

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 18 maj 2016

Mål nr

T 6224-14

KLAGANDE

Nils Bengtsson Byggnads Aktiefbolag, 556155-0178

Flygfältsgatan 2 D

128 30 Skarpnäck

Ombud: Advokat MS

MOTPART

Statens Fastighetsverk

Box 2263

103 16 Stockholm

Ombud: Advokat HE

SAKEN

Skadestånd

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom 2014-11-27 i mål T 10849-13

DOMSLUT

Med ändring av hovrättens dom förpliktar Högsta domstolen Statens Fastighetsverk att till Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag utge 596 040 kr och ränta enligt 6 § räntelagen från den 8 december 2012.

Högsta domstolen ändrar hovrättens dom även i fråga om rättegångskostnader och befriar Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag från skyldigheten att ersätta Statens Fastighetsverk för verkets rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten samt förpliktar Statens Fastighetsverk att ersätta Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag för dess rättegångskostnader i

- tingsrätten med 257 450 kr, varav 249 000 kr avser ombudsarvode, och ränta enligt 6 § räntelagen från den 29 oktober 2013,
- hovrätten med 155 200 kr, avseende ombudsarvode, och ränta enligt 6 § räntelagen från den 27 november 2014, och
- Högsta domstolen med 94 500 kr, avseende ombudsarvode, och ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för denna dom.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag (NBB) har yrkat bifall till sitt käromål, dvs. att Högsta domstolen ska förplikta Statens Fastighetsverk (SFV) att till NBB betala 596 040 kr, eller alternativt ett lägre skäligt belopp, jämte viss ränta.

NBB har vidare yrkat att Högsta domstolen ska dels befria bolaget från skyldigheten att ersätta SFV:s rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten, dels tillerkänna bolaget ersättning för egna rättegångskostnader i dessa instanser

med där yrkade belopp.

SFV har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

DOMSKÄL

Bakgrund

1. SFV inbjöd den 20 april 2012 företag att lämna anbud i en offentlig upphandling. Förfrågan avsåg en generalentreprenad för ombyggnad av luftbehandlingssystemet i fläktrum i en flygel på Artillerigården som tillhör Armémuseum i Stockholm. I lokalerna fanns interna verksamheter såsom kontor, verkstäder, konserveringsateljéer samt bibliotek. Anbudet skulle enligt förfrågningsunderlaget vara SFV tillhanda senast den 11 maj 2012 och vara bindande till och med den 11 juli 2012. Generalentreprenaden skulle vara färdigställd som driftsatt anläggning senast den 30 oktober 2012 och tillgänglig för slutbesiktning den 30 november 2012. Såsom grund för tilldelning angavs att det anbud som hade lägst pris skulle antas.
2. Endast två anbudsgivare inkom med anbud: NBB och Venair Building Systems AB (Venair). NBB:s anbud var på 4 280 000 kr exklusive mervärdesskatt, medan Venairs pris var 560 000 kr högre.
3. Den 15 maj 2012 fattade SFV ett tilldelningsbeslut med information om att entreprenaden beställdes hos Venair (tilldelningsbeslutet). SFV hade förkastat NBB:s anbud med motiveringen att det inte var fullständigt. NBB hade inte lämnat referensprojekt för de uppgivna underentreprenörerna; de

lämnade referenserna avsåg av NBB utförda total- och generalentreprenader.

4. NBB ansökte i förvaltningsrätten om överprövning av tilldelningsbeslutet. Den 10 juli 2012, dvs. den näst sista dagen av anbudens giltighet, meddelade förvaltningsrätten sin dom. Enligt förvaltningsrätten hade NBB uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget på redovisning av kompetens. Förvaltningsrätten, som även fann att övriga förutsättningar för rättelse förelåg, förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att NBB:s anbud skulle tas med i utvärderingen.

5. Förvaltningsrättens dom föranledde inledningsvis ingen reaktion hos SFV. Den 17 augusti 2012 beslöt SFV emellertid att upphandlingen skulle avbrytas. NBB, som fick del av beslutet att avbryta upphandlingen den 22 augusti 2012, begärde inte överprövning av beslutet.

6. Under år 2013 genomförde SFV en ny offentlig upphandling avseende projektet. NBB lämnade inget anbud. SFV tecknade avtal med Venair.

Parternas grunder för talan m.m.

7. NBB gör gällande att SFV bröt mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) i maj 2012, när SFV förkastade anbudet från NBB. När SFV i augusti samma år tog beslut om att avbryta upphandlingen så var det på grund av den tid som hade förflutit i samband med begäran om överprövning. Det finns ett direkt orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och de omständigheter som åberopats till grund för avbrytandebeslutet. Det saknades sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. NBB har gått miste om kontraktet på grund av brotten mot LOU och har därmed rätt till ersättning för det positiva kontraktsintresset, dvs. för utebliven vinst, med

yrkat belopp alternativt med ett lägre skäligt belopp. Att Venair vann den andra upphandlingen år 2013 visar att NBB har lidit skada, men NBB påstår inte att något upphandlingsfel begicks då. Det saknas skäl att jämka skadeståndet.

8. SFV gör gällande att det var rätt att förkasta NBB:s anbud, eftersom det inte uppfyllde ställda krav. NBB har inte drabbats av någon skada eftersom upphandlingen inte ledde fram till att något kontrakt tecknades. Det föreligger inte adekvat kausalitet mellan de påstådda brotten mot LOU och skadan. SFV:s skäl för att i augusti avbryta upphandlingen var sakligt godtagbara, eftersom giltiga anbud saknades och projektet hade försenats i förhållande till den föreskrivna färdigställandetidpunkten i oktober 2012. Ett eventuellt skadestånd ska jämkas till noll då NBB inte har begränsat sin skada. NBB underlät att överklaga beslutet att avbryta upphandlingen, sökte inte andra uppdrag under aktuell period och inkom inte heller med anbud i den nya upphandlingen år 2013. Under alla förhållanden ska ett skadestånd endast utgå med ett skäligt lägre belopp och inte för hela den uteblivna vinsten. Ett skadestånd om 175 000 kr vitsordas som skäligt i och för sig.

9. Både tingsrätten och hovrätten har ogillat käromålet.

Sanktionssystemet enligt lagen om offentlig upphandling

10. Bestämmelserna i LOU bygger på ett upphandlingsdirektiv och ett därtill hörande rättsmedelsdirektiv (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och

bygg- och anläggningsarbeten, med ändringar i det s.k. ändringsdirektivet 2007/66/EG).

11. Syftet med upphandlingsdirektivet är att säkra den fria rörligheten för varor och tjänster och den fria etableringsrätten inom unionen. Direktivet ska även motverka diskriminering och snedvridning av konkurrensen på den fria inre marknaden. Direktivet ligger till grund för bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU som uttrycker vissa allmänna principer vilka gäller under såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen i ett upphandlingsförfarande. Upphandlande myndighet ska bl.a. behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

12. Rättsmedelsdirektivet utgör grunden för bestämmelserna i 16 kap. LOU om rättsmedlen vid felaktig upphandling. Direktivet syftar i första hand till att säkra genomslaget av bestämmelserna i upphandlingsdirektivet men även till att ge rättsligt skydd åt enskilda som riskerar att drabbas av skada till följd av en upphandlande myndighets rättsstridiga agerande.

13. Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU följer att en leverantör kan begära överprövning hos förvaltningsdomstol av beslut eller förfaranden under en upphandling. Framgång med en sådan talan förutsätter dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § eller mot någon bestämmelse om upphandlingsförfarandet i lagen, dels att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada av överträdelsen. Förvaltningsdomstolen kan då förordna att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

14. Ett annat rättsmedel vid offentlig upphandling är skadestånd. En förutsättning för att skadestånd ska kunna utgå är att den upphandlande myndigheten inte har följt bestämmelserna i LOU (16 kap. 20 §).

Närmare om skadestånd med stöd av LOU

15. Enligt unionsrätten omfattas skadeståndsregleringens utformning av medlemsstaternas nationella autonomi. Den processuella och materiella utformningen får inte vara mindre förmånlig än vad som gäller för liknande talan som grundas på nationell rätt (likvärdighetsprincipen). Inte heller får utformningen medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva den rätt till skadestånd som följer av unionsrätten (effektivitetsprincipen). (Se t.ex. EU-domstolens dom i mål *Combinatie Spijker*, C-568/08, EU:C:2010:751.)

16. Den upphandlande myndighetens ersättningsskyldighet avser den skada som uppstått som en följd av att lagen inte har följts (16 kap. 20 § första stycket). Ansvar inträder oberoende av uppsåt och oaktsamhet. I bestämmelsens andra stycke erinras om att rätten till skadestånd även inbegriper ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt för att delta i upphandlingen, om överträdelsen menligt påverkat anbudsgivarens möjlighet att tilldelas kontraktet (negativa kontraktsintresset).

17. Skadeståndsskyldigheten innebär att en leverantör som – det ansvarsgrundande upphandlingsfelet förutan – sannolikt skulle ha tecknat avtal om upphandlingsföremålet kan bli berättigad till ersättning för utebliven vinst (positiva kontraktsintresset). Leverantören har då försatts i samma läge som om upphandlingen hade fullgjorts på ett riktigt sätt (se bl.a. *Arkitekttjänst NJA*

1998 s. 873, Tvättsvamparna NJA 2000 s. 712 och Ishavet NJA 2007 s. 349).

Betydelsen av att upphandlingsfelet har varit föremål för överprövning i förvaltningsdomstol

18. I överprövningsärendet i förvaltningsrätten gjorde SFV gällande att NBB inte hade kvalificerat sig för utvärdering på grund av att bolaget inte hade angivit referensprojekt för sina underentreprenörer; bolaget hade enbart lämnat referenser till projekt där NBB hade utfört arbetet. I detta mål har SFV utöver det nu angivna skälet också åberopat att NBB inte hade visat att bolaget nådde upp till föreskrivna krav på kvalitets- och miljöarbete.

19. Fastän förvaltningsrätten redan har prövat en av de åberopade grunderna för beslutet att inte ta upp NBB:s anbud till utvärdering, måste den invändningen prövas fullt ut i skadeståndsmålet. En förvaltningsdomstols bedömning sker visserligen i en process som i vissa avseenden liknar den som äger rum i allmän domstol i frågan om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i LOU (se RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2015 ref. 55). Själva syftet med överprövningen i förvaltningsdomstol är emellertid att göra en offentligrättslig kontroll och inte att lösa en civilrättslig tvist mellan parterna; prövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat och målet kan inte bli föremål för förlikning. Även parts åberopsbörda och bevisskyldighet kan skilja sig från vad som gäller vid allmän domstol (se HFD 2013 ref. 61 och Ulrik von Essen, Processramen i förvaltningsmål – ändring av talan och anslutande frågor, 2 uppl. 2016, s. 39 ff. och 55 ff.). Att den allmänna domstolen vid sin prövning av den påstådda ansvarsgrunden kan ta intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument är en annan sak.

20. Av det anförda följer att också påståendet att NBB inte hade visat att bolaget nådde upp till SFV:s krav på kvalitets- och miljöarbete ska prövas i skadeståndsmålet.

Förkastandet av NBB:s anbud utgjorde ett upphandlingsfel

21. Under rubriken ”Prövning av anbudsgivare” i de föreskrifter som gällde för anbuderna rörande Artillerigården framgår att anbudsgivaren eller namngiven underentreprenör genom beskrivning av referensprojekt ska visa att man har resurser och erfarenhet av bl.a. kvalificerade luftbehandlingsarbeten och rörarbeten. Vidare anges att anbudsgivaren ska uppfylla krav på kvalitets- och miljöarbete enligt föreskrifternas avsnitt AFC.22. Av det avsnittet framgår att entreprenören ska ha ett kvalitetsledningssystem och ett miljöledningssystem som motsvarar vissa närmare specificerade krav. I anbudsformuläret finns under rubriken kvalitets- och miljöarbete förtryckt meningen ”Vi förklarar att vi uppfyller ställda krav på kvalitets- och miljöarbete enligt AFC.22 med underordnade koder”. Av föreskrifterna framgår att anbudet ska vara uppställt enligt tillhandahållet anbudsformulär.

22. Förfrågningsunderlaget måste förstås så att det är tillräckligt att egna referensprojekt anges och att en försäkran lämnas om att kvalitets- och miljöarbete enligt angivna standarder uppfylls. Med hänsyn härtill borde NBB:s anbud, som hade lämnats på anvisat anbudsformulär, inte ha förkastats vid prövningen. SFV har därigenom inte följt LOU.

Det finns ett skadeståndsgrundande orsakssamband mellan tilldelningsbeslutet och påstådd skada

23. Vid prövningen av skadeståndskrav som grundas på ett felaktigt tilldelningsbeslut uppkommer frågan huruvida ett sådant fel kan anses ha orsakat skada i det fallet att upphandlingen avbryts efter tilldelningsbeslutet och något kontrakt alltså inte tecknas. I rättsfallet *Fidelia* NJA 2013 s. 762 var situationen den att en anbudsgivare grundade en skadeståndstalan endast på den omständigheten att två tilldelningsbeslut var felaktiga. Vad som hade hänt efter besluten i form av överprövningar, rättelser och avbrytandebeslut saknade enligt anbudsgivaren betydelse (se p. 17 i domen). I domen uttalade Högsta domstolen att enbart den omständigheten att tilldelningsbesluten var felaktiga när de fattades inte kunde läggas till grund för skadestånd för utebliven vinst, eftersom besluten inte hade följts av kontraktstecknande. Domstolen påpekade att frågan om det hade förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna inte var föremål för prövning (se p. 18 i domen). De omständigheter som hade inträffat i tiden efter tilldelningsbesluten låg alltså inte inom den processuella ramen i det målet. I förevarande mål är läget annorlunda.

24. Det står klart att om SFV inte hade felaktigt förkastat NBB:s anbud, så skulle utvärderingen av de två anbuden ha visat att NBB hade erbjudit det lägsta priset. NBB skulle således ha tilldelats kontraktet och avtal skulle följaktligen ha tecknats med bolaget. Frågan är alltså om det finns ett direkt orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och SFV:s beslut att avbryta upphandlingen. Ett sådant samband skulle innebära att SFV genom tilldelningsbeslutet framkallat de förhållanden som enligt myndigheten motiverade beslutet att avbryta upphandlingen. Först om orsakssamband saknas behöver det prövas om SFV vid beslutet att avbryta upphandlingen

inte kan anses ha följt bestämmelserna i LOU.

25. I beslutet den 17 augusti 2012 att avbryta upphandlingen angav SFV som skäl att anbudet endast var bindande till och med den 11 juli 2012, att det inte längre fanns någon möjlighet att anläggningen skulle bli klar och driftsatt enligt beslutad tidplan, att Armémuseums verksamhet ställde höga klimatkrav och att en förutsättning för projektet var att ombyggnaden skulle vara klar senast den 30 november 2012. Det angavs också att finansiering av projektet enligt investeringsbeslutet skulle ske under år 2012.

26. Samtliga de skäl som SFV anförde för att avbryta upphandlingen utgör en direkt följd av den tidsutdräkt som uppstod i samband med överprövningen av tilldelningsbeslutet. Det var i själva verket det felaktiga beslutet att förkasta NBB:s anbud som orsakade behovet av att avbryta upphandlingen. Hade skälet att avbryta upphandlingen däremot varit av ett annat slag, t.ex. att SFV hade funnit att den befintliga luftbehandlingen inte behövde åtgärdas eller att offererade priser i kvarstående anbud var oacceptabla, så hade det varit det beslutet som utgjort orsaken till att NBB gick miste om kontraktet.

27. Det kan tilläggas att en begäran om förlängning av anbudens giltighet kan, i en sådan situation som SFV befann sig i, utgöra en möjlighet för den upphandlande myndigheten att följa en förvaltningsdomstols förordnande om rättelse och därmed också undanröja risken för att anbudsgivare förorsakas skada av det felaktiga beslutet. Av utredningen framgår att NBB skulle ha accepterat en förlängning av giltighetstiden och att bolaget också hade haft förmågan att färdigställa entreprenaden i enlighet med vad som var föreskrivet i förfrågningsunderlaget.

28. Slutsatsen är att det finns ett adekvat orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och det förhållandet att NBB gick miste om avtalet. Frågan huruvida beslutet att avbryta upphandlingen utgjorde ytterligare en överträdelse av LOU saknar då betydelse och behöver därför inte prövas.

Skadan

29. NBB har således gjort sannolikt att det felaktiga tilldelningsbeslutet ledde till att bolaget gick miste om avtalet. NBB ska då försättas i samma läge som om anbudsförfarandet hade fullgjorts på riktigt sätt. I detta fall kan det inte krävas att avtal har tecknats med annan anbudsgivare för att ersättning för det positiva kontraktsintresset ska kunna utgå (jfr p. 23). Utgångspunkten är därför att skadestånd ska utgå med ett belopp som svarar mot den vinst som NBB gick miste om (se bl.a. prop. 1992/93:88 s. 45 f. och 102 f. samt Ishavet NJA 2007 s. 349 med hänvisningar).

30. NBB har beräknat att bolagets vinst skulle ha uppgått till 596 040 kr för det fall att avtal hade tecknats. Beloppet är beräknat på grundval av det pris som angavs i anbudet med avdrag för kostnaderna för underentreprenörernas arbete och för beräknade lönekostnader avseende arbetsledning och snickeriarbete. Lönekostnaderna är specificerade, liksom kostnaderna för bodar och etablering av projektet samt material. Kostnaderna för underentreprenörerna styrks bl.a. av de offerter de lämnade till NBB i samband med upphandlingen. Rimligheten av kostnaderna har bekräftats genom förhör. Avdrag för intäkter från ersättningsuppdrag har inte gjorts; enligt vad som är utrett har inte några uppdrag utförts. NBB har därmed styrkt att skadan uppgår till det yrkade beloppet. SFV:s invändning om jämkning av beloppet ska då prövas.

Jämkning av skadestånd grundat på upphandlingsfel

31. Det kan vid jämkning av ett skadestånd finnas skäl att skilja mellan att den skadelidande av uppsåt eller oaktsamhet har medverkat till skadans uppkomst, och att den skadelidande inte har visat rimlig aktsamhet för att begränsa en skadas omfattning sedan rätt till skadestånd uppkommit (jfr 6 kap. 1 § andra stycket skadeståndslagen och t.ex. 70 § första stycket köplagen). När medvållandet avser skadans uppkomst kan det leda till att jämkning bör ske med en viss kvotdel som står i proportion till respektive parts vållande. Är det i stället fråga om att skäligen åtgärder inte har vidtagits för att begränsa en skada, bör skadeståndet kunna sättas ned till det belopp som förlusten skulle ha uppgått till, om den skadelidande handlat som han rimligen borde ha gjort. Jämkningsen får dock inte drivas så långt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Vidare kan hänsyn behöva tas till att syftet med det upphandlingsrättsliga skadeståndet i viss mån skiljer sig från vad som gäller vid andra typer av ren förmögenhetsskada.

NBB kan inte klandras för att bolaget inte ansökte om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen

32. SFV har som en av grunderna för att skadeståndet ska jämkas anfört att NBB inte begärde överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen.

33. Den övergripande tanken med sanktionssystemet enligt LOU är att en överprövning av ett upphandlingsförfarande ska ske medan det fortfarande är möjligt att rätta till eventuella överträdelse och därigenom undvika att skada uppstår. Detta ligger också i leverantörens eget intresse. En överprövnings-

process är visserligen ofta förenad med kostnader som inte ersätts där (men rättsfallet *Fidelia* NJA 2013 s. 762 ger stöd för en möjlighet att erhålla ersättning för skälig rättegångskostnad såsom en ersättningsgill skada, se dock förslaget i SOU 2015:12 att inskränka den möjligheten). Betänksamhet mot att initiera en sådan process kan även föreligga av andra skäl, men att begära överprövning kan i allmänhet inte anses utgöra en betydande olägenhet, vara alltför betungande och inte heller ligga vid sidan av en normalt bedriven affärsverksamhet. Slutsatsen är att övervägande skäl talar för att det ofta kan anses oaktsamt att den skadelidande inte har begärt överprövning av ett påstått upphandlingsfel hos förvaltningsdomstol om en sådan hade kunnat fylla en reell funktion (jfr beträffande statens skadeståndsansvar enligt skadeståndslagen NJA 2013 s. 842 p. 41–44).

34. NBB fick del av SFV:s beslut att avbryta upphandlingen den 22 augusti 2012. Det har lagts bolaget till last att bolaget inte då ansökte om överprövning av beslutet. Emellertid skulle en sådan åtgärd inte ha fyllt någon funktion – även om den mot förmodan vann framgång – eftersom en process i förvaltningsrätten skulle ha medfört att så lång tid hade förflutit, att det inte hade varit möjligt att färdigställa entreprenaden i enlighet med vad som var föreskrivet i förfrågningsunderlaget. Slutsatsen är att NBB:s rätt till skadestånd inte ska jämkas på grund av att bolaget inte begärde överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen.

Det föreligger inga andra skäl för jämkning

35. SFV har vidare gjort gällande att skadeståndet ska jämkas med hänvisning till att NBB inte lämnade något anbud vid den nya upphandlingen av entreprenaden som ägde rum det efterföljande året. Av utredningen framgår att föreskrifterna för anbudet skilde sig från vad som gällt för 2012 års upp-

handling genom att det nu också krävdes erfarenhet från ett antal objekt som utgjorde kulturminnen. Det leder till frågan hur långt skyldigheten att begränsa en skada kan sträckas både i omfattning och i tiden och till betydelsen av att villkoren vid den nya upphandlingen förändras på ett sätt som medför att den skadeståndsberättigade inte kan kvalificera sig som leverantör.

36. NBB:s skada avser vinst på en entreprenad som skulle ha uppstått på arbeten utförda under sensommaren och hösten 2012. Den nya upphandlingen avsåg arbeten som skulle genomföras under motsvarande tid året därpå. Upphandling avser alltså en tjänst som skulle utföras under en bestämd tid. Vid en skada bestående i utebliven vinst under den tid ett uppdrag skulle ha utförts kan jämkning av skadeståndet i regel endast komma ifråga om den nya upphandlingen helt eller delvis avser ett utförande under samma period. Någon jämkning av skadeståndet med hänvisning till att NBB inte lämnade något nytt anbud ska därför inte ske redan av detta skäl.

37. När NBB, som efter det att bolaget fått del av förvaltningsrättens dom hade sökt företrädare för SFV för att få avtalet till stånd, den 22 augusti 2012 fick beskedet att upphandlingen hade avbrutits återstod en relativt kort tid av den period då bolaget hade kunnat utföra ersättningsuppdrag. Av utredningen framgår att NBB försökt att få andra uppdrag, men misslyckats.

38. Det saknas alltså skäl för jämkning av skadeståndet.

Slutsats

39. NBB:s talan ska bifallas och SFV ska förpliktas ersätta NBB för bolagets rättegångskostnader i samtliga instanser. Kostnaderna har varit befogade och är skäligen.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Ella Nyström, Kerstin Calissendorff (referent), Gudmund Toijer, Svante O. Johansson (särskilt yttrande) och Lars Edlund

Föredragande justitiesekreterare: Martin Prosell



**BILAGA TILL
PROTOKOLL**
2016-02-24

Mål nr
T 6224-14

SÄRSKILT YTTRANDE

Justitierådet Svante O. Johansson tillägger för egen del följande.

1. I målet är en huvudfråga huruvida ersättning för utebliven vinst ska utgå när en upphandlande myndighet inte har följt lagen om offentlig upphandling. För att ersättning ska utgå krävs att det föreligger ett orsakssamband mellan upphandlingsfelet och den skada som görs gällande. Den ansvarsgrundande omständigheten ska alltså tänkas bort. Det tänkta förloppet ska i denna situation konstrueras som om felet inte förevarit.
2. Kräver käranden ersättning för det positiva intresset rör frågan om orsakssamband huruvida han eller hon skulle ha fått kontraktet felet förutan. Kräver käranden det negativa intresset blir kausalfrågan huruvida kostnaden föranletts eller blivit onyttig på grund av överträdelsen. Påstår käranden att skälig ersättning ska utgå måste felet prövas i förhållande till de föreliggande omständigheterna.
3. Det som i första hand ställer till problem i rättstillämpningen beträffande orsakssambandet är hur bevisfrågorna angående sambandet ska behandlas. Detta har varit föremål för Högsta domstolens bedömning i några fall.
4. I rättsfallet Tvättsvamparna NJA 2000 s. 712 hade anbud över huvud taget inte infordrats; det var alltså fråga om en otillåten direktupphandling.

Dok.Id 120559

HÖGSTA DOMSTOLEN	Postadress	Telefon 08-561 666 00	Expeditionstid
Riddarhustorget 8	Box 2066	Telefax 08-561 666 86	08:45-12:00
	103 12 Stockholm	E-post:	13:15-15:00
		hogsta.domstolen@dom.se	
		www.hogstadamstolen.se	

Högsta domstolen framhöll att goda skäl kunde anföras för att ersättningen som regel borde utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.

Kärandebolaget ansågs emellertid inte ha gjort sannolikt att det förlorat kontraktet till följd av att något anbudsförfarande inte föregått upphandlingen, och dess talan om ersättning för utebliven vinst ogillades därför.

5. Domstolen utvecklar sitt resonemang för genomförandefelens del – vilket det är fråga om även i det mål som domstolen nu har till bedömning – i rättsfallet Ishavet NJA 2007 s. 349. Högsta domstolen anser att det beviskrav som ställdes upp för direktupphandlingsfelet också kan användas vid genomförandefel. Detta innebär att käranden ska göra ”sannolikt” att denne förlorat kontraktet på grund av felet. Detta kan också uttryckas så att käranden skulle ha fått kontraktet om upphandling skett efter ett riktigt anbudsförfarande. Eftersom käranden i 2007 års fall kunde göra sannolikt att bolaget skulle ha fått kontraktet, skulle kravet på ersättning för utebliven vinst i sin helhet ersättas enligt den beräkningsmetod som går tillbaka på rättsfallet Arkitektjänst NJA 1998 s. 873.

6. Det som kan väcka viss tvekan beträffande rättsläget är vissa uttalanden i rättsfallet Fidelia NJA 2013 s. 762. Där krävde en anbudsgivare ersättning för utebliven vinst med hänvisning till att andra anbudsgivare, vars anbud borde ha förkastats, felaktigt hade tilldelats kontrakten. Efter överprövning förordnade förvaltningsrätten att upphandlingen fick fortsätta först sedan de anbuden hade förkastats. Myndigheten avbröt därefter upphandlingen. Högsta domstolen anförde angående kravet på ersättning för utebliven vinst som principiell förutsättning, att leverantören ska ha förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet. Käranden ska enligt domstolen göra sannolikt att så skulle ha skett. (Se p. 15 av den domen.)

7. När domstolen i 2013 års fall sedan tar ställning i sak uttalar den att de felaktiga tilldelningsbesluten inte kan grunda en rätt för käranden till skadestånd för utebliven vinst. En sådan skada uppstår nämligen enligt domstolen först om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av att kontrakt tecknas med den anbudsgivare som angetts i tilldelningsbeslutet; det är således kontraktstecknandet som är skadeståndsgrundande (se p. 18 av den domen).

8. Det nämnda uttalandet har på sina håll uppfattats så, att någon fullt ut beräknad ersättning för utebliven vinst är utesluten när kontrakt inte tecknas.

9. Emellertid kan en sådan läsning av 2013 års fall ifrågasättas. Texten till skadeståndsbestämmelsen i lagen om offentlig upphandling anger uttryckligen som enda ansvarsgrund att den upphandlande myndigheten inte har följt reglerna i lagen. I skadeståndsbestämmelsen anges inte heller några begränsningar för när ersättning för utebliven vinst kan utgå; den genom felet uppkomna skadan ska ersättas. Det redovisade uttalandet i domen är inte heller att uppfatta på så sätt att Högsta domstolen ställer upp en ny rättsregel för när ersättning för utbliven vinst kan utgå. I stället måste domen förstås mot bakgrund av hur beviskravet för orsakssambandet har formulerats i tidigare domar i enlighet med vad domstolen anförde i den allmänna delen (se p. 6 ovan).

10. Om en upphandlande myndighet tecknar avtal med en anbudsgivare så är det klart att de andra anbudsgivarna har gått miste om avtalen. Rätt till ersättning för utebliven vinst föreligger emellertid enbart för den anbudsgivare som kan göra sannolikt att han eller hon skulle ha fått teckna kontrakt felet förutan. Sannolikhetskravet medför i bevishänseende att bara en av anbudsgivarna kan ses som den sannolikt hypotetiska vinnaren. Den anbudsgivaren har då rätt till ersättning för utebliven vinst.

11. Eftersom upphandlingen i 2013 års fall hade avbrutits tecknades inte något kontrakt i enlighet med tilldelningsbeslutet. Även om det således stod klart att något kontrakt aldrig skulle komma att tecknas återstod frågan vem som skulle ha fått kontrakten om genomförandefelet inte hade begåtts. Det processuella läget i det fallet var sådant att omständigheter kring vad som hänt efter tilldelningsbeslutet – överprövningar, rättelser och beslut att avbryta upphandlingar – inte var föremål för prövning. Orsakssambandet mellan tilldelningsbesluten och den efterföljande händelseutvecklingen förblev därför outrett i målet. Under sådana förhållanden kunde käranden omöjligt göra sannolikt att det förhållandet att denne hade gått miste om kontrakten var hänförligt till de felaktiga tilldelningsbesluten. Orsaken till att käranden inte tilldelades kontrakten och fick teckna avtal kunde i stället vara något helt annat, t.ex. beslutet att avbryta upphandlingen eller att annan anbudsgivare skulle ha vunnit upphandlingen. I det fall som här ska bedömas är alltså det processuella läget ett annat än i 2013 års fall.

12. Min slutsats är därför att ersättning för utebliven vinst kan utgå även i de fall där inget avtal ingåtts. Det krävs emellertid att anbudsgivaren gör sannolikt att han eller hon skulle ha fått kontraktet om lagen om offentlig upphandling hade följts vid upphandlingen.