HÖGSTA DOMSTOLENS

DOM

Mål nr

meddelad i Stockholm den 27 december 2018

T 1055-18

PARTER

Klagande

Spinator AB, 556563-1586

Gamla Brogatan 36-38

111 20 Stockholm

Ombud: Advokat EW

Motpart

Försvarets materielverk, 202100-0340

115 88 Stockholm

Ombud: Advokaterna OH och HL

SAKEN

Skadestånd på grund av fel i offentlig upphandling

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Svea hovrätts dom 2018-01-26 i mål T 4266-17

_____

HÖGSTA DOMSTOLEN
Riddarhustorget 8

Postadress
Box 2066
103 12 Stockholm

Telefon 08-561 666 00
Telefax 08-561 666 86
E-post: hogsta.domstolen@dom.se
www.hogstadomstolen.se

Expeditionstid
08:45–12:00
13:15–15:00

DOMSLUT

Högsta domstolen fastställer hovrättens domslut.

Spinator AB ska ersätta Försvarets materielverk för rättegångskostnader i Högsta domstolen med 189 530 kr, avseende ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Spinator AB har yrkat att Högsta domstolen bifaller käromålet, befriar bolaget från skyldigheten att ersätta Försvarets materielverk för rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten och tillerkänner bolaget ersättning för dess rättegångskostnader där.

Försvarets materielverk har motsatt sig att hovrättens dom ändras.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

DOMSKÄL

Vad målet i Högsta domstolen rör

1. Målet rör frågor om en leverantörs rätt till skadestånd enligt upphandlingslagstiftningen sedan en förvaltningsdomstol har beslutat att den upphandling som leverantören har deltagit i ska göras om. Därvid uppkommer *dels* frågan om rätten till skadestånd motsvarande leverantörens kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i en upphandling (i det följande anbudskostnader), *dels* frågan om leverantörens rätt till skadestånd motsvarande processkostnaderna i förvaltningsdomstolen vid överprövningen av upphandlingen (överprövningskostnader).

Bakgrund

2. Spinator utvecklade på uppdrag av Försvarets materielverk ett system för ammunitions- och minröjning. I början av år 2014 bjöd verket in till en upphandling som avsåg driften av systemet. Av förfrågningsunderlaget och den tekniska specifikationen framgick kravet att minst två systemutvecklare skulle ha god kunskap om ett visst kartprogram.

3. Vid tiden för upphandlingen fanns kartprogrammet att tillgå enbart i en preliminär version, en s.k. betaversion. För tillgång till denna krävdes en speciell inloggning som tillhandahölls av det företag som hade utvecklat programmet. Spinators systemutvecklare hade arbetat i betaversionen och visste att inget annat företag hade fått tillgång till denna.

4. Flera företag lämnade anbud. Vid upphandlingen tilldelades kontraktet ett annat företag än Spinator.

5. Spinator begärde överprövning och yrkade att tilldelningsbeslutet skulle rättas. Kravet på kunskap om kartprogrammet kunde, enligt Spinator, uppfyllas enbart genom praktiskt arbete i programmet och eftersom Spinator var det enda företag som hade skaffat sig sådan kunskap borde det vinnande anbudet förkastas. Försvarets materielverk medgav Spinators talan. Förvaltningsrätten beslutade att rättelse skulle ske genom en ny anbudsutvärdering i vilken det vinnande anbudet inte skulle beaktas.

6. Det företag som hade tilldelats kontraktet överklagade förvaltningsrättens dom. Kammarrätten fann att förfrågningsunderlaget var otydligt, eftersom det inte klart framgick att det aktuella kravet kunde uppnås enbart genom praktiskt arbete i kartprogrammet. Kammarrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om.

7. Upphandlingen gjordes om i början av år 2016. Spinator lämnade inte något anbud. Det gjorde däremot SITE Scandinavian Information Technology

AB, som vid den tidpunkten var ett helägt dotterbolag till Spinator. SITE tilldelades kontraktet.

8. Spinator yrkade i tingsrätten att Försvarets materielverk skulle förpliktas att betala skadestånd till bolaget med 294 650 kr. Enligt Spinator hade verket begått ett skadeståndsgrundande fel vid upphandlingen år 2014 och var därför skyldigt att ersätta Spinator *dels* för anbudskostnader med 181 900 kr, *dels* för överprövningskostnader med 112 750 kr.

9. Tingsrätten fann att Försvarets materielverk skulle betala skadestånd till Spinator med 100 000 kr avseende överprövningskostnader men att något skadestånd för anbudskostnader inte skulle utgå. Hovrätten har ogillat Spinators talan i dess helhet.

Parternas talan i Högsta domstolen

10. I målet är det ostridigt att Försvarets materielverk bröt mot bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen genom att inte utforma förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt. Det är detta förhållande som ligger till grund för Spinators talan. Försvarets materielverk har inte satt ifråga att förhållandet utgör en sådan lagöverträdelse som i och för sig kan ge rätt till skadestånd.

11. Spinator har påstått att felet vid upphandlingen orsakade bolaget ersättningsgilla skador. Bolaget har gjort gällande *dels* skada som motsvarar bolagets anbudskostnader i 2014 års upphandling, vilka till följd av felet har blivit onyttiga, *dels* skada som motsvarar bolagets kostnader för att få den upphandlingen överprövad.

12. Försvarets materielverk har bestritt att felet orsakade Spinator ersättningsgilla skador. Enligt verket blev Spinators anbudskostnader inte onyttiga, eftersom ett dotterbolag till Spinator erhöll kontraktet efter den nya upphandlingen. I vart fall orsakade Spinator själv sin skada, eller underlät att

begränsa den, genom att inte ta del i den nya upphandlingen. Vad gäller Spinators anspråk på skadestånd för överprövningskostnader har verket gjort gällande att det inte finns förutsättningar för sådant skadestånd, *dels* därför att det saknas ett orsakssamband mellan felet vid upphandlingen och den påstådda skadan, *dels* därför att Spinator inte var framgångsrikt i processen i förvaltningsdomstol på ett sådant sätt att kostnaderna kan ersättas genom skadestånd. Verket har, i den senare delen, också gjort gällande att skadestånd för överprövningskostnader förutsätter, utöver att leverantören har fått framgång vid överprövningen, att leverantören trots framgången inte ges tillfälle att tilldelas kontraktet.

Tillämplig lagstiftning

13. Den i målet aktuella upphandlingen omfattas av lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, LUFS. Lagen införlivar det s.k. försvarsupphandlingsdirektivet.[1] Lagens bestämmelser om skadestånd, som finns i 16 kap. 20 §, överensstämmer i sak med de som finns i 20 kap. 20 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Den lagen trädde i kraft den 1 januari 2017 och ersatte då lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU. 16 kap. 20 § ÄLOU innehöll bestämmelser med samma innehåll som 20 kap. 20 § LOU.

14. Enligt såväl 16 kap. 20 § LUFS som 20 kap. 20 § LOU ska en upphandlande myndighet som inte har följt lagbestämmelserna ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. I paragraferna sägs särskilt att en anbudsgivare eller en leverantör som har deltagit i en upphandling och haft kostnader

[1] Europaparlamentets och rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggentreprenader, varor och tjänster av upphandlade myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG.

för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen har rätt till skadestånd, om åsidosättandet av bestämmelserna menligt har påverkat möjligheterna att tilldelas kontraktet.

15. LOU genomför i denna del EU:s första och andra rättsmedelsdirektiv.[2] Dessa direktiv innebär att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla rättsmedel som gör att leverantörer kan åberopa sina rättigheter enligt upphandlingslagstiftningen. Av särskild betydelse i detta sammanhang är direktivens bestämmelser om prövningsförfaranden och skadestånd.

16. Artikel 1 i det första direktivet ålägger sålunda medlemsstaterna att se till att det finns tillgång till förfaranden för effektiv och skyndsam prövning av upphandlande myndigheters beslut om kontrakt. Enligt artikel 2.1 c i samma direktiv ska medlemsstaterna se till att prövningsförfarandena innehåller bestämmelser om befogenheter att bevilja skadestånd till dem som har skadats av en överträdelse. Artikel 2.7 i det andra direktivet innehåller en särskild bestämmelse om rätt till skadestånd för kostnader för att förbereda anbud eller delta i ett upphandlingsförfarande. För att få sådana kostnader täckta ska leverantören behöva visa endast *att* det har skett en överträdelse av gemenskapsregler om upphandling eller av nationella regler som införlivar sådana gemenskapsregler, *att* han har haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och *att* överträdelsen har minskat denna möjlighet.

17. Bestämmelserna i 16 kap. 20 § LUFS är avsedda att genomföra artikel 56.1 i försvarsupphandlingsdirektivet. I det direktivet finns ingen särreglering vad avser rätten till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen. Den svenska lagstiftaren har valt att ändå ta in en

[2] 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 samt Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

sådan reglering i LUFS med LOU som förebild. (Se prop. 2010/11:150 s. 310.)

18. När det gäller rätten till skadestånd finns det, mot den angivna bakgrunden, inte skäl att göra någon skillnad mellan LOU och LUFS.

Tolkning av skadeståndsbestämmelserna i LOU och LUFS

19. EU:s upphandlingslagstiftning syftar till att stärka den inre marknaden och motverka snedvridning av konkurrensen, bl.a. genom att skydda de leverantörer som lämnar anbud i en upphandling. En leverantör som har lagt ned kostnader på ett anbud ska kunna utgå från att anbudet beaktas på ett rättvist sätt. (Se bl.a. prop. 1992/93:88 s. 103, HI, C-92/00, EU:C:2002:379 p. 43 och 44 samt Fosen-Linjen, E-16/16, EFTA Ct. Rep. 2017 s. 617 p. 61–65 med hänvisningar.) LOU:s och LUFS:s bestämmelser ska tolkas i ljuset av detta.

20. Skadeståndsbestämmelserna i EU:s upphandlingslagstiftning syftar till att den som lider skada på grund av ett upphandlingsfel ska få denna skada reparerad. Men syftet är också att ge lagstiftningen fullt genomslag på nationell nivå och att förhindra att liknande överträdelser upprepas. (Se prop. 1992/93:88 s. 103, Orizzonte Salute, C-61/14, EU:C:2015:655, p. 48–50, Fosen-Linjen p. 76 och ”Fidelia” NJA 2013 s. 762 p. 15 med hänvisningar.) EU-bestämmelsernas såväl reparativa som preventiva funktion får betydelse för hur de motsvarande svenska bestämmelserna ska förstås.

21. Vid tolkningen av de svenska skadeståndsreglerna får också förekomsten av ett annat rättsmedel, överprövning, betydelse. En grundtanke i rättsmedelsdirektiven är att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen ska rättas på ett så tidigt stadium som möjligt, dvs. i första hand innan kontrakt har tecknats. Överprövning framträder därigenom som det primära rättsmedlet i direktiven; genom överprövningen ska den skada som en överträdelse av

upphandlingsreglerna skulle kunna ge upphov till normalt avvärjas. Den möjlighet till skadestånd som direktiven påbjuder fyller därför främst en funktion i de speciella situationer där unionsrättens fulla genomslag och den enskildes tillgång till effektiva rättsmedel annars inte skulle kunna garanteras (jfr artikel 47 i EU:s stadga om de grundläggande rättigheterna). En sådan syn på skadeståndets funktion stämmer väl överens med vad som gäller om skadestånd som rättsmedel inom unionsrätten i stort. (Se bl.a. Francovich, C-6/90 och C-9/90, EU:C:1991:428, framför allt p. 39, Alcatel Austria m.fl., C-81/98, EU:C:1999:534 p. 33–38 och Fosen-Linjen p. 72–75.)

22. I rättsmedelsdirektiven preciseras inte närmare under vilka förutsättningar skadestånd ska utgå. I stället hänvisas det till de allmänna principer som har vuxit fram genom EU-domstolens praxis om när en medlemsstat kan bli skadeståndsskyldig mot enskilda vid överträdelser av unionsrätten. (Se t.ex. Francovich, Alcatel Austria m.fl. p. 33–38 och Combinatie Spijker, C-568/08, EU:C:2010:751 p. 85–92.) Inte heller innehåller vare sig rättsmedelsdirektiven eller den underliggande unionsrätten några processuella regler av betydelse i detta sammanhang. Det blir därmed den nationella rätten som fyller rättsmedlen med deras närmare innehåll. Vid utformningen av nationell lagstiftning och i rättspraxis måste dock tillses att rättsmedlen ger enskilda det effektiva skydd och den tillgång till rättsmedel som unionsrätten kräver och att interna och unionsrättsliga situationer behandlas likvärdigt. (Se t.ex. Combinatie Spijker p. 90 och 91 med hänvisningar och Orizzonte Salute p. 48–50.)

23. Det nu sagda betyder bl.a. att de i nationell rätt förekommande begränsningsreglerna för skadeståndsskyldighet gäller så länge kraven på effektivitet och likabehandling inte träds förnär. (Se bl.a. Francovich p. 43 och Brasserie du pêcheur, C-46/93 och C-48/93, EU:C:1996:79 p. 83 och 84.)

24. Allmänna skadeståndsrättsliga principer i svensk rätt blir alltså normalt tillämpliga även på upphandlingsrättens område.

Ersättning för anbudskostnader

25. Bestämmelserna om ersättning för anbudskostnader i 20 kap. 20 § LOU genomför artikel 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet. Av paragrafens andra stycke följer att en leverantörs anbudskostnader kan utgöra en ersättningsgill skada, om åsidosättandet av upphandlingsbestämmelserna menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas kontraktet. Leverantören behöver inte visa att han, åsidosättandet förutan, skulle ha tilldelats kontraktet. Det är tillräckligt att han visar att han har haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet och att åsidosättandet har minskat denna möjlighet (se ”Tvättsvamparna” NJA 2000 s. 712, särskilt s. 724, och ”Fidelia” NJA 2013 s. 762 p. 16). Det krävs emellertid att de nedlagda kostnaderna har blivit onyttiga i den meningen att de har blivit verkningslösa. Om åsidosättandet har utgjorts av ett felaktigt tilldelningsbeslut som därefter har rättats genom överprövning, kan ersättning alltså inte utgå, eftersom leverantören därigenom har försatts i samma läge som om tilldelningsbeslutet redan från början hade varit riktigt (jfr ”Fidelia” p. 19).

26. Rätten till skadestånd kan vara beroende av att leverantören gör vad han kan för att undvika eller minska sin skada. Det kan i regel krävas att leverantören angriper den felaktiga upphandlingen genom att begära överprövning (jfr 20 kap. 4 § LOU och 16 kap. 4 § LUFS). Det kan i regel också krävas att leverantören, om den överprövande domstolen beslutar om en ny upphandling, tar tillvara de tidigare nedlagda resurserna i den nya upphandlingen så att skadan undviks eller begränsas. I vart fall kan skadeståndet komma att jämkas, om leverantören förhåller sig passiv i något av de nämnda avseendena (jfr ”Armémuseum” NJA 2016 s. 369 p. 31 och 33).

27. Vad som nu har sagts gäller även vid tillämpningen av 16 kap. 20 § LUFS (jfr p. 18).

Ersättning för överprövningskostnader

28. En överprövningsprocess är vanligen förenad med kostnader för leverantören. Någon möjlighet att få sådana kostnader ersatta inom ramen för förvaltningsprocessen finns inte. Enligt svensk rätt gäller nämligen som huvudregel att en part saknar rätt till ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsdomstol. Principen har upprätthållits även för upphandlingsmålens del.

29. I rättspraxis har dock leverantörer getts viss möjlighet att få sina överprövningskostnader ersatta såsom skadestånd enligt upphandlingslagstiftningen. Högsta domstolen tillerkände i rättsfallet ”Fidelia” NJA 2013 s. 762, med stöd av en tidigare motsvarighet till 20 kap. 20 § LOU, en leverantör skadestånd, motsvarande skäliga kostnader för överprövning. Domstolen fann – med hänvisning till skadeståndets reparativa och preventiva funktion och behovet av att säkerställa överprövningsinstitutets effektivitet i det enskilda fallet – att den kostnad som en leverantör har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. (Se p. 22 och 23 i rättsfallet.) Omständigheterna i målet var speciella. Den leverantör som tillerkändes skadestånd hade haft framgång med sin begäran om överprövning och förvaltningsdomstolarnas avgöranden innebar att det enbart var leverantörens anbud som kvarstod. Den upphandlande myndigheten avbröt då upphandlingarna med motiveringen att upphandling inte längre kunde ske med tillvaratagande av den konkurrenssituation som fanns.

30. En leverantörs kostnader för överprövning kan alltså, i enlighet med ”Fidelia” NJA 2013 s. 762, ersättas såsom skadestånd, om leverantören vinner framgång i förvaltningsprocessen men ändå – som en följd av omständigheter som han inte kan lastas för – inte får några möjligheter att tilldelas kontraktet.

31. Detsamma bör, i vissa fall, kunna gälla om förvaltningsdomstolen beslutar att upphandlingen ska göras om men leverantören inte ges möjlighet att delta i ett nytt upphandlingsförfarande.

32. Det är i de nu nämnda fallen fråga om situationer där upphandlingsreglernas genomslag och den enskildes rätt till effektiva rättsmedel påkallar att skadestånd kan dömas ut för överprövningskostnader (jfr p. 20 och 21). Varken EU-rätten eller nationell rätt kan anses kräva att en leverantör mera generellt tillerkänns ersättning för sina kostnader för att få ett upphandlingsfel rättat. Huruvida en sådan mera generell rätt till ersättning bör införas är en fråga för lagstiftaren (jfr SOU 2018:44).

Bedömningen i detta fall

Anbudskostnaderna

33. Spinator tog del i det första upphandlingsförfarandet. Mot bakgrund av bolagets erfarenhet av det aktuella ammunitions- och minröjningssystemet och den kunskap om kartprogrammet som fanns bland bolagets anställda står det klart att bolaget, hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet. Felet i upphandlingen medförde att anbud kom att lämnas även av företag som saknade den kunskap om kartprogrammet som Försvarets materielverk hade förutsatt. Det är tydligt att detta bidrog till att Spinator inte tilldelades kontraktet.

34. Upphandlingsfelet undanröjdes emellertid genom kammarrättens beslut. Genom att anbudsförfarandet gjordes om försattes Spinator i samma situation som om något fel inte hade förekommit. I det skedet förelåg det ännu inte någon skada för Spinator, motsvarande anbudskostnaderna; en sådan skada skulle ha uppkommit först om de resurser som hade lagts ned i anbudsarbetet inte kunde nyttiggöras i det nya förfarandet. Utredningen ger inte stöd för att ett sådant nyttiggörande inte skulle ha kunnat komma till stånd. Tvärtom har

det framkommit att SITE – som vid denna tidpunkt var Spinators dotterbolag – lade ett i väsentliga avseenden likartat anbud i det nya förfarandet och att det var interna överväganden inom Spinator-sfären som var orsaken till att anbudet lades av SITE och inte av Spinator.

35. Mot den bakgrunden har Spinator inte rätt till ersättning för sina anbudskostnader i det första förfarandet. Bolagets talan ska därför ogillas i denna del.

Överprövningskostnaderna

36. Det är ostridigt att Spinator ådrog sig kostnader för överprövningen i förvaltningsrätten och kammarrätten. Parterna är emellertid oense om sambandet mellan upphandlingsfelet och överprövningskostnaderna. Försvarets materielverk har i den delen särskilt framhållit att Spinators begäran om överprövning avsåg beslutet att tilldela det andra företaget kontraktet, inte det upphandlingsfel som kammarrätten sedermera konstaterade.

37. Upphandlingsfelet utgjordes av en otydlighet i förfrågningsunderlaget; detta gav inte uttryck för den upphandlande myndighetens uppfattning att en anbudsgivare måste ha arbetat praktiskt med det aktuella kartprogrammet. Det är tydligt att detta var ägnat att få betydelse för vilka anbud som lämnades och, i nästa led, vilken anbudsgivare som tilldelades kontraktet. Det förelåg därmed ett samband mellan å ena sidan upphandlingsfelet och å andra sidan Spinators begäran om överprövning av tilldelningsbeslutet och de därav föranledda överprövningskostnaderna.

38. Spinators begäran om överprövning föranledde kammarrätten att besluta om att det skulle göras en ny upphandling. Även om detta inte överensstämde med vad Spinator hade yrkat innebar det en viss framgång för bolaget.

39. Såsom ovan har konstaterats (p. 30 och 31) förutsätter emellertid rätten till ersättning för överprövningskostnader också att leverantören, trots framgång i förvaltningsprocessen, inte får möjlighet att tilldelas kontraktet och att detta beror på omständigheter på den upphandlande myndighetens sida. Det har inte framkommit annat än att Spinator bereddes möjlighet att delta på samma villkor som andra leverantörer. Att Spinator avstod från att delta framstår i stället som en följd av omständigheter på bolagets sida.

40. Också Spinators talan om ersättning för överprövningskostnader ska därför lämnas utan bifall.

Rättegångskostnader i Högsta domstolen

41. Med hänsyn till utgången i målet är Försvarets materielverk berättigat till ersättning för rättegångskostnader i Högsta domstolen. Verket har begärt ersättning med 189 530 kr för ombudsarvode. Det begärda beloppet får anses skäligt.

_____

I avgörandet har deltagit: justitieråden Anders Eka, Svante O. Johansson, Dag Mattsson (skiljaktig), Sten Andersson (referent) och Eric M. Runesson (skiljaktig)
Föredragande justitiesekreterare: Karin Ahlstrand Oxhamre

BILAGA TILL PROTOKOLL
2018-12-04

Mål nr
T 1055-18

SKILJAKTIG MENING

Justitierådet Dag Mattsson är skiljaktig i fråga om motiveringen enligt följande.

Enligt min mening ska yrkandet om ersättning för anbudskostnader och yrkandet om ersättning för överprövningskostnader avslås av samma skäl, nämligen att Spinator avstod från att delta i upphandlingsförfarandet efter överprövningen utan att det berodde på Försvarets materielverk (jfr i fråga om överprövningskostnaderna p. 39 i domen).

Upphandlingslagstiftningen utgör ett sammanhållet system för tilldelning av kontrakt. Överprövningen och det strikta skadeståndsansvaret är delar i detta system och ska skydda anbudsgivarens intresse av att få delta i upphandlingen på rättvisa villkor.

Lagstiftningen förutsätter att den som vill göra gällande det strikta ansvaret har varit intresserad av upphandlingen och kontraktet. Den som av någon anledning själv väljer att avstå från upphandlingsförfarandet kan inte grunda något ersättningskrav för sina kostnader på det strikta ansvaret, vare sig avståendet skulle ske under det ordinarie förfarandet eller – som i målet – efter en överprövning. I en sådan situation behöver man inte gå in på om kostnaderna har varit nyttiga eller inte.

I övrigt ansluter jag mig till domen.

HÖGSTA DOMSTOLEN
Riddarhustorget 8

Postadress
Box 2066
103 12 Stockholm

Telefon 08-561 666 00
Telefax 08-561 666 86
E-post:
hogsta.domstolen@dom.se
www.hogstadomstolen.se

Expeditionstid
08:45–12:00
13:15–15:00

BILAGA 2 TILL PROTOKOLL
2018-12-04

Mål nr
T 1055-18

SKILJAKTIG MENING

Justitierådet Eric M. Runesson är skiljaktig i fråga om motiveringen till att lämna talan om ersättning för överprövningskostnaderna utan bifall.

Med utgångspunkt i syftet med upphandlingslagstiftningens skadeständsbestämmelser (se p. 20 i domen) och i att överprövning framträder som det primära rättsmedlet (se p. 21 i domen) anför han följande.

Den som lägger ner resurser på att delta (anbudskostnader) i ett anbud på premissen att upphandlingslagstiftningen följs kan drabbas av en skada om premissen brister och kostnaderna blir utan avsedd verkan. Skadan inträffar dock inte förrän det står klart att anbudskostnaderna förbrukats i onödan, som när den regelstridiga upphandlingen avbryts utan att följas av en ny upphandling eller en regelstridig upphandling blir bestående därför att den inte angrips av någon av anbudsgivarna.

Av allmänna skadeståndsrättsliga principer, vilka är tillämpliga (se p. 24 i domen), följer att den skadelidande har att begränsa sin skada (jfr 70 § första stycket köplagen). Den skadelidande kan även antas ha att vidta åtgärder för att förhindra att en hotande skada inträffar (jfr NJA 2017 s. 371 p. 13 och NJA 2012 s. 953 p. 12). För att undvika skada kan då krävas att åtminstone en anbudsgivare angriper regelöverträdelsen och verkar för att själv tilldelas kontraktet eller för att upphandlingen görs om. I det senare fallet kan i regel anbudskostnaderna åtminstone delvis återanvändas i en ny upphandling.

HÖGSTA DOMSTOLEN
Riddarhustorget 8

Postadress
Box 2066
103 12 Stockholm

Telefon 08-561 666 00
Telefax 08-561 666 86
E-post:
hogsta.domstolen@dom.se
www.hogstadomstolen.se

Expeditionstid
08:45–12:00
13:15–15:00

Skadeverkningarna av regelöverträdelsen blir därmed helt eller delvis undanröjda.

Även åtgärder för att förhindra att en skaderisk realiseras förbrukar resurser (överprövningskostnader). När den aktive anbudsgivaren är hänvisad till allmän förvaltningsdomstol saknas förutsättningar att få ersättning för rättegångskostnaderna i samband med överprövningen där.

Den som begär överprövning löper en risk att ansträngningarna inte kröns med framgång; talan kan komma att avslås. Insikten om detta kan antas verka avhållande. En anbudsgivare kan också tänkas vilja avvakta att någon annan ensam tar risken att ådra sig överprövningskostnader. Vid positivt utfall gagnas den som avvaktar lika mycket som den som varit aktiv och ådragit sig kostnader. Enligt min uppfattning bör sådana överväganden inte ges näring genom att möjligheter till ersättning för överprövningskostnader saknas även när den aktive anbudsgivaren lyckas undanröja regelöverträdelsen.

Om ersättning för överprövningskostnader inte utgår måste dessutom den aktive och framgångsrike anbudsgivaren i regel söka täckning för överprövningskostnaderna i anbudet eller acceptera en sämre lönsamhet. Han utsätts därför för en konkurrensnackdel.

Av rättsfallet ”Fidelia” NJA 2013 s. 762 framgår att kostnaderna i förvaltningsprocessen kan vara ersättningsgilla som en skadeståndspost. De ändamålsskäl som anförs i ”Fidelia” (se p. 22 i den domen) och de överväganden som anförts ovan gör sig gällande även när ansträngningarna leder till att upphandlingen görs om och inte bara när upphandlingen avbryts. Överprövningskostnaderna bör därför i princip vara ersättningsgilla till den del kostnaderna orsakats av den upphandlande enhetens svarandetalan.

Anbudsgivarens syfte, att överprövningskostnaderna ska leda till att han kan delta i anbudskonkurrens, är skyddsvärt. Överprövningskostnaderna är ett medel för detta ändamål. För att ersättning ska utgå bör därför krävas att anbudsgivaren också utnyttjar sina nyvunna möjligheter att konkurrera om kontraktet; dvs. att han undanröjer det primära skadehotet. Spinator avstod från detta av skäl som inte är hänförliga till den upphandlande myndigheten.

Spinators talan om ersättning för överprövningskostnader ska därför lämnas utan bifall.