Den säger däremot inget om när varan *kommer till köparen*, åtminstone inte om den inte ska avlämnas där.

För avtal som inte avser resultat är tidsbestämningen i allmänhet i stället den tid under vilket arbetet ska utföras. Det är således mer fråga om en motsvarighet till vanlig arbetstid än om en tidpunkt vid vilken ska bedömas om leverans faktiskt har skett.

Köplagens reglering av tiden för avlämnande finns i 9 §. Motsvarande reglering för internationella köp finns i art. 33 CISG: Bestämmelserna anger som dispositiv huvudregel – dvs. när parterna inte har avtalat om någon tid – att varan ska avlämnas *inom skälig tid från köpet*. Om parterna har avtalat att leverans ska ske under en tidsperiod – t.ex. under juni månad – och om det inte följer av avtalet att köparen får precisera leveranstiden, får säljaren välja när under perioden som den vill leverera.

Ibland förekommer det att en säljare vill leverera före den avtalade tiden. Det är naturligtvis tillåtet om avtalet anger att leverans ska ske *senast* en angiven tidpunkt. Om avtalet däremot anger en bestämd tidpunkt vid vilken leverans ska ske, får säljaren i princip inte leverera tidigare. För internationella köp anges det uttryckligen i art. 52 CISG. Köplagen har visserligen ingen motsvarande reglering, men regeln anses ändå gälla även för nationella köp.

För i stort sett alla avtal är rekommendationen enkel: Det ska framgå av avtalet när säljaren ska fullgöra sina åtaganden. Bestämningen ska – liksom de flesta liknande bestämmelser – svara mot köparens behov. Särskilt viktigt att komma ihåg är att tidsbestämningen avser avlämnandet och ingen annan händelse.

Några klausuler

1. *Varan ska avlämnas den 24 december kl. 14.45.*

Klausulens anger leveranstidpunkten men säger inget om själva avlämnandet. Varan ska därför enligt 6 § KöpL (jfr art. 31 (c) CISG) avlämnas hos säljaren.

2. *Varan ska levereras fritt köparens adress den 24 december kl. 14.45.*

Klausulen anger inte bara leveranstidpunkten, utan också var avlämnandet ska ske. Av 7 § 3 st. KöpL följer därför att varan ska ha kommit fram till köparens adress i god tid innan Kalle börjar. CISG har ingen motsvarande definition av just villkoret ”fritt”, men verbet ”deliver” motsvarar köplagens avlämnande (se inte minst art. 30 CISG), så en motsvarande klausul skulle ange att *”the goods shall be delivered at the buyer’s address on December 24 at 14.45”*.

3. *Varan ska levereras FCA (säljarens adress) Incoterms 2010, den 24 december kl. 14.45.*

Klausulen innebär att köparen ansvarar för att ett transportmedel finns på säljarens adress i så god tid att säljaren kan låta lasta varan på transportmedlet. Säljaren har fullgjort sin skyldighet att avlämna varan när den har lastats på transportmedlet inom den angivna tiden.

4. *Varan är avlämnad när den har installerats på i bilaga 1 angiven plats hos köparen. Varan ska avlämnas den 24 december kl. 14.45.*

Klausulen innebär att säljaren inte bara ska leverera varan, utan också installera den hos köparen. Leveransen av varan och installationstjänsten har slagits ihop till ett åtagande, så att varan inte ska anses vara levererad förrän den har installerats. Det innebär bl.a. att risken för att den förstörs inte går över till köparen förrän när installationen är klar, liksom – vilket är viktigare – att felbedömningen inte görs förrän då.

Påföljder för avtalsbrott

Det finns många olika påföljder för avtalsbrott. De vanligaste är att en avtalsbrytande part ska reparera ett fel eller tillhandahålla en ny – avtalsenlig – prestation, ett prisavdrag som svarar mot ett fel, att en part har rätt att helt eller delvis häva avtalet och att den part som har drabbats av ett avtalsbrott har rätt till skadestånd. Rätten till skadestånd byts många gånger helt eller delvis ut mot en rätt till vite. Vid betalningsdröjsmål finns ett lagstadgat vite i form av dröjsmålsränta.

Förutsättningar för påföljd, särskilt skadestånd

Utgångspunkten för samtliga påföljder är att en part har brutit mot avtalet, dvs. att den inte har fullgjort sina prestationer i enlighet med avtalet. För många av påföljderna räcker det. Ansvar sägs då vara *strikt*. I några fall krävs emellertid någon ytterligare kvalifikation. Rätten att häva ett avtal eller kräva omleverans förutsätter således i allmänhet att avtalsbrottet är av väsentlig betydelse, se t.ex. 25 §, 34 §, 39 §, 54 § och 55 § KöpL, medan rätten till skadestånd som huvudregel förutsätter att den avtalsbrytande parten har varit vårdslös (försumlig eller culpös) för att den ska vara skadeståndsskyldig. Köplagen gör i 27 §, 40 § och 57 § undantag från huvudregeln såvitt avser s.k. direkta förluster, genom att ange att det räcker att en händelse har legat inom den avtalsbrytande partens kontroll för att ersättning ska utgå. Ett force majeure-undantag är således egentligen en *ansvarsökning* i förhållande till den underliggande generella ansvarsgrunden vårdslöshet!

Skadeståndspåföljden förutsätter också att en skada har uppkommit. Den ska vara mätbar i pengar. Härtill krävs att det finns ett orsakssamband mellan ansvarsgrunden och skadan. I avtalsförhållanden krävs således regelmässigt att en part har brutit mot avtalet och att det har medfört en ekonomisk skada för motparten. Det räcker emellertid inte. Härtill krävs att en särskild ansvarsgrund – vårdslöshet eller ibland händelse inom partens kontroll – finns och att även den omfattas av orsakssambandet.

Skadestånd och vite

Offentlig verksamhet syftar i stor utsträckning till att tillgodose medborgarnas behov av olika nyttigheter. Det innebär emellertid att det många gånger inte är en upphandlande myndighet som drabbas när en leverantör begår avtalsbrott. Avtalsbrottets effekter drabbar i stället medborgarna, som *inte är leverantörens motpart i avtalet*. Den upphandlande myndigheten kan – paradoxalt nog – *tjäna på avtalsbrottet*, eftersom den genom det kan slippa betala för den avtalade leveransen. *Medborgarnas skada är inte myndighetens skada.*

Däremot kan en myndighet naturligtvis drabbas ekonomiskt på andra sätt. Den kan t.ex. bli skadeståndsskyldig gentemot medborgarna för att den inte tillhandahåller en viss nytta. Den kan också drabbas av kostnader, t.ex. för s.k. täckningsköp (jfr 68 § KöpL) eller i enstaka fall i form av upphandlings-skadeavgift. När sådana kostnader har orsakats av leverantörens avtalsbrott och kompletterande ansvarsgrunder, kan de naturligtvis vara ersättningsgilla i form av skadestånd. I många fall är emellertid skadeståndspåföljden värdelös vid offentlig upphandling, eftersom ett avtalsbrott inte kommer att leda till någon skada för den upphandlande myndigheten. Då måste myndigheten överväga att låta avtalet innehålla andra ekonomiska påtryckningsmedel, i första hand i form av vite.

Ett vite är ett schabloniserat och förutbestämt skadestånd. Det bör ange förutsättningarna för att ersättning ska utgå – i allmänhet avtalsbrott, ibland även någon kompletterande ansvarsgrund – och med vilket belopp, eller enligt vilken beräkningsgrund, ersättning ska utgå. Om beloppet är lägre än en sannolik skada, innebär viteskonstruktionen en ansvarsbegränsning. Om det i stället är högre, medför konstruktionen en skärpning av ansvaret.

Viten är praktiska. De gör det möjligt för en part att markera hur viktigt den anser att motpartens åtagande är. Markeringen innebär samtidigt att effekten av ett avtalsbrott är förutsebar för motparten. Viten skapar därmed förutsättningar för en mer exakt och genomtänkt prissättning. Det finns åtskilliga skäl för en upphandlande myndighet att sträva efter att i så stor utsträckning som möjligt ersätta den dispositiva skadeståndspåföljden med avtalade viten.

Direkta och indirekta skador

Köplagen skiljer mellan direkta och indirekta skador (eller förluster). De indirekta skadorna definieras i 67 § 2 st. KöpL och kan sammanfattas som *uteblivna resultat-tillskott*, i första hand utebliven vinst och i andra hand uteblivna rationaliseringar. Offentliga upphandlingar syftar sällan till att generera vinst, om inte annat eftersom det i allmänhet inte är upphandlande myndigheters ändamål. I undantagsfall sker dock offentliga upphandlingar i syfte att rationalisera verksamheten. Ett exempel från tiden för köplagens tillkomst är att domstolarna då började använda s.k. ordbehandlingsmaskiner – ett slags mycket primitiva datorer – i stället för skrivmaskiner. Skrivmaskinerna sköttes av sekreterare, vilka således skulle rationaliseras bort. En utebliven eller försenad leverans skulle fördröja en sådan rationalisering och den därav föranledda besparingen. Det skulle vara en indirekt förlust.

Det är emellertid mycket sällan som en upphandlande myndighet lider någon indirekt förlust. Frågan om eventuella indirekta förluster är därför i stort sett betydelselös inom offentlig upphandling. Eventuella ansvarsbegränsningar med innebörden att indirekta förluster inte ska ersättas – många gånger med undantag för grov vårdslöshet eller uppsåt – är följaktligen också oftast betydelselösa.

Försäkringsskyldighet

I en del avtal föreskrivs att en leverantör måste ha försäkringsskydd. Det är en i princip onödig reglering, eftersom det i första hand är upp till leverantören att bedöma om den ska vara försäkrad eller inte. Det är i allmänhet bättre att reglera leverantörens skadeståndsansvar och sedan låta leverantören bedöma om den behöver försäkringsskydd.

En leverantörs ansvarsförsäkring ska täcka dess skadeståndsskyldighet, inklusive skyldighet att betala vite m.m. Om man trots allt kräver att leverantören är försäkrad, finns det därför aldrig anledning att kräva ett mer långtgående försäkringsskydd än vad som föranleds av avtalets reglering av ersättningsfrågorna.

Skadestånd eller vite är substitut för den egentliga avtalsuppfyllnaden. En försäkring är ett sätt för en leverantör att "outsourca" sitt ansvar, eftersom den innebär att leverantören slutligt inte behöver bära konsekvenserna av sitt avtalsbrott. I stället för att kräva att leverantören ska vara försäkrad, borde upphandlande myndigheter därför överväga att kräva att leverantören *inte* skulle få vara försäkrad. Det skulle nog ibland öka sannolikheten för att leverans skedde enligt avtalet! I slutänden är det nog i och för sig bättre att inte ställa ett sådant krav. Men tanken bör ändå tänkas, eftersom den riktar fokus mot vad som är viktigast: en avtalsenlig leverans eller ersättning vid en avtalsstridig leverans.

Hävning och uppsägning

Att ett avtal hävs, innebär att de prestationer som hävningen avser antingen inte behöver utföras eller – om de redan har utförts – ska gå tillbaka, se t.ex. 64 § KöpL. När ett avtal är delbart, såsom när ett köp avser tio lådor äpplen, kan en hävning på grund av att några exemplar var felaktiga avse endast den felaktiga delen, medan avtalet i övrigt står fast.

Det är praktiskt om begrepp används på ett entydigt sätt. Det är därför praktiskt att skilja mellan hävning och uppsägning, förslagsvis genom att hävning förutsätter att motparten har begått ett – ofta kvalificerat – avtalsbrott, medan en uppsägning kan ske oberoende av avtalsbrott. En sådan åtskillnad svarar väl mot hur termerna används i andra sammanhang, se t.ex. 39 § KöpL (hävning) och 24 § lagen (1991:351) om handelsagentur (uppsägning). Rätten till uppsägning svarar i praktiken mot den i upphandlingssammanhang vanligt förekommande konstruktionen att ett avtal löper under viss tid med rätt för den upphandlande myndigheten att förlänga det. Skillnaden mellan ett avtal över fyra år med rätt till uppsägning och ett avtal över två år med rätt till två förlängningsperioder om vardera ett år ska inte överdrivas.

En uppsägning avser regelmässigt bara framtiden. För de flesta avtal som sträcker sig över tid gäller det även för en hävning. När ett avtal i stället är momentant – en vara ska levereras eller en tjänst utföras vid ett tillfälle – avser en hävning i stället hela avtalet. Detsamma gäller när leveranser visserligen ska ske vid flera tillfällen, men de olika delarna har ett sådant samband med varandra att de redan levererade saknar värde utan dem som inte kommer att levereras. En regel om detta uttrycks i 44 § 3 st. KöpL.

Eftersom förutsättningarna för hävning åtminstone är att motparten har begått avtalsbrott – och i allmänhet ett kvalificerat sådant – fyller hävningsrätten ingen funktion när det samtidigt finns en parallell uppsägningsrätt. I alla sådana situationer är det enklare – och redan därför bättre – att bara säga upp avtalet, för att därigenom åstadkomma

exakt samma effekt, men undvika alla potentiella resonemang (och juridiska komplikationer) om förekomsten av avtalsbrott och – kanske framför allt – om de avtalsbrott som verkligen har förekommit är så kvalificerade att de ger hävningsrätt.

Den vanliga förutsättningen för att en part ska få häva ett avtal är att motparten har begått ett *väsentligt avtalsbrott*, se t.ex. 25 § eller 39 § KöpL. Ibland uttrycks det på andra sätt, t.ex. att avtalsbrotten inte ska vara ringa. Bedömningen i efterhand av om ett avtalsbrott når upp till den nivån är många gånger svår. Härtill kommer naturligtvis komplikationen att en part som häver ett avtal utan att ha hävningsrätt själv begår ett avtalsbrott som många gånger i sig är hävningsgrundande: parten vägrar ju utan grund att ta emot motpartens prestation. I verkligheten är det följaktligen sällsynt att avtal hävs, liksom det är sällsynt att de sägs upp (eller inte förlängs).

När avtal skrivs, är det däremot inte så svårt att ringa in de väsentliga avtalsbrotten. De är svaret på frågan: ”I vilka situationer skulle jag inte vilja ingå avtal alls – ens på andra villkor (i första hand till ett annat pris) – om jag redan vid avtalstillfället hade känt till det förestående avtalsbrottet?” Det är bara då som hävningsrätten verkligen behövs. I alla andra situationer – dvs. framför allt när parten till ett annat pris skulle ha godtagit motpartens verkliga prestation – klarar man sig bra med de övriga påföljder som står till buds.

Prisavdrag

Ett prisavdrag utgår från att en prestation är felaktig och att felet har sänkt dess avtalade värde. Köparens avtalade prestation – betalning av priset – blir därmed högre än säljarens motsvarande prestation. Prisavdraget innebär därför att värdet av köparens prestation sänks, så att det svarar mot vad säljaren faktiskt har levererat. Prisavdraget skiljer sig från en partiell hävning genom att den partiella hävningen avser återgång av den felaktiga delen av säljarens prestation, medan prisavdraget utgör en kvotdel av köparens prestation. I *värdehänseende* är det emellertid ingen skillnad mellan dem. Antag således att det finns ett avtal om köp av tio lådor äpplen och att alla äpplen i en av lådorna är ruttna. I den delen är felet väsentligt och köparen således berättigad att häva köpet. Efter en sådan partiell hävning kommer köparen att vara betalningsskyldig för de nio avtalsenliga lådorna. Om köparen i stället väljer att dra av en kvotdel av priset som svarar mot felet, ska köparen fortfarande betala för de nio avtalsenliga lådorna. Det pris som ska betalas efter ett prisavdrag ska enligt 38 § KöpL motsvara prestationens värde vid avlämnandet.

Avhjälpande i olika former

Påföljderna prisavdrag och hävning är åtminstone enligt köplagen lagstiftarens andrahandsval. I första hand ska i stället säljaren avhjälpas sitt avtalsbrott, åtminstone så långt det är möjligt. Ett dröjsmål ska således ”rättas till” genom att leverans sker i efterhand. Den eventuella skada som uppkommer kan ersättas enligt reglerna om skadestånd. En felaktig prestation ska antingen repareras eller bytas ut, så att köparen åtminstone i efterhand får vad den var berättigad till enligt avtalet. Även i dessa situationer finns – naturligtvis – utrymme för att ersätta eventuella skador.

Avtalskonstruktioner

Köplagens reglering av påföljder i två steg – avhjälpande i det första och prisavdrag eller hävning i det andra – och en parallell rätt till skadestånd markeras i 22 § KöpL för dröjsmål och i 30 § KöpL för fel. Den är ett bra utgångsläge för en avtalsreglering. Det finns emellertid inga hinder mot att välja bort någon eller några av påföljderna, eller att lägga till ytterligare någon. I avtal om leverans av många billiga varor,

kan t.ex. köparens rätt att kräva reparation framstå som onödig. Den kan därför ersättas av en rätt att – oberoende av det krav på väsentlighet som framgår av 34 § 2 st. KöpL – kräva omleverans. Och det är väldigt vanligt att skadeståndspåföljden helt eller delvis ersätts av en rätt till vite, som är ett slags schabloniserat skadestånd. Sådana klausuler bör utformas så att vitet per tidsenhet står i någon rimlig proportion till den skada som uppkommer under tidsenheten – för den upphandlande myndigheten eller för någon annan – medan det maximala vitet bör bestämmas utifrån bedömningen när köparen – oberoende av pris – inte längre skulle vara intresserad av den avtalade nyttigheten.

Det finns inte heller några hinder mot att definiera om själva utgångspunkten för påföljderna, dvs. avtalsbrotten. I entreprenadförhållanden är det således vanligt att omständigheter som inom den vanliga köprätten skulle innebära att en vara är felaktig i stället leder till att leverantören är i dröjsmål. I sak spelar det knappast någon roll, men det har råkat bli så.

Det är egentligen bara fantasin som sätter gränser för vilka konstruktioner som kan väljas och användas. Det spelar inte någon roll vad man väljer. Det enda riktigt viktiga är att de konstruktioner och nivåer som väljs, svarar mot de behov som finns. I första hand är det köparens behov som ska skyddas. De påföljder som väljs – och de kan naturligtvis väljas genom att inte avvika från den dispositiva underliggande regleringen – ska så långt det är möjligt säkerställa att köparens behov tillgodoses.

Några klausuler

1. *Om säljaren är i dröjsmål, utgår vite med 1 procent av priset för varje påbörjad 24-timmarsperiod som dröjsmålet varar.*

Om varan är felaktig, utgår vite enligt föregående stycke för varje påbörjad 24-timmarsperiod från det att köparen har reklamerat mot felet tills säljaren har avhjälpt felet.

Klausulen anger vite som den primära påföljden vid dröjsmål. Dess andra stycke anger därtill att motsvarande vite utgår även vid fel, men då som ett mått på tiden för att avhjälpa felet. Tiden utgår därför från reklamationen. Klausulerna kan – och bör – anpassas till de faktiska behoven och förutsättningarna. Nivån och intervallen bör bestämmas i första hand med utgångspunkt i köparens behov.

I mallar och i många ramavtal är det ofta lämpligt att utgå från priset. Man kan emellertid lika gärna bestämma ett fast belopp med vilket vitet ska utgå.

2. *Vite utgår med högst 10 procent av priset.
Köparen får häva avtalet när den är berättigad till maximalt vite.*

Klausulen kompletterar den föregående genom att den sätter en gräns för vitet och knyter det till hävningsrätten. I förhållande till köplagens hävningsgrunder kan den därmed sägas definiera vad som i parternas relation är ett väsentligt avtalsbrott.

3. *Om köparen får häva avtalet, har den också rätt till ersättning för all sin skada på grund av avtalsbrottet.*

Klausulen förtydligar att vitet ska vara den exklusiva påföljden inom tiden tills maximalt vite kan utgå och anger att köparen därefter har rätt till ersättning för all skada, dvs. såväl direkt som indirekt skada. Det är olämpligt – men inte ovanligt – att knyta

en sådan rätt till att köparen faktiskt häver avtalet, eftersom en hävning många gånger gör ont värre, och köparen därför *i praktiken* riskerar att inte ha den rätt till ersättning som klausulen ser ut att ge.

De här angivna klausulerna reglerar bara påföljder vid säljarens avtalsbrott. Det innebär inte att köparen har rätt att bryta mot avtalet. Det innebär bara att påföljderna för sådana avtalsbrott inte följer av avtalet, utan i stället av den underliggande lagstiftningen, såsom köplagen och räntelagen.

Lagval

En lagvalsklausul är ibland en *upphandlingsrättslig nödvändighet*. Avtalsrättsligt löser det sig däremot med lagvalet: om parterna inte har avtalat om frågan ska lagen 1964:528 om tillämplig lag för internationella köp av lösa saker tillämpas för lagval vid varuköp, medan Rom I-förordningen om tillämplig lag för avtalsförpliktelser gäller för övriga nyttigheter. I båda finns dispositiv reglering som löser – bättre eller sämre – det avtalsrättsliga problemet. Båda tillåter att parterna avtalar om lagvalet, vilket parter bör göra.

Det upphandlingsrättsliga problemet är större, eftersom den dispositiva huvudregeln i många fall är att lagen i leverantörens land ska tillämpas, se t.ex. art. 4 Rom I-förordningen. Utan ett angivet lagval, kan det leda till att anbudsgivare från skilda länder lämnar anbud under delvis olika förutsättningar. Det riskerar att strida mot lika-behandlingsprincipen.

Men även ett aktivt lagval kan skapa sådana komplikationer. Ett val av svensk rätt vid varuköp innebär att köplagen ska tillämpas gentemot leverantörer från Sverige och övriga Norden, medan CISG ska tillämpas gentemot övriga leverantörer. Även om de är ganska lika, kräver nog likabehandlingsprincipen att ett sådant lagval också anger *vilken av de svenska köplagarna* som ska tillämpas. Annars finns t.ex. risken att en utländsk leverantörs anbud baseras på ett i princip strikt och obegränsat skadeståndsansvar enligt art. 74 CISG, medan en nordisk leverantörs motsvarande ansvar i stället enligt 27 §, 40 § och 67 § KöpL i delar förutsätter culpa.

Twistlösning

Kvaliteten i ett avtal prövas inte minst i tvistesituationer. Bäst är naturligtvis att en tvist knappt ens hinner uppstå innan parterna konstaterar att den enligt avtalet ska lösas på det ena eller andra sättet. Då har avtalsskrivaren lyckats. Men avtalet måste ändå ha en mekanism för hur tvister ska lösas. Den dispositiva lösningen är vanligt domstolsförfarande, i allmänhet vid svarandepartens forum. Eftersom den vanligaste tvistesituationen torde vara att en upphandlande myndighet anser att leverantören har begått avtalsbrott och att myndigheten därför är berättigad till påföljd, kan myndigheten råda över forumfrågan genom att helt enkelt hålla inne så mycket av betalningen som den bedömer svarar mot dess krav. För det krävs ingen särskild avtalsreglering, eftersom en sådan rätt ändå finns, jfr t.ex. 42 § KöpL, som ger uttryck för en generell norm. Den upphandlande myndigheten kan således nästan alltid se till att den blir svarande i en rättsprocess och att tvisten därför kommer att lösas vid den tingsrätt inom vars domsaga myndigheten ligger. Det kan dock ändå finnas skäl att i avtalet särskilt ange vilken tingsrätt som ska vara första instans i tvisten, så att frågan är löst en gång för alla.

Det är egentligen ingen skillnad mellan ett avtal som sluts genom en offentlig upphandling och andra kommersiella avtal. Det finns därför anledning att överväga om inte den lösning som föredras inom det privata näringslivet – skiljeförfarande – också bör väljas för offentligt upphandlade avtal, åtminstone när fråga är om mer omfattande avtal eller stora värden. Initialt kostar ett skiljeförfarande mer, eftersom ersättning ska utgå till skiljemännen, men det går i allmänhet snabbare än ett förfarande i allmän domstol. Härtill kommer att en skiljedom inte kan överklagas, vilket i förlängningen kan innebära att den faktiskt blir billigare. Inget hindrar att man i en skiljeklausul särskilt beaktar de krav som följer av offentlighetsprincipen, så att förfarandet och domen i sådant hänseende likställs med vad som gäller vid en allmän domstol. Modellklausuler för skiljeförfarande finns t.ex. på Stockholms Handelskammars Skiljedomsinstituts hemsida.⁷

Andra villkor

De hittills behandlade villkoren är oundgängliga i varje avtal. Det innebär inte att de måste finnas med i själva avtalen, men väl att de måste övervägas inför varje avtal. Om man efter övervägandet är nöjd med den underliggande dispositiva regleringen, behöver man naturligtvis inte särskilt reglera frågan i avtalet.

I det följande behandlas villkor som behövs ibland eller som – utan att behövas – är vanligt förekommande. Några av dem är särskilda för offentlig verksamhet, medan de flesta förekommer även i andra avtal än de offentligt upphandlade. Redogörelsen för villkoren är knappast fullständig – en sådan skulle bli både väldigt lång och tråkig – men ger förhoppningsvis ändå en god bild av hur man bör resonera när man bestämmer de kommersiella villkoren för en upphandling.

Ikraftträdande, avtalstid m.m.

I många avtal förskrivs särskilt att avtalet träder i kraft vid en viss tidpunkt. Det är en onödig – för att inte säga direkt felaktig – reglering. Ett avtal träder naturligtvis i kraft – i betydelsen att det är bindande för parterna – omedelbart när det sluts. Vad som torde avses är i stället när parterna ska pretera enligt avtalet. Ett avtal som sluts den 1 februari enligt vilket säljaren ska leverera ett objekt den 1 mars och köparen ska betala den 15 mars samma år träder således naturligtvis i kraft den 1 februari. Inget ska emellertid hända förrän den 1 mars. Det finns aldrig anledning att särskilt reglera ikraftträdandet.

På motsvarande sätt finns det många gånger ingen anledning att reglera avtalstiden, I exemplet ovan finns t.ex. ingen ”avtalstid”, utan bara tidpunkter när parterna ska fullgöra sina åtaganden. ”Avtalstiden” är – om något – från den 1 mars när det första åtagandet ska fullgöras, tills samtliga ansvar enligt avtalet har preskriberats. Enligt t.ex. 32 § 2 st. KöpL preskriberas säljarens felansvar två år efter det att köparen har tagit emot varan. Inte heller när leveranser ska ske vid flera bestämda tidpunkter – t.ex. den första dagen i varje månad under ett kalenderår – finns det anledning att särskilt reglera avtalstiden. Den följer i stället av de avtalade leveransåtagandena och de däremot svarande betalningsåtagandena.

Regleringen av avtalstid har därför sin huvudsakliga betydelse i ramavtal. I dem bör ofta anges under vilken tid som avtal om leverans enligt ramavtalet kan slutas – genom avrop eller på annat sätt – och när den möjligheten upphör. Bestämmelsen i 7 kap. 2 § LOU att ramavtal endast i undantagsfall får gälla längre tid än fyra år innebär i praktiken att giltighetstiden ska framgå av avtalet.

⁷ <http://sccinstitute.se/tvistlosning/modellklausuler/>.

Ändringar och tillägg

Det är inte ovanligt att kommersiella villkor – liksom andra kommersiella avtal – innehåller en bestämmelse om att ändringar och tillägg bara får göras i viss form. Många gånger innehåller också sådana bestämmelser ett påpekande om att ändringar bara kan göras av därtill behöriga företrädare för parterna. Det senare påpekan­det är naturligtvis visserligen sant, men helt onödigt. Om företrädarna inte är behöriga, binds inte parterna av vad de gör. Det beror emellertid inte på förekomsten av ett sådant avtalsvillkor, utan på själva definitionen av behörighet.

Avtalsparter disponerar över sina avtal. Det innebär att de också disponerar över avtalade formkrav och andra självvalda ordningsföreskrifter. Ur ett avtalsrättsligt perspektiv är därför en bestämmelse om att avtal bara kan ändras i t.ex. skriftlig form en ren dumhet. Däremot är det naturligtvis praktiskt om parterna dokumenterar sådana ändringar. Det har emellertid inte mycket med avtalsrätt att göra, men väl om möjlig­het att komma ihåg och föra bevisning om de ändringar som har gjorts.

Upphandlingsrätten komplicerar emellertid frågan om ändringar och tillägg eftersom sådana egentligen alltid innebär att ett nytt avtal sluts. Det ligger därför regelmässigt i båda parter intresse att inte göra ändringar eller tillägg som inte är absolut nödvän­diga och under inga förhållanden låta dem passera den gräns för giltighet som följer av t.ex. 17 kap. 8–14 §§ LOU.

Rangordning

Kommersiella villkor rangordnar ofta avtalsdokumenten. Det är i princip olämpligt, eftersom en sådan rangordning ytterst syftar till att tillåta parter att slarva och inte tydliggöra vad som faktiskt är avtalsinnehåll. En rangordningsbestämmelse brukar ange att avtalshandlingarna kompletterar varandra, men att de när de är motstridiga ska tillämpas i rangordningen. Det vållar naturligtvis problem när den ena parten anser att uppgifter av olika rang är motstridiga, medan den andra parten anser att de kompletterar varandra. Sådana tvister undviks bäst genom att inte rangordna, utan i stället bara använda avtalsdokument på *en* nivå. I de dokumenten ska all rele­vant information finnas och bara finnas på ett ställe. Bilagor bör inte rangordnas sinsemellan, utan i stället adressera olika frågor: I bilaga 1 beskrivs avtalsobjektet, i bilaga 2 anges priser och hur betalning ska ske, i bilaga 3 anges CSR-krav (miljökrav, krav på jämställdhet m.m.), osv.

Avveckling och överlämnande

Bestämmelser om avveckling och överlämnande kan vara betydelsefulla när man kan förutse att en ny upphandling ska genomföras vid avtalstidens utgång och att den upp­handlade nyttigheten därefter kan komma att utföras av en annan leverantör. Det är knappast särskilt komplicerat, men det är lämpligt att kommersiella villkor ålägger en befintlig leverantör att lojalt medverka vid en övergång till en ny leverantör.

Överlåtelse av rättigheter och skyldigheter

Av någon outgrundlig anledning är det vanligt i såväl kommersiella villkor som andra kommersiella avtal med en bestämmelse som förbjuder parter att utan mot­partens godkännande överlåta avtalet eller däri ingående rättigheter och skyldigheter till någon annan. Att skyldigheter inte får överlåtas fritt behöver inte sägas särskilt. Det är en självklarhet som gäller oberoende av ett avtal därom. Om så inte vore fallet, skulle samhället knappast fungera så bra som det gör.

Förbudet mot att överlåta rättigheter är däremot svårt att förklara och försvara. Det kan möjligen förklaras av missuppfattningen att en sådan överlåtelse skulle innebära att även skyldigheterna följde med överlåtelsen. Så är det emellertid inte. En överlåtelse av t.ex. rätten till betalning innebär således inte att leverantören plötsligt skulle slippa leverera, eller att den inte längre skulle behöva ansvara för eventuella fel i avtalsobjektet. Den innebär bara att leverantören har disponerat över sin rätt till betalning på ett sätt som den har bedömt vara ändamålsenligt. Och varför skulle den inte få göra det? Utan särskild avtalsreglering gäller som huvudregel följande: Rättigheter får överlåtas utan motpartens godkännande. En överlåtelse av rättigheter innebär inte att även däremot svarande skyldigheter överlåts. Överlåtelser av skyldigheter kan bara ske om motparten godkänner dem.

Sekretess, personlig integritet m.m.

Sekretessklausuler är i offentlig verksamhet i stor utsträckning överflödiga, eftersom de många gånger skulle vara grundlagsstridiga. Även i andra sammanhang används emellertid sekretessklausuler slentrianmässigt utan att det finns några egentliga sakskalet som motiverar dem. De riskerar därför att skapa onödigt administration och onödiga risker för avtalsbrott utan någon däremot svarande nytta. Många gånger är det således bättre att inte reglera sekretessfrågor i avtal och – följaktligen – inte heller i kommersiella villkor.

Sådana vanliga sekretessklausuler måste emellertid skiljas från klausuler som ålägger leverantörer att upprätthålla en upphandlande myndighets skyldighet att hantera uppgifter – inte minst personuppgifter – med sekretess. Det är här viktigt att särskilt notera att det inte är fråga om att leverantören ska ta över ansvaret från myndigheten. Det går inte. Ansvaret ligger kvar hos myndigheten. Leverantören kan däremot ansvara *gentemot myndigheten* för att den upprätthåller myndighetens åligganden.

Den sortens sekretessåligganden bör utformas i så nära anslutning som möjligt till den upphandlande myndighetens åligganden. Enklast görs det genom en uttrycklig hänvisning till de författningsbestämmelser som reglerar myndighetens skyldigheter.

En klausul skulle således kunna se ut så här: *Leverantören ska vidta skäligen åtgärder för att säkerställa att information inte röjs, om leverantören får del av informationen med anledning av detta avtal och informationen hos myndigheten omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).*

Leverantörens åtagande enligt klausulen är inte strikt. Det är istället ett åtagande om att vidta skäligen åtgärder för att vidmakthålla sekretessen. Bedömningen av vad som är skäligt ska göras från fall till fall. Ju känsligare uppgifterna är, desto högre blir kraven. Inget hindrar att ansvaret i stället görs strikt: *Leverantören får inte yppa eller på annat sätt röja information som leverantören får del av med anledning av detta avtal, om informationen hos myndigheten omfattas av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).* En sådan klausul är emellertid svårare för en leverantör att acceptera, eftersom leverantören inte har full kontroll över sitt åtagande. Den riskerar därför att begränsa urvalet av leverantörer och därigenom höja priset.

Båda de angivna klausulerna lider av bristen att de inte reglerar vad som händer vid ett avtalsbrott. De bör därför kompletteras med en vitesklausul, eller schabloniserad skadeståndsklausul, enligt vilken en förutbestämd summa utgår vid sekretessbrott. Den bör göras strängare ju viktigare det är att sekretessen iakttas.

På motsvarande sätt kan även andra liknande frågor hanteras. Det finns t.ex. författningsregler om vilka som får – eller snarare inte får – arbeta inom barnomsorg. I stället för att försöka uppfinna ett nytt hjul, bör leverantörens motsvarande åtagande utformas i nära anslutning – gärna med direkt hänvisning – till de tillämpliga författningsbestämmelserna.

Ändrade förhållanden

Om det inte vore för upphandlingslagstiftningen, skulle en föränderlig verklighet inte i sig vålla några särskilda problem. Avtalsparter skulle ha full frihet att när det behövdes anpassa sitt avtal till nya förhållanden, låt vara att sådana förändringar skulle förutsätta att de kom överens om förändringarna, vilket kanske inte alltid är det lättaste. Upphandlingslagstiftningen begränsar emellertid av hänsyn till övriga leverantörer möjligheterna att ändra i slutna avtal och följaktligen också möjligheten att i efterhand anpassa dem till ändrade förhållanden.

En upphandlande myndighet måste därför redan i upphandlingen i sina kommersiella villkor ta hänsyn till åtminstone förutsebara möjliga förändringar och anpassa avtalet till dem. Många gånger sker det utan närmare reflektion över om fråga ens är om ändrade förhållanden. I t.ex. avtal om att tillhandahålla mat till skolelever torde leverantörens åtagande regelmässigt vara att tillhandahålla mat till samtliga elever, medan det slutliga priset bestäms av hur många eleverna är, åtminstone om ersättning utgår per portion. Att verkligheten i form av antal elever ändras, påverkar därför inte själva avtalet.

Många gånger kan således en föränderlig verklighet hanteras med enkla medel, om den upphandlande myndigheten bara avstår från att i onödan låsa fast avtalet vid t.ex. ett visst antal elever. Det finns aldrig anledning att utan någon däremot svarande nytta begränsa den flexibilitet som finns i verkligheten.

När sådan nytta finns, kan det däremot ligga i en upphandlande myndighets intresse att begränsa flexibiliteten. Det säger sig självt att en leverantör är mer intresserad av att lämna anbud – och att vinna – om myndigheten t.ex. garanterar en viss lägsta volym. Att myndigheten lämnar en sådan garanti, är därför ägnat att sänka det pris till vilket leverantören är beredd att tillhandahålla nyttigheten. Den sortens begränsningar av möjligheten att anpassa avtalet till faktiska ändrade förhållanden ligger många gånger i högsta grad i den upphandlande myndighetens intresse. Då ska myndigheten naturligtvis överväga att lämna sådana garantier.

Slutord

Precis som andra avtalsvillkor, är kommersiella villkor verktyg för att göra avtal så bra som möjligt. Bra villkor är ändamålsenliga villkor. De skapar ett högre värde än vad sämre – mindre ändamålsenliga – villkor gör. Svårare än så är det inte.

Det är den upphandlande myndigheten som utformar de kommersiella villkoren och som således i allt väsentligt väljer avtalets innehåll. Och det är den upphandlande myndighetens behov som är anledning till att den alls påbörjar en upphandling. Myndigheten bör därför utforma villkoren så att de på bästa möjliga sätt tillgodoser myndighetens behov. En förutsättning för detta är att leverantörerna uppfattar behoven. Villkoren bör därför vara enkla, klara och tydliga.

Ett av myndighetens behov är emellertid att inte betala onödigt mycket för de upphandlade nyttigheterna. Inte minst påföljderna för leverantörens avtalsbrott bör därför utformas så att de speglar – men inte överdriver – behoven. Då blir avtalet ändamålsenligt.

www.svensktnaringsliv.se

Storgatan 19, 114 82 Stockholm

Telefon 08-553 430 00