



## P R O M E M O R I A

**Upprättad av:** Advokat Frank Reijbrandt och advokat Emelie Engholm, Kriström Advokatbyrå KB

**Upprättad för:** Byggindustriell Riskmanagement Brim AB

**Saken:** Fråga om utformning av förfrågningsunderlag i offentliga upphandlingar

**Datum:** 2012-10-12

---

### BAKGRUND

Byggindustriell Riskmanagement Brim AB (nedan "Brim") är ett fristående försäkringsmäklarföretag som har specialiserat sig bl.a. på försäkringslösningar för byggsektorn. Inom ramen för detta arbete förmedlar Brim en fullgörandeförsäkring, vilken fungerar som säkerhet för entreprenörens åtagande mot beställaren enligt ingånget entreprenadkontrakt. På förekommen anledning har advokatbyrån fått i uppdrag att utreda huruvida det kan anses lagenligt att en kommun i sitt förfrågningsunderlag i en offentlig upphandling inom byggsektorn föreskriver att en fullgörandeförsäkring inte accepteras såsom säkerhet för entreprenadkontraktet, utan att anbudsgivaren måste prestera en bankgaranti.

### UTREDNING

#### *Grundläggande krav på offentlig upphandling*

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (nedan "LOU") är uppbyggd med utgångspunkt i EG-fördraget och senare meddelade EG-direktiv på området. Av föregångaren till den nuvarande lagen (lag (1992:1528) om offentlig upphandling) framgick av 1 kap 4 § att "*Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn*". I nuvarande version av lagtexten har kraven på affärsmässighet utkristalliserats varvid det av 1 kap 9 § kan



Kriström Advokatbyrå KB  
Postadress: Box 7184  
103 88 STOCKHOLM  
Besöksadress: Sveavägen 17, 16tr  
Telefon: 08-545 030 70  
Telefax: 08-545 030 80  
Internet: [www.krstrom.se](http://www.krstrom.se)  
e-post: [info@krstrom.se](mailto:info@krstrom.se)  
Plusgiro: 141908-4  
Bankgiro: 5697-8620  
Org.nr: 969094-9610  
Säte: Stockholm

utläsas att *"Upphandlade myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas"*. Någon ändring i sak i förhållande till vad som tidigare gällde har inte varit avsedd.<sup>1</sup>

Kravet på att offentlig upphandling ska genomföras affärsmässigt och med utnyttjande av samtliga tillgängliga konkurrensmöjligheter innebär att den upphandlande myndigheten inte får medverka till att konkurrens snedvrids. Tvärtom är ett av de viktigaste inslagen i regleringen av den offentliga upphandlingen att den ska ske på marknadens villkor och utifrån principen att det är marknaden som kan ge de billigaste och bästa villkoren. En förutsättning för att åstadkomma en effektiv konkurrens är följaktligen att marknaden ges fritt spelrum att verka.

Dessa grundläggande principer för upphandlingsförfarandet skall iaktas i samtliga faser av upphandlingen; så även vid utarbetande av förfrågningsunderlaget. Det är i detta sammanhang viktigt att framhålla att kraven på anbudsgivarens prestation inte får bestämmas av ovidkommande hänsyn eller annars av andra faktorer än affärsmässiga. Den upphandlande myndigheten får således inte ställa andra (eller högre) krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med objektet för upphandlingen. Finns det ett annat ändamålsenligt och relevant sätt att uppnå syftet med objektet för upphandlingen skall detta sätt följaktligen tillåtas om en fri konkurrens därigenom främjas.

*Frågan om förbudande av fullgörandeförsäkringar i offentliga upphandlingar*  
Det har kommit till Brims kännedom att en kommun i sitt förfrågningsunderlag i offentliga upphandlingar inom byggsektorn föreskriver att en fullgörandeförsäkring inte accepteras såsom säkerhet för ett entreprenadkontrakt, utan att anbudsgivaren måste prestera en bankgaranti. Orsaken till denna vägran grundar sig sannolikt i den upphandlande myndighetens tidigare dåliga erfarenheter från vissa försäkringsgivare; någon annan förklaring till inställningen har i vart fall inte lämnats.

I anslutning härtill kan förtydligas att en bankgaranti är utformad som en proprieborgen, dvs med innebörd att banken går i borgen såsom för egen skuld för anbudsgivarens åtagande enligt entreprenadkontraktet, i de

---

<sup>1</sup> Se prop 2006/07:128 s. 2

avseenden som framgår av borgensåtagandet. Såvitt avser s.k. "konditionella (ordinära) garantier" krävs som utgångspunkt att leverantören är försatt i konkurs eller är på obestånd för att garantin skall träda in, varvid dessutom fordras konkursförvaltarens medgivande till utbetalning av garantibeloppet, alternativt en lagakraftvunnen dom i frågan. Vid s.k. "on demand garantier" krävs inte något godkännande från leverantören eller konkursförvaltaren för utbetalning, utan banken skall vid anfordran av beställaren utbetala det aktuella garantibeloppet. Denna form av säkerhet är dock ovanlig och ofta mycket kostsam. För att banken ska acceptera att ställa ut en bankgaranti krävs att leverantören undertecknar en motförbindelse genom att gentemot banken ställa säkerhet för det belopp som bankgarantin lyder på, vilken träder i kraft för det fall banken tvingas betala i enlighet med bankgarantin. Därtill kommer en kostnad för själva garantin som normalt sett varierar mellan en och fem procent av garantibeloppet.

En fullgörandeförsäkring å andra sidan utgör en säkerhet för leverantörens åtagande inom ramen för en försäkringslösning. Försäkringen garanterar att en leverantör kan fullgöra sitt åtagande gentemot beställaren upp till avtalat garantibelopp. Försäkringen kan omgående tas i anspråk vid leverantörens väsentliga kontraktsbrott, oberoende av entreprenörens ekonomiska ställning och oberoende av entreprenörens egen inställning till kravet. Leverantören betalar en engångspremie för försäkringen, varvid försäkringen gäller utan självrisk.

Sammanfattningsvis kan konstateras att bankgarantin och fullgörandeförsäkringen utgör minst likvärdiga säkerheter för leverantörens åtagande gentemot beställaren enligt entreprenadkontraktet. Fullgörandeförsäkringen kan till och med betraktas som en bättre säkerhet, bl.a. med hänsyn till att en sådan försäkring inte förutsätter leverantörens/ konkursförvaltarens medgivande eller en lagakraftvunnen dom för utbetalning av ersättning. Fullgörandeförsäkringen utgör således en effektivare säkerhet vilken sammantaget erbjuds till ett mer konkurrenskraftigt pris (ställd säkerhet för garantibeloppet inkluderad). Mot bakgrund av det anförda kan konstateras att den aktuella kommunens vägran att, i enlighet med skrivelse i förfrågningsunderlaget för upphandlingen, acceptera en fullgörandeförsäkring såsom säkerhet, typiskt sett grundas på icke affärsmässiga ovidkommande hänsyn.

**BEDÖMNING**

Mot bakgrund av vad som anförs ovan är vår samlade bedömning att den aktuella kommunen genom föreskriften i förfrågningsunderlaget att endast en bankgaranti kan accepteras som säkerhet för en leverantörs åtagande enligt ett entreprenadkontrakt bryter mot de grundläggande upphandlingsrättsliga kraven om saklighet, affärsmässighet och utnyttjande av befintliga konkurrensmöjligheter. Den omständigheten att kommunen tidigare tvistat med vissa försäkringsgivare om utbetalning av försäkringsbelopp inom ramen för en fullgörandeförsäkring utgör inte något tillräckligt affärsmässigt skäl som kan anses motivera ett avsteg från LOU. Kommunens agerande innebär tvärtom ett helt grundlöst indirekt gynnande av banksektorn på bekostnad av försäkringssektorn, vilket i slutändan resulterar i ett mindre konkurrenskraftigt anbud från de i den offentliga upphandlingen deltagande anbudsgivarna.

Stockholm den 12 oktober 2012



Frank Reijbrandt



Emelie Engholm