

Susanne Lundberg

**TJÄNSTELEVERANTÖRENS AVTALSBROTT VID
UPPHANDLADE TJÄNSTER**

Avhandling pro gradu

Handledare: Björn Sandvik

Fakulteten för samhällsvetenskaper och
ekonomi

Privaträtt

Åbo Akademi

Åbo 2019

ÅBO AKADEMI – FAKULTETEN FÖR SAMHÄLLSVETENSKAPER OCH EKONOMI

Abstrakt för avhandling pro gradu

Ämne: Privaträtt	
Författare: Susanne Lundberg	
Arbetets titel: Tjänsteleverantörens avtalsbrott vid upphandlade tjänster.	
Handledare: Björn Sandvik	Handledare:
Abstrakt: I denna pro gradu-avhandling undersöks tjänsteleverantörens avtalsbrott i det privaträttsliga avtalsförhållandet som råder i ett upphandlingskontrakt mellan ett offentligt organ och en tjänsteleverantör. Avhandlingen avgränsas till de olika felen som JYSE 2014 TJÄNSTER anger. En tjänst ska under avtalets hela löptid motsvara villkoren i avtalet, som tillsammans med materialet från upphandlingsförfarandet bildar en helhet. De olika skedena från ingående av ett avtal till konstaterande av ett fel och uppföljning av tjänsten beskrivs samt de avtalsrättsliga normer och principer som har betydelse för avtalet. Vidare undersöks tjänsteleverantörens ansvar och de incitament som är till för att sporra tjänsteleverantören till att uppfylla avtalsvillkoren. Upphandlingarna bekostas med skattebetalarnas pengar och nästan var och en kommer i något skede i kontakt med en upphandlad tjänst. Upphandlingarnas antal är stort och det kommer antagligen även i fortsättningen att ligga behov av sådana tjänster. I skattebetalarnas intresse torde finnas ett krav på att skattemedlen används effektivt, att tjänsten utförs avtalsenligt och uppfyller förväntningarna. Konstaterande av fel i upphandlade tjänster, i motsats till upphandlade varor, ska ses i skenet av omsorgsförpliktelsen, vilket gör att felbedömningen avviker från en resultatförpliktelse. Det material som har använts i analysen av de olika felen är lagar, förarbeten till lagar, principer, doktriner, annat rättsligt material, allmänna avtalsvillkor och myndigheternas råd. Även nyhetsinslag på internet och i dagspressen har fått fungera som förankring till aktuella händelser och för att väcka nya frågor och infallsvinklar till problemen. I analysen har de ovanstående rättskällorna och annat rättsligt material jämförts med varandra och i förhållande till avtalet och felen. Ofta har rättsfall fått förklara olika principer och ett visst empiriskt material har fått visa på förekomsten av vissa problem som uppkommit i samband med en upphandlad tjänst. Lagstiftningen är knapp angående upphandlingskontrakt, varför analogier har tillämpats. Resultatet av analysen visar att avtalsförhandlingarna, upphandlingskontraktet och uppföljningen av tjänsten är av stor betydelse för hur väl tjänsteleverantören kommer att uppfylla avtalsvillkoren. Avtalsfriheten, som har sin största inverkan på anbudsförfrågan, tillsammans med den knapphändiga avtalsrättsliga lagstiftningen, gör att även avtalsrättsliga principer och allmänna avtalsvillkor tillämpas på avtalet. I avtalet kan tas med villkor med positiva eller negativa incitament för att ge leverantören anledning att uppfylla avtalet. Ansvar för en väl utförd tjänst ligger hos leverantören, som även ansvarar för tjänster utförda av underleverantörer. Tjänsteleverantören ska själv granska att tjänsten håller den kvalitet som angetts i avtalet, men det behövs även utomstående som utför granskningar. Omsorgsförpliktelsen är utmärkande för en tjänst och är av stor betydelse vid felbedömningen och valet av påföljd.	
Nyckelord: upphandlingskontrakt, omsorgsförpliktelse, tjänsteleverantör	
Datum:	Sidoantal:

Innehåll

1 Inledning	1
1.1 Bakgrund	2
1.2 Frågeställning	2
1.3 Avgränsning	3
1.4 Material	3
1.5 Metod	5
1.6 En upphandling i praktiken	7
1.6.1 Avtalet bakom upphandlingen	8
1.7 Avhandlingens uppbyggnad	9
2. Definition av en tjänst	11
3 Lagstiftning, principer och rättsligt material	14
3.1 Avtalsrättsliga principer	15
3.2 Myndigheternas råd vid upphandling	18
3.3 Allmänna avtalsvillkor - JYSE	19
4 Avtalet	22
4.1 Förvaltningsavtal – privaträttsligt avtal	22
4.2 Ramavtal	24
4.3 Ingående av upphandlingskontraktet	26
4.4 Avtalets innehåll	27
4.5 Förhållandet mellan avtalslösningarna och dispositiv rätt	29
4.6 Positiva och negativa incitament för tjänsteleverantören	31
4.7 Kort - långt tjänsteavtal	33
4.8 Ändring av avtal under löptiden	35
4.8.1 Förbjudna väsentliga ändringar	36
4.8.2 De minimis-villkor	40
5 Felet	42
5.1 Resultat- eller omsorgsförpliktelser	42
5.2 Dröjsmål eller fel	44
5.3 Felet enligt vissa lagar	46
5.4 Felet enligt JYSE allmänna avtalsvillkor	47
5.4.1 Avtalsenlighet	48
5.4.2 Ändamålsenlighet	50
5.4.3 Uppfylla krav i lagar och förordningar	51

5.4.4 Omsorg och kompetens	53
5.4.5 Språkkunskaper	56
6 Fastställande av fel	58
6.1 Tolkning och utfyllning av avtalet	60
6.2 Reklamation - felanmälan	63
7 Ansvarskretsen	69
7.1 Underleverantörer	69
7.2 Kontrollansvaret	70
8 Uppföljning av tjänsten	72
8.1 Granskning av tjänstens kvalitet	73
8.2 Avtalsförvaltning	75
9 Avslutning	77
9.1 Svar på forskningsfrågor	77
9.2 Slutord	80
LITTERATUR	83

1 Inledning

Upphandlade tjänster kan vara av vitt skilda slag. Det kan handla om allt från underhåll av vägar, städning, rengöring av ventilationskanaler, databehandlingstjänster till tjänster som har att göra med social- och hälsovård. En stor skillnad mellan till exempel städning och social- och hälsovårdstjänster är att den senare är lagstadgad och att kommunen är skyldig att ombesörja att dessa erbjuds kommuninvånarna. Specifikt för social- och hälsovårdstjänsterna är dessutom att dessa erbjuds ofta till en grupp medborgare, som kan vara synnerligen beroende av tjänsterna samt att "kunderna" kan vara i en svagare och sårbarare ställning, såsom sjuka, äldre och barn. Det som kan vara av intresse för oss alla är att tjänsterna bekostas av skattebetalarna och beroende på upphandlingens värde, ska upphandlingen även offentliggöras inom hela Europeiska unionen.

Finlands grundlag (731/1999, GL) och lagen förtydligad i förarbetet, bestämmer att en privaträttslig sammanslutning kan sköta en offentlig förvaltningsuppgift endast genom lag eller med stöd av lag, men maktutövningen får inte vara betydande.¹ I synnerhet kommunerna har redan länge anlitat privata aktörer i syfte att effektivisera vissa uppgifter som hör till den offentliga sektorn och även om det inte skulle innebära utövande av offentlig makt, kan dessa uppgifter vara jämförbara med sådana. Då en uppgift anförtros en aktör utanför den offentliga förvaltningen, ska det ske för att det är ändamålsenligt, det får inte ske på bekostnad av det som den goda förvaltningen innebär bland annat rättssäkerhet. Detta framkommer tydligt i situationer där den privata aktören inte förmår ersätta en skadelidande för inträffad skada. Den offentliga förvaltningen kan inte undgå sin skadeståndsskyldighet eftersom god förvaltning gäller och den skadelidande kan inte försättas i en sämre situation än om ett offentligt organ skulle ha utfört uppgiften.²

Mellan den upphandlande enheten och tjänsteleverantören uppgörs ett avtal, avtalsförhållandet blir gällande mellan ett offentligt organ och en privat juridisk person, men avtalet är trots det av privaträttslig karaktär och båda parterna är avtalsrättsligt sett i jämbördigt förhållande till varandra.

¹ Finlands grundlag 11.6.1999/731 124 §, RP 1/1998 rd s. 178 f

² Hakalehto-Wainio, S. (2010), *Det offentliga samfundets skadeståndsansvar. Utredningar och anvisningar*. Justitieministeriet 59/2010. s. 17 f.

1.1 Bakgrund

Upphandling av både varor och tjänster har en stor betydelse för varje lands ekonomi. I statistik från 2012 av EU-kommissionen, var det totala värdet av offentliga upphandlingar inom EU cirka 1 800 miljarder euro. Bland medlemsländerna varierade den relativa andelen av BNP från 10 % till 30%. Enligt samma statistikkälla var det totala värdet av Finlands offentliga upphandlingar, medräknat även de upphandlingar som inte omfattas av upphandlingslagen, cirka 33 miljarder euro år 2012 och andelen av BNP låg kring 17 %. År 2013 var värdet av de upphandlingar som överstiger de nationella och EU-tröskelvärdena samt speciosektorernas upphandlingar och vilka anmäls i HILMA 13,5 miljarder euro. Annonserna i HILMA var till antalet cirka 15 000.³ Bakom dessa upphandlingar ligger ett upphandlingsförfarande som avslutas genom ett upphandlingsbeslut. Efter beslutet ska den upphandlande enheten sluta ett skriftligt avtal med den valda leverantören. Med hänvisning till de nyss nämnda statistikuppgifterna, kan den slutsatsen dras att antalet avtal som årligen sluts är stort.

1.2 Frågeställning

Utgångspunkten för pro gradu-avhandlingen är att avtalsbrottet orsakas av tjänsteleverantörens agerande eller brist på agerande i förhållande till vad som avtalats. I avhandlingen vill jag besvara frågorna:

- vad är ett fel i upphandlad tjänst?
- när är ett fel ansvarsgrundande för leverantören?
- vilket är förhållandet mellan avtalslösningarna och dispositiv rätt?
- vilka avtalslösningar ger leverantören incitament att hålla rätt kvalitet?

Det räcker inte enbart med dessa frågor för att kunna förstå felet och följderna av det. För att en tjänst överhuvudtaget ska komma att utföras, ligger ett upphandlingsavtal eller – kontrakt som grund, och jag kommer därför att reda ut avtalets roll vid avtalsbrott då det gäller upphandlade tjänster och hur uppföljningen av dessa fel utförs. Det i sin tur betyder att skedena innan avtalet uppkommer beskrivs och det som är av stor betydelse, det vill säga tolkningen och utfyllnaden av det ingångna avtalet. Likaså uppföljningen av

³ Arbets- och näringsministeriet (2015), *Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö*. 37/2015, s. 15.

tjänsten, eftersom en tjänst som är behäftad med fel, om felet uppdragas och tjänsteleverantören blir underrättad om det, kan felet rättas till.

1.3 Avgränsning

Uppsatsen avgränsas till att behandla det privaträttsliga avtalsförhållande som gäller mellan upphandlingsenheten och tjänsteleverantören. Tjänsteleverantörens avtalsbrott vid upphandlade tjänster följer enligt vad de allmänna villkoren för upphandling JYSE 2014 TJÄNSTER (JYSE)⁴ anger vad ett fel är och för tjänsteupphandlingar gäller de upphandlingar som omfattas av Lag om offentlig upphandling och koncession (1397/2016, UpphL).⁵ Samma lag anger i 4 § att det skriftliga avtal som avser utförande av tjänster mot ekonomisk ersättning mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer benämns som upphandlingskontrakt eller tjänsteupphandlingskontrakt. Jag kommer att använda mig av dessa tre benämningar: avtal, upphandlingskontrakt och tjänsteupphandlingskontrakt, beroende på hur dessa passar in i textens innehåll.

1.4 Material

Materialet till avhandlingen har hittats ur upphandlingsavtal, lagstiftningen, förarbeten till lagarna, domstolspraxis, doktrinen, myndigheternas publikationer, men även ur andra källor vilka jag reder ut längre ned. Lagstiftningen kring ämnet är knapp varför jag tillämpar vissa analogier och jämförelser mellan olika lagar. UpphL tar upp upphandlingsförfarandet och upphandlingskontrakt, men inte det som gäller avtalsbrott. Köplagen (355/1987, KöpL) tillämpas inte då den övervägande delen av förpliktelsen utgörs av en tjänst, men kan ge riktlinjer vid tolkningen av avtalet i form av allmänna principer. I vissa fall hänvisas till EU-direktiv och EU-domstolens förhandsavgöranden.

Jag har valt att använda mig av inte enbart rättskällematerial utan även empiriskt material, med andra ord av annat rättsligt material. Dessa belyser vissa frågor om "gällande rätt i faktiskt mening". En förklaring till det nyss nämnda ger Sandgren då han beskriver den förvirring kring "gällande rätt" som råder och skiljer mellan sedvanlig och faktisk, vilka dock ska hållas separat. "Gällande rätt i faktiskt mening" tillämpas i första hand till

⁴ Finansministeriet (2015), *JYSE 2014 TJÄNSTER. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster*. punkt 4.

⁵ Lag om offentlig upphandling och koncession 29.12.2016/1397 4 § p. 1, 4.

exempel av myndigheter och är ett resultat av ett större material medan “gällande rätt i sedvanlig mening” avser främst lagen och prejudikaten.⁶

En tvist som berör ett upphandlingskontrakt om en tjänst kan lösas i en domstol, men även genom skiljeförfarande och då främst i privaträttsliga avtal. Parterna kan komma överens om att ta med villkor om skiljeförfarandet, även om det inte regleras om det i lag. Förutom att praxis kan göra att villkoret tas med anger Lag om skiljeförfarande (967/1992) 2 § att om inte annat bestäms i lag, kan det i avtalet bestämmas att skiljemän avgör privaträttsliga tvister.

Dispositiva tvistefrågor, vilka inte kräver ingripande från en myndighet för att uppnå en laglig rättspåföljd, kan lösas genom ett skiljeförfarande. Det krav som gäller är att skiljedomen får endast beröra förhållandet mellan avtalsparterna, rättsverkningarna får inte sträcka sig till en tredje part.⁷

Vissa problem kan uppstå vid ett skiljeförfarande varav ett är att förfarandet inte är offentligt om inte parterna separat har kommit överens om att förfarandet ska ges offentlighet. Skiljedomen får trots allt offentlighet när myndigheten mottar dokumenten från skiljedomen. Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999) tillämpas på dessa, endast de sekretessbelagda delarna av domen offentliggörs inte. Ett annat problem är att domen kan basera sig på vad som är skäligt (*ex aequo et bono*), en egenskap som är problematisk i fråga om myndigheternas privaträttsliga avtalstvister. Kan tvisterna lösas enligt vad som är skäligt, är det i så fall förenligt med myndigheternas ställning och deras verksamhet som är lagbunden?⁸ Lag om skiljeförfarande (967/1992) 31 § 3 mom. ger möjligheten att komma överens om att domen kan grunda sig på vad som är skäligt enligt skiljemännen, men om inget sådant har överenskommit ska 1 mom. tillämpas vilket anger att domen ska grunda sig på lag.⁹

För att reda ut vad vissa begrepp innebär har jag genom att ta upp rättsfall visat på hur det har dömts i dessa situationer. Domarna förklarar i många fall hur principerna ska tolkas. Min egen uppfattning, då jag har sökt efter rättsfall, är att man kan hitta ett betydligt större

⁶ Sandgren, C. (2009), *Vad är rättsvetenskap?* Stockholm: Jure Förlag. s. 17.

⁷ Knuutinen, M. (2014), *Välimesmenettelyn käyttöäla viranomaisten sopimuksissa*. Edilex 2014/22. s. 1 f.

⁸ Knuutinen (2014), s. 3 f.

⁹ Lag om skiljeförfarande 23.10.1992/967 31 § 1 och 3 mom.

antal rättsfall som berör upphandlingsförfarandet än fall där avtalsbrott har skett i en upphandlad tjänst. En orsak kan eventuellt vara att om ett fel i en tjänst uppdragas under avtalets löptid, kan felet korrigeras och verksamheten fortsätter avtalsenligt utan eventuella rättsprocesser.

I JYSE kapitel 13¹⁰ ges direktiv om hur man ska gå tillväga om tjänstens utförande inte stämmer överens med vad som var överenskommet i avtalet, bland annat nämns det att tjänsteleverantören ska åtgärda felet utan fördröjning. Att avtalet är tidsbegränsat och upphör när avtalstiden är slut kan antagligen även det ha betydelse för att man undviker rättsprocesser.

Myndigheterna har gett ut publikationer för deras eget upphandlingsförfarande, men även med mycket information för tiden under avtalets löptid. Inom den finska staten görs ett stort antal upphandlingar årligen och följaktligen baserar sig den publikation som Finansministeriet har gett ut på gediget kunnande och erfarenhet. De råd som ges i dessa publikationer förmodar jag att har utarbetats väl för att undvika eventuella problem i framtiden.

På vissa ställen får statistiken visa på i vilka situationer eventuella problem har uppstått. Utredningen av statistikresultatet visar på problemen sett både från den upphandlande enhetens sida och från leverantörens sida.

Jag har valt att referera vad vissa nyhetsinslag har berättat om upphandlingar, eftersom det är det lättaste sättet för massmedia att nå publiken om vad upphandling innebär, även om det ofta rapporteras mera när upphandlingen inte förlöper som förväntat. Nyhetsinslagen ger även en förankring till verkligheten, till autentiska situationer där problem har uppstått. Sandgren¹¹ uppmanar till försiktighet då det gäller massmedia, men konstaterar även att nyhets- och debattartiklar kan innehålla goda argument och problem som väl kan undersökas.

1.5 Metod

Till de frågor som jag har velat svara på, har det inte alltid gått att finna ett lagrum som explicit skulle motsvara situationen. Jag har därför använt mig av rättsdogmatisk metod

¹⁰ Finansministeriet (2015), punkt 13.4.

¹¹ Sandgren (2009), s. 48.

som enligt Peczenik traditionellt innebär bland annat användande av analogier och beskrivande av gällande rättsregler. Likaså lagens ändamål har stor betydelse och därför har jag hänvisat till lagförarbeten. Han skriver också att rättsdogmatiken är ”deskriptivnormativ”, inte rent det ena eller andra och tar som exempel privaträtten där det inre systemet består av de “rättfärdigande och normativa ståndpunkterna” men att det krävs “empiriska data om yttre system”, här avses de gällande rättsreglerna.¹² Jag har även i min avhandling hänvisat till de allmänna avtalsrättsliga principerna vid avsaknad av lagrum.

I Sandgrens reflektion över hur dogmatisk rättsdogmatiken i verkligheten är i den rättsvetenskapliga praktiken, nämner han flera orsaker varför så inte är fallet och jag räknar här upp några: svaret hittas inte alltid från ett avgränsat system med bestämt innehåll, utan från öppna system som påverkas av omvärlden, den är inte logisk-deduktiv samt att analysen sker bland annat av avtals- och myndighetspraxis förutom rättskällorna. Sandgrens förslag till en ny benämning av “rättsdogmatik” skulle vara “analytisk rättsvetenskap” eller “rättsanalytisk forskning”.¹³ Jag känner mig väl hemma i hans nya benämningar då jag under avhandlingsskrivandet har, i brist på tillämplig lagstiftning, tittat på de källor som han nämner.

Avhandlingen är främst kvalitativ, genom rättsfallstolkningen kan man uppnå “representativitet och giltighet”¹⁴, men jag kan kanske uppfatta att myndigheternas råd i form av handböcker, till vilka jag hänvisar, kunde vara resultatet av en kvantitativ metod hos myndigheterna. Genom att utföra otaliga upphandlingar, har myndigheterna “sållat” ut de mest relevanta och säkra råd och som antagligen hindrar att onödiga problem uppstår. Den komparativa metoden har tillämpats i jämförelse med lagar som kanske inte direkt reglerar situationen, men genom analogier och rättspraxis närmas problemet.

Enligt Hemmo går det att finna relevant källmaterial även utanför Finland. I Norden gäller en stor enighet inom obligationsrätten på grund av ett samnordiskt lagstiftningsarbete. Av lagarna kan nämnas att Köplagen (355/1987, KöpL) och Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (228/1929, RättshL) överensstämmer i stort inom Norden,

¹² Peczenik, A. (2005), *Juridikens allmänna läror*. SvJT 2005. s. 249 f.

¹³ Sandgren (2009), s. 124 f.

¹⁴ Sandgren (2009), s. 53.

medan de nämnda lagarnas förarbete i skiljer sig till exempel i Sverige, som har ett vidlyftigare lagförarbete. [EU]-normerna och andra överstatliga harmoniseringsprojekt såsom CISG och UNIDROIT har betydelse för avtalsrätten och argumentationen.¹⁵ Jag hänvisar i min avhandling även till rättspraxis i Sverige och till EU-domstolens förhandsavgöranden.

1.6 En upphandling i praktiken

I följande konkreta exempel på upphandlad tjänst, som inte har förlöpt som förväntat, beskrivs de problem som kan uppkomma mellan den upphandlande enheten och tjänsteleverantören samt hur avtalet upphör.

I Ingå kommun övergick den tekniska servicen år 2007 till YIT (nuvarande Caverion) och Yle skrev i sin nyhet att kommunen såg mycket positivt på utvecklingen, kände en pionjärande och konstaterade att kommuninvånarna kommer att erbjudas en snabb service. YIT prioriterade vissa ärenden som brådskande såsom vatten- och elförsörjning samt snöröjning av huvudvägar. För företaget YIT är kundtypen en helt ny och är därför, som de sade själv, särskilt måna om en god respons med tanke på framtiden och nya liknande kunder. I avtalet hade kommunen och YIT fastslagit ett detaljerat regelverk för utvärdering av tjänsterna.¹⁶

År 2013 kunde man på Yle:s nätsida läsa att allt inte hade gått som väntat. Kritik hade riktats mot tjänsteleverantören, det hade förhandlats och kommunen var fortfarande inte nöjd över prestationerna trots att en förbättring hade skett. Tjänsteleverantören YIT köpte tjänsterna i sin tur av SOL. Problemen som nämndes i nyheterna gällde bland annat skötseln av idrottsplanen, bevattningen och gräsklippningen av den. Planen var anlagd på hård lerbotten och för att undvika skador och ömmande ben på grund av hård yta, borde ytan vattnas samt, som kommunen såg det, att endast en person sköter arbetet så att helhetsbilden av skötseln bibehölls. YIT anser att de hade skött uppgifterna enligt avtalet men att det hade funnits oklarheter i avtalet. Det som kommunen hade ansett att YIT borde sköta, var enligt YIT eventuellt odefinierade i avtalet. Projektchefen på tekniska servicen i kommunen ansåg inte att det finns oklarheter i avtalet utan att YIT försökte

¹⁵ Hemmo (2007), *Sopimusoikeus I*. Helsinki: Talentum. s. 43 ff. Köplag 27.3.1987/355, Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228.

¹⁶ Västnyland (2007), *YIT tar över den tekniska servicen i Ingå*, Yle.

minimera sina utgifter. Han konstaterade även att det blev för dyrt och för omfattande med en ny upphandling om avtalet revs upp då endast två år återstod av avtalstiden.¹⁷

I oktober 2014 beslöt kommunstyrelsen i Ingå att man skulle anlita konsulter vid konkurrensutsättningen av bland annat de tekniska tjänsterna, vars avtal skulle förfalla i slutet av 2015. Orsaken angavs vara avtalets omfattning. Yle uppgav vidare i sina nyheter att arbetet med att konkurrensutsätta konsulterna hade påbörjats.¹⁸

År 2015 kunde man igen läsa i Yle:s nyheter att kommunen hade tänkt om angående avtalet som gick ut under hösten 2015. Tanken var att spjälka upp de tekniska tjänsterna för att locka lokala företag med i anbudstävlingen. Tekniska nämndens ordförande konstaterade att risken finns att Caverion (tidigare YIT) fortsätter genom att ge konkurrenskraftiga anbud och konstaterade att allt handlar slutligen om pengar.¹⁹

1.6.1 Avtalet bakom upphandlingen

Ilkka Rissanen²⁰, controller på Ingå kommun, gav mig möjligheten att på kommundgården läsa det uppgjorda avtalet “Teknisen toimen palvelu- ja ulkoistamissopimus, Inkoon kunta ja YIT Rakennus Oy” vilket undertecknades 29.10.2007. Avtalet omfattade inte enbart skötsel av idrottsplaner, utan även bland annat underhåll av fastigheter, städning, skötsel av uteområden, vägar, gator, båthamn och vattentjänster. I den femte punkten i avtalet “sopimuksen rajaus” nämns ute- och grönområdena samt idrottsområdena, där skötseln innebar även gräsklippning. Till avtalet finns bifogat ett schema “liite 1” med rubriken “Suomen Kuntaliitto, alueurakointi, yleinen tehtävälueetelo”. Ur schemat framkommer idrottsområdenas serviceprogram. För gräsmattans bevattning anges det att vid torrt väder ska bevattning utföras dagligen, annars vid behov. Vidare anges det med koder till exempel om gräsklippning, kodernas innebörd förklaras utförligt i ett annat dokument. Om gräsklippning anges mycket detaljerat om längd på gräset, klippintervaller, kvalitetskrav, konstaterande av kvalitet, dokumentering med mera, för bevattning finns inte något motsvarande.

¹⁷ Almark, M. (2013), *Missnöje med idrottsplanen i Ingå*. Yle.

¹⁸ Sundström, J. (2014), *Konsulter hjälper Ingå med upphandlingar*. Yle.

¹⁹ Valtonen, M. & Asplund, B. (2015), *Ingå vill ha lokala företag på jobb*. Yle.

²⁰ Personlig kommunikation under våren 2018.

Det här var endast ett exempel på hur det kan gå med en upphandlad tjänst, men vad kunde ha gjorts annorlunda? Man kan utläsa att kommunen var pionjärer på området, att det här var något nytt och det framkommer ur hela nyhetstexten att få kommuner hade prövat på att upphandla de tekniska tjänsterna. Vidare påpekar tjänsteleverantören att avtalet inte anger det som kommunen anser att avtalet fastställer. Tjänsteleverantören har vidtagit åtgärder för att korrigera felen, men kommunen är ännu inte helt nöjd, men finner sig i att vänta ut situationen, en ny upphandling blir för dyr. Det kan även konstateras att företaget som levererade tjänsterna använde sig av en underleverantör. Sju år senare när en ny upphandling planerades för följande år, ansåg man att en konsult bör anlitas på grund av avtalets omfattning.

Jag uppfattar att enligt de problem som har uppstått, verkar det som om parterna tolkar avtalet olika, avtalet är eventuellt otydligt, dessutom förekommer här både en omsorgsförpliktelse i form av bevattning som ska ske vid torrt väder eller vid behov, och en resultatförpliktelse, gräsklippningen, som är utförligt beskriven med olika krav och intervaller. Tolkning av avtal, de båda förpliktelserna, användande av underleverantör och styrkeförhållandet mellan parterna analyseras senare i avhandlingen.

1.7 Avhandlingens uppbyggnad

Inledningsavsnittet berättar om bakgrunden till avhandlingen med frågeställning, material, metodval och ett exempel på hur en upphandling har gått till i verkligheten. Kapitel två definierar vad en tjänst enligt olika källor. Kapitel tre berättar om de huvudsakliga principerna som berör avtalet, lagstiftningen, olika handböcker och JYSE 2014 TJÄNSTER och deras betydelse för upphandlade tjänster. Kapitel fyra beskriver avtalet och olika typer av det och hur ett avtal ingås. Vidare utreds avtalets innehåll och avtalslösningarna, både i förhållandet till dispositiv rätt och till de olika incitamentens inverkan på tjänsteleverantörens utförande. Avhandlingen beskriver även korta och långa avtal eftersom dessa inverkar på tjänsten, ändringar av avtal i form av tillåtna och icke tillåtna. Kapitel fem om felet beskriver och utreder felen enligt vad JYSE 2014 TJÄNSTER anger att ett fel är. I utredningen jämförs felet med bland annat olika lagar som bestämmer om motsvarande fel och med relevanta rättsfall. Kapitel sex beskriver hur ett fastställande av fel görs, avtalets tolkning och reklamation samt de tidsangivelser som har samband med fastställande av fel och reklamation. Kapitel sju undersöker vem tjänsteleverantören ansvarar för vid utförandet av tjänsten. Kapitel åtta behandlar hur

tjänsten uppföljs och hur tjänstens kvalitet granskas samt avtalsförvaltningens betydelse. Kapitel nio är det avslutande kapitlet med ett sammandrag av avhandlingen och svar på forskningsfrågor. Under avhandlingens skrivande har även nya frågor och reflektioner uppkommit över leverantörens agerande och andra tankar relaterade till ämnet, vilka framkommer i det sista stycket.

2. Definition av en tjänst

Detta kapitel ger exempel på hur en ”tjänst” definieras i olika källor. I lagstiftningen förekommer tjänsterna i många lagar, men här nämns endast några. Tjänsterna som följer är av olika karaktär såsom upphandlingskontraktets tjänster, tjänster i konsumentavtalsförhållanden där konsumenten är den svagare parten, transporttjänster samt eltjänster, som sker i ett elnät och utgör därför ett naturligt monopol.

Enligt Bengtsson omfattar en ”tjänst” många olika slag av utföranden då man söker efter definitionen i Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden. I direktivet räknas bland annat upp sådana tjänster som konsulttjänster, certifiering och testning, fastighetservice, biluthyrning och handelsagenter, bland dessa finns det sådana tjänster som det offentliga inte ombesörjer. Han summerar att termen tjänst främst används då den övervägande delen av förpliktelsen är en arbetsprestation och att den kräver en särskild yrkeskunskap och skicklighet.²¹ I rådets direktiv 34 punkten i inledningen konstateras att de verksamheter som finansieras av det offentliga eller tillhandahålls av dessa, ska enligt rättspraxis i bedömning om en verksamhet utgör en tjänst, beakta de utmärkande faktorerna som hör ihop med verksamheten och vart fall för sig. Sådana faktorer kan vara sättet hur verksamheten organiseras, tillhandhålls och finansieras.²²

JYSE definierar en tjänst som objektet för upphandlingskontraktet, medräknat tillhörande varor, dokument och tjänstedokumentation. Dessutom kan det ha överenskommit om immaterialrättigheter, vilka även omfattas.²³

UpphL 4 § om definitioner anger inte vad som ska anses vara en tjänst, utan i stället utesluts det som inte är en sådan. Enligt 4 § 1 mom. 4 och 7 punkten bestäms bland annat att tjänsteupphandlingskontraktet avser annat än offentliga byggentreprenader och att tjänstekoncessionen inte gäller för en byggkoncession. I lagens bilagor, om vi bortser från bilaga B som gäller byggentreprenader, räknas ett otal tjänster upp samt deras CPV-

²¹ Bengtsson, B. (2013), *Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv*. Stockholm: Nordstedts juridik. s. 21, Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden, punkt 33.

²² 2006/123/EG, punkt 34.

²³ Finansministeriet (2015), punkt 1.4.

referensnummer (Common Procurement Vocabulary). Listan verkar vara uttömmande, då bilaga E i 5 punkten tar upp "andra samhällsliga och personliga tjänster" utan att ge en utförligare beskrivning.

Konsumentskyddslag (38/1978, KSL) 8 kap under rubriken "vissa konsumenttjänstavtal" reglerar tjänster mellan näringsidkare och konsumenter. Vidare specificeras det att näringsidkaren är den som mot vederlag utför tjänsten åt konsumenten. I lagens förarbete finns nämnt olika tjänster som omfattas, allt från arbete på lösa saker, djurskötsel, arbete på byggnader till brunnsborrning och självservice-tjänster såsom användning av en automatisk biltvättmaskin. Genom olika exempel ges vägledning hur köp av lös egendom och tjänster skiljs åt eftersom en tjänst ofta kan innebära materialanskaffning. Vid tillverkning av lösa saker hänvisas till KöpL 2 § 1 mom som bestämmer att det införskaffades materialet mängd i förhållande till tillverkningen av varan anger vilket slag av prestation som avses. Då beställaren tillhandahåller en väsentlig del av materialet, ska det anses vara en tjänst. Ett exempel är tillverkning av en bokhylla av beställarens virke. Men vad är en väsentlig del? Det kan innebära mindre än hälften av den orsaken att oftast används det ekonomiska värdet i jämförelse med den funktionella betydelsen. En annan variant på problemet är att om tillverkaren tillhandahåller ur funktionell synpunkt merparten av materialet, men beställaren bidrar med dyra tillbehör, vilket inte direkt betyder att det är en tjänst på grund av beställarens bidrag.²⁴

KöpL, som gäller köp av lös egendom, bestämmer i 2 § 1 mom. att lagen inte gäller om beställaren tillhandahåller en betydande del av materialet och i 2 mom. om tjänsten är den övervägande delen (se även stycket om KSL). Det kan uppstå svårigheter i att bedöma om ett köp har tillhörande tjänster eller är det en tjänst med tillhörande materialleverans. En tjänst förklaras som en prestation där prestationen är den centrala delen och som kräver yrkeskunskap för att till exempel lokalisera ett fel, göra bedömningar om åtgärder, men införskaffandet av reservdelar eller att till exempel rutinmässigt byta ut en komponent i en apparat faller utanför. Sakkunskap, skicklighet och arbete är utmärkande för en tjänst.²⁵

²⁴ Konsumentskyddslag 20.1.1978/38 8 kap. 1 § 1 mom. RP 360/1992 rd, *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av konsumentskyddslagen och vissa lagar som har samband med den.* s. 76 f.

²⁵ Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi, s 49 f, RP 360/1992 rd s. 77.

Lag om transportservice (320/2017, TranspsL), beskriver i 2 § definitioner bland annat transport-, förmedlings-, trafik-, mobilitets- och kombinationstjänsterna och III avd. 1 kap. tar upp persontrafiktjänster och taxitjänster. Av de olika tjänsterna som nämnts, kräver kanske mobilitetstjänsterna ett förtydligande. Till dessa tjänster hör trafik-tjänster, förmedlings-, informations-, parkeringstjänster och olika stödtjänster som hör till dessa.²⁶

Det som kan anses vara speciellt med tjänster som angår elanskaffning jämfört med ovan nämnda tjänster, är att elanskaffningen avviker på grund av elnäten. Dessa har vanligtvis inte några konkurrerande nät och är därför så kallade naturliga monopol och är enligt Elmarknadslag (588/2013, ElmL) marknadsplatsen.²⁷ ElmL tar upp de olika tjänsterna för kunderna och de andra parterna såsom i 1 § om lagens syfte var tjänsten anges som den verksamhet som är förknippad med kundernas och elnätanvändarnas elanskaffning.²⁸

²⁶ Lag om transportservice 24.5.2017/320, I avd 1 kap 2 §, III avd 2-3 kap

²⁷ RP 20/2013 rd, *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om el- och naturgasmarknaden*. s. 8.

²⁸ Elmarknadslag 9.8.2013/588, 1 § 2 mom.

3 Lagstiftning, principer och rättsligt material

Den nu gällande lagen, Lag om offentlig upphandling och koncession (1397/2016), i avdelning IV om gemensamma bestämmelser anger bland annat regler om ingående av upphandlingskontrakt, om väntetid och undantag från denna samt annonsering av direktupphandling innan upphandlingskontraktet ingås. I jämförelse med den nu upphävda lagen, Lag om offentlig upphandling (348/2007) och UpphL, återfinns samma paragrafer i den gällande och den upphävda lagen, men med den skillnaden att i den nu gällande lagen har väntetiden innan ett kontrakt kan ingås förkortats från 21 dagar till 14 dagar för upphandlingar som överstiger EU-tröskelvärdet samt nya regler om annonsering vid direktupphandling som underskrider EU-tröskelvärdet.²⁹

RättshL har inte någon nämnvärd betydelse i fråga om upphandlingskontraktet förutom 1 kapitlet 1 § samt kapitlen 2 och 3.

Åbo hovrätts (HovR) domslut från 6.7.2015 i frågan om ett avtal har uppstått, konstateras att UpphL inte bestämmer om anbudets bindande verkan utan däremot ska RättshL 1 § tillämpas.³⁰

Kapitel 2 om fullmakter får betydelse då ett företag får i uppdrag av städer eller kommuner att genomföra en upphandling. Marknadsdomstolens (MD) avgörande MD:328:09 visar på att ett företag under samma upphandling kunde genom fullmakt agera för två städer och samtidigt fungera som en inköpscentral för några andra städer och kommuner.³¹

Kapitel 3 bestämmer i 36 § om oskäligen villkor som antagligen sällan kommer att tillämpas. I upphandlingsprocessen försöker man i mån av möjlighet vara förutseende och som grund ligger både ett avtal baserat på anbudsförfarandet samt förhandlingarna mellan parterna. Den oskälighet i ett avtalsvillkor som kan uppstå skulle till exempel kunna orsakas av någon förändrad omständighet som framkommer i ett senare skede.³²

²⁹ 1397/2016 129:2, 131:2, RP 108/2016 rd, *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet*, s. 231 f.

³⁰ Åbo Hovr 6.7.2015 669.

³¹ MD:328:09, 1397/2016, 4 § 12 punkten, 20 §.

³² Aarto, M., Aho, T., Regelin, J., Uotila, J. & Vatanen, T. (2009), Helsinki: Edita. s. 24 f, 1397/2016, 36 §.

KöpL som är dispositiv, fungerar ofta som vägledande vid upprättande och tolkande av upphandlingskontrakt även om lagens 2 § fastställer att lagen inte gäller avtal där tjänsten utgör den övervägande delen av förpliktelsen.³³ Däremot anger Sandvik, även om han uppmanar till försiktighet, att köprätten spelar en roll som ”en god förebild för utvecklingen inom den allmänna kontraktsrätten och en utgångspunkt för analogier till andra avtalsförhållanden.”³⁴

I fråga om ansvarsbegränsningar och oskäligen avtalsvillkor jämföras upphandlande enheter med näringsidkare i Lag om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare (1062/1993).³⁵

3.1 Avtalsrättsliga principer

Både avtalsfriheten och den knapphändiga lagstiftningen gör att parterna kan förhandla om innehållet samt ta stöd av allmänna avtalsvillkor. UpphL ger tydliga ramar medan avtalsfriheten ger flexibiliteten. Beroende på hur detaljerat innehållet i ett upphandlingskontrakt är, påverkar det hur stort behovet är att tillämpa de allmänna avtalsrättsliga principerna. Ju mera detaljerat ett innehåll i ett upphandlingskontrakt är, desto mindre är behovet att stödja sig på de allmänna avtalsrättsliga principerna. Fortfarande bör man dock tillämpa de centrala principerna om tolkning, standardavtal och lojalitet vid uppgörande av kontrakt även om de är ospecificerade till sin innebörd. Det är först genom rättspraxis som en princip får sin slutliga och bindande innebörd.³⁶

Den största betydelsen har de principer som har med kontraktets innehåll att göra, de som reglerar kontraktets innehåll, tolkning och de förpliktelser som parterna ställt. En av principerna handlar om förtroendeskydd. Denna princip kan resultera i avtalsrättsligt ansvar för den upphandlade enheten om det till exempel i ett ramavtalsförhållande uppstår för tjänsteleverantören berättigade förväntningar om tjänsternas omfattning, utgående från hur den upphandlande enheten agerat under upphandlingen gång, men omfånget visar sig vara mindre. Förtroendeskyddet handlar om de förväntningar som parterna ställer på

³³ Aarto et al. (2009), s. 25.

³⁴ Sandvik, B. (2004), *Säljarens kontrollansvar: skadeståndsansvarets grund och omfattning enligt köplagen och CISG*. Åbo: Åbo akademis förlag. s. 13.

³⁵ Kurkela, M. (2010), *Globalisoitunut sopimuskäytäntö ja sopimusoikeudelliset periaatteet*. Edilex kirjast. s. 186.

³⁶ Aarto et al. (2009), s. 32 f.

varandra och fungerar ofta ömsesidigt, det som den ena parten presterar ger för den andra parten orsak att lita på en garanterad, fortsatt prestation, och skapar för denna skyldighet att skydda den första partens förtroende för honom genom att fortsätta utföra sin egen prestation på givet sätt.³⁷

Lojalitetsprincipen, en princip som sträcker sig även utanför avtalets gränser, är en plikt att i verksamheten beakta även den andra partens rättigheter och förväntningar samt att medverka att så sker. Avtalet behöver inte specifikt ange ett villkor som den ena parten, enligt lojalitetsprincipen, skulle ge den andra parten en fördel men principen kan även i vissa fall vara begränsande. Lojaliteten berör endast det ifrågavarande avtalsförhållandet och för att inte äventyra de principer om likvärdighet och icke-diskriminering som UpphL anger, sträcker sig principen inte till nya upphandlingsförfaranden. Ifall det i långa avtalsförhållanden med krävande uppgifter uppstår skäl för uppsägning av avtalet under löptiden, kan lojalitetsprincipen resultera i att ett övervägande sker mellan den nytta som uppsägningen skulle medföra för den uppsägande parten och de nackdelar som skulle uppstå för den uppsagda. Principen kan även ha en omvänd funktion genom att begränsa rätten att under avtalets löptid säga upp avtalet.³⁸ Enligt förarbetena till KSL ska lojalitetsprincipen även ta tillvara de ekonomiska intressen då det gäller val av olika tillvägagångssätt då prestationen utförs, allt för att undvika att onödiga kostnader uppstår.³⁹

Enligt Aarto et al. omfattar principen även ett ömsesidigt informationsflöde mellan parterna⁴⁰, vilket Hemmo däremot ställer sig kritisk till. Enligt honom har man försökt förena vissa skyldigheter som finns i lag med lojalitetsprincipen, bland annat informations- och reklamationsplikten. Den mera abstrakta lojalitetsprincipen bör användas då ingen annan rättskälla är tillämplig på situationen, men ska inte förväxlas eller jämföras med en norm som anger en skyldighet som bestäms om i lag.⁴¹

Där som lojalitetsprincipen tar vara på varandras intressen ska shikanförbudet hindra att de rättigheter som en part har, inte enbart får användas för att skada den andra parten.

³⁷ Aarto et al. (2009), s.33 ff.

³⁸ Aarto et al. (2009), s. 35 f.

³⁹ RP 360/1992 rd s. 85.

⁴⁰ Aarto et al. (2009), s.35 f.

⁴¹ Hemmo, M. (2007), *Sopimusoikeus I*. Helsinki: Talentum. s. 55.

Principerna leder mot samma resultat, men shikanförbudet påverkar från motsatt håll. Här handlar det om missbruk av rättigheter i syfte att skada den andra eller att försöka uppnå ett icke godtagbart resultat genom en skenbar tillåten handling, en handling som den som utför den inte har något eget intresse av.⁴²

I högsta domstolens (HD) domskäl i ärendet HD:1993:130 bestämdes innebörden av lojalitetsprincipen. I ärendet lät Hangö stad två företag utföra byggnadsarbetet av en ny kaj, vilka efter undertecknat entreprenadavtal hade helhetsansvaret för kajbygget. I avtalet hade uppgetts att om det under tiden för utförandet av arbetet uppdagades fel eller motstridigheter i uppgifterna som byggherren hade givit, och som kunde äventyra att bygget utfördes avtalsenligt, var det entreprenörens ansvar att omedelbart och bevisligen meddela byggherren om detta. Under avtalsförhandlingarna hade Hangö stad ändrat de ursprungliga byggplanerna genom att byta ut gummifendrar mot träfendrar, men företagen som skulle utföra byggnadsarbetena hade låtit bli att meddela om att fendrarnas hållbarhet var sämre, även om företagen var ansvariga och sakkunniga inom hamnbygget. HD bestämde att lojalitetsprincipen sträcker redan till tiden före det fastslagna avtalet, även om avtalets villkor anger tiden för utförandet av arbetet. Företagen dömdes vara skadeståndsskyldiga.⁴³

HD:2003:26 i ett ärende mellan en kyrklig samfällighet och ett konsultföretag om bland annat en övre gräns för skadestånd, har domstolen kommit fram till att konsultföretaget hade bättre förutsättningar att tolka avtalstexten än den kyrkliga samfälligheten. Orsaken till detta hade varit att avtalet uppgjordes av konsultföretaget och innehöll endast några punkter, i punkten för allmänna villkor hade texten (delvis i min översättning): ”De allmänna avtalsvillkoren för konsultverksamhet KSE 83. Därtill förbinder sig konsulten att hålla en konsultansvarsförsäkring på 5 000 000 mark i kraft under avtalstiden.” Konsultföretaget ansågs även inneha den expertis i fråga om avtalets innehåll och företaget lät bli att utreda avtalsvillkoren som lagts fram för den andra parten. I fråga om konsultförsäkringen hade företaget inte kunnat påvisa för domstolen att samfälligheten visste eller borde ha vetat hur försäkringen skulle ha inverkat på ersättningsbeloppets övre

⁴² Hemmo (2007), s. 56.

⁴³ HD:1993:130.

gräns. Det som vägde tungt i det här ärendet är att vilken uppfattning samfälligheten fick av innehållet av avtalet som företaget hade gjort upp.⁴⁴

3.2 Myndigheternas råd vid upphandling

I följande exempel på "handböcker" vill jag visa på betydelsen för skedet innan ett upphandlingskontrakt uppstår, att under upphandlingsprocessens gång fästa vikt vid vissa faktorer som ska resultera i att kontraktet blir lätt att genomföra och antagligen minskar risken för att fel uppstår.

Den statliga myndigheten Tekes, som arbetar under arbets- och näringsministeriet, ger information och råd bland annat i fråga om upphandling inom social- och hälsovårdstjänster. Tekes anger att ett lyckat avtal uppstår genom ett väl genomfört anbudsförfarande. Här poängteras det att ge spelrum för tjänsteleverantören och möjlighet till innovativa lösningar och genom att erbjuda tillräcklig information vid anbudsförfarandet kan det undvikas att avtal med dålig ekonomi uppstår. I förfaranden där informationen är knapp angående faktorer som inverkar på kostnaderna, finns risken att anbuden trissas upp i synnerhet när det gäller långfristiga avtal, av den orsaken att anbudsgivaren inte vågar riskera en förlust. Slutresultatet blir då ofördelaktigt för den upphandlande enheten. För tjänsteleverantören innebär ett lyckat avtal ekonomisk lönsamhet och möjlighet till utveckling och förbättring av tjänsten, vilket även gynnar övriga parter.⁴⁵

Rådgivningsenheten för offentlig upphandling (ROU), som upprätthålls av Arbets- och näringsministeriet samt Finlands Kommunförbund rf., ger i sin tur bland annat anvisningar i hur UpphL skall tillämpas och om god praxis inom offentlig upphandling. ROU anger på sin internetsida bland annat i texten för principerna för upphandling att de offentliga myndigheterna och övriga upphandlande enheterna ska följa UpphL i upphandlingsförfarandet, men att alla tolkningssituationer inte kan regleras i lag och därför bör principerna i UpphL 3 § om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet följas genom hela förfarandet.⁴⁶

⁴⁴ HD:2003:26

⁴⁵ Institutet för hälsa och välfärd (2012): *Kilpailutus sosiaali- ja terveystalveluissa*. Tampere. s. 17 f.

⁴⁶ Rådgivningsenheten för offentlig upphandling (2016), upphandling.fi.

Som en tredje "handbok" kan nämnas Finansministeriets publikation "Valtion hankintakäsikirja 2017", vars mål är att stöda och ge praktiska råd för statens olika ämbetsverk i upphandlingsverksamheten bland annat i avtalsskedet. Handboken kan även delvis tillämpas av den offentliga förvaltningens övriga upphandlingsenheter och dessutom även av leverantörer. I publikationen anges att målet för statens upphandlingsstrategi som är att (min översättning) "främja en öppen och ekonomisk upphandling med tillhörande logistik när det gäller statekonomin samt att sträva efter att effektivisera genomförandet av upphandlingar i alla statliga enheter." Det här ska bli möjligt genom att för de varor och tjänster som produceras ska priset, tidpunkten och platsen vara den rätta. I publikationen ges exempel på centrala avtalspunkter, bland annat tips om att det lönar sig att dra nytta av JYSE allmänna avtalsvillkor.⁴⁷

Dessa myndigheternas råd om en upphandling, där informationen ska hindra att ekonomiskt svaga kontrakt uppstår och genom att ge akt på det som ger förutsättningarna för en god kvalitet på tjänsten får mig att anta att risken blir mindre för att tjänsteleverantören kommer att bryta mot kontraktet. Ur tjänsteleverantörens sida sett kan ett kontrakt med dålig ekonomi orsaka att kvaliteten på tjänsten sjunker för att spara in på kostnaderna, ett exempel kunde vara att personalen är underbemannad under vissa tider på dygnet som i sin tur resulterar till exempel sämre vård för de vårdbehövande. Ser man den försämrade kvaliteten på tjänsten i en motsatt riktning där tjänsteleverantören avsiktligt sparar på kostnaderna, kommer åtgärden att öka tjänsteleverantörens vinst, men jag kommer inte att fördjupa mig i den problematiken i avhandlingen.

3.3 Allmänna avtalsvillkor - JYSE

Finansministeriet har uppgjort de allmänna avtalsvillkoren för offentlig upphandling av tjänster, eller allmänt kallat JYSE 2014 TJÄNSTER ((JYSE) julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot).⁴⁸

Det är inte tvunget att tillämpa JYSE allmänna avtalsvillkor, men det rekommenderas att den upphandlande enheten använder sig av dessa, då de garanterar ett visst minimiskydd i fråga om upphandlingskontrakt. JYSE-avtalsvillkoren ska redan finnas hänvisade till i

⁴⁷ Finansministeriet (2017), *Valtion hankintakäsikirja 2017*. Helsinki: Valtiovarainministeriö. s. 27, 73, 208 f.

⁴⁸ Finansministeriet (2015), s.3.

anbudsförfrågan för att alls komma att tillämpas. Det här betyder inte att de måste användas som sådana, utan att enbart vissa villkor kan tillämpas, villkoren kan omformas eller helt uteslutas, det är i parternas intresse att förhandla om innehållet. Detta beror på att JYSE-avtalsvillkoren är en modell för upphandlingskontraktets villkor som har utarbetats till att passa de flesta upphandlingar, villkoren i sig är inte lagstiftning eller myndighetsföreskrifter.⁴⁹

JYSE allmänna avtalsvillkor finns i äldre versioner från år 1994 och 2009. Om den upphandlande enheten i dokumenten för anbudsförfrågan felaktigt skulle hänvisa till äldre JYSE-avtalsvillkor, är det inte möjligt för enheten att efter upphandlingsbeslutet meddela att man kommer att använda sig av den nyaste versionen av avtalsvillkoren. De villkor som blir gällande är de till vilka det hänvisas till i anbudsförfrågan, om inte den som vunnit anbudsförfrågan går med på att förhandla om andra villkor. Det kan även bli aktuellt att förhandla om avtalsvillkoren ifall upphandlingsenheten inte preciserar vilka JYSE-avtalsvillkor som kommer att tillämpas. Om enheten endast nämner JYSE-avtalsvillkor, utan att nämna om det gäller JYSE 2014 TJÄNSTER eller JYSE 2014 VAROR, har den som vunnit entreprenaden inte skyldighet att följa de nämnda avtalsvillkoren eftersom det rör sig om skilda avtalsvillkor.⁵⁰ Avhandlingen tar upp tangerande situationer i kapitel 4 stycke 4.3 om ingående av upphandlingskontraktet konstateras att den upphandlande enheten bär ansvaret att avtalet blir korrekt och entydigt. Kapitel 6 stycke 6.1 om tolkning av avtalet dryftas frågan om RättshL 32 § 1 mom, om felskrivning, kan tillämpas vid tolkning av avtalet. Det framkommer att det till en viss del är möjligt.

Utbildningsstyrelsens anbudsförfrågan angående trycktkjänster från november 2014, är ett exempel på hur avtalsvillkoren kan formuleras. I texten framkommer det att i upphandlingen kommer att tillämpas JYSE 2014 till de delar som det inte på annat sätt har avtalats med den leverantör som väljs för uppdraget. Därtill hänvisas till JYSE 2014-avtalet på internet samt internetadressen anges.⁵¹

⁴⁹ Halonen, K-M. (2010b), *Julkisten hankintojen uudet yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa – palvelun laatu ja laadun valvonta*. Edilex 2010/42. s. 2

⁵⁰ Pekkala, E. & Pohjonen, M. (2015), *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Helsinki: Tietosanoma Oy. s. 848 f.

⁵¹ Utbildningsstyrelsen (2014), *Tarjouspyyntö, EU-kynnysarvon ylittävä hankinta. Opetushallituksen painopalvelujen hankinta*. Dnro 25/021/2014. s. 1.

I ett annat exempel av Ålands landskapsregering från år 2016 hänvisas det till JYSE-avtalen i anbudsförfrågan om krossning av returafalt under rubriken “Förteckning av förfrågningsunderlag”, där man bland annat nämner JYSE 2014 TJÄNSTER och med tillägget att det inte bifogas till förfrågningsunderlaget.⁵² Senare sluter landskapsregeringen avtal med en entreprenör och i avtalet under “avtalshandlingar” anges handlingarnas rangordning vid eventuella situationer där handlingarnas uppgifter eller föreskrifter skulle vara motstridiga. Direkt ur avtalet ÅLR 2016/6823:

1. Ändringar i eller tillägg till detta avtal som skriftligen godkänts av avtalets parter
2. Detta avtal
3. Beställarens upphandlingsföreskrift
4. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster: JYSE 2014 Tjänster
5. Entreprenörens anbud i sin helhet⁵³

Med hänvisning till avhandlingens inledning om avtalet mellan Ingå kommun och YIT, “Teknisen toimen palvelu- ja ulkoistamissopimus, Inkoon kunta ja YIT Rakennus Oy” anges det i punkt 20 “Sopimuksen tulkinta ja erimielisyys, pätevyysjärjestys” rangordningen för de allmänna avtalen samt lösning av tvister. I avtalet anges följande:

1. Kiinteistöhoiton ja isännöinnin yleiset sopimusehdot 2000 (KH & I - YSE 2000)
2. Alueurakan yleiset sopimusehdot 2003
3. Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot 1994⁵⁴

Vidare anges det att vid tolkning av avtalet tillämpas Finlands lag, man ska sträva efter att lösa tvister genom förhandlingar och om man inte kan uppnå samförstånd är rättsinstansen Raseborgs tingsrätt.⁵⁵

Avtalsvillkorens rangordning ovan visar på att JYSE allmänna avtalsvillkor inte är de enda till buds stående allmänna villkor utan det finns för olika områden motsvarande avtalsvillkor.

⁵² Ålands landskapsregering (2016a): *Protokoll nr 63. Protokoll fört vid enskild föredragning. Infrastrukturavdelningen, trafikbyrån. s. 2.*

⁵³ Ålands landskapsregering (2016b): *ÅLR 2016/6823. Avtal. Krossning av returafalt.*

⁵⁴ avtalet finns till påseende på Ingå kommunhus

⁵⁵ avtalet finns till påseende på Ingå kommunhus

4 Avtalet

Det privaträttsliga avtalsförhållande som uppstår mellan ett organ med offentlig makt och en privaträttslig juridisk person, ställer inte parterna i olika position då det gäller avtalsrättsliga förpliktelser. Samma avtalsrättsliga förpliktelser gäller för båda parter och avtalet eller upphandlingskontraktet som uppstår, skiljer sig inte från andra avtal förutom att UpphL kräver att avtalet skall vara skriftligt.⁵⁶ I övrigt kan det sägas att både de offentliga organens och de privata tjänsteleverantörernas agerande rör sig i en gråzon, det allmänna erbjuder tjänster med villkor som följer marknaden och i konkurrens med privata aktörer medan privata utför vissa förvaltningsuppgifter som har upphandlats.⁵⁷

Avtalet viktigaste roll är att ange parterna och binda dem vid varandra i ett rättsförhållande, men det ger även möjligheten att skrida till åtgärder om det sker ett avtalsbrott.⁵⁸ Den typ av avtal som uppgörs vid en upphandling av tjänster är ett uppdragsavtal. Den upphandlande enheten gör ett avtal med en tjänsteleverantör om en tjänst som ska utföras. Tjänsteleverantören är nu bunden till de krav som den upphandlande enheten har ställt i upphandlingsavtalet utan att vara kopplad till företaget eller vara anställd i detta.⁵⁹ Enligt UpphL kan ett uppdragsavtal även benämnas som ett tjänsteupphandlingskontrakt, ett kontrakt som avser utförande av tjänster, men som utesluter offentliga byggentreprenader.⁶⁰

Kontraktet eller avtalet spelar den viktigaste rollen om det uppstår oklarheter vid till exempel bedömning av fel, då tjänsten under hela löptiden av kontraktet ska motsvara det avtalade. De allmänna avtalsvillkoren JYSE 2014 TJÄNSTER anger att kontraktshandlingarna gäller i följande ordning vid oklarheter, såvitt inget annat har avtalats: 1) kontraktet, 2) anbudförfrågan, 3) JYSE 2014 TJÄNSTER, 4) anbudet.⁶¹

4.1 Förvaltningsavtal – privaträttsligt avtal

Ett upphandlingskontrakt är oftast, som tidigare nämnt, ett privaträttsligt avtal som gäller mellan en privaträttslig juridisk person och ett organ med offentlig makt. Till det

⁵⁶ Aarto et al. 2009, s. 31.

⁵⁷ Madell, T. (2000), *Avtal mellan kommuner och enskilda. Avtalsslut och rättsverkningar*. Stockholm: Nordstedt. s. 22.

⁵⁸ Saarnilehto, A. (2009), *Sopimusoikeuden perusteet*. Helsinki: Talentum. s.5.

⁵⁹ Halila, H. & Hemmo, M. (2008), *Sopimustyytit*. Helsinki: Talentum. s. 133.

⁶⁰ 1397/2016 1:4, punkt 4.

⁶¹ Finansministeriet (2015), punkt 4.1 och 25.1.

offentliga hör att ombesörja vissa tjänster i samhället och praxis visar på att upphandlingslagen tillämpas på dessa köptjänster, vilket gör att dessa avtal kan vara både förvaltningsavtal och upphandlingskontrakt. Förvaltningslag (434/2003) 3 § 1 mom definierar tillämpningsområdet av ett förvaltningsavtal som "[...]ett avtal som hör till myndighetens behörighet och gäller skötseln av en offentlig förvaltningsuppgift eller ett avtal som sammanhänger med utövning av offentlig makt." Däremot ska stödtjänster till en kommuns lagstadgade uppgifter, såsom informationsförvaltning och databehandling och som lagts ut på entreprenad, anses vara privaträttsliga avtal, även om dessa tjänster hör till den offentliga förvaltningsuppgiftens helhet. Ett exempel på hur stödtjänster ska uppfattas är HD:2013:19 som bestämmer att avtalet mellan staden och ett företag inte är ett förvaltningsavtal utan ett privaträttsligt avtal. Ärendet gäller utförandet av endoskopiundersökningar i stadens hälsovårdscentralers utrymmen var undersökningarna ska anses vara stödtjänster om vilka hälsovårdscentralen har kunnat bestämma tider och omfattning. Tjänsten saknar dessutom administrativt självbestämmande eller utövande av offentlig makt.⁶²

GL 124 § bestämmer att privata aktörer kan, genom lag eller med stöd av lag, sköta förvaltningsuppgifter vilka inte innebär betydande utövning av offentlig makt och ur lagförarbetet framkommer det att den privata aktören som ska utföra uppgiften ska få ingående bestämmelser om uppgiftens skötsel och om förfarandet, att straffrättsligt tjänsteansvar råder samt att det krävs rättssäkerhet och god förvaltning. Det innebär att man vid beslutsfattandet beaktar jämlikhet, språkliga rättigheter, givande av motiverade beslut, rätten att bli hörd och att söka ändring.⁶³ En besiktare av fordon är ett exempel på en sådan privat aktör med tjänsteansvar som utför förvaltningsuppgifter och vilkas förfarande regleras i FörvL. Lag om fordonsbesiktningsverksamhet (957/2013) 52 § anger att på besiktaren tillämpas straffrättsligt tjänsteansvar, dessutom hänvisas det till FörvL i ärenden om jäv, inspektioner, omprövning och ändringssökande av beslut i ett besiktningsärende eller av ett vidareutbildningstillstånd.⁶⁴

⁶² Voutilainen, T. & Kurvinen, E. (2015), Kuntien tietohallinnon järjestäminen – vastuut ja rajoitteet ulkoistamisessa. Edilex 2015/19. s. 21 f. HD:2013:19.

⁶³ RP 1/1998 rd, *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ny Regeringsform för Finland*. s. 178 f.

⁶⁴ Förvaltningslag 6.6.2003/434, Lag om fordonsbesiktningsverksamhet 13.12.2013/957, 24 §, 35 §, 39 §, 52 §, 53 §.

Vid tvister om ett förvaltningsavtals innehåll, kan förvaltningstvistemålet endast behandlas av en förvaltningsdomstol, medan ett skadestånd som baserar sig på ett förvaltningsavtal ska avgöras i en allmän domstol. Sålunda kan en tvist mellan en kommun och en privat aktör om ett förvaltningsavtals innehåll inte lösas genom skiljeförfarande, men nog i fråga om skadestånd då parterna har avtalat om det. Stödtjänster till en kommuns lagstadgade uppgifter såsom informationsförvaltning och databehandling och som lagts ut på entreprenad, är privaträttsliga avtal, även om dessa tjänster hör till den offentliga förvaltningsuppgiftens helhet.⁶⁵

I Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) beslut HFD:2013:165 i ärendet om tjänsteleverantörens ensidiga höjning av priser och obetalda ersättningar uppges det att ärendet ska ses som ett förvaltningstvistemål mellan en enskild tjänsteproducent och staden. I detta fall gällde det Åbo stads köptjänster av en enskild tjänsteproducent för att producera lagstadgade boendetjänster för kommuninnevånare i behov av psykisk rehabilitering. HFD bestämmer att ett offentlighetsrättsligt rättsförhållande råder.⁶⁶

4.2 Ramavtal

UpphL 2 § om lagens ändamål anges det bland annat att upphandlingarna bör genomföras med iakttagande av den bästa ekonomin, med hög kvalitet och systematiskt och genom att utnyttja ramavtal kan de administrativa uppgifterna minskas. Ramavtalet anges i UpphL 42 § som ett avtal "mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa priser och planerade kvantiteter för ingående av upphandlingskontrakt under en viss tidsperiod samt övriga villkor". Vidare anges det att ett ramavtal gäller i högst fyra år men kan undantagsvis vara giltigt längre, men att det inte är tillåtet att göra några väsentliga ändringar i villkoren under avtalets giltighetstid.⁶⁷ Trots att UpphL tar upp ramavtal, regleras avtalet egentligen inte i lagen och lika liten vägledning ger den om vilket slag av upphandlingskontrakt som ska ingås, då kontraktet baserar sig på ramavtal. De fördelar som kan ses med ett ramavtal är att det är lämpligt inom områden där pris och produkt utvecklas snabbt, däremot inte för avtal där fasta pris råder eller andra villkor som förknippas med upphandlingen förändras. En annan fördel

⁶⁵ Voutilainen & Kurvinen, (2015), s. 23.

⁶⁶ Voutilainen & Kurvinen (2015), s. 22 f, RP 72/2002 rd s. 55, HFD 2013:165.

⁶⁷ 1397/2016 2 §, 42 § 1 mom, 42 § 5 mom.

med ett ramavtal är möjligheten att välja flera leverantörer vilket gör det mera flexibelt. Avtalsparterna kan inbördes göra små ändringar eller utfylla avtalet, dock inte några betydande. I lagens motiv anges att vid betydande ändringar ska UpphL 136 § tillämpas som förbjuder väsentliga ändringar. Vidare om innehållet i paragrafen senare i stycket om förbjudna väsentliga ändringar.⁶⁸

Jag kommenterar det som står i lagförarbetet till UpphL och texten lyder: ”Enligt artikel 33.2 i upphandlingsdirektivet ska förbudet mot väsentliga ändringar av ramavtalets villkor beaktas särskilt när det är fråga om ett ramavtal som ingås med en enda leverantör.”⁶⁹ I texten talas det om *väsentliga ändringar* då det gäller en enda leverantör, men är de väsentliga ändringarna trots allt inte helt förbjudna om ramavtalet ingås med till exempel två leverantörer? UpphL 42 § 5 mom bestämmer att ”Inga betydande ändringar får göras i villkoren för ramavtalet under dess giltighetstid.”⁷⁰, här nämns inte antalet leverantörer och lagens förarbete ger inte vägledning. UpphL 2 § 1 och 3 mom. anger principerna för offentlig upphandling som likabehandling och icke-diskriminerande. Att överhuvudtaget skilja mellan en eller till exempel två leverantörer när det gäller betydande eller väsentliga ändringar av ramavtalsvillkor, verkar för mig märkligt om inte tanken bakom är att då flera leverantörer är bundna till samma ramavtal, torde ändringarna inverka på alla på samma sätt. Ännu återstår de som inte blev valda till ramavtalet och inte kan ta del i ändringarna som kunde ha varit till deras fördel.

Det kunde verka relativt lätt att genom att tillämpa UpphL bedöma om ett avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör ska ses som ett upphandlingskontrakt eller ett ramavtal. I beslutet HFD 6710/2017 bestäms att ett avtal gällande sjukhusgaser ska ses som ett upphandlingskontrakt och inte ett ramavtal där ändring och bekräftelse av pris eller mängder är möjliga inom en viss tidsperiod. HFD:s viktigaste argument anger att ramavtalet hade varit i form av en beställning där priset var bindande, till det utkast som hade bifogats till anbudsfrågan hade inte kunnat göras några ändringar efter upphandlingsbeslutet förutom några små specificerande ändringar, vilket hade inneburit att avtalet kunde följas under hela löptiden och att det enda som hade lämnats öppet var

⁶⁸ Aarto et al. (2009), s. 63 ff, 1397/2016 42 §, Rp 108/2016 rd 42 §.

⁶⁹ RP 108/2016 s. 142.

⁷⁰ 1397/2016 42 § 5 mom.

mängden av sjukhusgaser och frågor angående beställning och leverans. Den nu upphävda UpphL (348/2007) tillämpades på rättsfallet.⁷¹

4.3 Ingående av upphandlingskontraktet

Utkastet till upphandlingskontraktet görs oftast av den upphandlande enheten och ansvaret att kontraktet blir korrekt, entydig och täckande, ligger hos densamma. De allmänna avtalsrättsliga principerna och lagstiftningen som berör avtal, reglerar upprättandet av kontraktet.⁷² Ur avtalsrättslig synvinkel kan ett avtal uppstå muntligen, men sådana situationer ska undvikas genom att i upphandlingsbeslutets text tillsätta följande mening (min översättning): ”Ett upphandlingskontrakt uppstår inte genom delgivning av upphandlingsbeslutet, utan det krävs ett separat skriftligt avtal.”⁷³ Innebörden av detta motsvarar UpphL 128 §, och om man närmare granskar vad lagens förarbete säger, uppges det att innehållet motsvaras av 76 § i den upphävda UpphL, vars förarbete förtydligar behovet av lagen. Orsakerna till att lagen uttryckligen bestämmer hur ett upphandlingskontrakt uppstår är att undvika situationer då det kan tolkas huruvida ett kontrakt har uppstått eller inte, som i sin tur inverkar på utnyttjande av tillgängliga rättsmedel. Enligt de avtalsrättsliga principerna uppstår ett avtal då ett erbjudande får ett godkännande svar utan reservationer.⁷⁴

HFD 27.1.2017 315: I en upphandling om trafikering med bussar hade Vasa stadsfullmäktige i sitt upphandlingsbeslut valt en tjänsteleverantör och meddelat denna om beslutet. Tjänsteleverantören hade inlett trafikeringen, fakturerat för trafikeringen, hade fört diskussion med staden om bussarna samt hade gjort införskaffningar. Dessutom hade det informerats om valet av tjänsteleverantör i tidningen. På grund av att staden hade gjort ett fel i jämförelsen av anbud, gjorde man ett omprövningsbeslut och en annan tjänsteleverantör hade blivit vald. Den första tjänsteleverantören anförde besvär och anser att ett muntligt upphandlingskontrakt hade uppstått och att det därför inte längre hade varit möjligt att göra ett omprövningsbeslut. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) konstaterade att enligt upphandlingsbestämmelserna uppstår ett upphandlingskontrakt

⁷¹ HFD 6710/2017.

⁷² Aarto et al. (2009), s. 20 f.

⁷³ Finansministeriet (2017), s. 210.

⁷⁴ RP 190/2009, *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen*. s. 55.

genom att underteckna ett skriftligt sådant. Dessutom hade det i anbudsförfrågan angetts att ett kontrakt uppstår då beslutet hade vunnit laga kraft och båda parterna hade undertecknat kontraktet. Enligt HFD:s beslut hade staden inte gjort fel i att göra ett omprövningsbeslut eftersom ett skriftligt upphandlingskontrakt inte hade uppgjorts. Den första tjänsteleverantören som anförde besvär, förlorade ärendet.⁷⁵

4.4 Avtalets innehåll

Att uppgöra ett avtal som skulle vara fullkomligt, skulle kräva att den upphandlande enheten kunde förutse händelser och utveckling i framtiden. Ett ofullständigt avtal med vissa flexibla villkor, fungerar som ett ramavtal och de avtalsrättsliga principerna får en viktig roll vid utfyllningen och tolkningen. Avtal som uppgörs för en städtjänst är, i förhållande till avtal för de äldres boendeservice, ett mycket enklare avtal där förutsättningarna är goda för att nå ett fullständigt avtal. Avtal om kommunala socialtjänster kan närmast ses som ofullständiga avtal, till exempel de äldres boendeservice innebär även vård och vårdplan.⁷⁶

Avtalets målsättning kan skilja mellan den upphandlande enheten och tjänsteleverantören. Den upphandlande enhetens mål är ofta att behovet av tjänsterna ska vara jämnt och så litet som möjligt, men trots att enheten är den beställande parten, har den inte den bästa kännedomen om tjänsten i sig självt. Däremot kan den privata tjänsteleverantören sikta på ökat tjänstebehov för att göra en större vinst, och som den utförande parten äger leverantören en bättre kunskap om tjänsten än den upphandlande enheten.⁷⁷

Det som ovan nämndes angående en svagare kunskap om tjänsten hos den upphandlande enheten bekräftades av den tidigare grundtrygghetsdirektören Nummenmaa⁷⁸ i Raseborg. Han ansåg att små kommuner skulle ha behov av olika styrdokument som skulle leda kommunen i upphandlingen om till exempel äldrevård. Han konstaterade samtidigt att det är tragiskt att göra samma misstag som andra upphandlade enheter redan hade gjort.

⁷⁵ HFD 27.1.2017/315.

⁷⁶ Sutela, M. (2003), *Sosiaali- ja terveyspalvelujen ulkoistaminen. Oikeudelliset reunaehdot*. Helsingfors: Edita Prima Oy. s. 135.

⁷⁷ Taponen, S. (2018), *Ulkoistetun palvelutuotannon riskien johtaminen*. Edilex, artikkeli julkaistu 30.1.2018. s. 4-5.

⁷⁸ Savonius, A. (2019): *Professor: Omförhandla 15 år långa avtal inom äldrevården om de inte fungerar*. Yle.

Nummenmaa tog upp några situationer som kunde ha undvikits om den upphandlande enheten skulle ha känt till verkligheten på ett äldreboende. En sak som inte blev definierad i en av de första av de upphandlingar som han medverkade i, var att näringsvärdet i måltiderna inte blev fastställt, i ett annat fall gällde det städning. I avtalet om städning hade det uppgjorts om städning en gång per vecka, men det visade sig att antalet städningar inte kunde vara statiskt. Om klientens hälsotillstånd försämrades, kunde även städbehovet öka, vilket nog kunde tillgodoses mot betalning men endast om tjänsteleverantören hade tillgänglig personal, i annat fall förblev det ostädat. Behovet av städning ökar likaså om sängen måste bäddas om flera gånger per dag på grund av våta lakan, att bädda sängen gör att det dammar mera.

Upphandlingskontraktet och förhandlingarna kring upphandlingen begränsas av både upphandlingsförfarandet och beslutet, övriga villkor eller annat som inte framkommit under förfarandet eller i beslutet saknar betydelse. Trots det fyller förhandlingarna ett viktigt syfte, även om det inte kan göras några väsentliga förändringar. Det kan finnas villkor som det ännu inte har slutligt förhandlats om eller hur upphandlingen ska förverkligas och båda är sådana som är viktiga att utreda. I synnerhet när det gäller omfattande upphandlingar, har förhandlingarna som föregår upphandlingskontraktet en betydande roll. Upphandlingsförfarandet regleras av principer som tas upp i UpphL om likvärdighet och icke diskriminering av deltagare och leverantörer, medan avtalsförhandlingarna efter upphandlingsbeslutet inte längre omfattas av dessa.⁷⁹

Alla skeden i upphandlingsprocessen före avtalets uppkomst, påverkar och sätter gränser för avtalsfriheten. Följande genomgång av upphandlingsförfarandet visar på hur de olika skedena i upphandlingen inverkan på varandra och till sist på upphandlingskontraktet. Den upphandlande enheten ska publicera en upphandlingsannons och ge en anbudsfrågan på vilken leverantörerna lämnar anbud. I anbudsfrågan framkommer upphandlingen och andra uppgifter som utgör de villkor som gäller för det kommande upphandlingskontraktet. Efter att den upphandlande enheten har avgjort valet av leverantör görs ett upphandlingsbeslut som grundar sig på den anbudsjämförelse som är anmäld i anbudsfrågan och som ska överensstämma med upphandlingsannonsen. Den

⁷⁹ Aarto et al. (2009), s. 20 f, 1397/2016 3 §.

upphandlade tjänst och övriga villkor som är definierade i upphandlingsannonsen, får på så sätt inte väsentligt frångås i upphandlingskontraktet.⁸⁰

De förpliktelser som ett avtal bestämmer har sitt ursprung i det som har avtalats och i lagstiftningen. De villkor som parterna har avtalat om, avtalsmaterialet, formas bland annat av marknadsinformationen, prover, skriftligt material och muntlig kommunikation, vilken inte är lika bindande som de egentliga villkoren. Trots det kan muntligt framställd information ha betydelse vid tolkningen av villkoren.⁸¹

Tjänstens art eller omfattning påverkar vilket behov det finns för att fastslå olika avtalsvillkor. Ju mera invecklad en kedja av tjänsteleverantörer är, desto mera betydelse får avtalet.⁸² Finansministeriet ger exempel på enskilda avtalsvillkor som bör ingå i avtalet och följande punkter har relevans för avhandlingen och för de olika egenskaper som en tjänst kan ha som kan vara behäftad med fel. Den upphandlade tjänsten, med eventuella tilläggstjänster, ska vara tillräckligt utförligt beskrivna och specificerade och vid behov på egen bilaga. Den, hos vem helhetsansvaret vilar på, ska vara angiven, likaså underleverantörer och sammanslutningar. Parternas ansvar och plikter ska framkomma ur avtalet. I situationer då avtalet grundar sig på ramavtal, ska uppdraget anges. Det ska även anges hur förfarandet vid övervakningen av avtalet och godkännandet av uppdraget sker, oöverkomligt hinder, vilka följderna av ett fel blir samt när ett avtal kan hävas, uppsägas, ändras eller överförs.⁸³ En tjänst som i avtalet specificeras mycket noggrant, gör att en omsorgsförpliktelse övergår till en resultatförpliktelse, som i sin tur inverkar på bedömningarna om fel. Vidare om detta i 5 kapitlet.

4.5 Förhållandet mellan avtalslösningarna och dispositiv rätt

På det privaträttsliga upphandlingskontraktet tillämpas lagar, allmänna läror och rättsprinciper. Upphandlingskontraktet stöds inte explicit av en avtalsrättslig lag vilket vissa andra specifika avtalstyper har stöd av. RättshL har till vissa delar betydelse för upphandlingskontraktets rättsliga frågor och andra lagar såsom KöpL och i vissa situationer kan Skadeståndslag (412/1974) likaså tillämpas. Regleringen i standardavtal kan ge stöd, även normer, men det är inte helt problemfritt att tillämpa de senare som är

⁸⁰ Aarto et al. (2009), s.13, 1397/2016 58 §, 101 §, 104 §, 123 §.

⁸¹ Hemmo (2007), s.564.

⁸² Taponen (2018), s. 5.

⁸³ Finansministeriet (2017), s. 208 f.

medelbart tillämpliga och kan ge upphov till en konflikt med vad man eftersträvar i upphandlingskontraktet eller med dess resultat. Specifikt för upphandlingskontraktet är att den avtalsfrihet som råder, infaller tydligast i skedet för anbudsförfrågan. Trots att upphandlingsförfarandet är strikt bestämt i UpphL och upphandlingens mål kommer tydligt fram i upphandlingen och målet samt innehållet ska särskilt beaktas i avtalet, kan ändå förhandlingar till viss mån föras om avtalets innehåll. Avtalets innehåll ska uppfattas som en helhet inkluderande avtalet i sig självt och åtminstone det material som uppstått under upphandlingen. Avtalsfriheten gör att till exempel JYSE 2014 TJÄNSTER kan komplettera avtalsvillkoren.⁸⁴

För att garantera att målet med upphandlingen nås, ska det vid uppgörande av avtalet anges parternas rättigheter och skyldigheter med möjligast noggrannhet, som avspeglar sig i ett mindre behov av att tillämpa de allmänna avtalsrättsliga principerna. Vissa principer ska dock ännu tillämpas på avtalet såsom principer om tolkning, lojalitet och standardavtal.⁸⁵

Enligt Hemmo har det inom Norden kunnat skönjas en inskränkning av avtalsfriheten under de senaste decennierna. Den avtalsrättsliga lagstiftningen är gjord för jämlika aktörer, den tar inte i beaktande de svagare parterna eller egenskaper som ålder, ekonomi, kunskap eller fysisk/juridisk person. Tidigare inom avtalsrätten har det tagits för givet att en part är en ”rationell kontraktspart”, en abstraktion som har visat sig att inte gäller i alla situationer. För att korrigera obalansen mellan parterna har det för vissa grupper givits ett miniskydd i form av tvingande avtalslagstiftning. Dessa grupper kan vara konsumenter, arbetstagare och i vissa fall småföretagare (i fråga om försäkringar), åtgärden begränsar avtalsfriheten men erbjuder ett minimiskydd för den svagare parten.⁸⁶ I fråga om upphandlingskontrakt, ska en näringsidkare som är den ena parten i princip inte ses som en svagare part, men det finns element vid uppgörande av avtalet som betonar den svagare parten såsom skälighet och beaktande av vissa delar av standardavtal.⁸⁷

⁸⁴ Aarto et al. (2009) s. 30 ff.

⁸⁵ Aarto et al. (2009) s. 31, 33.

⁸⁶ Hemmo (2007) s. 69 ff.

⁸⁷ Aarto et al. (2009) s. 33.

Det som Hemmo beskriver överensstämmer med myndigheternas råd att i mån av möjlighet använda sig av JYSE-allmänna avtalsvillkor då dessa garanterar för upphandlingskontrakten ett visst minimiskydd och dessa allmänna avtalsvillkor kan ändras, uteslutas eller ersättas av andra avtalsvillkor för att bli tillämpliga på avtalet. Dessutom har den dispositiva KöpL, med sina avtalsrättsliga principer, haft stor inverkan på de allmänna avtalsvilkorens uppkomst.⁸⁸

Det offentliga organet är oftast den starkare parten, men jag vill påstå att det i alla situationer inte är så. Främst avser jag små kommuner som upphandlar med till exempel stora vårdbolag, aktörer som länge har varit inom branschen, stora företag med erfarenhet av upphandling och ekonomiska resurser att anlita specialister inom avtalsrätt, upphandling eller andra områden. Det exempel i inledningsavsnittet mellan Ingå kommun och YIT, visade kanske delvis på obalansen mellan parterna, men kan ha en delorsak i att det inte ännu vid den tidpunkten var så vanligt med upphandling av tekniska tjänster. Kommunen ansåg själv att konsulthjälp kunde ha kommit till nytta.

4.6 Positiva och negativa incitament för tjänsteleverantören

Ett grundläggande incitament för att uppfylla avtalets villkor kunde vara att tjänsteleverantören verkligen förstår innebörden i avtalet. Redan vetskapen om påföljderna vid ett avtalsbrott kunde ha denna effekt. I avtalet kan tas med olika villkor som antingen sporrar tjänsteleverantören att följa avtalet eller till och med prestera bättre än tjänstens förväntade minimikrav eller förhindrar att leverantören utför en tjänst som står i strid med avtalets villkor. Avtalsfriheten gör att positiva incitament i form av en belöning eller ett arvode, eller negativa i form av ett vite, kan tas med i avtalet. I följande utredning över vitet och de positiva incitamenten, visar på att de senare verkar vara mycket mera komplicerade än vitet.

Vitet kan ha olika inverkan på tjänsteleverantören beroende på vitets syfte. Det kan fungera som en påtryckning för leverantören att utföra sin prestation avtalsenligt, men även för att uppfylla en negativ prestation, till exempel att inte avslöja affärshemligheter. Alla avtalsbrott ger inte upphov till skada, men vitet kan användas som ett incitament eftersom beloppet är på förhand bestämt och vitet är inte bundet till den uppkomna

⁸⁸ Jfr 3, 3.3.

skadan. Den nytta som beställaren drar av detta är att vitet gäller för sådana prestationer som är viktiga att de utförs, men som ger inte upphov till en skada även om prestationen inte uppfylls. Dessutom behöver beställaren inte bevisa att han har lidit skada av en prestation som inte har uppfyllts.⁸⁹ Parterna ska särskilt bestämma om vilka kontraktsbrott som ger anledning till att tjänsteleverantören blir skyldig att betala vite.⁹⁰

Helsingin sanomat skrev om Folkpensionsanstaltens (FPA) upphandlade taxitransporter som inte hade förlöpt i Nyland enligt avtalet och att avtalet mellan FPA och Helsingin-Uudenmaan Taksit hävs. Den nämnda leverantören fortsätter enligt det avtal som nu gäller tills den nya leverantören tar över och ett hot om vite på 25 000 euro har förelagts för övergångstiden. FPA har uppgett att de följer noggrant med utförandet.⁹¹ Dessutom har FPA krävt vite av tre andra taxiföretag som ombesörjer FPA-transporter. Storleken av vitet var 10 000 euro för vart och ett av företagen. För två företag var orsaken till vitet för långa telefonköer i beställningstjänsten och för ett företag var orsaken att en lämplig bil inte alla gånger kunde erbjudas kunden samt betydande förseningar.⁹²

De positiva incitamenten kan till exempel tillämpas vid innovationspartnerskap. UpphL 38 § bestämmer om innovationspartnerskap, som innebär att om de tjänster som finns på marknaden inte kan tillgodose det behov som den upphandlande enheten har, kan innovationspartnerskap ingås. Det konstaterades att valet av de positiva incitamenten har betydelse för hur genuint intresserad ett företag är att ingå ett innovationspartnerskap. De incitament som anses vara tillräckliga är (i min översättning): ersättningen, rättighet att använda utvecklingsfasen som referens, synlighet i media, tydlig information om sannolikheten att få det slutliga avtalet, kommersialisering av den slutliga lösningen genom den öppnas för andra köpare men de immateriella rättigheterna förblir hos partnern. Enligt HILMA (den elektroniska annonseringskanalen för offentliga upphandlingar) påbörjades 11 innovationspartnerskap under 2017.⁹³

⁸⁹ Hemmo, M. (2011), *Sopimusoikeus II*, Helsingfors: Talentum. s. 338.

⁹⁰ Finansministeriet (2015), 1.9 punkten.

⁹¹ Kuokkanen, K. (2018), Kela päätti purkaa kyytisopimuksensa. *Helsingin sanomat* 17.10.2018, s. A19.

⁹² Blencowe, A. (2018), *Kela mätkäisi 10 000 euron sopimussakot kolmelle taksikeskukselle – syynä muun muassa ruuhkat puhelinpalveluissa ja taksien myöhästymiset*. Yle.

⁹³ Bergman, I-M., Halonen, K-M., Kestilä, I., Lahti, E., Ojala, E., Pyykkönen, J., Sammalmaa, J. & Urho, M. (2018), *Innovatiiviset menettelyt biotalouden ja puhtaiden ratkaisujen hankinnoissa*. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 62/2018. 76 f, 1397/2016 38 §.

En annan typ av incitament vid innovativa lösningar är bonus- och sanktionsvillkor som tillämpas på en allians (fördelarna och riskerna fördelas mellan parterna i alliansen, oenighet löses genom diskussion). Alliansmodellen innebär att det totala resultatet beaktas då bonus- och sanktionssystemet tillämpas och fördelas mellan parterna. Dessa bonus- och sanktionsvillkor är vanliga för innovativa upphandlingar och benämns även som riskfördelningsvillkor. Det finns även en annan sporre i villkoren förutom de ekonomiska, de kan främja samverkan mellan parterna och engagemanget för uppdraget. En förbättrad produktion eller kvalitet kan ge leverantören den bonus som det har avtalats om eller i en omvänd situation resulterar det i sanktioner. Beroende av projektet kan bonus- och sanktionsvillkoren se olika ut. Ett exempel är serviceboende för utvecklingsstörda där systemet för incitament baserar sig bland annat på hur nöjda klienterna är, antalet reklamationer, stödande av klientens utveckling till självständighet och hur permanent personalen är.⁹⁴

De eventuella options- eller förlängningsklausuler⁹⁵ som kan finnas i avtalet kunde även ha en inverkan på leverantören och för att prestera enligt avtalsvillkoren eller bättre för att framstå som en pålitlig avtalspart. En option är för den upphandlande enheten inte en tvungen handling, utan kan vid behov utnyttjas.

4.7 Kort - långt tjänsteavtal

I vissa fall kan avtalets längd ha stor betydelse för tjänsteanvändarna. Inom social- och hälsovårdstjänsterna kan ett kort tjänsteavtal inverka menligt på ett långt vård- och omsorgsförhållande. Exempel på sådana situationer där klienten har särskilda behov är barnskydd, vården av klienter med minnessjukdomar, handikapp- eller mentalvård och avtalets längd ska avvägas mot detta för att undvika att det uppstår situationer där klienterna blir lidande.⁹⁶ Ett avtal som är gällande tillsvidare är möjligt enligt UpphL, men med fokusering på de nämnda klientgrupperna, kan ett ramavtal ingås med tanke på avtalslängden om fyra år som i undantagsfall kan förlängas.⁹⁷ I förarbetena till UpphL räknas vissa situationer upp där det kan anses var motiverat med en förlängning av ett

⁹⁴ Valtiontalouden tarkastusvirasto (2017), *Tuloksellisuustarkastuskertomus. Julkisten hankintojen innovatiiviset toimintamallit*. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 8/2017. s. 42.

⁹⁵ RP 108/2016 rd, s. 235.

⁹⁶ 1397/2016 108 §, Arbets- och näringsministeriet (2017), *Handledning till socialt ansvarsfull upphandling*. ANM guide och övriga publikationer 13/2017. s. 38.

⁹⁷ 1397/2016 42 § 5 mom,

ramavtal som bland annat vid upphandlingar med datasystem, branschvis allmän praxis och kommersiella villkor, utbildning och andra situationer där processen är längre än fyra år och kräver någon form av aktivitet såsom underhåll. MD 525-526/11 gör gällande att löptiden för ett ramavtal på nio år gällande ett effektiverat serviceboende för äldre, är befogat med tanke på de investeringar som krävs för att kunna producera tjänsterna.⁹⁸

I en undersökning gjord av HEMA (Institute of Healthcare Engineering, Management and Architecture) om offentliga tjänster hade man ur HILMA valt 5000 redan avslutade upphandlingar ur kategorierna undervisnings-, sakkunskaps-, hälsovårds-, IT-, byggnads- samt forsknings- och utvecklingstjänster, av vilka sammanlagt 998 svarade. I en av frågorna om avtalets längd, alternativen var mellan under två år till åtta år eller längre, ställdes frågan om man upplevde det utmanande att göra ett avtal som omspannar hela avtalstiden. I svaren om de långa avtalen svarade 60 % av de tillfrågade nekande. De som upplevde det mest utmanande var enheterna inom hälsovårdstjänsterna, men också inom IT- och forsknings- och utvecklingstjänsterna. Följdfrågan för de som svarat jakande var att i så fall varför? Svaret hade tre alternativ (i min översättning):

1. svårighet att definiera tjänstens innehåll
2. behovet kommer högst sannolikt att förändras
3. miljön/sammanhanget (ympäristö) kommer högst sannolikt att förändras.⁹⁹

Respondenten anger betydelsen för svaret i en skala på sex nivåer. Det mest betydande för nämnda kategorier tillsammans tillskrevs alternativ 2, behovet av tjänsten kommer högst antagligen att förändras, därefter kommer alternativ 3 om miljön/sammanhanget och till sist alternativ 1, svårighet att definiera tjänstens innehåll.¹⁰⁰

Beroende av tjänstens omfattning, ett kortvarigt utförande av en specifik tjänst eller utförande av en tjänst som fortgår under en lång tidsperiod, ser uppföljningen av avtalet olika ut. En plan för hur uppföljningen av avtalet och samarbetet med tjänsteleverantören kan uppgöras vid behov när det gäller avtal med lång löptid eller med stort kostnadsvärde. Finansministeriet ger exempel på vilka uppgifter som kan tas med i planen ifall dessa uppgifter inte fås från något annat informationssystem. Dessa kan vara: en översikt över

⁹⁸ RP 108/2016 rd s. 143, MD 525-526/11.

⁹⁹ Särkkä, M., Rantakari, L. & Jarva, S. (2009), *Palvelujen hankinnat julkisella sektorilla - kyselytutkimuksen tulokset*. Teknillisen korkeakoulun HEMA Instituutin julkaisuja nro 16. kapitel 1, 3.4.3, fråga 9.

¹⁰⁰ Särkkä, M., Rantakari, L. & Jarva, S. (2009), kapitel 1, 3.4.3, fråga 9.

avtalets objekt, löptiden för avtalet samt tidpunkterna för leverans och upphörande, tidpunkter för uppföljningsmöten och eventuellt standardinnehåll, de centrala uppgifterna om avtalets bevakning och godkännandet av utförandet, avtalsändringar samt rapportering.¹⁰¹

4.8 Ändring av avtal under löptiden

Följande statistik berättar om svårigheterna att göra upp ett avtal som inte skulle kräva korrigeringar under löptiden. Urvalets svarsprocent är 10,85 %, men kan ge en inblick i var det kan löna sig att till exempel ta med klausuler i avtalet.

Arbets- och näringsministeriet (ANM) beställde 2014 av Suomen Yrittäjät en undersökning om små- och medelstora företags uppfattningar och åsikter om offentlig upphandling. I undersökningen särskiljs inte tjänster från varor. De tillfrågade representerade både slumpmässigt utvalda företag och bygg-, näringslivs- och social- och hälsovårdssektorn. Förfrågningsurvalet bestod av cirka 5600 företag av vilka 607 företag svarade, motsvarande 10,83 %. Det frågades bland annat att om det under avtalstiden har uppstått behov att ändra avtalets villkor eller föremålet för upphandlingen. I ANM:s kommentar kommer det fram att 22,2 % av företagen som svarat hade haft behov av ändring. Det låga resultatet kan enligt ANM bero på att det vid en väsentlig ändring av avtalet, ska ett nytt upphandlingsförfarande enligt lagen utföras, men att antalet jakande svar inte kan anses vara litet. I undersökningen tog man inte ställning till om ändringen skulle ha inneburit en väsentlig ändring av avtalet. Nästa fråga undersökte hur många gånger det har uppstått behov av att ändra avtalets villkor eller föremål. De flesta (48,5%) svarar att 2 - 4 gånger har det uppstått behov, nästan lika många (43,9 %) svarar att en gång medan de övriga (7,7 %) svarar att 5 gånger eller flera. I följande svar kan man utläsa att orsaken till ändringen i avtalet i de flesta fall har rört sig om priset (41,2 %), därefter i frågor om leverans (35,3%) och resten är ospecificerade orsaker (23,5 %).¹⁰²

Huvudregeln för upphandlingskontraktets innehåll är att det skall överensstämma med det som ursprungligen har upphandlats om och som uppgetts i anbudsförfrågan. Det här baserar sig på rättsprinciperna och att anbudsgivarna ska behandlas jämlikt och icke-

¹⁰¹ Finansministeriet (2017), s. 218.

¹⁰² Arbets- och näringsministeriet (2014), *Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa*. Kilpailukyky 54/2014. s. 54–58.

diskriminerande samt att det för upphandlingarna ska gälla öppenhet. Det kan ändå uppstå situationer då det anses befogat att granska de olika villkoren i kontraktet som berör parter, innehåll eller yttre omständigheter.¹⁰³ UpphL tar upp både väsentliga ändringar i upphandlingskontraktet, som är förbjudna och kräver ett nytt upphandlingsförfarande, men även tillåtna ändringar, vilka inte kräver ett nytt förfarande.

I inledningen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (upphandlingsdirektivet), samt enligt Pekkala et al., kan man i kontraktet ta med ändringsklausuler eller optioner, vilka ska vara tydligt formulerade, men att dessa trots allt inte ska ge den upphandlande enheten obegränsad frihet till ändringar. Dessa klausuler och optioner kan handla till exempel om prisindexering, att en leverans fortfarande är gällande under en viss tidsperiod även om det har skett tekniska förändringar eller att då användning och underhåll har visat på tekniska svårigheter, kan anpassningsklausuler tas med. Pekkala et al. summerar att en avtalsförändring är enligt UpphL tillåten om den grundar sig på en ändring som var känd vid stunden för konkurrensutsättningen eller att det är fråga om utnyttjande av optioner som varit kända vid det ursprungliga upphandlingsförfarandet.¹⁰⁴

I ett upphandlingsavtal kan förekomma villkor som är oskäligen, även om det är mycket sällsynt efter ett upphandlingsförfarande där man även har försökt att vara förutseende. I situationer där omständigheterna har förändrats så mycket att ett villkor blir oskäligt, kunde RättshL 36 § om oskäligen villkor, åberopas.¹⁰⁵

4.8.1 Förbjudna väsentliga ändringar

I UpphL anges, med iakttagande av tröskelvärden, att upphandlingskontrakt eller ramavtal får ändras, men om ändringen är väsentlig, ska ett nytt upphandlingsförfarande genomföras. I upphandlingsdirektivets artikel 72 har EU-domstolens (EUTI) rättspraxis i domen pressetext, C-454/06, fungerat som riktlinje i frågor om ändring av kontrakt. EUTI fastställde tre kriterier för att kontraktets ändringar ska kunna anses vara väsentliga: att ändringen innehåller sådana villkor att även andra anbudsgivare skulle ha kunnat bjuda

¹⁰³ Castrén, M. (2014), *Hankintasopimuksen muuttamisen sallittavuus*. Defensor Legis 3/2014. s. 448.

¹⁰⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. punkt 111, Pekkala, E., Pohjonen, M., Huikko, K. & Ukkola, M. (2017), *Hankintojen kilpailuttaminen*. Helsingfors: Tietosanoma Oy. s. 538 f.

¹⁰⁵ Aarto et al.(2009), s. 24 f.

om villkoren skulle ha funnits med från början och på grund av detta skulle eventuellt någon annan potentiell tjänsteleverantör ha kunnat väljas (punkt 35). Det andra kriteriet är att ändringen sträcker sig till sådana tjänster som tidigare inte varit omnämnda (punkt 36) och det sista handlar om att ändringen skulle medföra en ekonomisk fördel för den valda leverantören och om vilket det inte hade angetts i det ursprungliga kontraktet (punkt 37). Väsentliga förändringar i ett upphandlingskontrakt ska uppfattas som ett nytt upphandlingsbart kontrakt. Om upphandlingsenheten agerar i strid mot detta, ska det anses röra sig om en olaglig direktupphandling.¹⁰⁶ I upphandlingsdirektivet kan man ännu läsa om en fjärde ändring som skall anses vara väsentlig: byte av den ursprungliga entreprenören till en annan förutom då det i avtalet existerar en ändringsklausul eller option, det rör sig om en företagsomstrukturering av den ursprungliga entreprenören eller att den upphandlande myndigheten i vissa fall träder in i huvudentreprenörens roll då det gäller skyldigheter mot dennes underleverantörer.¹⁰⁷ Dessa fyra punkter om väsentliga förändringar har implementerats i UpphL 136 § och lyder nästan ordagrant med direktivet.

Det krävs endast att en av de i UpphL 136 § uppräknade väsentliga ändringarna uppfylls för att ett nytt upphandlingsförfarande krävs. Den första punkten i paragrafen behandlar införande av nya villkor som inte har ingått i upphandlingsförfarandet. Om de nya villkoren skulle ha funnits med från början, kunde även andra anbudssökande ha deltagit i upphandlingsförfarandet än de som hade valts, någon annan kunde ha blivit vald eller att det skulle ha deltagit ytterligare flera deltagare i förfarandet. Således kan den upphandlande enhetens ställda krav i upphandlingsannonsen eller i anbudsförfrågan förlora sin betydelse om enheten till exempel lättar på sina krav för anbudssökande och -givare angående lämplighet eller föremålets minimikrav under kontraktperioden. En väsentlig ändring är även då en sådan sak ändras, som har inverkat på jämförelsen av anbudens såsom pris och kvalitet, vilket skulle vid ett nytt upphandlingsförfarande ge en annan avtalspart.¹⁰⁸

¹⁰⁶ Castrén (2014), s. 448 ff, dom presstext, C-454/06, EU:C:2008:351, punkterna 35-37.

¹⁰⁷ 2014/24/EU Artikel 72.4.

¹⁰⁸ Eskola, S., Kiviniemi, E., Krakau, T. & Ruohoniemi, E. (2017), *Julkiset hankinnat*. Helsingfors: Alma Talent. s. 581 ff, 1397/2016 136 §.

För att uppfylla de krav som ställts av en upphandlande enhet för ett utförande gör UpphL 92 § det möjligt för anbudssökande eller anbudsgivare att delta i grupp i ett anbudsförfarande för att med gemensamma kvalifikationer uppfylla minimikraven i kontraktet. Kvalifikationerna kan vara av tekniskt eller yrkesmässigt slag men även erfarenhet, vilket ska bevisas med referenser från tidigare utföranden. Ett byte av en underleverantör ska ses som en väsentlig ändring av avtalet om denna underleverantörs kvalifikationer har varit avgörande i valet av leverantör.¹⁰⁹

Ett exempel på hur priset kan anses vara en väsentlig ändring i ett avtal finns i EU-domstolens förhandsavgörande C-549/14 i fallet Finn Frogne. Ärendet gällde ett upphandlingsavtal om 70 miljoner euro för ett kommunikationssystem för det regionala polisväsendet, men det hade uppstått meningsskiljaktigheter mellan avtalsparterna under avtalstiden och det hade gjorts ett förlikningsavtal där den upphandlade produktens pris hade sänkts till 4,7 miljoner euro. EU-domstolen ansåg att det i detta fallet rörde sig om en väsentlig ändring av avtalet och att ett nytt upphandlingsförfarande krävdes. Vidare kan läsas ur domstolens beslut att situationen skulle vara en annan endast i det fallet att det i upphandlingsdokumenten skulle ha framkommit att "vissa kontraktsvillkor, även viktiga sådana, kan komma att justeras efter kontraktstilldelningen och på vilka villkor detta kan ske". Enligt Eskola et al. tar UpphL inte ställning till att "inskränka" upphandlingskontraktet, varför förhandsavgörandet är av stor betydelse. Ett mindre, inskränkt avtal skulle kunna intressera även mindre företag, likaså skulle minimikraven på leverantörens lämplighet mildras, eftersom minimikrav och upphandling ska stå i rätt förhållande till varandra.¹¹⁰

I jämförelse med vad UpphL 136 § anger och den ovan nämnda inskränkning, påpekar jag att det i 1 mom sista mening anges vad som *åtminstone* ska betraktas som en väsentlig ändring varefter dessa räknas upp i fyra punkter.

En ändring som gör att leverantören får ett ekonomiskt förmånligare avtal eller ramavtal än vad som tidigare har avtalats om, ska uppfattas som en väsentlig ändring. Däremot om det i anbudsförfrågan eller i utkastet till avtalet skulle ha lämnats villkoren för prishöjning

¹⁰⁹ Halonen (2013), *Alihankkijat soveltuvuusvaatimuksen täyttäjinä julkisissa hankinnoissa*. Oikeustieto 5/2013. s. 18.

¹¹⁰ Eskola et al, s. 582, dom Finn Frogne, C-549/14, EU:C:2016:634, punkt 40.

öppna, skulle en sådan ändring inte anses som väsentlig.¹¹¹ I Upphl 136 § 1 mom 2 punkten anges det som att den ekonomiska jämvikten ändras.

I följande beslut av Konkurrens- och konsumentverket (KKV) utreds det bland annat ställning om en ändring i avtalsvillkoren efter att upphandlingsbeslutet är gjort eventuellt är lagstridigt och frågan om en ospecificerad ändringsklausul. Enligt UpphL 139 § fungerar KKV som en tillsynsmyndighet som övervakar att UpphL iakttas och kan utreda förfarandets lagenlighet antingen på begäran eller på eget initiativ.

Finlands miljöcentral (SYKE) upphandlade havsforskningsfartyget Arandas grundrenovering i en EU-upphandling. Upphandlingsbeslutet överklagades i marknadsdomstolen och domstolen tillät med ett interimistiskt beslut att upphandlingsbeslutet fick verkställas. I marknadsdomstolen ansåg käreande att den som vunnit upphandlingen bland annat inte var lämplig, erbjudandet stred mot anbudsfrågan och att man inte hade förbundit sig till prisvillkoren.

I det avtalsutkast som hade bifogats till anbudsfrågan hade SYKE gjort ändringar bland annat i teknisk beskrivning och priset. Upphandlingens pris hade i det undertecknade avtalet bestämts till 13 650 000 euro (moms 0 %) medan priset på det godkända anbudet hade varit 14 650 000 euro (moms 0%), prisminskningen blev 1 000 000 euro, 6,8 % lägre än det ursprungliga priset. Enligt SYKE var det en praxis inom varvsindustrin att i avtalsutkastet göra ändringar och att avtalsutkastet hade bifogats till upphandlingskontraktet i syfte för att förtydliga, enligt SYKE hade avtalsutkastet inte väsentligt förändrats. KKV hänvisade till flera av EUT:s rättspraxis (bland annat *Succhi di Frutta*, presstext *Nachrichtenagentur GmbH*) när det gällde ändring av avtal under löptiden och då avtalet förminskats (*Finn Frogne*). KKV konstaterade att även om ändringen inte hade skett under avtalstiden utan efter upphandlingsbeslutet men före undertecknandet av avtalet, såg man likheterna i principerna i EUT:s rättspraxis och att dessa kunde därför tillämpas. KKV hänvisade till upphandlingsdirektivet och UpphL 136 § och påpekade att ändringen inte kunde anses vara ringa då det ekonomiska värdet av avtalsändringen var stor.

I ändringsklausulen hade det angivits att beställaren och varvet hade rätt att i god tid under grundrenoveringen begära om godkännande av den andra parten om ändrings- eller

¹¹¹ Eskola et al, s. 582.

förbättringsförslag. Alla ändringar som inverkar på prestanda, pris och leverans skulle göras skriftligt innan arbetet påbörjades. KKV ansåg att klausulen inte specificerade vilket arbete som kunde komma att utföras och i det här fallet kunde vilket arbete som helst ha avsetts. UpphL 136 § 2 mom 1 punkten bestämmer om tillåtna ändringar i avtalet utan ett nytt upphandlingsförfarande. Om ändringsklausulen bestäms det att villkoren ska vara klara, exakta och entydiga och i tidigare lagen 2 mom 3 punkten tillåts en avtalsändring om den omdömesgilla upphandlande enheten inte hade kunnat förutse omständigheterna, vilka SYKE inte hade kunnat påvisa. Upphandlingsdirektivets 72 artikel bestämmer dessutom att ändringsklausulerna ska ange omfattningen och arten av ändringarna samt tillämpningsvillkoren, och i inledningens 111 punkt, klausulerna får inte ge den upphandlande enheten obegränsad frihet.

KKV beslutar att SYKE hade gjort fel genom att ändra upphandlingskontraktet utan att ordna ett nytt anbudsförfarande.¹¹²

Kontraktet kan uppgöras så att det tar med klausuler om ändringar, men det är mycket utmanande då innehållet ska vara klart och entydigt, men ändå vara till en viss mån flexibelt. Ju mera betydande villkor i kontraktet som det handlar om, desto troligare är det att det kan anses vara en väsentlig förändring, såsom förändringar i avtalspart och pris, även om indexjusteringar är möjliga.¹¹³

Oftast är en förändring eller en händelse till skada endast för den ena parten, medan om båda förhandlingsparter missgynnas av omständigheten, är möjligheten att enas större.¹¹⁴

4.8.2 De minimis-villkor¹¹⁵

Det är trots allt möjligt att göra ändringar i upphandlingskontraktet utan att påbörja en ny upphandling. Om ändringen endast har en liten inverkan på avtalets värde får ändringen göras, men endast då två villkor uppfylls samtidigt (min översättning):

- värdet på ändringen får inte överstiga tröskelvärdet på de upphandlade tjänster som upptas i UpphL i bilaga E eller de nationella tröskelvärden som avser koncessioner eller EU-tröskelvärden för övriga upphandlingar. Ändringen ska vara mindre än 10 % av det ursprungliga värdet för tjänsten

¹¹² Konkurrens- och konsumentverket (2018), KKV/685/14.00.60/2017, 1397/2016 136 § 2 mom punkterna 1 och 3, 2014/24/EU Artikel 72, punkt 111.

¹¹³ Castrén (2014), s. 455.

¹¹⁴ Hemmo (2011), s.4.

¹¹⁵ *De minimis*-villkor är ett uttryck som har lånats, enligt Pekkala & al (2017, s. 546 f), från EU:s reglering av statsstöd, ett stöd som ges utan anmälningsplikt men med ett bestämt tak. Det anses vara tydligt förknippat med statsstödet och är inte nödvändigtvis tillämpligt på upphandlingslagstiftningen.

eller för en koncession för tjänster. Om flera ändringar görs efterhand, beräknas ändringen på det kumulativa nettovärdet.

- ändringen får inte inverka på avtalets eller ramavtalets övergripande karaktär. Kommissionen har belyst problemet med exempel som att istället för att leasa bilar, köper man bilarna eller att maten som köps till offentliga matsalar ska vara organisk mat.¹¹⁶

Enligt UpphL 136 § 5 mom anges det att om avtalet omfattar en indexklausul, ska det justerade priset vara referensvärdet.

Det ska förstås så att värdets ändring inte ska jämföras med det ursprungliga priset för det ursprungliga kontraktet, utan det kan jämföras med till exempel med det ursprungliga upphandlingsavtalets pris, som har höjts genom indexvillkor under avtalstiden.¹¹⁷

En annan syn på väsentliga ändringar i upphandlingskontraktet, än att det skulle röra sig om olaglig direktupphandling, är enligt Castrén att tolka det som ett olagligt statsstöd. Enligt SEUT 107 artikeln ska fyra kriterier uppfyllas: 1) det ska vara statens åtgärd eller bekostas av staten, 2) handeln ska ske mellan medlemsstaterna, 3) det förvränger konkurrensen eller är ett hot om sådant, 3) det ger fördel för den som är objekt för åtgärden.¹¹⁸

¹¹⁶ Pekkala et al. (2017), s. 546 ff.

¹¹⁷ Pekkala et al. (2017), s. 546 ff, 1397/2016 136 § 5 mom.

¹¹⁸ Castrén (2014), s. 460.

5 Felet

En störning i prestationen kan innebära att den inte har utförts avtalsenligt eller att resultatet inte uppnåtts såsom avtalat. Detta behöver inte betyda att prestationen i sin helhet är fel, utan att en del av utförande står i strid med avtalet. Störningen kan även benämnas som fel i prestationen, avtalsbrott eller som att (min översättning) ” [...] prestationen avviker från förpliktelsen på ett för fordringsägaren ofördelaktigt sätt.”¹¹⁹

5.1 Resultat- eller omsorgsförpliktelser

Det är viktigt vid felbedömningen att skilja mellan resultat- och omsorgsförpliktelser, som i sin tur visar på vilka påföljderna kan bli och i vilka situationer. Resultatförpliktelsen förutsätter att ett visst konkret slutresultat uppnås såsom att reparera en sak eller utföra ett avtalat byggnadsarbete, medan omsorgsförpliktelsen kräver ett omsorgsfullt och korrekt förfarande för att eftersträva ett önskvärt resultat eller bästa möjliga resultat. Läkarens arbete är ett exempel på omsorgsförpliktelsen. Av arbetet förutsätts att det genomförs omsorgsfullt och adekvat, men möjligheten att inverka på resultatet påverkas även av andra omständigheter och sålunda går det inte att kräva ett på förhand givet resultat. HD 1997:32 bedömde delvis de omständigheter som inverkade på resultatet och förväntningarna. I fallet hade avgjorts en lappländsk jordägares rätt till skadestånd då skogsförbättringsarbetet enligt jordägaren hade misslyckats, och förluster hade uppstått i plantornas tillväxt. HD konstaterade att skogsförnyelse innebär risker, speciellt i Lappland, som gjorde att man inte på förhand med säkerhet kunde förutse slutresultatet. Jordägarens åtal förkastades.¹²⁰

Avtalstekniken och tolkningen av avtalet har många gånger betydelse för hur resultat- och omsorgsförpliktelserna kan skiljas åt, men gränsen är inte skarp och ju mera utförligt specificerad en tjänst är, desto mera närmar sig utförandet av tjänsten en resultatförpliktelse.¹²¹ Att avtalstekniskt gå mot en mera resultatinriktad förpliktelse kan

¹¹⁹Hemmo (2011), s. 109 ff.

¹²⁰ Hemmo (2011), s.131 f, HD:1997:32.

¹²¹ Sandvik, B. (2014), *Voidaanko kontrollivastuu pitää sopimuksen yleisenä periaatteena? Kontrollivastuun kehitys ja asema sopimusoikeuden järjestelmässä*. Lakimies 5/2014. s. 670.

vara till fördel för tjänstens beställare. Ett mera specificerat resultat kan leda till att beställaren kan höja utförandets kravnivå.¹²²

Skillnaderna mellan omsorgs- och resultatförpliktelse märks tydligt när påföljderna för fel ska utredas. I fråga om omsorgsförpliktelsen, betraktas felet i förhållandet just till kravet på omsorg, som innebär att inget fel har uppstått om tillräcklig omsorg har visats, vilket i sin tur betyder att inga rättspåföljder blir aktuella medan ett vårdslöst handlande naturligtvis ger påföljder. Påföljderna för en felaktig resultatförpliktelse ger möjlighet för fordringsägaren vid ett väsentligt fel att häva avtalet men vid andra fel, som inte kräver oaktsamhet från den som utför handlingen, att kräva rättelse av prestationen. Skadeståndskrav på leverantören kan uppstå för båda formerna av förpliktelser, vid omsorgsförpliktelsen kan kravet uppstå vid vårdslöst utförande och vid resultatförpliktelse uppstår skadeståndskrav om det inte finns bevis för att händelsen står utanför kontrollansvaret eller om det inte finns möjlighet att exculpera sig.¹²³ Således kan resultatförpliktelsen uppfattas som den strängare formen av förpliktelse.

NJA 2014 s. 798 om konkursförvaltarens arbete som ska anses vara utfört med omsorg om det i efterhand kan konstateras att de beslut som förvaltaren har gjort grundar sig på ”noggranna överväganden på grundval av ett adekvat beslutsunderlag”. Detta gäller även om resultatet inte är fördelaktigt för borgenären.¹²⁴

En jämförelse mellan en tjänst och en arbetsprestation och den förpliktelse som hör till dessa, visar på att oftast då det rör sig om en prestation av immateriell karaktär, krävs det endast ett omsorgsfullt utförande. Sådana utföranden kan vara förmedlingsuppgifter, rådgivning, bevakning, planering eller en större dokumentation av transaktioner, den sista utförs även med arbetsbeskrivning, men alla prestationer kräver omsorg men har inget specifikt givet resultat. I en arbetsprestation, som strävar till ett slutresultat, styrs förpliktelsen av arbetsobjektet och de egenskaper som det har såsom ett byggnadsarbete eller reparationsarbete. Genom att noggrannare ange resultatet blir utförandet mera resultatriktat och leder till en högre kravnivå.¹²⁵

¹²² Hemmo (2005), *Sopimusoiikeus III*. Helsinki: Talentum. s. 200.

¹²³ Hemmo (2011), s. 132 f.

¹²⁴ NJA 2014 s. 798.

¹²⁵ Hemmo (2005), s. 199 f.

En mellanform mellan omsorgs- och resultatförpliktelse är förpliktelsen ”*best efforts*” eller enligt bästa förmåga. Det innebär att det resultat som uppdragsgivaren vill uppnå, och som framgår ur avtalet, inte beror på yttre faktorer utan på uppdragstagaren som utför uppdraget enligt sin bästa förmåga. För en utebliven prestation uppstår inte påföljder för uppdragstagaren även om han har förbundit sig till förpliktelsen. Den här typen av förpliktelse kan ingå i avtal där utförandet kräver en högre nivå av omsorg och samtidigt saknar ett resultatansvar. Ett annat uttryck som innebär samma sak, att verka för en kunds fördel för att nå ett mål som är möjligast noggrant fastslaget, kan även benämnas som ”*best endeavours*” eller på effektivt sätt.¹²⁶

5.2 Dröjsmål eller fel

Det kan i vissa fall uppstå oklarheter om en prestation är försenad eller om den är behäftad med fel. I avtalet kan uttryckligen anges en tidpunkt när en prestation ska utföras, vilket underlättar avgörandet om ett dröjsmål har inträffat, men det finns även andra utförande som kan vara svåra att tolka. Ibland kan prestationen vara så grundläggande fel att den inte alls överensstämmer med det avtalade och prestationen ska anses att ha uteblivit. Ett annat alternativ är att leverantören, istället för att göra sig skyldig till dröjsmål, gör en skenbar prestation som inte är avtalsenlig, för att kunna yrka på fel. I det senare fallet kan leverantören dra nytta av de rättspåföljder som följer av ett fel, vilket i första hand skulle vara reklamation, i jämförelse med ett dröjsmål vars strängaste påföljd är hävning och skadestånd. Det ska även anses röra sig om fel då säljaren själv anser sig ha fullgjort prestationen i sin helhet, trots att så inte är fallet. KöpL:s förarbete förtydligar i samma lag 43 § 2 mom. att omständigheterna ska visa på att leverantören har i misstag gjort en ofullständig leverans, till exempel då leveransen avviker endast litet, med andra ord ska avgörandet om den ofullständiga leveransen inte grunda sig på leverantörens subjektiva åsikt. Däremot tillämpas reglerna om dröjsmål om leveransen avviker så mycket att man kan anta att leverantören är medveten om det. Även en ofullständig leverans som beror på något inträffat hinder ska uppfattas som dröjsmål.¹²⁷

I avtalet mellan Ålands landskapsregering och en entreprenör angående krossning av returafalt, kommer det tydligt fram i avtalstexten att om inte krossning av asfalten sker

¹²⁶ Hemmo (2005), s. 200 f.

¹²⁷ Hemmo (2011), s. 117, 133, HE 93/1986 s. 98 f, 355/1987 25 §, 27 §.

inom angiven tid, som i det här avtalet angavs till 15.1.2017 – 15.3.2017, ska det ses som ett väsentligt avtalsbrott och kan leda till uppsägning av avtalet, om inte en godtagbar anledning till utebliven prestation ges.¹²⁸ Det här villkoret i avtalstexten överensstämmer med KSL 8 kap. 9 § om vissa konsumenttjänstavtal i fråga om hävningen, men i lagen nämns inte om några förmildrade omständigheter.

KöpL 25 § 1 mom inbegriper säljarens uppfattning om dröjsmålet hur denna insåg eller, här tas också ställning till ett antagande, att säljaren borde ha insett att avtalsbrottet skulle ha en väsentlig betydelse för köparen. Däremot bestäms det om den tilläggstid som beställaren kan förelägga. Föreläggande av tilläggstid och ett hot om hävning av avtalet kan enligt Hemmo¹²⁹ bli aktuellt även i andra avtalstyper, eftersom det ska ses som en allmän avtalsrättslig lära.

Enligt KöpL blir påföljderna för ett dröjsmål, som inte beror på köparen eller hans omständigheter, rätten att kräva fullgörelse eller häva köpet samt kräva skadestånd medan det vid uppdagat fel kan krävas avhjälpande, omleverans, prisavdrag eller häva köpet samt kräva skadestånd. I KSL anges beställarens rättigheter vid dröjsmål av en tjänst att hålla inne betalningen, kräva fullgörelse, hävning och skadestånd medan påföljderna för fel är reklamation, hålla inne betalningen, avhjälpande, prisavdrag, hävning och skadestånd.¹³⁰ KöpL:s och KSL:s skillnader i jämförelse med dröjsmål och fel visar på att det finns flera möjligheter till påföljd vid ett fel än vid ett dröjsmål.

Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) tar upp ”*non-performance*” som en term som används för en störning i prestationen, utan att skilja mellan dröjsmål eller fel i fråga om fordringsägarens rättsmedel. CISG artikel 45 punkt 1 bestämmer helt allmänt att om säljarens prestation inte utförs avtalsenligt eller enligt CISG, får köparen agera enligt vad som följer i punkterna som följer efter.¹³¹

International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT) definierar ”*non-performance*” i artikel 7.1.1 som ”*Non-performance is failure by a party to perform any*

¹²⁸ ÅLR 2016/6823, 38/1978 8 kap 9 §, Köplag 27.3.1987/355 25 § 1 mom.

¹²⁹ Hemmo (2011), s. 118, 355/1987 25 § 2 mom. 16-20.

¹³⁰ 355/1987 22, 30 §, 38/1978 7-9 §.

¹³¹ Hemmo (2011), s. 134, CISG art. 45(1).

of its obligations under the contract, including defective performance or late performance.”¹³²

5.3 Felet enligt vissa lagar

I följande jämförelse mellan de lagar som togs upp i avhandlingens 2 kapitel för definition av en tjänst vill jag visa på hur dessa lagar och deras lagförarbeten definierar ett fel. UpphL tar inte upp fel i utförd prestation.

KSL 12 § inleder med att tjänsten ska uppfylla det som avtalats om innehåll, utförande och resultat. KSL skyddar den svagare parten och det framkommer ur texten såsom att beställarens intresse ska beaktas och vad en konsument allmänt kan förutsätta av en tjänst. De olika faktorerna som ska uppfylla förväntningarna för att inte ge orsak till fel är att tjänsten ska utföras med yrkesskicklighet och omsorg, följa lagar, förordningar och myndighetsbeslut och att kvaliteten på materialet som används ska vara av brukligt god kvalitet om inte annat avtalats. 13 § i samma lag bestämmer att den information som kan ha påverkat beställarens beslut, ska överensstämma med verkligheten även om informationen kommer från ett tidigare säljled samt att uppdragstagaren har upplysningsplikt.¹³³

KöpL anger i 17 § 1 mom de egenskaper som en vara ska ha i enlighet med avtalet, överensstämmer dessa inte, ska det anses föreligga fel. Om färgen på en vara visar sig vara fel, även om en objektiv granskning av värdet eller användbarheten hos avtalets vara skulle förbli densamma, ger det rätt för köparen yrka på fel. Till fel räknas även följande definition som hittas i lagens 8 kap om påföljder: till fel räknas även då det handlar om en felaktig mängd, då säljaren anser sig ha fullgjort sin förpliktelse. Då varans andra egenskaper utreds ska sådana aspekter beaktas såsom att avtalet kan specificera noggrant varan eller att endast ett namn på artikeln nämns, i det senare fallet betyder det att varan ska motsvara en normal standard eller att i vissa fall kan handelsbruket ge vägledning till hurudan en vara bör vara. Vidare bestämmer lagen om de egenskaper som en vara ska äga då det inte avtalas om något annat, om egenskaperna inte uppfylls, föreligger fel.

¹³² UNIDROIT art 7.1.1.

¹³³ 38/1978 8 kap 12-13 §.

Egenskaperna omfattar ändamålsenlighet, vara ägnad för det som en vara är avsedd för, överensstämma med de egenskaper som förevisats samt vara rätt förpackad.¹³⁴

ElmL bestämmer att om elkvaliteten eller sättet för elleveransen inte stämmer överens med avtalet ska detta uppfattas som fel i eldistributionen, nättjänsten eller i elleveransen. Om inget har avtalats om leveranssätt eller kvalitet, här avses spänning eller andra egenskaper, ska prestationen uppfylla de finska standarderna. El hör till nödvändighetsartiklarna och till skydd för konsumenterna ska även en försenad eller felaktig fakturering anses vara ett fel på grund av den ekonomiska inverkan den kan ha för kunden.¹³⁵

I lagförarbetet till TranspsL kommer det kommer tydligt fram att de rättsprinciper angående konsumenträtten vilka framkommer ur 8 kap. om vissa konsumenttjänstavtal, ska tillämpas på trafiktjänster, inte direkt som sådana utan som allmänna principer. Avtalsrättens allmänna principer tillämpas vid avtalsbrott i taxitrafiken såsom försening eller annan felaktig prestation.¹³⁶

5.4 Felet enligt JYSE allmänna avtalsvillkor

JYSE-villkoren har influerats av köprätten, vilket kan märkas av att innehållet i de olika paragraferna som fastställer felet motsvarar till stor del paragraferna i KöpL. När det gäller tjänster, bedöms felet enligt den grad av omsorg med vilken tjänsten har utförts med. KöpL kan inte tillämpas direkt på tjänster, felet på den lösa egendomen och påföljderna följer enligt krav på resultatförpliktelsen.

Utgående från vad JYSE-avtalen anger att fel är, ges det exempel eller hänvisas det till relevanta rättsfall som ska förklara vad som avses med felen eller annars kan ha inverkan på tjänsten eller upphandlingen. I kapitel 4 i JYSE anges vilka egenskaper en tjänst ska ha, saknas dessa egenskaper, är den behäftad med fel. Felen tas upp i den ordning som JYSE-avtalsvillkoren anger.

¹³⁴ HE 93/1986 vp, s. 60, 255/1987 17 §, 42 § 2 mom.

¹³⁵ RP 20/2013, s. 131.

¹³⁶ RP 161/2016 rd, *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till transportbalk och till vissa lagar som har samband med den.* s. 32 f.

Vissa likheter förekommer mellan köprätten, som berör varor och fastigheter, och JYSE allmänna avtalsvillkor. Enligt köprätten innebär ett faktiskt fel att varan inte motsvarar vad avtalet anger, det föreligger leveransproblem, mängden varor är för liten eller att varan inte kan användas till det den är avsedd för. Rådighetsfel betyder att lagstiftningen eller myndighetsbesluten gör att varan inte kan användas enligt avtalet.¹³⁷

Jag finner några paralleller med faktiskt fel som kunde motsvara JYSE punkt 4.1 och 4.2, som anger att tjänsten ska motsvara både det som avtalats och de uppgifter som har givits till beställaren om tjänsten och att den även ska vara ändamålsenlig. Rådighetsfel som för tjänster kunde motsvaras av JYSE punkt 4.3 anger i avtalsvillkoren att tjänsten ska uppfylla kraven i lagar och förordningar. Sandvik¹³⁸ bekräftar detta att rådighetsfel förekommer även i avtalsförhållanden som berör tjänster. Lagar, författningar eller myndighetsbeslut kan vara orsaken till att en rådighetsinskränkning gör sig gällande.

5.4.1 Avtalsenlighet

JYSE punkt 4.1: “Tjänsten ska under hela kontraktperioden motsvara det som avtalats. Tjänsten ska också motsvara de uppgifter som lämnats till beställaren om tjänstens innehåll, prestanda eller andra förhållanden med betydelse för tjänstens kvalitet.”¹³⁹

Den avtalsrättsliga principen *pacta sunt servanda* fastslår det som JYSE anger. Motsvarande paragrafer återfinns både i KöpL och KSL, även om KöpL anger vad som gäller för en vara och KSL för ett konsumenttjänstavtal.¹⁴⁰

Den andra meningen i JYSE punkt 4.1 nämner inte uttryckligen tidpunkten för när leverantören lämnar dessa uppgifter om tjänsten, då man av första meningen förstår att avtalet redan har slutits mellan parterna. Enligt Halonen ska, utöver det som nämnts i tjänsteleverantörens erbjudande eller i upphandlingskontraktet, all den information som tjänsteleverantören ger beställaren om tjänsten, ända från att leverantören är anbudsgivare, gett prov på tjänsten eller till att leverantören utför tjänsten, överensstamma med utförandet. Tjänsten ska dessutom hålla samma nivå som den

¹³⁷ Wilhelmsson, T., Sevón, L. & Koskelo, P. (2006), *Kauppalain pääkohdat*. Helsinki: Alma Talent. s. 100.

¹³⁸ Sandvik (2011): *Rådighetsfel vid köp av lös egendom – särbehandling eller inte?* JFT 1/2011. s. 1 f.

¹³⁹ Finansministeriet (2015), s. 11.

¹⁴⁰ 355/1987 4 kap 17-19 §, 38/1978 8 kap 12-13 §.

gällande versionen av avtalet anger ända till löptidens slut¹⁴¹, vilket första meningen i punkten anger.

Vasa HovR har den 12.1.2015 i domen om avtalsbrott i offentlig upphandling beslutat att samkommunen gjorde rätt då den hävde upphandlingskontraktet på grund av ett avtalsbrott. I det avtal som utgjorde grund för upphandlingen angavs det att om den ena parten väsentligen bryter mot avtalsvillkoren och inte korrigerar avtalsbrottet inom 30 dagar efter att ett skriftligt meddelande om felet hade givits, hade den andra parten rätt att häva kontraktet. På kontraktet tillämpades JYSE 2009 som i punkten 15.3 anger att bland annat att en leverans i strid med avtalet ger upphov till ett väsentligt avtalsbrott. Samkommunen hade hela tiden varit i den tron att det signalsystem som förevisades före upphandlingsbeslutet är det system som kommer att levereras, samkommunen hade varit omedvetna om att underleverantören inte ens hade påbörjat byggandet av systemet. Dessutom hade det i anbudsförfrågan angetts att systemet skulle vara färdigt till den grad att funktionen kunde förevisas.¹⁴²

Ett missförhållande som blev aktuellt i början av 2019 var frågan om personalens antal på vårdinrättningar för äldre. Lag om stödande av den äldre befolkningens funktionsförmåga och om social- och hälsovårdstjänster för äldre (980/2012) 20 § bestämmer att antalet personal endast ska motsvara de äldres antal och servicebehov enligt funktionsförmåga. Vidare anges att om den äldres hälsa försämrats i den grad att omsorg ska finnas dygnet runt, ska det finnas tillräcklig personal oavsett tid på dygnet.¹⁴³ Den personalbrist som har uppdragats på vårdinrättningar torde enligt mig vara en avtalsfråga och i det här fallet ett avtalsbrott.

Inom konstnärliga utföranden, där prestationen är uteslutande personlig och unik och ingen annan kan utföra samma arbete, kunde ett framtvingande av prestationen både störa personens frihet och vara till skada för kvaliteten.¹⁴⁴ Personen som ska utföra en tjänst

¹⁴¹ Halonen (2010b), s. 5.

¹⁴² Vasa HovR 12.1.2015 13.

¹⁴³ 980/2012 20 §, Langh, S. (2019), *Nu medger Esperi Care brister i vården på Ulrika-hemmet i Kristinestad*. Yle.

¹⁴⁴ Unidroit 7.2.2 d.

som är särpräglad personlig, kan när han så vill dra sig ur åtagandet, men ett eventuellt skadeståndskrav kvarstår.¹⁴⁵

5.4.2 Ändamålsenlighet

JYSE punkt 4.2: "Tjänsten ska lämpa sig för de ändamål som en sådan tjänst i allmänhet används för. Tjänsten ska minst motsvara prov på presentationer som eventuellt givits i förväg åt beställaren."¹⁴⁶

I jämförelse mellan JYSE 2009 TJÄNSTER punkten 5.2 och JYSE 2014 TJÄNSTER punkten 4.2, vilka motsvarar varandra, kan det i de finska versionerna märkas att i versionen från 2009 börjar den första meningen (i min översättning): "Om inget annat har avtalats, [...]" medan versionen från 2014 har möjligheten att avtala om annat försvunnit och punkten 4.2 lyder såsom det står i början av stycket.¹⁴⁷ Vilken egentlig betydelse bortfallet av "om inget annat har avtalats", finner jag inte då de allmänna avtalsvillkoren kan både omformas och anpassas, det kan göras tillägg eller delar av eller helt utesluta avtalsvillkoren.

Den första meningen i punkt 4.2 kan verka vara överflödigt och en självklarhet. Tidigare i avhandlingen framkommer det att avtalet har en viktig roll då det binder båda parterna, man utgår från avtalet då ett avtalsbrott utreds och ur avtalet kan läsas vilka uppgifter som kan förväntas att utföras. Avtalet är för båda parterna ett dokument på vad som ska utföras och för leverantören tjänstens beskrivning. För den upphandlande enheten borde det vara klart att till exempel en städtjänst används för att utrymmena ska vara snygga och städade efter utförd tjänst. Om leverantören påförs andra uppgifter förutom vad avtalet anger och vad som är brukligt för en sådan tjänst, har han enligt avtalet inte skyldighet att utföra dessa.

Avtalsvillkorets innehåll har stora likheter med KöpL. I lagförarbetet anges att även om en vara är av sämre kvalitet, men kan användas för samma ändamål, betyder det inte alltid

¹⁴⁵ Hellner, J. (2011), *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet. Allmänna ämnen*. Visby: Nordstedts juridik.

¹⁴⁶ Finansministeriet (2014), s. 11.

¹⁴⁷ Finansministeriet (2009) *JYSE 2009 TJÄNSTER. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster*. punkten 5.2, Finansministeriet (2014), punkten 4.2.

att varan skulle vara behäftad med fel.¹⁴⁸ I jämförelse med vad JYSE-villkoret anger, kan jag förstå att även tjänster utförs i viss mån varierande, men som den andra meningen anger att om prov har givits, ska tjänsten åtminstone nå den angivna nivån. Vårdtjänster kräver en examen och utförande ser antagligen likadant ut medan ett annat utförande av en tjänst som inte kräver en yrkesexamen kan säkert variera mera om det inte i avtalet specificeras ingående de olika skedena i utförandet.

I följande utredning av hur en abstrakt felbedömning av en vara sker, ser jag kopplingar till det som JYSE 4.2 anger att tjänsten ska vara ändamålsenlig till det som den används för.

Avtalet och omständigheterna kring det, är det som man utgår ifrån då ett fel i en vara fastställs eftersom en vara kan vara helt korrekt enligt ett visst avtal, men enligt ett annat kan vara behäftad med fel. Vid felbedömningen skiljer man mellan konkret och abstrakt felbedömning, av vilka den konkreta felbedömningen är den huvudsakliga bedömningsmetoden och utgår från avtalet. Den abstrakta felbedömningsmetoden tar fasta på kraven som ställs på varan i allmänhet.¹⁴⁹

KSL angående konsumenttjänster tar ställning till konsumentens intressen vilkas normala förväntningar för tjänsten ska uppfyllas, En tjänst kan trots det vara felaktig till sina egenskaper, även om kvaliteten håller den nivån som avtalats. Ett exempel är att ett målningsarbete har utförts, men fel färg har använts.¹⁵⁰

5.4.3 Uppfylla krav i lagar och förordningar

JYSE punkt 4.3: "Tjänsten ska uppfylla kraven i Europeiska unionens direkt tillämpliga rättsakter, lagar och förordningar i Finland samt finländska myndigheters bestämmelser."¹⁵¹

Beroende på tjänstens art, styrs den i de flesta fall till någon del av en lag. Vårdtjänsterna regleras genom många lagar såsom krav på personalens utbildning för att få utöva yrket¹⁵², språket i samband med dessa tjänster¹⁵³ och ett otal andra lagar inom social- och

¹⁴⁸ HE 93/1986 vp, s. 60, 355/1987 17 § 2 mom 1-3 punkterna.

¹⁴⁹ Wilhelmsson, Sevón & Koskelo (2006), s. 100 f.

¹⁵⁰ 355/1987 17 § 2 mom. punkterna 1 och 3, 38/1978 8 kap 12 §, RP 360/1992 rd s. 93.

¹⁵¹ Finansministeriet (2015), s. 11.

¹⁵² Lag om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården 28.6.1994/559.

¹⁵³ Hälso- och sjukvårdslag 30.12.2010/1326 6 §.

hälsovården, utövandet av väktaryrket regleras likaså genom lag,¹⁵⁴ ett arbete med krossning av returafalt kräver att innan arbetet påbörjas ska ett tillstånd införskaffas från miljö- och hälsoskyddsmyndighet.¹⁵⁵ Även den förväntade kvaliteten kan vara reglerad i lag såsom småbarnspedagogik i daghemsverksamhet ordnad hos en serviceproducent i privat regi.¹⁵⁶

I den upphävda upphandlingslagen (348/2007) tar lagens förarbete upp situationer som ger uteslutningsgrunder för anbudssökande ur anbudsförfarandet. De allvarliga förseelser som där räknas upp skulle kunna även ha skett i en tidigare upphandlad levererad tjänst, varför uteslutningsgrund existerar. Dessa förseelser och lagstridigheter kan vara brott mot arbetslagstiftningen, jämställdhetslagstiftningen, vissa miljöbrott enligt strafflagen, brott mot nationella eller gemenskapens föreskrifter.¹⁵⁷ Motsvarande anges i UpphL 81 § 1 mom 3 punkten om allvarliga förseelser i yrkesverksamheten och lagens förarbete förklarar innehållet såsom brott mot konkurrenslagstiftningen, industriella rättigheter, upphovsrätter eller överträdelse av ett näringsförbud.¹⁵⁸

Samma bestämmelser kan hittas i KSL som anger allmänt om fel att en vara eller en prestation enligt ett konsumenttjänstavtal ska överensstämja med lagar, förordningar eller myndighetsbeslut, som exempel kan nämnas föreskrifter om el- och brandskydds föreskrifter.¹⁵⁹

I januari 2019 uppdagades missförhållanden inom åldringsvården på några vårdinrättningar som drivs av vissa stora vårdbolag. Enligt Yle hade det funnits arbetsturer där personalen hade saknat tillstånd att dela ut mediciner.¹⁶⁰ Den här bristen av personal utan medicintillstånd motsvarar denna punkt om att uppfylla lagar och förordningar.

¹⁵⁴ Lag om privata säkerhetstjänster 21.8.2015/1085.

¹⁵⁵ ÅLR 2016/6823.

¹⁵⁶ Lag om småbarnspedagogik 13.7.2018/540 3 §.

¹⁵⁷ RP 50/2006 rd, *Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster*. s. 101.

¹⁵⁸ RP 108/2016 81 §.

¹⁵⁹ RP 360/1992 rd s. 85, 38/1978 5 kap 12 § 3 mom, 8 kap 12 § 2 mom.

¹⁶⁰ von Kraemer, M. & Björkqvist, . (2019): *Oklarheter vid Attendos vårdhem Pelimanni i Alavo – sex dödsfall utreds*. Yle.

5.4.4 Omsorg och kompetens

JYSE 4.4: "Tjänsteleverantören ska producera tjänsten med omsorg, med omdöme och med den yrkeskompetens som en kvalificerad tjänsteleverantör rimligen kan antas besitta."¹⁶¹

JYSE-allmänna avtalsvillkor omfattade i början endast varor ända tills då de första allmänna avtalsvillkoren för tjänster blev tillgängliga år 2009. I inledningstexten till JYSE 2009 TJÄNSTER uppges att JIT 2007, avtalsvillkoren för IT-upphandlingar, spelade en stor roll då avtalsvillkoren till tjänsteupphandlingarna skrevs. Förutom avtalsvillkor som hade tillämpats allmänt, fick även andra allmänna avtalsvillkor fungera som underlag för de nya allmänna villkoren, såsom YSE 1998 för byggnadsentreprenader och KSE 1995 gällande konsultverksamhet.¹⁶² Jag tar upp detta för att visa på hur JYSE, som påverkats av köprätten, nu i samband med tjänster fått omsorgsförpliktelsen införlivad. Jag kan konstatera att de allmänna avtalsvillkoren för tjänster i både år 2009 och 2014 lyder i stort sett lika, förutom att man i 2009 års version skrev "[...] som en kvalificerad och erfaren [...]" när det i 2014 års version har utelämnats "erfaren". I jämförelse med JIT 2007 bilaga 5, 5.1 punkten första meningen¹⁶³ motsvaras texten som den lyder i JYSE. Vid utarbetandet av JIT 2007 deltog representanter för statsförvaltningen, tjänsteproducenter för informations- och kommunikationsteknik och representanter för statens upphandlingsenheter och kommunsektorn.¹⁶⁴

Omsorg och omdöme kan verka egenskaper som inte kan få en exakt innebörd, medan yrkeskompetens ger ramar för vad som kan förväntas. Dessutom anges vad som rimligen kan antas av en tjänsteleverantör. Jag har tittat på olika förklaringar för dessa egenskaper, omsorg och yrkeskompetens är ofta förekommande benämningar, medan omdöme nämns sällan.

KSL 8 kap bestämmer om vissa konsumenttjänstavtal som gäller för tjänster som utförs av en näringsidkare på uppdrag av en konsument, med andra ord ett avtalsförhållande

¹⁶¹ Finansministeriet (2015), s. 11.

¹⁶² Finansministeriet (2009), s. 3.

¹⁶³ JHS-rekommendationerna för den offentliga förvaltningen (2018): *JHS 166. Avtalsvillkor för IT-upphandlingar inom den offentliga sektorn*. 166 bilaga 5

¹⁶⁴ JHS-rekommendationerna för den offentliga förvaltningen (2007): *JHS 166. Julkishallinnon IT-sopimusehdot (JIT) julkaistu*.

mellan en uppdragstagare och en beställare. I lagförarbetet från år 1992, som gällde ändring av vissa paragrafer i KSL, utreds begreppen omsorg och yrkesskicklighet och det hänvisas till konsumentklagonämndens ärenden. Det konstateras att det delvis är oklart vilka prestationsskyldigheter en näringsidkare kan åläggas angående tjänster, men att de avtalsrättsliga principerna om omsorg är av avgörande betydelse. Man beskriver omsorgen med sina krav som en "*omsorgsstandard*", en standard som bestäms enligt de krav som i allmänhet och vid samma omständigheter skäligen kan ställas på en näringsidkare som är verksam inom samma bransch. Denna relativt stränga "*omsorgsstandard*" ska krävas av den som yrkesmässigt bjuder ut tjänster. Näringsidkaren ansvarar likaså för sina anställdas och medhjälparens utförande. Konsumentklagonämnden tillämpar vanligen kravet på omsorg och yrkesskicklighet som bedömningsgrund i fråga om tjänster. I deras praxis innebär kravet på yrkesskicklighet att tjänsten ska utföras på alla sätt ändamålsenligt, både arbetsmetoden och materialanvändningen omfattas. En omsorgsfull och yrkesskicklig prestation ska bland annat inte ge upphov till onödigt materialspill, göras enligt den mest fördelaktiga metoden för konsumenten, uppfylla säkerhetsföreskrifter samt snabbt lokalisera fel för att kunna avgöra om det är lönsamt att försöka reparera.¹⁶⁵

Följande rättsfall beskriver en veterinärs undersökning av en ko och händelseförloppet som senare gav upphov till skadeståndsbegäran i Rovaniemi HovR 9.6.2006, både omsorgsförpliktelsen och yrkeskompetensen klargjordes. Veterinären blev tillkallad för att utreda om en ko var dräktig, om så var fallet skulle kon ha sålts. Undersökningen och ägarens utsago hade visat på att kon inte var dräktig och kon hade förts till slakt. I slakten hade det konstaterats att kon trots allt hade varit dräktig, men fostret hade varit fortfarande litet, den kliniska undersökningen som hade utförts skulle knappast ha upptäckt det. HovR, med en avvikande röst, dömde hälsovårdsförbundet att betala skillnaden mellan slakten och den summa kons ägare skulle ha fått vid försäljningen. Hovrättsrådet med den avvikande åsikten bedömde att veterinären uppfyllde omsorgsförpliktelsen och skyldigheten att kontrollera informationen och att även ägaren som yrkesmässig kreatursägare hade sitt ansvar angående den information som han hade gett. HovR såg det som ett avtalsrättsligt skadeståndsansvar mellan veterinären och kons ägaren och för

¹⁶⁵ RP 360/1992 rd, s. 19.

att befrias från skuld, skulle en omvänd bevisbörda ha krävts, en bevisning om att arbetet hade varit omsorgsfullt. Majoriteten ansåg att veterinären förlitade sig på ägarens utsago om att kon inte hade varit dräktig, veterinären hade inte tagit i beaktande vissa osäkra faktorer och dessutom borde veterinären ha visat på en omsorgsfullhet som rimligen hade kunnat förväntas av en som är utbildad till veterinär. I fråga om informationen som veterinären hade fått hänvisade HovR till HD:1999:80 om tomthyresavtal och givna skatteråd som hade grundat sig på felaktig information och som de sakkunniga lät bli att kontrollerat dess riktighet.¹⁶⁶

I beslutet NJA 2013 s. 1174, Kyrkogolvsmålet, har Högsta domstolen i Sverige gett vägledning att ”fackmässig”¹⁶⁷ ska tolkas som att ”tjänsten ska vara utförd med den grad av skicklighet, effektivitet och kunskap som kan krävas av en normal säljare i en situation av det slag som är föremål för bedömning.” Vidare anges att det är avtalet som i första hand bestämmer köparens förväntningar och att tjänsten ska vara fackmässigt utförd inom den ram som avtalet ställer.¹⁶⁸

I domen Forposta C-465/11 utreds det situationerna där en upphandlande enhet får utesluta en anbudssökande eller -givare ur anbudsförfarandet. I avgörandet tar domstolen ställning till vad begreppen “fel” och “allvarligt fel” i yrkesutövningen innebär. Domstolen anser att ett fel i yrkesutövningen kan följaktligen uppstå då leverantören låter bli att iaktta sina avtalsskyldigheter. Ett allvarligt fel i yrkesutövningen innebär att avsikten har varit felaktig eller att det har förekommit i viss mån vårdslöshet hos leverantören. En bristande yrkeskompetens kan möjligen ta sig uttryck i att kontraktet helt eller delvis “genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt”, men ytterligare måste leverantörens inställning bedömas både individuellt och konkret för att kunna fastställa om ett allvarligt fel verkligen har inträffat.¹⁶⁹ EU-domstolens förhandsavgörande om att ett fel i yrkesutövningen innebär att personen inte följer de skyldigheter som finns i avtalet, tangerar enligt mig det första JYSE-villkoret om avtalsenlighet.

¹⁶⁶ Virtanen, J. (2007), Asiantuntijan huolellisuusvelvoitteista. Oikeustieto 2997/4. s. 14 ff, Rovaniemi HovR 9.6.2006 05/989, HD:1999:80.

¹⁶⁷ “fackmässig” betyder enligt Svensk ordbok (2009): “som motsvarar höga krav på kompetens inom ett visst område.”, vilket gör att jag förmodar att det motsvaras av ” [...] yrkeskompetens som en kvalificerad tjänsteleverantör [...]”.

¹⁶⁸ NJA 2013 s. 1174.

¹⁶⁹ Dom Forposta C-465/11, EU:C:2012:801, punkterna 29-31.

Enligt förarbetet till UpphL anses missförhållande vid leverering av tjänster vara en allvarlig förseelse i yrkesverksamheten med hänvisning till Lag om privat socialservice (922/2011) som i kapitel 4 stadgar bland annat om styrning och rådgivning av socialservicen, men även om inspektionsrätt, anmärkning, uppmärksamgörande av missförhållanden, avbrytande eller att förbjuda verksamheten på grund av att klientsäkerheten äventyras. Motsvarande bestäms i Lag om privat hälso- och sjukvård (152/1990) 20 - 22 § där det talas om patientsäkerheten som äventyras på grund av missförhållanden eller brister hos serviceproducenten som kan vara till exempel en verksamhetsenhet, ett sjuktransportfordon eller en anordning.¹⁷⁰

5.4.5 Språkkunskaper

JYSE 4.5: “Tjänsten ska produceras på finska, om inte något annat har avtalats. Personer som producerar tjänsten ska ha den språkkunskap som uppgifterna kräver.”¹⁷¹

Språklagen 25 § (423/2003) bestämmer att när andra än myndigheter utför offentliga förvaltningsuppgifter, ska myndigheten se till att den språkliga servicen som denna lag fastställer, uppfylls. För uppgifter som inte är offentliga förvaltningsuppgifter, är det även här myndighetens uppgift att försäkra sig om att den språkliga servicen uppfylls om det är nödvändigt enligt lagen för att servicenivån ska upprätthållas.¹⁷²

Orsaken till att endast nämns finska som språk i avtalet, förklaras med att språkravet togs med i JYSE 2009 för att det inte skulle glömmas bort i avtalsförhandlingarna. Tjänsten ska produceras på det språk som kunderna använder och majoriteten av kunderna använder finska, men på de tvåspråkiga områdena ska de båda inhemska språken tas med i avtalet då tjänsten ska produceras på de båda språken. Utan ett nämnande av språket, kunde ett svar på anbudsförfrågan komma på något främmande språk, vilket i den situationen inte skulle stå i strid med anbudsförfrågan.¹⁷³

Med följande exempel förklaras enklast hur man genom avtalstekniken kan reglera både arbetspråket och som följd av detta både sysselsättningspolitiska och ekonomiska frågor. Ålands landskapsregering hade antagit ett bud av ett estniskt rederi för att sköta

¹⁷⁰ RP 108/2016 81 §.

¹⁷¹ Finansministeriet (2015), s. 11.

¹⁷² Språklag 6.6.2003/423 25 §.

¹⁷³ Halonen (2010b), s. 6.

färjtrafiken mellan Galtby i Åboland och Långnäs på Åland. Det här beslutet skapar oro bland skärgårdsborna och anställda i sjöfartsbranschen. Oron grundar sig på risken finns de åländska sjömännen ersätts av utländska sjömän och att de små skärgårdskommunernas ekonomi försämras på grund av att de sjöanställdas skatteintäkter uteblir. Infrastrukturministern på Åland bemöter påståendena med att även om ett estniskt rederi tar över verksamheten kommer språkraven att vara hårda, arbetspråket ska vara svenska och att man kommer att ingripa mot överträdelser.¹⁷⁴

Om inte de språkliga rättigheterna uppfylls, kan till och med självbestämmanderätten bli lidande. Ett sådant exempel kan vara då en äldre person eller personer med funktionsnedsättning inte får vård eller till exempel färdtjänst på sitt eget språk. En intern undersökning i Helsingfors visar på att det är svårare att få svensk service inom äldreomsorgen då man anlitar sig av köptjänster.¹⁷⁵

¹⁷⁴ Forsgård, H. (15.2.2015), *Estniska sjömän tar över när Åland flaggar ut*. Hufvudstadsbladet s. 12 f.

¹⁷⁵ Blomqvist, P. (2017): *Personer med funktionsnedsättning får sämre service på svenska när staden köper tjänster*. Yle.

6 Fastställande av fel

Upphandlingskontraktet anger de rättigheter och förpliktelser som gäller mellan parterna. För att reda ut om ett avtalsbrott har skett, ska händelsen ses i skenet av tolkningen av avtalet, både iakttagande av ordalydelse och enligt allmänna tolkningsprinciper. Det gäller även att ta ställning till att har ett givet resultat uppnåtts eller brister det i omsorgsförpliktelsen,¹⁷⁶ som är den viktigaste iakttagelsen då det gäller tjänster.

Om det framkommer att de handlingar som finns från upphandlingsprocessen skulle stå i strid med varandra, har man i JYSE allmänna avtalsvillkoren rangordnat dessa. Är inget annat avtalat, har upphandlingskontraktet den starkaste positionen, därefter följer anbudsfrågan, sedan JYSE och till sist anbudet.¹⁷⁷

I KSL 8 kap om vissa konsumenttjänstavtal bestäms den avgörande tidpunkten för felbedömningen som den tidpunkt som uppdragstagaren har utfört det som avslutandet förutsätter av honom. Ett avslutande av en tjänst sker när tjänsten har avslutats eller om det gällt reparation av en sak, då saken avlämnas till beställaren. Den tidpunkten som tjänsten ska avslutas kan enligt avtalet vara en bestämd tidpunkt, på begäran eller utan dröjsmål men även, beroende på tjänsten art och omfattning, inom en skälig tid från avtalsslutet. Lagförarbetet fastställer att skälig tid ska bedömas enligt den leveranstid som normalt gäller för en sådan tjänst. Uppdragstagarens marknadsföring av tjänsten kan ha betydelse för tolkningen av ”skälig tid”, en exakt tidsangivelse för prestationen, kan vara lika bindande för uppdragstagaren som en uttrycklig överenskommelse. Dolda fel som visar sig efter avslutat utförande, kan göra att tjänsteleverantören fortfarande ansvarar för utförandet även om felbedömningen sker senare. Ett fel material som använts i ett arbete kan ge upphov till fel i ett senare skede. Om beställaren är orsaken till att ett arbete utförs senare, börjar tiden för felbedömningen tidigast då arbetet enligt den första planen var avsedd att avslutas, men senast då det verkligen avslutas.¹⁷⁸

När det gäller tjänster, fastställs och korrigeras felet då det redan har skett, medan med varor kan en defekt vara återsändas och repareras och problemet är löst. Ett fel i tjänst

¹⁷⁶ Aarto et al. (2009), s. 107 f, Sandvik (2014), s. 669 f.

¹⁷⁷ Halonen (2010a), *Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot (JYSE 2009 TAVARAT JA PALVELUT)* Helsinki: Edita. s. 98

¹⁷⁸ KSL 38/1978 8 kap. 1, 3 - 4 §, 15 § 1 mom. RP 360/92 rd s. 26, 79, 89.

utreds av tjänsteleverantören, som undersöker om det har skett ett fel och vad det kan ha berott på. Om ett fel konstateras, har tjänsteleverantören utan dröjsmål både plikt och rättighet att utreda felet, samt korrigera det om det är möjligt, och för att undvika att man i framtiden begår samma fel kan dokumentationen ändras samt nya direktiv ges. Ett upptäckt fel får även korrigeras innan påföljderna blir aktuella.¹⁷⁹ Enligt KSL om vissa konsumenttjänstavtal ska felbedömningen grunda sig på vilken påverkan felet har för beställaren i jämförelse med avhjälpandet för uppdragstagaren, denna jämförelsen ska inte ske i felets omfattning. För beställaren kan verkningarna av felet vara av stor betydelse, likaså behovet att felet korrigeras, men detta ska avvägas mot uppdragstagarens kostnader och olägenheter som avhjälpandet kan orsaka. Beställaren kan istället för att kräva avhjälpande göra en påföljd gällande, men om felet kan avhjälpas inom rimlig tid, kan uppdragstagaren avvisa kravet på påföljd och avhjälpa felet.¹⁸⁰

Vid fastställande av fel ska både avtalets innehåll fastställas och prestationen utredas. De avtalsförpliktelser som ska uppfyllas kan grunda sig på tvingande och dispositiv lagstiftning, standardavtal och specificerade avtalspunkter och kan kräva att avtalet tolkas och kompletteras. Dessutom kan bedömningskriterierna vara mycket flexibla då den nuvarande lagstiftningstekniken har visat sig ge betydelse åt avtalsobjektets allmänna användningssyfte eller åt faktorer som inverkar på kvaliteten. Vid utredningen av prestationen, tas ställning till fakta medan problemet kan vara att bevisa det skedda. Ordalydelsen i avtalet kan även ge möjlighet till tolkning, vilket kan göra att avvikelser i prestationen eventuellt ändå hamnar innanför toleransgränsen.¹⁸¹

Avtalsbrott angående elleveranser som distributionsnätinnehavaren gör sig skyldig till, kvalitetsfel eller elavbrott, är sådana fel enligt förarbetet till ElmL, som elförbrukaren får tolerera i form av rimliga störningar i elleveranserna. Ett väsentligt dröjsmål i en leverans, skulle enligt avtalsrätten ge rätt för användaren att häva avtalet, men elleveranserna står i en särställning på grund av monopolet. I det här fallet har användaren inte någon möjlighet att byta leverantör och hävningsmöjligheten förlorar sin betydelse. Detta har lösts med ett standardersättningsystem eftersom skadans omfattning efter elleverantörens avtalsbrott är svåra att bestämma. Den tolerans som förväntas av

¹⁷⁹ Halonen (2010b), s. 7.

¹⁸⁰ RP 360/92 rd s. 91.

¹⁸¹ Hemmo (2011), s. 113 f.

användaren beror på reparationsarbetena och de rådande förhållande som inverkar på dem.¹⁸²

I en annan omvänd situation där tjänsteleverantören med avsikt gör sig skyldig till ett avtalsbrott för att få till stånd en hävning av avtalet, behöver inte alla gånger vara genomförbart såsom leverantören hade planerat det för sig. Leverantören inte kan kräva att rättspåföljderna tillämpas och dessutom är den som köper prestationen inte tvungen att använda sig av rättspåföljderna även om han skulle ha rätt till det.¹⁸³ Hemmo tar upp detta med underrubrikerna ”Suoritushäiriöopin peruskysymyksiä” och ”Suoritushäiriöopin systematiikasta”, men jag anser att detta inte gäller för en upphandlande enhet att efter eget omdöme bestämma om en leverantör efter ett väsentligt avtalsbrott får avtalet hävt eller inte. I en sådan situation skulle upphandlingens syfte, den likvärdiga behandlingen och förutsebarheten gå förlorad och likaså förtroendet för det offentliga.

6.1 Tolkning och utfyllning av avtalet

Att finna stöd för avtalstolkning i lag kan vara svårt. Vissa paragrafer i RättshL kan till en viss del användas allmänt vid avtalstolkning, fast det inte är paragrafernas huvudsakliga funktion. Bland annat RättshL 6 § 2 mom, om då svaret på anbud innehåller sådana villkor som inte fanns i anbudet, såsom tillägg, inskränkning eller förbehåll och i samma lag 32 § 1 mom om felskrivning vid viljeförklaring. Däremot har högsta domstolens (HD) rättspraxis haft stor betydelse, men inte som direkttillämpade, utan de tolkningssätt och tolkningsaspekter som HD lagt vikt vid. De specifika särdrag ett avtal har, gör att det inte går att reglera tolkningen på ett sådant sätt att det skulle till betydande del utesluta den skönsmässiga bedömningen hos den som utför tolkningen.¹⁸⁴

En orsak till en avtalstvist kan vara att avtalet är otydligt eller svårtolkat. I avhandlingens stycke 4.3 konstaterades det att då det gäller upphandlade tjänster, är det den upphandlande enheten som ansvarar för avtalets innehåll, att det blir korrekt, entydigt och täckande och att förhandlingar mellan parterna förs före upphandlingskontraktet. Jag kan

¹⁸² RP 162/1998 rd, *Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om ändring av elmarknadslagen*. s. 11 punkt 3.3.

¹⁸³ Hemmo (2011), s. 110 f.

¹⁸⁴ Hemmo (2007), s. 577 f.

förmoda att ett ämbetsverk som gör otaliga upphandliga per år, innehar den kunskap och vana att med utbildad personal, såsom upphandlingsjurister eller -ansvariga, uppgör avtal med tydligt innehåll och minimalt tolkningsutrymme.

Vid uppgörande av ett avtal ska vissa frågor ges förtur i förhandlingarna, alla omständigheter kan ändå inte behandlas och resultatet blir ett avtal som inte är helt utan luckor. Att ett avtal har uppgjorts av en sakkunnig, är ingen garanti att allt skulle förlöpa väl. Avtalet gäller mellan parter som kan ha sin egen tolkning av avtalet. Det kan gälla ett visst villkor, som det i avtalsförhandlingarna ha konstaterats ha ett välutarbetat innehåll, men som i ett senare skede tolkas fel av en ställföreträdare till den ena parten. Problem kan även uppstå i avtalsdokumentens inbördes förhållanden. En orsak kan vara att dokumenten har gjorts vid olika tidpunkter, såsom byggentreprenaders eller andra projektarbetens huvudavtal med tillhörande dokument, och därför står i strid med varandra. I ett standardavtal kan hierarkin mellan dokumenten finns angiven, men om så krävs kan ordningsföljden avtals bort. Tvister kan även uppstå om ett dokument som är i lägre ställning preciserar innehållet av ett avtal som är i en högre hierarkisk ställning, men vars innehåll kan tolkas på flera sätt. Andra orsaker till avvikande åsikter om avtalets tolkning hos parterna kan vara om vilken är den lagstiftning som reglerar avtalet eller om avtalets innehåll har ersatts av avtalets tillämpningspraxis.¹⁸⁵

Parterna i ett avtalsförhållande måste respektera och iaktta motpartens berättigade intressen samt främja den gemensamma partsviljan. Denna skyldighet benämns som lojalitetsplikt, som kan ange för en part varför en norm ska tillämpas vid tolkning eller utfyllnad av avtalet. Lojalitetsplikten ger utrymme för en mera flexibel tolkning av avtalet och har även en korrigeringsfunktion. NJA 2009 s. 672 ger exempel på lojalitetsplikten i ett avgörande av ett återförsäljningsavtals uppsägningstid. Det konstateras i hovrättens bedömning att denna typ av avtal oftast är långvariga och arbetet mellan parterna består av ett nära samarbete, vilket ger för parterna en skyldighet att på olika sätt ta vara på varandras intressen. I avtalet behöver inte alltid lojalitetsplikten vara nämnd för att den ändå ska gälla, detta för att göra det både möjligt och lättare att uppfylla avtalet. Det

¹⁸⁵ Hemmo (2005), s. 103 ff.

bestäms att skäligen uppsägningstid ska iakttas, vilket i detta fall blev tre månader. HD fastställer hovrättens domslut.¹⁸⁶

Orsakerna till att avtal måste tolkas eller kompletteras kan vara att det som den ena parten har skrivit i avtalet, uttryckt sig om avtalet eller annars har förfarit är oklart eller att avtalet är ofullständigt. Man kan ha valt att lämna något i avtalet oklart eller att tolkas enligt allmänna tolkningsregler, men ett ofullständigt avtal kan även uppstå på grund av oväntade situationer eller av ouppmärksamhet då avtalet uppgjordes. Osäkerhet kan även råda om avtalet har ändrats.

Vid utredning av avtalets innehåll, ska innehållet granskas i förhållande till 1) tvingande lag, 2) avtalet och det som anses vara avtalat, 3) handelssed eller annan motsvarande sed och 4) dispositiv lag.¹⁸⁷

En målinriktad tolkning innebär att avtalet granskas i förhållande till olika tolkningsregler, av vilka oklarhetsregeln har stor betydelse, men det kan ske efter att avtalet granskats i förhållande till lag. Oklarhetsregeln har en inbyggd sanktionsfunktion, regeln kan tillämpas om det endast är den ena parten som har uppgjort avtalet och den ska tolkas till nackdel för den som gjort upp avtalet.¹⁸⁸

Hovrätten över Skåne och Blekinge, Sverige, Dom 2014-04-30, mål nr T 536-13: Den klagande, Menigo Foodservice AB (Menigo), överklagade Ystads tingsrätts dom i vilken Menigo skulle ha blivit skyldig att ersätta fem sydsvenska kommuners och ett förbunds (Kommunerna) rättegångskostnader. Det konstaterades i hovrättens domskäl att alla parter hade varit bundna av de ingångna avtalen och att Kommunerna hade frånträtt avtalen i förtid på grund av en begäran om prisjustering, vilken man inte kunde komma överens om. Det hade framkommit att avtalet kunde hävas i sin helhet om parten "i väsentligt hänseende åsidosatt sina skyldigheter enligt avtalet". Hovrätten konstaterade i sin dom att det hade funnits oklarheter i avtalsvillkorens utformning vilka Kommunerna hade utformat, såsom även förfrågningsunderlaget, och därför får Kommunerna bära risken för oklar utformning av villkoren. Menigo har haft små möjligheter att inverka på utformningen av avtalsvillkoren, även om Menigo hade kunnat ställa frågor om

¹⁸⁶ Munukka, J. (2010), *Lojalitetsplikten som rättsprincip*. SvJT. s. 837 ff, NJA 2009 s. 672.

¹⁸⁷ Saarnilehto, A. (2009), s. 145 ff.

¹⁸⁸ Hemmo, M. (2007), s. 632, 638.

förfrågningsunderlaget. Kommunerna borde ha gett ett skriftligt påpekande om att rätta felet som gällde prisjusteringen innan en hävning av avtalet kunde bli möjlig. Det konstateras även att Menigo hade förstått prisjusteringsklausulen på ett annat sätt än vad Kommunerna avsett och detta kan inte anses vara ett kontraktsbrott som borde ha rättats till och slutligen konstateras det att den ekonomiska skada som uppstått hade varit liten. Hovrätten beslöt att Kommunerna hade gjort sig skyldiga till ett skadeståndsgrundande kontraktsbrott.¹⁸⁹

6.2 Reklamation - felanmälan

Leverantören kan ha all orsak att anta att den tjänst som han utför inte innehåller fel om det inte kommer några klagomål inom en rimlig tid. Det är viktigt att tjänsteleverantören blir uppmärksam på att tjänsten inte uppfyller det som har avtalats för att minska skadan, bereda sig på utredning och bevisning av det skedda.¹⁹⁰

Både KöpL och KSL anger att kravet för att få åberopa ett fel är att en reklamation görs till säljaren eller uppdragstagaren och KSL utvidgar dessutom till den som förmedlat tjänsten eller till den ansvariga för tjänstens egenskaper. Tidpunkten för reklamationen är inte exakt angiven, men båda lagarna anger en skälig tid efter att felet märktes eller det borde ha märkts.¹⁹¹ Enligt JYSE beror reklamationstidens frist på vilket slag av tjänst som utförs, eftersom tjänsternas egenskaper varierar. Det nämns "inom skälig tid", men om parterna anser att det ska finnas en given tid för fristen, ska den skilt avtalas.¹⁹²

I lagförarbetet till KSL om konsumenttjänster anges att tiden för felanmälan börjar oftast löpa först sedan prestationen är utförd och har avslutats, men detta gäller inte för ett fel som inverkar på slutresultatet. Om beställaren upptäcker ett fel under utförandet som har inverkan på slutresultatet, ska felanmälan ske direkt då felet upptäcks, men om beställaren antar att den som utför arbetet kommer att korrigera felet under arbetets gång, ska en eventuell felanmälan ske först efter avslutat prestation och tiden för felanmälan börjar då vid den tidpunkten att löpa. Den skäliga tid för givande av reklamation beror på både beställaren och uppdragstagaren. Beställaren ska ges möjligheter att ge reklamationen och

¹⁸⁹ Dom 2014-04-30, mål nr T 536-13.

¹⁹⁰ Hemmo (2011), s. 154 f.

¹⁹¹ 355/1987 32 §, 38/1978 16 §.

¹⁹² Finansministeriet (2015), s. 8.

tid för att konstatera felet medan uppdragstagaren har behov att få informationen så snabbt som möjligt för att inte skadan ska förvärras utan kunna förhindras.¹⁹³

KöpL förarbete anger att det räcker att inom skälig tid meddela om felet till säljaren samt att tiden börjar löpa när felet har eller borde ha upptäckts. Köparen kan avge en neutral anmälan om felet och kan senare meddela sina krav. Vidare anges det att tiden mellan upptäckt fel och reklamation kan variera beroende på köparen. Här jämförs en privatperson med en köpare, där köpet har samband med affärsverksamhet, och näringsidkare. De senare anges ha ett strängare krav på tidsfristen för reklamationen.¹⁹⁴ Då det gäller varor och de varumängderna som upphandlingsenheten införskaffar och med den regelbundenhet som det sker, kan förfarandet jämföras mera med en näringsidkares och de principer som gäller för denna, men inte nödvändigtvis då det gäller reklamationstiderna.¹⁹⁵

Enligt KöpL kan leverantören dra nytta av ett begånget fel om det inte upptäcks i tid, eftersom köparen förlorar sin rätt att kräva påföljder om han inte gör en reklamation om leveransen inom skälig tid efter det att felet upptäcktes eller borde ha upptäckts.¹⁹⁶ Det här gäller för varor, men som det tidigare har konstaterats kan analogierna och principerna även tillämpas delvis för tjänster.

NJA 2008 s. 1158 HD i Sverige i sitt beslut att en fastighetsköpares reklamation för dolda fel i en fastighet inte hade givits för sent på grund av att det ska anses vara möjligt för köparna, som inte är sakkunniga inom området, att anlita sig av ett tekniskt biträde. Beroende på vem som är köpare kan tidsfristen för reklamation variera från kortare för en näringsidkare till längre för en privatperson. Till köparnas nackdel skulle inte sättas fördröjningen av undersökningens svar till följd av semester hos företaget som gjorde besiktningen.¹⁹⁷

HD:2018:38 tar ställning till om en fastighetsköpares passivitet inverkar på utgången hur han har rätt att häva ett fastighetsköp eller inte. Jordabalken (540/1995) tillämpades som

¹⁹³ RP 360/1992 rd, s. 90.

¹⁹⁴ HE 93/1986 vp, s. 84.

¹⁹⁵ Pekkala & Pohjonen (2015), s. 897.

¹⁹⁶ 355/1987 32 §.

¹⁹⁷ NJA 2008 s. 1158.

anger en preskriptionstid på tio år. Fastighetsköparen hade 7 månader efter köpet skriftligen krävt att köpet skulle hävas och några veckor senare hade han gett ett dokument till säljaren som beskrev fastighetens fuktskador och hur dessa kunde repareras. Under samma år hade det förts diskussioner mellan köparen och säljaren, men inget samförstånd hade uppnåtts, ingen kontakt hade hållits efter det och köparen hade flyttat ut. Fyra år senare väcker köparen en talan om att köpet ska hävas. HD anser i sitt beslut att den passivitet som köparen visade, hade gett den bilden till säljaren att köparen inte längre har avsikt att häva köpet. Fastigheten hade dessutom under årens lopp förfallit och en utredning över skadorna skulle vålla svårigheter. HD avgör enhälligt att köparen har förlorat sin rätt till hävning.¹⁹⁸

För att undvika missförstånd och svårigheter att bevisa att reklamation har givits, bestäms det vanligtvis i avtalsvillkoren formatet i vilket reklamationen ska ges, ofta i skriftlig form. Ibland kan det även vara nödvändigt att nämna till vem reklamationen ska riktas, i synnerhet då det gäller stora organisationer.¹⁹⁹

Saarnilehto kommenterar Vasa HovR 3.10.2014 480, en dom som har vunnit lagakraft, som delvis handlar om reklamation av arbete som utförts fel. Frågan gällde om reklamationen hade givits i tid. Enligt tingsrätten hade entreprenören som utfört arbetet meddelat att det inte hade givits reklamation om felet. I april 2012 hade beställaren betalat för arbetet utan att göra invändningar, men hade gjort en muntlig reklamation samma år i november för fel utförande. Reklamationen kunde bevisas genom vittnesmål.

Arbetet bestod av nedsättande av rör i marken med en grävmaskin, vilka täcktes omedelbart med jord. Reklamationen hade gjorts snabbt efter att beställaren fick vetskap om felet, som hade framkommit ur arbetsplatsmötets beslut. Enligt hovrättens motivering hade reklamationen givits i rätt tid, då det var omöjligt att konstatera om arbetet var korrekt utfört utan en skild undersökning. Saarnilehto skriver att även om man har kommit överens om skriftlig reklamation, är detta endast vägledande. Muntligt given reklamation är tillräcklig om den kan bevisas, men om man vill att formatet ska vara

¹⁹⁸ HD:2018:38, 540/1995 2 kap 34 § 3 mom.

¹⁹⁹ Aarto et al. (2009), s. 125.

obligatoriskt, ska det framkomma ur avtalsvillkoren. Reklamationstiden börjar från det att den som ska reklamera har fått vetskap om felet.²⁰⁰

De råd som "Valtion hankintakäsikirja" ger är att det i avtalet ska anges de sätt på hur man gör reklamation eller meddelar om ett fel eller brister i utförandet samt tidsfristerna som gäller. Oberoende om det gäller en enskild eller en långvarig tjänst, ska leverantören omedelbart informeras om missförhållandet efter att det har upptäckts för att förhindra att leverantören försummar eller arbetar emot sina avtalsplikter eller bryter mot avtalsvillkoren. Man skiljer mellan anmärkning eller anmälan om en brist (min översättning av puuteilmoitus) och reklamation, den senare är en strängare åtgärd som ska ske skriftligen och mottagandet ska bekräftas. Innehållet i reklamationen ska bland annat ange avtalets nummer, bakgrunden till händelsen, varför det anses att tjänsten är behäftad med fel och hur tjänsteleverantören åtgärdar konstaterat fel. Anmärkningen eller anmälan om en brist är den lindrigare åtgärden och tillämpas för ett mindre fel i utförandet. Parterna ska ha avtalat att ingen reklamation behöver göras i sådana situationer, men en anmälan om händelsen ska ändå utan dröjsmål ska göras till en ansvarsperson och registreras.²⁰¹

Betydelsen i att göra en utförlig och exakt dokumentering över reklamationerna visade sig i beslutet av HFD 25.5.2009 1294 då frågan gällde om den upphandlande enheten hade förfarit fel efter att ha uteslutit en leverantör från upphandlingens anbudsförfarande. HFD anger att ett uteslutande som baserar sig på tidigare negativa erfarenheter är möjlig, men att det i detta fall är ett fel beslut av den upphandlande enheten på grund av att de dokumenterade reklamationerna var opreciserade och att en del av försummelseerna var av förhållandevis mindre betydelse och vanligt förekommande för branschen.²⁰²

Följande rättsfall visar på hur mottagandet av informationen kan säkras, men att efterlevnaden lämnades utan att kontrolleras. I Sveriges HD-avgörande i fallet mellan Stockholms läns landsting och Mediambulans AB gällde frågan om landstinget hade rätt att häva avtalet på grund av ett avtalsbrott, eller som Mediambulans AB ser det, allvarligt

²⁰⁰ Saarnilehto, A. (2015), *Lyhyesti kolmesta hovioikeusratkaisusta*. Oikeustieto 2015/3. Vasa HovR 3.10.2014, S 14/480.

²⁰¹ Finansministeriet (2017), s. 222 f.

²⁰² HFD 25.5.2009 1294.

fel i yrkesutövningen. Orsaken till tvisten låg i att ambulansföretaget under pågående akuta ambulansuppdrag hade utfört ett personalbyte, vilket enligt landstinget inte var förenligt med god vård enligt avtalet. Landstinget anser att personalbyten kan fördröja vården samt riskera att viktig information går förlorad eller missförstås på grund av förlorad kontinuitet. Efter ett dylikt personalbyte hålls ett entreprenörmöte mellan landstinget och ambulansföretaget varvid man fastställer att personalbyten inte får utföras under uppdrag, men med ett möjligt förbehåll för icke brådskande uppdrag innan patienten var nådd. Informationen gavs till företagets anställda som undertecknar meddelandet om att de mottagit informationen. Några månader senare sker ett nytt personalbyte, även detta under ett akutuppdrag. Landstinget häver avtalet med tillägget att förpliktelserna var i väsentlig omfattning åsidosatta och att rättelse inte hade skett inom rimlig tid trots påpekande.

HD avgör fallet till Mediambulans AB:s fördel. Motiveringarna är att ambulanspersonalen har skyldighet att bedöma liknande situationer, som exempel ges transportens prioritetsgrad till sjukhuset. Landstinget hade formulerat avtalet i sin helhet och personalbytena var inte omnämnda. Det första personalbytet, som inte innebar någon risk för patienten, ska ses som en enskild händelse och är inte förenligt med avtalets bestämmelse för att ha åsidosatt sina avtalsenliga förpliktelser i väsentlig omfattning. En isolerad händelse som denna kan inte ligga som grund för att säga upp ett avtal. Däremot borde Mediambulans AB noggrannare ha kontrollerat att påpekandet om personalbyte skulle ha fått bättre efterlevnad hos personalen. Det andra bytet av personalen skedde på julaftonen då företagsledningen varken kände till eller hade möjlighet att godkänna bytet.²⁰³

I beslutet HD:1998:75 gavs byggherren rätt att häva underentreprenörens avtal på grund av dröjsmål. I avtalet hade det hänvisats till YSE 1983 (Rakennusurakan yleiset sopimusehdot YSE) som gav rätt att häva avtalet om underentreprenörens arbete framskred så långsamt, att det antagligen inte blir klart inom avtalad tid, även om det hade skriftligen påpekats om det och underentreprenören inte hade korrigerat förseningen. Högsta domstolen konstaterade att ett skriftligt påpekande var till hjälp för entreprenören att korrigera sin prestation till att överensstämma med avtalet, det visade

²⁰³ NJA 1999 s. 71.

exakt på vilken del av prestationen som var försenad, vad som skulle åtgärdas. Trots det skulle kravet i YSE 83 inte ses som ett sådant formkrav, som ensamt skulle göra hävningen ogiltig ifall det saknas. I det här ärendet hade det kommit fram att byggherren hade upprepade gånger i vittnens närvaro påpekat om förseningen.²⁰⁴

Enligt JYSE ska beställaren anmäla felet inom rimlig tid från det att det upptäckts eller borde ha gjort det och för en tjänsteleverantör gäller det att inom 14 dagar efter erhållande av felanmälan, bekräfta att han fått anmälan och att korrigeringen påbörjats.²⁰⁵

²⁰⁴ HD:1998:75.

²⁰⁵ Finansministeriet (2015), 13.1, 13.2.

7 Ansvarskretsen

Det huvudsakliga ansvaret för att tjänsten förverkligas och att kvaliteten håller den avtalade nivån, ligger hos tjänsteleverantören. Skadeståndslagen (412/1974)²⁰⁶ anger i 3 kapitlet skadeståndsansvaret som gäller för arbetsgivare och offentliga samfund och visar för vem dessa ansvarar. Om leverantören har ett företag med anställda, är han som arbetsgivare skadeståndsskyldig för de fel och försummelser en arbetstagare kan göra sig skyldig till.

I ärendet HD:2004:53 utreds om Forsstyrelsen ska anses ha det ansvar som en arbetsgivare har för en anlitad skogsmaskinsförare, som hade orsakat en personskada till en tredje person. Föraren till skogsmaskinen är anställd av skogsmaskinsentreprenör, som i sin tur har haft ett långt avtalsförhållande med Forsstyrelsen. I argumenten till domen ska föraren till skogsmaskinen inte ses som en självständig företagare, föraren var anställd av ett företag med flera skogsmaskiner och nio anställda. I det här fallet kunde Forsstyrelsen inte anses ha direkt inflytande över föraren och hans arbete.

7.1 Underleverantörer

I UpphL 77 § bestäms det om den upphandlade enhetens prövningsrätt gällande underleverantörernas lämplighet då anbudsgivaren väljer att använda sig av sådana. I lagens förarbete nämns det att angående prövningsrätten, föreslås det att paragrafen inte ska vara tvingande. Vidare specificeras att den som konkret deltar i utförande av tjänsten ska betraktas som underleverantör, utanför blir till exempel tjänsteleverantörens varuleverantör, en revisionsammanslutning eller andra liknande samarbetsparter. Om det inte finns särskilda skäl att förbjuda anlitande av underleverantörer, kan den upphandlande enheten inte förbjuda anbudsgivarna att anlita sådana. De allmänna avtalsvillkoren JYSE 2014 TJÄNSTER tar även upp underentreprenad och användande av underleverantörer. Användande sig av underleverantör innebär inte att avtalsförpliktelserna överförs på en tredje part, utan tjänsteleverantören svarar för den utförda prestationen såsom för eget utförande och är även ersättningsskyldig till tjänstens beställare. Däremot kan tjänsteleverantören begära ersättning av underleverantören enligt deras ömsesidiga avtalsförpliktelser. Vissa skäl gör det befogat att förbjuda

²⁰⁶ Skadeståndslag 31.5.1974/412 3 kap 1 § 1 mom.

underleverantörer t.ex. då man vill att en viss/vissa personer skall utföra tjänsten eller att man vill hålla den grupp av människor så liten som möjlig som har tillgång till detaljerna kring uppdraget.²⁰⁷

UpphL 92 § gör det möjligt för anbudssökande eller anbudsgivare att delta i grupp i ett anbudsförfarande, med syftet att med gemensamma kvalifikationer uppfylla minimikraven i kontraktet. Kvalifikationerna kan vara av tekniskt eller yrkesmässigt slag men även erfarenhet, vilket ska bevisas med referenser från tidigare utföranden.²⁰⁸ I vissa projekt kan inte en kvalifikation som finns delad mellan flera underleverantörer ersätta den kvalifikation som krävs för utförandet och som därmed ger orsak att begränsa antalet underleverantörer.²⁰⁹ 4 momentet i samma lag bestämmer om ett solidariskt ansvar för gruppens medlemmar att prestationen ska bli fullgjord i de fall att den kapacitet som anbudssökande eller -givaren har utnyttjat gäller ekonomisk och finansiell ställning.²¹⁰

HD:2008:16 om entreprenörens ansvar för den skada som den beställarens anvisade arbetstagare hade orsakat under utförande av leverantörens avtalsförpliktelse utreds frågan om principalansvar och arbetstagarens tillsyn. För uppgiften hade entreprenören bett om att få låna ett fordon med chaufför. Överenskommelsen hade skett per telefon, ingen diskussion hade förts om betalning eller ansvarsfrågor. I HD:s beslutet bestämdes att entreprenören bar ansvaret för de skador som hade uppstått för beställaren. Lånet av fordonet och chauffören ansågs vara hjälparbete till entreprenörens avtalsförpliktelse och entreprenören ansågs ha försummat sin tillsynsskyldighet över chaufförens arbete.²¹¹

7.2 Kontrollansvaret

Reglerna om kontrollansvar har sitt ursprung från CISG och KöpL och återfinns även i andra lagar, bland annat i KSL 8 kapitlet. Med hänvisning till kontrollansvaret kan endast omedelbara skador ersättas. Kontrollansvaret måste uppfyllas till alla punkter för att gäldenären ska kunna befrias från skadeståndsansvaret: avtalsbrottet måste bero på ett hinder, som är utanför gäldenärens kontroll, hindret har inte kunnat beaktas vid uppgörandet av avtalet och gäldenären kan inte rimligtvis övervinna eller undgå följderna

²⁰⁷ Aarto et al. (2009) s. 87, RP 108/2016 rd, s. 182 f, Finansministeriet (2015), 3.

²⁰⁸ 1397/2016 91 §.

²⁰⁹ Halonen (2013), s. 17.

²¹⁰ 1397/2016 91 § 4 mom.

²¹¹ HD:2008:16.

av hindret. I spörsmålet av Sandvik om kontrollansvaret ska ses som en princip, konstaterar han att på grund av dess stränghet, ska kontrollansvaret gälla för näringsidkare, inte där en privatperson är avtalsgäldenären.²¹² I stycket 6.2 om reklamation ses, enligt Pekkala & Pohjonen, likheter mellan den upphandlande enheten och en näringsidkare på grund av mängderna varor som upphandlas samt med den regelbundenhet som det sker, men avhandlingen analyserar avtalsbrott vid utförande av tjänster. Enligt Sandvik²¹³ är kontrollansvaret tillämpligt på resultatförpliktelser, dock inte på tjänster där omsorg är den förpliktelsen som är avgörande och där ett vållande ger upphov till ett avtalsbrott.

²¹² Sandvik (2015), 43 ff.

²¹³ Sandvik (2014), s. 670 f.

8 Uppföljning av tjänsten

Tjänsteleverantören har ansvaret för att tjänsten utförs och håller den nivå som avtalats. Beställaren av tjänsten måste ändå delta i uppföljningen då tjänsteleverantören inte alltid granskar sitt utförda arbete tillräckligt kritiskt. I avtalet kan man även komma överens om hur ofta tjänsteuppföljningsmöten skall hållas, där beställaren och tjänsteleverantören träffas för att ta upp bland annat nuläget angående kvaliteten samt kommande tjänstebehov, reklamation och kundrespons.

Inom specialområden såsom social- och hälsovårdstjänster, samt andra särskilda tjänster, kan det redan i upphandlingsskedet klargöras faktorerna som har med kvaliteten att göra genom en "kvalitetstrappa" i fyra steg. Pekkala et al. konstaterar att för den upphandlande enheten är det helt rutinmässigt att ge akt på kvalitetsaspekten, men att den största utmaningen är att visa för kunderna och för de som använder tjänsterna hur man har beaktat kvaliteten i upphandlingen. Om denna information inte kan förmedlas vidare, kan det lätt dras slutsatser om att då urvalskriteriet är priset, är upphandlingen av dålig kvalitet. "Kvalitetstrappans" steg innebär att det ställs krav anbudsgivarens lämplighet bland annat i form av kompetens, som senare visar sig som tillförlitlighet. Kraven anges i form av minimikrav, som i vissa fall är angivna i lag. Den totalekonomiska fördelaktigheten ska iaktas och till sist, avtalsvillkoren ska garantera att kvaliteten följs och kontrolleras.²¹⁴

En åtgärd som hjälper tjänsteleverantören att hålla minst den förväntade nivån är att ta in villkor i avtalet som definierar de krav eller resultat som förväntas. En precisering av resultatet gör att man övergår mera i en resultatförpliktelse, vilket gör målet för tjänsten tydligare. Både positiva och negativa incitament, såsom avtalsvitet, kan ha betydelse för hur väl en tjänst blir utförd eftersom en sanktion kan bli dyr för leverantören.

Den möjlighet som leverantören har att redan i upphandlingsförfarandet med gemensamma krafter tillsammans med underleverantörerna uppnå den nivå som krävs för ett utförande, anses inte helt riskfritt med tanke på upphandlingens mål. Den upphandlade

²¹⁴ Pekkala et al. (2017), s. 465 f.

enheten kan ha som ett lämplighetskrav att en anbudsgivare ska inneha den erfarenhet som har uppnåtts genom att ha utfört ett visst antal projekt under en viss tid. Möjligheten att agera i grupp kan betyda att var och en underleverantör har utfört var sitt projekt, tillsammans det erforderliga antalet projekt som krävts. Under upphandlingsförfarandet gör den upphandlande enheten ett noggrant arbete i att finna den rätta leverantören som är den mest lämpliga för uppdraget. Ändå kan leverantören välja att till största delen anlita sig av underleverantörer för att utföra uppdraget, vilket betyder att den upphandlande enheten saknar möjlighet att göra ett lika noggrant arbete att välja underleverantörerna som i valet av en leverantör, vilket även kan medföra risker.²¹⁵

En fungerande samverkan mellan den upphandlande enheten och tjänsteleverantören och en god insyn i leverantörskedjan underlättar uppföljningen av tjänsten.²¹⁶

8.1 Granskning av tjänstens kvalitet

Kvalitetsbedömningen sker oftast efter att tjänsteleverantören har utfört tjänsten genom att granska om tjänsten uppfyller upphandlingens fastställda mål och behov. Den upphandlande enheten kan under upphandlingsförfarandet med exakthet endast bedöma tjänsteleverantörerna, eftersom det finns tillräcklig information om kompetens och förmåga för de som ska utföra tjänsten. När det gäller tjänsten, kan anbudsgivaren inte presentera slutprodukten vid upphandlingsförfarandet och den upphandlande enheten kan endast efter utförd tjänst kontrollera kvaliteten.²¹⁷

I avtalet kan med fördel tas med villkor om granskning av tjänsten, som skulle ge granskningen en status som ett grundläggande och ett naturligt villkor för verkställighet av avtalet, visa på att granskningen stöder utförandet av uppdraget och samtidigt en förklaring för tjänsteleverantören varför detta sker.²¹⁸ JYSE²¹⁹ tar även upp möjligheten för beställaren att kräva en kundrespons eller -feedback, som ett sätt att mäta, följa och övervaka tjänstens kvalitet. Svaret på undersökningen berättar antagligen inte ännu i det här skedet om ett fel i utförd tjänst har skett, men jag anser att det är ett hjälpmedel för

²¹⁵ Halonen (2013), s. 17-19.

²¹⁶ Taponen (2018), s. 2.

²¹⁷ Pökkylä (2010), s. 2 f

²¹⁸ Aarto & al. (2009), s. 132.

²¹⁹ Finansministeriet (2015), punkt 5.1.

beställaren som får en inblick i hur nöjda kunderna är kan herefter eventuellt finna skäl att undersöka om ett avtalsbrott har skett.

Ett kundresponssystem fungerar väl i sådana fall där man vet att kunden använder tjänsten kontinuerligt, känner till den och dess målsättning och har på så sätt jämförelsematerial för hur väl tjänsten har fungerat. Tjänster som lämpar sig väl för undersökning är t.ex. sjukvårds-, biblioteks-, dagvårds- och underhållstjänster,²²⁰ även om Pekkala et al. konstaterar att en kvalitetsbedömning av social- och hälsovårdstjänster oftast baserar sig på subjektiva upplevelser, en tjänst kan för en kund upplevas som lämplig, medan en annan kan anse tjänsten som dålig.²²¹

Vidare tar de allmänna villkoren upp att beställaren, eller en tredje oavhängig part, har rätt att inspektera att de krav som uppställts även uppfylls och att tjänsteleverantören har följt upphandlingskontraktet. En inspektion kräver en förhandsanmälan till leverantören och de kostnader som uppstår, står beställaren för.²²²

Som ett exempel kan hälsovården nämnas att utöver dessa granskningar, hör det även till myndigheterna att övervaka verksamheten. Valvira övervakar de yrkesutbildade personernas och enheternas verksamhet medan Regionalförvaltningsverken ombesörjer den medicinska tillsynen.

Sutela skriver i sin artikel att Esbo stad har konstaterat att det inte är möjligt att göra en ordentlig bedömning av kvaliteten om kontraktet endast gäller under två år, varför man försöker sluta längre kontrakt. Staden har gått in för flexibilitet då det gäller avtal om städning, istället för att ange hur många gånger per vecka ett golv skall tvättas, ställs kraven på att ”utrymmet skall vara rent och användbart”. Det är upp till företaget att på sitt eget sätt uppfylla kravet.²²³

I följande rättsfall ges exempel på hur övervakningen av tjänsten kan utföras. Göta HovR avgör ett mål mellan Norrköpings kommun och IL Recycling Service AB i en fråga om storleken på vitet. Ärendet hade redan behandlats i Norrköpings tingsrätt gällande avtalsbrott vid avfallshämtning som har skett vid fel tid eller uteblivit, överlast och

²²⁰ Halonen (2010b), s. 8.

²²¹ Pekkala et al. (2017), s. 466.

²²² Finansministeriet (2015), 5.4.

²²³ Sutela (2003), s. 151 f.

felaktig tömning, vilket IL Recycling Service AB inte bestrider. Det framkommer i domskälen att kommunen har regelbundet begärt om kontrollrapporter och kalibreringsbevis för att påvisa vågarnas tillförlitlighet, med vilka kommunen har kunnat konstatera att det endast har förekommit små avvikelser. Vågarnas tillförlitlighet har betydelse för att bevisa överlasten. Hovrätten, med tillgång till handlingarna, ifrågasätter inte att vågarna inte har fungerat korrekt och vitet bestäms enligt de antal tillfällen som det har brutits mot avtalet.²²⁴

I avtalet kan tas med villkor för att hantera risken med kvaliteten som kan uppstå i en tjänsteleverantörskedja. I avtalet ska avtalsparternas roller vara tydligt angivna, även ansvarsfördelningen, att tjänstens effektivitet ska följas och för leverantören: ett positivt incitament.²²⁵

För att garantera en tjänsts kontinuitet och lösa uppkomna problem så snabbt som möjligt tar man med villkor angående bevakning av avtalet. Vissa tjänster kan orsaka stor skada om det sker ett avbrott och det ligger i beställarens intresse att se till att lagstadgade tjänster såsom social- och hälsovårdstjänster. Några exempel på orsakerna till fel utförd prestation kan vara att tjänsten utförs uttryckligen i strid mot avtalet, som kan utgöra ett avtalsbrott, bero på en feltolkning av avtalet eller att lagstiftningen har ändrats vilket inverkar på förutsättningarna för att utföra prestationen.

Eftersom UpphL bestämmer om upphandlingsförfarandet, inte om tiden för upphandlingsavtalet, ger den handlingsutrymme för att lösa uppkomna problem. Att granska avtalet för att omständigheterna har förändrats, är inte en lagstridig handling mot upphandlingsförfarandet.²²⁶

8.2 Avtalsförvaltning

Orsaken till att jag tar upp avtalsförvaltningen är att jag vill visa på betydelsen av ansvarspersonerna och -grupperna, deras påverkan att hindra och förebygga att det uppstår fel i upphandlade tjänster, att kommunikationen och övervakningen fungerar mellan parterna.

²²⁴ Göta HovR 2014-T 1447.

²²⁵ Taponen (2018), s. 4.

²²⁶ Aarto et al. (2009), s. 132 f

Enligt Finansministeriet ska både den upphandlande enheten och leverantören utse en ansvarsperson för varje avtal. Beroende på avtalets utformning, kan en ansvarsgrupp bestående av sakkunniga utses för ett omfattande avtal eller då avtalet genomförs genom olika faser såsom leverans och underhåll, kan ansvaret delas på ansvarspersoner eller -grupper enligt de olika faserna. För att lösa eventuella tvister och specialfrågor som kan uppstå under ett omfattande avtals löptid, kan en ledningsgrupp utses, en utbildningsgrupp för utbildningsuppdrag och så vidare. Dessutom om det gäller verkligt betydelsefulla och omfattande upphandlingar kan ansvarspersonerna uppdelas i tre nivåer: den operativa nivån bevakar och följer det praktiska utförandet, den taktiska nivån bevakar allmänt avtalet och utvecklar avtalsförhållandet och till sist den strategiska nivån sköter leverantörshanteringen, men även de meningsskiljaktigheter som inte kan lösas på den taktiska nivån.

De olika uppgifterna som kan höra till en ansvarsperson varierar enligt avtalets omfång. Som exempel på uppgifter kan nämnas: att följa med att avtalet förverkligas och enligt given tidtabell, att både leverantören och upphandlingsenheten uppfyller avtalsvillkoren, deras utveckling, uppföljning av leverantörens rapportering samt att utan dröjsmål reda ut problem och meningsskiljaktigheter och vid behov vidarebefordra ärendet till högre nivå.²²⁷

²²⁷ Finansministeriet (2017), s. 213 f.

9 Avslutning

I avhandlingen har jag analyserat de olika elementen som ingår och påverkar en upphandlad tjänst som är behäftad med fel enligt JYSE 2014 TJÄNSTER. Jag har utgått från att det är tjänsteleverantören som gjort sig skyldig till en felutförd tjänst eller med andra ord ett avtalsbrott. Följande genomgång påvisar hur de olika delarna i avhandlingen hänger ihop och är beroende av varandra. Genom att börja med en definition av tjänsten, kunde det konstateras att den kan vara av stor variation. Men det är inte enbart tjänsten som varierar, utan även de som har nytta av tjänsten. I jämförelse med gatuunderhåll och åldringsvård, märker man hur den senare gruppen är i ett helt annat beroendeförhållande än de som ska röra sig i trafiken. Även avtalets längd inverkar på utförandet, för klientförhållandet och för hur mycket en tjänsteleverantör är villig att investera i sitt uppdrag. Lagstiftningen reglerar inte explicit ett upphandlingskontrakt, förutom att UpphL anger att upphandlingskontraktet ska vara ett separat skriftligt kontrakt.

Uppgörande av ett avtal och den avtalsfrihet som råder tar sig i uttryck främst under anbudsförfrågan, avtalet följer det som upphandlats och det tillhörande materialet. Avtalet är i den viktigaste rollen vid fastställande av fel, men det gäller att observera att tjänster som har utförts med omsorg, även om resultatet inte är det förväntade, behöver inte alltid utgöra ett avtalsbrott. Omsorgsförpliktelsen är det viktigaste elementet när det gäller tjänster och det hänvisas till det på flera ställen i avhandlingen. Vidare analyseras avtalstolkningen, som kan komma till användning vid tvister om avtalets innehåll, och reklamation som ska ges efter uppdragat fel. Avhandlingen avslutas med att ta upp olika åtgärder som gör att tjänsten ska hålla den förväntade kvaliteten som det avtalats om och förväntas, granskningar av tjänsten och avtalsförvaltning.

9.1 Svar på forskningsfrågor

När ett fel utreds i en upphandlad tjänst kommer man samtidigt in på den andra frågan om när ett fel ska anses vara ansvarsgrundande för leverantören. Vid utredningen av felet utgår avhandlingen från JYSE 2014 TJÄNSTER och den beskrivningen som där framkommer om en tjänst. Utförs tjänsten avvikande från dessa allmänna avtalsvillkor, är den behäftad med fel. Det framkommer att en tjänst ska utföras med omsorg, till synes

en abstrakt egenskap, men genom analogier till andra lagar, här till KSL om vissa konsumenttjänstavtal, kan begreppet få en mera konkret betydelse. Lagförarbetet till nämnda lag talar om en "omsorgsstandard" som innebär att kraven kan ställas enligt vad som kan skäligen förväntas vid samma omständigheter av en som är verksam inom samma bransch, dessutom anses standarden vara ganska sträng. Att identifiera en omsorgsförpliktelse från en resultatförpliktelse är viktigt när det gäller att utreda om en tjänst är behäftad med fel och som senare har betydelse för rättspåföljderna. Om det brister i omsorgsförpliktelsen betyder det att ett fel har begåtts, men om det kan påvisas att tjänsten har skötts med tillräcklig omsorg, har inget fel skett. I jämförelse med resultatförpliktelsen är omsorgsförpliktelsen den mildare formen av förpliktelse. Det har även framkommit att de fel som uppstått, har tjänsteleverantören rätt att åtgärda, det följer enligt vad KSL anger. KSL bestämmer att även om beställaren yrkar på påföljd, men leverantören anser att felet kan åtgärdas genast, kan inte en påföljd bli tillämplig. Ett vårdslöst utförande av en tjänst ställer naturligtvis krav på skadestånd.

Ett begreppspar som också analyserades är dröjsmål och fel och deras förhållande till varandra. Det framkom i analysen av begreppen att det finns olika situationer när ett fel ska ses som en utebliven prestation, ett dröjsmål eller en delvis fullgjord prestation som ett fel. Hotet om en påföljd för dröjsmål kan utmynna i att en leverantör gör en skenbar felaktig prestation för uppnå en lindrigare påföljd, som här skulle vara reklamation. Vidare utreds olika former av dröjsmål och ett konstaterande att CISG inte skiljer mellan dröjsmål och fel.

Det har kunnat konstateras att upphandlingskontraktet har den viktigaste rollen vid fastställande av fel. Parterna kan ha en olika tolkning om avtalets innehåll, varför det ska fastställas för att en jämförelse mellan avtalet och den utförda tjänsten ska vara möjlig. I tolkningen av avtalet kan tvingande och dispositiv lagstiftning påverka innehållet, likaså standardavtal och andra villkor. Även om de upphandlande enheterna har kunskap och tillgång till rådgivning för att göra upphandlingskontrakt, visar statistiken på att det största problemet som enheterna stöter på är att definiera tjänstens innehåll. Det har även visat sig att den som utför tjänsten har oftast bättre kunskap om tjänstens innehåll och utförande än den upphandlande enheten.

Oftast då det gäller tjänster, uppdagas felen i efterhand, vilket gör att det kan vara problematiskt att bevisa det skedda. Här framkommer nyttan av att hålla regelbundna möten med tjänsteleverantören, att dokumentera olika händelser och att utse personer som ansvarar för avtalsförvaltningen. Jag citerar Kammarkollegiet i Sverige: ”*En myndighet får inte efterge ett avtalsbrott om det leder till en väsentlig förändring av kontraktet*”²²⁸, vilket visar för mig hur viktigt det är för den upphandlande enheten att vara på alerten och ingripa omedelbart om ett fel i en prestation upptäcks.

I förhållandet mellan avtalslösningar och dispositiv rätt kunde det konstateras att avtalsfrihet gäller och i fråga om upphandlingsavtal märks denna avtalsfrihet i skedet för anbudsförfrågan, avtalsförhandlingar förs även senare, men dessa har inte en stor inverkan på avtalets innehåll. Den offentliga sektorn uppmanar till att använda sig av JYSE allmänna villkor och vid behov omarbete dessa så att de blir tillämpliga. Avtalstekniken har betydelse för hur mycket olika avtalsprinciper måste tillämpas. Genom att definiera innehållet i ett avtal mycket specifikt, kommer det att ske en övergång från en omsorgsförpliktelse till en resultatförpliktelse, som i sin tur kunde resultera i att kraven kan ställas på ett annat sätt för en tjänst.

Det finns tydliga belägg för att mindre kommuner inte i alla upphandlingar har varit den starkare parten, med det starkare kunnandet eller ekonomin. Det här har tyvärr aktualiserats i många nyhetsinslag. Det som det i ett nyhetsinslag framkom att det skulle finns ett behov av styrdokument, anser jag att det antagligen inte skulle vara möjligt då upphandlingarna alla är individuella och mångfasetterade. Att hitta de rätta avtalslösningarna för en tjänst där den utförande parten oftast har den bättre kunskapen om tjänsten, kan vara utmanande för den upphandlande enheten.

Vid utredningen av incitamenten kan nämnas att det intressanta med vitet är att beställaren inte ens behöver lida en skada eller att en utförd prestation skulle orsaka en skada, för att vitet ska utfästas. Även här finns det aktuella nyhetsnotiser om FPA som med hot om vite låter en upphandlat taxiföretag sköta om transportererna tills det nya företaget tar vid. FPA har även utdömt vite för andra taxiföretag, angående långa telefonköer i

²²⁸ Ekman, K., Sydorw, G. & Svartz, S. (2016), *Avtalsbrott, reklamationer och påföljder*. Kammarkollegiet.

beställningstjänsten eller bilar som inte har motsvarat kundens behov, men som ännu fortsätter sin verksamhet.

Bland de andra incitament som ger leverantören motivation att hålla rätt kvalitet kunde märkas att i synnerhet för de innovativa lösningarna, kan hittas lösningar som är mycket mera än endast vite eller bonus. Exempel på incitament anpassade till lösningarna såsom innovationspartnerskap och bonus- och sanktionsvillkor. En eventuell förlängning av avtalet genom optionsvillkor i avtalet, har eventuellt också en inverkan. En god kontakt mellan den upphandlande enheten och leverantören, torde ha den effekten att kvaliteten håller minimikravet och även vetskapen om att granskningar kommer att utföras borde få samma effekt.

9.2 Slutord

En viktig aspekt enligt mig, och som kan ha betydelse genom hela upphandlingen, är att parterna kommer från så skilda organisationer och ska enas i ett avtal, inte minst med tanke på ekonomin. Det offentliga organet finansierar upphandlingen med begränsade medel, skatter, vilka bör användas sparsamt och effektivt, medan den andra parten försöker generera vinst för sig eller sina aktieägare. Det här kan ge olika förväntningar på avtalet och tolkningar av det och eventuellt ”kulturkrockar”.

Det har kunnat konstateras att avtalet har den viktigaste rollen, men även kontakten mellan parterna och villkorens utformning har stor inverkan på leverantörens utförande. Det konstaterades att den som har en bättre kunskap om avtalets innehåll, är skyldig att informera den andra parten. Oftast är det den upphandlande enheten som står för kunnandet i fråga om att göra upp ett avtal jämfört med en enskild entreprenör, men förhållandet mellan ett stort företag, med tillgång till personal med juridisk utbildning, och en liten kommun, kan utgöra en omvänd situation. Det har framkommit att principerna har en stor roll i avtalstolkningen, men om de ska uppfattas som en allmän kunskap för de som inte har en juridisk utbildning är oklart. I avhandlingen har det hänvisats till vissa fall som principerna är avgörande.

En annan sak som kan ha inverkan på för hur väl en tjänst utförs är användandet av underleverantörer. Det framgår som naturligt att den upphandlande enheten väljer sina leverantörer enligt de kriterier som ställs i upphandlingsannonsen, men leverantören har

i många fall rätt att använda sig av underleverantörer, som nog den upphandlande enheten ska godkänna, men som de inte själv har valt. Den mera underliga konstellationen enligt mig är att delta som en grupp i upphandlingsförfarandet i syfte att uppfylla kraven. Jag tog upp de missförhållande som kunde uppstå genom denna sammanslagning och erfarenhetskravet var det som fick mig att reagera mest på. Om flera tillsammans uppnår den erforderliga erfarenheten, kan dessa överhuvudtaget arbeta skilt för sig, kan erfarenheten överföras på något sätt? Ansvarsfrågan bestäms i UpphL:s förarbete som ett solidariskt ansvar, men endast då man hade gått ihop i en grupp för att utnyttja andras kapacitet, i det här fallet den ekonomiska.

I längre avtalsförhållanden bör det hållas möten mellan den upphandlande enheten och tjänsteleverantören och antagligen är ingen tjänst helt statisk, det tillkommer ny information och nya metoder under avtalets löptid. Den nya informationen som beställaren får, måste dokumenteras och ändringarna i tjänsten bör då ge ett mervärde för att inte upphandlingsdeltagarnas likvärdiga behandling ska bli lidande. Detta för att inte tänja på gränsen för tjänstens minimikrav, men ändringarna i tjänsten måste hållas inom de ramar att de inte kan uppfattas som en väsentlig ändring av avtalet. Under ett långt upphandlingskontrakts löptid, kan det högst troligen uppstå situationer där olika arbetsmetoder långsamt förändras, för att efter en lång tidsperiod inte motsvara helt det som avtalats om, men som ingen egentligen reagerar på eftersom övergången har varit långsam och omärkbar.

En fråga som väcks är att hur mycket extra information ”lönar” det sig för leverantören att ge? I avhandlingen har det kommit fram att all information som ges, blir gällande. En leverantör som är med i en upphandling vill ju naturligtvis vara den som blir vald, få ett bra avtal som täcker de ekonomiska utgifterna och dessutom genererar vinst. Det kunde vara för leverantören viktigt fundera på vilka egenskaper och metoder som en tjänst anges innehålla utanför det som angetts i anbudsfrågan. Var går gränsen för hur innovativ²²⁹ man anger sig vara eller hur nära anbudsfrågan bör man erbjuda sina tjänster? Det är knappast lätt att hitta den riktiga förhållande mellan erbjuden tjänst – att väljas – få det bästa möjliga ekonomiska resultatet. En tjänst som däremot lockar få deltagare i

²²⁹ Innovativ definieras enligt UpphL 1397/2016 4 § 1 mom. 20 punkten som “[...] förverkligande av en ny eller väsentligt förbättrad vara, tjänst eller process [...]”.

upphandlingsförfarandet, gör att det antagligen inte krävs många tilläggsegenskaper för att bli vald och kan de tilläggsegenskaper som man har valt att hålla för sig själv, senare ge mervärde och eventuella bonus eller andra incitament?

Jag tar ännu upp en språkfråga och hänvisar till JYSE:s paragraf om språk som används vid produktion av tjänst och nu i detta fall i fråga om integrationsutbildningen för invandrare. I projektet "Delaktig i Finland", som samordnats av arbets- och näringsministeriet, gjordes det under åren 2011 - 2013 en undersökning om invandrare som gällde alla ålderskategorier och livssituationer i en- och tvåspråkiga kommuner. Det undersöktes även de befintliga språkkunskaperna, familjebanden, eventuella kontakter till de övriga nordiska länderna samt om personen tidigare eller i framtiden har bott eller kommer att bosätta sig i ett svenskspråkigt område i Finland eller i övriga Norden. Resultatet av undersökningen visade på att myndigheterna inte tillräckligt kunde identifiera behoven hos dem som integreras på svenska, vilket berodde på kunskapsbrist och strukturella problem i myndighetsarbetet. I fråga om upphandlingar av integrationsutbildning har storleken av grupperna gjorts för stora för att utbildningen ska överhuvudtaget bli av. Det konstateras även att enligt lagen har NTM-centralerna inte skyldighet att köpa svenskspråkig utbildning, det handlar inte om en subjektiv rätt för kunden till servicen.²³⁰ Jag vill med denna iakttagelse kommentera vad jag tidigare i stycket 5.4.5 skriver om vad Halonen säger att språket tas med i JYSE för att inte glömmas bort. I en situation där myndigheterna inte upptäcker behovet, gör att man inte ens kommer fram till ett behov av upphandling.

²³⁰ Statsrådets kansli (2017), s. 127 f.

KÄLLOR

LITTERATUR

Aarto, Markus, Aho, Tuomas, Regelin, Juha, Uotila, Jaakko & Vatanen, Tuomo (2009), *Hankintasopimus, Käytännön käsikirja*. Helsinki: Edita.

Arbets- och näringsministeriet (2017), *Handledning till socialt ansvarsfull upphandling*. ANM guide och övriga publikationer 13/2017.

Bengtsson, Bertil (2013), *Offentliga tjänster i civilrättsligt perspektiv*. Stockholm: Nordstedts juridik.

Bergman, Isa-Maria, Kirsi-Maria Halonen, Kestilä Iiris, Lahti, Essi, Ojala, Elina, Pyykkönen, Jussi, Sammalmaa, Johanna & Urho, Matti (2018), *Innovatiiviset menettelyt biotalouden ja puhtaiden ratkaisujen hankinnoissa*. Valtioneuvoston selvitys- ja tutkimustoiminnan julkaisusarja 62/2018.

Castrén, Martina (2014), *Hankintasopimuksen muuttamisen sallittavuus*. Defensor Legis 3/2014.

Eskola, Saila, Kiviniemi, Eeva, Krakau, Tarja & Ruohoniemi, Erkko (2017): *Julkiset hankinnat*. Helsinki: Alma Talent.

Finansministeriet (2017), *Valtion hankintakäsikirja 2017*. Helsinki: Valtiovarainministeriö.

Forsgård, Helena (15.2.2015), "Estniska sjömän tar över när Åland flaggar ut". *Hufvudstadsbladet*.

Hakalehto-Wainio, Suvianna (2010), *Det offentliga samfundets skadeståndsansvar*. Utredningar och anvisningar, Justitieministeriet, 59/2010.

Halila, Heikki, Hemmo, Mika (2008), *Sopimustyytit*. Helsinki: Talentum.

Halonen, Kirsi-Maria (2010a), *Julkisten hankintojen yleiset sopimusehdot (JYSE 2009 TAVARAT JA PALVELUT)*. Helsinki: Edita.

Halonen Kirsi-Maria (2010b), *Julkisten hankintojen uudet yleiset sopimusehdot palveluhankinnoissa – palvelun laatu ja laadun valvonta*. Edilex 2010/42.

Halonen, Kirsi-Maria (2013), *Alihankkijat soveltuvuusvaatimuksen täyttäjinä julkisissa hankinnoissa*. Oikeustieto 5/2013.

Hellner, Jan (2011), *Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 2 häftet*. Allmänna ämnen. Visby: Nordstedts Juridik AB.

Hemmo, Mika (2005), *Sopimusoikeus III*, Helsinki: Talentum.

Hemmo, Mika (2007), *Sopimusoikeus I*, Helsinki: Talentum.

Hemmo, Mika (2011), *Sopimusoikeus II*, Helsinki: Talentum.

Institutet för hälsa och välfärd (2012): *Kilpailutus sosiaali- ja terveystalvueluissa*. Tampere. ISBN 978-952-245-723-3.

Knuutinen Mikko (2014), *Välimesmenettelyn käyttöala viranomaisten sopimuksissa*. Edilex 2014/22.

Kuokkanen, Katja (2018): *Kela päätti purkaa kyytisopimuksensa*. Helsingin sanomat 17.10.2018, s. A19.

Kurkela, Matti S. (2010): *Globalisoitunut sopimuskäytäntö ja sopimusoikeudelliset periaatteet*. Edilex kirjat.

Madell, Tom (2000): *Avtal mellan kommuner och enskilda. Avtalslut och rättsverkningar*. Stockholm: Norstedts.

Munukka, Jori: *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, SvJT 2010.

Peczenik Aleksander (2005): *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005.

Pekkala, Elise & Pohjonen, Mika (2015): *Hankintojen kilpailuttaminen ja sopimusehdot*. Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pekkala, Elise, Pohjonen, Mika, Huikko, Katariina & Ukkola, Markus (2017): *Hankintojen kilpailuttaminen*, Helsinki: Tietosanoma Oy.

Pöykkylä, Panu (2010): *Tarjoajan ominaisuudet vertailuperusteena julkisissa hankinnoissa*. Edilex 2010/34

Saarnilehto, Ari (2009): *Sopimusoikeuden perusteet*, Helsinki: Talentum.

Saarnilehto, Ari (2015): *Lyhyesti kolmesta hovioikeusratkaisusta*, Oikeustieto 2015/3.

Sandgren, Claes (2009): *Vad är rättsvetenskap?* Stockholm: Jure Förlag Ab.

Sandvik, Björn (2004): *Säljarens kontrollansvar: skadeståndsansvarets grund och omfattning enligt köplagen och CISG*. Åbo: Åbo Akademis förlag.

Sandvik, Björn (2011): *Rådighetsfel vid köp av lös egendom – särbehandling eller inte?* JFT 1/2011.

Sandvik, Björn (2014): *Voidaanko kontrollivastuuta pitää sopimusoikeuden yleisenä periaatteena? Kontrollivastuun kehitys ja asema sopimusoikeuden järjestelmässä*. Lakimies 5/2014.

Statsrådets kansli (2017): *Regeringens berättelse om tillämpningen av språklagstiftningen 2017*, Regeringens publikationsserie 9/2017.

Sutela, Marja (2003), *Sosiaali- ja terveystalouden ulkoistaminen. Oikeudelliset reunaehdot*. Helsinki: Edita Prima Oy. Edilex kirjat.

Särkkä, Minni, Rantakari, Lauri & Jarva, Senja (2009): *Palvelujen hankinnat julkisella sektorilla- kyselytutkimuksen tulokset*. Teknillisen korkeakoulun HEMA Instituutin julkaisuja nro 16.

Taponen, Suvituulia (2018): *Ulkoistetun palvelutuotannon riskien johtaminen*, Edilex artikkeli julkaistu 30.1.2018.

Valtiontalouden tarkastusvirasto (2017): *Tuloksellisuustarkastuskertomus. Julkisten hankintojen innovatiiviset toimintamallit*. Valtiontalouden tarkastusviraston tarkastuskertomukset 8/2017. Helsinki 2017.

Virtanen Jenny (2007): *Asiantuntijan huolellisuusvelvoitteista*. Oikeustieto 2007/4.

Voutilainen, Tomi & Kurvinen, Evgeniya (2015): *Kuntien tietohallinnon järjestäminen – vastuut ja rajoitteet ulkoistamisessa*, Edilex 2015/19.

Wilhelmsson, Thomas, Sevón Leif & Koskelo Pauliine (2006): *Kauppalain pääkohdat*, Alma Talent, 2006.

Finlands författningssamling

Elmarknadslag 9.8.2013/588

Finlands grundlag 11.6.1999/731

Förvaltningslag 6.6.2003/434

Hälso- och sjukvårdslag 30.12.2010/1326

Jordabalk 12.4.1995/540

Konsumentskyddslag 20.1.1978/38

Köplag 27.3.1987/355

Lag om fordonsbesiktningsverksamhet 13.12.2013/957

Lag om offentlig upphandling och koncession 29.12.2016/1397

Lag om offentlig upphandling (upphävd) 30.3.2007/348

Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet 21.5.1999/621
Lag om privata säkerhetstjänster 21.8.2015/1085
Lag om privat hälso- och sjukvård 9.2.1990/152
Lag om privat socialservice 22.7.2011/922
Lag om reglering av avtalsvillkor mellan näringsidkare 3.12.1993/1062
Lag om rättshandlingar på förmögenhetsrättens område 13.6.1929/228
Lag om skiljeförfarande 23.10.1992/967
Lag om småbarnspedagogik 13.7.2018/540
Lag om stödjande av den äldre befolkningens funktionsförmåga och om social- och hälsovårdstjänster för äldre 28.12.2012/980
Lag om yrkesutbildade personer inom hälso- och sjukvården 28.6.1994/559
Skadeståndslag 31.5.1974/412
Språklag 6.6.2003/423

Direktiv och internationell lag

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

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

Regeringspropositioner

HE 93/1986 vp, Hallituksen esitys Eduskunnalle kauppalaiksi.

RP 360/1992 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av konsumentskyddslagen och vissa lagar som har samband med den.

RP 1/1998 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till ny Regeringsform för Finland.

RP 162/1998 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om ändring av elmarknadslagen.

RP 72/2002 rd , Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till förvaltningslag och till lag om ändring av förvaltningsprocesslagen.

RP 50/2006 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster.

RP 190/2009 rd, Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen.

RP 20/2013 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till ändring av lagstiftningen om el- och naturgasmarknaden.

RP 108/2016 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet.

RP 161/2016 rd, Regeringens proposition till riksdagen med förslag till transportbalk och till vissa lagar som har samband med den.

UNIDROIT: UNIDROIT Principles of international commercial contracts, Rome 2016

Källor på internet

Almark, Minna (2013): *Missnöje med idrottsplanen i Ingå.*

Yle: <http://svenska.yle.fi/artikel/2013/06/18/missnoje-med-idrottsplanen-i-inga>
(hämtat 16.2.2015)

Arbets- och näringsministeriet: *Pk-yritysten osallistuminen, kokemukset ja näkemykset julkisissa hankinnoissa.* Kilpailukyky 54/2014.

<https://tem.fi/documents/1410877/2859687/Pk-yritysten%20osallistuminen%20kokemukset%20ja%20nakemykset%20julkisissa%20hankinnoissa%2015012015.pdf/152ca2f6-1c0c-4351-8fd5-9b312f78ae0c>
(hämtat 19.8.2018).

Blencowe, Annette (2018): *Kela mätkäisi 10 000 euron sopimussakot kolmelle taksikeskukselle – syynä muun muassa ruuhkat puhelinpalveluissa ja taksien myöhästymiset.*

Yle: <https://yle.fi/uutiset/3-10381663> (hämtat 15.3.2019).

Blomqvist, Jonas (2019): *Samlingspartiet viker sig – redo att diskutera 0,7 vårdare per äldre.*

Yle: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/05/samlingspartiet-viker-sig-redo-att-diskutera-0-7-vardare-per-aldre> (hämtat 10.2.2019).

Blomqvist, Petter (2017): *Personer med funktionsnedsättning får sämre service på svenska när staden köper tjänster.* Yle:

<https://svenska.yle.fi/artikel/2017/12/20/personer-med-funktionsnedsattning-far-samre-service-pa-svenska-nar-stader-koper> (hämtat 20.8.2018).

Ekman, Karl & Sydorw, Gabriella & Svartz, Sebastian (2016): *Avtalsbrott, reklamationer och påföljder.* Kammarkollegiet.

avtalsbrott, reklamationer och påföljder-avropa.se (hämtat 15.8.2018).

Finansministeriet (2009): *JYSE 2009 TJÄNSTER. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster.*

https://vm.fi/documents/10623/1169934/JYSE_2009_tjaenster.pdf/9ff95d6a-d052-4c09-9ab7-3d97763c17a6/JYSE_2009_tjaenster.pdf.pdf (hämtat 15.8.2018)

Finansministeriet (2015): *JYSE 2014 TJÄNSTER. Allmänna avtalsvillkor för offentlig upphandling av tjänster.*

<https://vm.fi/documents/10623/1169934/JYSE+2014+TJÄNSTER+sv.pdf/bde02d26-b78b-490c-a74b-f128f11db3f9/JYSE+2014+TJÄNSTER+sv.pdf.pdf> (hämtat 3.7.2018)

JHS-rekommendationerna för den offentliga förvaltningen (2007): *JHS 166 Julkishallinnon IT-sopimusehdot (JIT 2007) julkaistu.*

www.jhs-suositukset.fi/web/guest/jhs/news/jhs166 (hämtat 11.2.2019).

JHS-rekommendationerna för den offentliga förvaltningen (2018): *JHS 166*

Avtalsvillkor för IT-upphandlingar inom den offentliga sektorn.

docs.jhs-suositukset.fi/jhs-suositukset/JHS166_liite5/JHS166_liite5.pdf

(hämtat 11.2.2019).

Konkurrens- och konsumentverket. *Päätös*, Dnro KKV/685/14.00.60/2017

<https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ratkaisut-aloitteet->

[lausunnot/ratkaisut/kilpailuasiat/2018/hankintojen-valvonta/r-2017-60-0685.pdf](https://www.kkv.fi/globalassets/kkv-suomi/ratkaisut-aloitteet-lausunnot/ratkaisut/kilpailuasiat/2018/hankintojen-valvonta/r-2017-60-0685.pdf)

(hämtat 9.8.2018).

von Kraemer, Maria & Björkqvist, Anna (2019): *Oklarheter vid Attendos vårdhem*

Pelimanni i Alavo – sex dödsfall utreds.

Yle: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/08/oklarheter-vid-attendos-varnhem->

[pelimanni-i-alavo-sex-dodsfall-utreds](https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/08/oklarheter-vid-attendos-varnhem-pelimanni-i-alavo-sex-dodsfall-utreds) (hämtat 10.2.2019).

Langh, Sara (2019): *Nu medger Esperi Care brister i vården på Ulrika-hemmet i*

Kristinestad. Yle: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/26/nu-medger-esperi-care->

[brister-i-varden-pa-ulrika-hemmet-i-kristinestad](https://svenska.yle.fi/artikel/2019/01/26/nu-medger-esperi-care-brister-i-varden-pa-ulrika-hemmet-i-kristinestad) (hämtat 2.3.2019).

Rådgivningsenheten för offentlig upphandling (2016).

<https://www.upphandling.fi/> (hämtat 10.5.2018).

Savonius, Anna (2019): *Professor: Omförhandla 15 år långa avtal inom äldre vården*

om de inte fungerar.

Yle: <https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/15/professor-omforhandla-15-ar-langa-avtal->

[inom-aldrevarden-om-de-inte-fungerar](https://svenska.yle.fi/artikel/2019/02/15/professor-omforhandla-15-ar-langa-avtal-inom-aldrevarden-om-de-inte-fungerar) (hämtat 22.2.2019).

Sundström, Jonas (2014): *Konsulter hjälper Inga med upphandlingar.*

<http://svenska.yle.fi/artikel/2014/10/21/konsulter-hjalper-inga-med-upphandlingar>

(hämtat 26.2.2015).

Työ- ja elinkeinoministeriö: *Hankintalain kokonaisuudistuksen valmisteluryhmän mietintö. 37/2015*

https://www-edilex-fi.ezproxy.vasa.abo.fi/ministerioiden_julkaisut/15231.pdf

(17.4.2018).

Utbildningsstyrelsen (2014), *Tarjouspyyntö, EU-kynnysarvon ylittävä hankinta. Opetushallituksen painopalvelujen hankinta. Dnro 25/021/2014*

http://www.oph.fi/download/162806_Tarjouspyynto_Painopalvelut.pdf

(hämtat 16.3.2015).

Valtonen, Minna & Asplund, Bubi (2015): *Ingå vill ha lokala företag på jobb.*

<http://svenska.yle.fi/artikel/2015/02/19/inga-vill-ha-lokala-foretag-pa-jobb> (hämtat

16.2.2015).

Västnyland, (2007), *YIT övertar den tekniska servicen i Ingå.*

<http://svenska.yle.fi/artikel/2007/11/02/yit-overtar-den-tekniska-servicen-i-inga>

(hämtat 26.2.2015).

Ålands landskapsregering (2016a): *Protokoll nr 63. Protokoll fört vid enskild föredragning. Infrastrukturavdelningen, trafikbyrån.*

<http://www.regeringen.ax/sites/www.regeringen.ax/files/attachments/protocol/nr63-2016-enskild-i2.pdf> (11.5.2018).

Ålands landskapsregering (2016b): *ÅLR 2016/6823. Avtal. Krossning av returafalt.*

http://www.regeringen.ax/sites/www.regeringen.ax/files/attachments/procurement/avtal_.pdf (10.5.2018).

Rättsfall**Europeiska unionens domstol**

pressetext Nachrichtenagentur GmbH v. Republik Österreich (Bund), mål C454/06

Finn Frogne A/S v. Rigspolitiet ved Center for Beredskabskommunikation, mål 549/14

Forsposta SA och ABC Direct Contact sp. z.o.o. v. Poczta Polska SA, mål C-465/11

Finland**Högsta domstolen**

HD:1993:130

HD:1997:32

HD:1999:80

HD:1998:75

HD:2003:26

HD:2008:16

HD:2008:57

HD:2013:19

HD:2018:38

Högsta förvaltningsdomstolen

HFD 22.12.2017/6710

HFD 27.1.2017/315

HFD 2013:165

HFD 25.5.2009/1294

Hovrätten

Vasa HovR 3.10.2014 480

Vasa HovR 12.1.2015 13

Rovaniemi HovR 9.6.2006 05/989

Åbo HovR 6.7.2015 669

Marknadsdomstolen

MD:328/09

MD:525-526/11

MD:676/17

Sverige**Högsta domstolen**

NJA 1999 s. 71

NJA 2008 s. 1158

NJA 2009 s. 672

NJA 2013 s. 1174

NJA 2014 s. 798

Hovrätten över Skåne och Blekinge

Dom 2014-04-30, mål nr T 536-13

Göta hovrätt

Dom 2015-10-21, mål nr T 1447-14