

SKADESTÅND ENLIGT

LAG OM OFFENTLIG UPPHANDLING

- något om praktiska effekter för kommuner, kommunala bolag och försäkringsgivare.

Författare: Klas Jonsson

**Tillämpade studier 20 poäng vid programmet för juris kandidatexamen,
Juridiska institutionen, Göteborgs Universitet.**

Handledare: Filip Bladini

Göteborg den 15 maj 2000

INNEHÅLL

1	INLEDNING	4
1.1	BAKGRUND	4
1.2	PROBLEMFÖRMULERING	4
1.3	SYFTE	5
1.4	METOD	5
1.5	AVGRÄNSNINGAR	6
2	LAGENS SYFTE OCH BAKGRUND	7
2.1	INLEDNING	7
2.2	SVENSK RÄTT FÖRE EU-MEDLEMSSKAPET	7
2.3	NUVARANDE LAGSTIFTNING	8
3	ALLMÄNT OM SKADESTÅND ENLIGT LOU	8
3.1	INLEDNING	8
3.2	GRUNDEN FÖR SKADESTÅND	9
3.3	SKADANS ART	9
3.4	SKADANS STORLEK	9
3.4.1	Det positiva kontraktssintresset enligt 7 kap 6§	9
4	KORT OM OFFENTLIG UPPHANDLING	10
4.1	INLEDNING	10
4.2	BEGREPPET AFFÄRSMÄSSIGT ENLIGT 1 KAP 4§	11
4.3	UPPHANDLINGENS PARTER	12
4.3.1	Begreppet leverantör	13
4.3.2	Begreppet upphandlande enhet	13
4.4	FÖRFARANDET	16
4.4.1	Annonsering	16
4.4.2	Upphandlingsformer	16
4.4.4	Anbudsutvärdering	18
5	KOMMUNEN SOM UPPHANDLARE	19
5.1	INLEDNING	19
5.2	KOMMUNEN SOM UPPHANDLANDE ENHET	21
5.2.1	Kommunernas kompetens	21
5.2.1.1	Större kommuner	21
5.2.1.2	Mindre kommuner	21
5.2.1.3	Organisation	22
5.3	KOMMUNALA BOLAG SOM UPPHANDLANDE ENHET	24
5.3.1	Bolagens kompetens	24
5.4	FEL OCH BRISTER VID UPPHANDLING	25
6	RISKEN FÖR SKADESTÅND	26
6.1	INLEDNING	26
6.2	RÄTTSLIGA SKÄL	28
6.2.1	Leverantörens bevisbörda	28
6.2.2	Preskription	30
6.3	ANDRA ORSAKER	31
6.3.1	Ekonomiska skäl	31
6.3.2	Övriga skäl	31
6.4	SLUTSATS	32

7	SKYDDSMÖJLIGHETER	32
7.1	INLEDNING	32
7.2	FÖRSÄKRING	32
7.2.1	Försäkringsvillkor för LOU-skada	33
7.2.2	Ekonomiska konsekvenser av försäkring	34
7.3	CAPTIVES	35
7.3.1	Allmänt om captive	35
7.3.2	Kommunala captives	35
7.3.2.1	St Erik Försäkring	36
7.3.2.2	Försäkrings AB Göta Lejon	37
7.4	ANDRA LÖSNINGAR	37
7.5	SKYDDETS FÖREKOMST	38
8	RISKBÄRARENS SYN PÅ SKADESTÅND ENLIGT LOU	38
8.1	AKTÖRER PÅ KOMMUNFÖRSÄKRINGSMARKNADEN	38
8.2	FÖRSÄKRINGSGIVARNAS SYN PÅ RISKEN	39
8.2.1	Försäkringsgivare A	40
8.2.2	Försäkringsgivare B	41
8.2.3	Försäkringsgivare C	42
8.2.4	Sammanställning	43
8.3	ANDRA KÄLLOR	45
8.3.1	Försäkringsmäklare	45
9	FRAMTIDA FÖRÄNDRINGAR	46
9.1	RÄTTSLIGA ÄNDRINGAR	46
9.1.1	EG-rättsligt inflytande	46
9.1.2	Ändringar i svensk rätt	47
9.1.2.1	Marknadsskadeavgift	47
9.1.2.2	Ändrad talerätt	48
9.1.2.3	Skadestånd	49
9.1.2.4	Preskription	51
9.1.2.5	Förändringar i 6 kapitlet	52
9.2	PRAKTISKA EFFEKTER AV FÖRESLAGNA FÖRÄNDRINGAR	52
9.3	SLUTSATS	53
10	HAR LAGSTIFTARENS SYFTE UPPNÅTTS?	54
10.1	LAGENS ÖVERGRIPANDE SYFTE	54
10.2	SKADESTÅNDETS SYFTE	54
10.3	SITUATIONEN IDAG	54
10.4	FRAMTIDEN	55
11	FÖRSLAG TILL PRAKTISKA ÅTGÄRDER	55
11.1	UPPHANDLANDE ENHETER	55
11.2	FÖRSÄKRINGSGIVARE	56
12	SAMMANFATTNING	56
	FÖRKORTNINGAR	59
	KÄLLOR OCH LITTERATUR	59

1 INLEDNING

1.1 Bakgrund

Inom EU regleras offentlig upphandling genom sex direktiv.¹ Dessa har implementerats i svensk rätt genom lag om offentlig upphandling, LOU. Denna lag går dessutom längre än vad direktiven kräver genom att också innefatta upphandling under vissa, i lagen angivna, tröskelvärden. Den svenska lagen är, bortsett från att den är en svårtolkad och höggradigt tekniskt produkt, tämligen intetsägande vad gäller skadeståndet och dess beräkning.² Detta innebär att offentlig upphandling i vissa fall kan vara en komplicerad och ekonomiskt riskfylld verksamhet.

1.2 Problemformulering

Kommunal verksamhet kan idag anses som mångfacetterad, och bedrivs ofta inom olika avdelningar inom en kommun. Det är dessutom vanligt att kommuner driver verksamhet i bolagsform. När en del av en kommunal verksamhet överförs till ett bolag uppstår skilda juridiska personer. Detta kan innebära problem när det gäller tillämpningen av lag om offentlig upphandling. Lagen skall tillämpas av upphandlande enheter, och det står klart att en kommun är en sådan enhet. Vad gäller för de kommunala bolagen?

Skadestånd för fel vid offentlig upphandling kan omfatta det positiva kontraktsintresset, och kan därmed bli mycket omfattande. Offentlig upphandling kan därför vara riskabel, och måste utföras på ett kompetent sätt. Hur stor är kommuners och kommunala bolags kompetens inom området?

¹ Rådets direktiv 93/36/EEG om samordning av förfarandet vid upphandling av varor, rådets direktiv 93/37/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, rådets direktiv 92/50/EEG om samordning av förfarandena vid upphandling av tjänster och rådets direktiv 89/665/EEG om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor, bygg- och upphandlingsarbeten. Vidare gäller för försörjningssektorerna rådets direktiv 93/38/EEG om samordning av upphandlingsförfarandet för verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna och rådets direktiv 92/13/EEG om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden som tillämpas av företag och verk inom försörjningssektorerna.

² Se lag om offentlig upphandling 7 kap 6§ där det anges att upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i lagen skall ersätta ”*däri genom uppkommen skada* [min kursivering] för leverantör.”

Vilka fel begås under offentliga upphandlingar, och hur påverkar dessa fel risken för skadestånd? Hur stor är den faktiska risken?

Hur har kommuner och kommunala bolag valt att skydda sig mot risken för skadestånd? Varför har en viss lösning valts, och vilka effekter får denna lösning?

Hur är situationen för riskbäraren, t ex ett försäkringsbolag? Vilka överväganden gör dessa aktörer innan försäkringsskydd medges för denna typ av skada?

Har lagstiftarens syfte med skadeståndsbestämmelserna uppnåtts? Det genomförs idag en översyn över vissa områden av lag om offentlig upphandling, bl a skadeståndsbestämmelserna. Vilka effekter kan en förändring förväntas få för de inblandade parterna?

1.3 Syfte

Det primära syftet med uppsatsen är att undersöka de praktiska effekterna av skadeståndsbestämmelserna i lag om offentlig upphandling för kommuner, kommunala bolag och deras riskbärare. Uppsatsens sekundära syfte är att jämföra dessa effekter med lagstiftarens intentioner med skadeståndsbestämmelserna för att bedöma om de praktiska effekterna överensstämmer med de teoretiska målen.

Min ambition är inte att redovisa exakt statistik över området, utan snarare att belysa en bild av verkligheten utifrån de källor jag använt.

1.4 Metod

För att kunna redovisa några av de praktiska effekter som skadestånd enligt lag om offentlig upphandling för med sig bygger uppsatsen till stor del på information från relevanta aktörer. Informationen har delvis samlats in genom muntliga källor, dvs telefonsamtal och personliga samtal med företrädare för kommuner, kommunala bolag, försäkringsgivare, försäkringsmäklare och advokater. Vidare har en mindre enkätundersökning använts för att utröna försäkringsgivares inställning till området.

I de avsnitt som behandlar upphandlande enheters faktiska beteende och kompetens är uppsatsens främsta källa rapporter från tillsynsmyndigheten, Nämnden för offentlig upphandling. Jag har också använt mig av klassiska rättskällor såsom förarbeten, rättsfall och doktrin.

1.5 Avgränsningar

Uppsatsen behandlar effekter av skadestånd. För att kunna ge en bild av de olika effekterna behandlas inte enbart skadeståndsbestämmelserna utan också andra regler som kan påverka förekomsten av skadeståndsprocesser. Arbetet avgränsas till att omfatta effekterna av skadeståndsbestämmelsernas huvudregel, 7 kap 6§ i lag om offentlig upphandling. Det är genom denna regel som skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset kan komma ifråga. Det är därför min uppfattning att det endast är denna skadeståndsbestämmelse som är intressant för uppsatsens syfte. Detta grundar jag på att ersättning enligt den sekundära bestämmelsen i 7 kap 7§ i lagen endast omfattar det negativa kontraktsintresset vilket medför betydligt lägre ekonomiska risker för den upphandlande enheten. Därmed omfattas inte upphandling enligt 4 kap i lagen som reglerar försörjningssektorerna och där ersättning enligt 7 kap 7§ kan komma ifråga.

Vidare avgränsas arbetet till att omfatta effekterna för kommuner, kommunala bolag och försäkringsgivare. Med kommuner avses endast primärkommuner.

2 LAGENS SYFTE OCH BAKGRUND

2.1 Inledning

Det övergripande syftet med lag om offentlig upphandling är att säkerställa att offentlig upphandling sker med utnyttjande av marknadens spelregler. Upphandling skall därmed vara så öppen och konkurrensutsatt som möjligt.³ Ett annat syfte med den svenska lagen är att uppfylla de förpliktelser Sverige numera har som medlem av EU. Som medlemsstat är vi skyldiga att implementera EU-direktiv i vår nationella lagstiftning. De svenska bestämmelser som fanns tidigare på området var inte tillräckliga i jämförelse med de krav som ställdes i direktiven, varför lagstiftaren fick konstruera lag (1992:1528) om offentlig upphandling som trädde i kraft den 1 januari 1994.

2.2 Svensk rätt före EU-medlemsskapet

De bestämmelser som tidigare gällde på området var den statliga upphandlingsförordningen, UF, och det kommunala upphandlingsreglementet, UR. Dessa två regelverk innehöll i allt väsentligt samma bestämmelser. Där tillämpning av upphandlingsförordningen var tvingande för staten hade kommunerna en, i vart fall teoretisk, möjlighet att inte tillämpa upphandlingsreglementet. Kommunförbunden rekommenderade dock sina medlemmar att anta UR vilket också gjordes av de flesta kommuner. Tillämpningen av UR är fortfarande intressant när det gäller 6 kap LOU som innehåller regler för upphandling under tröskelvärdena. Detta kapitel i lagen är inte styrt av EG-direktiv, men upphandling under tröskelvärdena omfattas också av de grundläggande principerna i Romfördraget. I svensk rätt har lagstiftaren valt att överföra de materiellt intressanta bestämmelserna från UF och UR till 6 kap LOU. Eftersom de flesta upphandlingar⁴ som genomförs i Sverige värdemässigt understiger de tröskelvärden som anges i direktiven är 6 kap LOU det mest tillämpade i lagen. Detta gäller i synnerhet för kommuners och kommunala bolags upphandlingar. Det numera upphävda kommunala upphandlingsreglementet kan därför fortfarande anses betydelsefullt vid tolkningar av 6 kap LOU.⁵

³ Prop. 1992/93:88 s 36

⁴ SOU 1999:139 s 14.

⁵ Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling s 396.

2.3 Nuvarande lagstiftning

I Sverige regleras offentlig upphandling genom tre lagar, varav LOU är den centrala. Övriga lagar som kan tillämpas i sammanhanget är främst lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU), och konkurrenslagen (1993:20). LOU är en förfarandelag som behandlar upphandlingsprocessens olika stadier. Lagen behandlar också de rättsmedel, bl a skadestånd, som står till buds när upphandlaren inte uppfyller de krav som ställs i lagtexten. Som ett komplement till LOU finns LIU som är tillämplig då upphandlaren beter sig otillbörligt, t ex påtagligt diskriminerar ett företag.

Lag om offentlig upphandling är indelad i sju kapitel.

1 kap innehåller allmänna bestämmelser som bland annat reglerar lagens tillämpningsområde. Detta kapitel är i huvudsak tillämpligt på alla former av offentlig upphandling.

2-5 kap reglerar förfarandet inom olika tillämpningsområden, och *6 kap* reglerar främst förenklade upphandlingar som inte omfattas av direktiven.

7 kap behandlar de rättsmedel som står till buds när en upphandlande enhet inte följt bestämmelserna i lagen. Här finns bestämmelser om *överprövning*, som kan användas under pågående upphandling, och *skadestånd*, som kan utkrävas när en upphandling är avslutad.

3 ALLMÄNT OM SKADESTÅND ENLIGT LOU

3.1 Inledning

Genom rättsmedelsdirektiven gavs förfördelad leverantör möjlighet att kräva skadestånd för fel vid upphandling. Denna möjlighet fanns inte tidigare i svensk rätt, då leverantörs enda möjlighet att få upprättelse var laglighetsprövning enligt kommunallagen. Numera ges möjlighet till både överprövning i förvaltningsdomstol och skadeståndstalan i allmän domstol. Syftet med rättsmedlen är främst att avhålla de upphandlande enheterna från att bryta mot upphandlingsreglerna. Skadeståndets primära syfte är därför allmänpreventivt.

3.2 Grunden för skadestånd

För att skadestånd skall kunna utgå krävs att den upphandlande enheten inte har följt bestämmelserna i lagen. Dessutom krävs att det fel som begåtts medfört skada för den klagande. För att en leverantör skall kunna få skadestånd enligt huvudregeln, 7 kap 6§, krävs i princip att han skall ha förlorat kontraktet till följd av upphandlarens fel, för att skada skall anses ha uppkommit.⁶ Kravet på faktisk skada är lägre för skadestånd enligt 7 kap 7§, där det endast krävs att upphandlarens fel ”menligt har påverkat... [leverantörens]...möjligheter att tilldelas upphandlingen.” Eftersom 7§ endast är tillämplig vid upphandling enligt 4 kapitlet och enbart berättigar till ”ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen”, dvs ersättning för det negativa kontraktsintresset, är denna regel av underordnad betydelse i förhållande till huvudregeln.

3.3 Skadans art

Den skada som leverantör kan lida på grund av upphandlares brott mot LOU är en ren förmögenhetsskada, eftersom skadan inte har något samband med sak- eller personskada. Huvudregeln i svensk skadeståndsrätt är att i utomkontraktuella förhållanden ersätts ren förmögenhetsskada om den vållats genom brott, SkL 2 kap 4§. I kontraktuella förhållanden kan skadestånd avseende ren förmögenhetsskada utgå på grund av bestämmelser i avtal. Här krävs inte brottslig handling som skadestandsgrund. Eftersom LOU är en förfarandelag som reglerar upphandlingens stadier innan avtal träffas, kan skadestandsbestämmelserna inte betraktas som kontraktuella. Skadestandsbestämmelserna i LOU är istället att betrakta som särskilt föreskrivna stadganden i speciallagstiftning. Denna typ av reglering är vanlig i speciallagstiftning som rör ren förmögenhetsskada, t ex inom immaterialrätt, konkurrensrätt och associationsrätt.⁷

3.4 Skadans storlek

3.4.1 Det positiva kontraktsintresset enligt 7 kap 6§

Med positivt kontraktsintresse menas fullt skadestånd, dvs ersättning för förlorad handelsvinst. I svensk rätt förekom inte ersättning för det positiva kontraktsintresset i utomobligato-

⁶ Hentze/Sylvén s 103.

⁷ Hellner, Skadeståndsrätt, femte uppl. 1995 s 71 f.

riska förhållanden före LOU:s tillkomst. Införandet av denna bestämmelse medförde därför en häftig debatt i doktrinen. Flera kritiker⁸ menade att det inte var möjligt att utdöma skadestånd avseende det positiva kontraktsintresset i upphandlingstvister, eftersom det inte var fråga om ett kontraktuellt förhållande mellan upphandlande enhet och leverantör förrän avtal ingåtts. Andra⁹ ansåg att rättsmedelsdirektiven kräver att en leverantör skall kunna tillerkännas fullt skadestånd. *Wahl* menar att ”I likhet med de andra medlemsstaterna har Sverige att rätta sin lagstiftning efter direktivens krav, alldeles oavsett huruvida dessa strider mot etablerade principer i respektive rättsordning. Att kravet på full ersättning möjligen skulle vara främmande för svenska skadeståndsrättsliga principer är således inget skäl för att vägra sådan ersättning.”¹⁰ Högsta Domstolen har i det sk Hebymålet, NJA 1998 s 873, fastslagit att det positiva kontraktsintresset skall ersättas vid fel enligt 7 kap 6§ LOU.

När det gäller beräkningen av skadeståndets storlek var detta tidigare föremål för betydande osäkerhet. Lagrådet hänvisade i propositionen¹¹ till rättstillämpningen, och i doktrinen angavs att vid beräkning av den förlorade handelsvinsten ”kan viss ledning fås från köprätten.”¹² I det ovannämnda Hebymålet ansåg Högsta Domstolen att det saknades skäl att frångå tingsrättens beräkning av skadeståndet. Tingsrätten använde sig av subtraktionsprincipen, vilket innebär att skadeståndet skulle beräknas som skillnaden mellan de intäkter som bolaget skulle ha fått om bolaget erhållit uppdraget och dess rörliga kostnader, dvs som förlorat täckningsbidrag. Denna princip får därmed anses som normen för beräkning av skadeståndets storlek.

4 KORT OM OFFENTLIG UPPHANDLING

4.1 Inledning

Offentlig upphandling är i Sverige en mycket omfattande form för kommuners och kommunala bolags tillgång till varor och tjänster. Det saknas exakt statistik över kommunernas upphandling, men enligt uppgift från Ekonomistyrningsverket kan svenska kommuners samlade upphandling uppskattas till 100 miljarder kronor årligen.¹³ Enligt en utredning genomförd av

⁸ Se t ex Hellner, a a s 468 f och Palm/Riberdahl i SvJT 1996 s 644 ff.

⁹ Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling s 474 f.

¹⁰ Wahl i JT 1997/98 s 620 ff.

¹¹ Prop 1992/93:88 s 141.

¹² Hentze/Sylvén s 475.

¹³ SOU 1999:139 s 52.

NOU och SCB i samverkan uppgår de kommunala bolagens årliga upphandling till ca 15 miljarder kronor.¹⁴

Eftersom dessa miljarder till övervägande del består av skattemedel är det naturligtvis av stort intresse för kommunens invånare att upphandlingen sköts affärsmässigt. Med andra ord, upphandling skall hanteras så att upphandlaren får mesta möjliga värde för pengarna. Den marknad där upphandling skall genomföras måste därför vara så öppen och konkurrensutsatt som möjligt. Detta är också det huvudsakliga syftet med de EU-direktiv som ligger till grund för LOU.¹⁵ Vid offentliga upphandlingar har därför begreppet affärsmässigt fått en central betydelse. Något förenklat kan det sägas att en offentlig upphandling som inte är affärsmässigt utförd är felaktig, och kan därmed vara skadeståndsgrundande.

4.2 Begreppet affärsmässigt enligt 1 kap 4§

För att säkerställa att upphandlingen hanteras objektivt och på det ekonomiskt mest fördelaktiga sättet anges i lagens 1 kap 4§ att

Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras *affärsmässigt*. [min kursivering] Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Eftersom denna paragraf finns i lagens allmänna bestämmelser och dessutom rubriceras ”Huvudregel om affärsmässighet” anses den gälla för hela upphandlingsförfarandet, oavsett upphandlingsområde.¹⁶ Dessutom gäller den för alla stadier i upphandlingsprocessen, även sådana som inte uttryckligen anges i lagtexten. Genom att använda uttryckssättet ”de konkurrensmöjligheter som finns” har lagstiftaren markerat att upphandlaren inte alltid måste ta hänsyn till den *totala* marknaden. Urvalet skall istället göras utifrån de regler som uppställs i lagen och utifrån den faktiskt relevanta marknaden för varje upphandlingsobjekt.¹⁷ I begreppet affärsmässigt ingår följaktligen att upphandlaren inte får begränsa konkurrensen genom att ställa krav som inte är förenliga med lagens bestämmelser.

¹⁴ NOU: Effekter av lagen om offentlig upphandling s 24.

¹⁵ Prop. 1992/93:88 s 36

¹⁶ Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken s 39.

¹⁷ Nord i Karnov 1998/99, s 1445

I en vidare mening ingår också kravet på objektivitet i begreppet affärsmässigt. I lagtexten anges detta genom kravet på behandling ”utan ovidkommande hänsyn.” Detta krav har sin grund i Romfördragets artikel 12, den så kallade icke-diskrimineringsregeln. Utöver denna allmänna regel om förbud mot diskriminering p g a nationalitet, har EG-domstolen fastslagit att lika fall inte skall behandlas olika såvida inte denna behandling är objektivt motiverad.¹⁸

Begreppet affärsmässigt har dock inte sitt ursprung i EG:s upphandlingsdirektiv, utan härstammar från de svenska bestämmelser som fanns tidigare på området, upphandlingsförordningen och upphandlingsreglementet. I anvisningarna till UR 3§ angavs att ”Myndighet skall iaktta affärsmässighet vid sin upphandling. Begreppet affärsmässighet kan ha skiftande innebörd beroende på förhållandena i det enskilda fallet. Det inrymmer alla de hänsynstaganden som måste göras för att upphandlingen skall bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten.”¹⁹ Vid tolkning av begreppet idag måste hänsyn också tas till EG-rättsliga principer. Att exakt definiera begreppet affärsmässigt låter sig knappast göras. Tillsynsmyndigheten NOU menar i en rapport att 1 kap 4§ LOU borde tas bort, för att istället uttryckligen ersättas av de relevanta EG-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.²⁰ En mer funktionell tolkning av begreppet affärsmässigt kan möjligen göras med stöd av de bestämmelser i lagen som reglerar kvalifikation av leverantörer samt prövning av anbud.²¹

Enkelt uttryckt kan det sägas att om en upphandlande enhet följer alla relevanta bestämmelser i lagen så har upphandlingen utförts affärsmässigt.

4.3 Upphandlingens parter

I civilrättslig mening är, när avtal har träffats, upphandlingens parter den upphandlande enheten och den faktiska leverantören. Innan avtal träffas, dvs under själva upphandlingsförandet, kan begreppet leverantör omfatta flera parter.

¹⁸ Se t ex förenade målen 117/78 och 16/77 Ruckdeshel mot Hauptzollant Hamburg-St Annen.

¹⁹ Kommunalt upphandlingsreglemente jämte anvisningar 1983, s 7.

²⁰ NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, s 38 f

²¹ Hentze/Sylvén, Offentlig Upphandling s 54. De bestämmelser som avses är 1 kap 17,18 och 22§§ samt 6 kap 12§ LOU.

4.3.1 Begreppet leverantör

Enligt 1 kap 5§ LOU avses med begreppet leverantör ”den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.” Som leverantör anses därmed även den som avstått från att lämna anbud i en upphandling. Denne kan ändå anses ha lidit skada i en upphandling, om han t ex på grund av bristande annonsering från den upphandlande enhetens sida inte känt till att en upphandling skulle inledas. Begreppet leverantör omfattar fysiska personer, juridiska personer samt grupper av leverantörer.²²

4.3.2 Begreppet upphandlande enhet

Att fastställa vad som avses med begreppet upphandlande enhet är inte alltid så enkelt. En bedömning måste dock alltid göras inför en anskaffning av t ex en vara eller tjänst, eftersom det endast är upphandlande enheter som måste tillämpa LOU i sin upphandling. Om en organisation eller ett företag gör en felaktig bedömning avseende den egna omfattningen av begreppet kan detta få skadeståndsgrundande effekter vid upphandlingar. Felaktiga bedömningar och missuppfattningar avseende begreppet upphandlande enhet synes t ex vara vanligt inom kommunala bolag.²³

Enligt lagtextens ordalydelse, 1 kap 5§, avses med upphandlande enhet främst staten, kommuner, landsting och kyrkliga kommuner. När det gäller tolkning av begreppet upphandlande enhet uppstår inga större svårigheter avseende de nämnda juridiska personerna. En kommun är, när det gäller upphandling inom den klassiska sektorn, att anse som *en* upphandlande enhet, vilket innebär att felaktigheter i upphandling som begås av enskilda kommunala enheter eller förvaltningar drabbar kommunen som juridisk person. Olika enheter inom en kommun är inte så självständiga som krävs för att omfattas av begreppet upphandlande enhet.²⁴ Det kan kort konstateras att kommunala enheter inte kan ingå bindande avtal med varandra, dvs inom samma juridiska person. Detta innebär bl a att en vanligt förekommande kommunal verksamhetsform, sk beställar-utförarenheter, inte omfattas av LOU.²⁵

²² Hentze/Sylvén s 95

²³ Ett tydligt exempel på detta problem beskrivs i en artikel med rubriken ”Göteborg trotsar upphandlingslag” ur Dagens Industri från den 13 september 1999.

²⁴ Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, s 32.

²⁵ Madell, Det allmänna som avtalspart, s 152.

Vid upphandling inom försörjningssektorerna²⁶, som inte vidare behandlas i denna uppsats, kan däremot en uppdelning göras inom en och samma upphandlande enhet. Den avgränsade delen av den upphandlande enheten kallas *självständig enhet*, och det krävs att enheten har en egen inköpsorganisation och att enheten kan uppträda självständigt i sin upphandling. Denna uppdelning har sannolikt endast betydelse på så sätt att en självständig enhet kan utgå från de egna behoven vid beräkning av tröskelvärden. Skadeståndsskyldighet vid fel under upphandling drabbar troligen även här den upphandlande enheten.²⁷

När det gäller statlig upphandling, som inte berörs i detta arbete, är huvudregeln att staten är *en* upphandlande enhet, och att enskilda myndigheter företräder staten. Enskilda myndigheter omfattas därför av staten som upphandlande enhet.²⁸ Enligt Margareta Hentze och Hans Sylvén vid NOU kan en uppdelning dock göras även inom en myndighet. ”En del av en myndighet som har en självständig funktion kan vara en egen upphandlande enhet (t ex ett sjukhus, ett militärregemente, en skogsvårdsstyrelse).”²⁹ När det gäller staten kan en sådan uppdelning göras både inom den klassiska sektorn och inom försörjningssektorerna. Med en analog tolkning av begreppet *självständig enhet* inom försörjningssektorerna borde det krävas att enheten har en egen inköpsorganisation och en självständig upphandling för att anses som en upphandlande enhet. En självständig del av en statlig myndighet kan därmed bli skadeståndsskyldig vid offentlig upphandling.

När det gäller bolag, föreningar, samfälligheter och stiftelser kan tolkningsproblem uppkomma. Enligt lagtexten, 1 kap 5§ med hänvisning till 6§, skall även dessa anses som upphandlande enhet om de har

inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär och

1. vars kapital huvudsakligen har tillskjutits av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet, eller

²⁶ Med försörjningssektorerna avses vatten-, energi-, transport-, och telekommunikationsområdena.

²⁷ Forsberg, a a s 31.

²⁸ Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling, s 87.

²⁹ A a s 88.

2. vars upphandling står under statlig eller kommunal tillsyn eller en tillsyn av en annan upphandlande enhet, eller

3. vars styrelse till mer än halva antalet ledamöter utses av staten, en kommun, ett landsting, en kyrklig kommun eller en annan upphandlande enhet.

Dessutom omfattas sammanslutningar av de i 6§ nämnda subjekten av LOU.³⁰

EG-domstolen har i en dom³¹ behandlat frågan om när offentligägda bolag skall omfattas av begreppet upphandlande enhet.

Målet gällde ett österrikiskt företag vars verksamhet till övervägande del bestod i ren affärsverksamhet. Fråga uppkom om detta företag skulle tillämpa direktiv 93/37/EEG vid upphandling av en byggentreprenad. Företaget hade bildats i syfte att framställa officiella handlingar och ägdes av österrikiska staten. Domstolen konstaterade att det inte har någon betydelse om en enhet har full frihet att ingå kommersiella avtal med andra uppdragsgivare än sådana som omfattas av direktivet, om enheten har bildats *i syfte* att täcka behov i det allmännas intresse, och dessa behov inte är av industriell eller kommersiell karaktär. Därav följer, att andelen uppdrag för det allmänna är ointressant, om enheten *i sig* omfattas av direktivet. Av nämnda rättsfall kan också dras slutsatsen, att om en enhet *visserligen* har bildats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, men detta behov *är* av industriell eller kommersiell karaktär, så omfattas denna enhet inte av upphandlingsdirektiven även om enheten ägs i sin helhet av en myndighet.

Detta mål har i Sverige givit upphov till olika tolkningar av begreppet kommersiell karaktär, vilket har inneburit praktiska tillämpningsproblem vid kommunala bolags upphandling. De olika tolkningarna har medfört oönskade effekter avseende leverantörers möjlighet att erhålla skadestånd, och jag återkommer till detta problem nedan.

³⁰ Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, s 29.

³¹ Mål C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG m fl mot Strohal Rotationsdruck GesmbH.

4.4 Förfarandet

Lagens första kapitel är i huvudsak tillämpligt på alla former av offentlig upphandling.

I den enskilda upphandlingen är det flera olika faktorer som styr vilka övriga regler i LOU som blir tillämpliga. Enkelt uttryckt handlar det om *vad* som skall upphandlas och *värdet* av det upphandlade. När det gäller varor och byggentreprenader regleras förfarandet av i lagen angivna tröskelvärden som avgör om en upphandling skall omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna i 2 och 3 kapitlen eller av de nationella reglerna i 6 kapitlet. Upphandling av tjänster regleras olika beroende på om den aktuella tjänsten är en A- eller B-tjänst. För A-tjänster används också tröskelvärden för att bestämma om upphandlingen skall genomföras med tillämpning av 5 eller 6 kapitlet. B-tjänster regleras i sin helhet i 6 kapitlet.

I grova drag kan det sägas att de olika kapitlen reglerar:

- annonsering
- upphandlingens form
- utformning av förfrågningsunderlag
- utvärdering av anbud
- rättsmedel

4.4.1 Annonsering

En offentlig upphandling över tröskelvärdena eller av A-tjänster skall annonseras i Europeiska Gemenskapernas Tidning (EGT). Syftet med detta är att främja konkurrensen mellan stater-na.³² Lagen innehåller också bestämmelser om förhandsannonsering i vissa fall.

4.4.2 Upphandlingsformer

Lagen innehåller fem olika upphandlingsformer:

- 1) Öppen upphandling
- 2) Selektiv upphandling
- 3) Förhandlad upphandling
- 4) Förenklad upphandling

³² SOU 1999:139 s 75

5) Direktupphandling

Vilken upphandlingsform som skall användas beror på omständigheterna i det enskilda fallet.

I en *öppen* upphandling får alla intresserade leverantörer lämna anbud. Denna upphandlingsform används vid upphandling över tröskelvärdet. Som huvudregel inforas anbud genom annons, och anbuden prövas och antas utan förhandling med anbudsgivarna.

En *sektiv* upphandling kännetecknas av samma grundförutsättningar som en öppen upphandling, och den upphandlande enheten skall annonsera om de förutsättningar som krävs för anbud. Därefter får den upphandlande enheten välja ut minst fem leverantörer som erbjuds att lämna anbud. En selektiv upphandling kan användas för att uppnå ett rimligt förhållande mellan upphandlingens värde och de kostnader som är förbundna med förfarandet. Som huvudregel får selektiv upphandling användas endast om det finns ett stort antal tänkbara leverantörer inom området.

Förhandlad upphandling är en upphandlingsform som får användas i undantagsfall. Förutsättningen är att de anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, eller att det vid en öppen eller selektiv upphandling inte har lämnats några anbud. Om dessa krav är uppfyllda kan den upphandlande enheten inbjuda vissa leverantörer att lämna anbud. Förhandlingar får ingås med en eller flera leverantörer.

Förenklad upphandling är den upphandlingsform som används vid upphandlingar enligt sjätte kapitlet, vilket innebär upphandlingar under tröskelvärdena och upphandlingar av B-tjänster. Alla leverantörer har rätt att delta, leverantörer skall lämna skriftligt anbud och den upphandlande enheten får förhandla med anbudsgivare. Anbud får antas utan föregående förhandling om detta anges i förfrågningsunderlaget.

Vid en *direktupphandling* kan en upphandlande enhet upphandla direkt från en leverantör utan inforande av anbud. Förutsättningarna för en direktupphandling är strikt reglerade. Formen får användas vid synnerliga skäl, t ex stor brådska som orsakats av omständigheter utanför den upphandlande enhetens kontroll. Direktupphandling får också användas om värdet av det upphandlade är lågt. Gränsen för vad som skall anses som lågt värde sätts av den

upphandlande enheten, men NOU har ansett att ett värde om två basbelopp är rimligt som gräns vid direktupphandlingar av kvalificerade tjänster. För varor anser NOU att ett basbelopp är en lämplig gräns.³³ Nämnden har också angivit att en upphandling till ett värde om fem basbelopp aldrig kan anses som lågt. Om de angivna kraven för direktupphandling inte uppfylls, är det fråga om en *otillåten direktupphandling* enligt tillsynsmyndighetens terminologi.

4.4.3 Förfrågningsunderlag

En mycket viktig post i upphandlingsförfarandet utgörs av förfrågningsunderlaget. Det är genom detta underlag som den upphandlande enheten skall förmedla alla de krav och önsningar som leverantörerna har att beakta när de utformar sina anbud. Ett förfrågningsunderlag skall normalt bestå av en kravspecifikation, kontraktsvillkor, administrativa bestämmelser samt utvärderingskriterier. Den upphandlande enheten måste t ex ange om andra kriterier än det lägsta priset skall användas vid val av anbud. Om så är fallet måste dessa kriterier rangordnas och om möjligt viktas så att en leverantör kan ta ställning till de angivna kraven. Det är av central betydelse att den upphandlande enheten utformar förfrågningsunderlaget på så sätt att det överensstämmer med de EG-rättsliga principerna om likabehandling och öppenhet. De krav som måste uppfyllas av leverantören skall framgå av förfrågningsunderlaget, och dessa krav får den upphandlande enheten inte avvika ifrån när de olika anbuden senare utvärderas.

4.4.4 Anbudsutvärdering

Om förfrågningsunderlagets kravspecifikation anger lägsta pris som grund för antagande av anbud, får anbudsutvärderingen inte ske efter några andra kriterier än det lägsta priset. När det angivits att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antagas, bör anbudsutvärderingen ske i två steg: *dels* en kvalitativ bedömning utifrån de kriterier som angivits i underlaget, *dels* en bedömning av anbudspris och övriga affärsvillkor. Den kvalitativa bedömningen skall sedan vägas mot resultatet av bedömningen avseende pris och affärsvillkor.

I vissa fall skall en avslutad upphandling annonseras och rapporteras till Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer. Dessutom skall naturligtvis de olika anbudsgivarna

³³ SOU 1999:139 s 78.

informerar om utgången av upphandlingen. Den leverantör som anser att upphandlingen gått till på ett felaktigt sätt kan använda sig av de rättsmedel som anges i 7 kapitlet.

5 KOMMUNEN SOM UPPHANDLARE

5.1 Inledning

Dagens kommuner bedriver verksamhet inom vitt skilda områden och denna verksamhet påverkar i hög grad kommunens invånare i deras dagliga liv. En stor del³⁴ av Sveriges arbetsföra befolkning är dessutom anställda av kommuner. Som exempel på kommunal verksamhet kan nämnas driften av skolor och omsorg, viss övrig vård, transporter, skötsel av gator och parker, tillhandahållande av kulturell verksamhet såsom bibliotek, teatrar och museer osv. Kommunerna äger också betydande fastighetsbestånd som måste bebyggas och underhållas.

De allmänna offentlighetsrättsliga ramarna för kommunala uppgifter bestäms i kommunallagen (1991:900), KomL. Utgångspunkten för en kommuns befogenheter kan utläsas i KomL 2 kap 1§, nämligen att:

Kommuner och landsting får själva ha hand om sådana angelägenheter av allmänt intresse som har anknytning till kommunens eller landstingets område eller deras medlemmar och som inte skall handhas enbart av staten, en annan kommun, ett annat landsting eller någon annan.

I detta stadgande ryms kommunens allmänna kompetens. Lagtexten bygger på ett antal principer som utformats i praxis och sedermera kodifierats i 1991 års kommunallag. Den viktigaste principen är *allmänintresset*, som innebär att om kommunen bedriver en verksamhet och det är av allmänt intresse att verksamheten bedrivs, så är kommunen berättigad att göra detta även om endast en liten del av kommunens invånare kan dra nytta av denna verksamhet.³⁵ Allmänintresset är således ett mycket vitt begrepp och kommunal verksamhet kan ha stor spännvidd. Den offentliga upphandlingen inom kommunerna kan därför utövas inom många olikartade sektorer.

³⁴ Enligt SCB, Statistiska meddelanden, var antalet anställda inom primärkommunerna under 3:e kvartalet 1999 ca 869 300 personer. Av den totala arbetsmarknaden utgör dessa anställda 22,4%.

Eftersom KomL 2 kap 1-3§§ främst består av principer av allmän karaktär som närmast är att betrakta som målsättningsstadganden och vars materiella innebörd får avgöras i praxis, anges i 2 kap 4§ att det finns särskilda föreskrifter för kommuners och landstings kompetens på vissa områden. Exempel på sådan specialreglerad kompetens finns i t ex socialtjänstlagen och renhållningslagen. I KomL 2 kap 7§ finns grunden för kommuns rätt att bedriva näringsverksamhet, om:

...den drivs utan vinstsyfte och går ut på att tillhandahålla allmännyttiga anläggningar eller tjänster åt medlemmarna i kommunen...

När en kommun bedriver näringsverksamhet genom t ex aktiebolag får denna verksamhet därmed inte bedrivas i vinstsyfte, och verksamheten måste omfattas av allmänintresset. Innehållet i KomL 2 kap 7§ överensstämmer till stora delar med lagtexten i LOU 1 kap 6§, med det undantaget att det behov, *i det allmännas intresse*, som bolaget bildats för att uppfylla inte får vara av *kommersiell karaktär* för att falla under definitionen upphandlande enhet enligt LOU. Skillnaderna i lagtextens skrivning är sannolikt inte avsedda att tolkas såsom materiella skillnader, utan avsikten är troligen att alla kommunala bolag skall omfattas av termen upphandlande enhet i enlighet med EG-domstolens tidigare omnämnda dom i mål C-44/96.³⁶

Skillnaderna i ordalydelse har emellertid medfört praktiska problem vid tolkningen av om ett kommunalt bolag skall omfattas av LOU. Det förekommer att företrädare för kommunala bolag anser att bolaget inte skall omfattas av LOU eftersom bolagets verksamhet går med vinst utan att detta är verksamhetens *syfte*, vilket ligger inom ramen för kommunallagens bestämmelser. Därmed har enligt dessa representanter för bolagsledningen verksamheten *kommersiell karaktär* och upphandling kan därför göras utan beaktande av bestämmelserna i LOU.³⁷ Tillsynsmyndigheten NOU delar inte denna uppfattning. Enligt tillsynsmyndigheten skall rekvisitet kommersiell karaktär tolkas så, att enhetens *behov* måste vara kommersiellt för att falla utanför definitionen av upphandlande enhet. NOU har inte tillerkänts talerätt i lagen och kan därmed inte självständigt föra talan för att få tolkningen prövad. Vad gäller betydelsen av skillnaderna i tolkning för t ex försäkringsgivare så återkommer jag till detta nedan.

³⁵ För en diskussion om de olika principerna i KomL 2 kap och de rättsliga ramarna för dessa se t ex Bohlin, Kommunalrättens grunder s 83 ff och Madell, Det allmänna som avtalspart s 181 ff.

³⁶ Hentze/Sylvén, Offentlig upphandling s 132.

³⁷ Se t ex artikeln "Göteborg trotsar upphandlingslag" ur Dagens Industri 99-09-13.

5.2 Kommunen som upphandlande enhet

5.2.1 Kommunernas kompetens

Stora delar av den kommunala verksamheten sköts i egen regi, genom t ex beställar- och utförarenheter, och andra verksamheter kan drivas av kommunala bolag. De för kommunen nödvändiga varor och tjänster som inte kan produceras och utföras inom det kommunala rättssubjektet måste upphandlas utifrån. Eftersom en kommun är en juridisk person och anses som en och samma upphandlande enhet oavsett dess storlek, har det stor betydelse för den praktiska upphandlingen hur kommunen valt att organisera sin verksamhet. När det gäller de praktiska förutsättningarna för att genomföra en effektiv upphandling så varierar dessa mycket mellan olika kommuner, beroende bl a på kommunens storlek och organisation.

5.2.1.1 Större kommuner

Generellt kan sägas att stora kommuner har större möjligheter att styra formerna för upphandling än små kommuner. Eftersom större kommuner typiskt sett genomför ett större antal upphandlingar än små kommuner har de större kommunerna ofta utvecklat bättre förutsättningar för att hantera upphandling. Större kommuners organisation och ekonomiska förutsättningar medger ofta också inrättandet av särskilda upphandlingsenheter. Eftersom kommuner bedriver verksamhet inom vitt skilda områden ställs stora krav på den kommunale inköparens kompetens. ”Den ena dagen skall den kommunale inköparen upphandla IT-produkter och den andra dagen ett äldreboende.”³⁸ Det krävs därför specialistkunskaper inom flera områden samt en organisation som kan tillvarata och utveckla de erfarenheter som kommunen har av upphandling i stort.

5.2.1.2 Mindre kommuner

Det nu sagda innebär inte att små kommuner har ett mindre behov av att kontrollera sin upphandling. Även om större kommuner hanterar fler upphandlingar är det naturligtvis av lika stor vikt att de upphandlingar som genomförs i en mindre kommun hanteras korrekt. På grund av flera olika faktorer, bl a mindre organisation, bristande erfarenhet av upphandling och brist

på resurser är det enligt en undersökning genomförd av Demoskop³⁹ främst små upphandlande enheter som brister i kompetens vid upphandling. Utöver storleken på den upphandlande enheten synes det också vara av betydelse om den upphandlande enheten tillämpar centralstyrd eller decentraliserad upphandling. Det är vanligt att större upphandlande enheter inrättar särskilda upphandlingsenheter som främst har till uppgift att handla upp ramavtal för enhetens olika förvaltningar. Det är också vanligt att dessa upphandlingsenheter bistår enskilda förvaltningar med rådgivning inför upphandling som berör den enskilda förvaltningen.

5.2.1.3. Organisation

I en undersökning⁴⁰ genomförd av NOU framgår att upphandling organiseras på olika sätt i olika kommuner. Organisatoriskt förekommer allt mellan centralstyrd upphandling och helt decentraliserad upphandling. Enligt de slutsatser NOU dragit har de kommuner som har en centraliserad upphandling uppnått större besparingseffekter än de kommuner som har en decentraliserad upphandling. Skälen till denna besparing är enligt undersökningen främst att centrala upphandlingsenheter har större möjlighet att samordna och specialisera sin upphandling. Detta innebär också att centrala upphandlingsenheter uppnår en högre kompetens inom olika upphandlingsområden.

Även om undersökningen inte behandlar effekter av skadestånd utan främst vilka ekonomiska effekter, t ex i form av besparingar, som tillkomsten av LOU har medfört för upphandlande enheter så är min uppfattning att resultatet av undersökningen också kan användas för att utröna vilken organisationsform som typiskt sett löper störst risk att begå fel som kan medföra skadeståndsanspråk i sin upphandling. Då central upphandling enligt NOU:s undersökning innebär en högre grad av specialisering och kunskap inom olika områden får detta naturligtvis till effekt att förmågan att följa LOU:s bestämmelser ökar. Min uppfattning är därför att centralstyrd upphandling *generellt sett* minskar risken för skadeståndsgrundande fel jämfört med upphandling som genomförs av decentraliserade enheter.

³⁸ SOU 1999:139 s 139

³⁹ Demoskop på uppdrag av Industriförbundet: Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning s 45. Nämnda undersökning bygger på ett relativt begränsat urval. I undersökningen genomfördes djupintervjuer med 28 personer med erfarenhet av anbudsgivning och med 7 personer med erfarenhet av offentlig upphandling. Min åsikt är därför att resultatet av undersökningen inte bör användas som självständig grund för uppfattningen att mindre upphandlande enheter generellt besitter sämre kompetens inom offentlig upphandling.

⁴⁰ NOU, Effekter av lagen om offentlig upphandling.

Som exempel på en kommun som valt att till stora delar centralisera sin upphandling kan nämnas Göteborgs stad. De flesta upphandlingar som genomförs av Göteborgs stad utförs praktiskt av det helägda bolaget Göteborgs Stads Upphandlings AB. Detta bolag har mandat från kommunstyrelsen och kommunfullmäktige att genomföra upphandlingar på uppdrag av kommunen. De flesta upphandlingar som Göteborgs Stads Upphandlings AB genomför är i form av ramavtal. När varor eller tjänster upphandlas i form av ramavtal är den upphandlade mängden beräknad på det totala behovet av varan eller tjänsten för den upphandlande enhetens olika enheter eller förvaltningar. Leverantören av varan eller tjänsten garanteras därför ingen individuell volym. Efter ingånget avtal har de olika enheterna rätt att göra avrop, dvs beställningar som utgår från det egna behovet. För att kunna erhålla bästa möjliga anbud samarbetar Göteborgs Stads upphandlings AB ofta med andra kommuner i regionen. Bolaget har t ex ett samarbetsavtal med Mölndals kommun. Ingångna ramavtal omfattar därför ofta flera kommuner, och varje berörd förvaltning har rätt att göra avrop från ramavtalet.

Eftersom Göteborgs Stads Upphandlings AB är ett aktiebolag och de upphandlade ramavtalen tecknas mellan bolaget och den aktuella leverantören så är det bolaget, inte kommunen, som är den upphandlande enheten. Detta beror på att den ”organisation som avropar en vara eller tjänst på ramavtalets villkor anses inte göra en upphandling i LOU:s mening. Själva avropen är därför att anse som ett undantag till LOU.”⁴¹ Vid eventuella fel i upphandlingen är det därför upphandlingsbolaget som kan bli skadeståndsskyldigt. Göteborgs Stads Upphandlings AB har inte behövt betala något skadestånd på grund av felaktig upphandling. Om detta skulle inträffa så är bolaget försäkrat i det kommunala Försäkrings AB Göta Lejon. Utöver upphandling av ramavtal så bistår upphandlingsbolaget kommunen med konsultupphandlingar rörande behov av varor och tjänster som är specifika för staden eller en enskild förvaltning. I dessa fall är det oftast kommunen, Göteborgs stad, som är den upphandlande enheten eftersom det upphandlade avtalet tecknas mellan kommunen och leverantören. Göteborgs stad har försäkringsskydd i Göta Lejon som betalar den del av eventuellt skadestånd som överstiger 10 basbelopp.

Av de undersökningar jag studerat framgår inte hur många av de mindre upphandlande enheterna som använder sig av centralstyrd upphandling genom t ex särskilda upphandlingsenheter. På grund av att mindre kommuner ofta genomför färre upphandlingar samt ofta har en enklare organisation och lägre skatteintäkter än stora kommuner är det enligt min uppfattning sanno-

likt att flertalet mindre kommuner inte bedriver offentlig upphandling genom särskilda upphandlingsenheter. Om en kommuns olika förvaltningar självständigt upphandlar det behov förvaltningen har av varor och tjänster är det sannolikt att den enskilda förvaltningen inte besitter samma kompetens inom upphandling som en central enhet. Därmed ökar risken för att fel begås under upphandlingen.

Detta betyder inte att kommuner med central upphandlingsenhet inte begår några fel under sin upphandling. Även om dessa kommuner har större möjlighet att kontrollera hur de flesta upphandlingar genomförs betyder det inte att alla upphandlingar går till på ett lagenligt sätt.

”Även i sådana upphandlande enheter där man har tillgång till kunniga medarbetare och byggt upp väl fungerande inköpsrutiner hanteras en stor del av den offentliga upphandlingen utanför de professionella inköpsavdelningarna.”⁴² Fel och brister i offentlig upphandling förekommer inom alla organisationer.

5.3 Kommunala bolag som upphandlande enhet

Bland kommunala bolag förekommer liksom inom kommunerna stora organisatoriska skillnader. De kommunala bolagens verksamhet är också mycket varierande. Vissa bolag, som t ex Göteborgs Stads Upphandlings AB, har som primär uppgift att genomföra upphandlingar medan andra bolag sällan eller aldrig bedriver upphandlingsarbete. Detta medför att bolagens kompetens inom offentlig upphandling varierar kraftigt.

5.3.1 Bolagens kompetens

Eftersom variationen mellan olika kommunala bolags verksamhet, styrning och erfarenhet av offentlig upphandling är stor är det svårt att dra slutsatser rörande bolagens generella kompetens. Det som kan sägas är att förutsättningarna för att genomföra korrekta upphandlingar är beroende av samma faktorer som för kommunerna. Detta innebär att de bolag som inser vikten av korrekt genomförd upphandling och därmed vidtar de åtgärder som krävs för att uppnå detta också har störst möjlighet att lyckas.

⁴¹ Hentze/Sylvén s 96

⁴² SOU 1999:139 s 14

På grund av att kommunala bolag är egna juridiska personer och ofta driver sin verksamhet utan direkt medverkan av sin ägare kommunen utnyttjas inte alltid kommunernas kompetens inom området när bolagen själva genomför upphandlingar. Det är också påfallande vanligt att kommunala bolag genomför upphandlingar utan att tillämpa LOU. Skälet till detta är oftast att representanter för bolaget inte anser att bolaget omfattas av begreppet upphandlande enhet enligt 1 kap 5,6 §§ LOU. Inom bolagssektorn förekommer också, i högre grad än inom kommunerna, att LOU inte tillämpas på grund av ren okunskap om lagens förekomst och innehåll. Trots att denna typ av fel, att en upphandlande enhet underlåter att tillämpa LOU, måste anses vara av allvarlig art medför detta inte de konsekvenser ur skadeståndssynpunkt som kunnat förväntas. Jag återkommer till detta nedan.

5.4 Fel och brister vid upphandling

För att kunna ge en bild av de vanligaste fel som begås av upphandlande enheter vid offentlig upphandling har jag valt att använda mig av uppgifter från en undersökning som genomförts av nämnden för offentlig upphandling. Skälet till att jag inte använder uppgifter direkt från de upphandlande enheterna är att kommuner och kommunala bolag ofta inte är medvetna om de egna felen. Detta dels beroende på att enheten trots sig tillämpa LOU korrekt, och dels beroende på att inte ens en central upphandlingsenhet i en större kommun känner till alla upphandlingar som genomförts i kommunens olika förvaltningar.

NOU har i en rapport⁴³ kartlagt fel och brister vid offentlig upphandling som kommit till nämndens kännedom. För att kartlägga felen och bristerna har NOU främst använt sig av rättsfall från förvaltningsdomstolarna och de allmänna domstolarna. Nämnden har också använt sig av material från egna ärenden, tidningsartiklar och liknande källor. Det totala antalet kartlagda poster uppgår till 578 stycken. Det framgår inte av rapporten hur många av dessa poster som berör fel och brister begångna av kommuner och kommunala bolag utan kartläggningen behandlar alla typer av upphandlande enheter.

Av det undersökta materialet framgår att upphandlande enheter begått fel inom 33 olika områden, dvs inom olika stadier i upphandlingen. Inom flertalet av de olika områdena redovisas endast ett fåtal begångna fel, och de till antalet flesta felen har begåtts inom 5 upphandlingsområden:

⁴³ NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, 1999-08-19.

- Val av upphandlingsförfarande: otillåten direktupphandling - 89 poster
- Förfrågningsunderlag: kravspecifikation – 41 poster
- Anbudsprövning: nya hänsyn – 41 poster
- Anbudsprövning: utvärderingskriterier – 39 poster
- Förfrågningsunderlag: utvärderingskriterier – 32 poster

Inom dessa 5 av totalt 33 olika områden har 242 olika fel eller brister registrerats. Även om långt ifrån alla av de registrerade posterna härrör från rättsfall så är samtliga av NOU kända skadeståndsmål med bifallande domar representerade inom de fem ovannämnda upphandlingsområdena.

6 RISKEN FÖR SKADESTÅND

6.1 Inledning

Som tidigare angivits är förekomsten av fel och brister under offentlig upphandling relativt stor. Merparten av dessa fel är inte av den arten att de medför skadestånd. Detta beror delvis på det faktum att den leverantör som yrkar skadestånd ställs inför höga beviskrav. I många fall är detta helt i sin ordning och i enlighet med lagstiftarens syfte. Detta är dock långtifrån alltid fallet då de beviskrav som ställs på leverantören emellanåt kan få oväntade konsekvenser. För att kunna göra en bedömning av risken för skadestånd vill jag inleda med en sammanställning av de rättsfall som jag fått kännedom om genom nämnden för offentlig upphandling.

När det gäller skadeståndsmål i allmän domstol består enligt NOU det totala antalet poster av 21 mål som kommit till nämndens kännedom fram till maj 1999. I 13 av dessa mål är den upphandlande enheten en kommun, och i 2 mål är den upphandlande enheten ett offentligägt bolag.

Utgången av de olika målen framgår av följande sammanställning⁴⁴:

⁴⁴ A a s 9

Benämning	Innebörd	Antal beslut/domar
Avskrivs	Målet har avskrivits t ex på grund av att leverantören återkallat sin talan, klaganden saknar talerätt.	1
Bifall	Om leverantören tillerkänts skadestånd har det registrerade målet oavsett instans fått beteckningen ”Bifall”.	5
Delvis bifall	Domstolen har bifallit delar av leverantörens talan.	1
Ogillas	Leverantörens talan ogillas. Domstolen har inte funnit att den upphandlande enheten gjort fel och att leverantören därmed inte åsamkats någon skada.	5
Ogillas (s)	Leverantörens talan ogillas med anledning av att denne inte visat att skada uppstått. I dessa fall har domstolen dock konstaterat att den upphandlande enheten brutit mot LOU.	6
Preskriberat	Leverantörens talan har avvisats pga att preskriptionstiden löpt ut.	3
Totala antalet beslut/domar		21

Som framgår av sammanställningen har skadestånd bifallits⁴⁵ i fem mål av samtliga 21 skadeståndsmål, dvs i ca 24% av målen. Av de bifallande domarna är två hänförliga till utformningen av förfrågningsunderlag. Domstolarna fann i båda dessa fall att de upphandlande enheterna hade brutit i utformningen av de utvärderingskriterier som enheterna avsåg att tillämpa vid val av anbud. De återstående tre bifallande domarna rör brister i anbudsprövningen. I ett av målen fann domstolen att den upphandlande enheten inte genomfört sin utvärdering av inkomna anbud i enlighet med upphandlingsreglerna. I två av

⁴⁵ För att uppsatsen skall kunna göra anspråk på att redovisa en trovärdig bild av de effekter som skadeståndsbestämmelserna för med sig för upphandlande enheter och riskbärare, måste hänsyn naturligtvis även tas till alternativa lösningar till skadestånd i anslutning till ett tvistemål. Jag tänker då närmast på förlikningar. Inom detta område förekommer dock ingen statistik. Enligt en uppskattning gjord av advokat Roger Hagman, som har stor erfarenhet av upphandlingstvister, är förlikningar inte särskilt vanliga inom denna typ av tvist. Han uppskattar förekomsten till 2:1, dvs två förlikningar per bifallande dom. Som skäl till denna relativa ovilja från

målen hade de upphandlande enheterna tagit nya hänsyn vid utvärderingen av anbuden, dvs beaktat omständigheter som inte framgick av förutsättningarna i förfrågningsunderlagen. Detta var också fallet i det mål som delvis bifölls.

Även om hänsyn tas till en viss felmarginal, dvs den eventualiteten att NOU inte skulle ha kännedom om samtliga skadeståndsmål rörande offentlig upphandling, så är antalet skadeståndsmål i allmän domstol mycket få jämfört med det antal fel som sannolikt begås under offentliga upphandlingar.

Det finns enligt min uppfattning flera olika skäl till detta. En leverantörs förutsättningar för att erhålla skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset styrs som tidigare nämnts av LOU 7 kap 6§. Detta lagrum lyder:

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

6.2 Rättsliga skäl

6.2.1 Leverantörens bevisbörda

Enligt förarbetena⁴⁶ krävs för att skada skall ha uppkommit att leverantören i princip skall ha förlorat kontraktet på grund av felet. Dessutom måste leverantören visa den uppkomna ekonomiska skadan.

Först och främst måste den upphandlande enheten ha begått ett fel, dvs brutit mot LOU i något avseende. Detta bereder i allmänhet inga större svårigheter att bevisa. När det däremot gäller att visa att leverantören förlorat kontraktet på grund av det begångna felet kan detta vara mycket svårt att visa. I den enligt NOU mycket vanliga situationen då en upphandlande enhet genomför en otillåten direktupphandling, dvs upphandlar utan att överhuvudtaget beakta LOU:s bestämmelser, är det näst intill omöjligt för leverantören att visa att denne skulle erhållit kontraktet. I denna situation saknas alla handlingar som skulle kunna ha använts av leverantören i dennes bevisföring. Något förfrågningsunderlag eller några andra anbud att jäm-

de upphandlande enheternas sida att ingå förlikningar anger han att en förlikning sannolikt är svårare att motivera för skattebetalarna än en bifallande dom.

⁴⁶ Prop. 1992/93:88 s 103

föra med finns inte eftersom LOU inte har använts. Enligt NOU:s rapport⁴⁷ är otillåten direktupphandling det i särklass vanligaste felet som begås av upphandlande enheter. Av de skadeståndsmål som redovisats har otillåten direktupphandling anförts som fel i tre mål.⁴⁸ I ett mål ansågs talan vara preskriberad och i de andra två lyckades leverantören inte visa någon skada. Inget skadestånd har således utdömts på grund av otillåten direktupphandling trots att detta är det vanligaste fel som begås.

Detta innebär i praktiken att det i dag inte finns några effektiva skadeståndssanktioner mot en upphandlande enhet som genom otillåten direktupphandling helt bortser från det regelverk som omgärdar offentlig upphandling.⁴⁹ För den upphandlande enhet som däremot anstränger sig att följa reglerna i LOU, och därmed löper risken att vid begånget fel behöva betala skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset, ter sig situationen naturligtvis orättvis och ohållbar.

Även om en leverantör lyckas bevisa att ett fel har begåtts och att leverantören förlorat kontraktet på grund av felet, så återstår för att skadestånd skall kunna utgå också att leverantören kan visa den uppkomna ekonomiska skadan. Det är i dag mycket vanligt att upphandlingar genomförs i form av ramavtal.⁵⁰ De flesta upphandlingar som genomförs av centrala upphandlingsenheter och av särskilda upphandlingsbolag är av denna typ, och ur den upphandlande enhetens synpunkt är denna avtalstyp många gånger att föredra eftersom den varu- eller tjänstevolymer som upphandlas genom ramavtal ofta är mycket stor. Detta beror på att den upphandlande enheten kan upphandla hela organisationens behov av varan eller tjänsten på en gång, vilket kan generera förmånligare anbud än om detta behov hade upphandlats i mindre delar av respektive enhet. Det finns inga givna gränser för hur stora värden som får upphandlas genom ramavtal, och inte heller några angivna gränser för hur många upphandlande enheter som får delta i samma ramavtal. Hur stor omfattning ett ramavtal får ha styrs av de grundläggande principerna om affärsmässighet. Vid bedömning av ett ramavtals överensstämmelse med bestämmelserna i LOU måste avtalets effekter på konkurrensen undersökas.

Om den upphandlande enheten begår ett fel i sin upphandling av ramavtal, kan detta få besvärliga konsekvenser för leverantörens möjligheter att erhålla skadestånd.

⁴⁷ NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling s 13

⁴⁸ A a s 17

⁴⁹ SOU 1999:139 s 153

⁵⁰ NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling s 36

Detta beror på att det är mycket svårt för leverantören att visa den uppkomna ekonomiska skadan. Vid ingåendet av ett ramavtal garanteras inte leverantören någon individuell volym av den vara eller tjänst som skall levereras. Avtalet omfattar ett uppskattat totalbehov, och de förvaltningar eller andra grupper som ingår i den upphandlande enheten kan därefter, som tidigare nämnts, göra avrop utifrån förutsättningarna i ramavtalet. Eftersom leverantören inte garanteras att få leverera den volym som avtalats, utan endast förbinder sig att vid den upphandlande enhetens *behov* kunna leverera den avtalade volymen, är det också mycket svårt för en leverantör att visa den uppkomna ekonomiska skadan i en eventuell skadeståndprocess.

6.2.2 Preskription

Utöver leverantörens svårigheter att uppfylla de beviskrav som kan uppstå i situationer som ovan, uppkommer också risken för att talan skall avvisas på grund av att stämningsansökan inkommit för sent. Preskriptionsfristen i skadeståndsmål bestäms genom 7 kap 8§ LOU och lyder:

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom ett år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Om en leverantör genom andra rättsmedel, t ex överprövning vid förvaltningsdomstol enligt 7 kap 2§ LOU eller klagomålsärende hos EG-kommissionen, försöker få ett felaktigt upphandlingsbeslut ändrat ”...finns risk för att domen eller yttrandet inte hinner meddelas den klagande innan tidsfristen för skadestånd löpt ut. Om EG-domstolen skulle pröva en upphandling och kanske konstatera att ett allvarligt fel begåtts vid upphandlingen skulle leverantörens rätt till skadestånd med all sannolikhet vara förlorad.”⁵¹ I den redovisade sammanställningen över de 21 skadeståndsmål som behandlats av NOU framgår att 3 mål har avvisats på grund av att stämningsansökan inkommit för sent.

Det verkliga antalet leverantörer som lidit skada på grund av den korta preskriptionsfristen är svårt att uppskatta eftersom de som uppmärksammat preskriptionsregeln rimligen avstår från att lämna in stämningsansökan om tidsfristen gått ut. Enligt min uppfattning är det dock sannolikt att betydligt fler leverantörer hade försökt få sin sak prövad i en skadeståndprocess efter

⁵¹ NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling s 27

att ha sökt rättelse genom andra rättsmedel om tidsfristen för en sådan prövning varit längre än ett år.

De här angivna problemen bör ses som exempel på några av de svårigheter som leverantörer står inför när det gäller skadeståndsprocesser. Av det material jag haft till mitt förfogande framgår att det begås många fel under upphandlingar. Även om mycket tyder på att fler fel begås av mindre, decentraliserade upphandlande enheter än av större enheter med centralt styrd upphandling så förekommer felaktigheter inom alla organisationstyper. När det gäller skadeståndsmål av denna typ, där den felande parten kan tvingas utge mycket stora belopp innefattande motpartens förlorade handelsvinst, är det å ena sidan naturligtvis rimligt att kravet på bevisad skada ställs högt. Å andra sidan motverkas skadeståndsbestämmelsens syfte, bland annat att utgöra en prevention mot missbruk av upphandlingsreglerna, av det faktum att upphandlande enheter i vissa fall går helt fria genom att kringgå reglerna.

6.3 Andra orsaker

6.3.1 Ekonomiska skäl

Utöver de rent rättsliga orsakerna till att skadeståndsmål är relativt sällsynta finns också andra skäl, däribland ekonomiska eller affärsmässiga, till att en leverantör avstår från en skadeståndstalan. Eftersom kommuner och kommunala bolag ofta handlar upp stora volymer kan ett kontrakt med en sådan enhet vara mycket viktigt för en mindre eller medelstor leverantörs verksamhet. Leverantörer är därför i allmänhet mycket måna om att upprätthålla en god relation till en sådan beställare. Av de 120 leverantörer inom olika branscher som NOU tillfrågat uppgav därför 60 % att de avstått från att vidta rättsliga åtgärder mot en upphandlande enhet som enligt leverantörens åsikt begått fel vid upphandling. Det främsta skälet till detta var enligt leverantörerna att det fanns risk för att bli svartlistad från deltagande i framtida upphandlingar.⁵²

6.3.2 Övriga skäl

Som övriga skäl mot att driva processer mot en upphandlande enhet uppgav de tillfrågade leverantörerna att det var svårt att förutse utgången av en process, att det rättsliga förfarandet är krångligt samt att en övervägande majoritet av leverantörerna inte ansåg sig ha en möjlig-

⁵² NOU: Effekter av lagen om offentlig upphandling s 42.

het att bedöma om en offentlig upphandling hanterats korrekt eftersom tillräcklig kunskap inom området saknades.

6.4 Slutsats

På grund av flera olika skäl, bland annat beviskrav, preskriptionstider, affärsmässiga orsaker och okunskap anser jag att risken för en upphandlande enhet att behöva betala skadestånd på grund av fel i upphandling är liten, *statistiskt* sett. I det enskilda fallet finns det naturligtvis en faktisk risk som inte skall underskattas. Av det material jag studerat framgår att risken för skadestånd är relativt stor om fel begås inom vissa upphandlingsområden, t ex anbudsprövningen, medan risken kan anses som mycket liten när det gäller exempelvis otillåten direktupphandling. För den upphandlande enhet som faktiskt drabbas kan konsekvenserna naturligtvis bli stora. Det är därför viktigt för kommuner och kommunala bolag att hantera risken på ett ekonomiskt lämpligt sätt. Detta kan t ex göras genom kontinuerlig utbildning av inköpare och genom att övervältra delar av risken på en annan part.

7 SKYDDSMÖJLIGHETER

7.1 Inledning

För kommunen och dess invånare är det naturligtvis väsentligt att genom riskfördelning skydda sig mot skadeståndskrav som beror på fel begångna i verksamheten. De kommunala bolagen har samma intresse av skydd. Paradoxalt nog kan det sägas att detta intresse står i motsatsförhållande till det primära syftet med skadeståndsbestämmelserna. Med detta menar jag att bestämmelsernas syfte att utgöra en prevention mot felaktigheter i viss mån motverkas när den ekonomiska risken övervältras på annan part. Icke desto mindre finns det flera skyddsmöjligheter att tillgå för upphandlande enheter. Ur enhetens perspektiv är det viktigt att välja bästa möjliga lösning för att minimera den egna risken

7.2 Försäkring

För att skydda sig ekonomiskt mot skadeståndskrav vid fel enligt LOU har upphandlare möjlighet att teckna ansvarsförsäkring. När det gäller skydd för kommuner och kommunala bolag såsom upphandlare är en vanlig form för detta skydd att teckna en tilläggsförsäkring till den

traditionella ansvarsförsäkring som försäkringsgivare erbjuder. Eftersom skadestånd för fel enligt LOU är att anse som en ren förmögenhetsskada omfattas inte denna typ av skada av traditionella ansvarsförsäkringsvillkor. Ansvarsvillkor omfattar som huvudregel endast skadeståndsskyldighet för sak- och personskada. Av de kommunförsäkringsgivare jag varit i kontakt med erbjuder samtliga möjlighet att som tillägg teckna skydd för skadestånd enligt LOU.

7.2.1 Försäkringsvillkor för LOU-skada

Utformningen av själva villkoret skiljer sig inte nämnvärt åt mellan de olika försäkringsgivarna. Av de villkor jag studerat är den vanligaste skrivningen följande:

Vad försäkringen omfattar

Ren förmögenhetsskada Försäkringen omfattar även skadeståndsskyldighet för ren förmögenhetsskada enligt lagen om offentlig upphandling (1992:1528).

Som synes begränsar inte försäkringsgivaren sitt ansvar när det gäller försäkringens omfattning. Försäkringen omfattar således alla typer av fel som kan begås under upphandling och som leder till skadeståndsskyldighet enligt 7 kap LOU. Gemensamt för studerade villkor är också att försäkringsgivaren åtar sig att:

utreda om skadeståndsskyldighet föreligger

förhandla med den som kräver skadestånd

föra försäkrads talan vid rättegång och skiljemannaförfarande och därvid betala de rättegångs- och skiljemannakostnader som försäkrad åsamkas eller åläggs att betala och som inte kan utfås av motpart eller annan

betala – inom försäkringens ram – det skadestånd den försäkrade är skyldig att utge.

Denna typ av åtagande används såvitt jag kan förstå generellt inom försäkringsbranschen när det gäller ansvarsförsäkring. Ur den försäkrades synpunkt innebär åtagandet inte bara att försäkringsgivaren *åtar* sig att utföra ovannämnda tjänster, åtagandet kan också i praktiken ses som ett förbehåll till förmån för försäkringsgivaren eftersom den försäkrade måste acceptera att de olika momenten i åtagandet utförs av försäkringsgivaren eller annan som

försäkringsgivaren anlitar. Om försäkringsgivaren inte får möjlighet att utföra de uppgifter som ingår i åtagandet kan inte försäkringen tas i anspråk av den försäkrade. Detta förbehåll är enligt min uppfattning rimligt, eftersom det är försäkringsgivaren som står för de huvudsakliga kostnaderna vid försäkringsfall.

I försäkringsgivarens åtagande ligger också en begränsning av dennes ansvar. Denna begränsning finns i sista meningen i exemplet ovan, ”betala - inom försäkringens ram –”. Det som avses med detta uttryck är att försäkringsgivaren vid försäkringsfall åtar sig att betala skadestånd upp till avtalat försäkringsbelopp. Försäkringsbeloppens storlek är likartade bland undersökta försäkringsgivare, och uppgår i genomsnitt till 1.000 000 kronor per skada och högst 2.000 000 kronor sammanlagt per försäkringsår. I det enskilda fallet kan högre försäkringsbelopp avtalas om den aktuella försäkringsgivaren anser att risken att betala ut högre belopp är försäkringsbar. När det gäller försäkringsgivarens beräkning av risken återkommer jag till detta under 8.2 nedan.

Eftersom ett försäkringsvillkor omfattande skadestånd vid offentlig upphandling är ett tilläggsvillkor till ansvarsförsäkring, omfattas detta villkor också av huvudvillkorets undantag och allmänna avtalsbestämmelser om inget annat anges. I samtliga de försäkringsvillkor jag studerat görs t ex undantag från försäkringens omfattning för förutsebar skada och skador orsakade av uppsåtliga handlingar. Dessa undantag kan, om de tillämpas strikt, återföra en del av den preventiva effekt som skadeståndet skall ha på den upphandlande enheten. För försäkringsgivaren lämnas utrymme att avböja ersättning om försäkringstagaren grovt missbrukar sina skyldigheter att tillämpa upphandlingsreglerna.

7.2.2 Ekonomiska konsekvenser av försäkring

För den kommun som väljer försäkringslösning som skydd mot kostnader i samband med skadeståndskrav pga fel vid offentlig upphandling uppkommer, precis som vid val av andra lösningar, naturligtvis både för- och nackdelar. Den främsta fördelen är att kommunen kan övervältra den övervägande delen av risken på annan part. En förutsättning för att försäkringen skall få denna funktion är att anspråk på kommunen på grund av fel i upphandling hålls inom ramen för avtalat försäkringsbelopp. Till nackdelarna hör de kostnader som är förknippade med försäkringen, däribland kostnaden för den ökning av premien som följer av att ansvarsförsäkringen även omfattar rena förmögenhetsskador vid offentlig upphandling.

Eftersom denna kostnadsökning är oberoende av om försäkringsskyddet tas i bruk eller ej, kallar jag denna kostnad för en *fast* kostnad. I de fall då försäkringen utnyttjas för att ersätta uppkommen skada utgår också en självrisk för kommunen. Självriskens storlek varierar något mellan bolagen, men efter kontakter med de undersökta försäkringsgivarna är min uppfattning att en genomsnittlig självrisk uppgår till ett basbelopp.⁵³ Eftersom denna kostnad uppkommer när försäkringen utnyttjas kallar jag detta för en *rörlig* kostnad.

7.3 Captives

7.3.1 Allmänt om captive

För stora kommuner med omfattande verksamhet kan ett captive vara ett alternativ. Ett captive är i princip ett sätt för koncerner och andra stora organisationer att finansiera de skador som kan uppstå i verksamheten. Detta kan göras genom att sprida risker på olika aktörer. Ett captive är ofta en egen juridisk person, och verkar som försäkringsgivare för dess ägare. Captivets intäkter består av premier som betalas av de företag, organisationer eller förvaltningar som är försäkrade. Tanken bakom captivekonstruktionen är bland annat att ägarna skall minska de premiekostnader som är förbundna med försäkringsskydd, genom att captivet fungerar som riskbärare upp till ett visst belopp. Storleken på det belopp som captivet vid skadefall betalar ur egen kassa varierar. Hur stor del som skall betalas ur den egna kassan bestäms av captivets ägare. Det enskilda captivet ingår avtal med en utomstående försäkringsgivare där denne vid försäkringsfall förbinder sig att ersätta viss del av skadekostnaden. Den främsta fördelen med denna lösning är att captivet minskar sina premiekostnader jämfört med om en utomstående försäkringsgivare hade stått för hela risken. Den utomstående försäkringsgivarens risk är lägre än vid traditionell, heltäckande försäkring vilket innebär att captivets premiekostnad blir mindre. Eftersom den del av premien som är hänförlig till den egna skadekostnaden stannar inom captivet, kan den del av premieintäkterna som överstiger skadekostnaden behållas i verksamheten.

7.3.2 Kommunala captives

De fördelar som skadehantering genom captivekonstruktionen erbjuder är förbehållna kommuner med relativt omfattande försäkringsbar verksamhet. Detta beror på att en av förutsättningarna för att kunna finansiera delar av skadekostnaden i egen regi är att captivet har till-

⁵³ Här avses basbelopp enligt lag om allmän försäkring. Basbeloppet för år 2000 är 36.600 kronor.

gång till betydande likvida medel. För att kunna erhålla dessa medel krävs omfattande premieintäkter.⁵⁴ En andra förutsättning är att det finns möjlighet att förvalta captivets tillgångar, ingå avtal med försäkringsgivare och reglera uppkomna skador på ett professionellt sätt. Eftersom dessa uppgifter kräver kompetent personal uppkommer också kostnader för dessa vid valet av captive som skyddslösning.

Svenska kommuner har i regel inte de förutsättningar eller den premievolymsom som krävs för att skadehantering genom captive skall vara lönsamt. Undantaget är storstadskommunerna, och då främst Stockholms stad, Göteborgs stad och Malmö stad.

De två förstnämnda har valt att använda captiveformen för sin skadehantering. Stockholms stad är ägare till captivet St Erik Försäkring, och Göteborgs stad äger captivet Försäkrings AB Göta Lejon.⁵⁵ De båda captiven har det gemensamt att syftet med verksamheten är dels att erbjuda och samordna försäkringslösningar, och dels att förbättra riskhanteringen i den egna kommunkoncernen.

När det gäller ansvarsförsäkring som omfattar skadestånd vid offentlig upphandling har både Göta Lejon och St Erik ingått avtal med externa försäkringsgivare. Eftersom ett kommunalt captive är en upphandlande enhet i LOU:s mening har detta försäkringsskydd handlats upp i enlighet med LOU.

7.3.2.1 St Erik Försäkring

St Erik har genomfört en upphandling för Stockholms stads räkning. Den leverantör som valdes är ett internationellt försäkringsbolag med verksamhet i Sverige. De villkor som används för denna ansvarsförsäkring har utformats av St Erik och den fristående försäkringsgivaren i samarbete och omfattar även skadeståndsskyldighet vid offentlig upphandling. Försäkringen omfattar inte stadens bolag. När det gäller försäkringsrisken så bärs den i detta fall helt av den externa försäkringsgivaren vilket innebär att St Erik inte anses som försäkringsgivare när det gäller den ansvarsförsäkring som tecknats för Stockholms stad. Ansvarsförsäkringen kan i

⁵⁴ Enligt den försäkringsansvarige på St Erik Försäkring, Jan Willgård, bör en organisation ha en försäkringspremie om närmare 10 miljoner kronor årligen för att captiveformen skall vara ett lönsamt alternativ.

⁵⁵ Min framställning om kommunala captives bygger dels på den information som finns tillgänglig på respektive captives hemsida på Internet och dels på muntlig information från företrädare för respektive captive. För information på Internet hänvisas till adresserna <http://www.sterikforsakring.stockholm.se> samt <http://www.gotalejon.goteborg.se>

Stockholms stads fall därför sägas ligga utanför captivets omfattning när väl avtal med en utomstående försäkringsgivare träffats. Den självrisk som betalas vid försäkringsfall uppgår till ett basbelopp och betalas av den enhet eller förvaltning som har begått felet. Försäkringsbeloppet är 10 miljoner kronor. Denna lösning kan främst jämföras med en traditionell försäkringslösning, med den skillnaden att försäkringsbeloppet är högre än för de flesta kommuner. Stockholms stad är naturligtvis också större och bedriver mer omfattande verksamhet än de flesta av landets övriga kommuner vilket motiverar ett högre försäkringsbelopp.

7.3.2.2 Försäkrings AB Göta Lejon

Göta Lejon arbetar istället som direktförsäkringsgivare och ingår i det upphandlade försäkringsavtalet i samarbete - coassurans - med den externa försäkringsgivaren. I förhållande till kunden är därför både Göta Lejon och avtalsparten försäkringsgivare. När det gäller ansvarsförsäkring omfattande skadestånd enligt LOU så har försäkringsvillkoren utformats av den externa försäkringsgivaren och av Göta Lejon gemensamt. Försäkringen omfattar också vissa av stadens bolag. Risken bärs till 98 % av den externa försäkringsgivaren och till 2% av Göta Lejon. Försäkringsbeloppet är 10 miljoner kronor. Självriskerna är för Göteborgs Stads förvaltningar 10 basbelopp och betalas vid försäkringsfall av den förvaltning som begått felet. För stadens olika bolag varierar självriskerna och kan för vissa bolag vara så låga som 0,2 basbelopp.

Om förvaltningarna inom Göteborgs Stad begår fel i sin upphandling kan därför den enskilda förvaltningen tvingas betala skadestånd upp till 366 000 kr ur egen kassa innan försäkringen kan utnyttjas, vilket naturligtvis är en belastning för förvaltningens budget. För Göteborgs stad i sin helhet kan denna lösning ändå vara ekonomiskt fördelaktig, eftersom den premie som betalas till den externa försäkringsgivaren är lägre än vad som hade varit fallet om förvaltningen hade haft en lägre självrisk. Eftersom Göta Lejons andel av risken är så låg som 2% kan det sägas att också denna lösning mest kan liknas med en försäkring tecknad av en utomstående försäkringsgivare.

7.4 Andra lösningar

Förutom någon form av försäkringsskydd, antingen genom en helt utomstående försäkringsgivare eller någon form av captivekonstruktion, återstår möjligheten att kommunen eller det kommunala bolaget självt bär risken för skadestånd. Om en organisation väljer att inte försäkra sig medför detta naturligtvis en besparing av de kostnader som är förknippade med för-

säkringsskydd. För att en sådan lösning skall vara lönsam krävs dock att kostnaderna för de skador som uppkommer understiger kostnaderna för en försäkringslösning.

För att denna lönsamhet skall uppnås inom risken för skadestånd vid offentlig upphandling krävs därför att organisationen besitter en hög kompetens inom området. I min undersökning har jag inte träffat på någon kommun eller något bolag som medvetet valt att avstå från någon form av försäkringsskydd.

7.5 Skyddets förekomst

För de allra flesta kommuner och kommunala bolag verkar försäkringsskydd i en utomstående försäkringsgivare vara den bästa lösningen på problemet med att bära den ekonomiska risken. Mycket få kommuner är tillräckligt stora eller tillräckligt kompetenta inom offentlig upphandling för att välja en annan lösning. De kommunala bolagen omfattas dock inte alltid av kommunernas skyddsformer.

Enligt två olika försäkringsmäklare anställda på två av de marknadsledande försäkringsmäklarföretagen har i princip alla svenska kommuner försäkringsskydd för skadeståndsskyldighet vid fel enligt LOU. För de kommunala bolagen är situationen mer osäker. De försäkringsgivare som försäkrar kommuner är inte alltid intresserade av att erbjuda kommunala bolag detta skydd.

Enligt uppgift från en försäkringsmäklare beror detta främst på att kommunala bolag anses som sämre risker att försäkra än kommuner. Jag återkommer till detta i kapitel 8. Det är därför relativt vanligt att kommunala bolag saknar försäkringsskydd för skadestånd vid fel i offentlig upphandling.

8 RISKBÄRARENS SYN PÅ SKADESTÅND ENLIGT LOU

8.1 Aktörer på kommunförsäkringsmarknaden

På den svenska försäkringsmarknaden finns ett flertal försäkringsgivare som erbjuder kommunförsäkringar. Det finns stora skillnader i dessa försäkringsgivares organisation. Vissa av dessa försäkringsgivare erbjuder ett begränsat sortiment av försäkringsprodukter, saknar egen

försäljnings- och skaderegleringsorganisation och är ofta internationella på så vis att de har som affärsidé att erbjuda försäkringsskydd i många länder inom de försäkringsområden som har störst förutsättningar att generera goda vinster. Detta behöver inte innebära att kommunförsäkring är ett särskilt lukrativt område, men eftersom försäkringsbranschen är konkurrensutsatt kan kommunförsäkring vara ett sätt för dessa aktörer att etablera sig på den svenska försäkringsmarknaden.

Bland de aktörer som erbjuder kommunförsäkring finns också de traditionella svenska försäkringsbolagen. Dessa har ofta en stor organisation med lokalkontor, försäljning och skadereglering inom organisationen. Sortimentet av försäkringsprodukter är ofta stort, och utöver traditionella försäkringar erbjuder flera av dessa försäkringsgivare även banktjänster.

8.2 Försäkringsgivarnas syn på risken

För att kunna ge en allmän bild av hur enskilda försäkringsgivare ser på risken att teckna ansvarsförsäkring för kommuner och kommunala bolag omfattande skadestånd enligt LOU valde jag att undersöka inställningen hos olika försäkringsbolag. Jag skickade en mindre enkät till fem olika bolag. Tre av bolagen besvarade mina frågor. De bolag som deltog i undersökningen representerar olika kategorier av de organisationer som beskrivits ovan under 8.1. Då min undersökning av bolagen omfattade flera frågor som kunde uppfattas som interna angelägenheter och där svaren på dessa frågor skulle kunna vara till nytta för de undersöktas konkurrenter har jag i samråd med uppgiftslämnarna valt att utelämna information om vilka bolag som deltagit i undersökningen. Jag kallar fortsättningsvis de olika försäkringsgivarna för A, B och C.

Det bör dock nämnas att bolag A är ett större svenskt bolag med omfattande försäkringsverksamhet inom många områden. Bolag B är ett mindre svenskt bolag som tecknar försäkring inom färre, utvalda områden. Bolag C är en utlandsbaserad försäkringsgivare som erbjuder försäkring inom ett i förhållande till A begränsat område.

De frågor som ställdes till försäkringsgivarna var följande:

- Hur ser Ni på risken att försäkra kommuner och kommunala bolag mot skadestånd enligt LOU?

- Hur beräknas denna typ av risk, dvs hur går underwriting till?
- Hur begränsar Ni Ert ansvar för denna typ av skada idag?
- Ser Ni några framtida förändringar i denna risk?
- Kan det bli aktuellt att införa någon form av säkerhetsföreskrift för att försäkringen skall omfatta LOU-skador i framtiden, t ex genom att föreskriva särskilda kompetenskrav hos försäkringstagaren?
- Är denna försäkringsprodukt lönsam eller är det en affärsmässig nödvändighet att inkludera detta villkor i en kommunförsäkring?
- Har Ni konstruerat detta villkor enligt Er egen bedömning av behovet på marknaden eller har Ni påverkats av företrädare för kommunerna, t ex Svenska Kommunförbundet?

8.2.1 Försäkringsgivare A

Denne försäkringsgivare anser att det ur kundens perspektiv är nödvändigt att ha ett skydd för skador uppkomna i samband med offentlig upphandling. Därför tillhandahåller bolag A naturligtvis detta försäkringsskydd. Bolagets försäkringsrisk minskar om det i kommunen eller det kommunala bolaget finns en särskild avdelning eller upphandlingsenhet som har särskild kompetens inom offentlig upphandling.

Vid bedömning av risken för skadeståndskrav vid offentlig upphandling undersöker försäkringsgivare A i första hand om särskild upphandlingsenhet finns. Om detta är fallet kan försäkringsbolaget erbjuda en lägre premie än om denna kompetens inte funnits inom kommunen eller det kommunala bolaget. Andra parametrar av betydelse är enligt bolag A storleken på kommunen eller bolaget, om verksamheten bedrivs i en storstad eller inte och antalet anställda i verksamheten. När det gäller kommuner beaktas också hur många invånare som bor i den aktuella kommunen. Vidare undersöks vilken typ av verksamhet som bedrivs av den blivande försäkringstagaren för att utröna om försäkringsrisken kan bli högre än normalt.

När det gäller begränsning av ansvar anger försäkringsgivare A att ett sätt att göra detta är att tidsbegränsa försäkringsperioden. Genom tidsbegränsning kan upphandling ”tvingas fram” med jämna mellanrum, vilket minskar risken för att försäkringstagaren ingår upphandlingsavtal som sträcker sig över för lång tid för att vara i enlighet med lagens bestämmelser. På frågan om försäkringsgivaren ser någon framtida förändring inom denna risk svarar A att det

för närvarande inte finns några planerade förändringar inom försäkringsområdet. Detta beror på att skador som består i skadeståndsanspråk på grund av fel vid offentlig upphandling är ganska svåra att bedöma och försäkringsgivaren har relativt kort erfarenhet av denna skadetyper.

Försäkringsgivare A kan i ett framtida perspektiv tänka sig att ställa krav på viss typ av upphandlande enhet för att försäkring skall offereras. I dag finns ingen lönsamhet denna försäkringsprodukt utan det är för bolag A en affärsmässig nödvändighet att inkludera detta villkor i en kommunförsäkring. Det aktuella villkoret är konstruerat för att möta det faktiska behov som kunden har, och försäkringsgivarens bedömning av behovet påverkas ständigt genom försäkringsmäklare, egna försäkringssäljare och direktkontakter med kunder.

Hos försäkringsgivare A kan den kommun som vill teckna försäkring välja om kommunala bolag skall omfattas av kommunens försäkringsavtal eller om bolagen skall försäkras separat.

8.2.2 Försäkringsgivare B

När det gäller risken att försäkra kommuner och kommunala bolag mot skadestånd enligt LOU anser försäkringsgivare B att denna fråga är av underordnad betydelse i förhållande till behovet av försäkringsskydd. Försäkringsgivare B fokuserar på kundens faktiska behov, och detta får idag företräde framför bedömningen av den i det enskilda fallet aktuella risken. Som skäl till detta anger B att det saknas egentlig erfarenhet av denna typ av förmögenhetsskada.

Under senare tid har bolaget i större utsträckning än tidigare beaktat vissa försäkringstagares brister vid offentlig upphandling och försäkringsområdet är idag under översyn. De parametrar som försäkringsgivare B generellt använder vid kalkylering av risken är kommunens storlek, omfattningen av kommunens upphandling samt hur upphandlingar faktiskt hanteras. Kommunala bolag ligger oftast utanför kommunens försäkringsavtal, men beräkning av risken för kommunala bolag görs på samma sätt som för kommuner.

Försäkringsgivare B begränsar främst sitt ansvar genom försäkringsbeloppet. För denna typ av skada är det vanligt med försäkringsbelopp mellan 1-2 miljoner kronor.

Enligt denne försäkringsgivare är det inte risken för skadestånd som är det främsta problemet när det gäller försäkringsskydd som omfattar skadestånd enligt LOU. Istället fokuseras på de utredningskostnader som är förknippade med skadeanmälningar. Försäkringsgivaren har ännu inte behövt betala något skadestånd på grund av att en försäkringstagare begått fel vid offentlig upphandling. Däremot anser B att utredningskostnaderna i samband med LOU-skador kan bli stora. Detta beror dels på att försäkringsgivare B i huvudsak anlitar fristående skadereglerare för reglering, och dels på att det på grund av ärendenas komplexitet relativt ofta anlitas externa jurister under utredningen.

I ett framtida perspektiv anser försäkringsgivare B att det främst är genom självrisker och beloppsgränser som ansvaret kan begränsas. Det skulle enligt B vara svårt att praktiskt hantera säkerhetsföreskrifter inom detta försäkringsområde. På frågan om denna försäkringsprodukt är lönsam svarar försäkringsgivare B att detta egentligen är för tidigt att uttala sig om, men att det inte är troligt att ett försäkringsvillkor som omfattar skadestånd enligt LOU är lönsamt som enskild produkt. Det villkor som försäkringsgivare B erbjuder är konstruerat efter den uppfattning bolaget har om marknadens generella behov.

8.2.3 Försäkringsgivare C

I likhet med försäkringsgivare B så har C ännu inte behövt betala något skadestånd i anledning av att en försäkringstagare begått fel vid offentlig upphandling. När det gäller bedömningen av risken anser försäkringsgivare C att denna är svår att uppskatta. Av de försäkringsprodukter som försäkringsgivare C erbjuder inom området ren förmögenhetsskada uppskattas 60-70 % av risken inom detta område härröra från försäkringsskydd som omfattar skadeståndsskyldighet vid offentlig upphandling. Övriga 30-40 % av den totala risken rör främst försäkringsskydd som omfattar skadeståndsskyldighet vid myndighetsutövning och lämnande av felaktiga uppgifter enligt SkL 3 kap 2, 3 §§.

Vid underwriting tar försäkringsgivare C främst hänsyn till kommunens storlek, lönekostnad och tidigare skadestatistik. Försäkringsgivare C säger sig ha låg erfarenhet av kommunala bolag eftersom försäkringsskydd för kommuner är den primära verksamheten. I de fall försäkring för kommunala bolag tecknas, vilket inte är vanligt, används samma parametrar vid underwriting som för kommuner. Försäkringsgivaren menar att önskemål om försäkring omfattande förmögenhetsskada vid offentlig upphandling inte är lika vanligt inom

kommunala bolag som inom kommuner. När det gäller kommunförsäkringar är det enligt försäkringsgivare C ett måste att erbjuda detta skydd för att få en kommun som kund.

Försäkringsgivaren anser att försäkringsskydd för rena förmögenhetsskador är produkter som branschen generellt försöker undvika, eftersom de kan vara förknippade med stora risker. När det gäller försäkringsskydd för kommunala bolag har försäkringsgivare större möjlighet att avstå från att erbjuda detta skydd än när det gäller försäkringsskydd för kommuner.

För att begränsa sitt ansvar använder sig försäkringsgivaren främst av självrisker och försäkringsbelopp. När det gäller framtida förändringar av risken anser försäkringsgivare C att riskbilden inom ansvarsförsäkring förändrats generellt under senare tid. Anledningen till detta är att försäkringsgivaren uppmärksammat nya typer av skador inom ansvarsförsäkring. Som exempel på nya typer av skador anges kommuns skadeståndsskyldighet gentemot elever som mobbas under sin skolgång samt förmögenhetsskador på grund av IT-brottslighet. Skadestånd för felaktig upphandling är ett annat område som också har förändrat försäkringsgivarens syn på riskbilden inom olika kommuner.

Denna förändring har enligt försäkringsgivare C gjort det svårare att beräkna risker inom kommuner. Försäkringsskydd för mindre kommuner sågs tidigare i allmänhet som en god affär - en bra risk - för försäkringsgivare. Detta behöver inte nödvändigtvis vara fallet idag eftersom mindre kommuner kan utgöra en dålig risk inom nya områden eller nya skadetyper som omfattas av ansvarsförsäkring. Lönsamheten inom den här aktuella försäkringsprodukten är därför låg. Enligt försäkringsgivaren är det svårt att dela upp en affär - här kommunförsäkring - så i detalj, men det skulle inte vara affärsmässigt att erbjuda försäkringsskydd omfattande skadestånd enligt LOU som separat produkt. Att omfatta denna typ av skada i en kommuns försäkringslösning kan därför ses som en affärsmässig nödvändighet.

8.2.4 Sammanställning

De tillfrågade försäkringsgivarna är överens om att den aktuella produkten, ansvarsförsäkring omfattande skadestånd vid offentlig upphandling, förmodligen inte är lönsam för bolagen som enskild produkt. Det är istället bolagens uppfattning om marknadens krav som har varit avgörande för produktens tillkomst. Kort sagt, om en försäkringsgivare vill sälja en försäkringslösning till en kommun så måste försäkringen omfatta skadestånd vid offentlig upphandling.

När det gäller försäkringsskydd för kommunala bolag har försäkringsgivare C angivit att branschen generellt försöker undvika att erbjuda skydd för rena förmögenhetsskador som t ex skadestånd vid offentlig upphandling. Försäkringsgivare C anser att detta skydd måste erbjudas kommuner för att de skall acceptera att vara kunder hos försäkringsgivaren. När det gäller kommunala bolag är det inte nödvändigt att erbjuda detta skydd för att få bolag som kunder. Därför är det inte vanligt att detta skydd erbjuds bolagen.

Försäkringsgivarna använder i stort sett samma parametrar vid bedömning av risken. Försäkringsgivare A anger också att om en central upphandlingsenhet används så kan en lägre premie erbjudas. Försäkringsgivare B menar att det är viktigt att få reda på hur upphandlingar faktiskt hanteras när en riskbedömning skall göras. Detta tyder på att försäkringsgivarna är medvetna om att upphandlande enheter uppvisar stora skillnader i kompetens inom offentlig upphandling. Syftet med försäkringsgivarnas riskbedömning är främst att fastställa en premie samt vilket försäkringsbelopp och självrisk som kan erbjudas. Det är inte fråga om att vägra försäkring inom området, eftersom en försäkringslösning då blir svår att sälja till kommuner.

Försäkringsgivare A kan i framtiden tänka sig att ställa krav på en upphandlande enhets organisation. Försäkringsgivare B ser i dag över försäkringsområdet på grund av att vissa kunder uppvisat brister vid upphandling. Kommunförsäkring har i dag blivit mycket svårare att riskberäkna anser försäkringsgivare C. Detta beror enligt C på en förändring inom hela ansvarsförsäkringen, bland annat inom försäkring avseende skadestånd vid offentlig upphandling.

Även om två av försäkringsgivarna uppger att de inte behövt betala något skadestånd på grund av en försäkringstagares fel vid upphandling, så har försäkringsgivare B särskilt uppmärksammat att försäkringsprodukten medför stora utredningskostnader. Detta beror delvis på att skadetyper är relativt ny, men också på att utredning av ”LOU-skador” generellt blir omfattande.

Samtliga försäkringsgivare verkar ha uppmärksammat att försäkringsområdet kan ge upphov till problem. Under arbetets gång har jag fått uppfattningen att de flesta försäkringsbolag inte är särskilt insatta i lag om offentlig upphandling. Försäkringsbolagen har helt enkelt erbjudit skydd för denna typ av skadestånd eftersom kunden har behov av detta skydd. Min personliga uppfattning är att de flesta försäkringsbolag inte har gjort någon utförlig beräkning av risken.

Skyddet för skadestånd enligt lag om offentlig upphandling har erbjudits av affärsmässiga skäl, och det är först när produkten börjar kosta pengar som en ordentlig utredning görs.

8.3 Andra källor

8.3.1 Försäkringsmäklare

Vid kontakt med en försäkringsmäklare med stor erfarenhet av försäkringsupphandling för kommuner och kommunala bolag framgår att försäkringsmarknaden enligt hans uppfattning under en tid varit överhettad. För något år sedan fanns det enligt denne mäklare inte mindre än 22 olika försäkringsgivare som erbjöd kommunförsäkring på den svenska marknaden. Detta innebar i praktiken att de aktörer som ville ta sig in på marknaden fick erbjuda försäkringskydd på mycket förmånliga villkor. Kommuner och kommunala bolag hade därför ett stort antal anbud att välja mellan vid sina försäkringsupphandlingar, och försäkring för skadestånd vid offentlig upphandling kunde därför tecknas till en låg kostnad.

Idag är bilden annorlunda. Vid samtal med en annan mäklare med motsvarande erfarenhet framgår att utbudet på försäkringsmarknaden har minskat. Enligt denne försäkringsmäklare finns idag 13 försäkringsgivare som erbjuder försäkringsskydd för kommuner och kommunala bolag på den svenska marknaden. För större kommuner är utbudet i praktiken begränsat till fyra försäkringsgivare.

Försäkringsmäklarens uppfattning är att försäkringsbolagens inställning till risken har hårdnat. Eftersom utbudet av försäkringsgivare numera är lägre är inte kampen om marknadsandelarna lika hård som tidigare. Därmed kan försäkringsgivarna ställa större krav på presumtiva kunder. Detta yttrar sig bland annat i att det är betydligt svårare för denne mäklare att finna försäkringsgivare som accepterar att försäkra kommunala bolag mot skadestånd enligt offentlig upphandling. Enligt mäklaren beror försäkringsgivarnas ovilja mot att försäkra kommunala bolag på att bolagen ofta har en sämre inköpsorganisation. Det kan också bero på att bolagen har en friare syn på tillämpningen av LOU, vilket innebär att flera bolag inte tillämpar lagen trots att de borde. Detta har enligt mäklaren inneburit att bolagen anses som en sämre risk att försäkra.

Mäklaren ser också en tendens till att försäkringsgivare undersöker risken mer noggrant än tidigare. Detta har nyligen inneburit problem vid försäkring av mindre kommuner utan

egentlig upphandlingsorganisation. Dessa kommuner har visserligen erbjudits försäkringskydd, men till en högre premiekostnad än tidigare.

Dessutom har vissa försäkringsgivare intagit en hårdare attityd vid försäkringsfall. Det har enligt denne mäklare förekommit att ett försäkringsbolag vägrat ersättning med hänvisning till att den inträffade skadan var förutsebar. Försäkringstagaren hade, sannolikt uppsåtligen, valt fel leverantör och ansåg sig skyddad mot skadeståndskrav genom försäkringen.

9 FRAMTIDA FÖRÄNDRINGAR

9.1 Rättsliga ändringar

9.1.1 EG-rättsligt inflytande

EU-kommissionen publicerade 1996 en grönbok, *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden*⁵⁶. Skälen till grönbokens tillkomst var bland annat att kommissionen var missnöjd med de ekonomiska effekterna av den offentliga upphandlingen inom medlemsstaterna. Responsen på grönboken blev mycket stor, och kommissionen drog två slutsatser av den debatt som följde: ”...dels måste åtgärder vidtas från unionens sida för att se till att det aktuella regelverket på området för offentlig upphandling ger de förväntade ekonomiska fördelarna, dels måste de befintliga instrumenten anpassas till de ändrade ekonomiska villkoren.”⁵⁷ Kommissionen publicerade därför ett nytt dokument, *Meddelande från kommissionen – offentlig upphandling inom Europeiska unionen*⁵⁸ där kommissionen föreslog en rad förändringar i regelverket kring offentlig upphandling. I dokumentet poängteras att det är viktigt att bestämmelserna kring offentlig upphandling används och respekteras på samma sätt i alla medlemsstater. För att kunna uppnå detta ”måste medlemsstaterna påta sig ansvaret att säkra efterlevnaden av gällande regelsystem liksom de ekonomiska aktörerna måste utnyttja de medel (bl. a. möjligheterna till överprövning) som ställts till deras förfogande.”⁵⁹ Kommissionen föreslår därför att medlemsstaterna inrättar oberoende nationella myndigheter med offentlig upphandling som specialitet.

⁵⁶ KOM(96) 0583 slutlig, 27.11.1996.

⁵⁷ KOM(98) 143 slutlig, 11.03.1998 s 2

⁵⁸ KOM(98) 143 slutlig, 11.03.1998

⁵⁹ A a s 11

9.1.2 Ändringar i svensk rätt

På ovannämnda grunder inrättades en svensk upphandlingskommitté vars uppdrag var att se över behovet av statlig tillsyn över den offentliga upphandlingen. I kommitténs uppdrag ingick också att se över valda delar av LOU, bland annat bestämmelserna om skadestånd. Resultatet av upphandlingskommitténs utredning publicerades i ett delbetänkande under titeln *Effektivare offentlig upphandling; för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt*⁶⁰ och är för närvarande ute på remiss.

Upphandlingskommittén konstaterar att tillkomsten av LOU medfört goda ekonomiska effekter och en förbättrad upphandlingskvalitet. I utredningen uppmärksammas dock att den offentliga upphandlingen kan effektiviseras och förbättras ytterligare. Kommittén har tagit fasta på att det saknas tillräckliga resurser och erforderlig kompetens inom många upphandlande enheter för att kunna hantera offentlig upphandling på ett korrekt sätt. Det har också uppmärksamats att många upphandlande enheter uppsåtligen eller av oaktsamhet helt bortser från LOU i sin upphandling.⁶¹ För att komma till rätta med dessa problem föreslås därför en rad förändringar i LOU.

9.1.2.1 Marknadsskadeavgift

Först och främst föreslås att Nämnden för offentlig upphandling och Konkurrensverket slås samman till en ny myndighet kallad Konkurrens- och upphandlingsverket. Genom denna sammanslagning stärks den statliga tillsynen över offentlig upphandling. Upphandlingskommittén föreslår också inrättandet av en marknadsskadeavgift för särskilt allvarliga överträdelser av LOU. Som typsituation då marknadsskadeavgift skall kunna utgå anges exempelvis:

” Den upphandlande enheten har uppsåtligen eller av oaktsamhet gjort sig skyldig till en otillåten direktupphandling och det står klart att den organisation som genomfört upphandlingen är en upphandlande enhet och att det inte föreligger något legalt undantag från skyldigheten att infordra anbud.”⁶²

⁶⁰ SOU 1999:139

⁶¹ A a s 14

⁶² SOU 1999:139 s 15

9.1.2.2 Ändrad talerätt

Kommittén vill utvidga kretsen av taleberättigade i mål om överprövning och marknadsskadeavgift. Enligt utredningen bör både det föreslagna Konkurrens- och upphandlingsverket samt branschorganisationer få denna möjlighet. När det gäller branschorganisationers talerätt föreslås en ändring av begreppet leverantör enligt 1 kap 5§. Enligt förslaget skall begreppet leverantör, när det gäller mål om överprövning eller marknadsskadeavgift, utvidgas till att omfatta även *en sammanslutning* av leverantörer. Leverantörs talerätt skall enligt förslaget vara subsidiär i förhållande till Konkurrens- och upphandlingsverkets talerätt.

Den nya sanktionsmöjligheten samt den ändrade talerätten införs enligt förslaget i 7 kap och har följande lydelse:

Överprövning och marknadsskadeavgift

2a §

Konkurrens- och upphandlingsverket får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt 2 b §.

Om Konkurrens- och upphandlingsverket för ett visst fall beslutar att inte göra ansökan, får ansökan göras av berörd leverantör.

En ansökan enligt första och andra styckena skall göras inom två år efter den tidpunkt då avtal om upphandlingen slöts eller upphandlingsförfarandet på annat sätt slutförts.

2b §

Länsrätten får besluta att en upphandlande enhet skall betala en särskild avgift (marknadsskadeavgift) om enheten vid anskaffning av vara, tjänst eller byggtreprenad uppsåtligen eller av oaktsamhet i väsentligt hänseende brutit mot 1 kap. 4§ eller någon annan bestämmelse i denna lag.

Riktas talan mot flera upphandlande enheter skall talan prövas för var och en av dem.

Som komplement till bestämmelserna om marknadsskadeavgift vill upphandlingskommittén också införa en möjlighet till förbudsföreläggande med vite. Ett sådant föreläggande skall kunna utgå när en upphandlande enhet brutit mot bestämmelserna i LOU i de fall som inte

täcks av uppsåt eller oaktsamhet.⁶³ Syftet med denna bestämmelse är att förhindra att den upphandlande enheten upprepar regelöverträdelsen.

Det föreslagna Konkurrens- och upphandlingsverkets samt leverantörs talerätt och möjligheten att yrka marknadsskadeavgift är kopplat till överprövningsinstitutet och inte till skadeståndsbestämmelserna. I strikt mening faller de föreslagna bestämmelserna därmed utanför området för denna uppsats. Detta till trots är det min uppfattning att de föreslagna ändringarna i sin förlängning också kan påverka förekomsten av skadeståndsprocesser. I uppsatsen har tidigare (bland annat i kapitel 6) berörts att många mindre upphandlande enheter och då särskilt kommunala bolag uppsåtligt bortser från LOU vid upphandling. Detta har inneburit betydande bevissvårigheter för förfördelade leverantörer vid en skadeståndsprocess. Om en marknadsskadeavgift införs kan det bli mycket kostsamt för dessa upphandlande enheter att inte tillämpa LOU.

En marknadsskadeavgift är inte ett skadestånd och omfattas därför inte av försäkring avseende skadestånd för ren förmögenhetsskada vid offentlig upphandling. Det är därför mycket sannolikt att en marknadsskadeavgift skulle ha en god preventiv effekt på de upphandlande enheter som idag mer eller mindre öppet sätter sig över rättsreglerna på området eftersom det i nuläget saknas effektiva sanktioner mot ett sådant beteende.

Det finns därför all anledning att räkna med att de flesta av dessa enheter skulle börja tillämpa LOU i sin upphandling. På grund av att det övervägande antalet upphandlande enheter som idag inte tillämpar LOU synes vara mindre enheter, ofta kommunala bolag, saknas sannolikt förutsättningarna för att kunna genomföra korrekta upphandlingar i egen regi hos många av dessa. Det är därför enligt min uppfattning troligt att det inledningsvis kommer att begås många fel under dessa upphandlingar. Det är därför också sannolikt att antalet skadeståndsprocesser kan komma att öka om de föreslagna bestämmelserna införs.

9.1.2.3 Skadestånd

Upphandlingskommitténs förslag omfattar också ändringar i skadeståndsbestämmelsernas huvudregel, 7 kap 6§ LOU. Utgångspunkten i bestämmelsen är fortfarande, i enlighet med

⁶³ SOU 1999:139 s 327.

NJA 1998 s 873, att en leverantör som förlorat ett kontrakt på grund av en upphandlande enhets fel skall ersättas med det positiva kontraktsintresset. På grund av den kritik⁶⁴ som framförts mot denna regel, och då främst mot osäkerheten angående hur skadeståndet skall beräknas, föreslås följande ändring i 7 kap:

6§

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.

Skadeståndet skall omfatta, ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp till följd av att den skadelidande leverantören felaktigt gått miste om ett upphandlingskontrakt.

Upphandlingskommittén konstaterar att medlemsstaterna genom rättsmedelsdirektiven åläggs att införliva regler om skadestånd i sina nationella rättsordningar. Syftet med rättsmedlen är främst preventivt genom att upphandlande enheter skall avhållas från brott mot upphandlingsreglerna. Det finns ingen anledning att skilja mellan fel begångna uppsåtligt eller av oakt-samhet, utan skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset skall utgå i båda situationerna.

Kommittén anser det dock inte givet hur detta skadestånd skall beräknas. En skadelidande leverantör måste t ex anses skyldig att om möjligt vidta åtgärder för att begränsa sin skada. Om detta inte görs bör leverantören bära kostnaden för denna del av skadan. Det finns också andra skäl för jämkning av skadeståndsbeloppet. Upphandlingskommittén anser ”att skadeståndet skall kunna jämkas om det är oskäligt med hänsyn till den upphandlande enhetens möjligheter att förutse och hindra skadans uppkomst och omständigheterna i övrigt.”⁶⁵ Därutöver kan hänsyn tas till den effekt som alltför höga skadestånd kan få på de upphandlande enheternas vilja att upphandla på den öppna marknaden. Effekten av höga skadestånd kan enligt kommittén bli att de upphandlande enheterna hellre driver en större del av verksamheten i egen regi än att de utsätter sig för risken att behöva betala skadestånd. Detta skulle motverka hela syftet med LOU.

⁶⁴ Se t ex Hellner i JT nr 4 1998/99 s 950 ff och Palm/Riberdahl i SvJT 1996 s 644 ff.

⁶⁵ SOU 1999:139 s 322

Den praktiska skillnaden mellan gällande 7 kap 6§ LOU och den föreslagna förändringen är inte helt klar. Enligt min bedömning kan den föreslagna skrivningen närmast uppfattas som ett förtydligande av uttrycket *därigenom uppkommen skada*. Genom att infoga *ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst, skäligt belopp* i lagtexten lämnas dock uttryckligen utrymme för att beakta omständigheter som kan innebära jämkning av skadeståndet inom ramen för det positiva kontraktsintresset. Detta innebär sannolikt att det kan komma att ställas höga krav på den leverantör som yrkar skadestånd att visa att den påstådda vinsten också skulle ha realiserats. Om förslaget till ny lydelse av 7 kap 6§ LOU införs i lagtexten kan detta möjligen innebära att skadeståndsbeloppen generellt blir lägre än vad som är fallet idag.

9.1.2.4 Preskription

När det gäller skadeståndsanspråk är preskriptionsfristen idag ett år från den dag då avtal om upphandling slöts. Som tidigare nämnts är denna frist i många fall för kort för att en leverantör skall ha praktisk möjlighet att utnyttja andra rättsmedel innan stämningsansökan avseende skadeståndsanspråk inges. Det främsta skälet till en så kort preskriptionstid var vid LOU:s tillkomst att en upphandlande enhet inte kunde avsluta sin upphandling innan preskriptionsfristen gått ut.⁶⁶ Genom en lagändring anses idag en upphandling avslutad när avtal med leverantören slutits. Det huvudsakliga argumentet mot en längre preskriptionsfrist är därmed undanröjt. Upphandlingskommittén konstaterar att leverantörers behov av en längre preskriptionsfrist måste ställas mot en upphandlande enhets behov av att kunna åtgärda tidigare begångna fel inför en ny upphandling. Den vanligaste avtalstiden vid upphandlingar är enligt kommittén 2-3 år. Därför föreslås följande förändring i lagtextens 7 kapitel:

8§

Talan om skadestånd skall väckas vid allmän domstol inom två år från den dag då avtal om upphandlingen slöts. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.

Om detta förslag antas har en leverantör därmed ytterligare ett års frist vilket bör öka möjligheterna att utnyttja överprövningsinstitutet eller en begäran om yttrande från annan instans och dessutom använda sig av möjligheten till skadeståndstalan. En frist om två år bör vara tillräcklig för att bestämmelsen skall bli effektiv, och jag anser det sannolikt att antalet skadeståndsprocesser kommer att öka på denna grund. Som tidigare angivits har enligt NOU tre

⁶⁶ Prop. 1992/93:88 s 47

skadeståndsmål avvisats på grund av att preskriptionstiden gått ut. Det verkliga antalet leverantörer som inte kunnat utnyttja skadeståndsbestämmelserna på grund av att preskriptionsfristen gått ut är okänt. Eftersom problemet uppmärksammas bör det dock vara betydligt fler än tre, och en ändring i bestämmelserna kan därmed förväntas innebära en ökning av antalet processer.

9.1.2.5 Förändringar i 6 kapitlet

Som motvikt till de förstärkta sanktionsmöjligheterna mot upphandlande enheter som begår fel under sin upphandling föreslås också vissa förändringar i reglerna kring förfarandet i 6 kap LOU. Det är detta kapitel i lagen som oftast är tillämpligt på kommuners och kommunala bolags upphandlingar eftersom de flesta upphandlingar som genomförs i Sverige understiger lagens tröskelvärden. I korthet går de föreslagna ändringarna ut på att uppnå en förenkling för de upphandlande enheterna vid tillämpning av 6 kapitlet. Denna förenkling skall bland annat uppnås genom att upphandlande enheter skall kunna välja mellan fler upphandlingsformer än tidigare. Detta innebär t ex att den upphandlande enheten kan få möjlighet att infordra selektiva anbud från ett fåtal leverantörer för att en upphandling skall bli mindre resurskrävande.

9.2 Praktiska effekter av föreslagna förändringar

Om de föreslagna förändringarna i sjätte kapitlet genomförs borde detta innebära att de flesta offentliga upphandlingar i Sverige blir lättare att genomföra. Detta grundar jag på att förenklade upphandlingar enligt 6 kap LOU är den absolut vanligaste formen för offentlig upphandling.

Därmed borde effekten av detta bli att färre fel begås under kommuners och kommunala bolags upphandlingar. Jag är personligen inte övertygad om att detta mål kommer att uppnås, eftersom bestämmelserna i sjätte kapitlet kan missuppfattas också efter de föreslagna förändringarna. Även om de upphandlande enheterna generellt kommer att begå färre fel i sin upphandling så kan det totala antalet fel komma att öka på grund av de föreslagna förändringarna i sjunde kapitlet.

Inför hotet om en marknadsskadeavgift borde de allra flesta upphandlare börja tillämpa LOU i sin upphandling. Eftersom många av de upphandlare som inte tidigare tillämpat LOU inte har

tillräcklig kompetens inom området kan det totala antalet fel väntas öka, i vart fall i ett inledningskede.

En ändrad preskriptionsfrist från ett till två år kan också förväntas öka antalet skadeståndprocesser eftersom leverantörer som idag använder sig av överprövningsmöjligheterna sällan hinner föra skadeståndstalan innan preskriptionsfristen gått till ända. Den föreslagna förändringen borde öka leverantörernas möjligheter i denna del.

Eventuella förändringar i skadeståndsbestämmelsen kan innebära att de skadestånd som bifalls i framtiden blir lägre än idag. Detta beror dels på att den föreslagna ändringen ger utrymme för jämkningar inom det positiva kontraktsintresset, och dels på att det möjligen kan utläsas att leverantören måste frambringa bättre bevisning angående den påstådda vinsten.

9.3 Slutsats

Vid en samlad bedömning av de föreslagna förändringarna är min uppfattning att antalet skadeståndprocesser kommer att öka. Därmed är det inte sagt att antalet utdömda skadestånd kommer att öka i proportion till det ökade antalet processer. Leverantörens bevisbörda kommer inte att underlättas på grund av ändringarna, men det totala antalet fel som begås inom offentlig upphandling kan öka på grund av att fler aktörer börjar tillämpa lagen. Detta måste ställas i relation till de förändringar som föreslås i 6 kap, med enklare regler för de flesta upphandlingar som följd. Min förutsägelse om ett ökat antal processer bör därför vara av övergående natur. När de ”nya” upphandlande enheterna lärt sig tillämpa lagen bör antalet processer stabiliseras, kanske på en något högre nivå än idag på grund av det ökade antalet övriga sanktioner och ändrad talerätt inom andra rättsmedel som i sin förlängning kan få effekter också på skadeståndsbestämmelserna.

Om de föreslagna bestämmelserna träder i kraft kan det få konsekvenser för vissa kommuners och kommunala bolags möjligheter till försäkringsskydd.

Även om försäkringsgivarna i den undersökning som redovisats i kapitel 8 inte hade några omedelbara förändringar på dagordningen, så hade en översyn av området påbörjats i vissa fall. Uppgifter från försäkringsmäklare talar också för att försäkringsgivarna ställer högre krav på upphandlande enheters kompetens. Försäkringsgivare värdesätter t ex centrala upphand-

lingsenheter när försäkring skall erbjudas, vilket kan innebära högre kostnader för mindre kommuner när försäkring skall tecknas i framtiden.

För de kommunala bolagen kan framtiden bli besvärlig. Det kan redan idag vara svårt för bolagen att teckna försäkring för skadestånd vid offentlig upphandling. Med tanke på att det enligt undersökningar är de kommunala bolagen som oftast bortser från LOU i sin upphandling, vilket hittills inte lett till skadestånd i något fall, lär det inte bli enklare att erhålla försäkringsskydd när bolagen sannolikt kommer att tillämpa lagen i framtiden på grund av risken för marknadsskadeavgift.

10 HAR LAGSTIFTARENS SYFTE UPPNÅTTS?

10.1 Lagens övergripande syfte

Lag om offentlig upphandlings syfte är att offentlig upphandling skall ske på marknadens villkor. Detta skall uppnås genom att upphandlingarna skall göras med utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter, och även i övrigt genomföras affärsmässigt. En central aspekt på detta är principen om likabehandling av alla leverantörer.

10.2 Skadeståndets syfte

Syftet med bestämmelserna om skadestånd är främst preventivt. Eftersom lagen innehåller bestämmelser om skadestånd som kan innefatta det positiva kontraktsintresset är detta ett incitament för upphandlande enheter att hantera upphandling i enlighet med lagens bestämmelser.

10.3 Situationen idag

Införandet av lag om offentlig upphandling har förbättrat offentlig upphandling avsevärt i förhållande till tidigare bestämmelser på området. Förekomsten av brister är dock fortfarande stor.

Kommuner och kommunala bolag begår ofta fel under offentliga upphandlingar. Många fel beror på att de upphandlande enheterna inte har tillräcklig kompetens inom området. Ett fåtal

av dessa fel leder idag till skadestånd. Detta beror delvis på att leverantörens bevisbörda är, och bör vara, stor i denna typ av tvist. Det finns också andra mer oönskade orsaker. Bland dessa kan särskilt nämnas det faktum att vissa upphandlare helt bortser från upphandlingsreglerna, att möjligheterna till skadeståndstalan begränsas genom korta tidsfrister och att förekomsten av försäkringsskydd kan påverka preventionen negativt.

Min åsikt är därför att lagstiftarens syfte med lagen och skadeståndsbestämmelserna ännu inte har uppnåtts.

10.4 Framtiden

Lagstiftaren har uppmärksammat de angivna problemen och flera förändringar inom området kan därför väntas.⁶⁷ Om de föreslagna förändringarna omsätts till ändringar i lagen kan detta leda till en helt annan följsamhet från de upphandlande enheterna sida. Detta påstående grundar jag på att de regler i lagen som kommuner och kommunala bolag oftast tillämpar kan bli enklare att använda. Dessutom införs kraftfulla sanktionsmöjligheter mot bland annat de trilskande enheter som inte tillämpar LOU idag.

Förutsättningarna för att lagens syfte skall uppnås kan därför i vart fall sägas bli betydligt bättre om de föreslagna förändringarna genomförs.

11 FÖRSLAG TILL PRAKTISKA ÅTGÄRDER

11.1 Upphandlande enheter

För de upphandlande enheterna kan förändringarna innebära praktiska problem. Dessa problem består dels i att undvika att begå skadeståndsgrundande fel, och dels i att i framtiden kunna skydda sig mot eventuella skadestånd. Försäkringskydd motverkar som tidigare nämnts till viss del skadeståndets preventiva effekt på de upphandlande enheterna. Detta har också börjat uppmärksammas av försäkringsgivarna.

⁶⁷ SOU 1999:139

För att komma tillrätta med de angivna problemen tror jag att vissa praktiska förändringar är nödvändiga. För de upphandlande enheterna krävs kontinuerlig utbildning av inköpare. Inte minst de kommunala bolagen måste förbättra sin kompetens inom området. Dessutom kan bättre samverkan förmodligen uppnås mellan centrala upphandlingsenheter och enskilda förvaltningar för att minimera risken för felaktigheter när enskilda förvaltningar genomför upphandlingar. För mindre kommuner utan central upphandlingsenhet kan ett samgående i nämndform eller kommunalförbund vara ett alternativ för att uppnå en central upphandlingsenhets kompetens till en mindre kostnad.

11.2 Försäkringsgivare

För försäkringsgivarna verkar problemet med försäkringsskydd för skadestånd vid offentlig upphandling idag vara främst affärsmässigt. Som tidigare nämnts måste en försäkringsgivare som vill sälja försäkringsskydd till kommuner inkludera detta villkor för att kommunförsäkringen skall bli säljbar. Situationen på marknaden är emellertid på väg att förändras, vilket på sikt kan innebära att försäkringsgivarna kan ställa större krav för att försäkring skall erbjudas.

För att förbättra försäkringsgivarnas risk kan villkorsförändringar på sikt vara intressanta. Förändringarna kan förslagsvis innebära att upphandlingar måste godkännas av en central upphandlingsenhet för att omfattas av försäkringsskydd. Om en försäkring avseende skadestånd vid offentlig upphandling skall vara effektiv i skyddshänseende kan det också krävas högre försäkringsbelopp i framtiden. Idag är försäkringsbeloppen för denna typ av skada generellt lägre än inom andra områden. För att en sådan höjning av risken skall vara försäkringsbar, anser jag att progressiva självrisker borde kunna användas. En sådan självrisk kan bestå i procentsatser av utbetald ersättning, dvs ju större skada, desto högre självrisk.

En sådan ändring skulle enligt min åsikt dessutom vara en lämplig kombination av den upphandlande enhetens behov av skydd och lagstiftarens preventionssyfte med skadeståndsbestämmelsen.

12 SAMMANFATTNING

Kommuner uppvisar idag stora skillnader i kompetens vid offentlig upphandling. Detta är också fallet för de kommunala bolagen. Enligt flera undersökningar begås flest fel av mindre

kommuner och bolag. Dessutom synes de kommuner och bolag som har en decentraliserad upphandling begå fler fel än motsvarande enheter med central upphandlingsfunktion. Bland de kommunala bolagen förekommer också att upphandling genomförs utan beaktande av upphandlingsreglerna. Det främsta skälet till detta beteende är att bolagen inte anser sig vara upphandlande enheter enligt lag om offentlig upphandling. Bolagens tolkning är med största sannolikhet felaktig, men får idag inga skadeståndsrättsliga konsekvenser.

Även om mycket talar för att kommuner och kommunala bolag begår många fel under upphandlingar, så är antalet skadeståndsmål med bifallande domar mycket få. Detta beror delvis på att leverantören har en stor bevisbörda i denna typ av tvist. För att skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset skall kunna utgå måste det visas att det begångna felet har inneburit att leverantören förlorat kontraktet. Dessutom måste den ekonomiska skadan visas. Att det ställs höga beviskrav när det gäller en tvist som kan innebära fullt skadestånd är naturligtvis rimligt. I praktiken har kraven dock inneburit att vissa feltyper närmast omöjliggör utdömandet av skadestånd. Därutöver innebär dagens preskriptionsfrister svårigheter för leverantörer att hinna med en skadeståndstalan. Det förekommer också att leverantörer avstår från skadeståndstalan av affärsmässiga skäl.

De allra flesta kommuner har försäkringsskydd som omfattar skadeståndsskyldighet vid offentlig upphandling. Detta är inte lika vanligt förekommande för de kommunala bolagen. Detta kan dels bero på att försäkringsgivare generellt försöker undvika att erbjuda försäkring omfattande ren förmögenhetsskada, vilket inte har varit affärsmässigt möjligt när det gäller försäkring för kommuner. Det kan enligt uppgift också bero på att kommunala bolag generellt anses ha en sämre inköpsorganisation än kommuner, och på att bolagen inte tillämpar lagen på samma sätt som kommunerna.

Försäkringsskyddet motverkar till viss del den preventiva effekt som skadeståndet skall ha på de upphandlande enheternas vilja att följa upphandlingsbestämmelserna. För de upphandlande enheterna är det naturligtvis viktigt att övervältra risken på annan part. Eftersom många försäkringsgivare har varit intresserade av att erbjuda kommuner försäkringsskydd har det hittills inte varit några problem för kommunerna att få skydd för skadeståndskrav vid offentlig upphandling. Det har varit en affärsmässig nödvändighet för försäkringsgivarna att erbjuda detta skydd.

Denna situation kan emellertid vara på väg att förändras. Försäkringsgivarna har uppmärksammat vissa kunders brister vid offentlig upphandling. Det kan till och med vara så att vissa upphandlande enheter uppsåtligen antar fel leverantör eftersom den ekonomiska risken vid ett sådant förfarande är liten för enheten. De flesta försäkringsbolag har ännu inte behövt utgå ersättning för skadestånd, men utredningskostnaderna vid skadeanmälningar kan bli stora. På grund av att försäkringsmarknaden idag har färre aktörer än tidigare så kan försäkringsgivarna ställa större krav på de upphandlande enheterna.

Lagstiftaren har också uppmärksammat vissa upphandlande enheters dåliga efterlevnad av upphandlingsreglerna, och ett delbetänkande avseende förslag till ändringar i LOU är idag på remiss. De föreslagna ändringarna omfattar dels skadeståndsbestämmelserna och dels andra sanktionsmöjligheter som kan få effekter på förekomsten av skadeståndsprocesser. Ändringarna har också som syfte att förenkla upphandlingsförfarandet för de flesta kommuners och kommunala bolags upphandlingar. Även om förfarandet förenklas så är det min uppfattning att antalet skadeståndsprocesser kommer att öka om de föreslagna förändringarna genomförs. De föreslagna förändringarna kan sannolikt också öka möjligheterna att lagstiftarens syfte med LOU uppnås, vilket inte riktigt kan sägas vara fallet idag.

Redan idag finns tecken på att försäkringsgivarna intagit en hårdare attityd mot upphandlande enheters inkompetens. Om de föreslagna ändringarna i lagen genomförs kan det bli svårare för de upphandlande enheter som har brister i sin upphandling att få försäkringsskydd. Därför är det enligt min uppfattning viktigt att kommuner och kommunala bolag ser över sin organisation och, även om detta är kostsamt, genomför inrättandet av centrala upphandlingsenheter med hög kompetens inom flera områden.

Om detta inte görs kan effekten på sikt bli att flera mindre upphandlande enheter står utan försäkringsskydd. Konsekvenserna för en ekonomiskt ansträngd upphandlande enhet kan bli mycket stora om skadestånd omfattande det positiva kontraktsintresset måste betalas ur den egna budgeten.

FÖRKORTNINGAR

EGT	Europeiska Gemenskapernas Tidning
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms Universitet
KomL	Kommunallag (1991:900)
LIU	Lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling
LOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
SCB	Statistiska Centralbyrån
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
UF	Upphandlingsförordning
UR	Kommunalt upphandlingsreglemente

KÄLLOR OCH LITTERATUR

Offentligt tryck

KOM(96) 0583 slutlig, 27.11.1996.

KOM(98) 143 slutlig, 11.03.1998.

Prop. 1992/93:88. Om offentlig upphandling

SOU 1999:139. Effektivare offentlig upphandling. För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt.
Delbetänkande av upphandlingskommittén.

Litteratur

Bohlin, A. Kommunalrättens grunder. Andra upplagan, Norstedts Juridik 1998.

Forsberg, N. Offentlig upphandling i praktiken. Norstedts Juridik 1998.

Hellner, J. Skadeståndsrätt. Femte upplagan, Juristförlaget 1995.

Hentze, M & Sylvén, H. Offentlig upphandling. Norstedts Juridik 1998.

Madell, T-E. Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverkningar. Norstedts Juridik 1998.

Nord, E. I Karnov 1998/99. Fakta Info Direkt 1998.

Artiklar

Hellner, J. Upphandling och skadestånd. JT 1998-99 nr 4.

Johansson, L.G. Göteborg trotsar upphandlingslag. Dagens Industri 99-09-13.

Palm, U & Riberdahl, C. Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över. SvJT nr 8/96.

Wahl, N. Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?
JT 1997-98 nr 2.

Undersökningar

Demoskop på uppdrag av Industriförbundet: Offentlig upphandling – en kvalitativ undersökning.

NOU: Effekter av lagen om offentlig upphandling. Fritzes Offentliga Publikationer 1997.

NOU: Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling, 1999.

Rättsfall

Nytt juridiskt arkiv

NJA 1998 s 873

EG-domstolen

117/78 och 16/77

Ruckdeshel mot Hauptzollant Hamburg-St Annen.

C-44/96

Mannesmann Anlagenbau Austria AG mot Strohal Rotationsdruck GesmbH.

Övriga källor

Internet

<http://www.gotalejon.goteborg.se>

<http://www.sterikforsakring.stockholm.se>

Försäkringsvillkor

Försäkringsvillkor från fem olika försäkringsgivare.

Muntlig information

Information genom kontakter med ett flertal olika aktörer inom kommuner, kommunala bolag, försäkringsgivare, försäkringsmäklare och advokater.