

Cirkulärnr: 2001:13
Diariernr: 2001/0071
Handläggare: Ulf Palm, Lena Dalman
Sektion/Enhet: Civilrätt
Datum: 2001-01-15
Mottagare: Kommunstyrelsen, Kommundirektionen, Inköp,
Kommunala företag
Rubrik: Lagen om offentlig upphandling (skadeståndstalan vid
otillåten direktupphandling och vid avbruten upphandling)
Bilagor: HD:s domar T 2417-98, T 1683-99 och T 370-99

Civilrätt
Ulf Palm
Lena Dalman

2001-01-15

Kommunstyrelsen
Kommundirektionen
Inköp
Kommunala företag

Lagen om offentlig upphandling (skadeståndstalan vid otillåten direktupphandling och vid avbruten upphandling)

Högsta domstolen (HD) har nu avgjort ytterligare tre mål som gäller skadestånd enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Det första målet (**bilaga 1 till detta cirkulär**) gäller frågor runt otillåten direktupphandling. De andra två målen (**bilaga 2 och 3 till detta cirkulär**) rör frågan om skadeståndsskyldighet vid avbruten upphandling.

Otillåten direktupphandling (dom 2000-12-22 i mål T 2417–98) – skadeståndstalan ogillad

Bakgrund

En kommun träffade avtal om städtjänster för drygt 3 miljoner kronor under två år utan att infordra anbud enligt LOU. Ett mindre företag i städbranschen väckte talan mot kommunen och yrkade att kommunen skulle utge skadestånd med 888 000 kronor. Som grund för talan gjorde företaget gällande att det vid en upphandling enligt LOU hade kunna erbjuda samma tjänster till ett lägre pris än det som framgick av avtalet. Kommunen bestred käromålet under åberopande av bl.a. att företaget inte hade visat att det skulle ha lämnat det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid en upphandling i konkurrens, vilket är en förutsättning för att skadestånd skall kunna utgå.

Tingsrättens dom

Tingsrätten (Solna tingsrätts dom 1997-03-17, mål nr T 1129-95) ogillade käromålet. I domskälen anförde tingsrätten bl.a. att avgörande för skadestånd var om företaget vid en upphandling i konkurrens med andra företag skulle ha lämnat anbud som hade det lägsta anbudspriset. Tingsrätten konstaterade vidare att företaget vid upprättandet av det hypotetiska anbudet som åberopats i målet haft kännedom om priserna i det befintliga avtalet. Vid sådana förhållanden ansåg tingsrätten att det hypotetiska anbudet, oberoende av rimligheten i och för sig av de beräkningar som låg till grund för detta, inte kunde tillmätas någon större betydelse ur bevissynpunkt. Tingsrätten pekade också på den omständigheten att företaget inte hade lämnat anbud som prismässigt tillhörde de förmånligare vid en av kommunen senare företagen upphandling av städtjänster. Domen överklagades och hovrätten gjorde ingen ändring. (Svea hovrätts dom 1998-04-30, mål nr T 483-97). Hovrättens dom överklagades och Högsta domstolen (HD) meddelade prövningstillstånd.

Högsta domstolens dom

Som framgår av domen redogör HD inledningsvis för gällande rätt och konstaterar bl.a. att rätten till ersättning för en leverantör som förlorat ett kontrakt till följd av en överträdelse av LOU inte är begränsad till vad som motsvarar de kostnader som han haft för upphandlingen. Lagen skall enligt HD tolkas så att den ger möjlighet att döma ut ersättning med ett belopp *upp till* vad som motsvarar utebliven vinst ("positiva kontraktsintresset"). HD konstaterar också att bestämmelsen i 7 kap. 7 § LOU om ersättning för nedlagda kostnader får anses gälla inte bara vid upphandling inom försörjningssektorerna utan också inom de s.k. klassiska sektorerna (övriga sektorer). Beviskravet är dock enligt HD högre då ersättningen avser annat än kostnader.

Vad beviskravet för rätt till skadestånd beträffar kommer HD sammanfattningsvis fram till att övervägande skäl talar för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han har förlorat kontraktet till följd av en överträdelse av LOU för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.

Det av HD förhållandevis höga utdömda skadeståndsbeloppet i "Hebymålet" (NJA 1998 s. 873) förklarar HD med att det berodde på de särskilda förhållanden som var vid handen i det målet. HD anser att goda skäl kan anföras för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.

Vad det aktuella fallet beträffar är det värt att notera att HD konstaterar att en leverantör som inte har lämnat något anbud, t.ex. vid en otillåten direktupphandling, kan ha rätt till ersättning vid överträdelser av LOU. Ett

hypotetiskt anbud, som i detta fall, har dock enligt HD ett begränsat bevisvärde då det har upprättats efter det att leverantören har tagit del av det avtal som har ingåtts. Företaget ifråga hade som framgår av domen vid en senare av kommunen företagen städupphandling legat väsentligt högre prismässigt än ett flertal andra anbudsgivare. HD godtar också kommunens påstående om att lägsta pris inte skulle ha varit avgörande utan det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om upphandlingen hade föregåtts av ett anbudsförfarande. HD ifrågasätter inte heller kommunens påstående att företaget inte skulle ha uppfyllt de krav på organisation, storlek och ekonomisk styrka som skulle ha varit en förutsättning för att kunna tilldelas uppdraget.

HD kommer således fram till att företaget inte förmått göra sannolikt att det förlorat kontraktet till följd av att något anbudsförfarande inte föregått upphandlingen. HD fastställde hovrättens domslut.

Vilka slutsatser kan man dra av HD-domen om otillåten direktupphandling?

- Mycket talar för att det är tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han har förlorat kontraktet till följd av en överträdelse av LOU för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.
- Otillåtna direktupphandlingar kan leda till skadeståndsskyldighet. Beviskraven för att en leverantör förlorat kontraktet till följd därav skall dock inte ställas lägre än då ett anbudsförfarande ägt rum.
- Principerna för skadeståndsberäkningen i LOU-mål har klargjorts. Det innebär att ersättningen inte alltid skall beräknas med stöd av samma principer som tillämpas inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. Goda skäl talar enligt HD i stället för att ersättningen som regel bör utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp. Den av professor Jan Hellner m.fl. kritiserade Hebydomen ger en helt annan bild av rättsläget när det gäller skadeståndsberäkningen i LOU-mål. Hebydomen har också lett till många gånger orimliga skadeståndskrav. Även domstolarna har i ett antal fall dömt ut förvånansvärt höga skadeståndsbelopp under åberopande av domen i Hebymålet och reglerna om skadestånd i kontraktsförhållanden.
- Den nya HD-domen bör leda till en annan mer nyanserad syn på skadeståndsberäkningen i framtiden. Upphandlingskommittén ansåg också i betänkandet Effektivare offentlig upphandling (SOU 1999:139) att skadeståndet borde kunna jämkas inom ramen för det positiva kontraktsintresset. Kommittén föreslog att 7 kap. 6 § LOU skulle kompletteras med tillägget att *skadeståndet skall omfatta ett med hänsyn till kostnader och utebliven vinst skäligt belopp*. Regeringen har inte ännu tagit ställning till Upphandlingskommitténs förslag i denna del.

**Avbruten upphandling (domar 2001-01-02 i mål T 1683-99
Lindesbergs kommun och i mål T 370-99 *Stockholms läns landsting*)
– skadeståndstalan ogillad i båda målen**

Bakgrund

I *Lindesbergsmålet* hade kommunen infordrat anbud på svenska för invandrare (utbildningstjänster). Fem anbud inkom, varav ett från uppdragsutbildningen Masugnen, en enhet inom kommunen. I tjänsteskrivelse inför socialnämndens slutliga ställningstagande förordades ett externt utbildningsföretag (nedan kallat utbildningsföretaget) som varande det företag som skulle tilldelas kontraktet. Socialnämnden valde att låta Masugnen utföra tjänsterna. Utbildningsföretaget stämde kommunen och yrkade skadestånd.

I målet mot *Stockholms läns landsting* var förhållandena likartade. Ett sjukhus inom landstinget hade infordrat anbud på vissa biltransporttjänster. Flera anbud inkom, varav ett från landstingets egen enhet Transland och ett anbud från ett externt transportföretag (nedan kallat transportföretaget). Sjukhuset valde att låta Transland utföra transporttjänsterna.

Högsta domstolens domar

Målen avgjordes samtidigt av HD och har i stort sett identiska domskäl.

I målen gjordes i första hand gällande att de upphandlande enheterna hade vållat utbildnings- respektive transportföretaget skada genom att anta Masugnens respektive Translands anbud.

HD uttalade här att LOU måste antas vila på principen att det inte är fråga om upphandling när en enhet väljer att själv utföra en tjänst, s k egenregiverksamhet. I skilda sammanhang efter lagens tillkomst har enligt HD antagits att det inte innebär upphandling i lagens mening, om en enhet beställer varor eller tjänster som ingår i samma juridiska person. HD fortsätter: "Huruvida ett sådant antagande *i alla lägen* (vår kursivering) är hållbart kan vara föremål för diskussion. När det gäller offentlig verksamhet kan stundom även avtal träffade inom samma juridiska person tänkas ha viss civilrättslig betydelse. Det kan i andra fall tänkas att enheterna är så fristående i förhållande till varandra att ett köp eller någon liknande transaktion dem emellan inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet."

Beträffande de aktuella upphandlingarna konstaterade emellertid HD att det inte kunde råda någon tvekan om att kommunens respektive landstingets beslut innebar att kommunen respektive landstinget skulle bedriva verksamheten i egen regi. Besluten kunde alltså inte betecknas som något antagande av ett anbud.

I andra hand gjordes gällande att reglerna om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU är tillämpliga även om något beslut om upphandling enligt LOU inte har fattats och att kommunen respektive landstinget hade ådragit sig skadeståndsskyldighet genom att avbryta upphandlingsförfarandet i strid mot dessa regler.

HD uttalade här att varken LOU eller EG-direktivet 92/50 EEG föreskriver att ett inlett upphandlingsförfarande måste avslutas med att ett anbud antas. Artikel 12 i EG-direktivet respektive 5 kap. 13 § LOU, där det anges vad den upphandlande enheten har att iaktta när ett upphandlingsförfarande avbryts, ger i stället vid handen att det är tillåtet att avbryta förfarandet. Det får alltså antas att ett upphandlingsförfarande kan avslutas utan att något anbud antas.

HD resonerar därefter runt huruvida avbrytande av upphandling kan utlösa skadeståndsskyldighet enligt LOU. Sammanfattningsvis konstaterar HD att affärsmässighetsbegreppet inte förekommer i EG-direktiven, utan synes vara hämtat ur den tidigare gällande upphandlingsförordningen. HD kommer fram till att principerna som affärsmässighet och icke-diskriminering syftar till att säkerställa att samma regler tillämpas i förhållande till marknadens aktörer när en offentlig upphandling sker. Det innebär att principerna inte får någon relevans när ett upphandlingsförfarande avbryts. HD:s slutsats blir att någon skadeståndsskyldighet enligt LOU inte kan åläggas kommunen respektive landstinget för att dessa avbrutit upphandlingsförfarandet.

Vilka slutsatser kan man dra av HD-domarna angående avbruten upphandling?

- Antagande av ett internt bud innebär normalt inte att ett anbud antas och att en upphandling därmed kommer till stånd. I vissa fall skulle emellertid enligt HD:s skrivning avtal inom samma juridiska person kunna ha viss civilrättslig betydelse. Det kan också enligt HD i andra fall tänkas att enheterna är så fristående från varandra att ett köp eller någon liknande transaktion inte rimligen kan karakteriseras som ett uttryck för egenregiverksamhet utan bör falla in under upphandlingsbegreppet. I så fall skulle LOU:s regler – inklusive reglerna om anbudsutvärdering - gälla även när ett internt anbud antas. Vilka fall HD tänkt på här framgår inte av domen. Möjligen kan man ha tänkt på statliga myndigheters köp från varandra. Vi kan dock konstatera att ett beslut av ett sjukhus att anlita annan enhet inom en så stor organisation som Stockholms läns landsting utan tvekan av HD har ansetts innefatta egenregiverksamhet. Mot denna bakgrund har vi svårt att se att en kommuns beslut att anlita egen enhet skulle kunna betraktas som ett antagande av anbud med följd att en upphandling kommer till stånd.

- Avbrytande av upphandling (d v s ett beslut om att förkasta samtliga anbud) utlöser inte skadeståndsskyldighet enligt LOU.

SVENSKA KOMMUNFÖRBUNDET
Civilrättssektionen

Hans Ekman

Ulf Palm

Lena Dalman

Bilaga

HD:s domar T 2417-98, T 1683-99 och T 370-99