

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 Madeleine Sifvert

Advokatfirman Nova AB

Box 55996

102 16 Stockholm

MOTPART

Statens Fastighetsverk

Box 2263

103 16 Stockholm

Ombud: Advokat Hampus Ek

Foyen Advokatfirma KB

Box 7229

103 89 Stockholm

SAKEN

Skadestånd

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

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

Hovrättens dom

se Bilaga**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. Anbuderna 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 tillgäng-

lig 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 bestämmel-

sens 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. Arkitektjänst 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 åberopsbörd 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 anbudet 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 skadeståndgrundande 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 *Fidelis* 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 överträdelser och därigenom undvika att skada uppstår. Detta ligger också i leverantörens eget intresse. En överprövningsprocess är visserligen ofta förenad med kostnader som inte ersätts där (men rättsfallet *Fidelis* 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 upphandling 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 skäliga.

Ella Nyström Kerstin Calissendorff Gudmund Toijer

Svante O. Johansson Lars Edlund
(se prot.)

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

Föredragande justitiesekreterare: Martin Prosell



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 inforrats; det var alltså fråga om en otillåten direktupphandling.

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 skadestandsgrundande (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 skadestandsbestämmelsen i lagen om offentlig upphandling anger uttryckligen som enda ansvarsgrund att den upphandlande myndigheten inte har följt reglerna i lagen. I skadestandsbestämmelsen 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 omöjligen 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.





SVEA HOVRÄTT
Avdelning 05
Rotel 0509

DOM
2014-11-27
Stockholm

Mål nr
T 10849-13

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Stockholms tingsrätts dom 2013-10-29 i mål T 14292-12, se bilaga A

KLAGANDE

Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag, 556155-0178
Flygfältsgatan 2 D
128 30 Skarpnäck

Ombud: Advokaten Madeleine Sifvert
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Statens Fastighetsverk, 202100-4474
Box 2263
103 16 Stockholm

Ombud: Advokaten Hampus Ek
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Skadestånd

HOVRÄTTENS DOMSLUT

1. Hovrätten fastställer tingsrättens dom.
2. Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag ska ersätta Statens Fastighetsverk för rättegångskostnader i hovrätten med 170 384 kr, varav 168 750 kr avser ombudsarvode. Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag ska också betala ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för hovrättens dom tills betalning sker.

Dok.Id 1172514

Postadress
Box 2290
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls Torg 10

Telefon
08-561 670 00
08-561 672 90

E-post: svea.avd5@dom.se
www.svea.se

Telefax
08-561 672 99

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

YRKANDEN I HOVRÄTTEN

Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag (Byggbolaget) har yrkat att hovrätten ska bifalla den talan som bolaget förde i tingsrätten, befria Byggbolaget från skyldigheten att ersätta Statens Fastighetsverk (Verket) för rättegångskostnader i tingsrätten och i stället förplikta Verket att ersätta Byggbolaget för rättegångskostnader där.

Verket har motsatt sig att tingsrättens dom ändras. Verket har även i hovrätten vitsordat ett belopp om 175 000 kr som skäligt i och för sig för det fall ersättning för det positiva kontraktsintresset ska utgå. Verket har också vitsordat sättet att beräkna ränta.

Parterna har yrkat ersättning för rättegångskostnader i hovrätten.

PARTERNAS TALAN OCH BEVISNING I HOVRÄTTEN

Parterna har även i hovrätten åberopat de grunder för sin talan som redovisats i tingsrättens dom. Byggbolaget har förtydligat att det faktum att kontrakt har tecknats med en annan anbudsgivare, AB Venair, i den andra upphandlingen inte utgör en överträdelse av lagen om offentlig upphandling (LOU). Att Verket har tecknat kontrakt i den andra upphandlingen är emellertid en omständighet som åberopats till stöd för att Byggbolaget har lidit skada.

Parterna har i hovrätten sammanfattningsvis utvecklat sin talan enligt följande.

Byggbolaget: Verket har felaktigt förkastat bolagets anbud på grund av att det saknades referensprojekt för de underentreprenörer ("UE") som hade angetts i anbudet. Av förfrågningsunderlaget framgår att ett villkor för att ett anbud ska tas upp till prövning är att anbudsgivaren, eller namngiven UE, genom beskrivning av tre relevanta referensobjekt, högst fem år gamla, kan visa att man har resurser och erfarenhet av kvalificerade luftbehandlings- och rörarbeten samt av styr och övervakning. Det är alltså tillräckligt att anbudsgivaren *eller* underentreprenören

uppfyller detta krav. Byggbolaget har tillsammans med anbudet lämnat in en referenslista och en separat lista med underleverantörer. Byggbolaget har som referensobjekt angett tre genomförda generalentreprenader, tre genomförda luftbehandlingsarbeten, tre genomförda rörarbetsprojekt och tre genomförda styr- och övervakningsprojekt. Av förfrågningsunderlaget framgår inte annat än att det ska finnas en försäkran avseende kvalitets- och bygglösningssystem. Byggbolaget har uppfyllt detta krav. Byggbolagets anbud är därför fullständigt och bolaget borde ha tilldelats kontraktet eftersom det begärde lägst pris.

Byggbolagets kontrakt har gått förlorat dels genom att Verket har beslutat att avbryta upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl, dels genom att Verket i den andra upphandlingen har tecknat kontrakt med den anbudsgivare som, i den första upphandlingen, tilldelades kontraktet.

Beslutet att utan godtagbara skäl avbryta upphandlingen har, på samma sätt som ett kontraktstecknande, orsakat skada i form av kontraktsförlust. Skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset, eller det lägre belopp som rätten finner skäligt, ska därför utgå. Bedömningen av om det föreligger sakligt godtagbara skäl ska göras utan hänsyn till den tidsutdräkt som överprövningen i Förvaltningsrätten har medfört, eftersom den har föranletts av Verkets upphandlingsfel. Bolaget skulle dessutom ha hunnit genomföra entreprenaden på den tid som efter Förvaltningsrättens dom återstod fram till tidpunkt för färdigställande.

Verket: Byggbolagets anbud uppfyllde inte ställda krav. Det har därmed varit orent och har rätteligen förkastats i upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår att ett villkor för att ett anbud ska kunna prövas är att det innehåller referensobjekt för den som verkligen ska utföra arbetena, vilket i Byggbolagets anbud var de uppgivna underentreprenörerna. Vidare framgår av de handlingar som Byggbolaget har bifogat anbudet att Byggbolaget inte når upp till de krav som ställts på att kvalitets- och miljöledning ska motsvara ISO 9001:2000 och 14001:2004.

Byggbolaget har inte drabbats av någon skada eftersom den första upphandlingen inte ledde fram till att något kontrakt ingicks.

Det fanns sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Prövningen i denna del ska utgå från Verkets perspektiv och förutsättningarna som de såg ut vid tiden för beslutet. När den så kallade förlängda avtalsspärren om tio dagar hade gått ut från det att Förvaltningsrätten avgjorde målet hade anbudens giltighetstid löpt ut. Det fanns ingen skyldighet för Verket att begära förlängd giltighetstid för anbudet. Vidare meddelades Förvaltningsrättens dom när Verkets jurist, Tomas Gustavsson, och Verkets ombud för upphandlingen, Magnus Pettersson, var på semester. Därutöver hade Verket planerat för en färdigställandetid på 20 veckor och det var, när Förvaltningsrättens dom meddelades, inte längre möjligt att entreprenaden skulle kunna bli klar i tid. Ett färdigställande i tid var väsentligt med hänsyn till behovet av att bibehålla rätt klimatförhållanden i lokalerna. Detta förutsatte att arbetena utfördes innan det blev kallt. En försenad entreprenad hade även kunnat medföra att projektet skulle komma att belasta nästkommande budgetår, vilket inte var förankrat. Byggbolaget hade kunnat begränsa sin skada genom att begära överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen. Skadan kunde även begränsas genom att Byggbolaget utförde andra arbeten.

Parterna har lagt fram samma utredning i hovrätten som i tingsrätten.

HOVRÄTTENS DOMSKÄL

Upphandlingsfel

Hovrätten prövar inledningsvis om Verket, genom att förkasta Byggbolagets anbud, inte har följt bestämmelserna i LOU och därigenom har begått det av Byggbolaget påstådda upphandlingsfelet. Det är Byggbolaget som har bevisbördan för att upphandlingsfel har begåtts (se bl.a. NJA 2013 s. 762).

I förfrågningsunderlaget uppställdes ett krav på referensobjekt för anbudsgivaren *eller* underentreprenören. Såsom Förvaltningsrätten i Stockholm funnit bedömer även hovrätten att det därav följer att det är tillräckligt att anbudsgivaren själv anger referenser om bolaget har den kompetens och erfarenhet som krävs. Den bevisning som Verket har åberopat ger inte heller fog för bedömningen att de angivna

referenserna skulle sakna relevans, särskilt då Magnus Pettersson, som utvärderade anbudet, har förklarat att han inte närmare visste vilken sorts arbete referensobjekten avsåg. Hovrätten finner vidare att det är tillräckligt att, som Byggbolaget har gjort, lämna en förklaring om att kraven på kvalitets- och miljöarbete är uppfyllda, eftersom det är så kravet har uttryckts i förfrågningsunderlaget. Byggbolaget har således visat att Verket, genom att förkasta Byggbolagets anbud, inte har följt bestämmelserna i LOU och därigenom har begått upphandlingsfel.

Förutsättningar för rätt till ersättning för förlorat kontrakt

Hovrätten prövar härefter om upphandlingsfelet medfört den skada som Byggbolaget gör gällande i målet. Om ett sådant fel lett till att kontrakt tecknats med annan anbudsgivare än den som rätteligen skulle ha tilldelats entreprenaden, grundar detta enligt praxis en rätt till ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset. Ett felaktigt tilldelningsbeslut medför i och för sig inte rätt till skadestånd eftersom skadan anses uppkomma först då kontrakt tecknas med den anbudsgivare som anges i tilldelningsbeslutet (NJA 2013 s. 762).

I nu aktuellt fall följdes tilldelningsbeslutet till förmån för Venair inte av att något kontrakt tecknades mellan Verket och Venair i den första upphandlingen, utan av ett beslut att avbryta upphandlingen. Byggbolagets anspråk i målet avser alltså inte någon skada motsvarande utebliven vinst på grund av kontraktstecknande med annan anbudsgivare i upphandlingsärendet. Vad Byggbolaget gör gällande är dels att upphandlingen avbrutits utan sakligt godtagbara skäl, dels att ett sådant avbrytande ska medföra rätt till skadestånd för kontraktsförlust. Det sistnämnda är en rättslig fråga som låg utanför processens ram i nyss nämnda rättsfall och som inte fått något tydligt svar i rättspraxis.

Beslutet att avbryta upphandlingen

Utan att först ta ställning till frågan om rätt till skadestånd för kontraktsförlust kan komma i fråga när en upphandling avbrutits, går hovrätten vidare till frågan om beslutet att avbryta upphandlingen hade sakligt godtagbara skäl.

En upphandlande myndighet har enligt EU-domstolens praxis ingen skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling genom kontraktstecknande. Ett beslut att avbryta en upphandling är inte heller förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98, Fracasso och Leitschutz [REG 1999 s. I-5697]). Beslutet att avbryta en upphandling måste dock ha sakligt godtagbara skäl och följa de grundläggande principerna i EU-rätten (C-92/00, HI [REG 2002 s. I-5553] och RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43).

Hovrätten konstaterar inledningsvis att det som regel är förhållanden som inträffar eller blir kända under processens gång i ett anbudsförfarande som kan föranleda ett beslut att avbryta en upphandling. Bedömningen av om det finns sakliga skäl bör därför göras utifrån de omständigheter som förelåg när beslutet fattades. Av de administrativa föreskrifterna i den nu aktuella upphandlingen framgår att anbudet skulle vara bindande till och med den 11 juli 2012. Förvaltningsrätten meddelade dom den 10 juli 2012. När Verket rimligen kunde återuppta anbudsprövningen fanns således inte längre några bindande anbud. Redan detta förhållande innebär enligt hovrättens bedömning att det fanns sakligt godtagbara skäl för Verket att avbryta upphandlingen.

Vidare konstaterar hovrätten att det av de tidsramar som har skrivits in i de administrativa föreskrifterna, samt av de uppgifter som Magnus Pettersson och Anders Flink har lämnat, framgår att en viktig utgångspunkt för genomförandet av entreprenaden var att den skulle utföras under sommaren och hösten 2012. Skälet till detta var att klimatförhållandena som krävdes i lokalerna skulle kunna bibehållas under byggnationen. Därtill har Maria Skans, som har ett särskilt ansvar för bevarande- och klimatfrågor på Armémuseet, förklarat vilken stor betydelse konstanta klimatförhållanden har för de föremål som förvaras i lokalerna. Med hänsyn till dessa uppgifter saknas skäl att ifrågasätta att entreprenaden tidsmässigt hade planerats utifrån de klimatkrav på lokalerna som fanns uppställda.

Magnus Pettersson, med erfarenhet bland annat från en liknande entreprenad på Etnografiska museet, har beskrivit hur Verket resonerade om att entreprenaden kunde väntas ta 20 veckor att genomföra och förklarat att Verket inte kunde ta risken att entreprenaden inte blev färdig i tid. Mot bakgrund av de uppgifter som han har lämnat

saknas det skäl att ifrågasätta att Verkets beslut att avbryta upphandlingen grundade sig på de skäl som har angetts i beslutet. Dessa skäl är också sakligt godtagbara. Att Byggbolaget hade planerat för och, såvitt framkommit genom de uppgifter som Nils Bengtsson, Mia Sandberg, Peter Sundbom och Anders Imbro har lämnat, hade kunnat genomföra entreprenaden på kortare tid saknar betydelse för bedömningen i denna del.

Sammanfattningsvis hade Verket enligt hovrättens bedömning sakligt godtagbara skäl för sitt beslut att avbryta upphandlingen och detta beslut strider inte heller mot de grundläggande principerna i EU-rätten. Byggbolaget är redan på grund härav inte berättigat till skadestånd avseende kontraktsförlust.

Tingsrättens domslut ska därför fastställas.

Rättegångskostnader

Vid denna utgång ska Byggbolaget ersätta Verket för rättegångskostnaderna. Det av tingsrätten utdömda beloppet för rättegångskostnader där är godtaget av Byggbolaget. Det belopp som Verket har yrkat här är enligt hovrättens mening skäligt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B

Överklagande senast 2014-12-29

I avgörandet har deltagit hovrättsråden Ulrika Ihrfelt och Maj Johansson samt tf. hovrättsassessorerna Lina Nestor och Johanna Gustafsson (referent).



STOCKHOLMS TINGSRÄTT
Avdelning 3

DOM
2013-10-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
T 14292-12

PARTER

KÄRANDE

Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag, 556155-0178
Flygfältsgatan 2 D
128 30 Skarpnäck

Ombud: Advokat Madeleine Sifvert
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

SVARANDE

Statens Fastighetsverk, 202100-4474
Box 2263
103 16 Stockholm

Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma AB
Box 7229
103 89 Stockholm

DOMSLUT

1. Käromålet ogillas.
2. Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag ska ersätta Statens Fastighetsverk dess rättegångskostnader med 261 975 kr, varav 232 400 kr avser ombudsarvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från denna dag till dess betalning sker.

Dok.Id 1256312

Postadress
Box 8307
104 20 Stockholm

Besöksadress
Scheelegatan 7

Telefon
08-561 652 70

E-post:
stockholms.tingsratt.avdelning3@dom.se
www.stockholmstingsratt.se

Telefax
08-561 650 03

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Statens Fastighetsverk ("SFV") inbjöd under våren 2012 företag att lämna anbud i upphandlingen "Artillerigården Projekt 130 33 000 Östra Flygeln Ombyggnad Luftbehandling" ("Upphandlingen"). Nils Bengtsson Byggnads Aktiebolag ("NBB") och Venair Building System (AB Venair, nedan "Venair") lämnade anbud i Upphandlingen.

Genom tilldelningsbeslut den 15 maj 2012 meddelade SFV att Venair antagits som leverantör samt att NBB:s anbud förkastats. NBB ansökte om överprövning av beslutet, varpå Förvaltningsrätten i Stockholm meddelade dom den 10 juli 2012. Enligt domen skulle Upphandlingen rättas på så sätt att anbudet från NBB skulle tas med i anbudsutvärderingen.

SFV beslutade den 17 augusti 2012 att Upphandlingen skulle avbrytas. Som skäl till detta angav SFV dels att anbuden endast var bindande till och med den 11 juli 2012, dels att det inte fanns någon möjlighet att anläggningen skulle bli klar samt dels att finansieringen av projektet enligt investeringsbeslut skulle ske under 2012.

Vid en ny upphandling rörande samma arbete våren/sommaren 2013 tecknade SFV kontrakt med Venair.

Den förevarande tvisten rör, såsom talan utformats, om tilldelningsbeslutet och/eller avbrytandebeslutet i den ifrågasatta Upphandlingen varit förenliga med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och, om så inte är fallet, huruvida detta grundar rätt för NBB att erhålla skadestånd för det positiva kontraktsintresset.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

NBB har yrkat att tingsrätten förpliktar SFV att utge 596 040 kr, eller alternativt det lägre belopp som tingsrätten kommer fram till eller finner skäligt, jämte ränta på beloppet enligt 6 § räntelagen från dagen för delgivning av stämningsansökan, den 8 december 2012, till dess full betalning sker.

SFV har bestritt NBB:s yrkanden. NBB har som skäligt i och för i sig vitsordat 175 000 kr jämte sättet att beräkna yrkad ränta.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader.

GRUNDER***NBB***

Grunden för yrkandet är att SFV ådragit sig skadeståndsskyldighet enligt 16 kap. 20 § LOU, vilket skett redan i maj 2012 då verket i strid med LOU förkastat anbudet från NBB istället för att utvärdera och anta detta. Genom att bryta mot LOU har SFV ådragit sig skadeståndsskyldighet för den skada som uppstått eller kan uppstå till följd av felet. Den skada som uppstått är att NBB inte vunnit Upphandlingen då bolaget inte tilldelats entreprenadkontraktet och därmed sammanhängande vinst.

Entreprenadkontraktet har i stället i ett felaktigt tilldelningsbeslut getts till en annan anbudsgivare, Venair.

NBB har ansökt om överprövning av det felaktiga tilldelningsbeslutet hos förvaltningsrätt. Syftet med överprövningen har varit att den skada, dvs. uteblivet entreprenadkontrakt med sammanhängande vinst, som uppkommit p.g.a. av felet skulle ha kunnat undanröjas genom rättelse innan en konstaterad skada uppstått, dvs. innan en faktisk skada förelegat. Förvaltningsrätten har också förordnat om rättelse. Genom domen har det funnits en möjlighet för SFV att undanröja skadan genom att rätta till upphandlingsfelet, men istället för att följa förvaltningsrättens dom har SFV beslutat att avbryta Upphandlingen. Det har inte förelegat sakligt godtagbara skäl för

avbrytandet och beslutet strider därmed mot LOU. Beslutet har framför allt inneburit, även om alla brott mot LOU medför skadeståndsskyldighet enligt 16 kap. 20 § LOU, att det finns en faktisk skada i form av kontraktsförlust. Det kan därmed fastslås att NBB definitivt har gått miste om det aktuella entreprenadkontraktet. NBB har gjort sannolikt att man gått miste om entreprenadkontraktet p.g.a. verkets åsidosättande av LOU. Därmed har NBB rätt till ersättning för den fulla skadan, dvs. för det positiva kontraktsintresset alternativt det lägre belopp tingsrätten kommer fram till eller finner skäligt. Upphandlingen rörande arbetet har också slutligt avslutats med ett kontrakt i en senare genomförd upphandling 2013, där NBB inte heller fick teckna kontrakt, men det är den första upphandlingen som är aktuell i målet.

NBB har tydliggjort dels att alternativyrkandet endast avser det positiva kontraktsintresset och dels att NBB inte gör gällande det faktum att ett entreprenadkontrakt rörande samma arbete i en senare upphandling tecknats med Venair som en grund för skadeståndstalan i målet.

SFV

I första hand bestrids yrkandet eftersom NBB:s anbud inte har uppfyllt ställda krav och därmed varit orent och rätteligen förkastats i Upphandlingen. Därmed har NBB inte lidit någon skada och dess yrkande ska lämnas utan bifall.

För det fall tingsrätten skulle finna att NBB:s anbud uppfyllt ställda krav och rätteligen skulle ha tagits upp till utvärdering gör SFV gällande att adekvat kausalitet mellan de påstådda brotten mot LOU och skadan inte kan anses föreligga.

För det fall tingsrätten skulle finna att NBB:s anbud uppfyllt ställda krav och rätteligen skulle ha tagits upp till utvärdering samt att adekvat kausalitet föreligger görs följande gällande. SFV har haft sakliga skäl att avbryta Upphandlingen eftersom giltiga anbud saknats efter iakttagande av förlängd avtalsspärr. Vidare har förseningen lett till ändrade förutsättningar i förhållande till ett färdigställande i oktober 2012 vilket också utgjort sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

NBB har i vart fall inte ansökt om överprövning av avbrytandebeslutet och har därmed inte begränsat sin skada. Yrkat belopp ska jämkas till 0 kr. Under alla omständigheter görs gällande att skadeståndet ska jämkas till 0 kr eller vad tingsrätten finner skäligt då NBB inte heller i övrigt visat att skadan begränsats t.ex. genom sysselsättning med annat arbete under aktuell period.

UTREDNINGEN

Parterna har utvecklat sin talan

NBB har som muntlig bevisning åberopat förhör under sanningsförsäkran med Nils Bengtsson och Mia Sandberg, båda ställföreträdare i NBB samt vittnesförhör med Peter Sundbom, arbetsledare NBB, Anders Imbro, civilingenjör Imbro Projekt AB och Robert Olsson, affärsområdeschef Siljeströms Sverige AB. SFV har åberopat vittnesförhör med Magnus Pettersson, projektledare SFV, Tomas Gustavsson, chefsjurist SFV, Anders Flink, SFV:s kulturarvsavdelning, Maria Skans, klimatansvarig Armémuseum samt sakkunnigt vittnesförhör med Evert Larsson, AAA Certification AB.

Parterna har åberopat viss skriftlig bevisning

DOMSKÄL

NBB har i målet gjort gällande att SFV genom det aktuella tilldelningsbeslutet och beslutet att avbryta Upphandlingen, beslut som enligt NBB båda utgör brott mot LOU, är skyldigt att utge skadestånd till NBB för det positiva kontraktsintresset motsvarande förlorad handelsvinst.

Enligt 16 kap. 20 § LOU ska en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i LOU ersätta en leverantör för därigenom uppkommen skada. Den

som yrkar skadestånd är bevisskyldig för skadan. Det positiva kontraktsintresset motsvarar vad leverantören hade erhållit i vinst om denne hade tilldelats kontraktet, om leverantören har gått miste om kontraktet p.g.a. fel i förfarandet. I den situationen har leverantören också lidit skada. För skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset förutsätts i princip att leverantören har förlorat kontraktet p.g.a. upphandlingsfelet (prop. 1992/93:88 s. 103). Högsta domstolen har i sin dom 2013-07-18 i mål T 3576-11 p. 18 (RPS ./. Fidelia) slagit fast att skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset bara kan utgå om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av ett kontraktstecknande med den anbudsgivare som nämns i tilldelningsbeslutet. Den skadeståndsgrundande handlingen utgörs således av kontraktstecknandet. I målet är ostridigt att SFV inte tecknat något entreprenadkontrakt med Venair inom ramen för Upphandlingen. Även om det skulle konstateras att SFV genom sina beslut brutit mot LOU kan därför det yrkade skadeståndet inte utgå.

Vad NBB gjort gällande är brott mot LOU av SFV under det prekontraktuella upphandlingskeendet, vilket enligt svensk rätt endast kan leda till skadestånd med det negativa kontraktsintresset, dvs. för anbudskostnader och, enligt Högsta domstolens dom ovan, för kostnader för överprövning av tilldelningsbeslutet vid förvaltningsdomstol. Detta överensstämmer också med vad som inom den allmänna avtalsrätten gäller om skadeståndets omfattning enligt principen culpa eller dolus in contrahendo.

Ingen av parterna har grundat sin talan på den aktuella rättsregeln i Högsta domstolens ovan nämnda dom, som tingsrätten tillämpat. Parterna har dock vid huvudförhandlingen framhållit rättsregeln i samma dom och argumenterat rörande dess tillämplighet i målet (jfr bl.a. NJA 1989 s. 614).

Käromålet ska med hänsyn till det ovan sagda ogillas.

NBB ska som tappande part ersätta SFV för dess rättegångskostnader. SFV har yrkat ersättning med, rätt uträknat, sammanlagt 404 075 kr, varav 374 500 kr för

ombudsarvode inklusive mervärdesskatt. Arvodet motsvarar 107 timmars arbete. NBB har vad gäller SFV:s yrkande om rättegångskostnader vitsordat ersättning endast för arbete i 83 timmar samt bestritt att utge ersättning för mervärdesskatt på yrkad ersättning för arvode, men har i övrigt inte haft någon invändning mot yrkandet. SFV har yrkat att NBB, med stöd av 18 kap. 6 § rättegångsbalken, oavsett utgången i sak, ska ersätta de merkostnader som SFV haft till följd av NBB:s vårdslösa processföring innefattande att yrkanden och grunder justerats flera gånger under processen. SFV har dock inte velat ange hur höga dessa merkostnader skulle ha varit. NBB har bestritt att det finns förutsättningar att ålägga NBB ett kostnadsansvar enligt 18 kap. 6 § rättegångsbalken.

SFV har efter huvudförhandlingen inkommit med uppgift att mervärdesskatten inte är en kostnad för SFV i nu aktuellt hänseende.

Med hänsyn till målets art och omfattning och då det heller inte är visat att NBB:s processföring inneburit ökade kostnader för SFV, finner rätten skäligt att bestämma ersättningen för arbete till vitsordat antal timmar. Då mervärdesskatten i detta fall inte utgör en kostnad för SFV ska ersättningen för arbete utgå exklusive sådan skatt. Övriga kostnader är inte tvistiga. NBB ska således utge ersättning för rättegångskostnader till SFV jämte ränta i enlighet med domslutet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 401).

Överklagande, ställt till Svea hovrätt, ska inges till tingsrätten senast 2013-11-19.

Prövningstillstånd krävs.

Jakob Hedenmo

Anna Erman

Tobias Tibell