

Cirkulärnr: 1999:2
Diariernr: 1999/0028
Handläggare: Förbundsjurist Ulf Palm
Sektion/Enhet: Civilrättssektionen
Datum: 1999-01-11
Mottagare: Kommunstyrelsen
Inköp
Kommunala bolag
Rubrik: Skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling
(Hebymålet)
Bilagor: HD:s dom, mål nr T 1441-97

Civilrättssektionen
Förbundsjurist Ulf Palm, /GR

1999-01-11

Kommunstyrelsen
Inköp
Kommunala bolag

Skadestånd enligt lagen om offentlig upphandling (Hebymålet)

Högsta domstolen (HD) har nu avgjort det första målet som gäller skadestånd enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Domen bifogas som **bilaga 1** till detta cirkulär.

Som framgår av domen upphävde HD hovrättens dom, som innebar att kommunen inte ansågs skadeståndsskyldig, och fastställde tingsrättens dom, som innebar att kommunen skulle utge skadestånd med 246 000 kr.

Bakgrunden var kortfattat att Heby kommun i januari 1994 inbjöd till anbudsgivning avseende projektering av en om- och tillbyggnad av ett servicehus. Enbart byggkostnaden uppskattades till ca 20 miljoner kr. Upphandlingsformen var förenklad upphandling.

Av förfrågningsunderlaget framgick att kommunen skulle anta det anbud som med beaktande av samtliga omständigheter ansågs förmånligast. Det hade särskilt anmärkts att den omständigheten att ett anbud innefattade lägsta anbudspris inte var avgörande för anbudets antagande. Dessutom hade kommunen krävt att anbudsgivarna skulle bifoga en referensförteckning med angivande av objekt och kontaktpersoner. Kommunen hade förbehållit sig s.k. fri prövningsrätt, vilket kommunen förklarat att det hade kommit med av misstag och att avsikten aldrig hade varit att kommunen inte skulle följa LOU.

Kommunen fick in tio anbud varav det högsta anbudet var på 1 395 000 kr och det lägsta på 197 700 (kärandes anbud). Merparten av anbuderna låg på 700 000-800 000 kr. Det sistnämnda beloppet är det som man från bransch-håll har menat var ett realistiskt belopp för uppdraget. Det

överensstämmer också med de erfarenhetsvärden som man arbetar med när det gäller uppdrag av aktuellt slag.

Kommunen antog ett anbud på 495 000 kr från ett av kommunen tidigare känt och anlitat arkitektföretag. Kommunen har i processen medgett att underlaget med tanke på LOU kunde ha varit bättre preciserat när det gällde utvärderingskriterierna. Kommunen har samtidigt framhållit att lagstiftningen var helt ny och oprövad vid upphandlingstillfället, att det uttryckligen framgått att lägsta pris inte var avgörande för vilket anbud som skulle antas och att utvärderingen av referensobjekten vägts in vid prövningen av anbudet.

Kommunen har också pekat på det förhållandet att priset omöjligen kan vara avgörande vid upphandling av en arkitekttjänst och att kärandens anbud på 197 700 kr var orimligt lågt och att det inte hade varit affärsmässigt (1 kap. 4 § LOU) att anta det anbudet. I skadeståndsdelen hävdade kommunen att käranden inte skulle ha gjort någon vinst och att ersättningen vid en fällande dom därför endast skulle utgå för kostnaderna för deltagandet i anbudsgivningen.

Tingsrätten fann att såsom förfrågningsunderlaget var utformat var det enda för anbudsgivarna mätbara och för anbudsgivarna synbara kriteriet det lägsta priset. Kommunen skulle därför enligt tingsrätten ha antagit anbudet med det lägsta anbudspriset. Tingsrätten framhöll vidare att kommunen inte hade tillställt käranden någon sådan skriftlig förklaring som är en förutsättning för att lägsta anbud skall kunna förkastas (se 6 kap. 12 § andra stycket LOU).

I skadeståndsdelen anförde tingsrätten att detta borde beräknas som skillnaden mellan de intäkter som anbudsgivaren hade kunnat påräkna i anledning av uppdraget och de kostnader som denne sparat in genom att inte behöva lägga ned arbete på uppdraget. Tingsrätten ansåg inte, som kommunen hade gjort gällande, att en förutsättning för skadestånd om man bortser från anbudskostnader var att anbudsgivaren kunde visa att uppdraget medfört vinst i anbudsgivarens resultaträkning. En uppfattning som uppenbarligen delades av HD. Tyvärr är HD:s motivering när det gäller skadeståndsdelen ganska knapphändig.

Hovrätten fann till skillnad från tingsrätten att det framgick tydligt av förfrågningsunderlaget att kommunen inte hade valt lägsta pris som prövningsgrund. Kommunen hade därför enligt hovrätten inte varit skyldig att anta anbudet med det lägsta anbudspriset. Det förhållandet att kommunen i förfrågningsunderlaget inte angett vilka omständigheter som vid prövningen skulle tillmätas betydelse ansåg hovrätten under rådande förhållande inte medföra att kärandens anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga. Käranden ansågs därför inte ha visat att kommunen var skadeståndsskyldig.

HD gick emellertid på tingsrättens linje. HD konstaterar att underlaget innehöll den uppenbart lagstridiga uppgiften att kommunen förbehöll sig fri prövningsrätt. HD kommenterar inte kommunens påstående att det var ett misstag och inte gällde för upphandlingen.

Inte heller vad kommunen anfört om att det var en arkitekttävling och att vem som helst kunde se att kärandens anbud var orimligt lågt har HD ansett kunna beaktas. HD anför i dessa delar att även med beaktande av att det var fråga om upphandling av en arkitekttjänst och att anbudsgivarna skulle ge in referensförteckningar går det inte att av de i underlaget lämnade uppgifterna utrona vilka omständigheter, utöver priset, som kommunen tillmätte betydelse för upphandlingen. Att kommunen inför upphandlingen hade angivit att lägsta pris inte var avgörande saknar enligt HD betydelse.

Vad det låga anbudet beträffar hänvisar HD till att kommunen inte har begärt in en skriftlig förklaring som föreskrivs i LOU och att kommunen därför inte hade rätt att förkasta kärandens anbud på den grunden.

HD påpekar också att kommunen inte har gjort gällande att käranden inte sökt begränsa sin skada, vilket kommunen ansåg verklighetsfrämmande i detta fall.

Kommunen har, med hänvisning bl.a. till professor Jan Hellners uttalande att det inte är rimligt att i utomobligatoriska förhållanden ge ersättning efter samma principer som vid giltigen ingånget avtal, hävdad att ersättningen inte kan beräknas på det sätt som käranden gjort. Hellner anser vidare att det skulle vara uppseendeväckande om den som inte ingått ett avtal och därför inte kommit i tillfälle att utföra kontraktet alltid skulle erhålla full ersättning för den vinst som han skulle ha gjort om han erhållit kontraktet och fullgjort det (Hellner, Skadeståndsrätt, femte upplagan s. 468). Som framgår underkänner HD det resonemanget.

Upplysningsvis kan nämnas att regeringen har tillsatt en utredning som bl.a. skall se över skadeståndsbestämmelsen i LOU då kritik har framförts som innebär att skadeståndsbestämmelserna är alltför omfattande. Kommunförbundet tillhör den skara som har kritiserat skadeståndsbestämmelserna. Utredningen skall vara klar till årsskiftet 1999/2000.

Sammanfattningsvis visar HD:s dom bl.a. följande.

- Det måste av förfrågningsunderlaget klart framgå vilka omständigheter som skall tillmätas betydelse vid upphandlingen och dessa skall om möjligt rangordnas.
- Formkraven måste vara uppfyllda för att kunna åberopas, t.ex. vid orimligt låga anbud.
- Använd aldrig begreppet "fri prövningsrätt". Även om det används av misstag eller inte innebär att LOU inte gäller för upphandlingen kan det få betydelse för utgången i en eventuell skadeståndsprocess.
- Skadeståndsersättningen skall beräknas enligt samma regler som gäller i kontraktsförhållanden.

Kommunförbundet planerar, tillsammans med branschens företrädare, ett seminarium om upphandling av arkitekt- och teknikkonsulttjänster den 14 april 1999. Inbjudan utsänds senare.

Frågor med anledning av detta cirkulär besvaras av förbundsjurist Ulf Palm,
tfn 08-772 44 32.

SVENSKA KOMMUNFÖRBUNDET
Civilrättssektionen

Hans Ekman

Ulf Palm

Bilagor

HD:s dom, mål nr T 1441-97