

Till
Högsta domstolen

Översändes med e-post till:
hogsta.domstolen@dom.se

Stockholm 2021-04-06

**Mål nr. T 4071-20, JS 08;
Idermark och Lagerwall Reklam AB./. Nordens Velfärdscenter**

1. INSTÄLLNING

Nordens Velfärdscenter ("NVC") bestrider bifall till Idermark och Lagerwall Reklam AB:s ("Bolaget") överklagande.

2. OMSTÄNDIGHETER

2.1 Betydelse av att Avtalet upphandlats enligt LOU

1. Frågan är om det ramavtal ("Avtalet") som träffats mellan parterna och som tillkommit efter en upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) är på avtalsrättslig grund exklusivt och ger Bolaget en avtalad ensamrätt (exklusivitet) att utföra sådana tjänster som Avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer.
2. Det är vid prövningen av denna fråga viktigt att skilja mellan upphandlingsrätt och avtalsrätt. Den som ensam tilldelas ett ramavtal efter en upphandling enligt LOU (dvs ramavtal med en leverantör enligt LOU), har möjligen anledning att förvänta sig avrop under ramavtalet eftersom avrop från annan än parten i ramavtalet i princip förutsätter ett nytt upphandlingsförfarande.
3. Bolaget anför att det inte regleras i LOU och inte heller i förarbetena till LOU om ett upphandlat ramavtal är exklusivt. Detta är korrekt. NVC vill för sin del påpeka att det hade varit märkligt om LOU hade reglerat avtalsrättsliga effekter av ett avtal.

4. Bolaget påstår att Svea hovrätt i domen (p.6 i inlagen till Högsta domstolen) noterat att *"det i doktrin samstämmigt argumenterats för att exklusivitet gäller"* i upphandlade ramavtal. Detta är inte korrekt. Svea hovrätt noterar ingen samstämmighet i doktrin utan anger att denna ståndpunkt (exklusivitet) har hävdats i doktrin och ger två exempel på där så skett. Det finns inte heller någon samstämmig uppfattning i doktrin om att upphandlade ramavtal skulle vara exklusiva utan vissa har i doktrin, som framgår nedan, motstående uppfattning.
5. Enligt Helena Rosén Andersson (justitieråd vid Högsta förvaltningsdomstolen) m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 uppl., 2020 s. 439, får en avtalsrättslig bedömning *"göras i det enskilda fallet av parternas rättigheter och skyldigheter för att avgöra om en upphandlande myndighet kan göra anskaffningar vid sidan av ramavtalet eller inte."*
6. Följande anges i Kristian Pedersen m.fl., *Ramavtal i offentlig upphandling – några frågor av betydelse för tolkning och tillämpning*, Advokatfirman Kahn Pedersens skriftserie 2017:1, s. 23 (våra understrykningar).

"Huruvida den upphandlande myndigheten eller enheten har en skyldighet att avropa från ett ramavtal i vilket samtliga villkor för tillhandahållandet är fastställda, är en fråga som har varit föremål för återkommande diskussion bland såväl praktiker som akademiker. I doktrin förekommer delade meningar beträffande en eventuell inköpsplikt. Den rådande uppfattningen förefaller dock vara att den upphandlande myndighetens eller enhetens skyldighet att avropa från ett ramavtal främst är en avtalsrättslig fråga, som emellertid begränsas av de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU respektive LUF. Avtalsfriheten begränsas ytterligare av att ramavtal inte får användas på otillbörligt sätt eller på ett sådant sätt att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids."

7. Svea hovrätt synes också tolka Hovrätten för Nedre Norrlands dom den 9 november 2016 i mål nr T 678-14 som om Hovrätten för Nedre Norrland är av uppfattningen att avtal upphandlade enligt LOU är exklusiva på avtalsrättslig grund. NVC får för sin del påpeka följande avseende denna dom som kan innebära att Hovrätten för Nedre Norrland inte uppfattat det ifrågavarande avtalet på avtalsrättslig grund exklusivt.
8. Hovrätten för Nedre Norrland anger att när *"ett ramavtal är av det slag att parterna är bundna av detsamma är det inte möjligt att under ramavtalets löptid upphandla något annat kontrakt eller ramavtal som avser samma nyttighet som omfattas av det först upphandlade ramavtalet."* (vår understrykning).
9. Hovrätten för Nedre Norrlands bedömning synes därmed vara att LOU:s regler medför att ett ramavtal med en leverantör, som betraktas som ett upphandlingskontrakt, innebär att upphandlande myndighet inte enligt LOU får upphandla eller tilldela volymer till annan än parten i ramavtalet. Hovrätten för Nedre Norrlands bedömning synes därmed baseras på LOU.
10. Den situation som Hovrätten för Nedre Norrland bedömde i rättsfallet var vidare vilket skadestånd en myndighet som gjort en ogrundad hävning skulle utge till motparten. Den rättshandling som utlöste skadeståndsskyldigheten var således den ogrundade hävningen. Det följer av allmänna avtalsrättsliga principer att en ogrundad hävning medför skadeståndsskyldighet. Detta gäller såväl som när avtalet är exklusivt som icke exklusivt. När väl förutsättningarna för skadeståndsskyldighet är konstaterade är nästa steg att

bedöma skadans storlek. Hovrätten för Nedre Norrland fann att eftersom myndigheten enligt LOU var tvunget att avropa från parten i ramavtalet skulle skadeståndet baseras på att alla avrop skett enligt Avtalet. Denna ståndpunkt avseende beräkning av skadans storlek är rimlig.

11. Detta rättsfall skiljer sig mot nu föreliggande fall i ett avgörande hänseende, nämligen att den skadegörande handlingen – ogrundad hävning – grundas på avtalsrätt medan bedömningen av skadans storlek baserades på domstolens uppfattning att avtalet var exklusivt enligt LOU:s regler. I nu föreliggande fall grundas, om exklusivitet skulle föreligga med stöd av LOU, vilket bestrids, den skadegörande handlingen – brott mot exklusivitet enligt LOU – inte på avtalsrätt utan på LOU. Det finns särskilda skadestandsregler i LOU. Eventuellt skadestånd enligt LOU är dock inte föremål för prövning i detta mål och dessutom är ett sådant skadestånd preskriberat.
12. Svea hovrätt anför följande i domen (nederst s. 3 och överst s. 4, våra understrykningar).

"Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (2016 års LOU) innehåller bestämmelser om ramavtal som i huvudsak, med vissa förtydliganden, motsvarar bestämmelserna i 2007 års LOU. Båda lagarna genomför bestämmelser i EU-direktiv. Några ändringar i sak av bestämmelserna om ramavtal har inte varit avsedda i 2016 års lag i förhållande till den tidigare lagen. Viss vägledning för tolkningen av bestämmelserna kan därför hämtas även från förarbetena till den nu gällande 2016 års LOU. I det EU-direktiv som genomförs genom bestämmelserna i 2016 års lag uttalas att de upphandlande myndigheterna enligt direktivet inte bör vara skyldiga att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster som omfattas av ett ramavtal enligt det ramavtalet (se skäl 61, tredje stycket, sista meningen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, jfr också EU-kommissionens tolkningsmeddelande Explanatory Note – Framework Agreements – Classic Directive, Ref. Ares [2016]810203-16/02/2016, s. 3 f.). Enligt förarbetena till 2016 års lag utgör uttalandet i skälen en påminnelse om att direktivet är neutralt i denna fråga, men att en sådan skyldighet kan regleras i den nationella rätten samt i det specifika ramavtalet. Att direktivet, och därmed också den nya lagen om offentlig upphandling, inte tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser innebär enligt förarbetena att frågan får regleras i det specifika ramavtalet och i övrigt med tillämpning av allmän avtalsrätt (se prop. 2015/16:195 s. 513 f.)."

13. I direktiv 2014/24/EU, skäl 61, till vilket Svea hovrätt hänvisar anges följande (vår understrykning).

"De upphandlande myndigheterna bör enligt detta direktiv inte vara skyldiga att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster som omfattas av ett ramavtal enligt det ramavtalet."

Ovanstående innebär att det inte finns något utrymme att med stöd av EU-rätten tolka in en exklusivitet för en leverantör i ett ramavtal, som ger denne ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer. Det står således den upphandlande myndigheten fritt att exempelvis upphandla ett parallellt ramavtal (utöver befintligt ramavtal) under förutsättning att upphandlingsregelverket följs vid en sådan upphandling.

14. I ovan nämnda prop. 2015/16:195 s. 513 och 514 anges bl.a. följande (våra understrykningar).

"Att direktivet – och därmed också den nya lagen om offentlig upphandling – inte tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser innebär att frågan, såväl när det gäller användarsidan som leverantörssidan, får regleras i det specifika ramavtalet och i övrigt med tillämpning av allmän avtalsrätt. Den allmänna skyldigheten att inte använda ramavtalet på ett onödigt konkurrensbegränsande sätt ska dock beaktas. Regeringen kan i sammanhanget konstatera att frågan främst är av avtalsrättslig natur och i princip inte upphandlingsrättslig."

"Om sådana myndigheter ska anses förpliktade gentemot leverantörerna att använda sig av ramavtalet och i vilken utsträckning det är möjligt, är även det en avtalsrättslig fråga som ligger utanför upphandlingsregelverkets räckvidd."

15. I denna del får NVC även hänvisa till DS 2014:25 Nya regler om upphandling, där följande anges (s, 413).

"Frågan om ett ramavtal är ömsesidigt förpliktande, dvs. om parterna i ett löpande ramavtal genom avtalet är bundna i förhållande till varandra eller inte, är inte en upphandlingsrättslig utan en avtalsrättslig fråga som ligger utanför upphandlingsreglernas räckvidd. Om den upphandlande myndigheten ska vara skyldig att använda sig av ett löpande ramavtal vid anskaffningar av sådant som omfattas av det, eller om leverantören å sin sida ska vara skyldig att leverera på myndighetens begäran, får alltså regleras i det specifika ramavtalet och annars avgöras med tillämpning av allmänna avtalsrättsliga principer."

16. Svea hovrätt hänvisar på s. 5 i domen till EU-domstolens dom i mål C-216/17 (Coopservice) och anger att den upphandlingsrättsliga skyldighet vid ramavtal som följer av Coopservice inte påverkar den avtalsrättsliga bedömning som ska göras av parternas avtal i detta mål. I denna del får NVC hänvisa till Konkurrentens ställningstagande 2019:1 av den 27 juni 2019, i vilket Coopservice-domen analyseras. Även Konkurrenten anser att EU-domstolens uttalanden i Coopservice ska ses i en upphandlingsrättslig mening och inte i en avtalsrättslig mening (se s.9 i ställningstagandet).

17. Högsta domstolen uttalar följande i NJA 2001 s. 3 (vår understrykning).

"Det finns också skäl att framhålla att syftet med LOU inte har varit vare sig att skapa en skyldighet för offentligrättsliga subjekt att konkurrensutsätta sin verksamhet eller att vid sidan av det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för prekontraktuella och kontraktuella relationer mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven. Det saknas anledning att tolka in regler i LOU avseende förhållanden som regleras i den allmänna avtalsrätten."

18. NVC konstaterar att sammanfattningsvis att ovanstående gör det tydligt att frågan huruvida ett ramavtal upphandlat enligt LOU är exklusivt ska avgöras utifrån allmän avtalsrätt.

2.2 Allmän avtalsrättslig tolkning

Utgångspunkt

19. Det förekommer ett närmast oändligt antal avtal i affärlivet. Väldigt få av dessa avtal är exklusiva i den meningen att beställaren skulle vara förhindrad att beställa tjänster/varor

som omfattas av avtalet av annan än motparten i avtalet. Det finns därför en stark presumtion för att avtal inte är exklusiva och avsaknaden av en exklusivitetsbestämmelse i ett avtal innebär en stark presumtion för att avtalet inte är exklusivt eftersom parter som vill avvika från vad som är normalt och brukligt är noga med att reglera detta i avtalet.

20. Utgångspunkten, vid tolkningen av Avtalet, är således att avtal inte är exklusiva om det inte särskilt är överenskommet att de ska vara exklusiva. Ett normalt ramavtal med en tjänsteleverantör, till exempel en reklambyrå, innebär inte att köparen av tjänsten är förhindrad att anlita annan reklambyrå. Exklusiva ramavtal är speciellt ovanliga inom tjänstesektorn, eftersom en köpare av tjänster vanligen inte vill knyta upp sig till en enda leverantör utan vill kunna välja leverantör efter kompetens. Vidare medför exklusiva avtal ibland konkurrensrättsliga problem i det att det ofta är förbjudet med exklusiva avtal.

Är det här aktuella avtalet exklusivt?

21. NVC hänvisar inledningsvis till följande bedömning av Svea hovrätt som NVC delar (se s. 6 i domen).

"Med detta påpekande delar emellertid hovrätten tingsrättens bedömning att det inte är visat att det vid avtalets ingående funnits en gemensam partsvilja när det gäller frågan om avtalet inneburit en ensamrätt och att det inte heller är visat att NVC insett eller borde ha insett att bolaget uppfattade att avtalet skulle vara exklusivt mellan parterna."

22. Detta innebär att varken partsavsikt eller dolusregeln medför att Avtalet blir exklusivt. Vad som återstår är att granska avtalets innehåll.

Avtalets innehåll

23. Bolaget åberopar som stöd för att Avtalet är exklusivt att Avtalet innebär att Bolaget åtagit sig omfattande krav avseende leveranstider och tillgänglighet samt att Bolaget ska prioritera NVC. Vidare åberopar Bolaget att avsaknaden av ett volymåtagande i Avtalet talar för att det är exklusivt.
24. NVC anför mot detta följande.
25. Anledningen till att en köpare av tjänster ingår ett ramavtal är att köparen vill tillförsäkra sig tjänster på ett enkelt och smidigt sätt och det är därför naturligt att ramavtal innehåller skyldigheter för leverantören att leverera efter avrop från beställaren. Denna typ av åtagande är mycket vanligt även i icke-exklusiva avtal varför ett sådant åtagande inte talar för exklusivitet.
26. För det fall leverantören som motprestation till sin leveransskyldighet vill tillförsäkra sig att få leverera en viss minsta mängd regleras detta vanligen med en bestämmelse om att avrop ska ske av minst en viss nivå. Det kan dock noteras att även sådana avtal normalt sett inte är exklusiva, utan att beställaren kan avropa tjänster från annan än leverantören men drabbas av någon form av avtalad påföljd om inte avrop över miniminivån sker. Det går inte att tolka avsaknaden av en avtalad miniminivå som ett tolkningsdatum för att Avtalet är exklusivt.
27. Tvärtemot Bolagets uppfattning har det i ledande upphandlingsrättslig doktrin anförts att avsaknaden av just en sådan uppgift om avtalad miniminivå i ett ramavtal talar för att avtalet

inte är exklusivt. Följande anges i Helena Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 3 uppl., 2020 s. 440 (vår understrykning).

"Det som talar för att en upphandlande myndighet ska ha en möjlighet att göra anskaffningar vid sidan av ramavtalet är att upphandlaren som regel inte har garanterat leverantörerna att göra anskaffningar enligt ramavtalet i en viss omfattning".

28. Ett karaktäristiskt drag för ett ramavtal enligt LOU är att det i avtalet inte anges bestämda uppgifter om avropsvolym. Upphandlande myndigheter använder sig ofta av ramavtal när de vet att det kommer att finnas ett behov av en viss vara eller tjänst i framtiden, men inte vet hur stort detta behov kommer att vara. En leverantör som ingår ett ramavtal enligt LOU kan därför aldrig vara säker på att avrop kommer att ske till en särskild volym under avtalsperioden. Avsaknaden av ett åtagande om vilka minimivolymerna som kommer att avropas från Avtalet är därför inte ett tolkningsdatum för att Avtalet är exklusivt. Tvärtom är det ett tolkningsdatum för att Avtalet är icke-exklusivt.
29. Det som enligt Helena Rosén Andersson m.fl. (se a.a. s.439-440) vid en avtalsrättslig bedömning kan tala emot att en upphandlande myndighet har en möjlighet att göra anskaffningar vid sidan av ett ramavtal, är om myndigheten har gett leverantören befogad anledning att anta att avrop kommer att ske till viss uppskattad volym under avtalsperioden och leverantören därför ställt sina resurser till förfogande i motsvarande utsträckning. I föreliggande fall anges uttryckligen i Avtalet att beställaren NVC inte förbinder sig att beställa en viss volym under ramavtalsperioden. I upphandlingsdokumentationen ges inte ens en uppskattning av volym under avtalsperioden. NVC har utöver detta inte gett Bolaget några uppgifter om volym. Bolaget kan därför inte ha haft någon befogad anledning att anta att avrop kommer att ske till viss uppskattad volym under ramavtalsperioden.
30. **Sammanfattningsvis:** Bolaget påvisar inga tolkningsdatum som med någon styrka talar för att Avtalet är exklusivt. Däremot talar avsaknaden av en exklusivitetbestämmelse och det faktum att Avtalets ordalydelse saknar formuleringar som kan tolkas som att det är exklusivt med betydande styrka för att det inte är exklusivt. Detta speciellt när utgångspunkten måste vara att alla avtal inte är exklusiva med mindre annat särskilt avtalats. Det anförda innebär att varken Avtalets systematik eller omständigheterna i övrigt ger tillräckligt stöd för att Avtalet ska tolkas som att det är exklusivt.

Stockholm som ovan



Ola Hansson



Fredrik Linder