

NJA 2013 s 762

(NJA 2013 s. 762)

Offentlig upphandling. Frågor om skadestånd för utebliven vinst och för kostnader för överprövning av upphandlingsbeslut samt om ersättning för anbuds-kostnader.

1 kap. 28 §, 7 kap. 1 §, 2 §, 6 § och 7 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling; NJA 2000 s. 712; NJA 2007 s. 349; EU-domstolens dom den 28 oktober 1999 i mål C 81/98, Alcatel Austria AG m.fl., REG 1999 s. I - 7671; EU-domstolens dom den 9 december 2010 i mål C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl, REG 2010 s. I -1 2655

Stockholms tingsrätt

Fidelia Aktiefbolag (i tingsrättens dom betecknat Bolaget) väckte vid Stockholms tingsrätt talan mot staten genom Rikspolisstyrelsen (RPS) i två mål, T 16995-08 och T 14046-09.

I målet T 16995-08 yrkade Fidelia förpliktande för RPS att utge i första hand 1 249 425 kr jämte ränta, i andra hand 73 175 kr jämte ränta.

I målet T 14046-09 yrkade Fidelia förpliktande för RPS att utge i första hand 2 859 845 kr jämte ränta, i andra hand 111 845 kr jämte ränta.

RPS bestred Fidelias yrkanden. Inget belopp vitsordades som skäligt i och för sig.

Tingsrätten (rådmannen Jacob Hedenmo, f.d. hovrättsrådet Per Olding och tingsfiskalen Anna Meyrowitsch, referent) anförde i dom den 9 juli 2010 bl.a. följande.

Grunder

T 16995-08

Bolaget

RPS har, genom att vid upphandling utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyllt obligatoriska krav (skall-krav), i fråga om finansiell styrka samt personalförteckning, brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och mot den däri inrymda principen om likabehandling. RPS har vidare brutit mot 1 kap. 21 § LOU då RPS genom begäran om förtydligande låtit vinnande anbudsgivare tillföra anbudet helt nya uppgifter, för vilka det tidigare inte har funnits något stöd i anbudet. Detta har inneburit positiv särbehandling av vinnande anbudsgivare på bekostnad av Bolaget. Bolaget skulle ha vunnit upphandlingen, dvs. fått teckna kontrakt, om denna hade genomförts i enlighet med LOU. Överträdelserna av LOU har inneburit skada för Bolaget i den mening som avses i 7 kap. 6 § LOU. Skadan uppgår till det i första hand yrkade beloppet, vilket innefattar ersättning för det positiva kontraktsintresset jämte kostnader för överprövning.

I vart fall har Bolaget haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och överträdelserna har minskat denna möjlighet. Överträdelserna av LOU har inneburit skada för Bolaget i enlighet med en analog tillämpning av 7 kap. 7 § LOU. Skadan uppgår till det i andra hand yrkade beloppet, vilket innefattar ersättning för det negativa kontraktsintresset jämte kostnader för överprövning.

2013:68 s 763

RPS

RPS har i första hand gjort gällande att det saknas grund för skadeståndsskyldighet eftersom de påstådda felen har avhjälpats genom överprövning i länsrätt och då RPS har rättat sig efter länsrättens dom.

I andra hand har RPS invänt att Bolaget inte har lidit ersättningsgill skada enligt LOU. RPS har inte varit skyldigt att ingå avtal med den ende återstående anbudsgivaren och skulle inte heller, såsom Bolaget hypotetiskt antagit, ha ingått sådant avtal om den påstådda överträdelsen inte hade ägt rum. RPS har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen vilket även har skett. Även om tingsrätten skulle finna Bolagets hypotetiska antagande riktigt saknas likväl rätt till skadestånd eftersom RPS inte heller i en sådan situation har varit skyldigt att ingå avtal med Bolaget.

I tredje hand har RPS åberopat att Fonus Ekonomiska Förening (Fonus) har uppfyllt samtliga skall-krav samt att de förtydliganden/kompletteringar som har begärts av RPS från Fonus har varit förenliga med LOU vilket innebär att skadeståndsskyldighet gentemot Bolaget inte föreligger.

Slutligen har RPS invänt att kostnader för överprövning i länsrätt under alla förhållanden inte är ersättningsgilla.

T 14046-09

Bolaget

RPS har, genom att vid upphandling utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyllt skall-kravet i fråga om tidigare åtaganden, brutit mot den s.k. huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och mot den däri inrymda principen om likabehandling och transparens. Bolaget skulle ha vunnit upphandlingen, dvs. fått teckna ramavtal, om denna hade genomförts i enlighet med LOU. Överträdelserna av LOU har inneburit skada för Bolaget i den mening som avses i 7 kap. 6 § LOU. Skadan uppgår till det i första hand yrkade beloppet, vilket innefattar ersättning för det positiva kontraktsintresset jämte kostnader för överprövning.

I vart fall har Bolaget haft en realistisk möjlighet att erhålla ramavtalet och överträdelserna har minskat denna möjlighet. Överträdelserna av LOU har inneburit skada för Bolaget i enlighet med en analog tillämpning av 7 kap. 7 § LOU. Skadan uppgår till det i andra hand yrkade beloppet, vilket innefattar ersättning för det negativa kontraktsintresset jämte kostnader för överprövning.

RPS

RPS har i första hand gjort gällande att det saknas grund för skadeståndsskyldighet eftersom det påstådda felet har avhjälpats genom överprövning i länsrätt och kammarrätt och då RPS har rättat sig efter förvaltningsdomstolarnas domar.

I andra hand - - - se under T 16995-08 - - - avtal med Bolaget.

2013:68 s 764

Slutligen har RPS invänt att kostnader för överprövning i länsrätt under alla förhållanden inte är ersättningsgilla.

Mellan parterna ostridiga omständigheter

T 16995-08

RPS inbjöd i förfrågningsunderlag, daterat den 17 oktober 2007, domsbilaga 1, (återges inte här), för Polismyndigheten i Gävleborgs läns räkning leverantörer att lämna anbud i anledning av upphandling av polititransporter i Gävleborgs län, dvs. transporter av avlidna som ska genomgå rättsmedicinsk undersökning på rättsmedicinsk avdelning. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU. Värderingsgrunden lägsta pris skulle tillämpas vid anbudsprövningen. Avtalstiden var två år med möjlighet till ett års förlängning. Sista anbudsdag var den 10 december 2007.

I förfrågningsunderlaget uppställdes vissa skall-krav. I punkten 7.4 uppställdes sådant krav avseende ”finansiell styrka” och i punkten 7.6.1. uppställdes ”resurs- och kompetenskrav”. Enligt punkten 7.4. fick intyg till styrkande av ”finansiell styrka” inte vara äldre än tre månader räknat från sista anbudsdagen,

dvs. den 10 december 2006. ”Resurs- och kompetenskrav” innefattade att anbudsgivarna skulle bifoga meritförteckningar till sina respektive anbud avseende den personal som skulle komma att utföra polititransporterna.

Utöver Bolaget lämnade endast Fonus anbud i upphandlingen. Efter utvärdering av inkomna anbud fann RPS att Fonus anbud inte var komplett. Detta eftersom ingivet intyg enligt punkten 7.4. var äldre än tre månader samt då meritförteckningar (cv) inte var bifogade anbudet. Den 21 december 2007 begärde RPS in förtydligande från Fonus i nu aktuella avseenden. Den 25 mars 2008 meddelade RPS beslut om att upphandlingskontraktet skulle tilldelas Fonus.

Den 4 april 2008 ansökte Bolaget om överprövning av upphandlingen vid Länsrätten i Stockholms län. Länsrätten meddelade i dom av den 8 maj 2008 att Fonus anbud inte uppfyllt samtliga skall-krav och förordnade att RPS fick avsluta upphandlingen först sedan den rättats på så sätt att Fonus anbud förkastats. RPS överklagade länsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm som inte beviljade prövningstillstånd.

Den 15 juni 2008 beslutade RPS att avbryta upphandlingen. Bolaget begärde aldrig överprövning av RPS beslut om att avbryta upphandlingen.

T 14046-09

RPS inbjöd i förfrågningsunderlag, daterat den 20 augusti 2007, domsbilaga 2, (återges inte här), för Polismyndigheten i Dalarnas läns räkning leverantörer att lämna anbud i anledning av en upphandling av polititransporter. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling enligt 5 kap. LOU och värderingsgrunden lägsta pris skulle

2013:68 s 765

tillämpas vid anbudsprövningen. Avtalstiden var tre år med möjlighet till ett års förlängning. Sista anbudsdag var den 16 oktober 2007.

I förfrågningsunderlaget uppställde RPS vissa skall-krav. Bland annat uppställdes i punkten 8.5 ”krav på tidigare åtaganden”.

Utöver Bolaget inkom Memento Service AB (Memento) och Fonus Dalarna med anbud i upphandlingen. Den 7 januari 2008 meddelade RPS beslut om att ramavtal skulle tilldelas Memento. På andra plats i utvärderingen kom Fonus Dalarna och på tredje och sista plats placerade sig Bolaget.

Bolaget ansökte den 17 januari 2008 om överprövning av upphandlingen vid Länsrätten i Stockholms län. Länsrätten meddelade i dom av den 8 april 2008 att varken Memento eller Fonus Dalarna uppfyllt det ”krav på tidigare åtaganden” som uppställts. Länsrätten förordnade om att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Mementos och Fonus Dalarnas anbud skulle förkastas. RPS överklagade länsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm som den 17 juni 2008 avlog överklagandet. RPS fullföljde sin talan till Regeringsrätten som beslutade att inte bevilja prövningstillstånd.

Den 11 november 2008 beslutade RPS att avbryta upphandlingen. Bolaget begärde aldrig överprövning av RPS beslut om att avbryta upphandlingen.

Bolagets utveckling av sin talan

T 16995-08

Efter det att RPS meddelat sitt tilldelningsbeslut begärde Bolaget omedelbart att få ta del av Fonus anbud för att kontrollera att allt gått rätt till. Sådan kontroll genomför Bolaget regelmässigt vid deltagande i upphandlingsförfaranden. Vid genomgång av Fonus anbud upptäckte Bolaget dels att Bolagets anbud endast var marginellt, dvs. 4,4 procent, dyrare än Fonus anbud, dels att Fonus anbud inte varit komplett vid anbudstidens utgång. Bolaget upprättade därför en ansökan om överprövning som ingavs till Länsrätten i Stockholms län. Efter det att länsrättens dom meddelats förväntade sig Bolaget ett nytt tilldelningsbeslut. RPS valde emellertid att överklaga länsrättens dom till kammarrätten som dock inte beviljade prövningstillstånd.

Bolaget har lidit skada på grund av de överträdelser av LOU som RPS begått genom att meddela det felaktiga tilldelningsbeslutet. Vad som därefter inträffat, dvs. huruvida RPS har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen, saknar betydelse för frågan om Bolaget har rätt till skadestånd. RPS avbryter dock normalt inte upphandlingar när bara en anbudsgivare återstår vilket framgår av 44 beslutsprotokoll samt utvärderingsrapporter från upphandlingar som RPS har genomfört under åren 2006, 2007 och 2008.

Den skada som Bolaget lidit till följd av nu aktuella överträdelser av LOU innefattar utebliven vinst samt kostnader i anledning av att Bolaget har varit tvunget att ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. I första hand har yrkat skadestånd, motsvarande det positiva kontraktsintresset, beräknats enligt följande. Av förfrågningsunderlaget, domsbilaga 1, framgår att anbudet omfattade uppskattningsvis 375 transporter per år. Bolaget offererade i sitt anbud ett pris per transport om 4 950 kr. Det innebär att Bolagets intäkter, för det fall Bolaget rätteligen tilldelats kontrakt, hade uppgått till 1 856 250 kr per år. Bolagets

2013:68 s 766

kostnader för att genomföra uppdraget hade uppgått till 1 457 500 kr, - - -. De förväntade intäkterna minus kostnaderna skulle ha gett Bolaget en årlig vinst om 398 750 kr. Eftersom avtalstiden var tre år uppgår den sammanlagda uteblivna vinsten till 1 196 250 kr.

I andra hand yrkat skadestånd motsvarande det negativa kontraktsintresset innefattar Bolagets kostnader för upprättande av anbud, vilka uppgår till sammanlagt 20 000 kr. - - -.

Vidare har Bolaget haft kostnader för överprövningen i förvaltningsdomstolarna vilka sammanlagt uppgår till 53 175 kr.

T 14046-09

Efter det att RPS meddelat sitt tilldelningsbeslut begärde Bolaget på sedvanligt sätt att få ta del av Mementos och Fonus Dalarnas anbud varvid det kunde konstateras att varken Memento eller Fonus Dalarna uppfyllt skall-kravet i fråga om tidigare åtaganden. Det aktuella skall-kravet, som avser angivande av korrekta referenser, syftar till att försäkra sig om att anbudsgivarna har tillräcklig kompetens och erfarenhet av aktuella tjänster. Vid sin genomgång fann Bolaget att Mementos anbud saknade beskrivning av angivna referensuppdrags karaktär och omfattning, det saknades uppgift om under vilken tidsperiod uppdragen fullgjorts samt om dessa påbörjats eller avslutats före den 1 juni 2004. Beträffande två av referenserna saknades även uppgift om kontaktperson. Fonus Dalarnas anbud saknade beskrivning av angivna referensuppdrags karaktär och omfattning. Vidare var kontaktpersoner inte angivna. Efter det att Bolaget ansökt om överprövning och länsrättens dom vunnit laga kraft avbröt RPS upphandlingen.

Bolaget har lidit skada på grund av de överträdelser av LOU som RPS begått genom att inte förkasta Mementos och Fonus Dalarnas anbud och därefter anta Mementos anbud trots att detta inte uppfyllde det aktuella skall-kravet. Vad som därefter inträffat saknar relevans. Huruvida RPS har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen saknar betydelse för frågan om skadestånd pga. överträdelser av LOU ska utgå. RPS avbryter dock normalt inte upphandlingar när bara en anbudsgivare återstår vilket framgår av 44 beslutsprotokoll samt utvärderingsrapporter från upphandlingar som RPS genomfört under åren 2006, 2007 och 2008.

Den skada som Bolaget lidit till följd av nu aktuell överträdelse av LOU innefattar utebliven vinst samt kostnader i anledning av att Bolaget har tvingats ansöka om överprövning av tilldelningsbeslutet. I första hand yrkat skadestånd motsvarande det positiva kontraktsintresset har beräknats enligt följande. Av förfrågningsunderlaget, domsbilaga 2, framgår att anbudet omfattade uppskattningsvis 320 transporter per år. Bolaget offererade i sitt anbud ett pris per transport om 6 900 kr. Det innebär att Bolagets intäkter, för det fall Bolaget rätteligen hade tilldelats kontrakt, hade uppgått till 2 208 000 kr per år. Bolagets årliga kostnader för att genomföra uppdraget hade uppgått till 1 516 000 kr - - -. De förväntade intäkterna minus kostnaderna ger en årlig vinst om 692 000 kr. Eftersom anbudstiden var tre år med option på ett års förlängning av avtalet uppgår den sammanlagda uteblivna vinsten till 2 768 000 kr.

I andra hand yrkat skadestånd motsvarande det negativa kontraktsintresset innefattar Bolagets kostnader för upprättande av anbud, vilket uppgår till 20 000 kr. - - -.

Bolaget har vidare haft kostnader för överprövningen i förvaltningsdomstolarna vilka sammanlagt uppgår till 91 845 kr.

2013:68 s 767

RPS utveckling av sitt bestridande

T 16995-08

RPS hade genom den nu aktuella upphandlingen för avsikt att teckna ramavtal med en leverantör. Ramavtalet skulle enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget gälla under två år. Det fanns en möjlighet, men ingen skyldighet, för RPS att förlänga ramavtalet i ytterligare ett år.

När RPS utvärderade inkomna anbud från Bolaget och Fonus kunde RPS konstatera att båda anbuden, efter inhämtande av vissa förtydliganden från Fonus, uppfyllde ställda skall-krav samt att Fonus lämnat det lägsta priset. I enlighet med den utvärderingsmodell som angavs i förfrågningsunderlaget tilldelades Fonus kontraktet. RPS delar inte Bolagets och länsrättens uppfattning om att Fonus inte uppfyllde ställda skall-krav. När kammarrätten och Regeringsrätten beslutade att inte bevilja prövningstillstånd fick RPS emellertid finna sig i att rätta sig efter länsrättens lagakraftvunna dom. Vid förnyad utvärdering av anbud kunde RPS konstatera att då Fonus anbud uteslöts från upphandlingen återstod endast ett anbud, dvs. Bolagets. Mot denna bakgrund fann RPS att den aktuella upphandlingen inte hade tillvaratagit den befintliga konkurrensen på marknaden för polititransporter i Gävleborgs län och RPS fattade därför beslut om att avbryta densamma.

RPS avbryter endast upphandlingar om det föreligger sakligt godtagbara skäl härför. RPS är inte skyldig att tilldela kontrakt när endast en anbudsgivare återstår i upphandlingen. Under sådana förhållanden har RPS sakligt godtagbara skäl för att avbryta en upphandling. Vid beslut om att avbryta en upphandling är det avgörande om en förnyad upphandling kan förväntas på ett bättre sätt fånga upp den befintliga konkurrensen på marknaden eller leda till ett förmånligare avtal för beställaren. En förutsättning för att ålägga RPS skadeståndskyldighet pga. överträdelser av LOU är att Bolaget har gått miste om ett kontrakt som RPS har varit skyldig att tilldela Bolaget. I förevarande fall har upphandlingen avbrutits varför kontrakt inte har tecknats med någon leverantör. För det fall Bolaget önskat angripa RPS beslut om att avbryta upphandlingen hade man kunnat begära överprövning av beslutet.

Fonus uppfyllde samtliga de skall-krav som uppställdes i förfrågningsunderlaget. - - -.

Av förfrågningsunderlaget framgår att RPS inte garanterade några volymer i upphandlingen, vilket innebär att uppgifter om tidigare årsvolymer inte kan utgöra grund för beräkning av storleken på ett eventuellt skadestånd.

T 14946-09

RPS hade genom upphandlingen för avsikt att teckna ramavtal med en leverantör. Ramavtalet skulle enligt vad som anges i förfrågningsunderlaget gälla under tre år. Det fanns en möjlighet men inte en skyldighet att förlänga ramavtalet i ytterligare ett år.

När anbudstiden gick ut hade RPS mottagit fyra stycken anbud. Dessa hade lämnats av Bolaget, Fonus Dalarna, Memento samt Falu Begravningsbyrå. Vid utvärdering av anbud kunde RPS konstatera att samtliga anbud utom Falu Begravningsbyrå uppfyllde i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav, samt att Memento lämnat det lägsta priset. Bolagets anbud var tre gånger dyrare än det anbud som Memento lämnat. När Regeringsrätten beslutade att inte bevilja prövningstillstånd fick RPS emellertid finna sig i och rätta sig efter kammarrättens lagakraftvunna dom. Vid förnyad utvärdering av anbud kunde RPS

2013:68 s 768

konstatera att då övriga anbud uteslöts från upphandlingen återstod endast ett anbud, dvs. Bolagets. Mot den bakgrunden fann RPS att upphandlingen inte hade tillvaratagit konkurrensen på marknaden och fattade därför beslut om att avbryta upphandlingen.

RPS avbryter - - - se under T 16995-08 - - - överprövning av beslutet.

Bevisning

Domskäl

Bestämmelser om skadestånd återfinns i 7 kap. 6 och 7 §§ LOU. För att skadestånd ska utgå krävs, utöver att fel har förekommit i upphandlingen, att det föreligger ett kausalsamband mellan påstådda överträdelser av LOU och det förhållandet att leverantören inte har erhållit kontrakt/ramavtal. I förarbetena till 7 kap. 6 § LOU uttrycks detta på så sätt att för att det ska anses att en leverantör drabbats av skada på grund av att bestämmelser i lagen inte följts ska leverantören i princip ha förlorat kontraktet på grund därav (jfr prop. 1992/93:88 s. 103). För att kausalitetskravet ska anses vara uppfyllt är numera tillräckligt att anbudsgivaren gör sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av överträdelsen (jfr NJA 2000 s. 712). I 7 kap. 7 § LOU finns undantag från den ovan angivna huvudprincipen. Enligt denna bestämmelse krävs endast att anbudsgivarens möjlighet att erhålla kontraktet har påverkats menligt av överträdelsen av LOU (jfr prop. 1992/93:88 s. 103). Bestämmelsen, som är begränsad till upphandlingar enligt 4 kap. LOU, har i rättspraxis tillämpats analogt även på andra upphandlingar som regleras i lagen (jfr NJA 2000 s. 712).

Bolaget har anfört att Bolaget skulle ha vunnit upphandlingarna om dessa hade genomförts i enlighet med LOU, dvs. fått teckna kontrakt/ramavtal, eller i vart fall att Bolaget har haft en realistisk möjlighet att erhålla kontrakt/ramavtal.

RPS har som grund för bestridande av käromålen i första hand invänt att skadestånd inte ska utgå eftersom förvaltningsdomstolarna har avhjälpt påstådda fel i upphandlingarna samt att RPS har rättat sig efter domstolarnas beslut. Enbart det förhållandet att förvaltningsdomstol har förordnat att en upphandling får avslutas först sedan den rättats på så sätt att övriga anbud förkastats samt att den upphandlande enheten, RPS, har agerat i enlighet därmed utesluter i och för sig inte skadeståndsskyldighet. Ersättnings-skyldighet förutsätter emellertid, enligt vad som inledningsvis har konstaterats samt vilket även innefattas i Bolagets i andra hand gjorda invändning, att det föreligger kausalitet mellan fel som har begåtts i upphandlingen och det förhållandet att leverantören inte har erhållit kontrakt/ramavtal. Kausalitetskravet innebär t.ex. att en leverantör som har deltagit i anbudsgivning utan att sedermera erhålla ett kontrakt inte kan anses ha åsamkats någon ersättningsgill skada för det fall den upphandlande enheten visserligen har överträtt bestämmelserna i LOU men någon annan anbudsgivare

2013:68 s 769

oavsett detta skulle ha erhållit kontraktet. I målen är ostridigt att RPS har avbrutit båda de aktuella upphandlingarna utan att kontrakt/ramavtal har tecknats med någon leverantör. Bolaget har, så som kârânden har valt att utforma sina respektive skadeståndstalan, inte angripit RPS beslut om att avbryta upphandlingarna. Det anförda innebär att Bolaget inte har visat att det föreligger kausalitet mellan de överträdelser av LOU som Bolaget gjort gällande i målen och det förhållandet att Bolaget inte har erhållit kontrakt/ramavtal i de aktuella upphandlingarna. Vid sådant förhållande är Bolaget inte berättigat till skadestånd. Käromålen ska således ogillas.

Domslut

Käromålen ogillas.

Svea hovrätt

Fidelia överklagade i Svea hovrätt och yrkade bifall till käromålen.

Rikspolisstyrelsen bestred ändring.

Hovrätten (hovrättsråden Christine Möller, Joakim Zetterstedt och Patrik Schöldström, referent, samt tf. hovrättsassessorn Therese Gudmundsson) anförde i dom den 22 juni 2011:

Hovrättens domskäl

Utredningen i hovrätten är densamma som vid tingsrätten och parterna har här fört sin talan på samma sätt som där.

Den grundläggande regel som är aktuell i målet är 7 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) som lyder: ”En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör.” Hovrätten betecknar fortsättningsvis sådan bristande efterlevnad av lagens bestämmelser som ”upphandlingsfel”.

Den grundläggande regeln är en sedvanligt utformad skadestånds-regel. Detta innebär att den som påstår sig ha lidit skada måste, för framgång med en skadeståndstalan, åberopa och bevisa (i avsaknad av erkännande av motparten) sådana sakomständigheter som enligt gällande rätt konstituerar upphandlingsfel och skada samt adekvat kausalitet däremellan.

Av avgörandet i NJA 2000 s. 712 framgår, beträffande beviskravet när leverantören yrkar ersättning motsvarande det positiva kontraktsintresset, att det är tillräckligt att leverantören gör sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet.

Hovrätten prövar först frågan om upphandlingsfel förekommit.

Har RPS gjort sig skyldig till upphandlingsfel som Fidelia påstått?

Det upphandlingsfel som Fidelia gjort gällande är bl.a. att RPS har utvärderat och antagit ett anbud av Fonus (avseende Gävleborg) respektive Memento (avseende Dalarna) som inte uppfyllt närmare angivna

2013:68 s 770

s.k. skall-krav. Fidelia har åberopat att förvaltningsdomstolar i lagakraftvunna domar i respektive måldels funnit att sådana upphandlingsfel förekommit, dels förordnat att RPS fick avsluta upphandlingarna först sedan de rättats på så sätt att Fonus respektive Mementos anbud förkastats.

I målet om den upphandling avseende Gävleborg som Fonus vann har RPS invänt att Fonus, trots förvaltningsdomstolens bedömning, har uppfyllt samtliga skall-krav. Frågan om upphandlingsfel förekommit ligger inom förvaltningsdomstolarnas direkta ansvarsområde. Hovrätten finner inte anledning att i denna del göra någon annan bedömning än den förvaltningsdomstolen gjort och finner därför styrkt att RPS gjort sig skyldig till upphandlingsfel på sätt Fidelia påstått.

RPS har invänt att de av Fidelia påstådda upphandlingsfelen har avhjälpits genom överprövningarna i förvaltningsdomstolarna och genom att RPS har rättat sig efter de lagakraftvunna domarna. Enligt hovrättens mening prövas denna invändning lämpligen inom ramen för frågan om adekvat kausalitet; även om ett begånget fel har avhjälpits har ju ändå ett fel begåtts.

Sammanfattningsvis finner således hovrätten att RPS har gjort sig skyldig till upphandlingsfel på sätt Fidelia påstått.

Hovrätten prövar härnäst frågan om adekvat kausalitet.

Föreligger adekvat kausalitet mellan upphandlingsfelen och påstådd skada?

Fidelia har påstått att bolaget såsom enda kvarstående anbudsgivare skulle ha vunnit upphandlingarna, dvs. fått teckna kontrakt, om de hade genomförts i enlighet med LOU, således om RPS inte hade gjort sig skyldig till upphandlingsfelen.

Hovrätten prövar först RPS invändning att respektive upphandlingsfel avhjälpits. Det som RPS påstår ska ha utgjort avhjälpande är att RPS rättade sig efter förvaltningsdomstolarnas domar genom att göra förnyade utvärderingar av anbuderna och därvid utesluta Fonus och Mementos anbud. Enligt hovrättens mening kan upphandlingsfelen inte sägas ha avhjälpits eftersom RPS har avbrutit upphandlingarna.

RPS har också invänt att RPS inte varit skyldig att ingå avtal med Fidelia som den enda återstående anbudsgivaren. Enligt hovrättens mening saknar invändningen fog eftersom RPS skulle ha kunnat ingå avtal med Fidelia även om RPS inte varit skyldig att göra det. RPS har vidare invänt att RPS inte skulle ha ingått avtal med Fidelia även om respektive upphandlingsfel inte förekommit samt att RPS har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingarna. Hovrätten finner att det saknar relevans för frågan om adekvat kausalitet, huruvida RPS haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingarna. Det är

nämligen den omständigheten att respektive upphandling avbrutits - oavsett skälet - som enligt hovrättens uppfattning kan ha betydelse för frågan om adekvat kausalitet.

2013:68 s 771

För hovrätten återstår att ta ställning till om Fidelia har gjort åtminstone sannolikt att bolaget förlorat respektive kontrakt på grund av upphandlingsfelen.

Två av Fidelia åberopade omständigheter talar med samverkande styrka för att så varit fallet. Den ena är att Fidelia rätteligen varit den enda kvarstående anbudsgivaren. Den andra är att upphandlingarna hade hunnit så långt att RPS hade antagit Fonus respektive Mementos felaktiga anbud. För hovrätten framstår det som tämligen självklart att, när dessa anbud hade förkastats och endast Fidelias anbud kvarstod, RPS skulle ha tilldelat Fidelia kontrakten. För hovrätten framstår det mot den bakgrunden även som ett rimligt antagande, att Fidelia skulle ha vunnit respektive upphandling om RPS inte hade begått upphandlingsfelen. Detta framstår som rimligt också därför att det i båda anbudsförfrågningarna utan reservation anges (med hovrättens kursivering) att det ”anbud som erhåller högst poäng kommer att antas”. Dessutom framstår det som rimligt därför att RPS då knappast hade kunnat underlåta att tilldela Fidelia aktuella kontrakt annat än på sakligt icke godtagbara skäl.

Med hänsyn till det anförda finner hovrätten att Fidelia har gjort sannolikt att bolaget förlorat respektive kontrakt på grund av upphandlingsfelen och därmed orsakats skada.

Hovrätten övergår till frågan om skadans storlek.

Hur stor skada har Fidelia orsakats?

Till följd av RPS bestridande åligger det Fidelia att styrka sitt påstående om skadans omfattning i respektive mål.

I NJA 2000 s. 712 och 2007 s. 349 angav HD några omständigheter som skulle kunna föranleda att ersättning för skada till följd av upphandlingsfel bestäms till mindre än det positiva kontrakttsintresset. Enligt hovrättens mening förekommer inte några sådana omständigheter i nu aktuella fall. Fidelia ska således tillerkännas ersättning för hela den uteblivna vinst som bolaget förmått styrka.

Gävleborgsmålet

Fidelia har beräknat sin skada utifrån 375 polititransporter årligen, vilket är det antal som i anbudsunderlaget anges ha utförts i Gävleborg under andra halvåret 2006 och första halvåret 2007. Hovrätten finner därför styrkt, även om det i anbudsförfrågan anges att några volymer inte garanteras, att skadan omfattar 375 uteblivna polititransporter årligen.

Det av Fidelia offererade priset var 4 950 kr per polititransport.

Som RPS framhållit anges i anbudsunderlaget klart och tydligt en avtalstid om två år, med rätt men inte skyldighet för polismyndigheten att förlänga avtalstiden med upp till ett år. Fidelia har beräknat sin skada med beaktande även av nyssnämnt optionsår med hänvisning till bestämmelsen i 5 kap. 7 § LOU. För hovrätten står det klart att den bestämmelsen endast har att göra med beräkning i vissa fall av s.k. tröskelvärden och således inte kan medföra förlängning av avtalstid på sätt Fidelia hävdar. Hovrätten finner därför endast styrkt att skadan omfattar uteblivna polititransporter under två år.

2013:68 s 772

Den av Fidelia åberopade bevisningen om sina kostnader styrker enligt hovrättens mening bolagets påstående härom.

Till följd av det anförda finner hovrätten att Fidelia styrkt sitt påstående om en årlig vinst om 398 750 kr, och därmed också en skada om 797 500 kr.

Dalamålet

Fidelia har beräknat sin skada utifrån 320 polititransporter årligen, vilket är det ungefärliga antal som i anbudsunderlaget anges ha utförts i Dalarna under år 2006. Hovrätten finner därför styrkt, även om det i anbudsförfrågan anges att några avropade volymer inte garanteras, att skadan omfattar 320 uteblivna polititransporter årligen.

Det av Fidelia offererade priset var 6 900 kr per polititransport.

Som RPS framhållit anges i anbudsunderlaget klart och tydligt en avtalstid om tre år, med rätt men inte skyldighet för polismyndigheten att förlänga avtalstiden med upp till ett år. Fidelia har beräknat sin skada med beaktande även av nyssnämnt optionsår med hänvisning till bestämmelsen i 5 kap. 7 § LOU. Hovrätten - som beträffande innebörden av den bestämmelsen hänvisar till sin ovan gjorda bedömning i frågan - finner endast styrkt att skadan omfattar uteblivna polititransporter under tre år.

Den av Fidelia åberopade bevisningen om sina kostnader styrker enligt hovrättens mening bolagets påstående härom.

Till följd av det anförda finner hovrätten att Fidelia styrkt sitt påstående om en årlig vinst om 692 000 kr, och därmed också en skada om 2 076 000 kr.

Kostnader för överprövning i förvaltningsdomstol

Om RPS inte hade begått nu aktuella upphandlingsfel skulle Fidelia inte ha haft några kostnader avseende överprövning av RPS tilldelningsbeslut. Fidelia har haft framgång vid överprövningarna. På grund härav utgör dessa kostnader enligt hovrättens mening en uppkommen skada för Fidelia i den mening som avses i 7 kap. 6 § LOU. RPS ska därför ersätta Fidelia för dessa kostnader.

Hovrättens domslut

Hovrätten förpliktade, med ändring av tingsrättens dom, Rikspolisstyrelsen att till Fidelia Aktiebolag betala dels 850 675 kr jämte ränta, dels 2 167 845 kr jämte ränta.

Högsta domstolen

Rikspolisstyrelsen överklagade och yrkade att HD skulle med ändring av hovrättens dom fastställa tingsrättens dom.

Fidelia motsatte sig att hovrättens dom ändrades.

Målet avgjordes efter huvudförhandling.

HD (justitieråden Marianne Lundius och Kerstin Calissendorff) meddelade den 18 juli 2013 följande dom:

2013:68 s 773

Domskäl

Bakgrund

1. Rikspolisstyrelsen genomförde under år 2007 upphandlingar avseende polititransporter (transporter av avlidna till och från rättsmedicinsk undersökning) i Dalarnas län och i Gävleborgs län. Fidelia lämnade anbud i båda upphandlingarna. I Dalaupphandlingen lämnades tre ytterligare anbud. I Gävleborgsupphandlingen lämnades anbud av ett företag utöver Fidelia. I tilldelningsbeslut den 7 januari respektive 25 mars 2008 beslutade Rikspolisstyrelsen att anta andra anbud än Fidelias i de båda upphandlingarna.

2. Sedan Fidelia hade ansökt om överprövning av tilldelningsbesluten konstaterade länsrätten i domar den 8 april respektive 8 maj 2008 att Rikspolisstyrelsen rätteligen borde ha förkastat övriga anbud i respektive upphandling, eftersom dessa inte uppfyllde alla s.k. skall-krav i förfrågningsunderlaget. I domarna förordnade länsrätten att Rikspolisstyrelsen fick avsluta respektive upphandling först sedan den hade rättats på så sätt att anbuden från övriga anbudsgivare hade förkastats. Rikspolisstyrelsen överklagade båda domarna. Kammarrätten instämde såvitt gällde Dalaupphandlingen i länsrättens bedömning och

avslog Rikspolisstyrelsens överklagande. Regeringsrätten meddelade inte prövningstillstånd. Kammarrätten meddelade inte prövningstillstånd såvitt gällde Gävleborgsupphandlingen.

3. Efter att ha förkastat övriga anbud i enlighet med domarna, beslutade Rikspolisstyrelsen att avbryta de båda upphandlingarna. Besluten motiverades med att det fanns endast ett kvarvarande anbud (dvs. Fidelias) i respektive upphandling att ta ställning till. Enligt Rikspolisstyrelsen kunde upphandlingarna därmed inte göras med tillvaratagande av den konkurrenssituation som fanns.

4. Fidelia väckte talan mot Rikspolisstyrelsen med yrkande om skadestånd på grund av felen i upphandlingarna. Tingsrätten ogillade käromålet. Hovrätten har förpliktat Rikspolisstyrelsen att betala skadestånd till Fidelia.

Parternas grunder för talan

5. Rikspolisstyrelsen har i HD frånfallit sin invändning om att några överträdelser inte har förekommit. Parterna har i övrigt åberopat samma grunder som i tingsrätten och hovrätten. Dessa kan sammanfattas enligt följande.

6. Fidelia gör gällande att bolaget skulle ha vunnit upphandlingarna, dvs. fått teckna kontrakt, om upphandlingarna hade genomförts i enlighet med lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Överträdelserna - de felaktiga tilldelningsbesluten - har inneburit skada för Fidelia i den mening som avses i 7 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling. Skadestånd ska därmed utgå för det positiva kontraktsintresset liksom för Fidelias kostnader för överprövningarna. I vart fall har Fidelia haft en realistisk möjlighet att erhålla kontrakten och överträdelserna har minskat

2013:68 s 774

denna möjlighet. Skadestånd ska därmed utgå för Fidelias kostnader för upphandlingarna och för överprövningarna (negativa kontraktsintresset) med en analog tillämpning av 7 kap. 7 §.

7. Rikspolisstyrelsen gör gällande att det saknas grund för skadeståndsskyldighet eftersom felen har avhjälpats genom överprövningarna och Rikspolisstyrelsen har rättat sig efter domarna. I andra hand gör Rikspolisstyrelsen gällande att Fidelia inte har lidit någon ersättningsgill skada. Rikspolisstyrelsen har inte varit skyldig att ingå avtal med den ende återstående anbudsgivaren och skulle inte heller, som Fidelia hypotetiskt har antagit, ha ingått sådant avtal om överträdelserna inte hade ägt rum. Rikspolisstyrelsen har haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingarna, vilket även skett. Även om Fidelias hypotetiska antagande skulle vara riktigt saknas likväl rätt till skadestånd eftersom Rikspolisstyrelsen inte heller i en sådan situation har varit skyldig att ingå avtal med Fidelia. - Under alla förhållanden är kostnader för överprövning i förvaltningsdomstol inte ersättningsgilla som skadestånd.

Tillämplig lag

8. Enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, vilken lag trädde i kraft den 1 januari 2008, ska bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den sistnämnda lagen (1992 års LOU) är alltså tillämplig i målet.

9. Tillkomsten av 1992 års LOU hade sin grund i Sveriges tillträde till EES-avtalet. Genom lagen genomfördes de då gällande EU-direktiven om offentlig upphandling. Det första och andra rättsmedelsdirektivet (89/665/EEG och 92/13/EEG) föranledde bl.a. regler om överprövning och skadestånd vid felaktiga upphandlingar. Det är det första rättsmedelsdirektivet som är tillämpligt på upphandling inom den klassiska sektorn, bl.a. upphandling av tjänster (5 kap. i lagen). De bestämmelser som infördes i ämnet i lagens 7 kap. har, såvitt här är av intresse, i sak oförändrade tagits in i 16 kap. i 2007 års lag om offentlig upphandling (jfr prop. 2006/07:128 s. 443 f.).

Överprövning

10. Innan en upphandling avslutas med att ett upphandlingskontrakt ingås med den leverantör som har valts, ska den upphandlande enheten fatta ett beslut om leverantör, ett s.k. tilldelningsbeslut. En upphandling får inte avslutas förrän anbudsgivarna har haft möjlighet att ta del av tilldelningsbeslutet och

har fått tid på sig att begära överprövning av det. När tilldelningsbeslutet har fattats ska den upphandlande enheten därför lämna upplysningar till varje anbudssökande eller anbudsgivare om beslutet och skälen för det (1 kap. 28 § 1992 års LOU). Syftet med överprövningen är enligt förarbetena och EU-domstolens praxis att en felaktig tillämpning av upphandlingsreglerna ska kunna angripas

2013:68 s 775

på ett så tidigt stadium att det ska vara möjligt för domstol att ta ställning till det påstådda felet innan någon faktisk skada uppkommer (prop. 1992/93:88 s. 101 och p. 12 nedan).

11. Överprövning av upphandlingsbeslut begärs hos allmän förvaltningsdomstol av den anbudsgivare som anser att han har lidit eller kommer att lida skada av beslutet. Om den upphandlande enheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen om offentlig upphandling ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. (Se 7 kap. 1 och 2 §§ 1992 års LOU.)

12. Regleringen i 7 kap. 1 och 2 §§ i 1992 års LOU har anpassats till det första rättsmedelsdirektivet som det har tolkats av EU-domstolen i det s.k. Alcatelmålet (dom den 28 oktober 1999 i mål C 81/98, Alcatel Austria AG m.fl., REG 1999 s. I-7671; se prop. 2001/02:142 s. 29). EU-domstolen framhåller i den domen att det första rättsmedelsdirektivet syftar till att en upphandlande myndighets beslut ska kunna prövas effektivt, skyndsamt och på ett stadium där överträdelsen ännu kan rättas och vidare att en anbudsgivare genom att anlita prövningsförfarandet ska kunna utverka att ett felaktigt tilldelningsbeslut undanröjs, oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd när kontrakt har ingåtts. (Se bl.a. punkt 38 i domen.)

Skadestånd

13. Enligt artikel 2.1 c i det första rättsmedelsdirektivet ska en person som har skadats av en överträdelse kunna få ersättning. Direktivets regler avser att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå från att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt. (Prop. 1992/93:88 s. 103.)

14. I det första rättsmedelsdirektivet preciseras inte villkoren för skadeståndsskyldighet. Det saknas också kriterier i EU-domstolens praxis för hur skadestånd ska fastställas inom området för offentlig upphandling. Enligt EU-domstolen ankommer det på medlemsstaterna att i sin rättsordning ange kriterier för skadestånd vid överträdelser av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling, varvid likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen ska iakttas. EU-domstolen hänvisar härvid till de allmänna förutsättningar för skadestånd till enskilda som gäller vid överträdelser av unionsrätten och som kan tillskrivas staten, nämligen att syftet med den unionsbestämmelse som har överträtts är att ge enskilda rättigheter, att överträdelsen är tillräckligt klar och att det finns ett direkt orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som den enskilde har lidit. (EU-domstolens dom den 9 december 2010 i mål C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl., REG 2010 s. I-1 2655, punkterna 85-92.)

15. En upphandlande enhet som inte har följt bestämmelserna i lagen ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör (7 kap. 6 § 1992 års LOU). Syftet med bestämmelsen är att skadeståndet ska vara

2013:68 s 776

både preventivt och reparativt (NJA 2007 s. 349). Den som yrkar skadestånd är bevisskyldig för skadan. Med uppkommen skada avses både onödiga kostnader och utebliven vinst, det s.k. positiva kontraktsintresset; det senare förutsätter i princip att leverantören har förlorat kontraktet till följd av upphandlingsfelet (prop. 1992/93:88 s. 103). Det är dock tillräckligt att han kan visa att det är sannolikt att han har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen (NJA 2000 s. 712).

16. Kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i en upphandling utgör inte en ersättningsgill skada enbart på den grunden att ett upphandlingsfel har förekommit. Sådana kostnader uppstår oavsett om ett fel begås eller inte. De blir onyttiga, och därmed ersättningsgilla enligt 7 kap. 6 § 1992 års LOU, endast för den anbudsgivare som på grund av ett upphandlingsfel inte erhåller kontraktet. En särskild bestämmelse om ersättning för nu aktuellt slag av kostnader finns emellertid i 7 kap. 7 §. Enligt den bestämmelsen är anbudsgivare eller anbudssökande som har deltagit i en upphandling berättigad till er-

sättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i lagen menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas upphandlingen (a. prop. s. 103 och 140 f.). Det är tillräckligt att han visar, förutom att överträdelse har skett, att han har haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen har minskat denna möjlighet. Bestämmelsen är enligt praxis tillämplig på all upphandling som regleras i lagen. (Se NJA 2000 s. 712.)

HD:s bedömning

17. Fidelia gör alltså gällande att det är de felaktiga tilldelningsbesluten som har orsakat Fidelia skada och att Rikspolisstyrelsen skulle ha tilldelat Fidelia upphandlingen och ha tecknat kontrakt med bolaget, om Rikspolisstyrelsen hade gjort rätt och förkastat övriga anbud. Vad som hänt därefter - överprövningarna, Rikspolisstyrelsens rättelser och besluten att avbryta upphandlingarna - saknar enligt Fidelia betydelse vid bedömningen av Fidelias rätt till skadestånd.

18. Det förhållandet att ett felaktigt upphandlingsbeslut har rättats efter överprövning utesluter inte skadeståndsskyldighet för en skada som har uppstått på grund av felet. Skadeståndsskyldighet föreligger således om skadan inte har undanröjts genom rättelsen. De felaktiga tilldelningsbesluten kan emellertid inte grunda en rätt för Fidelia till skadestånd för utebliven vinst (positiva kontraktsintresset). En sådan skada uppstår nämligen först om ett felaktigt tilldelningsbeslut följs av att kontrakt tecknas med den anbudsgivare som angetts i tilldelningsbeslutet; det är således kontraktstecknandet som är skadeståndsgrundande. I förevarande fall tecknades inga kontrakt. Frågan om Rikspolisstyrelsen, efter överprövningen, i den då uppkomna situationen hade sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingarna är inte föremål för prövning i målet. Den omständigheten att tilldelningsbesluten var

2013:68 s 777

felaktiga när de fattades kan således inte läggas till grund för skadestånd för utebliven vinst.

19. För bifall till Fidelias andrahandsyrkande om ersättning för kostnader för upphandlingarna (att förbereda anbuden och i övrigt delta i upphandlingarna) krävs att Fidelia hade en realistisk möjlighet att erhålla kontrakten och att de felaktiga tilldelningsbesluten minskade denna möjlighet (se p. 16). Klart är att de felaktiga tilldelningsbesluten innebar att Fidelias möjligheter att tilldelas upphandlingarna minskade; hade inte överprövningarna skett skulle kontrakt ha tecknats med andra anbudsgivare. När tilldelningsbesluten rättades efter överprövningarna försattes emellertid Fidelia i samma situation som bolaget skulle ha befunnit sig i om Rikspolisstyrelsen hade förkastat de övriga anbuden redan vid sin första anbudsprövning, nämligen den att Fidelia var den enda återstående anbudsgivaren. Upphandlingsfelen påverkade därmed inte längre Fidelias möjligheter att tilldelas upphandlingarna. De felaktiga tilldelningsbesluten kan därmed inte anses ha menligt påverkat Fidelias möjligheter att tilldelas upphandlingarna i den mening som avses i 7 kap. 7 § 1992 års LOU. Fidelias yrkande om ersättning för kostnader för upphandlingarna ska därför ogillas.

20. I 1992 års LOU finns inga regler om rätt till ersättning för rättegångskostnader i överprövningsförfarandet. Förvaltningsprocesslagen innehåller inte heller några bestämmelser i frågan. I förvaltningsprocessen gäller i stället som huvudregel att en enskild part saknar rätt till ersättning för processkostnader. Frågan är då om den som har vunnit en överprövningsprocess ändå ska kunna få ersättning för kostnaderna, men då såsom skadestånd med stöd av 7 kap. 6 § 1992 års LOU.

21. Enligt 7 kap. 6 § 1992 års LOU är den upphandlande myndigheten, utan någon uttrycklig inskränkning till vad skadan avser, skyldig att ersätta den skada som uppstår till följd av upphandlingsfelet. Regelns utformning talar således för att ersättning ska kunna utgå för skäliga ombudskostnader som har orsakats av en överträdelse av 1992 års LOU. Det kan även noteras att HD i rättsfallet NJA 2010 s. 112, som gällde en tillämpning av den i 3 kap. 2 § skadeståndslagen angivna skadeståndsregeln, har nämnt att det har ansetts kunna bli aktuellt att under vissa förhållanden ersätta ombudskostnader i en förvaltningsprocess som skadestånd. Det saknas dock avgöranden från HD i den frågan.

22. Om en överprövning leder till en rättelse av ett upphandlingsfel, avvärjs oftast den skada som annars skulle kunna uppstå, t.ex. att kontrakt tecknas med en anbudsgivare som rätteligen inte borde ha fått kontraktet. Att en domstol ska kunna ta ställning till ett påstått fel innan en faktisk skada har uppstått är en av avsikterna med överprövningsinstitutet. Om det saknas möjlighet för en anbudsgivare att vid framgång med en ansökan om överprövning erhålla ersättning för skäliga rättegångskostnader såsom

skadestånd, kan det avhålla en anbudsgivare från att ansöka om överprövning. Det gäller i vart fall om anbudsgivaren

2013:68 s 778

inte är helt säker på att just han (om en rättelse sker) kommer att vinna upphandlingen. Ett sådant övervägande skulle således motverka den avsedda effektiviteten med överprövningsinstitutet och motverka skadeståndets reparativa och preventiva effekt i upphandlingssammanhang. Ändamålsskäl talar således för att skäligen rättegångskostnader, vid framgång i överprövningsprocessen, ska kunna ersättas som skadestånd.

23. Slutsatsen är att den kostnad som en anbudsgivare har ådragits genom att framgångsrikt driva en överprövningsprocess kan utgöra en ersättningsgill skada. Skadan har ett så nära samband med upphandlingsfelet att den i allmänhet bör anses ha uppkommit genom överträdelsen av lagens bestämmelser. Skadan kan då ersättas med stöd av 7 kap. 6 § 1992 års LOU (16 kap. 20 § första stycket 2007 års LOU).

24. Fidelias förmögenhetsskada bestående i kostnader för de båda överprövningsprocesserna, 91 845 kr respektive 53 175 kr, ska anses ha uppstått som en följd av de felaktiga tilldelningsbesluten och ska ersättas av Rikspolisstyrelsen. De yrkade beloppen är skäligen. Yrkad ränta har vitsordats.

25. Käromålet ska alltså ogillas i den del som avser ersättning för det positiva kontraktsintresset och ersättning för upphandlingskostnaderna, men bifallas såvitt avser ersättning för kostnader för överprövningarna. Hovrättens dom ska ändras i enlighet med det sagda.

Domslut

Med ändring av hovrättens dom förpliktar HD Rikspolisstyrelsen att till Fidelia Aktiebolag betala dels 91 845 kr jämte ränta - - -, dels 53 175 kr jämte ränta - - -. I övrigt ogillas käromålet.

Skiljaktig, Justitieråden Lena Moore, referent, och Lars Edlund

Justitieråden Lena Moore, referent, och Lars Edlund var skiljaktiga och anförde:

Vi är ense med majoriteten till och med punkten 19 i domskälen. Vi anser att punkterna 20-25 i domskälen ska ersättas av följande.

I förvaltningsprocessen gäller som huvudregel att en enskild part saknar rätt till ersättning för rättegångskostnader. Förvaltningsprocesslagen saknar bestämmelser i ämnet; däremot finns särskilda regler om rätt till sådan ersättning i skattemål. När frågan om ersättning för rättegångskostnader i förvaltningsprocessen togs upp i lagstiftningsärendet om det allmännas skadeståndsansvar ansågs frågan främst vara just en rättegångskostnadsfråga och inte en skadeståndfråga och skulle därför behandlas i annat sammanhang (prop. 1997/98:105 s. 44). I 1992 års LOU finns inga regler om rätt till ersättning för rättegångskostnader i överprövningsförfarandet. Det kan också noteras att Upphandlingsutredningen i sitt slutbetänkande gör bedömningen att parterna även fortsättningsvis bör stå sina egna kostnader i sådana mål (SOU 2013:12 s. 364 ff.).

Lagstiftaren har alltså valt att inte införa regler om rätt till ersättning för rättegångskostnad i överprövningsmål. Mot den redovisade bakgrunden och med hänsyn till att överprövningen utgör en uttryckligen reglerad del av upphandlingsförfarandet kan kostnad för överprövningsförfarandet inte anses utgöra en skada i LOU:s mening. Om en upphandlande enhet blir

2013:68 s 779

skadeståndsskyldig för överprövningskostnader skulle det också skapa en obalans mellan parterna i överprövningsförfarandet, där den upphandlande enheten aldrig kan få sina kostnader ersatta. Vidare kommer ett skadeståndsansvar för en upphandlande enhet att vara processdrivande, eftersom frågan om skadeståndsskyldighet kommer att behöva prövas i allmän domstol sedan upphandlingen avslutats. Utöver ett utökad antal processer kommer ett sådant system att innebära att yrkade beloppsskälighet ska prövas av en annan domstol än den som prövade frågan i sak. Det ter sig sålunda även av lämplighetsskäl omotiverat att tillskapa en skadeståndsskyldighet för överprövningskostnader.

Fidelias yrkande om skadestånd för sina kostnader för överprövningsförfarandet ska därför avslås.

Käromålet ska följaktligen ogillas i dess helhet och tingsrättens domslut fastställas.

Justitierådet Martin Borgeke var skiljaktig och anförde: Jag fastställer hovrättens dom. Överröstad i denna del är jag ense med majoriteten beträffande yrkandet om ersättning för anbuds kostnader. Jag ansluter mig till justitieråden Marianne Lundius och Kerstin Calissendorff när det gäller yrkandet avseende kostnaderna för överprövning av tilldelningsbesluten.

HD:s dom meddelad: den 18 juli 2013.

Mål nr: T 3576-11.

Lagrum: 1 kap. 28 § samt 7 kap. 1, 2, 6 och 7 §§ lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Rättsfall: NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349 samt EU-domstolens domar den 28 oktober 1999 i mål C 81/89, Alcatel Austria AG m.fl., REG 1999 s. I-7671, och den 9 december 2010 i mål C-568/08 Combinatie Spijker Infrabouw-De Jonge Konstruktie m.fl., REG 2010 s. I-1 2655.

Sökord: Offentlig upphandling; Skadestånd