



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Lisa Björk

De tillgängliga rättsmedlen vid  
offentlig upphandling ur ett  
civilrättsligt perspektiv

Examensarbete  
20 poäng

Ola Svensson

Förmögenhetsrätt

Vt 2007

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
1.1 Introduktion	7
1.2 Syfte	8
1.3 Frågeställning och avgränsning	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Disposition	10
<b>FÖRSTA AVDELNINGEN: OM LOU</b>	<b>11</b>
<b>2 BAKGRUND OCH FRAMTID</b>	<b>11</b>
<b>3 DIREKTIVSTYRD LAGSTIFTNING OCH EG-RÄTTENS FÖRETRÄDE</b>	<b>14</b>
<b>4 REGLERINGEN I LOU</b>	<b>16</b>
4.1 Lagens syfte och allmänna principer som styr dess tillämpning	16
4.2 Lagens tillämpningsområde och olika typer av upphandlingar	17
4.3 Upphandlingsförfarandet	20
4.3.1 Innan anbudet skickas in	20
4.3.2 Anbudet bedöms	22
4.3.3 Efter tilldelningsbeslutet	25
4.4 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)	26
<b>ANDRA AVDELNINGEN: LOU UR ETT CIVILRÄTTSLIGT PERSPEKTIV</b>	<b>28</b>
<b>5 CIVILRÄTTSLIGT GILTIGA AVTAL OCH ÖVERPRÖVNING</b>	<b>28</b>
5.1 Överprövning enligt LOU	28
5.2 Avtals ingående	32

5.2.1	Skriftlighetskravet i LOU	32
5.2.2	Avtals ingående enligt allmänna civilrättsliga principer	37
5.2.3	Kommissionens förslag till nya rättsmedelsdirektiv	39
<b>5.3</b>	<b>Medlemsstats skyldighet att införliva direktiv</b>	<b>40</b>
<b>5.4</b>	<b>Domstolstrots hos upphandlande enheter</b>	<b>43</b>
<b>5.5</b>	<b>Sammanfattande kommentarer och slutsatser</b>	<b>46</b>
5.5.1	Uppfyller Sverige sina skyldigheter?	46
5.5.2	Möjliga lösningar	47
<b>6</b>	<b>SKADESTÅND OCH OFFENTLIG UPPHANDLING</b>	<b>50</b>
<b>6.1</b>	<b>Skadeståndet i LOU</b>	<b>52</b>
<b>6.2</b>	<b>Om begränsning av skadeståndsskyldigheten</b>	<b>58</b>
6.2.1	Allmänt om skadeståndets funktion	60
6.2.2	Skadelidandes skyldighet att begränsa skadan	61
6.2.3	Skadelidandes medverkan	64
6.2.4	Praxis angående jämkning av skadestånd enligt LOU	68
6.2.5	Culpa in contrahendo	70
<b>6.3</b>	<b>Sammanfattande kommentarer och slutsatser</b>	<b>73</b>
6.3.1	Allmänt om skadeståndet enligt LOU.	73
6.3.2	Skadeståndets utformning	74
6.3.3	Kan skadeståndet i LOU begränsas med hänsyn till den skadelidandes handlande?	75
6.3.3.1	Medvållande kontra skadebegränsning; utgångspunkter	75
6.3.3.2	Skadebegränsning och medvållande; vad krävs av en leverantör?	77
6.3.4	Vanlig culpa in contrahendo i förhållande till det prekontraktuella ansvaret i LOU	81
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>82</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>87</b>

# Summary

In the 1990's the European Union issued a number of directives within the area of public procurement. The directives aim to fulfil the freedom of establishment and the free movement of goods by exposing public procurement procedures to an effective and non-discriminating competition. The directives became effective in Sweden through the signing of the EEA-agreement. When the directives were implemented into Swedish law and the Public Procurement Law (PPL) the contracting entities in the country became committed to comply with a very detailed and complicated regime. Inter alia contracting entities must announce all public procurements in the OJ correctly, they cannot require more than what is necessary from the applicants and must in all respects treat all applicants equally. The directives are so-called procedure directives and accordingly regulate *the practice* of public procurement. The regime is sanctioned in two ways. On the one hand an administrative court can review all procurements which can result in the court ruling that the procurement was unlawful and that the contracting entity must redo the entire procurement. On the other hand the contractor can sue the contracting entity for damages. This essay concentrates on investigating parts of this sanctions regime from a civil-law perspective.

A procurement procedure results in the signing of a *contract* between the contracting entity and the winning contractor. PPL does not regulate the strictly contractual parts of a procurement procedure. For instance nothing is said regarding how a contract is concluded between a contracting entity and a contractor. Thus the Swedish law of contract is applicable to public procurement agreements unless otherwise stipulated by the contracting entity. However, a public procurement agreement cannot be reviewed by an administrative court after the point of time when a *procurement contract*, which according to PPL is a written agreement signed by both parties, has been concluded and ten days have passed. As will follow from this essay this regulation entails that a binding *contract*, however not complying with the definition of a *procurement contract* (in writing and signed by both parties), can be concluded while at the same time an administrative court has ruled the procurement unlawful. This puts the contracting entity in an awkward situation: while it is legally bound by the concluded contract there is a court ruling stipulating that the procurement must be redone. The least expensive alternative in this situation is undoubtedly to simply ignore the judgement and fulfil the contract, even though it was concluded unlawfully according to PPL. In that way the contracting entity escape both paying damages to the contractor with which the (unlawful) agreement was concluded and at the same time avoid the high costs a new procurement procedure would bring. By acting in this way a contracting entity does not risk any sanctions, and it is therefore questionable if Sweden complies with its community law obligations.

The contractor's right to claim for damages means that a contracting entity which has not complied with the provisions of PPL can be liable to compensate a contractor that has lost the contract due to the errors made. The damage level depends on what evidence that is brought forth by the contractor. If the contractor gives presumptive proof that he lost the contract *due to* the errors made in the procurement he can get compensation equivalent to what he would have got should he have received the contract. If the contractor on the other hand only gives evidence that the errors injuriously have *affected* his possibilities of receiving the contract the contractor can only be compensated for the costs his attending the procurement has resulted in. The rules regarding damages in PPL are relatively brief and have been defined and evolved by case-law. However, several questions remain unanswered even though LOU is more than 10 years old today. One of these questions is whether it should be possible to mitigate the damages according to the general law of torts. This essay specifically aims at investigating whether this is possible due to the sufferer's duty to mitigate his loss or due to the sufferer's contributory negligence.

# Sammanfattning

På 90-talet utfärdades ett antal EG-direktiv inom området offentlig upphandling. Dessa syftar till att förverkliga etableringsfriheten och den fria rörligheten av varor och tjänster genom att utsätta upphandlingar för en effektiv och icke-diskriminerande konkurrens. Sverige blev genom sitt tillträde till EES-avtalet bundet av direktiven och alla upphandlande enheter i landet blev därmed skyldiga att underkasta sig ett mycket detaljerat och invecklat regelverk, som i svensk rätt återfinns i lagen om offentlig upphandling (LOU). Bl.a. är enheterna skyldiga att annonsera alla upphandlingar korrekt i EGT, att inte ställa högre krav på sökande leverantörer än vad som är nödvändigt samt i övrigt behandla alla leverantörer lika. Direktiven är s.k. procedurdirektiv och reglerar således själva *förfarandet* vid offentlig upphandling. Regelverket är sanktionerat på två olika sätt. För det första kan en otillåten upphandling överprövas av allmän förvaltningsdomstol som bl.a. kan förordna att densamma måste göras om. För det andra kan en upphandlande enhet genom allmän domstols försorg bli skadeståndsskyldig gentemot en förfördelad leverantör. Detta arbete är inriktat på att undersöka delar av sanktionssystemet ur ett civilrättsligt perspektiv.

En upphandling utmynnar i att ett *avtal* tecknas mellan den upphandlande enheten och den leverantör som lämnat det bästa anbudet. LOU reglerar inte de rent avtalsrättsliga delarna av en upphandling, t.ex. anges inte i lagen hur ett avtals sluts mellan en upphandlande enhet och en leverantör. Således gäller AvtL även för offentliga upphandlingar, såframt inte den upphandlande enheten vid upprättandet av det förfrågningsunderlag som ligger till grund för särskilt angett avtal skall ingås. Däremot kan inte en upphandling överprövas efter det att ett *upphandlingskontrakt*, som i lagen definieras som ett skriftligt avtal undertecknat av båda parter, slutits samt tio dagar förflutit från det att upphandlingskontraktet undertecknades. Liksom kommer att framgå i detta arbete innebär denna ordning att ett civilrättsligt giltigt *avtal*, som dock inte uppfyller definitionen på ett *upphandlingskontrakt*, kan ha ingåtts samtidigt som en upphandling begärs överprövad och förordnas olaglig av förvaltningsdomstol. Detta innebär att en upphandlande enhet kommer i en obekväm situation: samtidigt som den är bunden av det först slutna avtalet finns en dom som anger att hela förförandet skall göras om eftersom upphandlingen inte genomförts i enlighet med LOU. I denna situation är det klart billigast för den upphandlande enheten att helt enkelt strunta i den förvaltningsrättsliga domen och fullfölja det civilrättsligt giltiga avtalet, trots att detta tillkommit på ett enligt LOU olagligt sätt. På så sätt slipper den upphandlande enheten både att göra om den ofta mycket kostsamma upphandlingen och behöver heller inte bryta mot det ingångna avtalet. En upphandlande enhet som förfar på detta sätt riskerar inte att drabbas av några sanktioner eftersom sådana helt saknas i svensk rätt. Däremot skall sägas att det på grund av

denna ordning är tvivelaktigt om Sverige uppfyller sina gemenskapsrättsliga åtaganden.

Skadeståndssanktionen i LOU innebär att en upphandlande enhet som inte genomfört en upphandling i enlighet med lagen kan bli skyldig att ersätta den leverantör som på grund av felaktigheterna inte erhållit kontraktet. Skadeståndet kan ligga på två olika nivåer beroende på vilken bevisning som den klagande leverantören frambringar. Om en leverantör gör sannolikt att han inte fått kontraktet *på grund av* begångna fel i upphandlingen kan han få ersättning till det positiva kontraktsintresset, d.v.s. som om densamma faktiskt erhållit avtalet. Om en leverantör däremot bara visat att felaktigheterna *menligt påverkat* möjligheterna att erhålla kontraktet kan den klagande leverantören få ersättning för de kostnader som deltagandet i upphandlingen förorsakat (det negativa kontraktsintresset). Skadeståndsregeringen i LOU är relativt kortfattad och har preciserats och utvecklats i praxis. Doktrinen på området går sällan in på detaljfrågor rörande skadeståndets räckvidd. Flera frågor är fortfarande, trots att LOU nu har dryga 10 år på nacken, obesvarade. En sådan fråga är om skadeståndet enligt LOU kan jämkas enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer. De skadeståndsrättsliga principer vars tillämpning i upphandlingssammanhang undersöks i detta arbete är den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada och jämkning på grund av den skadelidandes medvållande.

# Förkortningar

Andra rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 92/13/EEG den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillägnade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.. (EGT nr L 76, 23/3/1992 s. 14-20).
AvtL	Lag (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalken (1962:700)
Byggdirektivet	Rådets direktiv 93/37/EEC den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader. (EGT L 209, 24.7.1992, s. 1).
CICG	Convention on the international sale of goods
EEA	European Economic Area
EG-fördraget	Romfördraget
EGT	Europeiska gemenskapernas offentliga tidning
EU	Europeiska unionen
FPL	Förvaltningsprocesslagen (1971:291)
Första rättsmedelsdirektivet	Rådets direktiv 89/665/EEG den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (EGT L 395, 30.12.1989, s. 33).
Försörjningsdirektivet	Rådets direktiv 92/13/EEG den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. (EGT L 76, 23.3.1992, s. 14).
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätten
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms universitet
KKV	Konkurrensverket
KöpL	Köplag (1990:931)



LOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
LänsR	Länsrätten
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Nya försörjningsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. (EGT L 134, 30.4.2004, s. 1).
Nya klassiska direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. (EGT L 134, 30.4.2004, s. 114).
OJ	Official Journal of the European Union
Prop.	Proposition
RegR	Regeringsrätten
RB	Rättegångsbalken
RH	Rättsfall från HovR:erna
RomF	Romfördraget
RRV	Riksrevisionsverket
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SekrL	Sekretesslag (1980:100)
SkstL	Skadeståndslag (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk juristtidning
TF	Tryckfrihetsförordningen
Tjänstedirektivet	Rådets direktiv 92/50/EEG den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster. (EGT L 209, 24.7.1992, s. 1).
TR	Tingsrätten
UB	Utsökningsbalken (1981:774).
Varudirektivet	Rådets direktiv 93/36/EEG den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor. (EGT L 199, 9.8.1993, s.1).
VHS	Verket för högskoleservice

# 1 Inledning

## 1.1 Introduktion

Den senaste sammanställda statistiken avseende värdet på genomförda offentliga upphandlingar i Sverige är från år 2005 då de inkluderade upphandlingarna<sup>1</sup> omsatte 146 miljarder kronor. Detta innebar en ökning med ca 16 % jämfört med föregående år.<sup>2</sup> Detta värde utgjorde i sin tur 5,5 % av Sveriges totala BNP samma år.<sup>3</sup> Inom EU utgör offentliga upphandlingar ca 16 % av den totala BNP.<sup>4</sup> Regelverket på området för offentlig upphandling syftar bl.a. till att fördela de offentliga medlen på bästa sätt genom att säkerställa att det bästa anbudet väljs.<sup>5</sup> Mot bakgrund av områdets betydelse för ekonomin i stort kan inte vikten av att regelverket fungerar effektivt underskattas. De rättsmedel som LOU erbjuder, skadestånd och överprövning, är en viktig del av säkerställandet av lagens effektivitet och efterlevnad och de är därför de huvudsakliga föremålen för granskning i detta arbete.

I LOU har man valt att inte reglera de civilrättsliga verkningarna av det upphandlingskontrakt som upphandlingsförfarandet utmynnar i. Istället skall vanliga civilrättsliga regler vara tillämpliga. I motiven anges uttryckligen att ”civilrättsliga frågor som kan uppkomma *sedan* [min kursivering] ett avtal träffats regleras inte av upphandlingsbestämmelserna”.<sup>6</sup> Det sägs inget i förarbetena om vad som gäller tillämpligheten av de civilrättsliga reglerna *innan* avtalet sluts, men eftersom LOU inte reglerar t.ex. hur avtalet ingås återstår inget annat än allmänna civilrättsliga regler även i denna del. Däremot står det klart att LOU genom den skadeståndssanktion som lagen erbjuder reglerar det prekontraktuella skadeståndsansvaret för upphandlande enheter. Detta innebär att allmänna regler inom civilrätten om culpa in contrahendo inte blir direkt tillämpliga på ett upphandlingsförfarande.

Valet att inte reglera den civilrättsliga delen av avtalet ger upphov till många intressanta frågor rörande relationen mellan den offentligrättsliga regleringen i LOU och det omkringliggande civilrättsliga regelverket. Några av dessa frågor kommer att behandlas i detta arbete. Relationen mellan de olika regelverken kompliceras ytterligare av att lagstiftaren valt att separera prövningsförfarandet mellan allmän domstol, som handhar frågor om

---

<sup>1</sup> Upphandlingar under tröskelvärdena i kommuner och landsting, som omfattas av LOU:s 6 kap, inkluderas inte i statistiken. Således är det verkliga värdet ännu högre.

<sup>2</sup> NOU Nyhetsbrev, december 2006.

<sup>3</sup> Enligt pressmeddelande från SCB, nr 2006:051, uppgick totala BNP för år 2005 till 2 673 miljarder kronor i löpande priser.

<sup>4</sup> Se kommissionens pressrelease den 11 maj 2006, <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/601&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr> (info hämtad 2007-05-21 kl. 16.00)

<sup>5</sup> Prop. 2001/02:142, s. 39.

<sup>6</sup> Prop. 1992/93:88, s. 73.

skadestånd, och allmän förvaltningsdomstol, som anförtrotts uppgiften att hantera överprövningar av upphandlingsbeslut. Motivet för denna tudelning är enligt förarbetena att upprätthålla den tradition som hittills gällt i Sverige angående den grundläggande funktionsfördelningen mellan allmän domstol och förvaltningsdomstol. Lösningen valdes trots invändningar från vissa remissinstanser om bl.a. förlorade rationaliseringsvinster.<sup>7</sup>

## 1.2 Syfte

Det övergripande syftet med detta arbete är att belysa LOU, som i och med att den vänder sig till statliga upphandlande enheter huvudsakligen är en offentligrättslig reglering, ur ett civilrättsligt perspektiv. Därmed kommer bl.a. att uppmärksammas att problem uppstår vid överprövningen eftersom LOU reglerar en avtalsprocess, d.v.s. själva upphandlingen, men låter allmänna civilrättsliga principer styra hur själva avtalet ingås. Vidare undersöks rättsmedlet skadestånd ur det civilrättsliga perspektivet.

## 1.3 Frågeställning och avgränsning

Den övergripande frågeställningen är, som nämnts ovan, upphandlingsregleringen – avseende rättsmedlen överprövning och skadestånd – ur ett civilrättsligt perspektiv.

Utifrån detta perspektiv kommer följande frågeställningar att behandlas:

*1. Hur förhåller sig överprövningsmöjligheten till den tidpunkt då det civilrättsligt bindande avtalet ingås?*

Inom denna frågeställning ryms bl.a. följande frågor. Hur ser regelverket för överprövning ut? När ingås ett civilrättsligt bindande avtal vid offentlig upphandling? Hur påverkar dessa olika regleringar varandra? Hur fungerar regleringen i praktiken? Kan Sverige, med den lösning som LOU erbjuder, anses ha uppfyllt sina åtaganden enligt EG-fördraget?

Frågeställningen rör främst relationen mellan civilrättsligt giltiga avtal och överprövningsinstitutet. För att det skall uppkomma problem räcker egentligen att det är *möjligt* att ett avtal kan ingå innan tiden för överklagande gått till ända. Av denna anledning, samt av utrymmesskäl, kommer jag att bortse från särskilda avtalsrättsliga problem, t.ex. frågor om behörighet/befogenhet och därtill hörande problem, som kan uppstå på grund av att en upphandlande enhet är en ”statlig enhet”.

---

<sup>7</sup> Prop. 1992/93:88, s. 45 f.

## 2. Är allmänna skadeståndsrättsliga principer tillämpliga på skadeståndet i LOU?

Eftersom befintliga ”allmänna skadeståndsrättsliga principer” är många måste ett urval i detta avseende göras. Efter samtal med yrkespraktiserande jurister inom området har jag valt att undersöka två närliggande principer, nämligen jämkning på grund av skadelidandes medvållande samt skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada, och deras tillämplighet på skadeståndet i upphandlingsområden. Frågan kommer att besvaras utifrån en analys av bl.a. motiven bakom jämningsreglerna och regleringen i LOU. Eftersom klagande praxis i stor utsträckning saknas kommer mina slutsatser delvis utmynna i ett resonemang *de lege ferenda*.

De skadeståndsrättsliga principer som behandlas i detta arbete är båda av sådan art att de var för sig skulle kunna vara föremål för egna mycket omfattande undersökningar. Eftersom syftet med uppsatsen är att sätta reglerna *i relation till* upphandlingsregleringen och en alltför ingående redogörelse för de olika delarna skulle leda till att de enskilda principerna fick en oproportionellt framträdande roll kommer redogörelsen för de civilrättsliga delarna i vissa avseenden endast bli översiktlig. Jag vill därför betona att arbetet inte på något sätt gör anspråk på att vara heltäckande.

## 1.4 Metod och material

Den metod jag använder mig av i arbetet är sedvanlig rättsdogmatisk metod. Uppsatsen tar sin utgångspunkt i svensk och EU-lagstiftning, domstolspraxis och, för svensk del, förarbeten. Även svensk och, till viss del, internationell doktrin kommer att behandlas.

Eftersom LOU till stor del är direktivbaserad är det viktigt att metodologiskt behandla lagens förarbeten med viss försiktighet. Till de delar bestämmelser i LOU kan härledas ur direktiven är vad som anges i förarbetena inget annat än *den svenska lagstiftarens* uppfattning om rättsläget vid tidpunkten de skrevs. Förarbetena har således inte samma tyngd som annars inom svensk juridisk metod. I de avseenden som reglerna i LOU inte härrör från direktiven är inte samma försiktighet påkallad, även om det grundläggande EU-rättsliga regelverket fortfarande är tillämpligt (se mer om detta under kapitel 3 nedan).

Det material som har valts ut är först och främst den något begränsade litteratur som finns att tillgå inom området offentlig upphandling. När det gäller civilrättsliga frågor i anslutning till upphandlingen ger doktrinen på upphandlingsområdet inte stor ledning. Därför har jag varit hänvisad till knapphändiga kommentarer i förarbetena och mer allmänna verk inom området civilrätt som kommenterar och behandlar ämnet offentlig upphandling. Förarbetena till LOU har erbjudit en värdefull källa till information, avseende både historiska fakta och skälen bakom regelverkets utformning. Praxis från både allmän domstol och förvaltningsdomstol har

varit till stor hjälp liksom de kontakter jag har haft med yrkesverksamma jurister inom området.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen inleds med en *första avdelning* där LOU behandlas översiktligt. I denna del beskrivs lagens bakgrund och vilka förändringar som är närmast förestående på området (kapitel 2). Eftersom lagen till stor del är direktivbaserad finns även ett avsnitt där det kort redogörs för vad Sveriges medlemskap i EU innebär avseende EG-rättens inflytande över nationell rätt (kapitel 3). Vidare redovisas lagens syften och de principer som skall styra dess tillämpning (kapitel 4.1) innan den närmare regleringen i lagen översiktligt går igenom (4.2-4.3). Eftersom regelverket i LOU är relativt svåröverskådligt koncentreras framställningen på övergripande reglering och avsnitten om upphandlingsförfarandet följer – med frångående från lagstiftarens disposition – förfaringssättet kronologiskt. Syftet med denna avdelning är att ge läsaren en bra överblick och förståelse för lagens regelverk och tillämpning.

I den *andra avdelningen* presenteras och analyseras de olika frågeställningar som redogjorts för ovan. Först diskuteras problem som kan uppstå då det föreligger ett civilrättsligt giltigt avtal samtidigt som förvaltningsdomstol förordnat att upphandlingen skall göras om (kapitel 5). Vidare diskuteras rättsmedlet skadestånd (kapitel 6), och om de utvalda allmänna skadeståndsrättsliga principerna är tillämpliga i upphandlingssammanhang. Mina egna slutsatser kommer att presenteras löpande i texten i anslutning till respektive frågeställningar. I den del mina egna resonemang förs i den löpande texten är min avsikt att det tydligt skall framgå.

# FÖRSTA AVDELNINGEN: Om LOU

I denna avdelning redogörs för det befintliga regelverket inom området offentlig upphandling. Syftet är att ge läsaren en bakgrund till föremålet för uppsatsen och därmed underlätta förståelsen av de frågeställningar som presenteras och besvaras i avdelning II. Min avsikt har varit att hålla framställningen så kortfattad och grundläggande som möjligt samtidigt som en någorlunda heltäckande bild av regelverket ges.

## 2 Bakgrund och framtid

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 1994 och tillkom huvudsakligen som en följd av att Sverige anslutit sig till EES-avtalet. I och med lagens tillkomst införlivades ett antal EG-direktiv<sup>8</sup> om offentlig upphandling. Sveriges senare medlemskap i EU medförde endast vissa följdändringar.<sup>9</sup>

Regler om offentlig upphandling har dock funnits sedan 1900-talets början.<sup>10</sup> Närmast före LOU bestod regleringen på området av upphandlingsförordningen (1986:366) som omfattade statliga myndigheter. Inom den kommunala sektorn fanns det kommunala upphandlingsreglementet, som i huvudsak överensstämde med upphandlingsförordningen och som hade godtagits av i stort sett samtliga kommuner och landsting. Båda dessa regelverk angav att all upphandling skulle ske med utnyttjande av tillgängliga konkurrensmöjligheter samt med iakttagande av affärsmässighet och objektivitet.<sup>11</sup>

De direktiv som LOU grundar sig på är s.k. procedurdirektiv, d.v.s. de reglerar *förfarandet* vid offentlig upphandling. Grundbulten för regelverket är EU:s inre marknad. Leverantörer får inte särbehandlas och all upphandling skall ske affärsmässigt och i konkurrens. Omfattande krav ställs på att upphandling sker öppet och upphandlande enheter åläggs att publicera aktuella och planerade upphandlingar så att de sprids inom gemenskapen.<sup>12</sup> EG-regleringen omfattar dock bara de upphandlingar som uppgår till vissa angivna tröskelvärden och träffar därmed bara de ekonomiskt mest betydelsefulla upphandlingarna. Upphandling under dessa tröskelvärden får således ske enligt nationella regler, dock med beaktande

---

<sup>8</sup> Varudirektivet, byggdirektivet, tjänstedirektivet, försörjningsdirektivet, det första rättsmedelsdirektivet och det andra rättsmedelsdirektivet.

<sup>9</sup> Prop. 1994/95:153, s. 12.

<sup>10</sup> Prop. 1992/93:88, s. 34.

<sup>11</sup> Prop. 1992/93:88, s. 33.

<sup>12</sup> Prop. 1992/93:88, s. 36 f.

av de grundläggande krav som uppställs i EG-fördraget.<sup>13</sup> I svensk rätt återfinns regleringen för de upphandlingar som understiger tröskelvärdena i 6 kap. LOU.

De grundläggande uppfattningarna inom Sverige och EU när det gäller regelverkets utformning, såsom principerna om affärsmässighet, konkurrens och icke-diskriminering, skilde sig inte nämnvärt före LOU:s tillkomst. Däremot fanns skillnader som rörde *hur* dessa utgångspunkter skulle införlivas i lagstiftningen och praktiskt påverka de enskilda upphandlingarna. Det EG-rättsliga regelverket var i jämförelse med det svenska betydligt mer detaljrikt och kontrollen av upphandlingen skulle, till skillnad från vad som tidigare gällde i Sverige, underkastas domstolsprövning. Genom införlivandet av direktiven kom även principen om icke-diskriminering av övriga medlemsstater in i det svenska regelverket. Vidare föreskrev EU:s regler möjligheten för domstol att utdöma skadestånd och tillämpningsområdet var utvidgat till att även omfatta vissa statliga och kommunala bolag samt vissa företag med statliga tillstånd.<sup>14</sup>

Sedan LOU:s tillkomst har ändringar skett vid ett relativt stort antal tillfällen, huvudsakligen för att implementera olika ändringar i EG-direktiven eller för att tillse att lagens innehåll och ordalydelse bättre överensstämde med dessa.<sup>15</sup> För närvarande pågår arbetet med att implementera de senaste EG-direktiven<sup>16</sup>. Dessa sammanför de tidigare gällande direktiven och skapar två skilda regelverk för å ena sidan upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (den s.k. klassiska sektorn) och å andra sidan upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (den s.k. försörjningssektorn). De nya direktiven innehåller vissa redaktionella ändringar och har omstrukturerats för att bättre följa upphandlingsprocessen kronologiskt, vilket syftar till att göra regelverket mera lättläst. Direktiven innehåller även en del ändringar och tillägg som, då de inte påverkar regleringen i stort, kommer att lämnas utanför den fortsatta framställningen. Implementeringsarbetet pågår för närvarande men har ännu inte resulterat i någon lagstiftning. I SOU 2005:22, *Nya upphandlingsregler*, föreslogs att den nuvarande LOU i enlighet med de nya direktiven skall ersättas av två nya lagar, en för den klassiska sektorn och en för försörjningssektorn.<sup>17</sup> Regeringen överlämnade en remiss till Lagrådet den 24 maj 2006 som avgav ett yttrande den 7 februari 2007 och den 19 juni 2007 presenterade regeringen sin proposition.<sup>18</sup>

Rättsmedelsdirektiven behandlas inte i de ovan nämnda nya direktiven. Kommissionen har dock gjort en översyn av rättsmedelsdirektiven

---

<sup>13</sup> Prop. 1992/93:88, s. 37.

<sup>14</sup> Prop. 1992/93:88, s. 37 f.

<sup>15</sup> Se SFS 1993:924, SFS 1993:1468, SFS 1993:1646, SFS 1994:614, SFS 1995:704, SFS 1996:433, SFS 1997:1068, SFS 1998:1432, SFS 1999:309, SFS 2000:877, SFS 2002:594.

<sup>16</sup> Det nya försörjningsdirektivet och det nya klassiska direktivet.

<sup>17</sup> Se nedan under kap. 4.2 ang. dessa begrepp.

<sup>18</sup> Prop. 2006/07:128.

presenterade sitt förslag den 11 maj 2006. Förslaget kommer i relevanta delar att behandlas i den fortsatta framställningen.



### 3 Direktivstyrd lagstiftning och EG-rättens företräde

Genom medlemskapet i EU har Sverige till förmån för gemenskapen avstått från makten att själva fatta beslut inom vissa områden. Sedan tillträdet har det fastställts att EG-rätten, som är ett eget rättssystem men en integrerad del av medlemsstaternas rättssystem, har *företräde* framför nationella regler inom de områden där en maktöverföring skett. Detta har fastställts av EG-domstolen i det ofta omskrivna målet Costa ENEL.<sup>19</sup>

I EG-fördraget artikel 10 stadgas lojalitetsprincipen, som anger att medlemsstaterna skall vidta alla åtgärder för att säkerställa att förpliktelserna som medlemskapet för med sig uppfylls. Detta gäller såväl nationella domstolar som centrala, regionala och lokala myndigheter. Domstolarnas roll är att säkerställa de rättigheter som gemenskapsregler med direkt effekt ger till enskilda medborgare.<sup>20</sup>

*Direkt effekt* innebär – något förenklat – att en regel inom EG-rätten ger rättigheter och skyldigheter som kan åberopas av enskilda inför domstolar och andra myndigheter, oberoende av regelns formella utformning och adressat. EG-domstolen har uttalat att för att en regel skall ha direkt effekt krävs för det första att den är klar och tydlig, eftersom regeln av den nationella domaren skall kunna läggas till grund för avgörande i ett konkret fall. Vidare måste regeln vara ovillkorlig, d.v.s. den får inte vara beroende av någons bedömning eller fria skön. Slutligen får inte regeln i sin tillämpning vara beroende av ytterligare åtgärder, vilket konkret innebär att t.ex. ett direktiv inte kan åberopas inom den tid som medlemsstaterna har på sig att införliva detsamma. Både primär- och sekundärrättsliga regler kan ha direkt effekt. Direktiv kan dock bara ha vertikal direkt effekt, vilket innebär att de bara kan åberopas som stöd för enskildas rättigheter gentemot staten och inte för att stödja enskildas inbördes rättigheter och skyldigheter (horisontell direkt effekt). EG-domstolen har dock slagit fast att nationell lag måste tolkas i ljuset av det aktuella direktivet som på så sätt kan få effekt mellan enskilda trots vad som gäller angående horisontell direkt effekt. Detta kallas EG-konform tolkning eller indirekt effekt.<sup>21</sup>

För det fall Sverige inte har implementerat direktiven om offentlig upphandling korrekt och ifrågavarande regel kan anses ha vertikal direkt effekt skall således de svenska domstolarna tillämpa direktivet och inte den nationella bestämmelsen. Reglerna om direktivets direkta effekt gäller givetvis endast i de fall då den aktuella upphandlingen omfattas av det direktivstyrda området, d.v.s. överstiger tröskelvärdena. Ett exempel på ett sådant fall är RÅ 1996 ref. 50 där RegR fann att överprövning av ett

<sup>19</sup> Mål nr. 6/64, se vidare Melin/Schäder, s. 19 ff.

<sup>20</sup> Melin/Schäder s. 37 ff.

<sup>21</sup> Melin/Schäder, s. 37 ff.

tilldelningsbeslut i en upphandling enligt rättsmedelsdirektiven skulle kunna ske fram till dess att ett *skriftligt upphandlingskontrakt* undertecknats av den upphandlande enheten och den leverantör som vunnit upphandlingen. Detta trots att LOU vid den aktuella tidpunkten angav att överprövning kunde ske endast fram till den tidpunkt då *tilldelningsbeslutet* fattats. RegR tillämpade således direktivregeln framför LOU.

För det fall en direktivbestämmelse inte har vertikal direkt effekt skall den nationella regeln, enligt den ovan nämnda principen om direktivkonform tolkning, ändå ges den tolkningen som bäst stämmer med direktivets syfte. Det är emellertid av vikt att påpeka att för att det skall vara möjligt att göra en sådan direktivkonform tolkning krävs att den aktuella nationella bestämmelsens avfattning faktiskt ger utrymme för olika tolkningar. Så ansågs inte vara fallet i NJA 2003 s. 82 där HD avslag ett yrkande om överklagande om TR:ns avvisning på grund av preskription eftersom den dåvarande lydelsen av LOU 7 kap. 8 § inte gav utrymme för att tolka in någon längre preskriptionstid än vad som angavs i texten.<sup>22</sup> Anledningen till att reglerna om direkt effekt inte kunde tillämpas var att den aktuella upphandlingen föll utanför det direktivstyrda området varför reglerna om direkt effekt inte kunde tillämpas. Trots att utgången blev negativ i detta fall illustrerar det således hur direktiven, eftersom tolkningen av de gemensamma reglerna i LOU skall ske på samma sätt oavsett om det gäller en upphandling över eller under tröskelvärdena, genom reglerna om direktivkonform tolkning kan få betydelse utanför sitt faktiska tillämpningsområde.

---

<sup>22</sup> Se referatet s. 88 f.

## 4 Regleringen i LOU

I detta kapitel redogörs för den materiella regleringen i LOU. Kapitlet inleds med att lagens syfte och allmänna principer som styr dess tillämpning presenteras (kap. 4.1), vilket liksom alltid vid juridisk problemlösning är en central del av och en förutsättning för några eventuella slutsatser. Vidare redogörs för LOU:s tillämpningsområde och de olika upphandlingsförfaranden som erbjuds. (kap. 4.2) Slutligen redogörs för de övriga skyldigheter som LOU ålägger de upphandlande enheterna (kap. 4.3). Det sista underkapitlet är disponerat efter upphandlingsförfarandets faktiska kronologi.

### 4.1 Lagens syfte och allmänna principer som styr dess tillämpning

I LOU 1 kap. 4 § anges lagens huvudregel om affärsmässighet som föreskriver att all upphandling skall ske med utnyttjande av tillgängliga konkurrensmöjligheter och i övrigt genomföras affärsmässigt. Vidare anges att alla leverantörer skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I begreppet affärsmässighet ligger en möjlighet för upphandlande enheter att ta hänsyn till bl.a. vilka kostnader ett utdraget upphandlingsförfarande kan föra med sig.<sup>23</sup> I förarbetena anges att syftet med upphandlingsdirektiven, och därmed även syftet med stora delar av regleringen i LOU, är att förverkliga etableringsfriheten och den fria rörligheten av varor och tjänster. Detta skall uppnås genom att upphandlingar utsätts för en effektiv och icke-diskriminerande konkurrens. Då det föreskrivs att det bästa anbudet skall antas tillses vidare att de offentliga medlen fördelas på bästa sätt.<sup>24</sup> Enligt Gösta Westring innebär kravet på affärsmässighet att de upphandlande enheterna skall ta företagsekonomiska och inte samhällsekonomiska hänsyn då man utser den vinnande leverantören. Därvid skall enligt densamma målet för varje enskild upphandling vara ”billigt och bra – för den egna organisationen – utan politiska och andra ovidkommande hänsyn”.<sup>25</sup> Kravet på affärsmässighet återfinns inte i direktiven och det är något oklart om lagregeln går längre än direktiven i detta avseende.<sup>26</sup> Hentze och Sylvén framhåller att om det uppstår konflikt mellan den upphandlande enhetens egna mål och direktivens och gemenskaprättens krav i övrigt måste den förstnämndas, i enlighet med reglerna om EU-rättens företräde, ge vika. Detta oavsett hur affärsmässiga de egna målen anses vara.<sup>27</sup>

---

<sup>23</sup> Prop. 1992/93:88, s. 59 f.

<sup>24</sup> Prop. 2001/02:142, s. 39.

<sup>25</sup> Westring, s. 116.

<sup>26</sup> Falk/Pedersen, s. 28.

<sup>27</sup> Hentze/Sylvén, s. 52.

Några av de principer som EG-domstolen ofta åberopar i upphandlingsmål är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens och öppenhet, proportionalitet samt ömsesidigt erkännande. Dessa principer är Sverige skyldigt att följa för att garantera de fyra friheterna inom EU:s inre marknad.<sup>28</sup> Principen om icke-diskriminering återfinns i EG-fördraget art 12 och innebär att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden. Denna princip kan sägas ge uttryck för en allmän likabehandlingsprincip som innebär att alla leverantörer och dess produkter skall behandlas lika. Således skall de krav, förfaranden och praxis som tillämpas i ett upphandlingsförfarande tillämpas på samma sätt gentemot alla deltagande leverantörer. Proportionalitetsprincipen har lånats från tysk rätt och innebär att de krav som upphandlande enheter ställer på leverantörerna inte får gå utöver vad som behövs för att uppnå kravets syfte. Principen om ömsesidigt erkännande innebär att upphandlande enheter måste respektera de certifikat, rapporter o.dyl. som utfärdats i andra länder inom EU.<sup>29</sup> Transparens och öppenhet skall garantera insyn i upphandlingsförfarandet. Samtliga dessa principer är allmänna principer inom gemenskapsrätten och omfattar således inte bara offentliga upphandlingar.<sup>30</sup> Detta får konsekvensen att principerna i enlighet med EG-rättens överhöghet inte bara gäller det direktivbaserade området utan även för övriga upphandlingar.

## 4.2 Lagens tillämpningsområde och olika typer av upphandlingar

Reglerna i LOU är tillämpliga vid upphandlingar som görs av s.k. upphandlande enheter. Detta begrepp definieras i LOU 1 kap. 5 och 6 §§, 4 kap. 1 § andra stycket samt 6 kap. 1 § 3 st. Av de förstnämnda två bestämmelserna framgår att med upphandlande enhet avses både olika myndigheter och de beslutande församlingarna på kommun- och landstingsnivå. Även vissa privata subjekt omfattas under förutsättning att de inrättats för att täcka behov i det allmännas intresse (behoven får inte vara av industriell eller kommersiell natur) samt att ett av tre krav på att verksamheterna är underkastade visst inflytande från det allmänna är uppfyllt. De två senare bestämmelserna avser specifikt endast upphandlande enheter vid upphandling enligt LOU 4 eller 6 kap., d.v.s. upphandling inom försörjningssektorerna eller upphandling som understiger tröskelvärdena.

För att motverka att syftena med direktiven undergrävs har EG-domstolen tillämpat ett funktionellt förhållningssätt och tolkat begreppet upphandlande enhet brett.<sup>31</sup> T.ex. fann EG-domstolen i Beentjes-målet<sup>32</sup> att en kommitté utan juridisk personlighet som inte var integrerad med den centrala administrationen men väl beroende av den utgjorde en upphandlande enhet.

---

<sup>28</sup> Hentze/Sylvén, s. 17 ff.

<sup>29</sup> Falk/Pedersen, s. 26 ff.

<sup>30</sup> Melin/Schäder, s. 105 f.

<sup>31</sup> Falk/Pedersen, s. 35.

<sup>32</sup> Mål C-31/87.

LOU 2-5 kap. innehåller mycket utförliga bestämmelser om hur upphandlingsförfarandet skall ske medan 6 kap. innehåller mindre detaljerade regler. Detta beror på att den svenska lagstiftaren valt att låta LOU omfatta även de upphandlingar som faller utanför det direktivbaserade området. Därmed regleras samtliga upphandlingar i Sverige i en gemensam lag. För att bestämma vilka regler som skall tillämpas vid en upphandling används vissa tröskelvärden. I respektive kapitel anges de olika tröskelvärdena i euro eller särskilda dragningsrätter. I förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling anges hur dessa värden översätts till svenska kronor. Om upphandlingen överstiger tröskelvärdena används 2-5 kap. och annars 6 kap. LOU anger olika beräkningsgrunder vid fastställande av upphandlingens värde och för alla typer av upphandling gäller att valet av beräkningsmetod inte får göras i syfte att kringgå lagens bestämmelser. Det är heller inte tillåtet att dela upp en upphandling för att på så sätt underskrida tröskelvärdena.

När det gäller föremålet för upphandlingen brukar man dela upp upphandlingsreglerna i två regelverk, de klassiska sektorerna och försörjningssektorerna. Den förstnämnda avser upphandling inom området för varor, byggtreprenader och tjänster och den senare upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena. LOU innehåller även bestämmelser som anger förhållandet mellan de olika områdena, t.ex. skall reglerna om varor och byggtreprenad inte tillämpas om reglerna på försörjningsområdet är tillämpliga.<sup>33</sup> Vidare är reglerna om upphandling av tjänster bara tillämpliga på tjänster av det slag som anges i avdelning A i bilagan till lagen samt under förutsättning att tjänsterna inte omfattas av reglerna om varor respektive byggtreprenader. Om en upphandling avser både varor och tjänster skall reglerna om tjänster tillämpas om värdet av tjänsterna överstiger värdet av varorna.<sup>34</sup> Om en tjänst skall upphandlas inom en verksamhet som träffas av regleringen inom försörjningsområdet och denna tjänst kan sorteras under avdelning A i bilagan tillämpas utöver reglerna i 4 kap. vissa regler i 5 kap.<sup>35</sup>

LOU innehåller liksom berörts ovan även reglering för sådana upphandlingar som understiger tröskelvärdena. Dessa upphandlingar är sammantaget mindre omfattande än de upphandlingar som omfattas av det direktivbaserade området.<sup>36</sup> Regleringen återfinns i 6 kapitlet LOU. Förutom de mindre upphandlingarna träffar bestämmelserna också upphandling av tjänster som återfinns i avdelning B i bilagan till lagen, upphandling som omfattas av sekretess eller andra begränsningar med hänsyn till rikets säkerhet, upphandling av försvarsprodukter och tjänster som inte har civil användning samt vissa särskilda tjänster som uppräknas i 5 kap. 1 § andra stycket.<sup>37</sup> Regleringen i detta kapitel, som alltså ligger

---

<sup>33</sup> LOU 2 kap. 2 § och 3 kap. 5 §.

<sup>34</sup> LOU 5 kap. 1 och 3 §§.

<sup>35</sup> LOU 4 kap. 1 § 4 st och 5 kap. 1 § 1 st.

<sup>36</sup> Prop. 1990/00:128, s. 19 f.

<sup>37</sup> LOU 6 kap. 1 §.

utanför direktivområdet, fanns inte med i den ursprungliga versionen av LOU som förutom bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena endast hade några få generellt tillämpliga bestämmelser. Eftersom den ursprungliga ordningen enligt lagstiftaren ledde till oönskade konsekvenser, bl.a. blev kretsen för upphandlande enheter olika beroende på om en upphandling föll under eller över tröskelvärdena,<sup>38</sup> kompletterades lagen med ett nytt kapitel. I motiven till denna ändring angavs det vara av vikt att all upphandling reglerades i samma lag, där endast vissa enkla generella regler skulle gälla över hela fältet för offentlig upphandling medan detaljreglering skulle undvikas för de upphandlingar som understeg tröskelvärdena.<sup>39</sup>

LOU föreskriver hur upphandlingen skall genomföras genom att ställa olika typer av tillvägagångssätt till de upphandlande enheternas förfogande. Vid upphandling *över tröskelvärdena* finns tre olika förfaranden: öppen, selektiv eller förhandlad upphandling. Öppen upphandling innebär att alla leverantörer får lämna anbud efter annonsering i EGT, och den upphandlande enheten fattar beslut om antagande av anbud utan föregående förhandling. Selektiv upphandling innebär att endast inbjudna leverantörer får lämna anbud. Den upphandlande enheten annonserar om ansökan att inkomma med anbud varpå utvalda sökande inbjuds att avge anbud innan beslut om antagande av anbud fattas. Inte heller här får förhandling med leverantörer ske. Vid förhandlad upphandling får, liksom vid selektiv upphandling, endast utvalda leverantörer avge anbud men med den viktiga skillnaden att förhandling äger rum mellan den upphandlande enheten och de leverantörer som avgett anbud sker innan beslut om antagande av anbud fattas.<sup>40</sup>

För upphandling inom *den klassiska sektorn* är huvudregeln att öppen eller selektiv upphandling skall väljas. I vissa i lagen angivna fall får istället förhandlad upphandling väljas. T.ex. får man använda förhandlad upphandling om föremålet för upphandlingen skall användas enbart för forskning och framställningen inte sker i vinstsyfte. Det finns även möjlighet att övergå från ett öppet eller selektivt förfarande till ett förhandlat sådant om de inkomna anbuden inte motsvarar kraven i förfrågningsunderlaget. En ytterligare förutsättning för att övergå till ett förhandlat förfarande är att de premisser som angetts i förfrågningsunderlaget inte väsentligen ändras vid övergången. I LOU anges även när krav uppställs på att annonsering sker innan förhandlat förfarande inleds. Inom *försörjningssektorn* finns ingen huvudregel vid val av upphandlingsförfarande utan den upphandlande enheten kan välja mellan de tre olika förfarandena.<sup>41</sup>

---

<sup>38</sup> Prop. 1992/93:88, s. 39 ff.

<sup>39</sup> Prop. 1993/94:78, s. 15 f.

<sup>40</sup> Forsberg, s. 50 f.

<sup>41</sup> Forsberg, s. 51 ff. samt LOU 2 kap. 8-11 a §§, 3 kap. 12-17 §§, 4 kap. 16 § och 5 kap. 14-19 §§.

Vid upphandling *under tröskelvärdena* har den upphandlande enheten att välja mellan förenklad upphandling, urvalsupphandling eller direktupphandling, där enligt huvudregeln någon av de två förstnämnda skall väljas. Det förenklade förfarandet innebär att den upphandlande enheten inforrdrar anbud och att alla leverantörer har rätt att delta. Infordrandet av anbud skall ske antingen genom annons i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig eller på annat sätt så att den effektiva konkurrensen upprätthålls. Det finns vissa begränsade möjligheter att infordra anbud genom skrivelse till endast en leverantör. Urvalsupphandling innebär att den upphandlande enheten upprättar ett ansökningsunderlag som annonseras i en allmänt tillgänglig databas. Alla leverantörer har därefter rätt att ansöka om att få lämna anbud. Direktupphandling, som innebär att inköp görs utan ett föregående anbudsförfarande, får bara användas om upphandlingens värde är lågt eller det finns synnerliga skäl. Med begreppet ”synnerliga skäl” markeras att det är fråga om undantagsfall och att direktupphandling inte är avsett att användas som en ordinarie upphandlingsform.<sup>42</sup>

## 4.3 Upphandlingsförfarandet

### 4.3.1 Innan anbudena skickas in

Enligt LOU inleds ett upphandlingsförfarande då den upphandlande enheten annonserar upphandlingen i EGT. Detta framgår av att LOU helt enkelt inte reglerar vad som sker innan denna tidpunkt. Dessförinnan utförs dock ett omfattande arbete inom den enhet som skall upphandla en vara eller tjänst. Arbetet som sker innan upphandlingen formellt inleds är både tids- och kostnadskrävande och har stor betydelse för den fortsatta upphandlingens genomförande och utgör således en mycket viktig del i denna. Bl.a. görs en marknadsanalys och själva förfrågningsunderlaget utarbetas. Vid marknadsanalysen hålls ofta en öppen hearing där potentiella leverantörer och andra intressenter får komma med synpunkter på det förslag som utarbetats inom den upphandlande enheten. Denna erbjuder en möjlighet till input från marknaden *innan* förfrågningsunderlaget upprättas och upphandlingen formellt inleds.<sup>43</sup>

En upphandling involverar normalt ett mycket stort antal personer. Det finns ofta bl.a. en urvalsgrupp som arbetar med bedömningen av anbudena, en avtalsgrupp som utarbetar de centrala upphandlingskontrakten och en operativ styrgrupp som står för samordningen av organisationen. Bakom dessa formella grupper finns ytterligare ett stort antal personer som inom sina områden besitter sådan kunskap som behövs i upphandlingen. ”Navet” i upphandlingen är inköparen som håller ihop upphandlingen administrativt och har en mer övergripande uppsikt över de inblandade enheterna. Däremot sker det faktiska arbetet i de olika enheterna. Huruvida jurister kan komma att medverka under upphandlingen beror både på upphandlingens

<sup>42</sup> Forsberg, s. 148 ff. samt LOU 6 kap. 2-2 c §§.

<sup>43</sup> Intervju med Jerker Alm, 2007-05-23.

storlek och karaktär, men det är inte ovanligt att en upphandling genomförs helt utan juridisk specialkompetens.<sup>44</sup>

I förfrågningsunderlaget fastställs kraven på leverantören och föremålet för upphandlingen, villkoren för antagande av anbud och kontraktsvillkoren. Förfrågningsunderlaget ligger bl.a. till grund för leverantörernas prissättning vilket ställer höga krav på tydlighet.<sup>45</sup> Huvudregeln om affärsmässighet innebär bl.a. att principerna om utnyttjande av konkurrensmöjligheter, om förutsebarhet och om öppenhet måste beaktas. Vidare måste underlaget ges en neutral och icke-diskriminerande utformning för att inte otillbörligen gynna eventuella tidigare leverantörer. Den av EG-domstolen myntade principen om likabehandling är av stor betydelse för förfrågningsunderlaget.<sup>46</sup> Samtliga krav som ställs på en leverantör skall framgå redan av förfrågningsunderlaget och det är normalt inte tillåtet att under upphandlingen ändra dessa krav. Istället måste i sådant fall upphandlingen avbrytas och göras om. Vissa möjligheter till ändringar finns dock vid förhandlat förfarande.<sup>47</sup>

Det skall framgå av underlaget vilka krav som måste uppfyllas (*skall-krav*) för att anbudet skall kunna antas och det kan vidare anges vilka krav som bör ingå (*bör-krav*). I sådant fall bör även anges hur uppfyllandet av sådana bör-krav kommer att värderas.<sup>48</sup> Liksom nämnts ovan innebär proportionalitetsprincipen att underlagen endast får innehålla krav som är nödvändiga för den aktuella upphandlingen.<sup>49</sup> I förarbetena till LOU understryks att frågan om vilket anbud som skall antas är mycket central för att lagen skall uppnå kravet på icke-diskriminering, samt att prövningen bara får grundas på omständigheter som leverantörerna i förväg, genom förfrågningsunderlaget, fått reda på.<sup>50</sup> För att försäkra sig om att bedömningen blir så objektiv som möjligt kan det vara fördelaktigt att inte bara rangordna prövningskriterierna utan även ge varje kriterium ett värde, t.ex. en procentsats som anger hur de kommer att bedömas.<sup>51</sup>

En upphandlande enhet skall enligt huvudregeln annonsera upphandlingar över tröskelvärdena (förutom de B-tjänster som omfattas av 6 kap.) i EGT både vid upphandlingen, efter en avslutad upphandling och dessutom ofta även i förhand.<sup>52</sup> Reglering finns i LOU 1 kap. samt i de olika upphandlingstypernas respektive kapitel. Utformningen av annonserna regleras i förordning (2002:590) om standardformulär för annonsering vid offentlig upphandling, där det föreskrivs att de till lagen bifogade standardformulärens skall användas. Att annonsering sker korrekt är en förutsättning för att möjliggöra effektiv konkurrens eftersom det både ger

---

<sup>44</sup> Ibid.

<sup>45</sup> Forsberg, s. 104 ff.

<sup>46</sup> Hentze/Sylvén, s. 58 ff.

<sup>47</sup> Hentze/Sylvén, s. 103 ff.

<sup>48</sup> Hentze/Sylvén, s. 103 ff.

<sup>49</sup> Falk/Pedersen, s. 26 ff.

<sup>50</sup> Prop. 1992/93:88, s. 51 f.

<sup>51</sup> Forsberg, s. 105.

<sup>52</sup> Hentze/Sylvén, s. 139 samt LOU 1 kap. 7-11 §§.



leverantörer information för att kunna bedöma om och hur de skall delta i en upphandling och möjligheten att kontrollera att deras rättigheter faktiskt respekteras.<sup>53</sup> Enligt Hentze och Sylvén är annonseringen en av de viktigaste komponenterna för att uppfylla kraven på transparens och öppenhet.<sup>54</sup>

Anbud eller ansökningar om att lämna anbud skall ske skriftligen.<sup>55</sup> Särskilda tidsfrister för mottagande av anbud föreskrivs i respektive kapitel och beror bl.a. på vilket upphandlingsförfarande som tillämpas samt huruvida förannonsering skett.<sup>56</sup>

Innan anbudstiden gått ut ges potentiella anbudsgivare ofta möjlighet att inom en angiven tidsram ställa frågor rörande det annonserade förfrågningsunderlaget. I den ideala upphandlingen skulle inte någon sådan period behövas, men eftersom utarbetandet av förfrågningsunderlaget är en komplicerad process som kräver många olika kompetenser uppkommer de facto frågor, helt enkelt eftersom förfrågningsunderlaget inte *kan* utarbetas intill perfektion. Därför fyller denna period en viktig funktion då den möjliggör att förfrågningsunderlaget i vart fall kommer närmare att bli felfritt. Eftersom likabehandlingsprincipen föreskriver att alla leverantörer skall behandlas lika samlas alla frågor och svar samman och skickas ut till de leverantörer som man vet begärt ut underlaget. Då underlaget ofta även finns tillgängligt elektroniskt och det inte är möjligt att registrera alla som hämtar ut detta anslås i förekommande fall även samma dokument på den upphandlande enhetens hemsida. Därmed kan en frågeperiod genomföras utan att LOU:s syften äventyras.<sup>57</sup>

### 4.3.2 Anbudens bedöms

Inkomna anbud skall, i de fall det rör sig om upphandling inom den klassiska sektorn, öppnas vid en förrättning. Denna syftar till att garantera att inga ovidkommande hänsyn tas när anbudens hanteras av den upphandlande enheten. Vid förrättningen deltar minst två representanter för den upphandlande enheten. En anbudsgivare har möjlighet att närvara genom att begära att en representant utsedd av handelskammaren skall närvara. Alla som deltar i förrättningen skall bestyrka den förteckning som under öppnandet skall föras över alla anbud.<sup>58</sup> Enligt SekrL 6 kap. 2 § andra stycke gäller absolut sekretess för alla anbud och för att minska risken för att sekretessbelagd information sprids bör inte fler personer än nödvändigt delta vid förrättningen. Sekretessen hindrar dock inte att information lämnas till handelskammarens representant för att denna skall kunna

---

<sup>53</sup> Forsberg, s. 61 ff.

<sup>54</sup> Hentze/Sylvén, s. 136.

<sup>55</sup> LOU 1 kap. 19 § och 6 kap. 5 §.

<sup>56</sup> LOU 2 kap., 13-19 §§, 3 kap. 18-23 §§, 4 kap. 17-22 §§, 5 kap. 20-24 a §§ och 6 kap. 5 a §.

<sup>57</sup> Intervju med Jerker Alm, 2007-05-23.

<sup>58</sup> Forsberg, s. 131 ff. samt LOU 1 kap. 20 §.

kontrollera öppningsförfarandet.<sup>59</sup> Vid förhandlad upphandling behöver inte förrättning hållas, men anbudet skall öppnas samtidigt om inte särskilda skäl kräver att de öppnas efter hand.<sup>60</sup>

Eftersom bedömningen av leverantörer och utvärderingen av anbud styrs av olika regler kommer dessa två skilda processer att beskrivas var för sig. I LOU 1 kap. 20 a § anges att vid upphandling inom den klassiska sektorn skall kontrollen av om anbudsgivarna eller anbudssökandena uppfyller den upphandlande enhetens krav ske *innan* anbudsprövningen görs.

Kvalificeringsfasen, som leverantörsbedömningen brukar benämnas, innebär att den det fastställs om en leverantör klarar av att genomföra ett specifikt upphandlingskontrakt. I denna bedömning kan den upphandlande enheten ta med de s.k. diskvalifikationsgrunderna som återfinns i LOU 1 kap. 17 § respektive 6 kap. 9 § för upphandlingar som uppgår till eller överstiger tröskelvärdena respektive understiger tröskelvärdena.<sup>61</sup> De två bestämmelserna skiljer sig inte nämnvärt. Bl.a. nämns som grund för diskvalificering att en leverantör är i eller föremål för konkurs alternativt är dömd för brott i yrkesutövningen. Det skall dock påpekas att det inte är tvingande att diskvalificera en leverantör, utan den upphandlande enheten avgör självständigt när någon av grunderna skall tillämpas, såtillvida inte något av kraven i förfrågningsunderlaget förutsätter diskvalificering.<sup>62</sup> Regelsystemet för offentlig upphandling anger att leverantörerna skall bedömas efter sin ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska förmåga och kapacitet och att denna bedömning skall göras på objektiva och verifierbara grunder. Dessvärre sägs i lagen lite om *innebörden* av dessa begrepp. Man kan dock söka vägledning från de bevismedel som enligt förordning (1998:1364) om bevis vid offentlig upphandling kan begäras in från leverantörerna. Denna förordning är emellertid endast tillämplig på de klassiska sektorerna. För försörjningssektorn är utrymmet för att ställa krav något större eftersom regelverket endast anger att kriterierna skall vara objektiva och inget sägs om vilka bevis som kan krävas in från leverantörerna.<sup>63</sup> När det gäller vilka krav leverantörerna kan åläggas anges inte detta i lagen, utan upphandlande enheter måste själva ange vilka kraven är samt vilka bevis som kommer att begäras. Detta skall göras i annonsen eller senast i förfrågningsunderlaget. Beviskatalogen avseende ekonomiska krav är inte, till skillnad från katalogen över bevis för teknisk förmåga och kapacitet, uttömmande. För upphandlingar som regleras av 6 kap. LOU finns inga ytterligare regler om kvalificering förutom vad som ovan sagts om diskvalifikation.<sup>64</sup>

När kvalificeringsfasen är avslutad jämföras alla godkända leverantörer, oavsett *hur väl* skall-kraven är uppfyllda. Det skulle rimma illa med

---

<sup>59</sup> Se RÅ 1996 ref. 85.

<sup>60</sup> LOU kap. 1 20 § andra stycket.

<sup>61</sup> Falk/Pedersen, s. 57.

<sup>62</sup> Falk/Pedersen, s. 59.

<sup>63</sup> Falk/Pedersen, s. 57.

<sup>64</sup> Falk/Pedersen, s. 58 ff.

proportionalitetsprincipen att göra en relativ bedömning av leverantörernas lämplighet eftersom man enligt denna princip inte kan kräva mer eller annat än vad som är nödvändigt för att klara av upphandlingskontraktet.<sup>65</sup> Således är det tillräckligt en leverantör nått upp till den i förfrågningsunderlaget angivna ”ribban”, men ingen fördel ges till de leverantörer som långt överstiger denna. Samtidigt får de leverantörer som bara precis klarat att uppnå kravet inte någon nackdel av detta.

Ett annat sätt att beskriva den upphandlande enhetens hantering av anbud är att beskriva det i fyra olika steg. Som första steg prövas huruvida anbudet inkommit i tid. Det andra steget är att kontrollera anbudet mot uppställda kvalifikationskrav och formella skall-krav. Med det sistnämnda avses t.ex. att anbudet skall vara giltigt under den tid som angivits i förfrågningsunderlaget och att det i övrigt överensstämmer med sådana krav som inte rör det materiella innehållet, d.v.s. föremålet för upphandlingen. Det tredje steget är att kontrollera om de uppställda skall-kraven rörande det materiella innehållet är uppfyllda. Slutligen görs utvärderingen enligt angivna utvärderingskriterier. Denna beskrivning är möjligen mer pedagogisk än uppdelningen i en kvalifikations- och utvärderingsfas eftersom det klarare framgår för en leverantör att varje enskild punkt utgör en egen prövning. Därmed blir det lättare för en leverantör att se vid vilket steg som anbudet inte gått vidare.<sup>66</sup>

När anbuden skall utvärderas får den upphandlande enheten endast tillämpa sådana krav som är förenliga med EG-rätten. Detta innebär bl.a. att principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsfrihet blir centrala för all anbudsutvärdering. LOU anger två tillåtna utvärderingsgrunder, antingen skall det anbud som har *lägst anbudspris* antas eller det anbud som med hänsyn till angivna utvärderingskriterier framstår som *ekonomiskt mest fördelaktigt*.<sup>67</sup> Om lägsta pris tillämpas som utvärderingsgrund måste alla uppställda krav vara obligatoriska (d.v.s. skall-krav) och av de anbud som uppfyller kraven skall det med lägst pris antas. Om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tillämpas som utvärderingsgrund är det möjligt att göra en relativ utvärdering av anbuden (genom att tillämpa bör-krav). I både direktiven och LOU finns exempel på tillämpliga kriterier men dessa är inte uttömmande. Om inte några utvärderingskriterier anges kan den upphandlande enheten inte använda sig av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som grund utan är tvingad att tillämpa grunden lägsta pris eftersom kriterierna måste vara synbara för leverantörerna.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> Falk/Pedersen, s. 61.

<sup>66</sup> Intervju med Jerker Alm 2007-05-23.

<sup>67</sup> LOU 1 kap. 22 § samt 6 kap. 12 §.

<sup>68</sup> Falk/Pedersen, s. 91 ff.

### 4.3.3 Efter tilldelningsbeslutet

När den upphandlande enheten har valt vilket anbud den vill anta skall den upprätta ett beslut om val av leverantör, det s.k. tilldelningsbeslutet.<sup>69</sup> Efter att upphandlingskontrakt har tecknats med den vinnande anbudsgivaren är den upphandlande enheten, om det är fråga om upphandling inom den klassiska sektorn, skyldig att annonsera detta inom 48 dagar efter att upphandlingen avslutats, samt upprätta en rapport om den avslutade upphandlingen.<sup>70</sup>

De leverantörer som har avgett anbud eller som ansökt om att få lämna anbud har, i samtliga upphandlingar, rätt att få information om den avslutade upphandlingen.<sup>71</sup> Den absoluta sekretessen för uppgifter som rör anbud, som främst syftar till att förhindra anbudskarteller samt möjliggöra för det allmänna att bedriva affärsmässig verksamhet, bryts enligt SekrL 6 kap. 2 § 2 st då tilldelningsbeslutet fattas. Istället gäller enligt 6 kap. 2 § första stycket ett s.k. rakt skaderekvisit med innebörden att handlingen skall lämnas ut om det *inte* kan antas att det allmänna lider skada om uppgiften röjs. Det kan även finnas andra tillämpliga sekretessbestämmelser i det enskilda fallet, t.ex. 8 kap. 10 § som rör uppgifter om enskildas affärs- eller driftförhållanden, och en sekretessprövning skall alltid göras.<sup>72</sup> Den upphandlande enheten är vidare skyldig att på eget initiativ lämna ut uppgifter om tilldelningsbeslutet och skälen för detta till anbudsgivare och anbudssökande.<sup>73</sup> Uppgifterna skall enligt LOU 1 kap. 28 § även lämnas till övriga leverantörer som begär det, detta för att fånga in hela den krets som är berättigade att begära överprövning av upphandlingen och väcka talan om skadestånd. Till andra än de som nämnts ovan är det bara de upphandlande enheter som är förpliktade enligt TF 2 kap., d.v.s. inte privata och de flesta statliga och kommunala bolag, som är skyldiga att lämna ut handlingarna enligt reglerna om handlingsoffentlighet.

Syftet med informationsskyldigheten är att ge leverantörerna möjlighet att i efterhand bilda sig en uppfattning om huruvida upphandlingen genomförts korrekt. Eftersom det finns ett krav på likabehandling av leverantörer skall samma information lämnas till samtliga leverantörer.<sup>74</sup> Det har dock ifrågasatts om informationen verkligen måste vara identisk i alla delar med hänsyn till att det väsentliga för respektive leverantör är att veta varför just denne inte tilldelats kontraktet samt risken för att skada det allmänna.<sup>75</sup>

---

<sup>69</sup> Forsberg, s. 144.

<sup>70</sup> Forsberg, s. 63 f.

<sup>71</sup> Se LOU kap 1 27-29 §§.

<sup>72</sup> Prop. 2001/02:142, s. 56 ff.

<sup>73</sup> Detta följer av att fristen inom vilken upphandlingen enligt 7 kap kan överprövas börjar löpa från den tidpunkt då sådan information lämnas.

<sup>74</sup> Prop. 2001/02:142, s. 58 ff.

<sup>75</sup> Falk/Pedersen, s. 178.

Nästa steg i upphandlingen är att det mellan leverantören och den upphandlande enheten tecknas ett upphandlingskontrakt. Detta skall enligt LOU vara skriftligt och undertecknat av parterna. Som kommer att redogöras för nedan (se avdelning II) innebär detta skriftlighetskrav *inte* att det uppställs ett formkrav för att avtalet skall bli civilrättsligt bindande utan ett sådant avtal kan mycket väl träffas vid en tidigare tidpunkt än då upphandlingskontraktet undertecknas. Däremot har upphandlingskontraktet stor betydelse för talan om överprövning och skadestånd, som är de rättsmedel som LOU erbjuder de leverantörer som anser att upphandlingen gått felaktigt till.

LOU ställer två olika rättsmedel till förfogande för leverantörer som anser sig ha blivit förfördelade vid en upphandling; överprövning och skadestånd. Under avdelning II kommer det närmare att redogöras för dessa regler, varför de lämnas utanför framställningen i denna del.

## 4.4 Nämnden för offentlig upphandling (NOU)

I samband med att LOU infördes inrättades myndigheten NOU. Ett skäl till dess inrättande var upphandlingsområdets anpassning till EG-rätten, vilket medförde en markant ökning av regelmängden. Det uppmärksammades även att detta regelverk förmodades vara under ständig förändring. Vidare medförde LOU:s införande att ett stort antal enheter för första gången omfattades av begreppet upphandlande enheter varför behovet av hjälp och stöd förmodades öka avsevärt. Sammantaget bedömdes därför att det fanns ett starkt behov av en särskild myndighet på upphandlingsområdet.<sup>76</sup>

NOU är en självständig myndighet som administrativt inordnas under RRV.<sup>77</sup> För närvarande pågår dock arbetet att förbereda att nämnden slås samman med KKV, vilket skall ha genomförts den 1 september i år (2007). En ny upphandlingsavdelning på KKV planeras och denna skall förstärkas med ca tio kvalificerade handläggare. Syftet med sammanslagningen är att ge tillsynen ökad tyngd och göra den mindre sårbar.<sup>78</sup> På grund av sammanläggningen är det något oklart hur den nuvarande verksamheten kommer att verka i framtiden.

I dag regleras NOU:s verksamhet i LOU 7 kap 9-10 §§ samt i förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Av dessa bestämmelser framgår att NOU:s uppgifter dels är att utöva tillsyn över offentliga upphandlingar och att följa utvecklingen på upphandlingsområdet inom EU. Vidare skall LOU inom sitt tillsynsområde informera och ge allmänna råd samt följa hur tillämpningen av LOU på det nationella planet utvecklas. NOU har till uppgift att verka för att denna tillämpning sker

---

<sup>76</sup> Prop. 1992/93:88, s. 43.

<sup>77</sup> Prop. 1992/93:88, s. 44.

<sup>78</sup> [http://www.nou.se/nou\\_kkv.html](http://www.nou.se/nou_kkv.html).

enhetligt. Slutligen skall NOU samla in statistiskt material och i övrigt verka för en effektiv offentlig upphandling.<sup>79</sup> För att kunna utöva sin tillsyn får NOU inhämta alla uppgifter som är nödvändiga för detta uppdrag och de upphandlande enheterna är skyldiga att tillhandahålla all sådan information.<sup>80</sup>

---

<sup>79</sup> Förordning (1993:98) med instruktion för NOU, 1 §.

<sup>80</sup> LOU 7 kap 9-10 §§.

# ANDRA AVDELNINGEN: LOU ur ett civilrättsligt perspektiv

Under denna avdelning redogörs för de frågeställningar som presenterats i avsnitt 1. En närmare presentation kommer att göras i respektive kapitel.

## 5 Civilrättsligt giltiga avtal och överprövning

I detta kapitel kommer att redogöras för förhållandet mellan när avtal ingås i ett upphandlingsförfarande och förutsättningarna för säkerställandet av en effektiv överprövning.

Kapitlet är disponerat enligt följande. Inledningsvis redogörs för under vilka förutsättningar LOU erbjuder en leverantör möjligheten att få en upphandling överprövad och hur domstolen kan påverka den fortsatta gången i en upphandling (kap. 5.1). Därefter redogörs för hur avtal ingås i upphandlingssammanhang (kap. 5.2), dels genom en redogörelse för vad skriftlighetskravet i LOU innebär (kap. 5.2.1) och dels genom att allmänna avtalsrättsliga principers tillämplighet i upphandlingen undersöks (kap. 5.2.2). Kommissionens förslag till nya rättsmedelsdirektiv, som skulle kunna framtvinga en förändring av den svenska regleringen, behandlas också under detta avsnitt (kap. 5.2.3). I nästa kapitel redogörs för medlemsstaters skyldighet att införliva direktiv och vilka konsekvenser som kan följa om skyldigheten inte infrias (kap. 5.3). Vidare redogörs för hur upphandlande enheter i flera fall har konstaterats trotsa både LOU och domstolars domar (kap. 5.4). Mina egna synpunkter och slutsatser presenteras delvis i den löpande texten men även i ett avslutande avsnitt (kap. 5.5).

### 5.1 Överprövning enligt LOU

En offentlig upphandling kan, under ett pågående förfarande, överprövas av allmän förvaltningsdomstol på ansökan av en leverantör. Detta innebär att domstolen kan fatta vissa beslut om det fortsatta förloppet i den aktuella upphandlingen. Överprövningsmöjligheten syftar till att skydda leverantörer för det fall att den upphandlande enheten åsidosatt LOU:s bestämmelser.<sup>81</sup> I preambeln till de båda rättsmedelsdirektiven anges att dessas främsta syfte är att garantera att försörjnings- och de klassiska direktiven efterlevs. Vikten av att ha snabba och effektiva rättsmedel betonas särskilt. Överprövning kan

---

<sup>81</sup> Forsberg, s. 163.

t.ex. bli aktuellt då annonsen inte är riktigt utformad eller då de kvalificeringskrav som tillämpats saknar grund. För att förhindra att skada uppkommer och begränsa eventuellt senare uppkomna skador bör överprövning ske så tidigt som möjligt under ett upphandlingsförfarande.<sup>82</sup>

Den leverantör som anser sig antingen ha lidit eller kan komma att lida skada av att upphandlingen genomförts på ett lagstridigt sätt har talerätt i mål om överprövning. LOU:s definition av leverantörer är vidträckt och omfattar alla som tillhandahåller varor, tjänster el.dyl., även om leverantören i det enskilda fallet inte tillhandahållit det som upphandlats.<sup>83</sup> Däremot har inte den leverantör som vunnit en anbudstävling rätt att begära överprövning.<sup>84</sup> Den klagande leverantören har bevisbördan för att denne har lidit eller kan komma att lida skada. I Grossman-målet<sup>85</sup> uttalades att en leverantör som inte lämnat något anbud ”svårligen kan visa att han har intresse av att motsätta sig beslutet eller att han har skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen”.<sup>86</sup> Om leverantören däremot avstått från att delta på grund av att förfrågningsunderlaget uppställt diskriminerande specifikationer skall överprövning ändå kunna begäras trots att leverantören inte deltagit.<sup>87</sup> Huvudregeln torde dock vara att talerätt i princip kräver att den klagande leverantören ansökt om att delta i upphandlingen.

Överprövning kan ske fram tills dess att ett upphandlingskontrakt<sup>88</sup> slutits mellan en leverantör och en upphandlande enhet samt 10 dagar förflutit sedan den upphandlande enheten meddelat deltagande leverantörer om vem som vunnit upphandlingen och skälen för detta enligt LOU 1 kap. 28 §.<sup>89</sup> När överprövningsfristen gått till ända är upphandlingen att anse som avslutad i lagens mening. Att en upphandlande enhet ingått ett avtal utan att iakttä LOU är tillämplig hindrar inte att överprövning sker.<sup>90</sup> Enligt ett nyligen meddelat kammarrättsbeslut krävs för att tiodagarsfristen skall börja löpa att meddelandets innehåll och utformning överensstämmer med 28 §:s syfte, att upplysningarna skall ge leverantören möjlighet att bedöma huruvida det är meningsfullt att begära tilldelningsbeslutet överprövat. Det anmärktes i målet att den upphandlande enheten visserligen själv kan anpassa meddelandet till den aktuella upphandlingen, men att det måste finnas möjlighet för leverantörerna att bedöma både hur utvärderingen skett och vilka överväganden som lett till resultat. I det aktuella målet hade inte informationen omfattat hur eller ens om några kriterier beaktats och det konstaterades därför att någon tiodagarsfrist aldrig börjat löpa.<sup>91</sup> Vidare har

---

<sup>82</sup> Forsberg, s. 163.

<sup>83</sup> LOU 1 kap 5 §.

<sup>84</sup> RÅ 2002 ref. 5.

<sup>85</sup> Mål C-230/02.

<sup>86</sup> Se domen punkt 27.

<sup>87</sup> Se domen punkterna 28-30.

<sup>88</sup> Enligt LOU 1 kap 5 § är ett upphandlingskontrakt ett skriftligt avtal mellan en upphandlande enhet och en leverantör, som undertecknats av båda parter.

<sup>89</sup> LOU 6 kap 1 §.

<sup>90</sup> RÅ 2005 ref. 10.

<sup>91</sup> Kammarrätten i Jönköpings beslut den 23 mars 2007 i mål 549-07.



RegR slagit fast är tiodagarsfristen inte är ”av sådan beskaffenhet” att den kan återställas enligt reglerna om återställande av försutten tid.<sup>92</sup>

För direktupphandlingar, som bara är tillåtna i undantagsfall vid upphandlingar enligt LOU 6 kap. gäller, med avvikelse från den ovan beskrivna regleringen, att överprövningsfristen slutar att löpa då ett *avtal* (som således inte behöver vara ett upphandlingskontrakt) slutits mellan en leverantör och den upphandlande enheten.<sup>93</sup>

Förutom att avslå en ansökan om överprövning kan domstolen vid alla typer av upphandling fatta tre olika sorters beslut: att upphandlingen skall *göras om*, att *rättelse* skall ske eller att *interimistiskt* förordna att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

RegR har uttalat att ett beslut om att en upphandling skall *göras om* ”i själva verket utgör ett förbud för den upphandlande enheten att avsluta upphandlingen”. Anledningen till att förbudet gäller omedelbart och inte kräver att domen vunnit laga kraft, vilket i allmänhet annars anses vara ett krav för att ett mot enskild betungande beslut skall kunna verkställas, var enligt RegR att överprövningsprocessen annars skulle bli meningslös.<sup>94</sup>

Om det inte är nödvändigt att göra om en upphandling för att komma till rätta med konstaterade överträdelser kan domstolen istället, om det anses tillräckligt, besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän *rättelse* skett. Exempel i praxis på när rättelse har ansetts tillräcklig har varit då felaktigheten inte ansetts ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen utan det senare stadium då anbud redan har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras.<sup>95</sup> Domstolen kan fritt välja om upphandlingen skall göras om eller om rättelse är det mest lämpliga i det enskilda fallet. Detta gäller oberoende av vad som yrkats av parterna.<sup>96</sup>

Som komplement till de övriga påföljderna kan domstolen under processen fatta ett *interimistiskt beslut* att upphandlingen tills vidare inte får avslutas, under förutsättning att det inte är osannolikt att ett fel begåtts. Vid bedömningen av huruvida ett sådant beslut skall fattas skall domstolen göra en proportionalitetsbedömning. Därvid skall rätten väga mellan att det interimistiska beslutet å ena sidan avser att säkerställa leverantörens rätt och å andra sidan de skador som ett sådant beslut skulle kunna innebära för den pågående upphandlingen. Om det fel som har begåtts är litet i förhållande till de ekonomiska följderna för den upphandlande enheten bör domstolen således välja att inte fatta något interimistiskt beslut.<sup>97</sup> Enligt förarbetena avser proportionalitetsbedömningen endast det interimistiska beslutet och

---

<sup>92</sup> RegR:s beslut den 27 februari 2007 i mål 8016-06.

<sup>93</sup> LOU 6 kap 1 §.

<sup>94</sup> RÅ 2005 ref. 17.

<sup>95</sup> RÅ 2005 ref. 47.

<sup>96</sup> Se RÅ 2005 ref. 7.

<sup>97</sup> Forsberg, s. 167.

skall inte påverka det slutliga beslutet.<sup>98</sup> RegR har vidare uttalat att det interimistiska beslutet måste ses mot bakgrund av Alcatel-målet<sup>99</sup> (avgörandet beskrivs mer ingående nedan under kap. 5.2.1) och kravet på att medlemsstaterna skall säkerställa en effektiv överprövning. Domstolen konstaterade att det genom Alcatel skapats större möjligheter än tidigare att meddela interimistiska beslut. Följaktligen skiljer sig LOU i detta avseende från möjligheten att meddela inhibition enligt FPL, som förutsätter att man gör en sannolikhetsbedömning av vilken den slutliga utgången förväntas bli.<sup>100</sup>

Vid överprövning av en upphandling inom försörjningssektorn finns ytterligare en möjlighet för domstolen som vid *vite* kan förbjuda den upphandlande enheten att fortsätta upphandlingen utan att bristerna avhjälpas. Vitesbeloppet får avvägas i förhållande till den avhållande effekt det skall uppnå.<sup>101</sup>

I RÅ 2004 ref. 24 tog RegR ställning till huruvida en upphandlande enhet kunde åläggas att säga upp ett ingånget avtal. Den klagande leverantören menade att en utebliven uppsägning av ett avtal som löpte över lång tid kunde jämföras med en otillåten direktupphandling och att rätten därmed kunde ålägga den upphandlande enheten att göra om upphandlingen. RegR konstaterade dock att LOU inte lämnade något utrymme för att bifalla talan på denna grund, eftersom en uppsägning eller en utebliven uppsägning av avtalet inte utgjorde en del av ett upphandlingsförfarande och att en upphandlande enhet därmed inte heller kan åläggas att göra om eller rätta en sådan. Rättsfallet kan enligt Eskil Nord sägas belysa att överprövningsreglerna enbart avser själva upphandlingsförfarandet och att de åtgärder som domstolen kan ålägga den upphandlande enheten att vidta är *uttömmande* reglerade i 7 kap.<sup>102</sup>

Av grundläggande betydelse i sammanhanget är frågan om *vilka beslut* som kan överprövas? I målet HI<sup>103</sup> uttalade EG-domstolen att beslutsbegreppet skall tolkas extensivt. I det senare Alcatel-målet<sup>104</sup> slog domstolen fast att ett beslut vare sig behöver vara kvalificerat till sin natur eller till sitt innehåll för att kunna överprövas. En länge omtvistad fråga har varit om ett beslut att avbryta en upphandling kan angripas med hjälp av överprövning. Både allmän domstol och förvaltningsdomstol ansåg länge att så inte var fallet.<sup>105</sup> I HI-målet fann dock EG-domstolen att en förutsättning för att beslut i ett upphandlingsförfarande skall kunna prövas effektivt och skyndsamt är att även ett beslut att återkalla en anbudsinfordran skall kunna prövas.<sup>106</sup> EG-domstolens uttalanden återspeglades i RÅ 2005 ref. 62 där RegR fann att

---

<sup>98</sup> Prop. 1995/96:165, s. 15.

<sup>99</sup> Mål C 81/98.

<sup>100</sup> Se regeringsrättens domskäl, s. 4 f.

<sup>101</sup> LOU 7 kap 2 § 1 st sista mom.

<sup>102</sup> Karnov 2005/06, Band 2, s. 1568 not 196.

<sup>103</sup> Mål C-15/04, punkten 50.

<sup>104</sup> Mål C-81/98, punkten 35.

<sup>105</sup> Se t.ex. NJA 2001 s. 3 och RÅ 2001 ref. 18.

<sup>106</sup> Mål C-15/04, punkterna 47-49 och 54.

allmän förvaltningsdomstol är behörig att överpröva även beslut att avbryta en upphandling. EG-domstolen har också uttalat sig angående en upphandlande enhets beslut att inte inleda ett offentligt upphandlingsförfarande. I Stadt Halle fastslog domstolen bl.a. att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla en prövningsmöjlighet även för sådana beslut som fattats utanför det formella upphandlingsförfarandet. Överprövning skall enligt EG-domstolen vara möjlig från den tidpunkt då det finns en viljeyttring avseende kontraktet från den upphandlande enheten. Vad som utgör en viljeyttring utvecklades inte särskilt ingående av domstolen, men som exempel nämndes att en upphandlande enhet inleder förhandlingar med en leverantör. Vidare framhölls att sådana beslut som syftar till att klargöra om ett visst kontrakt skall hänföras till direktivens tillämpningsområde måste kunna överprövas.<sup>107</sup>

## 5.2 Avtals ingående

### 5.2.1 Skriftlighetskravet i LOU

Av LOU 1 kap 5 § framgår att ett upphandlingskontrakt skall vara skriftligt och undertecknat av parterna. Detta får betydelse för hur länge rättsmedlen överprövning (se ovan kap 5.1) och skadestånd (se nedan kap 6.1.1) kan göras gällande. Däremot påverkar det inte när ett civilrättsligt giltigt avtal ingås eftersom det klargörs i förarbetena till LOU att kravet på skriftlighet och undertecknande inte innebär något egentligt formkrav.<sup>108</sup> Givetvis är det av intresse att undersöka *varför* den svenska lagsiftaren har valt denna lösning. Som kommer att framgå i det följande avsnittet har preskriptionstiden ändrats vid två tillfällen sedan LOU trädde i kraft. I förarbetena till dessa ändringar går att utläsa vad som föranledde ändringarna och skälen bakom de olika lösningarna.

Enligt LOU:s ursprungliga lydelse kunde överprövning bara ske fram till dess att ett *tilldelningsbeslut fattats*. Detta motiverades i förarbetena av att det ”inte vore en tillfredsställande ordning att ett civilrättsligt bindande kontrakt som sluts efter det att beslut om leverantör fattats skall kunna upphävas i administrativ ordning”.<sup>109</sup> Därmed tycks lagstiftaren ha haft uppfattningen att om det var möjligt att ingå avtal under överprövningsfristen så måste ett sådant upphävas för att överprövning skall kunna ske. I RÅ 1996 ref. 50 nådde RegR slutsatsen att denna formulering *klart* stred mot rättsmedelsdirektiven, som enligt reglerna om direkt effekt skall ges företräde framför den nationella rätten. Målet avsåg tolkningen av det andra rättsmedelsdirektivet, som i art. 2(6) anger att överprövning skall kunna ske fram till dess att ett *upphandlingsavtal* slutits. RegR konstaterade till en början att AvtL:s regler om att avtal sluts genom avgivande av samstämmiga viljeförklaringar i form av anbud och accept inte var

---

<sup>107</sup> Mål C-26/03, punkterna 39-41.

<sup>108</sup> Prop. 2001/02:142, s. 73.

<sup>109</sup> Prop. 1992/93:88, s. 101.

tillämpliga vid formalavtal. Vidare uttalades att LOU byggde på att "ett skriftligt avtal ingår i upphandlingen". Enligt RegR var det detta skriftliga *upphandlingskontrakt* som motsvarades av begreppet *upphandlingsavtal* i rättsmedelsdirektivet. Slutsatsen blev att tilldelningsbeslutet låg "före den tidpunkt då *avtal* (min kursivering) sluts *i direktivets mening* (min kursivering)". Eftersom direktivtexten, enligt RegR:s tolkning, föreskrev att överprövning skulle kunna ske "intill undertecknandet av detta *skriftliga avtal* (min kursivering)" hade således LänsR kunnat ha överprövat upphandlingen, men eftersom detta inte skett och prövningen i RegR inträffade efter att det skriftliga avtalet undertecknats hade preskription inträtt. Som en följd därav avskrev RegR målet.<sup>110</sup> I ett notisfall från RegR samma år hänvisades till fallet ovan och det konstaterades även i detta mål att LänsR borde ha prövat yrkandet om överprövning eftersom det vid denna tidpunkt inte förelegat något *skriftligt avtal* mellan leverantören och den upphandlande enheten. RegR blev dock återigen tvungen att avskriva målet eftersom det skriftliga avtalet gjort att preskription inträtt innan RegR tog upp saken till prövning.<sup>111</sup>

Efter RÅ 1996 ref. 50 ändrades lagstiftningen på så sätt att överprövning kunde ske fram till dess att *avtal slutits*. Enligt förarbetena sades detta vara i enlighet med RegR:s avgörande.<sup>112</sup> En ytterligare motivering till varför lagstiftaren valde just avtalsslutet hade varit önskvärd, men någon sådan gavs inte.

Det andra tillfället som överprövningsfristen ändrades föranleddes detta av Alcatel-målet<sup>113</sup>, i vilket EG-domstolen prövade huruvida den österrikiska lagstiftningen var förenlig med det första rättsmedelsdirektivet. Enligt dåvarande österrikisk rätt ingicks ett civilrättsligt giltigt avtal mellan leverantören och den upphandlande enheten då den förstnämnde fick kännedom om att hans anbud antagits. Eftersom detta beslut oftast var ett internt beslut om vilket tredje man inte fick kännedom kunde beslutet normalt inte i praktiken överprövas.<sup>114</sup> EG-domstolen konstaterade inledningsvis att avsikten med det första rättsmedelsdirektivet är att förstärka medlen för att säkerställa att reglerna verkligen tillämpas korrekt, särskilt på ett stadium då överträdelserna ännu kan rättas till.<sup>115</sup> Vidare konstaterades att de österrikiska reglerna innebar att upphandlingens viktigaste beslut, tilldelningsbeslutet, på ett systematiskt sätt undgick överprövningsinstitutets räckvidd.<sup>116</sup> Rättsmedelsdirektivets art. 2(1), som omfattar behörigheten att fatta interimistiska åtgärder, åsidosätta eller garantera åsidosättandet av olagliga beslut samt att ge skadestånd, sades av domstolen vara tillämplig under det prekontraktuella stadiet i en upphandling. Vidare uppmärksammades art. 2(6), som stadgar att en

---

<sup>110</sup> Se RÅ 1996, s. 203 f.

<sup>111</sup> RÅ 1996 not. 258.

<sup>112</sup> Genom SFS 1997:1068, se prop. 1996/97:153, s. 55.

<sup>113</sup> Mål C 81/98.

<sup>114</sup> Se domen, p. 21-22.

<sup>115</sup> Se domen, p. 33.

<sup>116</sup> Se domen, p. 38.

medlemsstat får begränsa domstolens prövning till att utdöma skadestånd efter det att ett upphandlingsavtal slutits. Efter en tolkning av dessa artiklar konstaterade EG-domstolen att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket klaganden kan utverka undanröjande av tilldelningsbeslutet, oberoende av möjligheten av att erhålla skadestånd.<sup>117</sup> Således befanns den österrikiska lagstiftningen inte vara i enlighet med EG-rätten.

Efter domen har Österrike ändrat regleringen och en informationsplikt avseende tilldelningsbeslutet har införts. Vidare har man infört en tidsfrist på i regel två veckor som anger att det inte är möjligt att sluta ett upphandlingsavtal innan fristens utgång. Om ett avtal ingås inom fristen utan att några undantag är tillämpliga så är detta *ogiltigt*.<sup>118</sup>

Tidigare fanns i svensk rätt förhållanden som ledde till liknande resultat som de österrikiska reglerna. Problem uppstod på grund av de då gällande sekretessreglerna (absolut sekretess fram till att avtal var slutet) i kombination med att *avtalets ingående* markerade hur länge en upphandling kunde överprövas. Den gällande sekretessen medförde på så sätt att det i praktiken var mycket svårt att begära överprövning, eftersom erforderlig information inför en sådan begäran inte var tillgänglig. Således var SekrL och LOU inte förenliga med upphandlingsdirektiven och EG-domstolens dom i Alcatel.<sup>119</sup> Därför kompletterades LOU med en informationsplikt för upphandlande enheter och preskriptionsfristen ändrades till nuvarande ordning. I konsekvens härmed ändrades även sekretessreglerna.

Då den svenska lagstiftaren skulle välja hur implementeringen av Alcatel skulle genomföras figurerade i huvudsak två olika förslag, varav regeringen valde att anta det som inte innebar att något formkrav med ogiltighet som sanktion infördes.<sup>120</sup> Den föregående upphandlingskommittén förespråkade tvärtom att ett upphandlingskontrakt skulle vara underkastat formkrav för att bli giltigt. Enligt kommittén innebar dess förslag enbart ett förtydligande av det gällande rättsläget såsom det bekräftats i RÅ 1996 ref. 50, i vilket RegR enligt kommitténs uppfattning fastställt att *avtalsbundenhet* uppstod först då parterna i upphandlingen undertecknat ett skiftligt avtal.<sup>121</sup> Flertalet remissinstanser, däribland Konkurrensverket och Svensk Handel, tillstyrkte eller hade inget att erinra mot ett formkrav kombinerat med en ogiltighetspåföljd.<sup>122</sup> Bl.a. VHS och Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet opponerade sig dock mot ogiltighetspåföljden, eftersom en sådan påföljd sades vara olämplig i de fall då avtal påbörjats eller t.o.m. fullgjorts. Juridiska fakultetsnämnden förordade istället att ogiltighetsfrågan, liksom andra ogiltighetsfrågor knutna till upphandlingskontraktet, skulle lämnas till rättstillämpningen och doktrinen.

---

<sup>117</sup> Se domen, p. 43.

<sup>118</sup> Prop. 2001/02:142, s. 53.

<sup>119</sup> Prop. 2001/02:142, s. 53 f.

<sup>120</sup> Mål C 81/98.

<sup>121</sup> SOU 2001:31 s. 257 ff.

<sup>122</sup> Prop. 2001/02:142, s. 72.

VHS påpekade att omsättningsintresset, företrätt av leverantörerna, riskerade att bli lidande och menade att detta skulle leda till att en alltför stor del av tillsynsansvaret lades på leverantörerna. Det framhölls även från några håll kritik mot att kommittén inte tillräckligt utförligt redovisat vilka konsekvenser en ogiltighetspåföljd skulle föra med sig. En annan kritik som lyftes fram var att kommitténs förslag skulle leda till skada för den upphandlande enheten eftersom en leverantör som ångrat sitt anbud skulle kunna vägra skriva under avtalet och endast riskera skadeståndsansvar enligt reglerna om culpa in contrahendo, och då sannolikt endast till det negativa kontraktsintresset.<sup>123</sup>

I propositionen konstaterades att kommitténs tolkning av det gällande rättsläget var direkt felaktig och vidare att något formkrav i upphandlingssammanhang inte borde införas. Avseende RÅ 1996 ref. 50 sades att RegR behandlade frågan inom vilken tid överprövning kunde ske men ”knappast [...] den civilrättsliga bundenheten mellan avtalsparterna”. Som motivering anfördes bl.a. att syftet med LOU aldrig varit att vid sidan om det allmänna avtalsrättsliga regelverket skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk för relationen mellan privaträttsliga och offentligrättsliga subjekt i annan utsträckning än vad som var nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven. Förutom de skäl som framförts av remissinstanserna hänvisades bl.a. till att en stor nackdel med en ogiltighetspåföljd skulle vara att avtalet skulle förbli ogiltigt mellan avtalsparterna även i fall då överprövning faktiskt inte begärts.<sup>124</sup>

Föredragande statsråd ansåg således att det räckte att möjliggöra överprövning utan hinder av att ett avtal ingåtts, för att i enlighet med Alcatel införa ett effektivt prövningsförfarande med praktisk möjlighet att få tilldelningsbeslutet undanröjt.<sup>125</sup> Densamme medgav att förslaget medförde en risk att parterna i ett upphandlingsförfarande blir civilrättsligt bundna av ett avtal innan upphandlingen har avslutats. Föredraganden menade dock att upphandlande enheter i en sådan situation rimligtvis inte kunde fullfölja ett sådant avtal. För att undgå skadeståndsskyldighet uppmanades därför upphandlande enheter att i förfrågningsunderlaget se till att ange att avtal sluts först genom ett upphandlingskontrakt.<sup>126</sup>

En dom från Svea HovR från år 2004 illustrerar hur en upphandlande enhet gör klokt i att följa ovan nämnda råd.<sup>127</sup> Bakgrunden till målet var att den upphandlande enheten ingått avtal med den leverantör som enligt enhetens utvärdering avgett det bästa anbudet. Efter att förvaltningsdomstol på begäran av en annan leverantör förordnat att upphandlingen var olaglig och skulle göras om fullföljde inte den upphandlande enheten det först slutna avtalet. Den leverantör som den upphandlande enheten träffat avtal med inledde därefter en skadeståndstalan i allmän domstol. Den upphandlande

---

<sup>123</sup> Prop. 2001/02:142, s. 71 f.

<sup>124</sup> Prop. 2001/02:142, s. 73 ff.

<sup>125</sup> Prop. 2001/02:142, s. 78.

<sup>126</sup> Prop. 2001/02:142, s. 78.

<sup>127</sup> Svea HovR:s dom den 14 december 2004 i mål T 759-03.

enheten argumenterade för att den på grund av förvaltningsdomstolens beslut hade rätt att *frånträda* avtalet och därmed inte heller kunde anses skadeståndsskyldig. TR godkände denna invändning och ogillade skadeståndstalan. Detta ändrades dock av HovR som hänvisade till uttalandena i ovan nämna proposition och konstaterade att kommunen gjort sig skyldig till ett avtalsgrundande kontraktsbrott.<sup>128</sup>

Sammantaget kan således konstateras att LOU *inte* innehåller några bestämmelser som reglerar hur ett civilrättsligt giltigt avtal ingås. Denna ordning, som framtvingades av Alcatel, möjliggör att civilrättsligt giltiga avtal kan ingås innan upphandlingen är avslutad och därmed torde den svenska lagstiftaren ha tvingats överge sin inställning i LOU:s ursprungliga förarbeten att det vore otillfredsställande att civilrättsligt giltiga avtal kan ingås innan upphandlingen är avslutad. Denna lösning kan dock antas komma att ge upphov till problem. En upphandlande enhet kan ju samtidigt vara civilrättsligt skyldig att genomföra ett upphandlingsavtal och av förvaltningsdomstol ålagd att göra om den aktuella upphandlingen. Förarbetsuttalandet att en upphandlande enhet rimligen *inte kan* genomföra ett sådant kontrakt verkar något naivt eftersom man då helt bortser från möjligheten att de upphandlande enheterna av olika skäl väljer att inte följa domslutet. Domen från Svea HovR illustrerar hur det kan bli mycket kostsamt för en upphandlande enhet att följa en dom som anger att en upphandling skall göras om. Detta skall diskuteras mer ingående nedan.

Först vill jag dock framföra en synpunkt rörande lagstiftarens val att ändra överprövningsfristen ”i enlighet med regeringsrättens avgörande” i RÅ 1996 ref. 50.<sup>129</sup> Lagstiftarens val att låta *avtalsingåendet* markera fristens utgång ter sig, enligt min mening, något underligt och illa genomtänkt. Av RegR:s uttalanden i RÅ 1996 ref. 50 och det efterföljande RÅ 1996 not. 258 är det svårt att dra någon annan slutsats än att direktivtexten enligt RegR innebar att överprövning skall kunna ske fram tills att ett *upphandlingskontrakt*, d.v.s. ett skriftligt undertecknat sådant, förelåg. Detta framgår för det första av domstolens slutsats att tilldelningsbeslutet ligger före tidpunkten ”*då avtal sluts i direktivets mening* (mina kursiveringar)”<sup>130</sup>, vilket torde avse det skriftliga upphandlingskontraktet eftersom LOU inte alls reglerar hur ett civilrättsligt bindande avtal ingås. (Eftersom den civilrättsliga regleringen lämnats utanför LOU borde RegR möjligen ha valt att ange att avtal *tecknas* i direktivets mening snarare än ett sådant *sluts*.) Vidare uttalades i målet att överprövning inte kunde ske i målet, eftersom *det skriftliga* avtalet hade undertecknats. Således ansåg RegR att det skriftliga avtalet (och inget annat), d.v.s. upphandlingskontraktet, markerade överprövningsfristens utgång. Min uppfattning är därför att lagstiftaren misslyckades med att uppfylla den uttalade intentionen att lagen skulle ändras *i enlighet* med RÅ 1996 ref. 50. Istället borde lagstiftaren redan vid detta tillfälle ha ändrat lagen så att istället *upphandlingskontraktet* markerade överprövningsfristens utgång.

---

<sup>128</sup> Se domen, s. 4 f.

<sup>129</sup> Prop. 1996/97:153 s 55.

<sup>130</sup> Se RÅ 1996 s. 205.

## 5.2.2 Avtals ingående enligt allmänna civilrättsliga principer

Eftersom LOU inte ger någon ledning avseende när ett avtal skall anses slutet måste denna fråga undersökas utifrån allmänna civilrättsliga regler.

AvtL:s 1 kap innehåller regler om slutande av avtal. Reglerna är dispositiva och gäller inte för det fall parterna avtalat om att avtal skall slutas genom en annan ordning eller det finns ett etablerat parts- eller branschbruk. Formalavtal är undantagna från lagens tillämpningsområde.<sup>131</sup> AvtL bygger på löftesprincipen och i motiven anges att ”avtal kommer till stånd genom utbyte av sammanstående viljeförklaringar”.<sup>132</sup> Således förpliktar sig vardera part gentemot sin motpart i och med att viljeförklaringen avges.

Anbudsgivaren är enligt AvtL:s regler bunden av sitt anbud under acceptfristen. Denna kan anges i anbudet men om detta underlåtes gäller att svar måste komma denne till handa inom skälig tid.<sup>133</sup> En accept som kommer fram till anbudsgivaren för sent anses som ett nytt anbud.<sup>134</sup> Om ett anbud avslås innebär detta att acceptfristen omedelbart avbryts oavsett hur lång tid som var kvar på denna.<sup>135</sup> En accept som inte överensstämmer med anbudet anses utgöra ett avslag i förening med nytt anbud.<sup>136</sup> Både anbudet och accepten kan enligt AvtL:s regler återkallas om återkallelsen når mottagaren innan eller samtidigt som denne tar del av anbudet eller accepten.<sup>137</sup> AvtL medger att anbudsgivaren anger att han inte vill vara bunden av sitt anbud, men avsändaren åläggs en viss svarsplikt. En sådan rättshandling brukar benämnas uppfordran att avge anbud. Denne måste nämligen, för det fall ett svar inkommer inom rimlig tid från avsändandet och han måste inse att han framkallat svaret, reklamera för att slippa bli bunden.<sup>138</sup>

För att reglerna i AvtL skall få någon betydelse i upphandlingssammanhang krävs således för det första att den upphandlande enheten inte undantagit dess bestämmelser från att tillämpas på det aktuella avtalets ingående. Såsom angetts ovan har regeringen i förarbetena till LOU uppmanat upphandlande enheter att göra just detta, genom att i förfrågningsunderlaget ange att avtal sluts först genom upprättandet av ett skriftligt upphandlingskontrakt. I enlighet med AvtL:s dispositivitet får givetvis ett sådant villkor verkan mellan parterna. Om något sådant villkor inte uppställs gäller istället AvtL:s modell för avtalsingående. Visserligen kan bransch-

---

<sup>131</sup> AvtL 1 § 2-3 st.

<sup>132</sup> Förslag till lag om avtal, s. 36, 49.

<sup>133</sup> AvtL 3 §. Muntliga anbud måste dock antagas ”omedelbart”.

<sup>134</sup> AvtL 4 § 1st.

<sup>135</sup> AvtL 5 §.

<sup>136</sup> AvtL 6 § 1st.

<sup>137</sup> AvtL 7 §.

<sup>138</sup> AvtL 9 §.



eller partsbruk möjligen bli aktuellt i enskilda upphandlingar men eftersom en upphandling egentligen kan avse precis vad som helst (varor, tjänster etc.) går det inte att dra några generella slutsatser angående detta. För att avgöra när bindande avtal uppkommer enligt bestämmelserna i AvtL är det intressant att återigen se till hur ett upphandlingsförfarande går till.

En upphandling inleds då den upphandlande enheten inforrar anbud genom att annonsera i EGT. Vid en öppen upphandling, eller en förenklad upphandling enligt reglerna i LOU 6 kap, inkommer sedan anbud. Leverantörerna i en selektiv upphandling, vilket motsvaras av urvalsupphandlingen i 6 kap, måste däremot först ansöka om att få lämna anbud. Vid förhandlad upphandling föregås tilldelningsbeslutet av förhandling mellan den upphandlande enheten och leverantörerna. Vid direktupphandling, som endast i undantagsfall kan tillgripas vid upphandling enligt LOU 6 kap, sker överhuvudtaget inget inforrande av anbud. Då tiden för att lämna anbud gått tillända, vilket föreskrivs i förfrågningsunderlaget, bedöms anbuden samtidigt och en vinnande leverantör utses. Sedan skickar den upphandlande enheten ut information till samtliga deltagande leverantörer med besked om vem eller vilka som vunnit upphandlingen och skälen härför. LOU innehåller i detta avseende en särskild bestämmelse som anger att en leverantör är bunden av sitt anbud *även* om denne fått upplysning om att en annan leverantörs anbud har antagits.<sup>139</sup>

En naturlig följdfråga är vad som kan tänkas utgöra anbud respektive accept i ett upphandlingsförfarande. Enligt Jan och Christina Ramberg passar offentlig upphandling inte in i AvtL:s anbud-acceptmodell. De menar att det kan vara svårt att bedöma både huruvida den upphandlande enheten har rätt att återkalla ett förfrågningsunderlag och om myndigheten kan välja att inte sluta avtal med den leverantör som avgett det mest förmånliga anbudet. Ramberg och Ramberg förespråkar därför, liksom regeringen rekommenderat, att detta regleras i samband med förfrågningsunderlaget.<sup>140</sup> Axel Adlercreutz har avseende förfrågningsunderlaget uttalat att detta givetvis är en slags uppfordran att avge anbud enligt AvtL 9 §. Han anser dock att den rättsverkan, avtalsslut genom passivitet, som föreskrivs i bestämmelsen *inte* skall vara tillämplig i ett upphandlingsförfarande. Skälet till detta är att den aktuella bestämmelsen tar sikte på situationer där samma slags varor säljs till ett *flertal* kunder och då man inforrar anbud i en offentlig upphandling är det klart att detta endast kommer att resultera i att *ett* avtal sluts. Därmed menar Adlercreutz att det självfallet krävs en accept på leverantörernas anbud för att avtal i upphandlingssammanhang skall komma till stånd.<sup>141</sup>

Av det ovan sagda följer att en upphandlande enhets förfrågningsunderlag *inte* utgör ett bindande anbud i AvtL:s mening. Först då leverantörerna – antingen de som valts ut vid selektiv/urvals-/förhandlad upphandling eller

---

<sup>139</sup> LOU 1 kap 19 a § och 6 kap 5b §. Se även prop. 2001/02:142, s. 95.

<sup>140</sup> Ramberg /Ramberg, s. 134.

<sup>141</sup> Adlercreutz, s. 96.

alla som valt att delta i ett öppet/förenklat förfarande – svarar avges ett anbud i AvtL:s mening. Nästa steg i det normala upphandlingsförfarandet är att den upphandlande enheten bedömer anbuden och fattar beslut om vem som vunnit upphandlingen. Tilldelningsbeslutet kommer sedan till leverantörernas kännedom genom den information som de upphandlande enheterna är skyldiga att skicka till alla leverantörer som deltagit i upphandlingen. Enligt Jan och Christina Ramberg kommer avtal till stånd genom att den vinnande leverantören erhåller tilldelningsbeslutet.<sup>142</sup> Kammarrätten i Göteborg delade denna uppfattning i en dom meddelad år 2005, där det konstaterades att avtal slutits mellan den utvalda leverantören och den upphandlande enheten då den förstnämnda fått del av tilldelningsbeslutet.<sup>143</sup> Samma slutsats som KamR i föregående fall nådde RegR i ett fall från år 1996 där det konstaterades att avtal slutits då den upphandlande enheten lämnade en ren accept på anbudsgivares anbud, då samtliga leverantörer underrättades om resultatet av upphandlingen.<sup>144</sup> Den bestämmelse i LOU som anger att leverantörerna är bundna av sina anbud även efter tilldelningsbeslutet innebär ett avsteg från AvtL:s dispositiva bestämmelse om att ett avslag omedelbart avbryter acceptfristen. Således innebär tilldelningsbeslutet, såtillvida förfrågningsunderlaget inte angett annat, att en ren accept till vinnande leverantören, men *inte ett avslag* på övriga leverantörers anbud.

### 5.2.3 Kommissionens förslag till nya rättsmedelsdirektiv

Kommissionen har som nämnts ovan gjort en översyn av rättsmedelsdirektiven. Efter att ha konsulterat alla de stora intressenterna (bl.a. medlemsstaterna, upphandlande enheter samt olika ekonomiska aktörer) i ett upphandlingsförfarande har man utarbetat förslag på vissa tillägg till de befintliga rättsmedelsdirektiven. Beredningen visade att det nuvarande överprövningssystemet inte alltid möjliggör att felaktiga tilldelningsbeslut kan rättas till. Kommissionen har vidare konstaterat att det finns stora variationer mellan olika medlemsstater avseende hur effektiva rättsmedlen vid offentlig upphandling är.<sup>145</sup>

Kommissionens förslag föreskriver bl.a. att en stand-stillperiod om 10 dagar skall införas. Införandet av en sådan period, inom vilken den upphandlande enheten inte får ingå ett upphandlingskontrakt, syftar till att förbättra företags möjligheter att få en olaglig upphandling överprövad.<sup>146</sup> I Kommissionens pressmeddelande uttalade Charlie McCreevy, EU-kommissionär med ansvar för den inre marknaden och tjänster, att

---

<sup>142</sup> Ramberg/Ramberg, s. 55.

<sup>143</sup> Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 maj 2005 i mål T 1013-05.

<sup>144</sup> RÅ 1996 ref. 50.

<sup>145</sup> Hela undersökningen finns tillgänglig på EU:s officiella hemsida, se källförteckning för detaljer.

<sup>146</sup> Hela förslaget finns tillgängligt på EU:s officiella hemsida, se källförteckningen för detaljer.

"[b]usinesses who bid for public contracts – and taxpayers who ultimately finance them – need to be confident that they are awarded fairly. So if a public authority does make an unfair decision, businesses need to have the opportunity to challenge the decision while it can still be corrected, no matter where in the EU the public authority is based. Improving bidders' rights in this way will mean better protection for businesses, more competition and better value for money".<sup>147</sup>

Förslaget kommer nu att läggas fram för godkännande till Rådet och Parlamentet.<sup>148</sup> Det återstår således att se om Kommissionens förslag leder till att rättsmedelsdirektiven faktiskt ändras.

### 5.3 Medlemsstats skyldighet att införliva direktiv

Tidigare har redogjorts för EG-rättens företräde och reglers direkta effekt (se ovan kap. 3). I detta avsnitt skall redogöras för vilka skyldigheter en medlemsstat har avseende införlivandet av direktiv samt vilka sanktioner som kan göras gällande om dessa skyldigheter inte uppfylls.

Enligt EG-fördraget art. 249 är direktiv bindande avseende det *resultat* som skall uppnås. Däremot är det upp till varje medlemsstat att välja form och metod för införlivandet. Ett direktiv som till sitt innehåll är detaljrikt lämnar i praktiken få valmöjligheter och begränsar givetvis medlemsstaternas utrymme att fritt välja implementeringsmetod.<sup>149</sup>

LOU:s regler om överprövning och skadestånd grundas på de första och andra rättsmedelsdirektiven. I dessa direktiv åläggs medlemsstaterna en skyldighet att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera en effektiv och skyndsamt prövning av beslut inom ett upphandlingsförfarande som påstås ha inneburit en överträdelse av EG-rätten.<sup>150</sup> Enligt direktiven är vissa rättsmedel obligatoriska och skall därför finnas i alla medlemsstater. Sådana obligatoriska rättsmedel är att interimistiska åtgärder skall kunna vidtas, att olagliga beslut skall kunna åsidosättas (*undanröjas* enligt det andra rättsmedelsdirektivet) och att en leverantör som lidit skada av en överträdelse skall kunna få skadestånd.<sup>151</sup> Vissa moment är dock frivilliga, t.ex. är det tillåtet att prövningen anförtros olika organ<sup>152</sup> och prövningsförfarandet behöver inte automatiskt innebära att överprövningen avbryts.<sup>153</sup> Vidare kan det prövningsorgan som fattar beslut om interimistiska åtgärder ges möjligheten att ta hänsyn till negativa

---

<sup>147</sup> Kommissionens pressrelease den 11 maj 2006, se källförteckningen för detaljer.

<sup>148</sup> Kommissionens pressrelease den 11 maj 2006, se källförteckningen för detaljer.

<sup>149</sup> Melin/Schäder, s. 66 f.

<sup>150</sup> Art. 1(1) båda rättsmedelsdirektiven.

<sup>151</sup> Första rättsmedelsdirektivet art. 2(1) a-c, andra rättsmedelsdirektivet art. 2(1) a-b och d.

<sup>152</sup> Art. 1(2) båda rättsmedelsdirektiven.

<sup>153</sup> Art. 2(3) båda rättsmedelsdirektiven.

konsekvenser för den upphandlande enheten.<sup>154</sup> Medlemsstaterna får även införa begränsningar i prövningsorganets behörighet att ingripa efter det att ett upphandlingsavtal slutits (*genomförts* enligt det första rättsmedelsdirektivet<sup>155</sup>) till att pröva begäran om skadestånd.<sup>156</sup> Båda rättsmedelsdirektiven ålägger medlemsstaterna att se till att prövningsorganens beslut verkligen åtföljs (*åtföljs* enligt det andra rättsmedelsdirektivet<sup>157</sup>).<sup>158</sup> I preambeln till båda rättsmedelsdirektiven uppmärksammas att förordnande om rättelse är beroende av att leverantörerna begär att en upphandling skall överprövas. Därför har Kommissionen givits möjlighet att, innan ett upphandlingskontrakt slutits, ingripa mot en klar och konkret överträdelse av direktivreglerna. Kommissionen skall då underrätta berörd medlemsstat om överträdelsen och om varför Kommissionen anser en sådan föreligga. Medlemsstaten skall i sin tur antingen bekräfta att rättelse skett, förklara varför rättelse inte skett (t.ex. eftersom ett prövningsförfarande pågår) eller meddela att upphandlingen avbrutits.<sup>159</sup>

En medlemsstat som inte införlivat ett direktiv eller tillämpar ett direktiv på ett otillräckligt sätt gör sig skyldig till ett fördragsbrott enligt EG-fördraget art. 226-227. En fördragsbrottstalan kan väckas antingen av en annan medlemsstat eller av Kommissionen.<sup>160</sup> Enskilda personer och företag saknar möjlighet att initiera en sådan talan och är istället hänvisade till att försöka påverka Kommissionen eller en medlemsstat att vidta åtgärder. I och med att det avseende anmälningar av fördragsbrott införs en mer formaliserad process med provisoriska slutsatser ges den enskilde möjlighet att utveckla sina synpunkter för det fall Kommissionen *inte* avser att väcka talan mot medlemsstaten ifråga. Det är dock fortfarande helt upp till Kommissionen att fatta det slutgiltiga avgörandet och dess beslut kan inte överklagas.<sup>161</sup> Innan en talan om fördragsbrott når domstolen skall Kommissionen, efter att ha hört den berörda statens synpunkter, avge ett motiverat yttrande.<sup>162</sup> Ett sådant yttrande skall ange på vilket sätt medlemsstaten enligt Kommissionen har brutit i sina förpliktelser och vad medlemsstaten bör göra för att uppfylla sina skyldigheter.<sup>163</sup> Om Kommissionen efter att en medlemsstat anhängiggjort ett fördragsbrottsärende inte yttrar sig inom 3 månader får medlemsstaten väcka talan i EG-domstolen. Detsamma gäller för Kommissionen om den berörda staten inte rättar sig efter dess yttrande inom angiven tid.<sup>164</sup>

---

<sup>154</sup> Art. 2(4) båda rättsmedelsdirektiven.

<sup>155</sup> Vilket torde vara en felaktig då avtalets genomförande, d.v.s.. fullgörande inte avses.

<sup>156</sup> Art. 2(6) båda rättsmedelsdirektiven.

<sup>157</sup> Vilket torde vara en felaktig översättning, då beslutet inte åtföljs d.v.s.. medföljs av något annat.

<sup>158</sup> Första rättsmedelsdirektivet art. 2(7), andra rättsmedelsdirektivet art. 2(8).

<sup>159</sup> Första rättsmedelsdirektivet art. 3, andra rättsmedelsdirektivet art. 8.

<sup>160</sup> Melin/Schäder, s. 138 f.

<sup>161</sup> Melin/Schäder, s. 139.

<sup>162</sup> EG-fördraget, art. 226 1 st och art. 2271-3 st.

<sup>163</sup> Melin/Schäder, s. 139 f.

<sup>164</sup> EG-fördraget, art. 226 2st och art. 227 4st.

Om domstolen sedan talan väckts finner att fördragsbrott föreligger skall den ålägga medlemsstaten att vidta de åtgärder som krävs för att rätta till förhållandena.<sup>165</sup> Domstolens dom är en ren fastställelse och den kan inte föreskriva vilka konkreta åtgärder som medlemsstaten skall genomföra. Således är det inte möjligt för domstolen, då ett direktiv inte införlivats korrekt, att ange *hur* lagstiftningen istället borde utformas.<sup>166</sup> Om en medlemsstat däremot inte rättar sig efter en fördragsbrottsdom kan talan väckas igen då ett sådant handlande utgör ett *nytt fördragsbrott*. I sådant fall är det bara Kommissionen som är behörig att initiera talan, vilken återigen skall föregås av ett motiverat yttrande. Om domstolen denna andra vända finner att medlemsstaten har underlåtit att följa domen kan den förelägga medlemsstaten att betala vite.<sup>167</sup>

År 2003 fastställde EG-domstolen att Tyskland begått ett fördragsbrott då det underlåtit att uppfylla sina skyldigheter enligt tjänstedirektivet.<sup>168</sup> I målet hade två kommuner ingått avtal som överskred tröskelvärdena och därmed föll inom det direktivbaserade området. Avtalen hade ingåtts utan något föregående upphandlingsförfarande och hade en löptid på 30 år. Tyskland erkände de faktiska omständigheterna men menade att inga möjligheter fanns att säga upp avtalen utan att ådra sig omfattande skadeståndsskyldighet. En sådan skyldighet skulle enligt Tyskland vara oproportionerligt betungande i förhållande till syftet med direktiven.<sup>169</sup> EG-domstolen konstaterade dock att även om direktiven medger att medlemsstaterna upprätthåller giltigheten av ett avtal som ingåtts i strid med direktiven betyder inte det att den upphandlande myndighetens beteende gentemot tredje man skall anses förenligt med EG-rätten.<sup>170</sup> Året därpå fälldes Tyskland igen eftersom staden München hade tilldelat en leverantör ett upphandlingskontrakt utan att konkurrensutsätta ifrågavarande tjänst.<sup>171</sup> Den tyska regeringen hävdade till sitt försvar att den inte var skyldig att säga upp kontraktet även om fördragsbrott skulle konstateras. EG-domstolen svarade att den berörda medlemsstaten ”skall vidta *de åtgärder som krävs* (min kursivering) för att följa domstolens dom”.<sup>172</sup> I ett pågående mål har Kommissionen på nytt väckt talan mot Tyskland och yrkat att domstolen skall fastställa fördragsbrott enligt art. 228 eftersom Tyskland inte vidtagit tillräckliga åtgärder för att följa domen från år 2003. Kommissionens uppfattning är att Tyskland måste säga upp de ifrågavarande avtalen och den har begärt att Tyskland åläggs dagliga vite på 31 680 euro respektive 126 720 euro till dess att nödvändiga åtgärder vidtagits. Frågan har således ännu inte slutligt klargjorts utan domstolens dom måste inväntas.<sup>173</sup> Enligt ett yttrande från NOU från år 2006 har avtalsparterna i 2003 års fall ömsesidigt sagt upp avtalen. I München Nordfallet sade staden München

---

<sup>165</sup> EG-fördraget, art. 228(1).

<sup>166</sup> Melin/Schäder, s. 141.

<sup>167</sup> EG-fördraget, art. 228(2).

<sup>168</sup> De förenade målen Bockhorn och Braunschweig, C-20/01 och C 28/01.

<sup>169</sup> De förenade målen C-20/01 och C 28/01, punkterna 11 och 18.

<sup>170</sup> De förenade målen C-20/01 och C 28/01, punkt 39.

<sup>171</sup> München Nord, mål C-126/03.

<sup>172</sup> Mål C-126/03 punkt 26.

<sup>173</sup> Bockhorn och Braunschweig II, mål C-503/04.

ensidigt upp avtalet och delstatsdomstolen i München avslog den skadeståndstalan som motparten sedermera förde mot den upphandlande enheten.<sup>174</sup>

På grund av de fall av domstolstrots som kommer att redogöras för nedan (se kap 5.4) har Konkurrenskommissionen<sup>175</sup> anmält Sverige till Kommissionen som för närvarande utreder huruvida Sverige fullt ut kan anses ha implementerat de gällande rättsmedelsdirektiven.<sup>176</sup>

## 5.4 Domstolstrots hos upphandlande enheter

NOU har i ett yttrande från i fjol (2006) behandlat frågan om och i vilken mån förhållandet att ett civilrättsligt bindande avtal har uppkommit mellan en upphandlande enhet och en leverantör bör inverka på den upphandlande enhetens skyldigheter att följa en domstols avgörande i ett överprövningsmål.<sup>177</sup> Yttrandet föranleddes av ett JO-ärende där företrädare för en kommun anmälts för tjänstefel enligt BrB 20:1 efter att kommunstyrelsen beslutat att inte upphandla driften av en simhall, trots att LänsR i en lagakraftvunnen dom förordnat att upphandlingen (som genomförts utan föregående anbudsförfarande) skulle göras om. JO fann dock att kommunen inte kunde fällas för tjänstefel eftersom offentlig upphandling inte utgjorde myndighetsutövning, vilket är en förutsättning för tillämpning av det aktuella straffstadgandet.<sup>178</sup>

NOU anmärker inledningsvis i sitt yttrande att det står klart att det är möjligt att ett civilrättsligt giltigt avtal sluts trots att upphandlingen inte avslutats. Vidare uppmärksammas att det förekommer att upphandlande enheter i den situationen väljer att trotsa domstolens avgörande.<sup>179</sup> Efter en redogörelse för EG-domstolens praxis, bl.a. avseende de fördragsbrott som Tyskland begått (se ovan) samt en redogörelse för den svenska rättsutvecklingen konstaterade NOU att det enligt svensk rätt inte finns någon *uttrycklig* skyldighet att säga upp ett avtal även om förvaltningsdomstol fastställt att avtalet ingåtts olagligt och upphandlingen skall göras om. Däremot påtalades att för det fall en upphandling omfattas av direktivområdet är den upphandlande enheten skyldig att följa gemenskapsrätten på upphandlingsområdet. På grundval av den bestämmelsen i

---

<sup>174</sup> NOU yttrande den 12 december, dnr. 2006/0114-29, s. 5 f.

<sup>175</sup> Konkurrenskommissionen är enligt egen utsägo en oberoende expertgrupp som startades av Stiftelsen Den Nya Välfärden 1994. som utreder och bedömer anmälningar om att skattepengar använts på sådant sätt att konkurrensen snedvrids. Se [www.dnv.se/konkurrenskommissionen/index.asp](http://www.dnv.se/konkurrenskommissionen/index.asp).

<sup>176</sup> Europeiska kommissionen, Generaldirektorat Inre marknaden och tjänster, "Offentlig upphandling - Åtlydande av granskningsorganens beslut gällande offentlig upphandling - klagomål nr 2004/4053.

<sup>177</sup> NOU yttrande den 12 december 2006, dnr. 2006/0114-29.

<sup>178</sup> JO 3006-2005, kommenteras även i Warnling-Nerep.

<sup>179</sup> NOU yttrande den 12 december 2006, dnr. 2006/0114-29, s. 1 f.

rättsmedelsdirektiven som ålägger medlemsstaterna att se till att domstolarnas domslut verkligen åtlöds<sup>180</sup> konstaterar NOU att det svenska regelverket är behäftat med brister avseende sanktionsmöjligheterna vid både otillåtna direktupphandlingar och olagligt ingångna avtal. Detta eftersom det helt saknas möjligheter att förmå upphandlande enheter att följa en dom.<sup>181</sup> Därför anser NOU att upphandlande enheter, för att undvika att Sverige riskerar att ställas till svars för fördragsbrott, ”snarast på lämpligt sätt bör avsluta avtal som inte ingåtts i enlighet med LOU”.<sup>182</sup> Det kan konstateras att NOU lämnade en både utförlig och givande redogörelse för det svenska rättsläget och utvecklingen på EG-rättslig nivå. Däremot besvarades inte den fråga som nämnden själv angav att yttrandet skulle beröra, d.v.s. huruvida ett civilrättsligt avtal inverkade på den upphandlande enhetens skyldighet att följa en överprövningsdom.

Även Wiweka Warnling-Nerep har uppmärksammat att LOU:s bestämmelser riskerar att bli utan verkan eftersom upphandlande enheter i flera fall har satt sig över både LOU:s regler och förvaltningsdomstolarnas verkställighetsförbud.<sup>183</sup> Hon anger ett antal exempel på fall där upphandlande enheter uppenbarligen trotsat domstolarnas slut och menar att om detta förbises från statens sida äventyras både Sveriges skyldigheter att implementera EG-direktiven på området korrekt och allmänhetens respekt för upphandlingsreglerna.<sup>184</sup>

Det första fallet som redogörs för är då Torsby kommun verkställde en upphandling avseende byggentreprenadarbeten för ca 32 miljoner kronor, trots att KamR i en lagakraftvunnen dom förklarat densamma olaglig och förordnat att den skulle göras om.<sup>185</sup> En företrädare för kommunen uttalade sig om beslutet och angav bl.a. att juristerna hade en väl formalistisk syn och att kommunen valt att bortse från domen eftersom det innebar så stora problem att efterleva den.<sup>186</sup> Ärendet anmäldes till JO som inte fann några möjligheter att ingripa mot beteendet, som i och för sig ansågs både oriktigt och anmärkningsvärt, eftersom beslutsfattandet inte kunde anses utgöra myndighetsutövning och därmed inte heller kunde utgöra tjänstefel enligt BrB 20 kap 1 §.<sup>187</sup> Ett annat exempel är då Nyköpings kommun köpte in marknadsföringstjänster till ett värde om ca 55 miljoner kronor från flygbolaget Ryanair, trots att det fanns både en dom från LänsR som angav att upphandlingen skulle göras om och ett interimistiskt verkställighetsförbud från KamR.<sup>188</sup> Målet avgjordes sedermera i RegR som liksom underrätterna förordnade att upphandlingen skulle göras om.<sup>189</sup> Trots detta vägrade Nyköpings kommun att göra om upphandlingen eftersom

---

<sup>180</sup> Första rättsmedelsdirektivet art 2(7) och andra rättsmedelsdirektivet art 2(8).

<sup>181</sup> NOU yttrande den 12 december 2006, dnr. 2006/0114-29, s. 8 f.

<sup>182</sup> NOU yttrande den 12 december 2006, dnr. 2006/0114-29, s. 9.

<sup>183</sup> Warnling-Nerep, s. 384.

<sup>184</sup> Warnling-Nerep, s. 386.

<sup>185</sup> Kammarrätten i Göteborgs den 8 oktober 1999 i mål 3859-1999.

<sup>186</sup> Warnling-Nerep, s. 388.

<sup>187</sup> JO 3497-2000.

<sup>188</sup> Warnling-Nerep, s. 389.

<sup>189</sup> RÅ 2005 ref. 10.

kommunen, efter en egen rättslig bedömning, hade nått slutsatsen att kommunen inte behövde häva det ingångna avtalet med Ryanair. Därför förklarade kommunen att man inte ämnade göra någon ny upphandling.<sup>190</sup>

Enligt Warnling-Nerep är den allmänna uppfattningen att begreppet myndighetsutövning kräver bl.a. att det inte får vara fråga om ett avtal eller annat civilrättsligt förhållande.<sup>191</sup> Hon är dock som utgångspunkt kritisk mot all kategorisering i offentlighetsrättsliga eller civilrättsliga termer eftersom den senaste tidens rättsutveckling, bl.a. i och med den ökade europeiseringen, har luckrat upp gränserna mellan dessa rättsområden. Därmed menar hon att begreppet myndighetsutövning är grundat på delvis förlegade föreställningar.<sup>192</sup> Särskilt kritisk är hon mot att offentlig upphandling i detta avseende har klassificerats som civilrättsligt, med följd att det inte kan anses utgöra myndighetsutövning, och menar att man istället måste se upphandlingen i ett ”större sammanhang”. Efter en jämförelse mellan upphandlingsregleringen och kartellbildning inom konkurrensrätten menar Warnling-Nerep att upphandlingsregleringen i själva verket är utpräglad *offentlighetsrättslig*. Härvid framhåller hon bl.a. att de upphandlande enheterna, däribland Sveriges kommuner, genom LOU åläggs ett antal förpliktelser och att diverse rättsmedel kan tillgripas mot deras handlande.<sup>193</sup> En lösning som därmed förespråkas är att upphandlingsområdet i princip skall kunna delas upp i offentlighetsrättsliga och civilrättsliga delar och t.ex. tilldelningsbeslutet skall anses offentlighetsrättsligt medan den mer omedelbara kontakten mellan upphandlande enheten och den leverantör man tecknar avtal med istället skall anses civilrättslig.<sup>194</sup> Warnling-Nerep hänvisar till HD:s uttalanden om upphandlingsförfarandet som *kvasikontrakträttsligt* (se vidare ang. dessa uttalanden under kap. 6.1), men vill istället beteckna förfarandet som *kvasioffentlighetsrättsligt* och menar att ordvalet är en ”smaksak”.<sup>195</sup> Genom en sådan tolkning av offentlig upphandling och begreppet myndighetsutövning skulle vissa ansvariga tjänstemän riskera straffansvar vid domstolstrots. Därmed erbjuder Warnling-Nerep en lösning för att komma till rätta med det enligt henne rådande förhållandet att överprövningsförfarandet i LOU är otillräckligt eftersom leverantörer saknar möjlighet att genomdriva domstolens avgörande.<sup>196</sup>

---

<sup>190</sup> Warnling-Nerep, s. 389.

<sup>191</sup> Warnling-Nerep, s. 391.

<sup>192</sup> Warnling-Nerep, s. 385.

<sup>193</sup> Warnling-Nerep, s. 398.

<sup>194</sup> Warnling-Nerep, s. 399.

<sup>195</sup> Warnling-Nerep, s. 400.

<sup>196</sup> Warnling-Nerep, s. 397.



## 5.5 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

### 5.5.1 Uppfyller Sverige sina skyldigheter?

Överprövningens främsta syfte är att skydda leverantörer mot att upphandlande enheter inte iakttar de bestämmelser som finns i LOU. Överprövningen skall ske så tidigt som möjligt och vara snabb och effektiv, allt för att minimera eventuella skador. Domstolen skall, om det anses tillräckligt för att komma till rätta med brister i en upphandling, välja rättelse framför att hela upphandlingen görs om, vilket betonar intresset av att hålla nere de kostnader som i sista hand stannar på skattebetalarna. Som framgått ovan läggs de främsta resurserna i ett upphandlingsförfarande, både avseende tid och övriga kostnader, innan eller i början av upphandlingen och det kan således innebära stora kostnadsskillnader om domstolen förordnar om rättelse istället för att besluta att hela upphandlingen skall göras om.

I och med Sveriges medlemskap i EU och att lagstiftningen på upphandlingsområdet är direktivbaserad uppstår särskilda förpliktelser. Sverige är enligt EG-fördraget skyldigt att implementera direktiven korrekt. I rättsmedelsdirektiven stadgas att olagliga beslut *skall kunna åsidosättas* och dessutom skall medlemsstaterna se till att prövningsorganens beslut *verkligen åtlyds*. Således betonas på två ställen i rättsmedelsdirektiven, som annars är ganska kortfattade i förhållande till de övriga upphandlingsdirektiven, vikten av att ha ett prövningssystem som verkligen fungerar. I Alcatel förtydligades rättsmedelsdirektivens innebörd eftersom EG-domstolen slog fast att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande som möjliggör för klaganden att få tilldelningsbeslutet undanröjt oberoende av möjligheten att erhålla skadestånd.

Den nuvarande lagstiftningen i Sverige fastslår att överprövning kan ske under en viss, om än begränsad, tidsrymd efter det att en leverantör fått information om upphandlingen. Däremot kan den upphandlande enheten under samma period sluta ett avtal med en leverantör som inte blir ogiltigt, trots att en domstol förordnar att upphandlingen skall göras om eller rättas. *I teorin* har man därmed skapat ett system som torde vara effektivt eftersom leverantörerna både får kunskap som möjliggör en bedömning av om upphandlingen genomförts korrekt och ges tid att överklaga. *I praktiken* har detta system dock visat sig otillfredsställande eftersom alla upphandlande enheter – tvärtemot vad regeringen förutspådde i förarbetena – inte alltid välvilligt följer förvaltningsdomstolarnas beslut. Istället har flera enheter utan vidare *trotsat* sådana domar utan att för den skull riskera några som helst påföljder. Domstolstrotset kan ha flera anledningar. Det kan t.ex. bero på att den upphandlande enheten anser att kostnaderna för att både göra om upphandlingen och bryta det avtal som ingåtts med den först valda leverantören helt enkelt är för höga. Detta rimmar givetvis illa med rättsmedelsdirektivens främsta syfte att säkerställa en effektiv överprövning

men samtidigt är beteendet ur kostnadssynpunkt förståligt och förenligt med ett annat, om än underordnat syfte, med direktiven: att ta tillvara offentliga medel på ett effektivt sätt. Således lyckas inte överprövningsinstitutet alltid fungera effektivt eller minimera uppkomna skador. En leverantör kan visserligen, med de begränsningar som behandlas i det följande kapitlet, begära skadestånd. Detta innebär dock bara att den upphandlande enhetens kostnader ökar ytterligare. Mot bakgrund av det ovan sagda är min uppfattning att Sverige *inte uppfyllt* sina skyldigheter att implementera upphandlingsdirektiven tillräckligt, eftersom det svenska prövningssystemet faktiskt inte fungerar tillräckligt effektivt.

Det har nämnts ovan att Tyskland har fällts för fördragsbrott vid två tillfällen och att det för närvarande utreds av Kommissionen huruvida Sverige begått samma brott. Därför är det intressant att beröra frågan om de svenska felaktigheterna vid implementeringen är så graverande att de innebär att Sverige riskerar att fällas för fördragsbrott.

I Bockhorn och Braunschweig uttalade EG-domstolen att det faktum att avtal enligt direktiven *inte måste* ogiltigförklaras i sin tur *inte* innebär att det är förenligt med gemenskapsrätten att bryta ett sådant avtal. I München Nord sades vidare, angående frågan om man kan *kräva* av en medlemsstat att en upphandlande enhet skall bryta ett avtal som ingåtts i strid med LOU, att en medlemsstat som fälls för fördragsbrott skall vidta *de åtgärder som krävs* för att rätta till förhållandena. Tyskland har således vid två tillfällen fällts för fördragsbrott för att det vägrat säga upp avtal som ingåtts i strid med LOU. I och med att samma förhållanden råder i Sverige – flera upphandlande enheter har vägrat att efterkomma förvaltningsdomstols domar – kan det inte uteslutas att EG-domstolen skulle finna att Sverige bryter mot EG-rätten. Denna uppfattning delas av NOU som i ett yttrande konstaterat att det svenska regelverket, som saknar uttryckligt skyldighet för en upphandlande enhet att säga upp ett avtal om upphandlingen skall göras om, är behäftat med brister avseende sanktionsmöjligheterna.

## 5.5.2 Möjliga lösningar

Vilka lösningar står då till buds för att komma till rätta med problemet? Ovan har vi sett att nationell lagstiftning kan anpassas till EG-rätten antingen genom en utveckling av rättspraxis eller genom en lagändring. I RÅ 2001 ref. 18 konstaterades att EG-domstolen i Koppsteiner-målet förtydligat att även ett beslut att avbryta en upphandling måste kunna överprövas och på så vis genomförde RegR i det sammanhanget Sveriges skyldigheter enligt EG-fördraget. Ett annat exempel erbjuder dock Alcatel-målet, där anpassningen istället skedde genom lagstiftarens försorg medelst ingripande ändringar i LOU avseende inom vilken tid en ansökan om överprövning måste ske. Då LOU skulle ändras med anledning av Alcatel framhölls från en remissinstans, som var negativt inställd till ogiltighetsalternativet, att frågan istället skulle anförtros domstolarna och doktrinen. Enligt min mening måste det dock anses mer rättssäkert och

förutsebart att lagstifta om en så pass ingripande förändring, vilket innebär fördelar både för upphandlande enheter och leverantörer.

En möjlig lösning för att genom lagstiftning påverka upphandlande enheter att agera korrekt är att utöka domstolarnas möjlighet att kombinera ett beslut att upphandlingen skall göras om med vite. Idag är det bara möjligt vid överprövning av upphandlingar inom försörjningssektorerna. Ett vite skulle innebära att upphandlande enheter led ekonomiskt förfång av att inte efterkomma en dom. Förutsatt att ett sådant vite överstiger kostnaderna för att säga upp avtalet och att göra om upphandlingen får vitesmöjligheten förmodas vara ett verkningsfullt alternativ.

En annan möjlighet är att anamma den uppfattning som Wiweka Warnling-Nerep framfört, nämligen att en offentlig upphandling i väsentliga avseenden är en *offentlighetsreglering*. Ansvariga tjänstemän kan därmed göra sig skyldiga till tjänstefel då man i strid med en dom vägrar att göra om upphandlingen. Straffstadgandet för tjänstefel träffar dock inte ledamöter i kommun- eller landstingsfullmäktige varför denna lösning inte skulle vara tillfyllest. Att endast *en del* beslutsfattare i en offentlig upphandling kan begå tjänstefel skulle kunna medföra att reglerna kringgicks av beslutsfattare som inte omfattas. Det förefaller också mer sannolikt att politiker i beslutande församlingar – t.ex. av lokalpopulistiska skäl – väljer att trotsa domstolsbeslut, än att det görs av tjänstemän. Det kan därvid konstateras att de beslut i fall av domstolstrots som redogjorts för ovan har fattats just av sådana personer som inte skulle kunna dömas för tjänstefel, oavsett om Warnling-Nereps argumentation skulle vinna de allmänna domstolarnas gillande.

Enligt kommissionens förslag till nya rättsmedelsdirektiv skall en s.k. standstill-period införas inom vilken det inte överhuvudtaget är möjligt att sluta ett civilrättsligt giltigt avtal. En sådan reglering infördes i Österrike efter Alcatel-domen. För att inte riskera att behöva ändra lagstiftningen för det fall Kommissionen får igenom sitt förslag är enligt min mening ogiltighetssanktionen det bästa alternativet för att komma till rätta med domstolstrotsen hos upphandlande enheter. När regeringen valde att förkasta detta alternativ framfördes ett antal argument härför. Det påtalades bl.a. att kommittén, som tvärtemot regeringen, föreslagit ett formkrav med efterföljande ogiltighet haft fel då den påpekade att dess förslag endast innebar att rättsläget kodifierades. Kommitténs ställningstagande i denna del grundades på RÅ 1996 ref. 50. Det torde enligt min uppfattning inte råda någon tvekan om att propositionens slutsats att kommittén missuppfattat domen i högsta grad är välgrundad. Detta utesluter dock inte att det *ändå* hade varit lämpligt att införa en ogiltighetssanktion. Av förarbetena framgår att det inte är avsikten med LOU att skapa ett särskilt avtalsrättsligt regelverk om det inte är nödvändigt för att implementera upphandlingsdirektiven. Mot bakgrund av hur vi sett att regleringen fungerar (eller snarare *inte fungerar*) i praktiken är det min bestämda uppfattning att det *är* nödvändigt att införa en sådan just för att implementera direktiven.

Bland de argument som i motiven anfördes *mot* ogiltighet kan nämnas att en sådan ordning ansågs olämplig i de fall då avtal påbörjats eller t.o.m. fullgjorts. Eftersom överprövningsfristen bara är 10 dagar efter tilldelningsbeslutet är det dock i normalfallet inte sannolikt att en leverantör skulle hinna påbörja utförandet eller i vart fall inte fullgöra detsamma. Och även om fullgörandet skulle ha påbörjats kan den olägenhet det skulle innebära att behöva vänta en dryg vecka inte anses vara så stor att den väger tyngre än de fördelar som ogiltigheten skulle medföra, genom att Sverige uppfyller sina åtaganden enligt gemenskapsrätten och därmed i förlängningen syftet med upphandlingslagstiftningen. Ett annat skäl som anfördes *mot* ogiltighet var att omsättningsintresset riskerade att bli lidande och att en alltför stor del av tillsynsansvaret skulle läggas på leverantörerna. Återigen vill jag poängtera att överprövningsfristen är mycket kort och leverantörerna torde därmed kunna anpassa sig väl till ett ogiltighetskrav utan att bli lidande i alltför stor utsträckning. Det påtalades också att det inte tillräckligt utförligt redovisats vilka konsekvenser en ogiltighetspåföljd skulle föra med sig. *Mot* detta kan ställas att konsekvenserna av att *inte* införa en sådan – t.ex. att Sverige riskerade att inte uppfylla sina åtaganden enligt EG-rätten – inte ens uppmärksammades. Ett annat argument som framfördes var att ett formkrav skulle kunna leda till skada för upphandlande enheter, eftersom en leverantör skulle kunna vägra att skriva under upphandlingskontraktet. En sådan negativ konsekvens kan dock undanröjas genom att man förlänger den tid inom vilken anbudsgivarna är bundna av sina anbud så att denna sammanfaller med överprövningsfristens utgång.

Sammantaget är min uppfattning att lagstiftaren inte tillräckligt beaktade de negativa konsekvenserna av att förkasta förslaget på en ogiltighetssanktion. En allt för stor vikt lades på att framföra argumenten *mot* en sådan sanktion, utan att överhuvudtaget resonera kring möjligheterna att genom andra mindre åtgärder undanröja dessa negativa konsekvenser. Istället borde lagstiftaren ha tagit fasta på kommitténs och majoriteten av remissinstansernas uppfattning och infört en ogiltighetssanktion. För att inte riskera en fördragsbrottstalan bör den svenska lagstiftaren därför förekomma både Kommissionens beslut avseende Sveriges potentiella fördragsbrott och EU:s beslut om de nya rättsmedelsdirektiven.

## 6 Skadestånd och offentlig upphandling

Skadestånd på *utomobligatorisk* grund regleras främst i SkL och det *inomobligatoriska* skadeståndet regleras på skilda ställen beroende på kontraktstypen.<sup>197</sup> Det finns ett antal specialförfattningar, däribland LOU, som innehåller särskilda regler om skadestånd för olika områden. Därutöver finns flera oskrivna rättsgrundsatser, bl.a. reglerna om adekvat kausalitet och skyldigheten för en skadelidande att begränsa sin skada.

Enligt SkL 1 kap. 1 § är lagen inte tillämplig om annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden. Detta utvecklas något i lagens förarbeten, där det uttalades att reglerna är generellt tillämpliga även i avtalsförhållanden och inom områden där det finns speciallagstiftning men att SkL helt eller delvis kan sättas ur spel på grund av dessa reglers utformning. SkL utgör således *lex generalis* i förhållande till kontraktsrättsliga eller andra skadeståndsregler som utgör *lex specialis*.<sup>198</sup> Vidare anges i förarbetena till SkL att särskilda skadeståndsrättsliga regler kan föranleda avvikelser från SkL även i ”situationer där något avtal inte föreligger men som uppvisar kontraktsliknande drag”.<sup>199</sup>

SkL:s jämningsregler återfinns i 6 kap. Av intresse för detta arbete är främst 6 kap 1 § som anger att skadestånd kan jämkas om den skadelidande genom vållande medverkat till skadan. Denna bestämmelse fanns redan i SkL:s ursprungliga lydelse från år 1972 men ändrades till sin nuvarande lydelse år 1975. Varken i de ursprungliga förarbetena<sup>200</sup> eller i förarbetena till ändringarna år 1975<sup>201</sup> berördes medvållanderegler i samband med diskussionen om förhållandet mellan inom- och utomobligatoriskt skadestånd.<sup>202</sup> LOU, liksom ett stort antal andra särskilda skadeståndsregler, ger inte någon ledning avseende möjligheten att jämka skadeståndet.

Följaktligen finns ett antal olika omständigheter som skulle kunna motivera att jämningsreglerna i SkL inte skall tillämpas. Både de särskilda reglerna i LOU och dess utformning och det avtalsliknande förhållandet skulle kunna motivera avvikelser från dess regler. En analys av nämnda företeelser kan också leda till det omvända, d.v.s. att jämningsreglerna i SkL av olika skäl skall vara tillämpliga.

---

<sup>197</sup> Se t.ex. KöpL.

<sup>198</sup> Prop. 1972:5, s. 449.

<sup>199</sup> Prop. 1972:5, s. 448.

<sup>200</sup> Prop. 1972:5.

<sup>201</sup> Prop. 1975:12 och prop. 1975/76:15.

<sup>202</sup> Bengtsson, s. 211.

Ytterligare ett förhållande som kan påverka bedömningen av tillämpligheten av SkL:s jämningsregler på skadeståndet enligt LOU är att SkL endast ger rätt till skadestånd för ren förmögenhetsskada då ett brott har begåtts. Så är givetvis inte fallet i kontraktsförhållanden, och därför blir det enligt Bengtsson i sådana sammanhang fråga om en *analog* tillämpning av SkL:s jämningsregler.<sup>203</sup> Som kommer att redogöras för nedan finns inte heller någon sådan begränsning i upphandlingssammanhang, utan ansvar för ren förmögenhetsskada föreligger redan vid uppsåtliga eller oaktsamma överträdelse av LOU:s bestämmelser. Därför finns det anledning att ställa sig frågan, för det fall jämningsreglerna i SkL skulle vara tillämpliga på skadeståndet i LOU, huruvida detta blir fallet genom en direkt eller analog tillämpning av reglerna.

När det gäller den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada är denna princip delvis en oskriven sådan men den finns lagfäst i bl.a. KöpL 70 § 1 st. KöpL:s tillämpningsområde är mycket vidsträckt och sannolikt blir lagen direkt eller analogt tillämplig på ett eventuellt framtida upphandlingskontrakt. KöpL träffar dock inte utomobligatoriska förhållanden, för vilka det inte finns någon uttrycklig lagregel om skadebegränsning.

De frågor som detta avsnitt kommer att uppehålla sig vid är således *för det första* vilka möjligheter som finns att, direkt eller analogt, tillämpa SkL:s medvållanderegeln i upphandlingssammanhang samt *för det andra* vilket utrymme skyldigheten för den skadelidande att begränsa sin skada har i upphandlingssammanhang. Eftersom reglerna har ett nära samband kommer även förhållandet dem mellan att undersökas. Vidare kommer det att utredas vilka typer av åtgärder som kan bli aktuella för det fall jämkning kan komma ifråga.

Kapitlet är disponerat enligt följande. Inledningsvis redogörs för skadeståndsberäkningen enligt LOU, för att ge läsaren en allmän uppfattning hur lagens skadeståndsregler är formulerade samt hur praxis har preciserat rättsläget (kap. 6.1.1). Därefter redogörs för vissa skadeståndsrettsliga principer utanför LOU, och dess tillämplighet på skadestånd i upphandlingssammanhang diskuteras (kap. 6.1.2). Förutom en redogörelse för vad som går att utläsa om principerna i doktrin och förarbeten behandlas befintlig praxis, både publicerad och opublicerad, rörande skadestånd enligt LOU. Det görs även en jämförelse med de allmänna regler som finns om skadeståndsansvar enligt doktrinen om culpa in contrahendo (kap. 6.1.2.4). Detta skadeståndsansvar vilar, liksom skadeståndet i upphandlingssammanhang, på prekontraktuell grund och kan därför inte lämnas utanför framställningen. Mina egna synpunkter och slutsatser presenteras delvis i den löpande texten men även i ett avslutande avsnitt (kap. 6.1.3).

---

<sup>203</sup> Bengtsson, s. 213.

## 6.1 Skadeståndet i LOU

Skadeståndsreglerna vid offentlig upphandling återfinns i LOU 7 kap 6-8 §§. I 6 § anges att en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser skall ersätta skada som uppkommit för en leverantör på grund av överträdelsen. 7 § anger att vid upphandling som genomförts enligt 4 kap, d.v.s. upphandling inom försörjningssektorerna, är de anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i upphandlingen berättigade till ersättning för kostnader man haft vid deltagandet om den upphandlande enheten åsidosatt lagen och detta menligt påverkat möjligheterna att tilldelas upphandlingen. I 8 § anges att talan om skadestånd måste väckas inom ett år från det att rätten till överprövning preskriberats (se ovan 5.1). För direktupphandlingar, som bara kan ske i undantagsfall vid upphandling enligt LOU 6 kap, gäller istället att preskriptionsfristen börjar löpa då avtalet sluts.<sup>204</sup>

Skadeståndet är till sin karaktär prekontraktuellt, eftersom de leverantörer som kan erhålla skadestånd inte tilldelats något kontrakt. HD har uttryckt saken så att ”med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett *kvasikontrakträttsligt* [min kursivering] förhållande uppkommer mellan den upphandlande enheten och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds”.<sup>205</sup> HD:s uppfattning är således att det finns ett avtalsliknande förhållande redan innan något faktiskt avtal slutits.

Den första frågan som inställer sig är huruvida det krävs *uppsåt och/eller oaktsamhet* för att en upphandlande enhet skall åläggas ansvar, eller om ansvaret är rent strikt. Detta kan nämligen inte utläsas av bestämmelsernas ordalydelse. I 6 § anges att den som inte ”följt” bestämmelserna skall ersätta skada, vilket kan jämföras med 7 § där det istället talas om ett ”åsidosättande”. Hellner och Johansson är dock av den uppfattningen att någon begränsning måste finnas även i 6 § trots att ordalydelsen inte är densamma som i 7 §, eftersom skadeståndsansvaret förutsätter *åsidosättande*, d.v.s. en medveten handling. Vidare menar de att det är osäkert om oaktsamt handlande i några fall kan medföra att skadeståndsskyldighet uppstår, och ger som exempel att den upphandlande enheten kan ha förbisett någon av de många handlingar som en leverantör har lämnat in.<sup>206</sup>

Detta resonemang ifrågasätts dock av Hentze och Sylvén, vars ställningstagande delvis är motiverat av att skadeståndet är ett av de rättsmedel som Sverige är skyldigt att tillhandahålla för att fullgöra sina skyldigheter att uppfylla och bevaka efterlevnaden av gemenskapsrätten. De hänvisar vidare till det allmänna preventiva syftet med lagen, som enligt dem är skadeståndets främsta funktion. Deras uppfattning är att de

---

<sup>204</sup> LOU 7 kap 8 § hänvisar till 1 § 2-4 st och således räknas preskriptionstiden från samma tidpunkt inom vilket överklagande måste ske.

<sup>205</sup> NJA 1998 s 873, s. 887.

<sup>206</sup> Hellner/Johansson, s. 474.

upphandlande enheterna kan förväntas ha både kompetent personal och goda upphandlingsrutiner. Vidare hänvisas till de förenade målen Brasserie du pêcheur och Factortame<sup>207</sup>, i vilka EG-domstolen uttalade att nationella skadeståndsregler inte får göra skadeståndet beroende av att de organ som kan tillskrivas brottet förfarit uppsåtligt eller vårdslöst, om det är så att brottet innebär en klar överträdelse av gemenskapsrätten (målet gällde medlemsstats skadeståndsskyldighet gentemot enskild).<sup>208</sup> Således menar Hentze och Sylvén att även oaktsamt handlande bör kunna leda till skadeståndsansvar, oberoende av vilket utrymme ordalydelsen av den svenska lagen ger.

Denna fråga, bland många flera, behandlades i en parlamentariskt tillsatt utredning från år 1999<sup>209</sup> där kommitténs slutsats blev att det saknades anledning att skilja mellan ”den situationen att företrädare för den upphandlande enheten uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot reglerna och den situationen att en regelöverträdelse beror på en missuppfattning om reglernas innehåll eller annat misstag”.<sup>210</sup> Av NOU:s yttrande till utredningen framgår att de instämmer i utredningens uppfattning om det subjektiva kravet.<sup>211</sup>

I en dom från HD meddelad den 31 maj i år (2007) konstaterades att skadeståndet sedan en överträdelse konstaterats, mot bakgrund av de förenade målen Brasserie du pêcheur och Factortame, är *strikt*.<sup>212</sup> Således torde HD ha satt punkt för diskussionen avseende det subjektiva kravet. En upphandlande enhet som klart överträtt gemenskapsrätten kan således inte framgångsrikt åberopa förbiseenden till sitt försvar.

Skadeståndets främsta *funktion* är att verka allmänpreventivt då det syftar till att påverka upphandlande enheter att i ett upphandlingsförfarande handla korrekt så att leverantörer kan lita på att deras anbud, som kostar dem både hårt arbete och pengar, hanteras rättvist.<sup>213</sup> Enligt ett yttrande från NOU finns även en reparativ funktion med skadeståndet som ”kan sägas vara en effekt av den preventiva”. De båda funktionerna skall enligt NOU beaktas var för sig.<sup>214</sup> Detta har bekräftats av HD som uttalat att syftet är ”både preventivt och reparativt”.<sup>215</sup>

När det gäller *ersättningsnivån* enligt 6 § omfattar denna enligt förarbetena ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.<sup>216</sup> Ett motiv till en sådan ordning framfördes under lagförslagets remissbehandling av Stockholms universitet som påpekade att skadestånd enligt det positiva

---

<sup>207</sup> Mål C-46 och 48/93.

<sup>208</sup> Hentze/Sylvén, s.472-473.

<sup>209</sup> SOU 1999 :139.

<sup>210</sup> SOU 1999:139, s. 324.

<sup>211</sup> NOU yttrande den 10 mars 2000, dnr: 1999/0266-22, s. 24 f.

<sup>212</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 5.

<sup>213</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.

<sup>214</sup> NOU yttrande den 13 april 2005, dnr. 2004/0261-22, s. 15.

<sup>215</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 5.

<sup>216</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.



kontraktsintresset bäst skulle tillgodose behovet av ett effektivt skydd och det sades att bevisvärigheterna för leverantörer i praktiken troligtvis skulle begränsa antalet fall där sådant skadestånd skulle kunna utdömas.<sup>217</sup> Förarbetsuttalandena avseende ersättningsnivån har genom NJA 1998 s. 873 bekräftats av HD som uttalade att ”en anbudsgivare som har rätt till skadestånd skall försättas *i samma läge* [min kursivering] som om anbudsförfarandet fullföljts på ett riktigt sätt”.<sup>218</sup> Ersättningsnivån i 7 § omfattar enligt ordalydelsen endast de kostnader en leverantör haft för att förbereda sitt anbud och i övrigt delta i upphandlingen.

*Bevisbördan* i 6 § åvilar enligt förarbetena den leverantör som yrkar ersättning. Leverantören måste därvid visa att denne på grund av felet ”i princip [...] förlorat kontraktet till följd därav”.<sup>219</sup> I NJA 2000 s. 712 uttalade Högsta domstolen att det ”bör vara tillräckligt att en leverantör kan visa att det är *sannolikt* (min kursivering) att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen”.<sup>220</sup> I diskussionen som föregick detta uttalande uppmärksammades att å ena sidan ett alltför högt beviskrav skulle urholka rätten till skadestånd och riskera det preventiva syftet med reglerna samtidigt som det å andra sidan påpekades att ett sänkt beviskrav oundvikligen skulle leda till att upphandlande enheter riskerar att bli skadeståndsskyldiga gentemot fler leverantörer än den som skulle ha erhållit kontraktet. Det påtalades även att beviskravet inte kunde ses helt oberoende från frågan om skadeståndets beräkning (se mer om detta nedan).<sup>221</sup>

*Beviskravet* i 7 § är mildare än i 6 § eftersom det är tillräckligt att leverantören visar att ifrågakvarande fel *menligt* påverkat möjligheterna att få kontraktet. En förutsättning för att yrka ersättning enligt denna bestämmelse är att man deltagit i upphandlingen, eftersom man uppenbarligen annars inte kan ha haft några kostnader.<sup>222</sup> Om den upphandlande enheten kan visa att den leverantör som väckt talan av någon annan anledning inte skulle *kunna* ha erhållit kontraktet bör enligt motiven ”i allmänhet [...] ersättning inte utgå”.<sup>223</sup> I NJA 2000 s. 712 uttalades avseende beviskravet för ersättning enligt det negativa kontraktsintresset att det är tillräckligt att en leverantör visar ”att han haft en *realistisk möjlighet* att erhålla kontraktet och att överträdelsen *minskat* denna möjlighet” (mina kursiveringar).<sup>224</sup>

Lagrådet påpekade under behandlingen av lagförslaget att förhållandet mellan de båda skadeståndsbestämmelserna var något oklar då de förmedlade intrycket att det inte skulle vara möjligt att utdöma skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset enligt 6 § om leverantören ifråga inte kunde visa att denne *förlorat* kontraktet på grund av felet. Det ifrågasattes

---

<sup>217</sup> Prop. 1992/93:88, s. 46.

<sup>218</sup> Referatet s. 887.

<sup>219</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.

<sup>220</sup> Referatet s. 725.

<sup>221</sup> Referatet s. 724-725.

<sup>222</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.

<sup>223</sup> Prop. 1992/93:88 s. 103.

<sup>224</sup> Se referatet s. 724.

om detta verkligen stämde med rättsläget.<sup>225</sup> Sedan LOU:s ikraftträdande har förhållandet klargjorts genom att HD uttalat att samma principer som de som anges i 7 §, ”i avsaknad av sakskäl som talar för annat”, skall vara tillämpliga även vid skadestånd enligt 6 §.<sup>226</sup> En trolig orsak till att regleringen i 7 § enligt sin ordalydelse endast kommit att avse försörjningssektorerna är att det i preambeln till andra rättsmedelsdirektivet uttryckligen sägs att för det fall någon begärt skadestånd motsvarande kostnaderna för deltagande i ett upphandlingsförfarande skall denne inte behöva visa att han skulle ha fått kontraktet om någon överträdelse inte skett. Någon sådan skrivning förekommer inte i det första rättsmedelsdirektivet och det förefaller därför, enligt min mening, sannolikt att frågan helt enkelt förbisågs i av den svenska lagstiftaren.

Efter HD:s klargörande i NJA 1998 s. 873 och NJA 2000 s. 712 står det för det första klart att förarbetsuttalandena avseende bevisbördan vid ersättning till positiva intresset *mildrats* något och därmed har spelat ut sin roll. Vidare står klart att ersättning till det negativa kontraktintresset *även* kan komma ifråga inom ramen för skadestånd enligt 6 §. I sådana fall torde beviskravet, i konsekvensens namn, vara detsamma som vid en bedömning av rätten till skadestånd enligt 7 §.

Ett mål från Svea HovR<sup>227</sup> som avgjordes relativt nyligen är ett illustrativt exempel på skillnaden i bevisbördan avseende ersättning till det positiva respektive det negativa intresset. Uppsala universitet hade genomfört en upphandling av flyttjänster. I både TR och HovR fastslogs att universitetet hade brutit mot LOU:s krav på affärsmässighet, bl.a. eftersom det inte genomförts någon närmare undersökning av vilka tjänster som skulle komma att behövas, något som enligt domstolarna hade kunnat ske utan större svårigheter. Detta ledde i sin tur till att personalkostnaderna i anbuden inte viktades riktigt och följaktligen gav inte utvärderingen något riktigt besked om vilket anbud som var det billigaste. Den klagande leverantören menade att om denne fått ett riktigt besked om hur viktningen skulle ske hade priserna kunnat justeras. Domstolen ansåg dock att övriga leverantörer sannolikt skulle ha gjort detsamma och beviskravet för skadestånd enligt det positiva kontraktintresset ansågs inte uppfyllt. Inte heller efter en värdering av de ingivna anbuden fann domstolen att det kunde anses visat att den klagande leverantören gjort sannolikt att denne förlorat kontraktet på grund av överträdelserna och den klagande leverantören nekades fullt skadestånd. Däremot utdömdes ersättning för kostnader då leverantören i vart fall visat att man hade haft en realistisk möjlighet att vinna anbudsutvärderingen om felet inte begåtts.<sup>228</sup>

HD gjorde i NJA 2000 s. 712, i samband med diskussionen om vilket beviskrav som skulle åläggas klagande leverantörer, några intressanta

---

<sup>225</sup> Prop. 1992/93:88, s. 140-141

<sup>226</sup> NJA 2000 s. 712 på s. 724.

<sup>227</sup> Svea HovR:s dom den 30 mars 2006 i mål T 5172-05.

<sup>228</sup> Se HovR:ens domskäl s. 3 samt Uppsala tingsrätts dom den 31 maj 2005 i mål T 404-03 s. 14

uttalanden om själva *beräkningen av skadeståndet*. Först konstaterades att upphandlande enheter skulle kunna åläggas en orimligt betungande skadeståndsskyldighet om skadeståndet alltid skulle utgå enligt samma principer som inom ramen för kontraktsförhållanden. Det påpekades vidare att ersättningsskyldigheten enligt LOU i väsentliga avseenden hade andra ändamål än inom kontraktsförhållanden. ”Överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst” sades med ”goda skäl” i regel kunna användas som grund för ersättningens bestämmande. Det anfördes att en sådan beräkning även lämnade utrymme för att beakta om andra leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att få kontraktet.<sup>229</sup>

Trots att HD i NJA 2000 s. 712 räknade upp ett antal olika omständigheter som skulle kunna påverka skadeståndets omfattning var det fram tills nyligen fortfarande mycket oklart dels vad som avsågs med de olika faktorerna samt vidare i vilken utsträckning de ska kunna påverka skadeståndet. Detta har påtalats bl.a. av NOU som i två fall på HD:s begäran yttrat sig avseende frågan om prövningstillstånd.<sup>230</sup> Av dessa yttranden framgår framförallt att NOU anser det oklart huruvida NJA 1998 s. 873 och NJA 2000 s. 712 skall läsas i ett sammanhang och därmed få principiell allmän räckvidd eller om de skall läsas vart och ett för sig utifrån de särskilda omständigheter (fri prövningsrätt respektive otillåten direktupphandling) som rådde i respektive mål.<sup>231</sup> Vidare påpekades bl.a. att det är oklart ”huruvida och i så fall på vilket sätt skadeståndets preventiva funktion och primära syfte på upphandlingsområdet påverkar beräkningen av skadeståndet”.<sup>232</sup>

Den 31 maj (2007) kom en dom från HD som klargjorde rättsläget något. I målet hade en leverantör begärt skadestånd eftersom den ansåg att den upphandlande enheten inte genomfört urvalet i en upphandling i enlighet med LOU.

I domen redogörs inledningsvis för domstolens tidigare praxis varvid särskilt uppmärksammas att den upphandlande enheten i 1998 års fall hade utformat och tillämpat förfrågningsunderlag bristfälligt medan 2000 års fall rörde en otillåten direktupphandling. Mot bakgrund av dessa fall menar HD att om kravet att en leverantör skall göra *sannolikt* att denne *förlorat* kontraktet till följd av överträdelsen upprätthålls så finns inte någon verklig risk för att en upphandlande enhet blir fullt skadeståndsskyldig gentemot flera leverantörer. Därför saknas anledning att på grund av en sådan risk begränsa skadeståndets omfattning.<sup>233</sup> Vidare uttalas att det visserligen, med hänsyn till lagens preventiva syfte, kan finnas skäl att anta att överträdelsens

---

<sup>229</sup> Se referatet s. 725.

<sup>230</sup> Yttrande den 13 april 2005, dnr: 2004/0261-22 samt yttrande den 26 januari 2007, dnr: 2006/0162-29.

<sup>231</sup> Yttrande den 13 april 2005, dnr: 2004/0261-22, s. 1, 14-16 samt yttrande den 26 januari 2007, dnr: 2006/016, s. 2-29 s. 1, 9-10.

<sup>232</sup> Yttrande den 26 januari 2007, dnr: 2006/016, s. 10.

<sup>233</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 4 f.

karaktär skall få betydelse vid utdömandet av skadestånd. Dock påpekas att detta, med den avfattning som laget fått, *inte är möjligt* eftersom ersättning skall utgå ”för den till följd av felet uppkomna skadan”.<sup>234</sup> Vidare poängterar HD att ersättning till det positiva kontraktsintresset bör utgå när en leverantör gått miste om kontraktet till följd av överträdelsen eftersom det är angeläget att skadeståndets preventiva syfte uppfylls. Det positiva kontraktsintresset skall enligt HD inte påverkas av den omständigheten att en upphandlande enhet kan bli skyldig att ersätta en leverantör för nedlagda kostnader.<sup>235</sup>

Däremot anger HD *obiter dictum* att de beräkningsgrunder som hänvisades till i NJA 2000 s. 712 kan få betydelse avseende otillåtna direktupphandlingar. I sådana fall är det enligt domstolen nämligen svårare än annars att bestämma vem som skulle ha fått kontraktet om en upphandling faktiskt genomförts. Därför menar HD att en leverantör som ”i en sådan situation sannolikt skulle lämnat ett anbud och som därvid skulle ha haft en *realistisk möjlighet att erhålla kontraktet* (mina kursiveringar)” också bör kunna få skadestånd.<sup>236</sup> Annars riskerar den upphandlande enhetens skyldighet att begära in anbud att urholkas. Eftersom ett sådant skadestånd kan behöva överstiga de nedlagda kostnaderna menar domstolen att ”en skönmässig bedömning i enlighet med vad HD avgav i rättsfallet NJA 2000 s. 712 är påkallad i nu avsedda fall”.<sup>237</sup>

Sammanfattningsvis torde den nya domen innebära ett *sänkt beviskrav* vid otillåtna direktupphandlingar och att den skönmässiga beräkningen av skadeståndet som omnämndes 2000 års fall endast skall avse just otillåtna direktupphandlingar. Därmed råder numera olika beviskrav vid otillåtna direktupphandlingar och vid andra typer av överträdelser. Domstolen anmärker angående den skönmässiga beräkningen att skadeståndet ”kan behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader”.<sup>238</sup> När ett sådant högre skadestånd är behövligt låter dock domstolen vara osagt, och det är därmed fortfarande oklart i vilka fall den skönmässiga skadeståndsberäkningen kan komma att bli aktuell. På samma sätt är det fortfarande oklart både vad som avses med de olika bedömningsgrunderna samt i vilken utsträckning de skall påverka skadeståndet. Dock torde det efter HD:s uttalanden stå klart att det som utgångspunkt inte är möjligt att låta överträdelsens karaktär påverka skadeståndets omfattning när det inte är fråga om en otillåten direktupphandling.

---

<sup>234</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 5.

<sup>235</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 5 f.

<sup>236</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 6.

<sup>237</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 6.

<sup>238</sup> HD:s dom meddelad den 31 maj 2007 i mål T 2883-04, s. 6.

## 6.2 Om begränsning av skadeståndsskyldigheten

En intressant fråga i diskussionen om ersättningsnivåer, beviskrav samt beräkning av skadestånd vid överträdelser mot LOU är om skadeståndet, t.ex. på grund av att det omfattar ersättning till det positiva intresset, är *för omfattande*. Möjligheten till jämkning på grund av medvållande skulle kunna innebära en lösning på ett sådant potentiellt problem. Jämkningsinstrumentet erbjuder nämligen möjligheten att uppnå rimliga kompromisslösningar då man i det enskilda fallet kan anpassa och ge olika tyngd åt olika funktioner. En nackdel med jämkning är dock att det ger upphov till osäkerhet då förutsebarheten blir lidande innan praxis klargjort vad som gäller.<sup>239</sup> Även skyldigheten att begränsa sin skada skulle kunna minska skadeståndets omfattning.

Frågan om jämkning i upphandlingssammanhang togs år 1999 upp i utredningen *Effektivare offentlig upphandling*.<sup>240</sup> Där redogjordes för att det i doktrinen å ena sidan, bl.a. av Jan Hellner<sup>241</sup> samt av Curt Riberdahl och Ulf Palm<sup>242</sup>, hade gjorts gällande att ersättning enligt det positiva kontraktsintresset innebar en överkompensation och ett brott från principen i svensk rätt att ett sådant skadestånd endast kan utgå i inomobligatoriska förhållanden.<sup>243</sup> Riberdahl och Palm påpekar i en artikel att den mycket detaljerade regleringen i LOU, enligt deras erfarenhet, medfört att de rättsliga frågorna fokuserats till detaljer<sup>244</sup> snarare än lagens fundamentala grundprinciper om konkurrens, affärsmässighet och icke-diskriminering – en ordning som enligt dem är allt annat än önskvärd. De jämför med processtatistiken i övriga EU-länder och konstaterar att det i skrivande stund bara var i Sverige som skadeståndsprocesser alls förekom i någon nämnvärd omfattning. Enligt författarna berodde detta i vart fall delvis på en ökad processbenägenhet hos de svenska anbudsgivarna och en lösning för att komma till rätta med problemet menade Riberdahl och Palm var att begränsa skadeståndsskyldigheten till det negativa intresset.<sup>245</sup> I utredningen redogjordes vidare för ett argument som lyfts fram av bl.a. Svenska kommunförbundet, nämligen att om skadeståndet blir *för effektivt* riskerar det leda till att reglerna motverkar sitt syfte. Detta eftersom upphandlande enheter i förlängningen, på grund av risken att få betala ut höga skadestånd, kan minska antalet upphandlingar istället för att öppna den offentliga sektorn för konkurrens. I detta avseende uppmärksammade kommittén att det i praktiken förekom att upphandlande enheter genomförde otillåtna direktupphandlingar och därigenom ställde sig utanför regelverket.<sup>246</sup>

<sup>239</sup> Bengtsson, s. 17-18.

<sup>240</sup> SOU 1999:139.

<sup>241</sup> Hellner 1998/99, s. 954-955.

<sup>242</sup> Riberdahl/Palm s. 647.

<sup>243</sup> SOU 1999:139, s. 317-318.

<sup>244</sup> Som exempel nämns att en domstol anmärkt på att ett referenskrav inte stod under rubriken ”förbehåll och prövning” utan under en rubrik benämnd ”referenser”.

<sup>245</sup> Riberdahl/Palm, s. 646-647.

<sup>246</sup> SOU 1999:139, s. 317-318.

Å andra sidan redogjordes i utredningen för den uppfattning som framförts av Hentze och Sylvén<sup>247</sup> samt Nils Wahl<sup>248</sup>, att möjliggörande av ersättning enligt det positiva kontraktsintresset utgör en nödvändighet för att Sverige skall uppfylla sina åtaganden enligt gemenskapsrätten. Efter en tolkning av rättsmedelsdirektiven blev kommitténs slutsats att det var det positiva kontraktsintresset som skulle ersättas. Emellertid föreslogs att ett andra stycke skulle införas i LOU 6 kap 7 § med innebörden att skadeståndet skulle kunna *jämkas*.<sup>249</sup> Förslaget ledde dock inte till lagstiftning i detta avseende. NOU, som redan i sitt remissyttrande till utredningen ställde sig positiv till förslaget om jämkning<sup>250</sup>, har under innevarande år påpekat att det kan övervägas att låta ersättningsnivån påverkas av den omständigheten att en leverantör inte ansökt om överprövning i tid.<sup>251</sup> Således öppnar även NOU för en möjlighet till jämkning, särskilt på den grunden att en leverantör förhållit sig passiv.

Enligt vad som redogjorts för ovan (se kapitel 1.3) kommer i detta arbete endast att redogöras för några utvalda jämningsgrunder, nämligen principerna om medvållande och skadebegränsning. Dessa principer anses ha ett nära samband i såväl svensk som nordisk rätt.<sup>252</sup> Som framgår nedan skiljer sig dock de båda principerna åt och de kommer därför att redogöras för i skilda avsnitt. Skillnaderna avser både vid vilken tidpunkt principerna gör sig gällande samt vilka rättsverkningar de leder till. Principen om medvållande tar sikte på *tidpunkten för skadans inträde* och dess rättsföljd blir att skadeståndet *jämkas* efter vad som är skäligt. Den rör således situationer där den skadelidande delvis själv orsakat att skadan ens uppkommit. Principen om skadebegränsning tar istället sikte på *tidpunkten efter det att avtalsbrottet inträtt* och avser en skyldighet att begränsa en redan inträffad skada. Dess rättsföljd är mer omfattande än vid medvållande eftersom *den skadelidande helt avskärs från rätten till ersättning* för de skador som kunde undvikits.<sup>253</sup> Radetzki menar att skadebegränsningsregeln till skillnad från jämningsregeln vid medverkan är en kausalitetsregel, men understryker att skälighetsresonemang som liknar den i en jämningsbedömning kan få relevans då det kan vara svårt att med tillräcklig precision avgöra skadans omfattning enligt ett hypotetiskt händelseförlopp.<sup>254</sup> Bengtsson beskriver skadebegränsningsregeln som en reduktionsregel.<sup>255</sup> I doktrinen har vidare uttalats att principen om skadebegränsning har större utrymme i inomobligatoriska förhållanden på grund av att det finns ett avtalsförhållande och därför en större lojalitetsplikt. Medvållandeansvaret däremot har sagts ha större betydelse i

---

<sup>247</sup> Hentze/Sylvén, s. 472 f.

<sup>248</sup> Wahl, s. 620 ff.

<sup>249</sup> SOU 1999:139, s. 324.

<sup>250</sup> NOU yttrande den 10 mars 2000, dnr: 1999/0266-22, s. 25.

<sup>251</sup> NOU:s yttrande den 26 januari, dnr: 2006/0162-29, s. 10.

<sup>252</sup> Herre, s. 550.

<sup>253</sup> Se t.ex. Herre 1996, s. 550 ff.

<sup>254</sup> Radetzki, s. 158.

<sup>255</sup> Bengtsson, s. 181.

utomobligatoriska förhållanden, bl.a. på grund av karaktären på de skador som ersätts i sådana förhållanden (person- och sakskador).<sup>256</sup>

## 6.2.1 Allmänt om skadeståndets funktion

Även om syftet med förevarande arbete inte är att uttömmande ange grunderna för skadeståndsrätten är det ändå av intresse att undersöka vilka funktioner som allmänt ligger till grund för skadeståndsreglerna. De allmänna grunderna utgör nämligen en viktig förutsättning för att kunna jämföra principerna nedan med skadeståndet i LOU. För att hålla diskussionen på en relativt allmän nivå har jag i det följande utgått från Hellners standardverk *Skadeståndsrätt* avseende det utomobligatoriska skadeståndet och densammes *Kontraktsrätt* avseende det inomobligatoriska skadeståndet.

Hellner anger reparation, placering av kostnader, pulverisering av förluster och prevention som *det utomobligatoriska skadeståndets* funktioner. När han talar om *reparation* menar Hellner att den ersättande funktionen har betydelse för säkerheten i samhället, men att detta i praktiken är underordnat t.ex. betydelsen av försäkringar som tecknas av den skadelidande själv. Dock påtalas att den ersättande funktionen är viktig, inte bara för den skadelidande, utan även för dennes försäkringsbolag som kan utöva regressrätt gentemot skadevållaren. Vidare påpekar Hellner att skadeståndet *placerar kostnaden* av en skada genom att ange vilka skador som skall ersättas och vilka som inte skall ersättas. Denna funktion begränsas dock bl.a. av den skadevållandes faktiska möjlighet att ersätta skada. Skadeståndet kan vidare sägas *pulverisera förlusterna*, vilket sammanhänger med att försäkringar är så nära sammankopplade med skadestånd på så vis att kostnaderna för skadan sprids ut på de försäkrades försäkringspremier. Någon sådan uppdelning sker dock inte när den ansvarige saknar försäkring. När det gäller den *preventiva* funktionen påpekar Hellner att den individualpreventiva effekten är svårbedömd men att den allmänpreventiva effekten måste förmodas vara av större betydelse. Hellner redogör i det sammanhanget för en diskussion förd av Vilhelm Lundstedt, där den preventiva funktionen framhålls som den viktigaste på grund av att den ökar den allmänna tryggheten i samhället. Hellner påpekar att det egentligen inte finns något stöd för denna slutsats, men inte heller något som bevisar motsatsen.<sup>257</sup>

Enligt Hellner spelar försäkring mindre roll vid ren förmögenhetsskada än vid övriga typer av skador eftersom en sådan skada sällan helt täcks av befintliga försäkringar. På samma sätt har *rätten till skadestånd* ofta mindre betydelse i detta sammanhang eftersom den skadevållande ofta saknar möjlighet att ersätta ett omfattande skadestånd. Istället menar Hellner att avvägningen mellan olika intressen i större utsträckning än annars inriktas

<sup>256</sup> Se t.ex. Iversen 2000, s. 134 och s. 148.

<sup>257</sup> Hellner/Johansson, s. 37 ff.

på huruvida ansvar alls skall utkrävas samt huruvida skadeståndet är lämpligt som medel för att bestämma vem som skall bära ansvaret för en inträffad förlust. Därmed jämställer han skadeståndet vid förmögenhetsskada i utomobligatoriska förhållanden med ett straff eftersom det innebär en sanktion mot ett av rättsordningen ogillat handlande.<sup>258</sup>

Skadeståndet i *kontraktsförhållanden* har liksom skadeståndet i andra sammanhang en *preventiv* funktion eftersom det fungerar påtryckande på respektive part som förmås att uppfylla sina förpliktelser. Det finns dock enligt Hellner ett antal andra funktioner som är mer karaktäristiska för kontraktssammanhang. Bland annat är skadeståndet det *mest användbara* ur rättsteknisk synvinkel eftersom det till skillnad från andra påföljder sällan är förenat med några stora praktiska hinder. Som exempel ges att påföljden prisavdrag endast kan komma ifråga vid fel samt att det kan bli svårt att exekutivt utkräva fullgörelse. Vidare är Hellner av uppfattningen att skadeståndet är *flexibelt* eftersom det kan anpassas till andra påföljder och att det erbjuder det mest fullständiga skyddet för den part som drabbats av kontraktsbrott eftersom det kan täcka såväl utebliven vinst som följdförluster. Kort sagt anser Hellner att skadeståndet kan sägas utgöra ett *gott skydd* för den förfördelade kontraktsparten.<sup>259</sup> Därmed är det upp till lagstiftaren och/eller domstolarna att stärka rätten till skadestånd om avsikten är att ge part som drabbats av ett kontraktsbrott ett fullständigt skydd samt omvänt att begränsa eller utesluta denna rätt om avsikten istället är att skyddet skall vara mer inskränkt.

Bland de begränsningar som finns med skadeståndet i kontraktsförhållanden uppmärksammar Hellner bland annat de stora olägenheter som finns rörande beräkningen av skadeståndet samt att skadeståndet kan ha negativ inverkan på affärsrelationerna.<sup>260</sup>

## 6.2.2 Skadelidandes skyldighet att begränsa skadan

Principen att en skadelidande skall begränsa sin skada vid äventyr att skadeståndet annars minskas med motsvarande belopp är enligt Hellner en *allmän princip* som gäller i såväl inom- som utomobligatoriska förhållanden. Enligt densamme är de allmänna riktlinjerna ungefär desamma i utomobligatoriska förhållanden som vid köp.<sup>261</sup> Eftersom det i köprättsliga förhållanden finns tydligt lagstöd för skadebegränsningsplikten och riktlinjerna för principens tillämpning enligt Hellner inte skiljer sig nämnvärt i inom- respektive utomobligatoriska förhållanden kommer framställningen i det följande att utgå från skadebegränsningsplikten i KöpL.

---

<sup>258</sup> Hellner/Johansson, s. 57.

<sup>259</sup> Hellner, 1996, s. 186 f.

<sup>260</sup> Hellner, 1996, s. 188.

<sup>261</sup> Hellner, 1996, s. 216.



Först skall något sägas om *varför* det finns en regel om skadebegränsning. Enligt Herre, som hänvisar till ett antal angloamerikanska författare, är en viktig förklaring till skyldigheten att begränsa sin skada att det finns ett övergripande intresse av att rättsregler skall förhindra ett slöseri med ekonomiska resurser, och att regeln därmed syftar att öka den allmänna välfärden.<sup>262</sup> En annan anledning kan sägas vara parternas behov av lojalitet.<sup>263</sup> Nicander uppmärksammar i en artikel om lojalitetsplikt i avtalsförhållanden att en sådan plikt kan förekomma även utan avtalsbundenhet t.ex. i situationer då parter inlett förhandlingar för att ingå ett avtal.<sup>264</sup> Enligt denne varierar lojalitetsplikten beroende på bl.a. avtalstypen och omständigheterna i det enskilda fallet, men ofta innebär en sådan plikt att en part – efter en viss tidpunkt – skall beakta sin motparts intressen genom att informera och klargöra vissa förhållanden av betydelse för denne.<sup>265</sup> Enligt Iversen, som visserligen hänvisar till de skäl som presenterats bl.a. av Herre, är en utförlig diskussion om motivet bakom skadebegränsningsregeln i själva verket överflödigt då principen i själva verket inte behöver något skäl. Detta eftersom frågan istället borde vara den omvända: varför skulle en person som drabbats av skada på grund av sin egen förskyllan få ersättning från någon annan för detta? Enligt Iversen följer regeln helt enkelt av de allmänna skadeståndsrättsliga reglerna om ”årsagsförbindelse, adækvans og fravær af egen skyld”.<sup>266</sup>

I KöpL finns en uttrycklig regel om skyldigheten att begränsa skadan i 70 § 1st, i vilken anges att om den skadelidande försummar att vidta skäliga åtgärder för att begränsa sin skada skall han själv bära motsvarande del av förlusten. Således kan den skadelidande inte kräva ersättning för alla de förluster han faktiskt haft, utan endast för den del av förlusten som han skulle ha haft om han hade vidtagit de skadebegränsande åtgärderna.<sup>267</sup> Bestämmelsen motsvaras av CISG art. 77 och var visserligen en nyhet i KöpL men ansågs redan innan KöpL:s tillkomst vara en allmän avtalsrättslig princip i svensk rätt.<sup>268</sup> I förarbetena till KöpL uttalas att vilka åtgärder som kan krävas helt beror på den enskilda situationen och att utgångspunkten är vad som *skäligen* kunde förväntas av den skadelidande vid *tiden för avtalsbrottet*. Avgörande för bedömningen blir därför vilka möjligheter som, vid den aktuella tidpunkten, fanns att begränsa förlusten samt i vilken utsträckning den skadelidande kände till detta.<sup>269</sup> I utredningen som föregick KöpL uttalades att hänsyn härvid måste tas till bl.a. att en part som blivit utsatt för ett kontraktsbrott kan ha sämre möjligheter att vidta åtgärder på grund av kontraktsbrottet från motparten. Således kan åtgärder som i efterhand framstår som mindre gynnsamma ändå anses försvarliga. Vidare har i förarbetena framhållits att en skadelidande

---

<sup>262</sup> Herre, s. 565 ff.

<sup>263</sup> Herre 1996, s. 566f.

<sup>264</sup> Nicander, s. 32 och s 46 ff.

<sup>265</sup> Nicander, s. 46-48.

<sup>266</sup> Iversen, s. 149-150.

<sup>267</sup> Karnov 2005/06, band 1, s. 562, not 293 av Johnny Herre.

<sup>268</sup> SOU 1976:66, s. 161 och Herre 1996, s. 550.

<sup>269</sup> Prop. 1988/89:76, s. 205-206.

måste ges möjlighet till rådrum och denne ska inte behöva handla omedelbart.<sup>270</sup> Hur mycket rådrum som kan anses brukligt måste enligt utredningen bero både av köpets karaktär, t.ex. om det är näringsidkare eller konsumenter, samt vad som kan anses vara bruket i den specifika branschen.<sup>271</sup> De åtgärder som kan bli aktuella kan vara av såväl extern som intern art. Skadebegränsningsskyldigheten omfattar vidare dels en skyldighet att aktivt vidta åtgärder för att minimera den skada som annars skulle drabba den skadelidande, dels möjligen även en skyldighet att *inte* vidta sådana åtgärder som orättfärdigt ökar skadan. Detta trots att sådana åtgärder med rätta skulle ha vidtagits om ifrågavarande avtal hade fullgjorts.<sup>272</sup>

Att det finns ett krav på skälighet innebär att skadebegränsningsskyldigheten inte sträcker sig hur långt som helst. Herre anger ett antal begränsningar som följer av skälighetsnormen. Först och främst menar han att en skadelidande inte behöver vidta några åtgärder förrän han vet om eller borde ha vetat om det aktuella kontraktsbrottet, vilket gäller även om fullgörelse, trots försening, har utlovats. Vidare anses att åtgärder som är särskilt kostsamma i förhållande till den aktuella skadan inte skall behöva vidtas. En skadelidande behöver heller inte agera så att dennes kreditvärdighet el.dyl. försämras eller så att de egna tillgångarna riskeras. Herre anger vidare att man som skadelidande överhuvudtaget inte behöver agera så att det strider mot normal affärsetik eller på sådant sätt att man skadar sitt anseende. Slutligen sägs även den skadelidandes finansiella situation kunna ha betydelse för skyldigheten att handla respektive underlåta att handla. Som exempel anges fallet då en köpare inte kan finansiera ett täckningsköp på grund av att betalning helt eller delvis redan skett till säljaren.<sup>273</sup>

Hentze och Sylvén behandlar skyldigheten att begränsa sin skada i sin kommentar till LOU. Deras uppfattning är att en leverantör som drabbats av skada på grund av att en upphandlande enhet agerat felaktigt genom ”olika åtgärder” måste begränsa de uppkomna skadorna. De uppmärksammar att Sverige inte tagit möjligheten att i enlighet med det andra rättsmedelsdirektivet artikel 1.3 införliva regler som kräver att en leverantör, innan denne begär överprövning, meddelar den upphandlande enheten sin uppfattning om att en överträdelse skett. Därför menar Hentze och Sylvén att det istället normalt bör krävas att leverantören försöker få upphandlingen rättad eller avbruten.<sup>274</sup> Den artikel som Hentze och Sylvén omnämner återfinns även i det första rättsmedelsdirektivet. Den ålägger medlemstaterna att införa ett prövningsförfarande som kan nyttjas av alla som kan ha intresse av och lidit eller kan komma att lida skada av en viss upphandling. Vidare anges att varje medlemsstat *får* kräva att en leverantör, innan denne begär prövning, skall meddela den upphandlande enheten detta.

---

<sup>270</sup> Se prop. 1988/89:76, s. 206 samt SOU 1976:66, s. 161.

<sup>271</sup> SOU 1976 :66, s. 161.

<sup>272</sup> Herre, s. 546.

<sup>273</sup> Herre, s. 579-581.

<sup>274</sup> Hentze/Sylvén, s. 477.

Enligt min uppfattning rör denna artikel snarare en möjlighet för respektive medlemstater att införa en *reklamationsplikt* för leverantörer. Jag anser inte att det finns en skyldighet att begära överprövning på den grund som Hentze och Sylvén hänför sig till. Enligt min mening innebär snarare det faktum att den svenske lagstiftaren valt att *inte* införa någon reklamationsplikt att någon sådan skyldighet inte går att utläsa av lagen. Därmed är inte sagt att en sådan skyldighet inte *ändå* kan följa av skadebegränsningsplikten. Jag kommer att återkomma till denna fråga.

### 6.2.3 Skadelidandes medverkan

SkL:s jämningsregel på grund av medverkan återfinns i dess 6 kap 1 §. För att undersöka dennas tillämplighet i upphandlingssammanhang är det av intresse att se till vilka syften som ligger bakom dess utformning. Som nämnts ovan ändrades den aktuella bestämmelsen år 1975. Enligt Bengtsson bygger dock tillämpningen av jämkning vid sakskada och ren förmögenhetsskada på i väsentligt samma rättsprinciper som före ändringarna, varför äldre arbeten fortfarande är av intresse.<sup>275</sup> Ett sådant arbete är Grönfors *Skadelidandes medverkan* i vilket han redogör för de främsta motiven till att jämka på grund av medverkan: preventionstanken, rättvise- och billighetsaspekter, riskbegränsningssynpunkter, behovet av en allmän skadeståndsbegränsande regel, sambandet med culparegeln och kausalitetsmotiveringar.<sup>276</sup>

Med *prevention* avses att jämningsregeln, genom risken att helt eller delvis förlora rätten till skadestånd, ger ett incitament för den skadelidande att iaktta större försiktighet. Grönfors anmärker dock att det skulle krävas omfattande rättssociologiska undersökningar för att fastslå att detta motiv verkligen realiserar. Vidare uppmärksammas att preventionstanken bara kan få betydelse om den medverkande faktiskt haft möjlighet att handla annorlunda. Sammanfattningsvis menar Grönfors att preventionstanken sannolikt uppfyller sitt syfte, d.v.s. har en preventiv funktion, men att dess betydelse inte bör överdrivas.<sup>277</sup> *Rättvise- och billighetssynpunkter* syftar till att hänsyn inte bara skall tas till culpa på den skadeståndsskyldiges utan även på den skadelidandes. Motivet med *riskbegränsning* är hämtat från försäkringsbranschen och avser de fall där den skadeståndsskyldige (jfr. försäkringsgivaren) helt eller delvis befrias från ansvarighet då den skadelidande (jfr. försäkringstagaren) har framkallat skadan (jfr. försäkringsfallet). Enligt Grönfors krävs i detta avseende att skadevällaren haft ett legitimt behov av att kunna förutse en skadas uppkomst och omfattning, vilket bara blir fallet inom det skärpta ansvars område.<sup>278</sup> En *allmän begränsning* av skadeståndsskyldigheten öppnar enligt Grönfors för att man mer generellt kan beakta den skadelidandes uppträdande vid skadeståndsbestämningen, men då begreppet är vagt ger det inte någon

---

<sup>275</sup> Bengtsson, s. 39.

<sup>276</sup> Grönfors, s. 19.

<sup>277</sup> Grönfors, s. 22.

<sup>278</sup> Grönfors, s. 23-24.

ledning i det enskilda fallet.<sup>279</sup> Bengtsson beskriver denna ändamålssynpunkt som något oviss.<sup>280</sup> *Sambandet mellan jämningsregeln och culpregeln* förklarar Grönfors genom att peka på att om A och B gemensamt orsakat en skada på C:s egendom svarar A och B solidariskt för skadan med inbördes regressrätt, varvid hänsyn särskilt tas till respektive parts culpa. Om A och B istället gemensamt vållat en skada på egendom som tillhör någon av dem bör därmed båda bära del av skadan motsvarande den egna culpan, för att inte försättas i en bättre situation än om egendomen tillhörde C.<sup>281</sup> *Kausalitetsmotivet* syftar mera allmänt till att uppnå konsekvens i regelsystemet. Då det kan vara svårt att utreda vilka skador som orsakats av den skadelidande respektive skadevällaren, och därmed svårt att beakta detta i kausalitetsbedömningen, kan jämningsregeln användas för samma ändamål.<sup>282</sup>

I samband med ändringarna år 1975 framhölls av föredragande statsråd att skadeståndsreglerna skulle utformas så att de tillgodosåg socialt motiverade ersättningsbehov och samtidigt leda till en samhällsekonomiskt rationell fördelning av de förluster ett skadefall ger upphov till.<sup>283</sup> Dessa syften var egentligen ingen nyhet, men det var först genom 1975 års reform som denna inställning i någon större utsträckning kom att präglade lagens utformning.<sup>284</sup> Avseende personskador uttalades att större hänsyn borde tas till sociala och humanitära skäl, t.ex. talade sådana skäl emot att en skadelidande på grund av tillfällig oaktsamhet skulle bli lidande för all framtid. Sociala och humanitära hänsyn sades dock inte ha samma tyngd vid sakskador som vid personskador.<sup>285</sup>

Det första steget i jämningsbedömningen är att fastställa att den skadelidande faktiskt varit *medvällande*, d.v.s. att denne genom oaktsamhet har medverkat till skadan. I propositionen från år 1972 uttalade departementschefen att vållande, liksom i resten av SkL, hade en neutral betydelse och avsåg sådant handlande som överhuvudtaget kunde medföra jämkning.<sup>286</sup> Detta innebär enligt Bengtsson ”att jämkning anses *möjlig* så snart objektivt sett ett vållande förekommit från den skadelidandes sida”.<sup>287</sup> Grönfors uppmärksammar att culpabedömningen vid medvällande, som per definition utgör en vårdslöshet riktad mot sig själv, liksom vid övriga culpabedömningar bör göras enligt en objektiv måttstock.<sup>288</sup> Han uppmärksammar dock att två viktiga skillnader finns mellan culpa på den skadelidande respektive skadeståndsskyldiges sida. Dels menar han att underlåtenhet oftare är culpöst vid medverkan eftersom man i detta avseende kan kräva mer aktivitet från den skadelidande. I detta avseende är

---

<sup>279</sup> Grönfors, s. 25-26.

<sup>280</sup> Bengtsson, s. 27, not 8.

<sup>281</sup> Grönfors, s. 27-28.

<sup>282</sup> Grönfors, s. 28-30.

<sup>283</sup> Prop. 1975:12, s. 131.

<sup>284</sup> Bengtsson, s. 30.

<sup>285</sup> Prop. 1975:12, s. 131-132.

<sup>286</sup> Prop. 1972:5, s. 583-584.

<sup>287</sup> Bengtsson, s. 62.

<sup>288</sup> Grönfors, s. 36-37.

begreppet medvållande vidare än culpa på motsatt sida. Samtidigt är begreppet medvållande smalare eftersom det i allmänhet anses försvarligt i större utsträckning att utsätta sig själv för risker än omgivningen.<sup>289</sup>

Enligt Bengtsson kan man möjligen slå fast vissa allmänna minimikrav på det handlande som objektivt sett kan betraktas som medvållande. För det första skall den skadelidande ha haft möjlighet att handla på ett sätt som inte obetydligt skulle ha minskat risken för skadan utan att detta varit för kostsamt eller besvärligt. Dessutom skall den skadelidande ha haft tid att ta ställning till om han borde ha handlat på detta sätt. Bengtsson uppmärksammar även att den skadelidandes handlande skall sättas i relation till vållandet på ansvarssidan, eftersom den försiktighet som kan krävas av en sida ofta direkt sammanhänger med vilka krav som kan ställas på motsatt sida.<sup>290</sup>

Nästa steg är att *jämka skadeståndet* efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av skuld på båda sidor samt omständigheterna i övrigt. I förarbetena från ändringarna år 1975 anges att avsikten med den nya formuleringen av skälighetsbedömningen var att även andra omständigheter än graden av skuld skulle kunna vägas in i jämningsbedömningen. Parternas ekonomiska förhållanden nämndes som en punkt att beakta i undantagsfall för att undvika för den skadelidande oskäliga resultat. Dock erinrades om att hänsynen till den skadelidande inte får gå så långt att resultatet istället blir orimligt mot den skadeståndsskyldige. Hänsynen till den skadeståndsskyldige sades dock främst syfta till att skydda andra än företag eller liknande organisationer, vars omfattande tillgångar ofta gör att jämningsfrågan saknar nämnvärd ekonomisk betydelse.<sup>291</sup>

När det gäller frågan hur själva jämningsbeloppet skall fastställas har Bengtsson påpekat att det är svårt att få grepp om denna bedömning. Han uppmärksammar att doktrinen mycket sällan går in på detaljfrågor i detta avseende eftersom bedömningen i praxis till stor del präglas av irrationella inslag, t.ex. intuitiva bedömningar, som gör det omöjligt att uppställa några generella principer.<sup>292</sup> Trots dessa svårigheter gör Bengtsson ett försök att beskriva förfarandet och finner att om ömse sidors medverkan är av samma slag, som t.ex. är fallet vid kollisioner i trafiken, borde bedömningen inledningsvis bestå av en direkt jämförelse mellan graden av oaktsamhet på respektive sida. I andra fall får man istället försöka uppskatta i vilken utsträckning den skadelidandes handlande avvikit från beteendet hos en normalt aktsam person. Bengtsson betonar att skadeståndet bör höjas om särskilt stor vårdslöshet på ansvarssidan kan konstateras. I övrigt anser han att samma omständigheter som redogjorts för ovan angående vållandefrågan, t.ex. huruvida andra handlingsmöjligheter funnits för den skadelidande, torde spela in även vid bedömningen av skuldgraden.<sup>293</sup>

---

<sup>289</sup> Grönfors, s. 39.

<sup>290</sup> Bengtsson, s. 66-67.

<sup>291</sup> Prop. 1975:12, s. 173-174.

<sup>292</sup> Bengtsson, s. 85-86, 88-90.

<sup>293</sup> Bengtsson, s. 92-93.

Vidare påpekas att de skador som väsentligen kan tillskrivas förhållanden på den skadelidandes sida inte överhuvudtaget bör täckas av skadeståndet.<sup>294</sup> Dock observeras svårigheterna, särskilt med avseende på den skadelidandes handlande, att hålla i sär bedömningen av vållandegraden från kausalitetsbedömningen, som lätt kan påverkas av den förstnämnda. Att det därmed finns en risk att skuldgraden beaktas dubbelt motiverar, enligt Bengtsson, till försiktighet.<sup>295</sup> Slutligen nämns att ytterligare omständigheter som kan påverka bedömningen är farligheten på respektive sidor, parternas ekonomiska förhållanden, deras respektive försäkringsmöjligheter, att den skadelidande tillhör en kategori som har ett lindrigare ansvar än andra skadevällare (liksom är fallet med t.ex. barn och arbetstagare) samt skadans storlek.<sup>296</sup>

Att HD nyligen konstaterat att ansvaret för upphandlande enheter är strikt kan medföra en del särskilda problem. Framförallt blir det omöjligt att jämföra graden av skuld på på ömse sidor, en bedömning som enligt vad som sagts ovan är av central betydelse för medvållandefallen. Enligt Bengtsson är detta dock främst ett teoretiskt problem som inte egentligen för med sig några större nackdelar. Han framhåller bl.a. att det i praktiken ofta, i vart fall då vållandet på skadesidan inte är grovt, är den skadelidandes vållande som får avgörande betydelse i jämförelsen.<sup>297</sup> Bengtsson uppmärksammar att det tidigare ofta ansetts att det skulle finnas särskilda skäl att jämka på grund av medvållande vid strikt ansvar eftersom den skadelidande i själva verket är den ende med skuld till skadan. Han pekar dock på att denna syn, i och med vissa förarbetsuttalanden från 1975, förlorat sin betydelse eftersom det numera anses saknas skäl att sätta den skadelidande i sämre ställning än vad som anges i SkL. Dock ska enligt samma uttalanden de tidigare, mindre liberala, reglerna gälla då det strikta ansvaret vilar på internationella konventioner.<sup>298</sup>

Eftersom skadeståndet i LOU, på grund av sin prekontraktuella karaktär, kan sägas ligga *mellan* inom- och utomobligatoriskt skadestånd skall slutligen något sägas om betydelsen av medverkan i kontraktsförhållanden. Ett problem som uppstår i detta sammanhang är hur *avtalsförhållandet*, som ju kan antas vara en sådan ”övrig omständighet” som omnämns i den aktuella bestämmelsens tredje stycke, kan påverka bedömningen. Vidare möter en särskild komplikation vid rena förmögenhetsskador eftersom SkL bara ger rätt till ersättning för ren förmögenhetsskada då ett brott begåtts, vilket inte är fallet i kontraktsförhållanden. Enligt Bengtsson måste det, om man tillämpar medvållandereglererna i SkL 6 kap 1 § i kontraktsförhållanden, ske genom en analog tillämpning.<sup>299</sup> I doktrinen går man sällan in på frågan om medvållande i kontraktssituationer utan där hänvisas ofta till samma principer som i utomobligatoriska sammanhang, men bl.a. Rodhe har

---

<sup>294</sup> Bengtsson, s. 95.

<sup>295</sup> Bengtsson, s. 95 f.

<sup>296</sup> Bengtsson, s. 93 f. samt 98 ff.

<sup>297</sup> Bengtsson, s. 109.

<sup>298</sup> Bengtsson, s. 110 f.

<sup>299</sup> Bengtsson, s. 213.

påpekat att medvållande främst blir aktuellt i avtalssituationer i fråga om skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada.<sup>300</sup> Bengtsson anser i enlighet därmed att medvållanderegeln främst blir aktuell då den skadelidande kan lastas för annat än att han inte begränsat en uppkommen skada och att i de fallen är det upp till domstolarna att avgöra huruvida medvållanderegeln eller andra principer skall användas för att sätta ned skadeståndet.<sup>301</sup> När det gäller hur medvållandebedömningen skall ske i dessa fall uppmärksammar Bengtsson att bedömningen måste ske mot bakgrund av de många skiftande ansvarsregler som gäller i kontraktsförhållanden, såsom t.ex. regler om ansvar för självständiga medhjälpare, presumtionsansvar och strikt ansvar. Han menar bl.a. att själva avtalssituationen kan ha medfört särskilda skaderisker som den skadelidande borde ha beaktat.<sup>302</sup>

## 6.2.4 Praxis angående jämkning av skadestånd enligt LOU

I det följande skall redogöras för några fall där domstolarna, då de utdömt skadestånd med stöd av LOU, uttalat sig avseende frågorna om skadebegränsning och jämkning. Publicerad praxis på området är mycket sparsam och jag har varit hänvisad till den opublicerade praxis som finns att tillgå bl.a. i Pointlex databas. Bland detta något mer omfattande material har jag sorterat ut de fall där det gjorts uttalanden av intresse för denna framställning.

I det ovan nämnda fallet NJA 1998 s. 873 hade den upphandlande enheten, en kommun, i förfrågningsunderlaget förbehållit sig fri prövningsrätt och inte följt de i lagen uppställda utvärderingsgrunderna. Då det inte framgick av underlaget *vilka* omständigheter som skulle tillmätas betydelse konstaterades att endast lägsta pris återstod för kommunen. Då kommunen inte tillämpat denna grund, och inte heller dess invändning om att klagande leverantörs anbud varit orimligt lågt kunde godtas eftersom kommunen inte begärt någon skriftlig förklaring från leverantören ifråga, hade kommunen brutit mot lagen då man inte antog kändens anbud. Därmed ålades kommunen skadeståndsskyldighet till det positiva kontraktsintresset enligt LOU 7 kap. 6 §. I en passus uttalades att "kommunen har inte gjort gällande att Arkitektjänst inte sökt begränsa sin skada".<sup>303</sup> Ett justitieråd var skiljaktigt avseende formuleringen av domskälen och menade att det avseende skadebegränsningen borde ha förtydligats att kommunen kunde gjort detta gällande t.ex. genom att påpeka att leverantören borde ha begärt överprövning enligt LOU 7 kap 1 § eller att det annars fanns grund för jämkning av skadeståndet.<sup>304</sup> Skadeståndet beräknades som skillnaden mellan de intäkter som leverantören hade kunnat vänta sig av uppdraget och

---

<sup>300</sup> Rodhe, § 29 vid not 53.

<sup>301</sup> Bengtsson, s. 216.

<sup>302</sup> Bengtsson, s. 216-218.

<sup>303</sup> Se referatet s. 887.

<sup>304</sup> Se referatet s. 888.

de kostnader som denne sparar in genom att inte behöva lägga ned arbete på uppdraget.<sup>305</sup>

I en dom från Göta HovR som meddelades år 2006<sup>306</sup> hade den upphandlande enheten, Migrationsverket, brutit mot LOU eftersom det uppställts otillåtna krav som enheten inte redovisat sakskälen för. Därmed återstod endast lägsta pris som beräkningsgrund och den klagande leverantörens anbud borde ha antagits. I domskälen hänvisades till uttalandena i NJA 1998 s 873 och vad som uttalats där om skadeståndets beräkning. Vidare uttalades att ”vad Migrationsverket har anfört utgör inte skäl för jämkning av det skadestånd som har uppkommit vid [den andra] upphandlingen”.<sup>307</sup> Det framgår inte klart av domskälen exakt vilken del av Migrationsverkets argumentation som rätten avsåg med detta uttalande. En av Migrationsverkets invändningar mot skadeståndstalan var att den klagande leverantören inte hade brytt sig om att begära överprövning av upphandlingen. Migrationsverket hänvisade därvid till EG-domstolens uttalanden i Grossman-fallet och åberopade underlåtenheten som grund för att prekludera leverantörens rätt att väcka talan om skadestånd. HovR ansåg dock inte att det fanns någon sådan regel i svensk rätt eller att sådana långtgående slutsatser kunde dras av Grossman.<sup>308</sup> Målet har överklagats till HD som i skrivande stund inte ännu tagit ställning till frågan om prövningstillstånd skall meddelas. Min slutsats av HovR:s uttalande avseende jämningsfrågan är att domstolen inte ansåg att underlåtenheten heller kunde leda till jämkning. Således är HovR:s uppfattning att en sådan underlåtenhet hos leverantören *inte alls* kan påverka skadeståndet.

Svea HovR tilldömde i ett mål från år 2004 den klagande leverantören skadestånd till det positiva kontraktintresset.<sup>309</sup> Upphandlingen rörde vissa måleritjänster och den upphandlande enheten, Västerås stad, hade inte gjort en affärsmissig viktning av de olika posterna i anbudet, utan hade lagt ihop de olika kostnadsposterna utan att beakta den förväntade frekvensen av respektive post – något som ansågs vara gängse bruk inom branschen och således förväntades av leverantörerna. Detta hade lett till att fel leverantörs anbud antagits eftersom den klagande leverantörens anbud sannolikt hade antagits om viktningen skett korrekt. Eftersom det fanns ett stort antal osäkra faktorer rörande skadeståndets fastställande gjorde domstolen en skälighetsbedömning i enlighet med RB 35 kap. 5 §. I denna bedömning beaktades bl.a. att den klagande leverantören borde ha begränsat sin skada genom att hålla nere sina kostnader, t.ex. genom att få andra uppdrag eller minska sin personalstyrka.<sup>310</sup> Målet överklagades till HD som inte meddelade prövningstillstånd.<sup>311</sup>

---

<sup>305</sup> Vilket framgår av att HD inte fann skäl att göra någon annan beräkning än TR, referatet s. 887 samt av TR:ns domskäl, referatet s. 883-884.

<sup>306</sup> Göta HovR:s dom den 14 mars 2006 i mål T 1704-04 .

<sup>307</sup> Se HovR:s domskäl s. 13.

<sup>308</sup> Se HovR:s dom s. 11

<sup>309</sup> Svea HovR:s dom den 16 april 2004 i mål T 5708-02.

<sup>310</sup> Se HovR:s domskäl, s. 8.

<sup>311</sup> HD:s beslut den 16 december 2004 i mål T 2179-04.



I ett annat fall, även detta från Svea HovR, förde en leverantör talan om skadestånd enligt LOU mot den upphandlande enheten AMS.<sup>312</sup> Talan bifölls och AMS befanns skadeståndsskyldig, eftersom förfrågningsunderlaget och hur de angivna kriterierna tillämpats i utvärderingen hade varit utformat på ett sätt som gjorde det omöjligt för anbudsgivarna att i förväg få information om vad vikten lades på. HovR anförde att utvärderingen ”präglats av ett inte litet mått av skönsmässighet och ligger mycket nära en fri prövningsrätt [...] utan direkt stöd i förfrågningsunderlaget”.<sup>313</sup> När det gällde beräkningen av skadeståndet hade AMS invänt att leverantören ifråga inte hade begärt överprövning och därmed hade den inte heller försökt begränsa sin skada. HovR ansåg inte att detta utgjorde skäl för jämkning ”med hänsyn till att avtal med det vinnande anbudet slöts endast en kort tid efter det att upphandlingen avslutats”.<sup>314</sup> Intressant att anmärka är att detta uttalande gjordes *innan* domstolen gick in på bedömningen huruvida skadeståndsskyldighet överhuvudtaget förelåg. Målet överklagades inte och vann såldes laga kraft.

I ett mål från HovR över Skåne och Blekinge, fastslogs i mellandom att en leverantör inte förlorat sin rätt till skadestånd på grund av att man varken gjort någon anmärkning mot de påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget eller överklagat tilldelningsbeslutet i tid.<sup>315</sup> HovR ansåg att denna fråga var ”begränsad till det avtalsrättsliga förhållandet mellan parterna”.<sup>316</sup> Det anmärktes i detta avseende även att frågan om leverantören varit skyldig att söka begränsa sin skada enligt ”allmänna skadeståndsrättsliga principer” inte var uppe till prövning.<sup>317</sup> Vidare menade HovR att det, mot bakgrund av förarbetenas uttalanden om bl.a. skadeståndets preventiva funktion och skadeståndet som sekundär i förhållande till överprövningen, inte fanns någon skyldighet att påtala brister i förfrågningsunderlaget för att hålla möjligheten till skadestånd öppen. Målet är för närvarande, efter HovR:ss mellandom, tillbaka i Kristianstads tingsrätt för prövning i huvudsak. Det återstår därför att se om vad den upphandlande enheten anført kan påverka skadeståndets omfattning.

## 6.2.5 Culpa in contrahendo

Doktrinen om dolus/culpa in contrahendo tar sikte på klandervärt beteende i samband med avtals ingående. Huvudregeln är att varje part förhandlar på egen risk men ersättningsansvar kan i enlighet med culpa in contrahendo i undantagsfall aktualiseras. Således erbjuder denna lära en, till synes mycket begränsad, möjlighet att ställa sin motpart till svars för sitt handlande även om något avtal inte slutits. Adlercreutz drar paralleller mellan denna ansvarighetsgrund och skadestånd vid brott mot LOU och menar att

---

<sup>312</sup> Svea HovR:s dom den 9 oktober 2003 i mål T 647-03

<sup>313</sup> Se HovR:s domskäl, s. 6.

<sup>314</sup> Se HovR:s domskäl, s. 2.

<sup>315</sup> HovR över Skåne och Blekinges dom den 31 mars 2005 i mål T 2928-03.

<sup>316</sup> Se HovR:s domskäl, s. 4.

<sup>317</sup> Se HovR:s domskäl, s. 4.

förfarande i strid med LOU kan betraktas som fall av culpa in contrahendo.<sup>318</sup>

Grunden för ansvar måste sökas i culpöst (eller dolöst) beteende hos motparten.<sup>319</sup> Enligt Kleineman är det anmärkningsvärt att konturerna för tillämpningen av culpa in contrahendo i svensk rätt är så oklara, men förklarar detta delvis med att det utomobligatoriska skadeståndsansvaret i stor utsträckning inte är fastställt i lag.<sup>320</sup> Han pekar på att för att ansvar skall föreligga på denna grund krävs, förutom culpöst beteende hos den ansvarige, att den skadelidande handlat på ett befogat sätt på grundval av skadevållarens beteende.<sup>321</sup> Vidare menar han att ansvaret inte nödvändigtvis behöver grundas i beteendet *innan* avtalsslutet, utan det kan även bli aktuellt med ansvar om t.ex. en part vilseleder sin motpart så att denne åsidosätter avstår från att vidta nödvändiga åtgärder för att minska risken för skada.<sup>322</sup> Avseende culpabedömningen uppmärksammar han att denna förutsätter en etisk norm som kan sökas antingen i professionsansvarets etiska normer eller i den allmänna affärsetiken.<sup>323</sup> Som exempel på ett dolöst beteende anger Ramberg och Ramberg att en part förhandlar med en annan utan att ha för avsikt att sluta något avtal eller då man förhandlar trots att man vet att motparten inte kommer få ett nödvändigt myndighetstillstånd.<sup>324</sup>

När det gäller omfattningen av ett eventuellt skadestånd är de flesta av den uppfattningen att det är det negativa kontraktsintresset som skall ersättas, d.v.s. att den skadelidande skall försättas i samma situation som om den skadegörande handlingen inte hade begåtts.<sup>325</sup> Adlercreutz anmärker dock att "även andra poster" kan tänkas tillkomma.<sup>326</sup> Kleineman, vars framställning grundas i en tillitsteoretisk ansvarsanalys<sup>327</sup>, intar en något annorlunda inställning. Han drar paralleller mellan de oklara gränserna vid å ena sidan inom- respektive utomobligatoriskt skadestånd och å andra sidan det positiva respektive det negativa kontraktsintresset.<sup>328</sup> Efter en analys av NJA 1963 s. 105 (se nedan) konstaterar han att skadeståndet *inte* bestäms genom att man fastställer om det positiva eller negativet intresset styr utan istället söker man fastställa "vilka skador som följt av det vilseledande beteendet".<sup>329</sup>

Rättspraxis är tyvärr inte särskilt omfattande men ger viss ledning. Ett fall där skadestånd utdömdes samt två med motsatt utgång skall nämnas.

---

<sup>318</sup> Adlercreutz, s. 110-113.

<sup>319</sup> Adlercreutz, s. 110-113.

<sup>320</sup> Kleineman 1991/92, s. 125.

<sup>321</sup> Kleineman 1991/92, s. 133.

<sup>322</sup> Kleineman 1991/92, s. 132-133.

<sup>323</sup> Kleineman 1991/92, s. 138-139.

<sup>324</sup> Ramberg/Ramberg, s. 84.

<sup>325</sup> Se t.ex. Adlercreutz, s. 110 och Hellner/Johansson, s. 89.

<sup>326</sup> Adlercreutz, s. 110.

<sup>327</sup> Se närmare angående detta begrepp i Kleineman, s. 417 ff.

<sup>328</sup> Kleineman 1987, s. 428-429.

<sup>329</sup> Kleineman 1987, s. 431

I NJA 1963 s. 105 hade förhandlingar förts mellan en av huvudaktieägarna i ett colombianskt bolag, Holger G, och Per E som drev affärsverksamhet i Venezuela. Holger G hade erbjudit Per E tjänst som VD i det bolag han var delägare i. Ett avtal upprättades och Per E lämnade Venezuela till förmån för Colombia. Enligt colombiansk lag förutsattes för att bolaget skulle bli bundet av anställningsavtalet att ett stämmobeslut bekräftade anställningen. Något sådant godkännande gavs emellertid inte och fråga uppstod om Per E ändå kunde ställa Holger G till svars för dennes agerande. HD konstaterade att Per E, på grund av de kontakter han haft med Holger G och en annan av bolagets representanter, uppfattat kravet på stämmans godkännande som praktiskt betydelselöst. Denna uppfattning förstärktes sedermera av att Holger G skickade ett telegram till Per E där den sistnämnde ombads att omedelbart inställa sig hos bolaget. Efter att ha mottagit telegrammet reste Per E till Colombia och började arbeta på bolaget. HD tog fasta på att Holger G skickat telegrammet trots att han varit mycket tveksam till att stämman skulle godkänna anställningen och påpekade att telegrammet varit ”ägnat att vilseleda [Per E] beträffande utsikterna att erhålla anställning hos bolaget” och att Holger G genom sin vårdslöshet ådragit sig skadeståndsansvar gentemot Per E. Det anmärkes även att Per E inte skulle ha flyttat till Colombia om inte Holger G vilselett honom. Skadeståndsskyldigheten begränsades dock till det negativa intresset.<sup>330</sup>

I övriga fall blev utgången negativ. I NJA 1978 s. 147 hade en fastighetsägare och ett livsmedelsföretag träffat ett muntligt projekteringsavtal som avsåg en framtida upplåtelse av en butiklokal. När företaget senare inte skulle genomföra den tilltänkta etableringen uppstod frågan om de ändå kunde hållas ansvariga gentemot fastighetsägaren. HD konstaterade att avtalet ifråga endast var av ”lösligt slag” och inte innebar att några omedelbara förpliktelser att ingå avtal. Däremot ansågs det ge upphov till en plikt för parterna att samarbeta och ta hänsyn till varandras intressen. HD ansåg det inte styrkt att livsmedelsföretaget brustit i sina åligganden och de befanns således inte skadeståndsskyldiga. I domskälen går att utläsa, förutom vad som sagts ovan, att det var av central betydelse att projektet redan från början var förenat med ett risktagande på grund av ett antal osäkra faktorer, att de nedlagda kostnaderna ännu inte var ”mera omfattande” samt att livsmedelsföretaget haft fog att förutsätta att fastighetsägaren själv skulle ta tillvara sina intressen.<sup>331</sup>

NJA 1990 s. 745 gällde rättigheterna till en vacuum pump. Ett bolag, som genom ett optionsavtal innehade de tillfälliga licensrättigheterna till pumpen, inledde förhandlingar med företagaren Bertil L om återförsäljarrätt till pumpen. Efter att bolaget förvärvat de fulla rättigheterna valde det att inte sluta något återförsäljaravtal med Bertil L, som därför stämde bolaget. HD ansåg dock inte att bolaget ådragit sig skadeståndsskyldighet på grund av culpa in contrahendo. Bertil L hade bl.a. åberopat ett brev som han på begäran fått av bolaget, i vilket bolaget genom hänvisning till

---

<sup>330</sup> Se referatet s. 112.

<sup>331</sup> Se referatet s. 156.

samarbetsavtalet med upphovsmannen uttalat att det skulle teckna avtal om återförsäljarskap med Bertil L och ytterligare ett företag. HD, som påpekade att frågan huruvida brevet var en avsiktsförklaring saknade avgörande betydelse för frågan om ansvar på grund av culpa in contrahendo, menade att brevet – på grund av dess avfattning och omständigheterna vid dess tillkomst – inte kunde anses vara en avsiktsförklaring. HD konstaterade att det hade uppkommit en lojalitetsplikt och att bolaget därvid skulle beakta Bertil L:s intresse, främst med hänsyn till dennes intresse att begränsa sina kostnader, men att bolaget inte på något sätt kunde anses ha handlat illojalt. Liksom i fallet ovan pekade HD på att återförsäljaravtalet berodde på flera osäkra faktorer och att det arbete som Bertil L lade ner på marknadsföringen var förenat med ett risktagande. Bertil L hade även åberopat att bolaget förfarit culpöst då det underlåtit att svara på ett brev där han redogjort för sina omfattande marknadsföringsåtgärder. HD konstaterade att bolaget med fog ansett dessa åtgärder vara överdrivna, bl.a. eftersom Bertil L endast sålt en enda pump, och att underlåtenheten inte heller i övrigt kunde läggas bolaget till last som culpa in contrahendo. HD slog fast att då bolaget hade slutit avtalet med den ursprungliga rättighetsinnehavaren och fattat beslut om att inte förlänga återförsäljarskapet med Bertil L borde man ha informerat densamme om detta. Det dröjde visserligen två månader innan Bertil L informerades, men eftersom denne inte haft några kostnader av betydande omfattning under dessa månader kunde bolaget inte bli skadeståndsskyldigt för sin underlåtenhet.

## 6.3 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

### 6.3.1 Allmänt om skadeståndet enligt LOU.

Som framgått av framställningen ovan kan skadeståndet i LOU sägas ligga mellan de inom- och utomobligatoriska områdena, eftersom det är prekontraktuellt till sin karaktär. HD har uttryckt att förhållandet mellan en förfördelad leverantör och den upphandlande enheten är *kvasikontraktsrättsligt*, d.v.s. uppvisar vissa likheter med ett avtalsförhållande. HD har dock samtidigt understrukit att den upphandlande enhetens ersättningsskyldighet väsentligen har *andra ändamål* än ersättningsskyldigheten i kontraktsförhållanden. HD:s något motsägelsefulla uttalanden ger egentligen inte stor ledning avseende vilket jämförelseområde – inom- eller utomobligatoriskt ansvar – som är lämpligt vid en ändamålsanalys av skadeståndet i LOU. Därför är det som utgångspunkt lämpligt att jämföra skadeståndet i LOU med skadeståndet i *både* inom- och utomobligatoriska förhållanden.

Skadeståndet i LOU har främst en *allmänpreventiv funktion* då det syftar till att påverka upphandlande enheter att genomföra korrekta förfaranden så att leverantörer som lämnar anbud och lägger ner mycket tid och pengar på detta kan lita på att deras anbud behandlas rättvist. Vidare har det sagts att

skadeståndet även har en *reparativ funktion*, som visserligen utgör en effekt av preventionen men ändå skall beaktas för sig. Därmed syftar skadeståndet även till att utgöra ett skydd för leverantörer som på så sätt får möjlighet att erhålla kompensation för de skador som en upphandlande enhets handlande har medfört. Reparation och prevention återfinns även som viktiga ändamål bakom skadestånden i både inom- och utomobligatoriska förhållanden och det kan därför konstateras att de olika skadestånden inte nämnvärt skiljer sig åt funktionsmässigt. Några skillnader som har påtalats ovan är att det inomobligatoriska skadeståndet, jämfört med andra påföljder, är både enklare att tillämpa och är mer flexibelt. Eftersom skadestånd är den enda sanktionen i upphandlingssammanhang, då det är sekundärt till överprövningsmöjligheten, spelar detta mindre roll än vid inomobligatoriskt skadestånd. Det utomobligatoriska skadeståndet särskiljer sig framför allt i och med dess koppling till försäkringsområdet, men eftersom detta särdrag spelar mindre roll vid förmögenhetsskador saknar denna skillnad sannolikt betydelse för det här aktuella problemet.

Vid en undersökning av skadeståndet i LOU är det viktigt att uppmärksamma att preventionssyftet utgör ett led i och en viktig del av lagens mer allmänna motiv. Det främsta motivet bakom LOU är att konkurrensutsätta den offentliga sektorn som skall verka på samma villkor som övriga företag på marknaden. Detta skall tillgodoses genom lagens regel om affärsmässighet. Således syftar skadeståndet till att avhålla upphandlande enheter att handla på ett sätt som hindrar att skattebetalarnas pengar tas tillvara på bästa sätt. Det billigaste eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas.

### 6.3.2 Skadeståndets utformning

När det gäller hur skadeståndet i LOU är utformat är det viktigt att se till helheten i systemet och därmed hur ersättningsnivå, beviskrav och beräkningsgrunder *samverkar*. Utgångspunkten är att skadeståndet skall sätta den förfördelade leverantören i samma läge som om något fel aldrig hade begåtts. Av de uttalanden som gjorts av HD kan man urskilja främst två intressen bakom skadeståndets utformning, dels intresset av att ha ett *effektivt skadestånd* som verkligen ser till att LOU efterlevs och dels intresset av att undvika att skadeståndsskyldigheten drabbar upphandlande enheter *allt för hårt*. HD har bl.a. uttalat att skadeståndet skulle bli alltför betungande om det alltid beräknades enligt samma principer som i kontraktsförhållanden, och därvid anfört att hänsyn skall tas bl.a. till överträdelsens karaktär. Då det fastslogs vilket beviskrav som skall åläggas leverantörer framhöll HD att man vägt mellan att genom ett högt beviskrav riskera lagens preventiva syfte och att genom ett lågt beviskrav riskera att upphandlande enheter fick betala fullt skadestånd till flera leverantörer. I detta avseende påpekades dock att det finns utrymme för att *i skadeståndsberäkningen* beakta om flera leverantörer haft goda möjligheter att få kontraktet, ett uttalande som dock har fått begränsad betydelse efter HD:s senaste dom. I sammanhanget är också intressant att uppmärksamma

att man i förarbetena till LOU påpekade att trots att det positiva kontraktsintresset skall ersättas så får det antas att bevissvårigheterna i praktiken begränsar antalet skadefall.

Av uttalandena ovan framgår att ersättningsnivån, beviskravet och skadeståndsberäkningen förväntas samspela och skapa möjligheter till rimliga lösningar där skadeståndet inte blir för betungande för upphandlande enheter *samtidigt* som det verkar preventivt och ser till att bestämmelserna i LOU efterlevs. Utan omfattande empiriskt underlag, något som inte finns att tillgå eftersom praxis fortfarande trots att lagen är dryga 10 år fyllda är knapphändig, är det inte möjligt att fastställa om intresseavvägningen verkligen fungerar tillfredställande i praktiken. Som redogjorts för ovan har dock röster höjts mot att ersättning skall kunna utgå till det positiva kontraktsintresset. Det har bl.a. sagts att detta för med sig processlystna leverantörer och att domstolar tenderar att fokusera skadeståndsprövningen till detaljer snarare än lagens mer allmänna syften. Min uppfattning är att *möjligheten* till full ersättning är en *nödvändighet* i och med Sveriges medlemskap i EU. Jämkning i vissa fall skulle dock kunna erbjuda *en alternativ lösning* på de nämnda problemen. Därför är det intressant att gå vidare och diskutera frågan om tillämpning av principerna om medvållande och skadebegränsning i upphandlingssammanhang. Att öppna för en möjlighet till jämkning i dessa sammanhang har fått stöd av såväl den utredning som beskrivits ovan<sup>332</sup> som av uttalanden från NOU<sup>333</sup>.

### **6.3.3 Kan skadeståndet i LOU begränsas med hänsyn till den skadelidandes handlande?**

#### **6.3.3.1 Medvållande kontra skadebegränsning; utgångspunkter**

Det finns som ovan nämnts vissa skillnader mellan principerna om skadebegränsning och medverkan. Skyldigheten att begränsa sin skada gör sig gällande i upphandlingssammanhang *efter överträdelsen* medan medvållande istället rör tiden *innan överträdelsen* inträffar. När det gäller hur dessa principer påverkar skadeståndet finns i praktiken egentligen ingen skillnad av betydelse, eftersom rättsföljden i båda fallen kan bli att ett skäligt belopp avräknas från skadeståndet.

I det följande kommer jag att utgå från att medvållande kan bli aktuellt innan eller i samband med överträdelsen och skadebegränsning efter samma tidpunkt. Därmed blir tidpunkten *när överträdelsen inträffar* av central betydelse. Det går inte att generellt ange när en överträdelse sker eftersom detta givetvis beror på *hur* den upphandlande enheten överträder reglerna i LOU. Regleringen är komplex och fel kan begås under hela upphandlingsförfarandet. Som exempel kan anges att ett

---

<sup>332</sup> SOU 1999:139, se ovan kap 6.2.

<sup>333</sup> NOU yttrande den 10 mars 2000, dnr: 1999/0266-22, se ovan kap 6.2.

förfrågningsunderlag kan anses strida mot LOU:s regler om affärsmässighet, vilket innebär att överträdelsen sker redan i det inledande skedet av upphandlingen. Överträdelsen kan dock ske först i ett senare skede om den begås genom att den upphandlande enheten i utvärderingen tillämpar i sig lagenliga krav på ett lagstridigt sätt. Däremot är det möjligt att ange den *tidsram* inom vilken en överträdelse kan inträffa, eftersom LOU "bara" reglerar upphandlingen från och med annonseringen till dess att preskriptionsfristen för att begära upphandlingen överprövad går till ända.

Skälen bakom *skadebegränsningsskyldigheten*, om man anser att några skäl alls behövs<sup>334</sup>, ligger främst i att förhindra ett slöseri med resurser samt parternas behov av lojalitet. Dessa skäl synes ligga väl i linje med de allmänna motiv som ligger bakom LOU, som skall tillse att statens medel effektivt används för att betala för de bästa varorna och tjänsterna som finns att tillgå på marknaden. Detta stöds av Hentze och Sylvén som i sin kommentar till LOU kategoriskt anger att det *finns* en skadebegränsningsplikt även i upphandlingssammanhang. I och med det avtalsliknande förhållandet mellan leverantörerna och de upphandlande enheterna *finns* sannolikt även ett lojalitetsbehov.

Även i praxis finns stöd för att leverantörer i en upphandling är skyldiga att begränsa sin skada. HD uttalade t.ex. i NJA 1998 s. 873 att det *inte* gjorts gällande av den upphandlande enheten att leverantören ifråga inte sökt begränsa sin skada. Motsatsvis kan man därmed dra slutsatsen att *om* en sådan invändning gjorts, och dessutom stöd fanns i utredningen för att skadebegränsning inte skett, så skulle detta ha påverkat skadeståndet. Därför drar jag slutsatsen att det sannolikt *finns* en skadebegränsningsskyldighet för sådana leverantörer som drabbats av skada i en upphandling.

Ett antal motiv ligger bakom regeln om jämkning på grund av medvållande. Bland dessa återfinns först och främst *preventionstanken* eftersom regeln syftar till att utgöra ett incitament för skadelidande att iaktta större försiktighet. För att detta motiv skall få genomslag även i upphandlingssammanhang krävs att det kan fastslås att leverantörer som drabbats av skada kan anses ha faktisk möjlighet att handla annorlunda och på så sätt hindra skadans uppkomst. Mot detta talar att det är de upphandlande enheterna och inte leverantörerna som åläggs att följa LOU:s procedurbestämmelser. Å andra sidan är parterna i ett upphandlingsförfarande båda näringsidkare som får förmodas ha goda möjligheter att påverka varandra att ha korrekta förfaranden. De *rättvisemotiv* som sägs ligga bakom medvållanderegeln skall möjliggöra att hänsyn tas inte bara till culpa på den skadevållandes sida utan även till sådan på den skadelidandes. Motivet att uppnå konsekvens i systemet i förhållande till culparegeln har nära samband med rättviseskälen eftersom den främsta frågan i båda dessa avseenden blir *vad* som kan anses utgöra culpa på leverantörssidan. Denna fråga kommer att diskuteras mer ingående nedan.

---

<sup>334</sup> Jmf Iversen ovan.

Av den praxis som finns på upphandlingsområdet är det långt ifrån klart huruvida jämkning på grund av medvållande kan bli aktuellt. Av den skiljaktiga meningen i NJA 1998 s. 873 framgår att dissidenten ansåg att det i domskälen uttryckligen borde ha angivits att den upphandlande enheten *inte heller* gjort gällande att någon *annan grund* (än att skadebegränsning ej skett) fanns för att *jämka* skadeståndet. Som konstaterats ovan går det dock inte att dra några säkra slutsatser angående skälen till att majoriteten inte ville utforma domskälen på detta sätt.

I Göta HovR:s dom från 2006 uttalade domstolen att vad den upphandlande enheten *anfört* inte utgjorde skäl för *jämkn*ing. Som sagts ovan betyder detta sannolikt att den omständigheten att leverantören inte begärt överprövning inte kunde minska skadeståndet, eftersom just denna omständighet hade åberopats som jämningsgrund av den upphandlande enheten.<sup>335</sup> Eftersom domstolen inte angav vilka omständigheter som de avsåg med sitt uttalande är det oklart om domstolen därmed bara menar att det finns en skadebegränsningsplikt eller om jämkning kan föranledas även av andra omständigheter.

Sammantaget blir frågan om medvållande kan bli aktuellt i upphandlingssammanhang till stor del beroende av vad som kan anses utgöra *culpöst handlande* hos en leverantör. Då detta skall diskuteras mer ingående nedan får jag anledning att återkomma även till frågan om medvållanderegeln tillämplighet.

### **6.3.3.2 Skadebegränsning och medvållande; vad krävs av en leverantör?**

Nästa fråga är vad leverantörer kan tänkas vara skyldiga att göra eller inte göra för att inte riskera att skadeståndet minskar på grund av att de antingen underlåtit att begränsa sin skada eller för att de genom vållande anses ha medverkat till densamma.

Skadebegränsningsskyldigheten omfattar som utgångspunkt endast *skäliga åtgärder* medan medvållande bara kan bli aktuellt när en leverantör anses ha agerat *culpöst*. Skälighetsbegreppet anses sätta en gräns för kraven som kan ställas på den skadelidande genom att denne bl.a. skall ha haft möjlighet att begränsa skadan och även haft tid att ta ställning till om han bör handla eller inte. Vidare behöver sådana åtgärder som är särskilt kostsamma i förhållande till skadan eller som skulle skada det egna anseendet eller den egna kreditvärdigheten vidtas. De nämnda begränsningarna av begreppet *skäliga åtgärder* motsvaras och är de samma som de kriterier som vid medvållande betecknas *allmänna minimikrav*. Dessa krav utgör de grundläggande förutsättningarna för att ett handlande överhuvudtaget skall kunna utgöra ett medvållande. Till detta kommer att ett handlande för att utgöra jämningsgrundande medvållande måste vara *vårdslöst* enligt den

---

<sup>335</sup> Göta HovR:s dom den 14 mars 2006 i mål T 1704-04.



fria culpabedömningen. Således finns en *överensstämmelse* avseende de grundläggande krav som ställs på en skadelidande. Culpakravet innebär dock att en högre tröskel måste överträdas för att en leverantör skall anses medvällande än vad som är fallet avseende skadebegränsningsplikten, vars enda begränsning ligger i vilka skadebegränsande åtgärder som kan anses skäligt. Båda principerna kan bli aktuella vid både aktivitet och passivitet från leverantörernas sida.<sup>336</sup>

För att återknyta till vad som redogjordes för i föregående avsnitt kan därför konstateras att *efter* den tidpunkt då en upphandlande enhet brutit mot en bestämmelse i LOU så ökar de krav som kan ställas på en leverantör i ett upphandlingsförfarande. *Innan* samma tidpunkt får leverantören nämligen bete sig precis hur som helst, så länge handlandet inte anses culpöst, medan densamme *efter* överträdelsen är skyldig att vidta skäliga åtgärder. På *vilket sätt* – och därmed *när* - den upphandlande enheten har överträtt LOU får således avgörande betydelse för vilka krav som kan åläggas leverantörerna i ett upphandlingsförfarande.

Vilka *konkreta åtgärder* som kan bli aktuella vid en eventuell tillämpning av de respektive principerna är en svårare fråga, om den ens är möjlig att besvara med närmare säkerhet. I det följande skall dock göras ett försök att fastslå några generella utgångspunkter.

Avseende *skadebegränsningsskyldigheten* framgår av den skiljaktiga meningen i 1998 års HD-fall att ett justitieråd ansåg att det borde ha förtydligats i domskälen att denna skyldighet t.ex. kan bestå i att leverantören inte begärt överprövning. Skälen till att majoriteten inte ville gå med på en sådan skrivning kan vara av olika art. Antingen ansåg majoriteten att skadebegränsningsskyldigheten inte omfattade en sådan förpliktelse, eller så ansåg den det helt enkelt obehövligt att exemplifiera skadebegränsningsprincipen. Några säkra slutsatser går dessvärre inte att dra.

Viss ledning kan dock hämtas ur den hovrättspraxis som finns att tillgå. Svea HovR beaktade i ett mål från år 2004 att den klagande leverantören inte begränsat sin skada genom att ta andra uppdrag eller minska personalstyrkan, och jämkade därför skadeståndet.<sup>337</sup> Målet överklagades men HD valde att inte meddela prövningstillstånd.<sup>338</sup> I ett annat fall, också det från Svea HovR, hade den upphandlande enheten åberopat att den klagande leverantören inte minskat sin skada genom att begära upphandlingen överprövad. Domstolen uttalade, redan innan man gick in på frågan om skadeståndsskyldighet, att detta inte utgjorde skäl för

---

<sup>336</sup> Vilket avseende medvällande framgår av Grönfors resonemang om att culpa i medvällandesituationer oftare än annars kan utgöras av *underlåtenhet* (se ovan kap 6.2.3) och avseende skadebegränsningsskyldigheten Herres resonemang om att denna även kan omfatta *att inte vidta åtgärder* som kan förvärra skadan (se ovan kap 6.2.2).

<sup>337</sup> T 5708-02

<sup>338</sup> HD:s beslut den 16 december 2004 i mål T 2179-04.

jämkning.<sup>339</sup> Målet överklagades inte. Göta HovR gjorde samma bedömning i ett fall från 2006 där den upphandlande enheten åberopat att leverantören ifråga inte begärt upphandlingen överprövad: inga skäl för jämkning fanns.<sup>340</sup> Detta fall har överklagats till HD som i skrivande stund inte har tagit ställning till frågan om prövningstillstånd skall meddelas eller ej. I en mellandom från HovR över Skåne och Blekinge konstaterades att det faktum att en leverantör inte begärt överprövning inte medförde att rätten att begära skadestånd *prekluderades*. Frågan om samma omständighet kan leda till att skadeståndet minskas är också för närvarande föremål för prövning i Kristianstads tingsrätt, som sannolikt för det fall Högsta domstolen meddelar prövningstillstånd i målet som beskrivits ovan kommer att avvakta dess dom.

Att inte begära överprövning ligger, oavsett när en upphandlande enhet överträder LOU, tidsmässigt *efter* den påstådda överträdelsen eftersom överprövningen ligger sist i tiden under upphandlingsförfarandet. Av den praxis som redovisats ovan går det inte att dra några säkra slutsatser avseende huruvida överprövning är en sådan skälig åtgärd som skall vidtas av en leverantör som drabbats av att en upphandlande enhet inte följt reglerna i LOU. HovR:ss praxis är visserligen relativt klar, dess inställning är att det *inte* finns en sådan skyldighet, men denna praxis saknar naturligtvis betydelse för framtiden om HD väljer att meddela prövningstillstånd i det nu aktuella målet T 1653-06. Om HD däremot väljer att inte meddela PT torde det stå klart att leverantörer inte är skyldiga att begära överprövning för att ha möjlighet till fullt skadestånd. Personligen är jag benägen att acceptera en sådan skyldighet, möjligtvis med reservation för att preskriptionsfristen i vissa komplicerade upphandlingar inte ger utrymme för skäligt rådrum i tillräcklig utsträckning.

För att jämkning på grund av medvållande skall ske måste det fastställas att den skadelidande faktiskt agerat *culpöst*. En viktig fråga som inställer sig är således vad som kan utgöra culpa hos en leverantör. Culpabegreppet vid medvållande har, liksom i övriga fall, en objektiv betydelse. Några skillnader i förhållande till den allmänna culpabedömningen är att man vid medvållande kan kräva mer aktivitet av en skadelidande, d.v.s. underlåtenhet är oftare culpöst i dessa sammanhang, samtidigt som det i allmänhet anses mer försvarligt att utsätta sig själv än andra för risker. Eftersom det subjektiva kravet på ansvarssidan är strikt är det teoretiskt inte möjligt att *jämföra* graden av skuld mellan den upphandlande enheten och en leverantör. Däremot är det till fördel för en klagande leverantör att det strikta ansvaret i LOU är grundat på internationella avtal vilket medför att den äldre synen – att det finns särskilda skäl att jämka vid just strikt ansvar – fortfarande får genomslag.

Eftersom det är svårt att generellt fastställa vad som anses utgöra culpa hos en leverantör återstår den fria culpabedömningen. En sådan brukar ske genom en sammanvägning av risken för skada, den sannolika skadans

<sup>339</sup> T 647-03

<sup>340</sup> Göta HovR:s dom den 14 mars 2006 i mål T 1704-04. HD:s mål nr. T 1653-06.

storlek, möjligheterna att förekomma skadan och den handlandes möjlighet att inse risken för skada.<sup>341</sup>

Avseende medvållande handlar det om skada som drabbar den vållande själv men – om inte jämkning tillgrips – skall ersättas av någon annan. Även om LOU formellt endast ålägger de upphandlande enheterna skyldigheter kan det argumenteras för att LOU även skall tjäna som aktsamhetsnorm avseende vad som kan förväntas av leverantörerna. Detta eftersom LOU syftar till att få upphandlande enheter att verka *på samma villkor* som övriga företag på marknaden. Om man accepterar att LOU också verkligen uppfyller detta syfte bör lagreglerna överensstämma med de villkor under vilka övriga företag agerar på den fria konkurrensutsatta marknaden, där det ultimata målet är att göra bra affärer. För att inte riskera att leverantörer åläggs *orimligt* höga krav, särskilt eftersom det är högst oklart om LOU fullt ut uppfyller sitt syfte och lagstiftaren trots allt valt att låta LOU förplikta endast de upphandlande enheterna, bör dock kraven på leverantörerna inte sättas lika högt som på de upphandlande enheterna.

När det gäller vilka *konkreta åtgärder* som kan anses vara culpösa erbjuder grunderna för den upphandlande enhetens yrkande i mellandomen från HovR över Skåne och Blekinge ett intressant uppslag. I detta fall påtalades att den klagande leverantören, förutom att underlåta att begära överprövning, inte hade påtalat bristerna i förfrågningsunderlaget. Rätten, som inte ansåg att detta lett till att skadeståndsrätten prekluderats, konstaterade att denna fråga var begränsad till det ”avtalsrättsliga förhållandet mellan parterna”.<sup>342</sup> Frågan om detta kan anses minska skadeståndet, t.ex. genom att det anses culpöst att inte påtala sådana brister, kommer att tas upp i TR inom kort.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att frågan om jämkning på grund av medvållande kan komma ifråga även i upphandlingssammanhang är långt ifrån klar och att det inte idag är möjligt att ge några säkra svar på denna fråga. Det som torde erbjuda störst svårigheter är att fastställa när en leverantör agerat culpöst, vilket både får betydelse för preventionsmotivets genomslag och själva tillämpningen av jämkningsregeln.

Hur själva jämkningen skall ske är som framhållits ovan mycket svårt att fastställa. Här skall endast påpekas att upphandlingsområdets särskilda karaktär, liksom skadeståndets preventiva syfte, sannolikt är en sådan ”övrig omständighet” som utöver respektive sidas skuldgrad kan påverka bedömningen.

---

<sup>341</sup> Hellner/Johansson, s. 131.

<sup>342</sup> T 2928-03.

### 6.3.4 Vanlig culpa in contrahendo i förhållande till det prekontraktuella ansvaret i LOU

Slutligen skall något sägas om förhållandet mellan ”vanlig” culpa in contrahendo och det prekontraktuella ansvaret enligt LOU.

En viktig skillnad mellan dessa två företeelser är att culpabedömningen vid en ”vanlig” culpa in contrahendo är fri. Eftersom praxis är knapp är det svårt att på förhand fastställa enligt vilka normer denna bedömning skall ske, men i doktrin talas det om att en etisk norm kan sökas antingen inom professionsansvaret eller i den allmänna affärsetiken. Vid det prekontraktuella ansvaret i upphandlingssammanhang erbjuder istället LOU en klar måttstock för hur den upphandlande enheten skall agera och därmed även vad som anses culpöst. Även om den felandes beteende i båda fallen därmed kan beaktas som exempel på culpa in contrahendo, innebär det en stor skillnad att det lättare går att fastställa huruvida skadestandsgrundande beteende föreligger hos en upphandlande enhet.

En annan viktig skillnad ligger i att LOU erbjuder möjlighet till ersättning till det positiva kontraktsintresset medan ”vanlig” culpa in contrahendo endast ger ersättning till det negativa. Det har ifrågasatts om ersättningsnivån i LOU är motiverad men, eftersom jag är av uppfattningen att detta är en direkt följd av EG-rätten, kan Sverige inte undgå denna reglering. Ersättningsnivån kan dock även rättfärdigas med stöd av Kleinemans syn på skadeståndet, som är frikopplat från det positiva respektive negativa intresset. Han anser att den ersättningsgilla skadan skall kopplas till den *befogade tilliten* hos den skadelidande. I upphandlingssammanhang kan den befogade tilliten sägas vara större och därmed även den ersättningsgilla skadan. Detta eftersom de handlingsnormer som LOU fastställer rimligen ökar leverantörernas befogade tillit till de upphandlande enheterna, eftersom dessa måste kunna utgå ifrån att de ger sig in i ett upphandlingsförfarande under förutsättningen att detta skall ske i enlighet med de lagregler om affärsmässighet, likabehandling etc. som lagen uppställer.

# Käll- och litteraturförteckning

## Litteratur

- Adlercreutz, Axel                      Allmän avtalsrätt, 12e upplagan, Juristförlaget i Lund, Lund 2002.  
[Cit: Adlercreutz]
- Bengtsson, Bertil                      Om jämkning av skadestånd, Nordstedt & söners förlag, Stockholm, 1982.  
[Cit: Bengtsson]
- Forsberg, Niclas                      Offentlig upphandling i praktiken, 3e upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2004.  
[Cit: Forsberg]
- Falk, Jan-Erik och Pedersen, Kristian                      Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling, Jure Förlag AB, Stockholm 2004.  
[Cit: Falk/Pedersen]
- Grönfors, Kurt                      Skadelidandes medverkan, Kungliga boktryckeriet, P.A. Norstedt & söner, Stockholm 1954.  
[Cit: Grönfors]
- Hentze, Margareta och Sylvén, Hans                      Sveriges Rikes Lag - Offentlig upphandling, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 1998.  
[Cit: Hentze/Sylvén]
- Hellner, Jan och Svante, Johansson                      Skadeståndsrätt, 6e upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2000.  
[Cit: Hellner/Johansson]
- Hellner, Jan                      Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt, Andra häftet, 3e upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1996.  
[Cit: Hellner, 1996]
- Herre, Johnny                      Ersättningar i köprätten - Särskilt om skadeståndsansvar, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.  
[Cit: Herre]
- Herre, Johnny                      Karnov, Svensk lagsamling med kommentarer 2005/06, Band 1, Kommentar till köplagen, Thomson fakta AB, Stockholm 2005.  
(Huvudredaktörer Blom, Birgitta, Eriksson, Anders. Hirschfeldt, Johan och Ramberg, Jan).

- Iversen, Torsten Erstatningsberegning i kontraktsforhold, Forlaget Thomson A/S, Köpenhamn 2000.  
[Cit: Iversen]
- Kleineman, Jan Ren förmögenhetsskada, Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Juristförlaget, Stockholm 1987.  
[Cit: Kleineman, 1987]
- Melin, Mats och Schäder, Göran EU:s konstitution - maktfördelningen mellan den europeiska unionen, medlemsstaterna och medborgarna, 6<sup>e</sup> upplagan, Nordstedts Juridik AB, Stockholm 2004.  
[Cit: Melin/Schäder]
- Nord, Eskil Karnov, Svensk lagsamling med kommentarer 2005/06, Band 1, Kommentar till lagen om offentlig upphandling, Thomson fakta AB, Stockholm 2005. (Huvudredaktörer Blom, Birgitta, Eriksson, Anders. Hirschfeldt, Johan och Ramberg, Jan).
- Radetzki, Marcus Skadeståndsberäkning vis sakskada, Svenska försäkringsföreningen, Stockholm 2003.  
[Cit: Radetzki]
- Ramberg, Jan och Ramberg, Christina Allmän avtalsrätt, 6e upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2002.  
[Cit: Ramberg/Ramberg 2002]
- Rodhe, Knut Obligationsrätt, Norstedts, Stockholm 1956.  
[Cit: Rodhe]

## Artiklar

- Hellner, Jan Upphandling och skadestånd, Juridisk Tidskrift, nr 4, 1998/99, s. 950 ff.  
[Cit: Hellner 1998/99]
- Kleineman, Jan Skadeståndsgrundande uppträdande vid avtalsförhandlingar, Juridisk tidskrift, nr 1, 1991/92, s. 125 ff.  
[Cit: Kleineman 1991/92]

- Nicander, Hans                      Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, Juridisk Tidskrift, nr 1, 1995/96, s. 31 ff.  
[Cit: Nicander]
- Riberdahl, Curt och Palm, Ulf                      Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, Svensk Juristtidning 1996, nr 8, s. 644 ff.  
[Cit: Riberdahl/Palm]
- Wahl, Nils                              Offentlig upphandling och skadestånd - reparation, prevention eller ingendera?, Juridisk Tidskrift, nr 2, 1997-98, s. 619 ff.  
[Cit: Wahl]
- Warnling-Nerep, Wiweka                      Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, Juridisk Tidskrift, nr 2 2006/07, s. 384.  
[Cit: Warnling-Nerep]
- Westring, Gösta                      Lagom lag om offentlig upphandling? – Några frågor kring den nya, EG-anpassade, lagen om offentlig upphandling, Juridisk Tidskrift, nr 2, 1994/95, s. 113 ff.  
[Cit: Westering]

## Svenska rättsakter

### *Förarbeten*

- SOU 2006:28                      Nya upphandlingsregler 2  
SOU 2005:22                      Nya upphandlingsregler  
SOU 2001:31                      Mera värde för pengarna  
SOU 1999:139                      Effektivare offentlig upphandling - För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt.  
SOU 1976:66                      Köplag
- Prop. 2001/02:142                      Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.  
Prop. 1999/2000:128                      Offentlig upphandling i informationssamhället  
Prop. 1996/97:153                      Ändringar i lagen om offentlig upphandling  
Prop. 1995/96:165                      Frågor om offentlig upphandling  
Prop. 1993/94:78                      Frågor om offentlig upphandling  
Prop. 1992/93:88                      Om offentlig upphandling.  
Prop. 1988/89:76                      Om ny köplag  
Prop. 1975:12                      Skadeståndslagen  
Förslag till lag om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, lag om avbetalningsköp m.m. (1914)

## Övriga källor

### *Statistiska centralbyrån*

Statistiska Centralbyråns pressmeddelande nr 2006:051, den 7 mars 2006, Tillgängligt i elektronisk form på: [http://www.scb.se/templates/pressinfo\\_161701.asp](http://www.scb.se/templates/pressinfo_161701.asp)

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl.16.00)

### *Kommissionen*

Europeiska gemenskapens kommissions pressmeddelande den 11 maj 2006. Tillgängligt i elektronisk form på: <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/06/601&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl.16.00)

Europeiska gemenskapens kommissions konsultationsrapport om rättsmedelsdirektiven den 3 februari 2004, "A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future". Tillgänglig i elektronisk form på: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/remedies/consult-contractauthor\\_en.htm#foot1](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/consult-contractauthor_en.htm#foot1)

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

Europeiska gemenskapens kommissions förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling. Tillgängligt i elektronisk form på: [http://ec.europa.eu/internal\\_market/publicprocurement/remedies/remedies\\_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/remedies/remedies_en.htm)

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

Europeiska gemenskapens kommission, Generaldirektorat Inre marknaden och tjänster: Offentlig upphandling - Åtlydande av granskningsorganens beslut gällande offentlig upphandling - klagomål nr 2004/4053.

### *Nämnden för offentlig upphandling*

NOU yttrande den 12 december 2006m dnr.: 2006/0114-29. Tillgängligt i elektronisk form på <http://www.nou.se/nouinfo.html>

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

NOU yttrande den 13 april 2005, dnr.: 2004/0261-22. Tillgängligt i elektronisk form på <http://www.nou.se/nouinfo.html>

(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

NOU yttrande den 26 januari 2007, dnr.: 2006/0162-29. Tillgängligt i elektronisk form på <http://www.nou.se/nouinfo.html>



(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

NOU yttrande den 10 mars 2000, dnr: 1999/0266-22, Tillgängligt i elektronisk form på <http://www.nou.se/remissvar.html>  
(källa kontrollerad 2007-05-21 kl. 16.00)

*JO*

JO ärende 3497-2000

JO ärende 3006-2005

# Rättsfallsförteckning

## Svensk praxis

### *Förvaltningsdomstol*

RÅ 2005 ref. 62

RÅ 2005 ref. 17

RÅ 2005 ref. 10

RÅ 2005 ref. 7

RÅ 2004 ref. 24

RÅ 2001 ref. 18

RÅ 1996 ref. 85

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1996 not. 258

RegR:s beslut den 27 februari 2007 i mål 8016-06

Kammarrätten i Jönköpings beslut den 23 mars 2007 i mål 549-07

Kammarrätten i Göteborgs dom den 16 maj 2005 i mål 1013-05

Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 oktober 1999 i mål 3859-1999

### *Allmän domstol*

Högsta domstolens dom den 31 maj 2007 i mål T 2883-04

Högsta domstolens beslut den 16 december 2004 i mål T 2179-04

NJA 2003 s. 82

NJA 2001 s. 3

NJA 2000 s. 712

NJA 1998 s. 873

Svea HovR:s dom den 30 mars 2006 i mål T 5172-05 (Uppsala tingsrätts dom från den 31 maj 2005 i mål T 404-03 s. 14)

Göta HovR:s dom den 14 mars 2006 i mål T 1704-04

Svea HovR:s dom den 14 december 2004 i mål T 759-03

Svea HovR:s dom den 16 april 2004 i mål T 5708-02

Svea HovR:s dom den 9 oktober 2003 i mål T 647-03

## EG-domstolen

Samtliga följande rättsfall finns tillgängliga i digital form på

<http://curia.europa.eu/sv/content/juris/index.htm>

Koppensteiner, mål C-15/04, REG 2005, s.I-4855.

Stadt Halle and RPL Lochau, mål C-26/03, REG 2005, s.I-1.

[Cit: Stadt Halle]

Kommissionen / Tyskland, mål C-126/03, REG 2004, s.I-11197.

[Cit: München Nord]

Grossmann Air Service, mål C-230/02, REG 2004, s. I-1829.

[Cit: Grossman]

De förenade målen Bockhorn och Braunschweig, mål C-20/01 och C 28/01,  
REG 2003, s. I-3609.

[Cit: Bockhorn och Braunschweig]

HI, mål C-92/00, REG 2002 s. I-5553

[Cit: HI]

Alcatel Austria m.fl., mål C 81/98, REG 1999, s. I-7671.

[Cit: Alcatel]

De förenade målen Brasserie du pêcheur och Factortame, mål C-46/93 och  
48/93, REG (Rec.1996,p.I-1029).

[Cit: Brasserie du pêcheur och Factortame]

Beentjes / Netherlands State, mål C-31/87, REG.1988, s. 4635.

[Cit: Beentjes]

Costa / E.N.E.L., mål 6/64, REG.1964, s.1141.

[Cit: Costa/ENEL]