

Tolkning av upphandlade avtal

Av docenten TOBIAS INDÉN¹ och professor TOM MADELL²

Avtal kan innehålla otydligheter som gör att det blir nödvändigt med en tolkning. De kan också vara ofullständiga på ett sätt som gör att de måste fyllas ut med lagbestämmelser. Det här gäller givetvis även avtal som slutits efter att beslut om kontraktstilldelning fattats efter en genomförd offentlig upphandling. Varken upphandlingsdirektiven eller den svenska lagstiftningen tar ställning i frågan om hur parternas ömsesidiga förpliktelser i dessa fall ska tolkas. Frågan får bedömas genom en tolkning av avtalet och med tillämpning av de sedvanliga tolkningsprinciperna. Artikeln syftar till att analysera hur dessa tolkningsprinciper bör tillämpas vid tolkning av upphandlade avtal.

1 Introduktion

Den offentliga upphandlingen i Sverige omsätter årligen över 900 miljarder kr, vilket motsvarar omkring 18 procent av Sveriges samlade bruttonationalprodukt,³ och under år 2022 annonserades drygt 17 000 upphandlingar.⁴ Den offentliga upphandlingen utgör således en viktig del av den svenska ekonomin och omfattas också av ett extensivt regelverk. För svensk del är det främst lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) samt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) som styr den offentliga upphandlingen.⁵

Utgångspunkten är emellertid att det upphandlingsrättsliga regelverket endast styr hur upphandlande organisationer ska agera då ett kontrakt ska tilldelas, det vill säga själva förfarandet när det offentliga ska välja ut en eller flera avtalsparter för att tillhandahålla varor, tjänster och byggtreprenader. När ett upphandlat kontrakt väl är under-tecknat finns det få regler i upphandlingslagstiftningen som explicit styr parterna, deras relation förväntas i stället vara omsorgsfullt reglerat i det upphandlade avtalet.

Den offentliga sektorn tilldelar varje år ett stort antal kontrakt efter genomförd upphandling, samtidigt som kontrakten kan röra allt från mindre och enklare varuleveranser till omfattande och komplexa

¹ Institutionen för rättsvetenskap, Linnéuniversitet. Artikeln är en del i forskningsprojektet Koncessioner i allmänhetens tjänst — Statsstödsrättsliga och upphandlingsrättsliga utmaningar som finansierats av Konkurrensverket.

² Juridiska institutionen, Umeå universitet.

³ Se <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/nyheter/2024/vardet-av-den-offentliga-upphandlingen-fortsatter-att-oka/>, hämtad 2024-10-17.

⁴ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/statistik/upphandlingsstatistik/statistik-om-annonserade-upphandlingar-i-sverige-2022/upphandlade-avtal-for-270-miljarder-kronor-2022/>, 2024-09-17.

⁵ I sammanhanget ska också nämnas att lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUF5, inte berörs vidare i föreliggande artikel.

kontrakt rörande sammanblandningar av varor, tjänster och byggentreprenader. Storleken på och kunskapen inom de upphandlande myndigheterna och enheterna varierar, vilket också innebär att de kan ha helt olika förutsättningar för att genomföra upphandlingen. Det är därför inte långsökt att utgå från att de efterföljande avtal som ingås är av skiftande kvalitet, inte minst vad gäller tydlighet. Det finns också skäl att tro att myndigheterna i vissa fall frestas att använda tidigare använda avtal som mallar, även om de har använts vid upphandling av en annan vara eller tjänst. Precis som i många andra sammanhang kan det när en upphandling väl genomförts och parterna ska prestera enligt ett ingånget avtal också uppstå frågetecken om hur själva avtalet ska tolkas.

Till följd av de ingående regler som reglerar en upphandlande myndighets kontraktstilldelning är det naturligt att det också är upphandlare inom den upphandlande myndigheten som i större eller mindre utsträckning utformar avtalen, medan en annan del av myndigheten eller beställaren har att tillämpa själva avtalet tillsammans med den eller de leverantörer som har valts ut. Att själva avtalsdelen på så sätt kan ses som delvis separerad från själva upphandlingsförfarandet kan därför också medföra att det kan uppstå problem om avtalet i något avseende avviker från vad som framgick av upphandlingsdokumenten eller om det finns andra oklarheter avseende parternas respektive skyldigheter.

Varken upphandlingsdirektiven eller den svenska lagstiftningen tar ställning i frågan om parternas ömsesidiga förpliktelser vid avtal som slutits efter ett upphandlingsförfarande. Avtalsrättsliga frågor får enligt förarbetena regleras i det specifika avtalet och med tillämpning av allmänna avtalsrättsliga regler.⁶ Frågan blir därför hur tolkningen av upphandlade avtal ska gå till eller vilka av de generella tolkningsprinciperna som kan användas. Eftersom själva avtalet inte omfattas av det upphandlingsrättsliga regelverket får man i de fall det uppstår frågor om vad som egentligen följer av avtalet i stället falla tillbaka på de i den allmänna avtalsrätten erkända tolkningsprinciperna. Det finns en rik flora av utgångspunkter för hur den allmänna avtalstolkningen ska genomföras och det är heller inte alltid tydligt hur tolkningen i ett konkret fall har gått till.⁷

I det följande ska några av de allmänna avtalsrättsliga tolkningsprinciperna analyseras ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Syftet är att belysa i vilken utsträckning de allmänna tolkningsprinciperna är tillämpliga när det handlar om att tolka upphandlade avtal.

2 Bakgrunden till den offentliga upphandlingen och de upphandlingsrättsliga principerna

I och med att det inte finns några explicita regler i upphandlingslagstiftningen som reglerar hur upphandlade avtal ska tolkas måste

⁶ Se prop. 2015/16:195, s. 513 f.

⁷ Se närmare Ramberg och Ramberg, Allmän avtalsrätt, 2022, s. 169 f.

ledning sökas i de principer som utvecklats inom den allmänna avtalsrätten när man ska tolka avtalsinnehållet. Det har tidigare även anförts att tolkningen av avtal som slutits inom ramen för det offentlighetsreglerade regelverket också måste tolkas mot bakgrund av de regler som medger ett sådant avtalsslutande.⁸ Möjligen gäller detsamma för tolkningen av upphandlade avtal.

Kanske kan en tolkning därför inte göras helt fristående från syftet med den upphandlingsrättsliga regleringen i allmänhet och de upphandlingsrättsliga principerna i synnerhet. Det finns därmed anledning att i sammanhanget kort beskriva syftet med den upphandlingsrättsliga regelverket och de principer som är styrande för den offentliga upphandlingen. Dessa principer kan nämligen komma att sätta vissa yttre ramar för avtalstolkningen. Det är inte endast de allmänna upphandlingsrättsliga principerna som kan sätta en yttre ram för tolkningen, även reglerna i exempelvis 17 kap. LOU — som styr i vilken utsträckning ett kontrakt kan ändras — kan sätta ramar för hur långtgående en tolkning av avtalsinnehållet kan vara.

2.1 Syftet med upphandlingsregleringen

Av skäl 1 i direktiv 2014/24/EU — som reglerar upphandlingar inom den klassiska sektorn — följer att den offentliga upphandlingen måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget), särskilt om fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav, bl.a. om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet. Dessutom anges det att det för offentliga kontrakt över ett visst värde bör finnas bestämmelser om samordning av nationella upphandlingsförfaranden för att se till att principerna omsätts i praktiken och för att säkerställa att offentlig upphandling öppnas för konkurrens.

För att säkerställa att den offentliga upphandlingen inom EU — oavsett om det handlar om varor, tjänster eller byggentreprenader, upphandlingar inom de så kallade försörjningssektorerna eller upphandling av koncessioner — följer samma principer och för att skapa förutsättningar för offentliga inköp under konkurrensmässiga förhållanden finns det därför ett tämligen detaljerat regelverk i form av flera direktiv, vilka det åligger medlemsstaterna att använda som utgångspunkt då de själva reglerar den offentliga upphandlingen. Följaktligen är EU:s medlemsstater tvingade att reglera den offentliga upphandlingen på ett sätt som medför att de krav som följer av EU:s olika upphandlingsdirektiv tillgodoses. För svensk del görs detta genom de bestämmelser som återfinns i LOU, LUF, LUK och LUFFS.

⁸ Jfr Madell, *Det allmänna som avtalspart*, 1998, s. 115 och 117.

2.2 *De upphandlingsrättsliga principerna*

Den svenska upphandlingslagstiftningen, inte minst i form av LOU, LUF och LUK, innehåller ett detaljerat regelverk som upphandlande myndigheter och enheter som utgångspunkt måste förhålla sig till då man ska välja ut en eller flera avtalsparter. Det handlar om allt från hur annonseringen ska genomföras, hur lång tid anbudsgivarna ska ha på sig att lämna sina anbud till vilken typ av tekniska krav upphandlande myndigheter eller enheter kan använda sig av. Av de olika lagarna följer också att upphandlande myndigheter och enheter måste beakta olika upphandlingsrättsliga principer — och det är i mångt och mycket de principerna som ger upphandlingsrätten ett innehåll. Exempelvis saknas det i många avseenden regler som styr vilka krav en upphandlande myndighet kan ställa på en produkt, såsom krav på begränsad miljöpåverkan — vilket däremot inte innebär att det är fritt fram för den upphandlande myndigheten eller enheten att ställa vilka krav man vill — de krav som ställs måste nämligen vara förenliga med exempelvis principen om proportionalitet.

De upphandlingsrättsliga principer som måste beaktas regleras i 4 kap. 1 § i såväl LOU, LUF som LUK. Av respektive bestämmelse följer att upphandlande myndigheter och enheter: "[...] ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet."

Samtliga upphandlingsrättsliga principer har som direkt eller indirekt syfte att säkra vad som kan kallas en effektiv konkurrens, men i fråga om principerna om likabehandling och öppenhet är detta extra tydligt. Den upphandlande myndigheten eller enheten får därför inte begränsa olika företags möjligheter att på lika villkor komma i beaktande som leverantörer i samband med offentliga upphandlingar.

Likabehandlingsprincipen, som är ett utflöde av icke-diskrimineringsprincipen, innebär att alla potentiella leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar, varför alla upphandlingar ska kännetecknas av konkurrensneutralitet på så sätt att ingen leverantör ska få fördelar framför andra. I praktiken innebär principen att alla leverantörer ska ges tillgång till samma information. Likabehandlingsprincipen innebär också att alla potentiella leverantörer ska behandlas lika utifrån de förutsättningar som gäller för den aktuella upphandlingen enligt upphandlingsdokumenten.

Likabehandlingsprincipen aktualiseras också i förhållandet mellan de leverantörer som lämnar anbud och de potentiella leverantörer som utifrån annonsen eller förfrågningsunderlaget valt att inte delta i den aktuella upphandlingen. Eftersom den information som den upphandlande myndigheten eller enheten lämnar redan i annonsen eller upphandlingsdokumenten får anses vara handlingsdirigerande för potentiella leverantörer, får den upphandlande myndigheten eller

enheten endast göra förändringar i förhållande till annonsen eller upphandlingsdokumenten om ändringarna rimligen inte skulle ha påverkat leverantörernas beslut att delta i själva upphandlingen. Exempelvis kan en mindre förändring av kvantiteten varor som efterfrågas möjligtvis accepteras; men endast under förutsättning att det rör sig om en i sammanhanget oväsentlig förändring för de potentiella leverantörernas värdering av om de ska delta i upphandlingen eller inte.

Upphandlingsförfarandena som sådana kan ses som ett försök att uppfylla de krav som följer av principen om öppenhet och därmed som en förutsättning för att alla potentiella leverantörer verkligen ska kunna tillförsäkras en behandling i enlighet med likabehandlingsprincipen. Öppenhet i upphandlingsprocessen ska följaktligen säkra att alla potentiella leverantörer får samma information om vad den upphandlande myndigheten eller enheten efterfrågar, hur upphandlingen ska gå till och vad myndigheten eller enheten har för avsikt att fästa hänsyn vid då den ska göra sitt val av leverantör. Majoriteten av de upphandlingsärenden som når förvaltningsdomstolarna rör också just principerna om likabehandling och öppenhet — oavsett vilken bestämmelse i LOU, LUF respektive LUK som den upphandlande myndigheten eller enheten påstått ha brutit mot.

2.3 Möjligheten att genomföra förändringar i tilldelade kontrakt

I vilken utsträckning ett upphandlat kontrakt kan ändras framgår av 17 kap. LOU, 16 kap. LUF respektive 14 kap. LUK. Av bestämmelserna i de olika lagarna framgår att ändringar får göras om det rör sig om en ändring som omfattas av särskilda regler, såsom regler som medger ändringar för det fall det finns ändrings- eller optionsklausuler i ett kontrakt, eller regler som medger vissa tilläggsbeställningar. I sammanhanget är det däremot de bestämmelser som stadgar att generella ändringar, det vill säga sådana typer av ändringar som inte är särskilt reglerade, inte får ske som förtjänar uppmärksamhet. Det följer nämligen av de ovan nämnda kapitlen att ett kontrakt även kan ändras i andra avseenden, under förutsättning att ändringen inte är väsentlig.

Utgångspunkten är enligt 17 kap. 8–14 §§ LOU att upphandlade avtal som huvudregel inte får ändras utan en ny upphandling, och regleringen är uttömmande.⁹ Enligt 17 kap. 10 § LOU får ett kontrakt eller ett ramavtal emellertid ändras i enlighet med en ändrings- eller optionsklausul utan att en ny upphandling behöver genomföras, om kontraktets eller ramavtalets övergripande karaktär inte ändras och klausulen har angetts i något av upphandlingsdokumenten i den ursprungliga upphandlingen, klart, exakt och entydigt beskriver under vilka förutsättningar den kan tillämpas, och anger omfattningen och arten av ändringarna som kan komma att göras.

En upphandlande myndighet kan använda möjligheten att göra vissa ändringar, även väsentliga sådana, av kontraktet efter tilldelningen av

⁹ Se prop. 2015/16:195, s. 850.

detsamma, under förutsättning att detta anges av myndigheten i de dokument som reglerar upphandlingsförfarandet. På så sätt säkerställs att samtliga ekonomiska aktörer som är intresserade av att delta i upphandlingen också får kännedom om detta redan från början och således behandlas lika när de utformar sina anbud.¹⁰

I HFD 2016 ref. 85 konstaterade Högsta förvaltningsdomstolen att likabehandlingsprincipen är av avgörande betydelse vid offentlig upphandling för vilka ändringar som kan ske av ett avtalsinnehåll under avtalstiden. I det i målet aktuella avtalet fanns en uttrycklig klausul om prisjustering. Klausulen fanns med också i det avtal som ingick i förfrågningsunderlaget och angav att en prisjustering kunde komma att ske vid förlängning av avtalet och därefter en gång per år samt att båda parter kunde påkalla en sådan prisändring. Bestämmelsen omfattade enligt sin ordalydelse alltså såväl prishöjningar som prissänkningar. Den prissänkning som skedde vid förlängningen av avtalet mellan landstinget och Apoteket hade därmed stöd i avtalet och samtliga leverantörer hade redan från början kännedom om att prisjusteringar kunde ske under avtalstiden. Det saknades därmed grund för att ogiltigförklara förlängningen av avtalet och HFD avsåg därför överklagandet.

Möjligheterna till ändring av kontrakt under avtalstiden är alltså begränsade eftersom en alltför långtgående justering riskerar att bryta mot flera av de centrala principer som omgärdar den offentliga upphandlingen, inte minst i fråga om likabehandling och öppenhet. Även om frågan om ändringar av avtal givetvis inte är densamma som tolkningen av ett avtal, visar den ändå på att utrymmet för att tolka ett avtalsinnehåll ur ett upphandlingsperspektiv knappast är hur långtgående som helst. En tolkning som skulle kunna leda till att avtalet väsentligen förändras skulle enligt upphandlingsrättsliga regler inte accepteras utan att det föregås av en ny upphandling. Samtidigt, om ett slutet avtal är så otydligt att tolkningen av det samma leder till en väsentlig förändring av det upphandlade kontraktet är det också rimligt att upphandlingen får göras om.

3 Avtalstolkning

Av de grundläggande upphandlingsprinciperna följer alltså att ingen leverantör i samband med offentlig upphandling ska ges fördelar framför andra leverantörer. För att uppfylla det kravet fordras att samtliga upphandlingsdokument och det kontrakt som är föremål för upphandlingen i fråga, är klara och tydliga. Trots det kan det självklart uppstå olika tolkningsfrågor i de avtal som reglerar villkoren mellan parterna. Som nämnts ovan är den gängse uppfattningen att sådana tolkningsfrågor som utgångspunkt ska bedömas enligt de principer som gäller vid all avtalstolkning. För att fastställa avtalsinnehållet ska det därför

¹⁰ Se exempelvis målen Wall (C-91/08, EU:C:2010:182), Presstext Nachrichtentagentur (C-454/06, EU:C:2008:351) och Finn Frogne (C-549/14, EU:C:2016:634).

göras en helhetsbedömning där hänsyn tas till en mängd olika faktorer, såsom avtalets ordalydelse, vad parterna sagt eller skrivit, parternas olika antaganden, avtalets syfte och systematik, hur parterna agerat under avtalsförhandlingarna, hur de agerat vid avtalets fullgörande, bakgrundsretten i form av lag, handelsbruk och branschpraxis samt skälighet.¹¹ Vi kommer nedan att redogöra lite närmare för de olika tolkningsprinciperna och vilken relevans de har för just upphandlade avtal. Man bör dock vid redogörelsen för rättspraxis ha i åtanke att det rör sig om bedömningar vid dispositiva tvistemål och att domstolarna i sin bedömning är bundna av hur parterna valt att föra sin talan.

3.1 Den gemensamma partsavsikten

Avtalstolkning syftar ofta till att försöka utröna vad parterna gemensamt har avsett med avtalet och den gemensamma partsavsikten eller olika viljeförklarings lydelse utgör många gånger den naturliga utgångspunkten vid traditionell avtalstolkning. Avtalets innehåll i form av olika rubrikers och enskilda avtalsklausulers lydelse kan ge konkreta ledtrådar för vad som kan anses vara den gemensamma partsavsikten. Andra faktorer som kan användas för att utröna den gemensamma partsavsikten är hur parterna diskuterat vid avtalets ingående.¹² Problemet vid en tvist är dock att det kan visa sig att avtalsparterna hade olika partsavsikter, exempelvis för att det har uppstått en fråga som ingen av parterna tänkte på vid avtalsslutandet eller för att de uppfattade något villkor i avtalet olika.

Vid upphandlade avtal, som dessutom ofta är ensidigt upprättade, kan det emellertid vara svårt att fastställa vad som utgör den gemensamma partsavsikten. De grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om exempelvis likabehandling och öppenhet bidrar till att det vid tolkningen av ett upphandlat kontrakt kanske inte ens går att tala om en gemensam partsavsikt. Förutsättningarna för tilldelning av kontraktet framgår många gånger av upphandlingsdokumenten, men med det sagt får vi heller inte glömma bort att det i flera situationer även vid offentlig upphandling finns en möjlighet för parterna att föra olika typer av förhandlingar för att komma fram till en för båda parter optimal lösning. Sådana situationer kan exempelvis uppkomma vid förhandlade upphandlingar med eller utan föregående annonsering enligt reglerna i 6 kap. 4–19 §§ LOU, vid konkurrenspräglad dialog enligt 6 kap. 20 och 21 §§ LOU eller enligt 19 a kap. LOU. Man kan också tänka sig att de frågor som en leverantör ställer avseende uppgifter i upphandlingsdokumenten och de svar eller förtydliganden som den upphandlande myndigheten ger skulle kunna uppfattas som en partsavsikt. Olika viljeförklarings skulle i dessa situationer kunna

¹¹ Se bl.a. Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 184. Se även rättsfallen NJA 2013 s. 271, p. 7, NJA 2014 s. 960, p. 22–24, NJA 2015 s. 862, p. 12, NJA 2018 s. 653, p. 19–21 och p. 25 samt Svea hovrätts dom 2024-06-04 i mål nr T 2474-23.

¹² Se närmare Adlercreutz, Gorton och Svensson, *Avtalsrätt II; Tolkning och utfyllning av avtal*, 2024, s. 90 ff., och där angiven litteratur och praxis.

komma att spela en viss betydelse för avtalstolkningen. Samtidigt leder de krav som finns på dokumentation under upphandlingsprocessen och förutsättningarna för tilldelningen av ett visst kontrakt till att det även här många gånger finns ett material som tydliggör syftet och intentionerna bakom den aktuella tilldelningen. Dessutom kan det bli det svårt att utläsa en gemensam partsavsikt för det fall att ett kontrakt, exempelvis ett ramavtal, har tilldelats flera olika leverantörer.

Partsavsikten innebär inte med nödvändighet att avtalet tolkas utifrån hur det framstått för andra leverantörer, men skulle det vara acceptabelt att fullt ut utgå från parternas vilja hade upphandlingen som sådan kunnat vara en chimär. Den upphandlande myndigheten eller enheten skulle nämligen, efter det att avtalet slutits, kunna välja att gynna en medkontrahent genom att villkoren i avtalet tolkas på ett för medkontrahenten gynnsamt sätt, med hänvisning till att en sådan tolkning ger uttryck för en gemensam partsavsikt.

Till följd av annonsering och upphandlingsdokument samt de formella regler som omgärdar offentlig upphandling, även vid olika typer av förhandlade inslag, torde det många gånger vara svårt att fastställa någon annan gemensam partsavsikt än den som framkommit genom upphandlingsprocessen. Till skillnad från traditionell avtalstolkning får den gemensamma partsavsikten därför anses spela en relativt svag roll för tolkningen av avtal som slutits efter ett genomfört upphandlingsförfarande. Därmed inte sagt att det får anses vara helt uteslutet att använda den.

3.2 Tolkning enligt ordalydelsen eller en objektiv tolkning

Ett avtals ordalydelse anses ofta vara en viktig utgångspunkt för att fastställa vad som egentligen är parternas gemensamma viljeförklaringar.¹³ Ordalydelsen ska i dessa fall tolkas såsom en normalt förnuftig person eller den gode domaren skulle ha förstått den.¹⁴ En sådan tolkning kan dock lätt bli lite för bokstavstrogen och rättsutvecklingen har gått mot en avtalstolkning som inte bara tar sikte på själva ordalydelsen utan även är inriktad mot avtalets systematik, ändamålet med avtalet samt ett större hänsynstagande till bakomliggande rättsregler. Ett sådant förhållningssätt underlättar också tolkningen om olika avtalsvillkor är motstridiga eller otydliga.¹⁵

Ett avtals ordalydelse kan därför inte ensamt anses vara avgörande för tolkningen. För upphandlade avtal torde ordalydelsen därför kunna spela en mindre central roll till följd av den rikliga mängd av övriga tolkningsdata som också kan läggas till grund för avtalstolkningen, även om ordalydelsen och de olika avtalsvillkoren givetvis utgör en del av underlaget. Se närmare nedan avsnitt 3.7.

¹³ Se exempelvis NJA 2021 s. 597, p. 12.

¹⁴ Se Lehrberg, *Avtalstolkning*, 2023, s. 119. Se även NJA 2020 s. 681, p. 14–15.

¹⁵ Se närmare Adlercreutz, Gorton och Svensson, *Avtalsrätt II; Tolkning och utfyllning av avtal*, 2024, s. 92 ff.

3.3 *Partsbruk, handelsbruk och standardavtal*

I sammanhanget finns det anledning att behandla dels huruvida partsbruk kan ligga till grund för hur avtalet ska tolkas, dels huruvida parternas beteende efter avtalsslutet kan beaktas då innebörden av en viss bestämmelse i ett upphandlat avtal ska fastställas.

Då partsbruk tar sikte på hur två parter tidigare agerat med anledning av avtal som parterna ingått, kan konstateras att innebörden av en bestämmelse i ett avtal kan skilja sig åt beroende på hur parterna agerat historiskt utan koppling till det avtal som är föremål för tolkning i ett enskilt fall. Ett sådant utfall är i regel oförenligt med de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och öppenhet. Om partsbruket däremot understöds av andra inslag i avtalstolkningen, som inte riskerar medföra att avtalet får ett annat innehåll än vad någon annan anbudsgivare hade kunnat utgå ifrån, torde det inte finnas något som hindrar att också partsbruk beaktas i samband med tolkningen av upphandlande avtal.

Motsvarande torde göra sig gällande i fråga om att lägga parternas handlande efter att ett avtal undertecknats till grund för tolkningen av ett upphandlat avtal. Skulle ett sådant agerande understödjas av andra inslag i avtalstolkningen torde det inte finnas något som hindrar att också parternas efterföljande beteende beaktas då innebörden av en bestämmelse i ett upphandlat avtal fastställs. Men skulle det vara så att parternas efterföljande handlande strider mot förutsättningarna för det upphandlande kontraktet skulle handlandet många gånger ses som oacceptabelt ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv om det rör sig om en väsentlig förändring som inte varit känd för de andra leverantörerna.

Handelsbruk skulle eventuellt kunna få viss betydelse inom offentlig upphandling inom vissa branscher där det finns en utvecklad praxis för vad som gäller. Samtidigt kan det vara svårt att slå fast vad som faktiskt utgör ett handelsbruk och hur etablerat det egentligen är.¹⁶ För att kunna få någon reell betydelse vid tolkning av upphandlande avtal bör de förutsättningar som följer av ett handelsbruk därför framgå redan i upphandlingsdokumenten — i synnerhet som en leverantör kan komma från ett annat EU-land där handelsbruket ser ut på ett annat sätt — för att det ska kunna ligga till grund för en tolkning av kontraktet.

Det är heller inte ovanligt att olika standardavtal används vid avtal som slutits efter offentlig upphandling, inte minst för att reglera ersättningsfrågor om så kallade ATA-arbeten (ändrings- och tilläggsarbeten samt avgående arbeten) eller avseende möjligheten att avbeställa arbeten.

Oavsett lämpligheten av att uttryckligen använda standardavtal för att reglera avtalsvillkor vid offentlig upphandling och om de uppfyller kraven på ändrings- och optionsklausuler i 17 kap. 10 § LOU eller om

¹⁶ Se Adlercreutz, Gorton och Svensson, *Avtalsrätt II; Tolkning och utfyllning av avtal*, 2024, s. 88 ff.

en ändring av ett kontrakt eller ramavtal enbart med hänvisning till ÄTA-bestämmelserna kan utgöra en otillåten direktupphandling¹⁷ kan konstateras att det är vanligt att standardavtal används vid offentlig upphandling.

Den tolkning av ÄTA-bestämmelser som i rättspraxis gjorts av upphandlade avtal följer dock de principer som gäller sedvanlig avtalstolkning utan att någon särskild hänsyn tagits till den upphandlingsrättsliga kontexten — vilket givetvis kan ha en naturlig förklaring i hur parterna fört sin talan. Som exempel kan nämnas rättsfallet NJA 2015 s. 3. För avtalet gällde standardavtalet Allmänna Bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader (AB 04). Av standardavtalet följde bl.a. att ”Saknas vid tiden för avgivande av anbud uppgifter som avser arbetsområdet eller det område som berörs av entreprenaden skall förhållandena antas vara sådana som kunnat förutses vid en fackmässig bedömning”.

Enligt vad entreprenören uppgett i sitt anbud skulle muddringsarbete i en hamn utföras med ett angivet mudderverk. En tid efter det att arbetet hade påbörjats stötte entreprenören emellertid på hårt kalkberg som mudderverket inte klarade av. Entreprenören använde därför sprängning för att slutföra arbetet. Entreprenören väckte med hänvisning till att det hade uppstått oförutsedda problem därefter talan mot regionen och yrkade ersättning för bl.a. sprängningsarbetena.

Högsta domstolen hade i målet att pröva innebörden av begreppet ”fackmässig”. Eftersom uttrycket förekom på flera olika ställen i standardavtalet men behandlade olika situationer kunde det inte ges någon entydig innebörd. Vad som kunde anses vara fackmässigt fick därför avgöras mot bakgrund av bestämmelsens syfte och omständigheterna i det konkreta fallet. Vid en fackmässig bedömning skulle entreprenören enligt Högsta domstolen därför beakta sådana förhållanden inom arbetsområdet som är troliga, dvs. entreprenören måste utifrån förutsättningarna avgöra om det är lämpligt att använda den arbetsmetod som denne hade tänkt använda. Eftersom arbetet därmed ansågs ligga inom ramen för fullgörandet av avtalet var det utförda arbetet heller inte att betrakta som ÄTA-arbeten som gav någon rätt till ytterligare ersättning. I de fall standardavtal används vid en offentlig upphandling torde dessa villkor tolkas på samma sätt som vid tolkning av standardavtal i allmänhet, såvida inte någon av parterna yrkar på något annat.

¹⁷ Se Konkurrensverkets ställningstagande 2024:1 om kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokument, 2024-06-28 Dnr 232/2024, samt Konkurrensverkets utkast till ställningstagande 2024:00 om kraven på ändrings- och optionsklausuler i LOU i förhållande till ÄTA-bestämmelserna i AB 04, 2024-05-03 Dnr 651/2023. Jfr även Bjärholm, Standardavtals konkurrensbegränsande effekt vid upphandling av byggentreprenader, Upphandlingsrättslig tidskrift 2024, s. 19–36.

3.4 Oklarhetsregeln

I den avtalsrättsliga doktrinen behandlas ibland den så kallade oklarhetsregeln, även om dess praktiska relevans har ifrågasatts.¹⁸ Beroende på vad man lägger in i ordet oklarhet verkar dock regeln inte helt ha spelat ut sin roll.¹⁹ Regeln innebär i korthet att ett avtalsinnehåll ska fastställas till nackdel för den part som formulerat eller åberopat den i avtalet otydliga texten.

Ett påstående om att upphandlingsdokumenten, inklusive det kontrakt som är föremål för en upphandling, ska tolkas på ett sätt som gynnar leverantörskollektivet kan dock knappast tas till intäkt för att alla eventuella oklarheter ska läggas den upphandlande myndigheten eller enheten till last. Vilken innebörd som ska ges en viss bestämmelse i ett kontrakt måste avgöras utifrån objektiva tolkningsmetoder, annars föreligger det stor risk för att den upphandlande myndigheten eller enheten inte lever upp till kravet på likabehandling. För att en eventuell oklarhet ska läggas den upphandlande myndigheten eller enheten till last fordras att oklarheten är objektivt fastslagen i den meningen att andra leverantörer hade kunnat förväntas göra samma tolkning, annars finns risk för att principen om likabehandling åsidosätts.

Det finns inte heller något upphandlingsrättsligt hinder för att i samband med bedömningen om vem som ska klandras för en oklarhet i ett avtal, lägga ett visst ansvar på leverantören i fråga, vilken aldrig är förhindrad att ställa frågor till en upphandlande myndighet eller enhet för att få klarhet i eventuella otydligheter som kan finnas i upphandlingsdokumenten. Det anses tvärtom föreligga en skyldighet för en leverantör att på ett så tidigt stadium som möjligt påtala olika oklarheter i upphandlingsdokumenten, HFD 2022 ref. 4 (I–II). Den skyldigheten skulle med fördel åberopas vid en avtalstolkning för att flytta över en del av ansvaret för oklarheten på leverantören om otydligheten förelegat redan i upphandlingsprocessen.

I Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2014-04-30 i mål nr T 536-13 var det ostridigt att parterna på ömse sidor har varit bundna av de avtal som ingåtts och att de i målet inblandade upphandlande myndigheterna hade frånträtt avtalen i förtid. Leverantören gjorde gällande att dessa saknat rätt att frånträda avtalen i förtid och att de därför gjort sig skyldiga till ett skadestandsgrundande avtalsbrott. I avtalen reglerades frågor om frånträddande i en punkt som tog sikte på frånträddande då överenskommelse inte kunde nås efter en begäran om prisjustering. Enligt hovrätten kunde det konstateras att det inte angavs uttryckligen vilken dag — dagen för anbudspriserna eller dagen för avtalsstart — som skulle utgöra utgångspunkt för den första prisjustering som görs beträffande en vara. Avtalets ordalydelse talade dock mer för att det var anbudspriset vid en viss tidpunkt än dagen för

¹⁸ Se Ramberg och Ramberg, *Allmän avtalsrätt*, 2022, s. 215.

¹⁹ Se närmare Lehrberg, *Avtalstolkning*, 2023, s. 268 f. samt Adlercreutz, Gorton och Svensson, *Avtalsrätt II; Tolkning och utfyllning av avtal*, 2024, s. 157 ff.

avtalsstart som skulle tas till utgångspunkt för en bedömning av om leverantörens kostnader för inköp av en viss vara har ökat eller minskat vid den tidpunkt då prisjustering begärs.

Därutöver tillade hovrätten att även om avtalsparterna kunde anses som jämbördiga var det de upphandlande myndigheterna som hade utformat förfrågningsunderlaget och avtalsvillkoren. Visserligen hade leverantören haft möjlighet att ställa frågor med anledning av oklarheter i förfrågningsunderlaget, men möjligheterna för leverantören att ha något inflytande på avtalsvilkorens utformning var begränsade. Med hänsyn härtill ansåg hovrätten att det låg närmast till hands att de upphandlande myndigheterna fick bära risken för oklarheter i utformningen av villkoren.

3.5 Lojalitetsöverväganden vid avtalstolkning

Avtalsrättsliga utgångspunkter ger vid handen att man för att motverka konsekvenser av en utpräglad partsegoism har anledning att generellt ställa kravet på att parterna inte ensidigt får driva sina intressen till förfång för motparter. En avtalspart är inom rimliga gränser skyldig att beakta en motparts rättigheter och intressen också när detta inte är uttryckligt föreskrivet. Den så kallade lojalitetsplikten, eller lojalitetsprincipen, har sin grund i synen på avtalet som en samverkansform. Principen kan anses ta sin utgångspunkt i att avtalsparterna valt att träda i förbindelse med varandra för att tillgodose vissa — mer eller mindre — ömsesidiga intressen och att parterna till följd av denna rättsliga gemenskap är skyldiga varandra ett mått av trohet och omsorg. Avtalsförhållandet bygger på ett samarbete mellan parterna, vilket även innefattar ett ansvar för medkontrahentens intressen. Lojalitetsprincipen innebär också att parterna vid en eventuell konfliktsituation måste vara beredda att underkasta sig en intresseavvägning och bära dess följder.²⁰

Lojalitetsprincipen har i något fall ansetts vara av betydelse vid avtalstolkning till följd av ett avtal som slutits efter en genomförd upphandling. I Hovrättens för Västra Sverige dom 2017-02-22 i mål nr T 5190-15, konstaterades att utgångspunkten var att avtalet mellan parterna skulle tolkas enligt de allmänna avtalsrättsliga principer som gäller vid avtal mellan två kommersiella parter. Det förhållandet att avtalet tillkom efter ett offentligt upphandlingsförfarande och att den ena parten — kommunen — var ett offentlighetsrättsligt subjekt, fick enligt hovrätten ingen självständig betydelse. Avtalstolkningen ansågs i första hand gå ut på att försöka fastställa vad parterna gemensamt haft för avsikt med sitt avtal — det vill säga om det har förelegat en gemensam partsvilja. Hovrätten anförde att om inte ordalydelsen ger uttryck för en gemensam partsvilja, om ordalydelsen ger utrymme för olika tolkningar eller inte alls besvarar tvistefrågan, måste ledning sökas i andra

²⁰ Se bl.a. Madell, Parternas lojalitetsplikt vid offentlig upphandling, Förvaltningsrättslig tidskrift 2002, s. 267–285, och där angivna källor.

faktorer. Väsentliga tolkningsdata kan då enligt hovrätten utgöras av exempelvis partsbruk, parternas beteende inför och efter avtalets ingående eller illojalitet från ena parten.

Det aktuella avtalets ordalydelse gav enligt hovrätten inte något klart besked om vad parterna avsett. Ledning för tolkningen skulle därför sökas genom att se till de närmare omständigheterna kring avtalet, det vill säga de kontakter rörande såväl den upphandling som föregick avtalet som tillämpningen av avtalet i praktiken — allt för att fastställa om det fanns någon gemensam partsavsikt beträffande avtalets innebörd i den del som tvisten gällde. Hovrätten konstaterade att kommunen ända sedan den omkring år 2010 fick ansvar för att bedriva den aktuella utbildningen, hade fyllt hela utbildningens behov av bussar genom hyra från leverantören. Berörda parter hade bekräftat att avsikten med upphandlingen hösten 2012 var att samarbetet skulle fortsätta på samma sätt som tidigare. Den flexibilitet som kommunen hade enligt avtalet — att hyra en till tre bussar — hade inte någon annan bakgrund än att utbildningens behov kunde variera kraftigt beroende bl.a. på antalet elever. Denna flexibilitet innebar en affärsmässig risk som leverantören värderade utifrån utfallet av parternas tidigare samarbete. Kommunen beslutade först efter det att leverantören tilldelats uppdraget att eventuellt delvis tillgodose utbildningens behov av bussar på annat sätt än genom att hyra från leverantören. Kommunens upphandlingsenhet konstaterade däremot att avtalet inte tillät kommunen att hyra bussar från något annat företag än leverantören, men att avtalet däremot tillät kommunen att köpa in egna bussar som skulle användas i utbildningen, så länge som kommunen fortsatte att hyra en till tre bussar av leverantören. Mot den bakgrunden beslöt kommunen att köpa in egna bussar till utbildningen. Kommunen upplyste inte leverantören om planerna om att köpa in egna bussar.

Hovrätten uttalade att en allmän princip vid avtalstolkning är att en part som känt till att motparten uppfattat avtalet på ett annat sätt än han själv, blir bunden av motpartens uppfattning om han inte uppmärksammar motparten på detta förhållande. Den här så kallade ond-trosprincipen ger stöd åt en avtalstolkning som bygger på en lojalitetsprincip och en klagörandeplikt.

I ljuset av att kommunen under flera år innan det aktuella avtalet träffades hade tillgodosett utbildningens hela behov av bussar genom hyra från leverantören, och med hänsyn till att kommunen måste ha insett att leverantören utgick ifrån att samarbetet skulle fortsätta på samma sätt, ansåg hovrätten att kommunen hade en skyldighet att klargöra för leverantören om kommunen ville frångå det tidigare partsbruket. Kommunens underlåtenhet att göra detta, samtidigt som man förberedde för inköpet av bussar och lät samarbetet med leverantören fortsätta som tidigare, stred enligt hovrättens mening klart mot den avtalsrättsliga lojalitets- och klagörandeplikten. Hovrätten noterade också särskilt i det här sammanhanget att såväl kommunen som

leverantören, enligt vad som angavs i förfrågningsunderlaget hade möjlighet att undgå civilrättslig avtalsbundenhet ända fram till dess att båda parter hade undertecknat avtalet. Kommunens agerande framstod även mot den bakgrunden som illojalt. Genom att köpa in egna bussar och använda dem i utbildningen bröt därmed kommunen mot parternas avtal. Rätt till ersättning förelåg därför.

Enligt avgörandet finns det alltså, beroende på situationen, även vid upphandlade avtal en lojalitetsplikt mellan parterna som kan bli av avgörande betydelse vid avtalstolkningen.

3.6 En samlad helhetsbedömning

De ovan angivna tolkningsprinciperna faller alla in under den samlade helhetsbedömning som bör göras vid avtalstolkning. Varje tolkningsprincip kan förvisso i sig vara viktig men bör ändå sättas in i ett större sammanhang för att fullt ut kunna bedöma ett avtalsinnehåll. Det är också en sådan utgångspunkt som förespråkas i senare rättspraxis.

I rättsfallet NJA 2021 s. 643 hade Högsta domstolen att ta ställning till hur frågan om ensamrätt ska tolkas vid ett efter offentlig upphandling slutet ramavtal. Den leverantör som tilldelats kontraktet väckte senare en skadeståndstalan mot beställaren. Som grund för talan åberopades att det ramavtal som parterna hade ingått var exklusivt och gav bolaget en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattade när behov av sådana tjänster uppkom. Beställaren hade emellertid köpt och låtit andra aktörer utföra sådana tjänster, vilket enligt konsulten utgjorde kontraktsbrott. Beställaren motsatte sig käromålet och gjorde bl.a. gällande att avtalet inte var exklusivt på så sätt att beställaren måste köpa alla tjänster som avtalet omfattade av konsulten. För övrigt anförde beställaren att den inte hade köpt och låtit andra aktörer utföra de tjänster som omfattades av avtalet. Målet kom att avgöras som en mellandom där det som skulle prövas var om det ramavtal som ingåtts mellan parterna var exklusivt och gav bolaget en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer.

Högsta domstolen var oenig, men två justitieråd, vilka också formulerade Högsta domstolens domslut, ansåg att ramavtalet gav bolaget en ensamrätt att utföra sådana tjänster som avtalet omfattar, när behov av sådana tjänster uppkommer. Majoriteten anförde rörande tolkningsfrågan att en "avtalsituation kan vara sådan att det inte är relevant att försöka fastställa en gemensam partsavsikt. Detta gäller exempelvis när en leverantör av en vara eller en tjänst har accepterat och anslutit sig till ett ramavtal efter ett upphandlingsförfarande och det inte finns några kontakter under anbudstiden mellan upphandlaren och potentiella anbudsgivare som kan belysa avtalsinnehållet. Avtalsinnehållet får då i stället fastställas med ledning av ramavtalets ordalydelse och andra objektiva kriterier som exempelvis förfrågningsunderlag och admini-

strativa föreskrifter.”²¹ Majoriteten anförde vidare att en tolkning och utfyllnad av ett ramavtal får utgå från en helhetsbedömning av avtalet och dess syfte efter beaktande av dess upphandlingsrättsliga sammanhang. En tolkning bör harmoniera med avtalet i övrigt och även utgå från att avtalet ska fylla en förnuftig funktion och även utgöra en rimlig reglering av parternas intressen. I sista hand kan mera generella principer för att fastställa avtalsinnehållet användas, t.ex. den s.k. oklarhetsregeln.²²

Majoriteten fann därför att om en beställare utan inskränkningar har rätt att köpa motsvarande tjänster av någon annan leverantör skulle det innebära att ramavtalet inte ger konsulten några självständiga rättigheter. För det fall att en beställare — i stället för att avropa enligt avtalet — väljer att vända sig till andra leverantörer skulle ramavtalet komma att helt sakna värde för konsulten och enbart innebära kostsamma åtaganden i form av bl.a. beredskap för att kunna leverera enligt avtalet. Det skulle alltså leda till en obalans mellan parterna som dessutom blir särskilt tydlig mot bakgrund av att beställaren enligt ett uttryckligt villkor inte förbinder sig att under avtalstiden beställa någon viss minsta volym. Sådana ändamålsskäl, tillsammans med beställarens rätt att utan ersättningsskyldighet frånträda avtalet under avtalsperioden med en uppsägningstid om tolv månader, talade alltså för att det förelåg en ensamrätt under avtalets löptid. Det som har angetts i de administrativa föreskrifterna om att ramavtal skulle tecknas med en leverantör som måste kunna leverera allt som efterfrågas ger ytterligare stöd för en ensamrätt för den leverantör som tecknade ramavtalet. Ett sådant synsätt är enligt majoriteten också väl förenligt med den funktion ramavtal har enligt upphandlingslagstiftningen.

Majoritetens slutsats blir alltså att en bedömning av avtalet i dess helhet, med utgångspunkten att det ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen, ska ligga till grund för tolkningen. Referenten i målet, som i sak kom till samma slutsats som majoriteten, betonade än starkare än majoriteten behovet av — i avsaknad av en uttrycklig reglering i avtalet — att konsultens möjlighet till försäljning balanseras mot en risk för att någon efterfrågan inte uppstår. Minoriteten utgår i sina domskäl i stället från att ensamrätten rimligtvis var central ifråga avseende ramavtalets innebörd — i realiteten av sådan relevans att den borde ha uttryckts tydligt i själva avtalet eller åtminstone i upphandlingsdokumenten.

Efterföljande domar från hovrätterna hänvisar till de utgångspunkter för avtalstolkning som anfördes i NJA 2021 s. 643, p. 11 och 14. Som exempel kan nämnas följande fall.

I Hovrättens för Nedre Norrland dom 2022-03-29 i mål nr T 444-20 hade ett ramavtal ingåtts med flera leverantörer avseende tjänster inom fastighetsunderhåll och därvid sammanhängande mindre arbeten.

²¹ NJA 2021 s. 643 p. 11. Jfr NJA 2015 s. 741, p. 9 och 10.

²² NJA 2021 s. 643 p. 11. Jfr NJA 2015 s. 741, p. 14, och där anförda rättsfall.

Frågan i målet var om ramavtalet därutöver även skulle omfatta andra större om- och nybyggnationer i kommunen. Hovrätten fann — med hänvisning till HD-avgörandet — att avtalet enligt sin ordalydelse, särskilt med avseende på rubrikernas formulering i förfrågningsunderlaget samt formuleringarna i ramavtalet och förfrågningsunderlaget i övrigt, att vissa tillägg i avtalet inte kunde tolkas isolerat från de övriga delarna. Hovrätten ansåg därför att det föreföll orimligt att syftet med ramavtalet var att det, utöver fastighetsunderhåll, även skulle omfatta alla större om- och nybyggnationer i kommunen.

Även i Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2022-06-14 i mål nr T 3999-20 anfördes att avtalet skulle tolkas i enlighet med de av Högsta domstolen angivna principerna. Redan ordalydelsen i ramavtalet ansågs enligt hovrätten med avsevärd styrka tala för att tolkningen av begreppet rumslösning inte kan göras så extensiv som leverantören hade gjort gällande. Förnyad konkurrensutsättning — till skillnad från avrop enligt rangordning, som var mindre tidskrävande — skulle användas när beställaren var i behov av leverantörens kunskap och erfarenhet för att bedöma vad som behövde köpas. I annat fall skulle avrop ske enligt rangordning. Enligt hovrätten skulle en sådan ordning för en uppdelning mellan avrop enligt rangordning och förnyad konkurrensutsättning framstå, även på objektiva grunder, som rimlig och förnuftig. En annan tolkning skulle nämligen innebära att förnyad konkurrensutsättning, med den administrativa omgång och tidsutdräkt det innebär, skulle användas vid i stort sett samtliga inköp av den aktuella utrustningen, vilket rimligen inte kunde anses ha varit avsikten med avtalet.

I Svea hovrätts dom 2024-05-02 i mål nr T 6489-22 fann hovrätten att en tolkning av avtalet i enlighet med de av Högsta domstolen angivna principerna ledde till slutsatsen att kontraktet innebar en ensamrätt för leverantören och att det skulle innebära ett kontraktsbrott om de i målet aktuella regionerna anlidade någon annan leverantör så länge avtalet löpte. Vad gällde förutsättningen att det ska föreligga rättsligt bindande skyldigheter av ömsesidigt bindande karaktär gjorde hovrätten bedömningen att de prestationer som parterna i de aktuella avtalen skulle utföra utgjorde tjänstekoncessioner varför LUK var tillämplig.

Majoritetens uttalanden i NJA 2021 s. 643 får således anses ha fått ett stort genomslag i efterföljande praxis om hur en avtalstolkning ska ske av avtal som slutits efter en kontraktstilldelning efter en genomförd offentlig upphandling. Ska man ur Högsta domstolens dom försöka kondensera fram en slutsats av hur en avtalstolkning ska gå till torde den bli att en helhetsbedömning av avtalet, med utgångspunkten att det ska fylla en förnuftig funktion och utgöra en rimlig reglering av parternas intressen, ska ligga till grund för tolkningen, medan parternas viljeförklaringar inte tillmäts någon större betydelse — i vart fall inte vid ramavtal.

4 Slutsatser

Vilka faktorer som ska vara avgörande i samband med avtalstolkning i allmänhet kan inte klart bestämmas utan måste besvaras i varje enskilt fall där helheten får bli avgörande, inte minst avtalets ordalydelse och systematik. Det är naturligt att samma utgångspunkt gäller vid tolkningen av upphandlade avtal — vilket däremot inte betyder att samma faktorer alltid kan tillmätas betydelse. Det kan vid tolkningen av ett upphandlat avtal också vara svårt att helt bortse från den indispositiva och i viss mån rigorösa reglering som omgärdar upphandlingsrätten och innebörden av de allmänna upphandlingsrättsliga principerna.

Vid avtalstolkning är ofta den gemensamma partsviljan en given utgångspunkt, men vid upphandlade avtal saknas oftast en gemensam partsvilja då såväl upphandlingsdokumenten som det efterföljande avtalet är ensidigt upprättade av den upphandlande myndigheten. Precis som vid tolkning av standardavtal samt vid avtal med ett stort antal parter är utrymmet för individuell förhandling av avtalsvillkor många gånger begränsat. Tolkningen av upphandlade avtal måste följaktligen kännetecknas av ett stort mått av objektivitet, där innebörden av ett omtvistat villkor bestäms utifrån hur det framstår för andra, primärt andra leverantörer. Hade det varit känt för andra leverantörer att ett visst villkor skulle ges en annan innebörd än den i avtalet beskrivna, hade det kunnat resultera i att de lämnat andra anbud, varmed utgången av upphandlingen hade kunnat bli en annan. Med bortseende från de undantagssituationer när ett förhandlat förfarande är tillåtet enligt upphandlingsreglerna torde det i allmänhet vara svårt att fastställa någon gemensam partsavsikt. Betydelsen av den gemensamma partsviljan måste därför i de allra flesta fallen anses vara begränsad vad gäller tolkningen av avtal som slutits efter ett upphandlingsförfarande. Avtalsinnehållet får då i stället fastställas med ledning av avtalets ordalydelse, avtalets ändamål och andra objektiva kriterier som följer av upphandlingsdokumenten, exempelvis förfrågningsunderlag och andra bilagor. Skulle ordalydelsen ge utrymme för olika tolkningar, liksom i de fall när ordalydelsen inte ger något besked alls, måste ledning sökas i andra faktorer, jfr NJA 2015 s. 741, p. 10–11, och NJA 2021 s. 643, p. 11.

Andra relevanta tolkningsdata kan vara avtalets systematik och det aktuella avtalsvillkorets samband med övriga villkor och bakgrunden till regleringen, dvs. villkorets syfte, avtalsföremålets natur och eventuellt parternas ställning. Vid tolkning av ett upphandlat avtal kan, utöver själva avtalstexten, därför innehållet i upphandlingsdokumenten bilda en viktig utgångspunkt. Om ordalydelsen inte ger något svar kan man behöva titta på de tvistiga momentens samband med övriga villkor, själva avtalsföremålets natur, om leveransen enligt avtalet fyller en förnuftig funktion och utgör en rimlig reglering mellan den upphandlande myndigheten och leverantören samt om de tvistiga momenten ingår eller om de inte ingår.

Vid en offentlig upphandling finns ofta ett visst mått av osäkerhet, i varierande grad beroende på varans, tjänstens eller entreprenadens karaktär. Det är därför naturligt att det vid en anbudsgivning dels föreligger ofullständig information om det som upphandlas både vad gäller kostnader och kvalitet, dels att det föreligger en asymmetrisk information om det som upphandlas, där olika parter har olika mycket kunskap. Skulle det emellertid vara så att den upphandlande myndigheten utnyttjar sitt kunskapsövertag avseende vilka behov som verksamheten har på ett sätt som underminerar förutsättningarna för ett upphandlat avtal kan den lojalitetsprincip som normalt följer mellan avtalsparter aktualiseras, se Hovrättens för Västra Sverige dom 2017-02-22 i mål nr T 5190-15.

På motsvarande sätt gäller att det även vid offentliga avtal kan bli aktuellt att låta en part som ensidigt utformat ett avtalsvillkor få bära risken för oklarheter i utformningen av villkoren, i synnerhet om avtalsvillkoren reglerar detaljer som inte behövde beröras i upphandlingsdokumenten. I Hovrättens över Skåne och Blekinge dom 2014-04-30 i mål nr T 536-13 var det de upphandlande myndigheterna som hade utformat förfrågningsunderlaget och avtalsvillkoren. Visserligen hade leverantören haft möjlighet att ställa frågor med anledning av oklarheter i upphandlingsdokumenten, men möjligheterna för leverantören att ha något inflytande ansågs trots allt ha varit begränsade. Med hänsyn härtill ansåg hovrätten att det låg närmast till hands att de upphandlande myndigheterna fick bära risken för oklarheter i utformningen av avtalsvillkoren. En sådan slutsats är rimlig då det faktiskt är den upphandlande myndigheten som bestämmer upphandlingsföremålet och de villkor som ska gälla för detta. Oklarhetsregeln kan därför bli aktuell att tillämpa vid tolkning av upphandlade avtal för det fall att inga andra tolkningsprinciper går att använda.

Högsta domstolens majoritet konstaterade i NJA 2021 s. 643 att det i de fall en leverantör slutit ett avtal efter ett upphandlingsförfarande och det inte finns några kontakter under anbudstiden mellan upphandlaren och potentiella anbudsgivare som kan belysa avtalsinnehållet kan avtalsituation vara sådan att det inte är relevant att försöka fastställa en gemensam partsavsikt. Ett sådant avtalsinnehåll får då i stället fastställas med ledning av ramavtalets ordalydelse och andra objektiva kriterier som exempelvis upphandlingsdokument och administrativa föreskrifter. Det ter sig därför som en rimlig slutsats att en tolkning och utfyllnad av ett ramavtal får utgå från en helhetsbedömning av avtalet och dess syfte efter beaktande av dess upphandlingsrättsliga sammanhang och att en tolkning bör harmoniera med avtalet i övrigt och även utgå från att avtalet ska fylla en förnuftig funktion och även utgöra en rimlig reglering av parternas intressen. En avtalstolkning bör alltså enligt majoriteten bygga på en rimlig balans mellan de olika intressena i avtalet, även om minoritetens uppfattning innehåller en generellt viktig minnesregel: centrala frågor bör regleras uttryckligen i ett avtal.

Vilken betydelse har då den bakomliggande regleringen som ligger till grund för den offentliga upphandlingen, inte minst den yttre ram som enligt upphandlingsrätten reglerar för hur mycket ett avtal får ändras innan det blir fråga om så väsentliga förändringar att upphandlingen måste göras om? Skulle ett avtal till sin karaktär vara utformat på ett sätt som medger att en tolkning leder till en väsentlig förändring i förhållande till vad andra leverantörer hade kunna förvänta sig kan det knappast vara ett ansvar för en domstol att genom en avtals-tolkning rätta till det felet. Förutsättningarna för att komma tillrätta med sådana missförhållanden bör hållas separerade från avtalstolkningen och dessa rättsverkningar får i stället sökas i det upphandlingsrättsliga regelverket.