

HÖGSTA DOMSTOLENS DOM

meddelad i Stockholm den 31 maj 2007

Mål nr

T 2883-04

KLAGANDE

Göteborgs Stad, 212000-1355

Köpmansgatan 20

404 82 Göteborg

Ombud: Förste stadsjurist GA och stadsjurist LE

MOTPART

Rederi AB Ishavet, 556536-0830

Kyrkåsliden 3

433 31 Partille

Ombud: Advokat AN och advokat HS

SAKEN

Skadestånd enligt 7 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling

ÖVERKLAGADE AVGÖRANDET

Hovrätten för Västra Sveriges dom den 1 juni 2004 i mål T 3475-03

DOMSLUT

Högsta domstolen fastställer hovrättens domslut.

Göteborgs Stad skall ersätta Rederi AB Ishavet för rättegångskostnader i Högsta domstolen med etthundratusen (100 000) kr, avseende ombuds-
arvode, jämte ränta enligt 6 § räntelagen från dagen för Högsta domstolens
dom till dess betalning sker.

YRKANDEN I HÖGSTA DOMSTOLEN

Göteborgs Stad har yrkat att Högsta domstolen ogillar käromålet eller i vart fall sätter ned det belopp som staden har förpliktats att utge i skadestånd, befriar staden från skyldigheten att ersätta Rederi AB Ishavets (Ishavets) rättegångskostnader i tingsrätten och hovrätten eller i vart fall sätter ned sådan ersättningsskyldighet samt förpliktar Ishavet att ersätta staden för dess rättegångskostnader i dessa instanser.

Ishavet har bestritt ändring.

Parterna har yrkat ersättning för sina rättegångskostnader i Högsta domstolen.

Nämnden för offentlig upphandling har avgett yttrande.

DOMSKÄL

Hovrätten har i sin dom funnit att Göteborg har brutit mot bestämmelserna i 1 kap. 4 § och 6 kap. 12 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) och att Göteborg därför enligt 7 kap. 6 § LOU är skyldig att ersätta den skada som därigenom uppkommit för Rederi AB Virgo, vars anspråk övertagits av Ishavet. Frågan i Högsta domstolen gäller, om det av hovrätten bestämda skadeståndet på 834 000 kr skall sättas ner, i första hand till 0 kr.

Högsta domstolen har i rättsfallet NJA 1998 s. 873 uttalat att en anbudsökande, som inte följt bestämmelserna i LOU, skall försätta den anbudsgivare som genom lagbrottet gått miste om uppdraget i samma läge som om anbuds förfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt (det s.k. positiva kontraktsintresset).

I rättsfallet NJA 2000 s. 712 har Högsta domstolen framhållit att, om ersättningen under alla förhållanden bestämdes enligt samma principer som tillämpas inom ramen för kontraktsförhållanden, så skulle ett lågt beviskrav för att en leverantör förlorat kontraktet till följd av beställarens överträdelse av LOU kunna leda till en orimligt betungande ersättningsskyldighet, eftersom flera leverantörer då skulle kunna få ersättning för det positiva

kontraktsintresset. Goda skäl kunde därför enligt Högsta domstolen anföras för att ersättningen som regel borde utgå med ett med hänsyn till bl.a. överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och ut sikter till vinst uppskattat skäligt belopp. En sådan allmän princip ansågs inte hindra att full ersättning för utebliven vinst dömdes ut under ”de särskilda förhållanden som var vid handen i NJA 1998 s. 873”. En sådan princip ansågs också lämna utrymme för att beakta om också andra leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att erhålla kontraktet. Högsta domstolen konkluderade att övervägande skäl därför fick anses tala för att det bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen för att han skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han kan ha haft.

I rättsfallet NJA 1998 s. 873 hade anbudssökanden inte klargjort vilka omständigheter, utöver priset, som skulle tillmätas betydelse vid tilldelning av kontraktet och dessutom förbehållit sig fri prövningsrätt. Anbudssökanden ansågs därför inte ha haft rätt att förkasta käreandens anbud, som hade det lägsta priset (6 kap. 12 § första stycket LOU). I rättsfallet NJA 2000 s. 712 hade anbud inte alls inforrats. Käreandebolaget ansågs 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.

Om efter ett genomfört anbudsförfarande utebliven vinst ersätts bara när käreanden kan göra sannolikt att han gått miste om kontraktet på grund av felet vid upphandlingen, kan endast en anbudsgivare vara berättigad till

sådan ersättning. Beställaren har möjlighet att framgångsrikt bestrida krav på ersättning för det positiva kontraktsintresset på grunden att det är sannolikt att i stället en annan anbudsgivare skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts, oavsett om denna andra anbudsgivare är part i rättegången. Med det i NJA 2000 s. 712 uppställda beviskravet finns det således inte någon egentlig risk att en beställare i denna situation blir skyldig att ersätta flera anbudsgivare för utebliven vinst på grund av en felaktig upphandling. Det finns då inte heller något skäl att med hänsyn till denna risk begränsa skadeståndets omfattning i ett sådant fall.

Syftet bakom skadeståndsbestämmelsen i 7 kap. 6 § LOU, som bygger på rådets direktiv 89/665 EEG och 92/13 EEG (de s.k. första och andra rättsmedelsdirektiven), är både preventivt och reparativt. Det preventiva syftet kunde anses tala för att överträdelsens karaktär skulle tillmätas betydelse vid utdömandet av skadestånd. Lagens avfattning medger emellertid inte det, vare sig i höjande eller sänkande riktning, eftersom ersättning skall utgå för den till följd av felet uppkomna skadan. Av EG-domstolens praxis (förenade målen målen C-46/93 och C-48/93 (Brasserie du pêcheur och Factortame, REG 1996, s. I 1029) följer också att nationella skadestånds-regler inte får göra skadeståndet beroende av att de organ som kan tillskrivas överträdelsen förfarit uppsåtligt eller vårdslöst, om det föreligger en klar överträdelse av gemenskapsrätten. Skadeståndsansvaret är sålunda strikt när en överträdelse konstaterats.

Eftersom utformningen av 7 kap. 6 § LOU inte tillåter utdömande av allmänt skadestånd men det är angeläget att bestämmelsen fyller sitt preventiva syfte, bör ersättning utgå med hela det positiva kontraktsintresset, när en

anbudsgivare har gått miste om kontraktet på grund av ett fel i förfarandet. En ersättning med hela det positiva kontraktsintresset överensstämmer också med de svenska lagmotiven (se prop. 1992/93:88 s. 45 ff. och 102 f.), med rättsfallet NJA 1998 s. 873 och med praxis i övriga europeiska länder (se Nämndens för offentlig upphandling kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, 53/99-28, s. 17). Den omständigheten att beställaren kan bli skyldig att ersätta andra anbudsgivare för nedlagda kostnader utgör inte skäl för att gå under det positiva kontraktsintresset för den som skulle ha fått kontraktet.

När beställaren inte infordrat något anbud, låter det sig inte lika enkelt fastställas vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet, om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i beställarens uppfordran. Ofta kan det inte beträffande någon leverantör sägas att denne skulle ha fått kontraktet. För att inte skyldigheten att infordra anbud skall urholkas, bör leverantörer som i en sådan situation sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet kunna få skadestånd. Detta kan behöva uppgå till mer än nerlagda kostnader, varför en skönsässig bedömning i enlighet med vad Högsta domstolen angav i rättsfallet NJA 2000 s. 712 är påkallad i nu avsedda fall. Det kan dock inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet, för att leverantören skall kunna få skadestånd med ett högre belopp än som motsvarar de kostnader som han haft. (Jfr artikel 1 punkt 3 i det första rättsmedelsdirektivet samt ingressen till och artikel 2.7 i det andra rättsmedelsdirektivet, vari talas om risk för skada respektive realistisk möjlighet att få kontraktet.)

I förevarande fall är utgångspunkten i Högsta domstolen att fel begicks vid upphandlingen och att Virgo skulle ha fått kontraktet om inget fel hade begåtts. Göteborg är därför skyldig att ersätta Virgos positiva kontraktsintresse, oavsett överträdelsens karaktär. Ersättning för det positiva kontraktsintresset förutsätter inte, vilket Göteborg gjort gällande, att Virgo skulle ha gjort en nettovinst på kontraktet. Däremot har Virgo rätt att bli försatt i samma ekonomiska läge som bolaget hade hamnat i om det hade fått kontraktet. Göteborg skall således betala Ishavet det belopp som Virgo skulle ha fått, om Virgo tilldelats kontraktet, med avdrag för dels de kostnader som hade orsakats av uppdraget dels de intäkter som Virgo skaffat eller kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att Virgo inte fick uppdraget, med avdrag för de kostnader som då uppkommit eller skulle ha uppkommit (jfr NJA 1998 s. 873 på s. 883 f. och s. 887).

Eftersom Göteborg under 129 dagar disponerade det fartyg vars ägare vunnit upphandlingen, får det antas att även Virgos fartyg skulle ha disponerats under samma tid. Ishavet har i målet emellertid beräknat sin skada på priset för 100 dygns nyttjande, 950 000 kr, och det finns därmed inte förutsättningar för att gå utöver det beloppet. Hovrätten har ansett att intäktsförlusten inte var så stor, eftersom Virgos ställföreträdare PE i hovrätten uppgett att Virgo skulle ha lagt ett lägre bud för 100 dygns användning än som följer av en beräkning enligt det avlämnade anbudet, om Virgo hade känt till att 100 dygn efterfrågades. PEs uttalande avsåg emellertid vilket anbud Virgo skulle ha lagt, om urvalsförutsättningarna hade varit klara från början. Därav kan inte slutsatsen dras att Virgo skulle ha gått med

på att justera priset för 100 dygns användning, om Virgo hade fått kontraktet redan på grund av det bud som Virgo faktiskt lade. Någon justering av beloppet 950 000 kr bör därför inte göras av det skäl som hovrätten åberopat.

Ishavet har medgett att från 950 000 kr dras 16 000 kr, som Virgo besparats genom att inte få uppdraget. Göteborg har yrkat dels att skadeståndet skall sättas ned till 0 kr, därför att Virgo hade fasta kostnader som översteg den förlorade intäkten, påtaga utan samband med upphandlingen, dels att avdrag skall göras för marknadsmässiga löner till befälhavaren och maskinisten, som skulle tillhandahållas av Virgo, fastän Virgo inte tagit upp lönerna som en kostnad för uppdraget. Som förut nämnts skall inte fasta kostnader utan endast särkostnader dras av vid beräkningen av det positiva kontraktsintresset. Grunden för yrkandet om avdrag för befälhavarens och maskinistens löner är inte att dessa kostnader hade uppkommit om Virgo fått uppdraget eller att ett vunnet kontrakt hade ökat möjligheten till vinstuttag för befälhavaren och maskinisten i deras egenskap av ägare till Virgo; tvärtom gör Göteborg gällande att Virgo inte skulle ha belastats med dessa kostnader, om uppdraget hade utförts. Under sådana förhållanden saknas skäl att pröva huruvida Ishavet skulle ha haft bevisbördan för att dessa löne-kostnader, i enlighet med Ishavets påstående, var fasta eller huruvida värdet av ägares insatser i fåmansbolag alltid bör betraktas som en särkostnad.

Det är ostridigt att Virgo försökt att få andra uppdrag under den tid skadeståndsyrkandet avser men misslyckats.

Göteborgs överklagande skall därför avslås.

De rättegångskostnader i Högsta domstolen som Ishavet har yrkat ersättning för får anses skäliga.

I avgörandet har deltagit: justitieråden Göran Regner, Nina Pripp, Torgny Håstad (referent), Per Virdesten och Anna Skarhed
Föredragande revisionssekreterare: Christer Thornefors