
FÖRDELNING AV SKADESTÅNDSANSVAR VID SAMORDNAD OFFENTLIG UPPHANDLING

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Det är såväl i Sverige som inom EU i övrigt vanligt förekommande att offentlig upphandling sker i form av s.k. inköpssamordning, vilket innebär att upphandlande enheter¹ i mer eller mindre fasta former samarbetar vid upphandling. Samarbeten av denna typ resulterar ofta i att de upphandlande enheterna gemensamt eller för varandras räkning sluter ramavtal med eller tilldelar upphandlingskontrakt till en eller flera leverantörer.²

Då upphandlande enheter samarbetar om upphandling och ramavtalsanvändning uppstår emellertid ett antal intressanta frågor. Somliga av dessa frågeställningar, t.ex. ramavtalens legalitet och de konkurrensrättsliga aspekterna av inköpssamordning har på senare tid blivit föremål för livlig debatt,³ medan an-

* Jurist vid Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Den analys och de slutsatser som framgår av artikeln är mina egna och återspeglar därför inte nödvändigtvis NOU:s officiella inställning. Jag vill tacka NOU:s chefsjurist Michael Slavicek och jur. kand. Jan-Erik Falk för värdefulla synpunkter och påpekanden rörande tidigare utkast till denna artikel.

¹ Begreppet upphandlande enhet definieras i 1 kap. 5 § LOU samt i de paragrafer som där hänvisas till. Av utrymmesskal förklaras inte begreppet närmare i denna artikel. För förståelsen av de i artikeln förda resonemangen torde den grundläggande kunskapen, att upphandlande enheter vid upphandling är skyldiga att följa bestämmelserna i LOU, vara tillräcklig.

² I Sverige sker detta bl.a. inom ramen för den s.k. statliga inköpssamordningen, vilken regleras i förordning (1998:796) om statlig inköpssamordning. Enligt 2 § i denna förordning skall det för varor och tjänster som myndigheterna upphandlar ofta finnas ramavtal eller andra gemensamma avtal som effektiviserar upphandlingarna. Statskontoret har enligt 4 § ansvaret för att sådana avtal träffas och för samordningen och uppföljningen av inköpsverksamheten. Även om förordningen enligt 1 § endast gäller myndigheter under regeringen förekommer det att även kommuner och landsting deltar i inköpssamordningen, t.ex. i de ramavtal på IT-området som Statskontoret upphandlar.

³ För en mer omfattande analys av ramavtalsproblematiken och de upphandlings- och konkurrensrättsliga aspekterna av inköpssamordning hänvisas till Falk & Pedersen, Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, Jure förlag, Stockholm 2004, kap. 5.

dra fortfarande är relativt outforskade. En av de frågor som, sett i relation till dess stora praktiska betydelse, fått förvånansvärt lite uppmärksamhet är vem som vid inköpsamordning bär ansvaret för att upphandlingen sker i enlighet med gällande upphandlingsbestämmelser, eller med andra ord, vem som blir skyldig att ersätta eventuella skador som leverantörer lider till följd av fel och brister i upphandlingen.

Syftet med förevarande artikel är att, bl.a. mot bakgrund av den begränsade rättspraxis som finns, försöka analysera rättsläget avseende fördelning av skadeståndsskyldighet vid inköpsamordning, samt att kortfattat analysera bestämmelserna om s.k. inköpscentraler i de nya upphandlingsdirektiven.⁴ Ett näraliggande ämne är hur överprövningsbestämmelserna bör tillämpas vid inköpsamordning. Jag har dock valt att lämna denna problematik utanför den följande framställningen.⁵

2. KORT OM LOU

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) innehåller sju kapitel, varav det första innehåller allmänna bestämmelser och definitioner. LOU bygger på EG-direktiv i de delar som reglerar upphandling över de s.k. tröskelvärdena (kap. 2-5).⁶ För upphandling under tröskelvärdena samt för upphandling av bland annat s.k. B-tjänster⁷ gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Bestämmelserna i 6 kap. LOU styrs av samma grundprinciper som de bestämmelser vilka reglerar upphandling över tröskelvärden, men bygger i sin utformning till viss del på tidigare gällande svenska upphandlingsbestämmelser.⁸ Bestämmelserna om de s.k. rättsmedlen, överprövning och skadestånd, återfinns i 7 kap. LOU och bygger på två särskilda EG-direktiv, de s.k. rättsmedelsdirektiven.⁹ I denna

⁴ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet). Medlemsstaterna är skyldiga att inom 21 månader från publiceringen i EUT (30 april 2004) införliva direktivens bestämmelser i sina nationella rättsordningar.

⁵ Beträffande denna frågeställning hänvisas istället till Falk & Pedersen, s. 134 ff.

⁶ Gällande tröskelvärden framgår av förordning (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

⁷ A-tjänster är sådana tjänster, till vilka hänvisas i avdelning A i bilagan till LOU, och som typiskt sett kan bli föremål för gränsöverskridande handel, t.ex. underhåll och reparation av motorfordon, landtransporter, finansiella tjänster, fastighetsförvaltning etc. B-tjänster är sådana tjänster, till vilka hänvisas i avdelning B i bilagan till LOU, och som typiskt sett är mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel, t.ex. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster, hälso- och sjukvårdstjänster etc.

⁸ Upphandlingsförordningen (1986:366) samt kommunala upphandlingsreglementen.

⁹ Direktiv 89/665/EEG (klassiska sektorn), Direktiv 92/13/EEG (försörjningssektorerna).

artikel behandlas, som inledningsvis nämnts, endast bestämmelserna om skadestånd.

En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i LOU skall enligt 7 kap. 6 § ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Bestämmelsen har ansetts innebära att ersättning t.o.m. kan utgå med ett belopp som motsvarar det positiva kontraktssintresset.¹⁰ Av 7 kap. 7 § framgår att anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling enligt 4 kap. är berättigad till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LOU menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen. Paragrafen är enligt ordalydelsen endast tillämplig vid upphandling enligt 4 kap. (upphandling inom de s.k. försörjningssektorerna) men har i praxis ansetts kunna tillämpas vid all upphandling enligt LOU.¹¹ Bestämmelsen skall enligt HD tolkas så att "... leverantören för att få ersättning för kostnader inte behöver visa att han skulle fått kontraktet om någon överträdelse inte skett utan att det är tillräckligt att han visar, förutom att en överträdelse skett, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet."¹² Det är således fullt möjligt att en upphandlande enhet kan få betala skadestånd till flera leverantörer trots att endast en av dem skulle ha kunnat få kontraktet. Talan om skadestånd skall enligt 7 kap. 8 § LOU väckas vid allmän domstol inom ett år från det att upphandlingen avslutats. Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.

3. UPPHANDLANDE ENHET – KORT INLEDNING TILL PROBLEMATIKEN

Då upphandlande enheter upphandlar gemensamt uppstår frågan om vilken eller vilka av dem som är att betrakta som upphandlande enheter i den mening som avses i 7 kap. LOU. Syftet med definitionen i 1 kap. 5 § förefaller vara att fastställa vilka myndigheter, bolag etc. som är skyldiga att tillämpa bestämmelserna i LOU. Definitionen ger dock inte svar på vilken eller vilka upphandlande enheter som är att betrakta som upphandlande enheter (avtalsparter) i det enskilda fallet, d.v.s. i en specifik upphandling.

Detta har bl.a. betydelse för mot vilken eller vilka av de upphandlande enheterna en eventuell skadeståndstalan skall riktas och därmed även för vilken tingsrätt som är rätt forum i mål om skadestånd.

¹⁰ NJA 1998 s. 873.

¹¹ NJA 2000 s. 712.

¹² NJA 2000 s. 712.

I avsaknad av uttrycklig vägledning i LOU bör bedömningen enligt min mening istället göras med utgångspunkt i vilken eller vilka upphandlande enheter som tilldelar upphandlingskontrakt.¹³

4. SAMORDNAD UPPHANDLING – FYRA HUVUDTYPER

Ur principiell synvinkel torde man kunna särskilja fyra olika huvudtyper¹⁴ av samordnad upphandling (inköpssamordning). Dessa huvudtyper beskrivs i de följande avsnitten. För det första kan en upphandlande enhet genomföra upphandling enbart i egenskap av ombud för en eller flera andra upphandlande enheter (avsnitt 4.1). För det andra kan en upphandlande enhet genomföra upphandling och tilldela kontrakt i eget namn för att därefter överlåta föremålet för upphandlingen till en eller flera andra upphandlande enheter (avsnitt 4.2). För det tredje kan flera upphandlande enheter gemensamt tilldela kontrakt i samma upphandling (avsnitt 4.3). För det fjärde kan flera upphandlande enheter tilldela varsitt kontrakt i en gemensamt genomförd upphandling (avsnitt 4.4). Gemensamt för dessa typer av samordnad upphandling är emellertid att de innebär att den upphandlande enhet som är slutkonsument av föremålet för upphandlingen tilldelar ett upphandlingskontrakt, antingen direkt till en leverantör (avsnitt 4.1, 4.3 och 4.4) eller till en annan upphandlande enhet som i sin tur tilldelar en leverantör upphandlingskontrakt (avsnitt 4.2).¹⁵

4.1 Upphandling genom ombud

Det finns enligt min mening inga upphandlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet, i enlighet med allmänna civilrättsliga principer, anlitar ett ombud för genomförande av upphandling.¹⁶ Det finns inte heller några upp-

¹³ Stöd för detta synsätt kan enligt min mening hämtas ur det faktum att syftet med upphandlingsdirektiven och LOU är att reglera tilldelningen av offentliga kontrakt.

¹⁴ Varianter av dessa huvudtyper kan naturligtvis förekomma.

¹⁵ Bland somliga upphandlande enheter synes dock medvetenheten om att de allra flesta typer av anskaffningar innebär tilldelning av kontrakt, i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och LOU, vara förvånansvärt låg. Ofta är det först vid eller efter kontraktsskrivningen som man börjar fundera på att den upphandlande enheten faktiskt tilldelar ett kontrakt.

¹⁶ För vissa upphandlande enheter kan det dock finnas bestämmelser i annan lagstiftning som omöjliggör upphandling genom ombud. Som exempel kan nämnas att vissa kommunalrättsliga bestämmelser begränsar kommuners och landstings möjligheter att delegera beslutanderätt i bl.a. upphandlingsärenden till andra upphandlande enheter, samt möjligheterna att befullmäktiga ombud att för kommunens eller landstingets räkning genomföra upphandling. Ett förslag till delegationslag som skulle möjliggöra för kommuner och landsting att genom avtal uppdra åt andra upphandlande enheter att, för kommunens eller landstingets räkning, genomföra upphandling har dock nyligen presenterats i Ds 2004:37 Samordnad upphandling.

handlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet åtar sig uppdraget att vara ombud för en annan upphandlande enhet vid dennas upphandling.¹⁷

Ett förfarande med upphandling genom ombud innebär emellertid inte att bestämmelserna i LOU inte blir tillämpliga, eftersom det i rättslig mening är den upphandlande enheten (huvudmannen) som tilldelar upphandlingskontraktet. Huvudmannen blir därmed skyldig att tillse att ombudet tillämpar bestämmelserna i LOU och blir också, gentemot leverantörskollektivet, ansvarig för upphandlingen. Vid upphandling genom ombud skall därför en eventuell skadeståndstalan med anledning av upphandlingen riktas mot huvudmannen och inte mot ombudet. Detta gäller oberoende av om ombudet är en upphandlande enhet eller ej.

Det bör dock noteras att uppdraget att agera ombud i en upphandling i upphandlingsrättslig mening är att betrakta som utförande av en tjänst, vilket innebär att uppdraget därför i normalfallet måste föregås av upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU.

4.2 Upphandling och överlåtelse till annan upphandlande enhet

Det finns, enligt min mening, inte heller några upphandlingsrättsliga hinder mot att en upphandlande enhet genomför upphandling, tilldelar kontrakt och därefter överlåter föremålet för upphandlingen till en eller flera andra upphandlande enheter.¹⁸ En förhållandevis vanlig variant av detta är att en upphandlande enhet köper in varor och lagerhåller dessa för att därefter sälja dem till andra upphandlande enheter. I ett sådant fall torde dock endast den kontraktstilldelande enheten kunna anses ansvarig för att LOU tillämpas korrekt i upphandlingen, eftersom endast denna enhet träder i direkt kontraktsförbindelse med en eller flera leverantörer.

En överlåtelse innebär emellertid att det uppstår ett avtalsförhållande mellan den upphandlande enhet som tilldelat kontraktet och den eller de enheter till vilka föremålet för upphandlingen överläts. Detta innebär därför i regel att överlåtelsen inte får ske utan föregående upphandling, från den mottagande upphandlande enhetens sida, i enlighet med bestämmelserna i LOU.¹⁹

¹⁷ Däremot kan det finnas andra hinder mot att en upphandlande enhet åtar sig denna typ av uppdrag, för kommuner t.ex. att detta kan falla utanför den kommunala kompetensen och för statliga myndigheter och offentliga bolag t.ex. att sådan verksamhet kan vara oförenlig med myndighetens eller bolagets uppgifter såsom dessa kommit till uttryck i myndighetens regleringsbrev respektive bolagets bolagsordning.

¹⁸ Däremot kan det i likhet med vad som anförts i noterna 16 och 17 ovan finnas andra hinder mot att en upphandlande enhet bedriver sådan verksamhet.

¹⁹ Bestämmelser om undantag från upphandlingsskyldighet finns i 4 kap. 4 §, 4 kap. 4 a § och 5 kap. 2 § LOU. Undantag från upphandling kan vidare möjligen göras vid överlåtelser mellan upphandlande enheter inom samma juridiska person. Se dock Falk och Pedersen s. 36 ff. Upp-

Ett exempel på upphandling och överlåtelse återfinns i rättsfallet RÅ 1997 not 87 som rörde upphandling av läkemedel. Regeringsrätten gjorde bl.a. följande uttalanden i målet. ”Sjukvårdshuvudmännen har också bekräftat att avsikten inte varit att de själva skulle sluta avtal med annan än Apoteksbolaget. Vad gäller Apoteksbolagets egna inköp får dessa förutsättas ha varit beroende av bl.a. storleken av de rabatter som olika läkemedelstillverkare erbjudit sjukvårdshuvudmännen. Mot denna bakgrund får sjukvårdshuvudmännens kontakter med läkemedelstillverkare rörande priser m.m. anses ha vidtagits för Apoteksbolagets räkning inom ramen för en av det bolaget utförd upphandling av varor.”

Uttalandena får enligt min mening förstås så att trots att de varor som upphandlades slutligt skulle komma att överlåtas till sjukvårdshuvudmännen, kunde endast Apoteksbolaget i den aktuella upphandling anses agera som upphandlande enhet, eftersom endast Apoteksbolaget skulle tilldela kontrakt till någon leverantör.

4.3 Samordnad upphandling med gemensam tilldelning av kontrakt

Det synes vidare inte finnas några upphandlingsrättsliga hinder mot att flera upphandlande enheter gemensamt genomför upphandling och gemensamt tilldelar ett upphandlingskontrakt. Som torde ha framgått av vad som anförts ovan är det min uppfattning att ansvaret för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt i en upphandling, åvilar den eller de upphandlande enheter som i upphandlingen tilldelar upphandlingskontrakt. Vid samordnad upphandling med gemensam tilldelning av kontrakt innebär detta att alla de upphandlande enheter som tilldelar kontrakt, blir ansvariga för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt vid upphandlingen av kontraktet.

Vid samordnad upphandling är det dock vanligt att en av de inblandade upphandlande enheterna påtar sig huvudansvaret för det faktiska genomförandet av upphandlingen.²⁰ Det är också vanligt förekommande att endast denna enhet, utan att det formellt sett är fråga om upphandling genom ombud, ensam undertecknar upphandlingskontraktet. Ett sådant förfarande torde normalt sett ha sin grund i att de deltagande upphandlande enheterna inte på ett tillfredsställande sätt för sig själva klargjort den rättsliga utformningen av samarbetet dem emellan. Mot bakgrund av den vida definitionen av begreppet upphandlings-

handling i enlighet med LOU behöver inte heller ske vid rena gåvor utan krav på motprestation, något som dock torde vara sällsynt. Bestämmelserna om inköpscentraler i de nya upphandlingsdirektiven (direktiv 2004/17/EG artikel 29 och direktiv 2004/18/EG artikel 11) synes emellertid öppna för möjligheten till överlåtelser utan föregående upphandling. Se avsnitt 5 av denna artikel.

²⁰ Det förekommer då att det till den upphandlande enhet som faktiskt genomför upphandlingen knyts en arbetsgrupp med representanter från de övriga upphandlande enheterna.

kontrakt²¹ är det dock min uppfattning att såväl den eller de upphandlande enheter som i eget namn undertecknar upphandlingskontrakt, som de upphandlande enheter som i och med upphandlingskontraktet endast erhåller ekonomiska rättigheter och skyldigheter gentemot de kontrakterade leverantörerna, bör anses tilldela upphandlingskontrakt i den mening som innebär ansvar för att bestämmelserna i LOU tillämpas korrekt. Detta torde gälla även en upphandlande enhet som inte har för avsikt att själv använda upphandlingskontraktet.²²

Svea hovrätt synes dock i ett mål ha gjort en delvis annorlunda bedömning av rättsläget.²³ Målet rörde en samordnad upphandling, med fem deltagande upphandlande enheter. Det var i målet ostridigt att en av de upphandlande enheterna (Mimer) varit den som haft det praktiska ansvaret för upphandlingen. Käranden (nedan kallad bolaget) hade gjort gällande att både kommunen genom sin fastighetsförvaltning och de kommunägda bolag som också stämts in i målet, var att anse som avtalsparter och därigenom ansvarade för upphandlingen eftersom Mimer agerat på deras uppdrag och som ombud för dem.

Hovrätten ansåg det vara klarlagt att Mimer inte agerat ombud för de övriga instämnda upphandlande enheterna och uttalade i denna del bl.a. att "[d]et har inte visats i målet att Mimer skulle ha haft någon fullmakt att företräda de övriga fyra svarande. [...] Enligt hovrättens mening finns det inte något i utredningen som visar att Västerås Hamn AB, Västerås Gatukontors AB (VÄGAB) och Västerås Flygfastigheter AB (Flygfastigheter) har haft en aktiv roll vid utformningen av förfrågningsunderlaget eller att de deltagit i utvärderingen. De kan därför inte anses vara upphandlande enheter. Särskilt tydligt blir detta om det skulle bli aktuellt att ålägga parterna en solidarisk skadeståndsskyldighet, en

²¹ Begreppet upphandlingskontrakt skall enligt Europeiska kommissionen tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande enhet åtar sig att betala till en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att ställa varor till den upphandlande enhetens förfogande, samt utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande enhetens räkning. (Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9). Uppfattningen att begreppet upphandlingskontrakt skall ges en vid tolkning har bekräftats av EG-domstolen bl.a. i mål C-399/98 Ordine degli Architetti (Scalamålet), REG 2001, s. I-5409.

²² Förstainstansrätten har nyligen i förenade målen T-215/01, T-220/01 och T-221/01 Calberson GE mot Europeiska kommissionen, REG 2004 äep, fäst avgörande vikt vid vad som utåt varit synligt. Förstainstansrätten uttalade därvid att "[a]v ovannämnda bestämmelser och sakomständigheter följer att ett rättsförhållande uppkommit mellan å ena sidan kommissionen, i egenskap av upphandlande myndighet, och å andra sidan sökanden, i egenskap av kontraktsinnehavare. Att medlemsstaternas interventionsorgan vidtog en del av åtgärderna för att anskaffa varorna i fråga ändrar inte bedömningen att det föreligger ett rättsförhållande mellan kommissionen och sökanden." (p. 83).

²³ Svea hovrätts dom i mål nr T 5708-02 den 16 april 2004.

fråga som hovrätten återkommer till. Redan på grund av det anförda skall [bolagets] talan mot de tre nu nämnda svarandena lämnas utan bifall.”²⁴

Beträffande vilken ställning Västerås kommun, genom fastighetskontoret, skulle anses ha intagit gjorde hovrätten en annan bedömning. Av utredningen framgick enligt hovrätten att fastighetskontoret påverkat utformningen av förfrågningsunderlaget och deltagit i utvärderingen av anbuden. Dessutom återfanns i förfrågningsunderlaget, såväl i de administrativa föreskrifterna som i rambeskrivningen, texten ”BYGGNADS AB MIMER OCH FASTIGHETSKONTORET I V:ÅS STAD”, med fet stil. Dessa omständigheter fick enligt hovrätten ”... anses ha större vikt än vad som antecknats i kommunala protokoll eftersom de gentemot anbudsgivarna tydligt visar att även kommunen är en upphandlande enhet.”²⁵ Hovrätten fann därför att även kommunen ådragit sig skadeståndsansvar för den felaktiga upphandlingen.

Av de delar av hovrättens domskäl som citerats ovan framgår att hovrätten ansåg att endast Mimer och kommunen var att betrakta som avtalsparter (upphandlande enheter) och att detta utgjorde hinder mot att ålägga övriga svarande (de tre kommunala bolagen) skadeståndsskyldighet. Det finns emellertid, enligt min mening, anledning att ifrågasätta hovrättens bedömning i denna del.

Det förefaller i målet ha varit ostridigt att även de tre kommunala bolagen skulle komma att använda de aktuella ramavtalen. Hovrätten synes i sina domskäl inte i tillräcklig omfattning ha beaktat detta. Det faktum att de aktuella avtalen, såvitt framgår av domen, utan ytterligare rättslig reglering eller inblandning av Mimer eller kommunen skulle kunna användas även av dessa tre bolag, innebär enligt min mening att även de tre kommunala bolagen rätteligen skulle ansetts ha tilldelat upphandlingskontrakt d.v.s. varit avtalsparter och därmed även upphandlande enheter i den aktuella upphandlingen, oberoende av huruvida de haft en aktiv roll vid utformningen av förfrågningsunderlaget eller deltagit i utvärderingen.

4.4 Samordnad upphandling med tilldelning av separata kontrakt

Det förekommer även att upphandlande enheter gemensamt genomför en upphandling vilken resulterar i att respektive enhet tilldelar varsitt upphandlingskontrakt. Under förutsättning att transparensen (kravet på öppenhet och förutsebarhet) i förfarandet upprätthålls synes det inte finnas några upphandlingsrättsliga hinder mot ett sådant upplägg. I ett sådant fall torde det normalt sett inte råda någon tvekan om vilka upphandlande enheter som tilldelar kontrakt i upphandlingen, och därför blir ansvariga för att LOU tillämpas korrekt, eftersom varje enhet undertecknar sitt eget kontrakt.

²⁴ Hovrättens dom, s. 6 f.

²⁵ Hovrättens dom, s. 7.

5. INKÖPSCENTRALER

5.1 Nya bestämmelser om inköpscentraler

Genom de nya upphandlingsdirektiven²⁶ införs begreppet *inköpscentral*. I det följande kommer jag att utgå från det nya direktivet för den klassiska sektorn, men de resonemang som förs är relevanta även för försörjningssektorerna, eftersom det nya försörjningsdirektivet innehåller en i allt väsentligt likalydande reglering av inköpscentraler.²⁷ Begreppet som är en nyhet i förhållande till de gällande upphandlingsdirektiven definieras i det nya klassiska direktivet (artikel 1.10) som ”en upphandlande myndighet²⁸ som anskaffar varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, eller genomför offentlig upphandling eller ingår ramavtal om byggtreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter.”²⁹

Av det nya klassiska direktivet (artikel 11.2) framgår vidare att ”en upphandlande myndighet som anskaffar byggtreprenader, varor och/eller tjänster med hjälp av en inköpscentral enligt artikel 1.10 skall anses ha följt detta direktiv, under förutsättning att inköpscentralen har följt bestämmelserna.”³⁰

Bestämmelserna om inköpscentraler får mot bakgrund av direktivets ingress (p. 15) närmast ses som en kodifiering av de förfaranden för centralisering av inköp som redan tidigare utvecklats i flera av EU:s medlemsstater. Syftet med bestämmelsernas införande anges vara att öka konkurrensen och förbättra effektiviteten i den offentliga upphandlingen genom att dra nytta av de större inköpsvolymerna som en centralisering innebär.

Bestämmelserna är intressanta av flera skäl. För det första framgår det av definitionen av begreppet inköpscentral att endast en ”upphandlande myndighet”

²⁶ Direktiv 2004/17/EG (för försörjningssektorerna) och direktiv 2004/18/EG (för den klassiska sektorn). Medlemsstaterna har 21 månader, räknat från den 30 april 2004, på sig att införliva direktivens bestämmelser i de nationella rättsordningarna.

²⁷ Den följande framställningen bygger på antagandet att systematiken i LOU:s bestämmelser om rättsmedlen överprövning och skadestånd (nuvarande kap. 7) kommer att vara i huvudsak densamma efter att de nya direktiven införlivats i svensk lag. Det kan dock inte uteslutas att den utredning (Fi 2004:47 Utredningen om genomförande av EG:s direktiv om offentlig upphandling och upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster) som skall lämna förslag till hur direktivens bestämmelser skall införlivas kan komma att göra andra ställningstaganden än jag förväntar mig. Mot bakgrund av den begränsade tid som står till förfogande bedömer jag det dock som osannolikt att några mer ingripande förändringar beträffande rättsmedlen kommer att föreslås av utredningen.

²⁸ Begreppet ”upphandlande myndighet” avser enligt artikel 1.9 ”statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ”. Definitionen överensstämmer således med begreppet ”upphandlande enhet” såsom det framgår av 1 kap. 5 och 6 §§ LOU.

²⁹ En i allt väsentligt likalydande definition återfinns i det nya försörjningsdirektivet (artikel 1.8).

³⁰ En i allt väsentligt likalydande reglering återfinns i det nya försörjningsdirektivet (artikel 29.2).

kan vara inköpscentral. Detta innebär således att aktörer som inte själva omfattas av direktivets bestämmelser, t.ex. upphandlingskonsulter, advokatbyråer, privata grossister etc., inte kan agera inköpscentraler i den mening som avses i direktivet.

För det andra framgår av definitionen att inköpscentraler kan arbeta på två olika sätt. Dels kan de anskaffa varor och/eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter, dels kan de genomföra offentlig upphandling eller ingå ramavtal om byggentreprenader, varor eller tjänster som är avsedda för upphandlande myndigheter. Skillnaden mellan dessa två arbetssätt kan vid en läsning av den svenska språkversionen av direktivet vara svår att förstå. Studerar man motsvarande bestämmelse i t.ex. den engelska språkversionen framgår det dock tydligare vad som avses. Enligt denna språkversion är en inköpscentral en upphandlande myndighet som antingen ”acquires supplies and/or services intended for contracting authorities”, eller ”awards public contracts or concludes framework agreements for works, supplies or services intended for contracting authorities”. En inköpscentral kan således antingen arbeta genom att som ombud, varvid den inte tilldelar kontrakt i eget namn, anskaffa varor och/eller tjänster avsedda för andra upphandlande enheter (jfr avsnitt 4.1 ovan), eller genom att, i eget namn, tilldela upphandlingskontrakt eller sluta ramavtal för byggentreprenader, varor eller tjänster, som den sedan överlåter till andra upphandlande enheter (jfr avsnitt 4.2 ovan).

För det tredje, och detta är egentligen det mest intressanta med de nya bestämmelserna, innebär regleringen i artikel 11.2 ett undantag från skyldigheten att genomföra en formbunden upphandling vid anskaffningar som görs med hjälp av en inköpscentral. Visserligen innebär en sådan anskaffning att det uppstår ett upphandlingskontrakt mellan den upphandlande enhet som är slutkonsument av föremålet för upphandlingen och inköpscentralen, antingen i form av ett uppdragsavtal (uppdrag att agera ombud), eller i form av ett köpeavtal (i de fall då inköpscentralen tilldelar kontrakt i eget namn och därefter säljer föremålet för upphandlingen vidare), men detta kontrakt är enligt de nya bestämmelserna undantaget från kravet på upphandling i enlighet med direktivets bestämmelser, under förutsättning att inköpscentralen genomfört en upphandling i enlighet med direktivets bestämmelser. Här ligger enligt min mening ett av skälen till att endast upphandlande myndigheter kan agera inköpscentraler i direktivets mening. Bestämmelserna om inköpscentraler innebär inte att det sker en anskaffning helt utan upphandling, eftersom inköpscentralen måste göra en upphandling i enlighet med direktivets bestämmelser. Om emellertid även aktörer som inte är skyldiga att följa direktivets bestämmelser skulle kunna agera inköpscentraler hade detta inneburit att direktivets bestämmelser överhuvudtaget inte skulle komma att användas, något som givetvis inte varit meningen.

5.2 Fördelning av skadeståndsansvar vid användning av inköpscentraler

Upphandlande enheter som använder sig av inköpscentraler får således tillgodoräkna sig att inköpscentralen (korrekt) tillämpat direktivets bestämmelser.³¹ Frågan är emellertid om det omvända gäller, d.v.s. att den upphandlande enheten blir ansvarig för skada som någon leverantör vållas i de fall då inköpscentralen visserligen tillämpar direktivets bestämmelser, men gör det på ett felaktigt sätt. På denna punkt ger dock direktivets bestämmelser inget svar. Jag anser dock att starka rättssäkerhetsskäl talar för att samma principer som idag bör gälla, d.v.s. att den upphandlande enheten bär ansvaret om den genomför upphandling genom ombud och att inköpscentralen blir ansvarig om den tilldelar kontrakt eller sluter ramavtal i eget namn (jfr avsnitten 4.1 och 4.2 ovan). En leverantör bör kunna utgå från att den upphandlande enhet som utåt sett framstår som formellt ansvarig för en upphandling också är den enhet mot vilken en eventuell skadeståndstalan skall riktas. Mot detta skulle dock kunna invändas att ett av argumenten för att definitionen av begreppet inköpscentral endast skulle avse upphandlande myndigheter lär ha varit att endast upphandlande myndigheter har eget ”upphandlingsansvar” i enlighet med direktivets och, får man förmoda, rättsmedelsdirektivets bestämmelser. Riktigt vad som avsetts med detta argument har dock, såvitt jag känner till, inte klarlagts.³² I väntan på ett klarläggande vid införlivningen av direktivets bestämmelser i svensk lag eller vägledande rättspraxis är det därför möjligt att rättsläget i detta avseende får anses något oklart.

Att inköpscentralen, då den i eget namn tilldelar kontrakt, blir skadeståndsskyldig för skada som den orsakar genom att bryta mot regelverket, innebär emellertid enligt min mening inte att den upphandlande enhet som köper från inköpscentralen går fri från skadeståndsskyldighet. Detta eftersom undantaget från skyldigheten att genomföra upphandling vid köp från en inköpscentral endast gäller om inköpscentralen korrekt tillämpat direktivets bestämmelser. Om inte inköpscentralen tillämpat direktivets bestämmelser korrekt utgör varje köp som en upphandlande enhet gör från inköpscentralen en otillåten direktupphandling.³³ En intressant omständighet i sammanhanget är att möjligheterna till överprövning och skadeståndstalan med anledning av denna otillåtna di-

³¹ Med att inköpscentralen ”tillämpat direktivets bestämmelser” avses enligt min mening att bestämmelserna i direktivet tillämpats korrekt. Om inte en korrekt tillämpning skett måste den upphandlande enheten själv tillämpa direktivets bestämmelser vid anskaffningen från inköpscentralen.

³² Det är med andra ord enligt min mening oklart om argumentet, utöver vad som tidigare anförts beträffande säkerställande av att direktivets bestämmelser överhuvudtaget tillämpas, även avsetts ha betydelse för fördelningen av skadeståndsansvar vid upphandling med hjälp av inköpscentraler.

³³ Detta gäller i vart fall då det inte föreligger skäl för direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering.

rektupphandling kvarstår även efter det att ettårsfristen för väckande av skadeståndstalan löpt ut för den upphandling som inköpscentralen genomfört. Detta eftersom det vid otillåten direktupphandling inte lämnas några upplysningar om tilldelningsbeslutet, trots att så rätteligen skulle skett eftersom direktupphandlingen varit otillåten,³⁴ och någon tidsfrist därför aldrig börjar löpa.

En likartad problematik uppstår för övrigt då inköpscentralen agerar ombud för en upphandlande enhet. Undantaget från skyldigheten att upphandla ombudsuppdraget gäller nämligen, som ovan nämnts, endast om inköpscentralen korrekt tillämpar direktivets bestämmelser vid utförandet av uppdraget. Detta innebär att den upphandlande enheten, om inköpscentralen inte tillämpar direktivets bestämmelser korrekt, gjort sig skyldig till otillåten direktupphandling vid tilldelningen av ombudsuppdraget till inköpscentralen. En komplikation i sammanhanget är att detta är något som kan konstateras först i efterhand. En upphandlande enhet som, utan föregående upphandling, tilldelat en inköpscentral uppdraget att agera ombud kan med andra ord först efter att inköpscentralen fullgjort sitt uppdrag veta om den haft rätt att avstå från upphandling vid tilldelning av ombudsuppdraget eller ej. Då en upphandlande enhet anlitar en inköpscentral som ombud vid upphandling riskerar den således skadeståndsansvar både för de brott mot regelverket som inköpscentralen begår och för sin egen upphandling av inköpscentralen.³⁵

Sammantaget framstår således användning av inköpscentraler, på det sätt som framgår av de nya bestämmelserna, som en mycket riskfylld verksamhet både för inköpscentralen och, i synnerhet, för den upphandlande enheten.

5.3 Begränsningar avseende vad som får anskaffas från inköpscentralen

Något som enligt min mening, vid läsning av bestämmelserna om inköpscentraler, står klart är vidare att endast sådana varor, tjänster och byggtreprenader som en inköpscentral antingen anskaffar som ombud eller genom tilldelning av kontrakt eller ramavtal, omfattas av undantaget från den upphandlande enhetens upphandlingsskyldighet. Endast sådana varor, tjänster eller byggtreprenader som ”flödar genom” inköpscentralen omfattas. Detta innebär för det första att den upphandlande enheten inte får anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader som produceras eller tillhandahålls av inköpscentralen själv utan föregående upphandling i enlighet med direktivets bestämmelser. För det

³⁴ Undantaget, vid direktupphandling, från skyldigheten att lämna upplysningar om tilldelningsbeslutet gäller endast vid tillåten direktupphandling. För skadeståndskrav i anledning av otillåten direktupphandling torde den allmänna preskriptionstiden enligt 2 § preskriptionslagen, d.v.s. tio år, gälla.

³⁵ Det kan inte uteslutas att den upphandlande enheten i ett sådant läge kan ha regressrätt gentemot inköpscentralen. Detta är emellertid en fråga som får hanteras i enlighet med civilrättsliga regler.

andra innebär det att sådant som tillförs av inköpscentralen, t.ex. förädling av råvaror eller installation av teknisk utrustning, inte omfattas av undantaget från den upphandlande enhetens upphandlingsskyldighet.

6. SAMMANFATTNING OCH AVSLUTANDE SYNPUNKTER

6.1 Samordnad upphandling

Som ovan beskrivits finns det fyra huvudtyper av samordnad upphandling: upphandling genom ombud, upphandling och överlåtelse till annan upphandlande enhet, samordnad upphandling med gemensam tilldelning av kontrakt och samordnad upphandling med tilldelning av separata kontrakt. Vid bedömningen av vilken upphandlande enhet som är upphandlande enhet i den mening som avses i 7 kap. LOU, d.v.s. ansvarig för skada som leverantörer lider på grund av fel och brister i upphandlingen och därmed rätt part i mål om skadestånd, bör enligt min mening avgörande vikt fästas vid vilken eller vilka upphandlande enheter som tilldelar kontrakt i upphandlingen. Vid upphandling genom ombud blir således den upphandlande enhet som är huvudman ansvarig. Vid upphandling med överlåtelse till annan upphandlande enhet blir den överlåtande enheten ansvarig eftersom endast denna enhet tilldelar kontrakt till någon leverantör. Vid samordnad upphandling med gemensam tilldelning av kontrakt blir samtliga inblandade enheter ansvariga och detsamma gäller vid samordnad upphandling med tilldelning av separata kontrakt.

Ett stort problem är emellertid att de upphandlande enheterna ofta inte har detta klart för sig. Ofta är det först då tvist uppstår som ansvarsfrågan kommer på tal, och först då aktualiseras frågan om vilken enhet som egentligen tilldelat kontrakt i upphandlingsrättslig mening. Ett skäl till denna relativa omedvetenhet skulle kunna vara att de flesta upphandlande enheter bedriver sin kärnverksamhet med utgångspunkt i förvaltningsrättsliga bestämmelser och därför har svårt att, vid upphandling, ställa om till ett avtalsrättsligt tankesätt.

Mot bakgrund av de risker för skadeståndsskyldighet som är förknippade med samordnad upphandling gör dock upphandlande enheter klokt i att på förhand utreda de inbördes relationerna, samt att sinsemellan avtala om solidarisk betalningsskyldighet för eventuella skadestånd, om regressrätt eller om bruket av ansvarsförsäkringar.

6.2 Inköpscentraler

De nya bestämmelserna om inköpscentraler får ses som en välkommen reglering av en företeelse som sedan länge, låt vara i mycket olika former, funnits i

de olika medlemsstaterna. Bestämmelserna väcker emellertid även en del frågor, av vilka jag försökt utreda några i denna artikel.

Som exempel kan nämnas att bestämmelserna inte ger svar på huruvida den upphandlande enheten blir ansvarig för skada som någon leverantör vållas i de fall då inköpscentralen tillämpar direktivets bestämmelser på ett felaktigt sätt. Min uppfattning är att samma principer som idag bör gälla, d.v.s. att den upphandlande enheten bär ansvaret om den genomför upphandling genom ombud och att inköpscentralen blir ansvarig om den tilldelar kontrakt eller sluter ramavtal i eget namn.

Ett annat problem är att undantaget från skyldigheten att genomföra upphandling vid köp från en inköpscentral, eller då en inköpscentral får i uppdrag att agera ombud, endast gäller om inköpscentralen tillämpat direktivets bestämmelser korrekt. Om så inte skett utgör varje köp som en upphandlande enhet gör från inköpscentralen en otillåten direktupphandling. Om inköpscentralen istället agerar ombud för den upphandlande enheten, innebär en felaktig tillämpning av direktivet från inköpscentralens sida att uppdraget till inköpscentralen att agera ombud (först) i efterhand kan konstateras ha tilldelats genom otillåten direktupphandling.

En upphandlande enhet som vill anlita en inköpscentral gör därför klokt i att välja inköpscentral med omsorg, samt att som vid samordnad upphandling gardera sig med avtal om solidarisk betalningsskyldighet för eventuella skadestånd, om regressrätt eller om bruk av ansvarsförsäkringar.

Det faktum att ansvarsfrågan, vid användning av inköpscentraler, inte getts en tydlig reglering i direktiven öppnar för spekulationer om vilken frihet medlemsstaterna har att efter eget gottfinnande reglera ansvaret vid införlivningen av direktivets bestämmelser i de nationella rättsordningarna. Vissa legala och praktiska begränsningar i denna frihet torde dock kunna identifieras redan på förhand. Dels måste ansvarsfrågans lösning vara förenlig med rättsmedelsdirektivens krav på snabba och effektiva rättsmedel, och dels måste bestämmelserna passa in i den nationella rättsordningen i övrigt.

Den svenska lagstiftaren har, i likhet med de svenska domstolarna, dock hittills visat sig obenägen att tillskapa speciallösningar för offentlig upphandling. Mycket talar därför för att de nya bestämmelserna måste passas in i den befintliga svenska förvaltnings- och civilrätten, vilket innebär att de scenarion som jag redogjort för i denna artikel mycket väl kan komma att bli verklighet.

