

DEBATT

LOU och allmän avtalsrätt

I sin ledare i AnbudsJournalen nr 4-5 anser chefredaktören att en leverantör som ingått avtal om leverans inte skulle ha rätt till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset, det vill säga innefattande utebliven vinst, när den upphandlande enheten bryter ett ingång-
 et avtal.

I ledarens avslutning anger chefredaktören att ersättningen enligt hans förmenande borde beräknas enligt det negativa kontraktsintresset och således endast omfatta ersättning för kostnader som blivit onödiga på grund av avtalsbrottet, men däremot inte utebliven vinst.



Det rättsfall som föranledde ledaren är Svea hovrätts dom i mål nr T 759-03, Sixten och Yvonne Arnesson ./.. Malungs kommun. Arnessons bedriver taxirörelse och hade ingått avtal med kommunen om skol- och förskoletransporter, avtalet visade sig ha ingåtts i strid mot LOU, varför kommunen sade upp det och ingick avtal med en annan leverantör.



Ledaren ger anledning till bland annat följande reflektioner.

Inledningsvis kan konstateras att parterna i målet var överens om att det positiva kontraktsintresset skulle ersättas. Hovrätten var därför processuellt förhindrad att beräkna skadeståndet på annat sätt.

En mer principiell fråga rör förhållan-

det mellan LOU och den vanliga avtalsrätten. LOU reglerar i första hand handläggningen innan avtal sluts, medan den däremot säger tämligen litet om vad som sker med ingångna avtal. Sådana frågor regleras i stället i den allmänna avtalsrätten. Av denna följer som bekant inte minst att avtal skall hållas.

Termen är så sliten att man sällan reflekterar närmare över vad den innebär. Innebörden är emellertid att den som ingår avtal ansvarar gentemot motparten för att denne tillförs vad den är berättigad till enligt avtalet, eller i vart fall ett motsvarande värde.

Detta värde – som naturligtvis innefattar den vinst avtalet skulle generera – kan tillföras motparten antingen genom att avtalet fullföljs på avsett sätt, eller genom ett skadestånd beräknat enligt det positiva kontraktsintresset.

Skadestånd beräknat enligt det positiva kontraktsintresset bör således snarast betraktas som ett alternativt sätt att leverera det avtalade värdet.



Skadestånd beräknat enligt det negativa kontraktsintresset fyller andra funktioner. Det tillgodoser i första hand kravet att aktörer som ännu inte är avtalsparter skall behandla varandra med viss hänsyn. Det aktualiseras till exempel när en part som vet att inget avtal kommer att ingås låter motparten lägga ned kostnader i tron att avtal kommer att ingås. Skadestånd beräknat på detta sätt är i

första hand en påföljd riktad mot en parts illojala och onödiga beteende.



Av principen att avtal – eller snarare löften – skall hållas följer med logisk nödvändighet att man inte behöver hålla vad man inte har lovat. Utrymmet för ett skadeståndsansvar när det inte finns löften är därför mycket begränsat och har utanför LOU:s tillämpningsområde huvudsakligen aktualiserats i särskilda fall när en part har agerat påtagligt illojalt.

Man kan ha synpunkter på värderingen av skadan i det mål som behandlades i ledaren. En sådan värdering sker emellertid först när man tagit ställning till om ersättning skall utgå enligt det positiva eller negativa kontraktsintresset.

Bara om en sådan bedömning leder

till att ersättning för utebliven vinst skall utgå, har man att ta ställning till hur den uteblivna vinsten skall beräknas.



I det fall ledaren behandlade, hade avtal ingåtts. Det fanns redan av den anledningen inte något egentligt alternativ till en beräkning enligt det positiva kontraktsintresset. Annorlunda vore det möjligen om avtal inte hade ingåtts, vilket torde vara den vanligare situationen när skadestånd enligt LOU aktualiseras:

En leverantör som inte har vunnit anbudstävlingen kräver skadestånd.

I sådana situationer kunde man möjligen tänka sig – åtminstone innan Högsta domstolen hade sagt sitt – att ersättning skulle utgå enligt det negativa kontraktsintresset. Nu kräver nog en sådan förändring att lagen ändras.

Jon Kihlman, jur. dr.
Gärde Weslau advokatbyrå



Liten kommentar!

Det är riktigt att jag i Malungsfallet ifrågasätter det positiva kontraktsintresset. Och det enkla skälet är att Malungs kommun aldrig skrev under avtalet. Den berörda facknämnden hade enligt sin delegationsordning inte den möjligheten och det var på väg till kommunalrådet som bristerna i processen uppdagades. Något avtal enligt LOU hade inte slutits.

Fråga är om taxiföretaget har rätt till skadestånd på grund av att beslutet i facknämnden uppfattades som en accept och att avtalet därmed blev bindande. Men att det inte finns något formalavtal är parterna ense om!

Min uppfattning är att avtalsförslag som strider mot LOU, inte borde leda till att det positiva kontraktsintresset ska tillåtas slå igenom med full kraft. Man borde i allmän domstol kunna pröva skadeståndsskyldigheten utifrån de speciella förhållanden som kan råda vid offentlig upphandling och just i detta fall skulle det negativa kontraktsintresset kunna vara tillfyllest.

Stefan Elg