



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Linna Bjernestedt

Skadestånd vid offentlig  
upphandling

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Handledare  
Eva Lindell-Frantz

Ämne  
Förmögenhetsrätt

Termin  
HT-11

# Innehåll

<b>ABSTRACT</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
<b>1.1 Presentation av ämnet</b>	<b>5</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Metod</b>	<b>6</b>
1.3.1 Rättsdogmatisk metod	6
1.3.2 Rättsekonomiskt perspektiv	7
<b>1.4 Avgränsningar</b>	<b>8</b>
<b>1.5 Material</b>	<b>9</b>
<b>1.6 Disposition</b>	<b>9</b>
<b>2 NÅGRA CENTRALA BEGREPP</b>	<b>10</b>
<b>2.1 Ansvarsformer</b>	<b>10</b>
2.1.1 Culpa	10
2.1.2 Rent strikt ansvar	11
<b>2.2 Skadeståndsberäkning</b>	<b>11</b>
2.2.1 Principen om full ersättning	11
2.2.2 Det positiva kontraktsintresset	11
2.2.3 Det negativa kontraktsintresset	11
<b>3 FÖRUTSÄTTNINGAR FÖR SKADESTÅND</b>	<b>13</b>
<b>3.1 Skada</b>	<b>13</b>
<b>3.2 Handling/passivitet</b>	<b>14</b>
<b>3.3 Adekvat kausalitet</b>	<b>14</b>
<b>3.4 Bevisbörda och beviskrav</b>	<b>16</b>
3.4.1 Introduktion	16
3.4.2 Offentlig upphandling	16
3.4.3 Särskilt om otillåten direktupphandling	17

<b>4</b>	<b>DEN ALLMÄNNA SKADESTÅNDRÄTTSLIGA REGLERINGEN</b>	<b>19</b>
4.1	Introduktion	19
4.2	SkL	19
4.2.1	Förhållandet till annan lagstiftning	19
4.2.2	Konkurrerande ansvarsgrunder	19
4.3	Inomobligatoriskt skadestånd	20
4.4	Utomobligatoriskt skadestånd	22
4.4.1	Introduktion	22
4.4.2	Myndighetsutövning	23
4.5	Kvasikontraktuellt skadestånd	24
<b>5</b>	<b>SKYLDIGHETEN ATT BEGRÄNSA SIN SKADA</b>	<b>26</b>
5.1	Introduktion	26
5.2	Gränsen mot medvållande	26
5.3	Beräkning	27
5.4	Tillämpning vid offentlig upphandling	27
<b>6</b>	<b>DEN OFFENTLIGA UPPHANDLINGENS BAKGRUND</b>	<b>29</b>
6.1	Historik	29
6.2	EU-rätten och dess inflytande på svensk rätt	29
6.2.1	Direktiven	30
6.2.2	EU-rättsliga principer	30
<b>7</b>	<b>UPPHANDLINGSFÖRFARANDET ENLIGT LOU</b>	<b>33</b>
7.1	Lagens tillämplighet	33
7.1.1	Introduktion	33
7.1.2	Tröskelvärden	34
7.1.3	Upphandlande myndighet	34
7.1.4	Tilldelning av kontrakt	34
7.1.5	Undantag från LOU:s tillämpningsområde	34
7.2	Förfarandet	35
7.2.1	Upphandling överstigande tröskelvärde	35
7.2.2	Upphandling under tröskelvärde, alternativt B-tjänst	36
<b>8</b>	<b>LOU:S RÄTTSMEDEL</b>	<b>38</b>
8.1	Introduktion	38

<b>8.2</b>	<b>Överprövning av beslut</b>	<b>38</b>
8.2.1	Tillämplighet	38
8.2.2	Tidsfrister	38
8.2.3	Rättsföljder	39
<b>8.3</b>	<b>Ogiltigförklaring av avtalet</b>	<b>39</b>
8.3.1	Tillämplighet	39
8.3.2	Tidsfrister	40
8.3.3	Konsekvenser	40
<b>8.4</b>	<b>Skadestånd</b>	<b>41</b>
8.4.1	Introduktion	41
8.4.2	Tidsfrister och talerätt	42
8.4.3	Fel i förfarandet	42
8.4.4	Skadeståndets omfattning	44
<b>8.5</b>	<b>De olika rättsmedlen i relation till varandra</b>	<b>47</b>
<b>9</b>	<b>ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>49</b>
9.1	Det rättsekonomiska perspektivet applicerat på LOU	49
9.2	Skadeståndstalan grundad direkt på SkL	51
9.3	Förutsättningar för skadestånd enligt LOU	52
9.4	Beräkning av skadestånd	54
9.5	Avslutande kommentar	55
<b>BILAGA A</b>		<b>56</b>
<b>BILAGA B</b>		<b>57</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>58</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>64</b>

# Abstract

This paper discusses suppliers' possibilities to recover damages at public procurement. The issues that will be addressed are the conditions under which a supplier is entitled to damages under the law on Public Procurement, whether it is possible for a supplier to base their claim for compensation directly on the Tort Liability Act, and how damages should be calculated. Since the legislation has strong economic elements through the requirement of *professionalism*, a legal and economic perspective has been applied to this paper. As the paper discusses public procurement from a tort law perspective the general situation for damages is discussed first. This is followed by a description of the public procurement background, how the procedure progresses and a presentation of the various legal remedies, which the regulation provide.

A conclusion that is presented in the paper is that it is not possible for a supplier to base an action directly at the Tort Liability Act as a crime must have occurred for a pure economic loss should be compensated. The Council on Legislation has ruled that public procurement does not constitute exercise of authority. Therefore it is not possible to base an action on damages caused by exercise of authority. Another conclusion resulting from this paper is that the law on Public Procurement may at first glance be seen as very favorable settlements for a disadvantaged supplier, but that the standard of proof that arise when the supplier shall demonstrate the *harm* and *adequate causality* severely limits the ability to recover damages.

It is also clear that the suppliers' *obligation to mitigate their loss* heavily limits the possibility of damages, as suppliers by this principle must defend their interests and appeal against decisions made by the Authority. The result is that, if the appeal is upheld the Authority might correct its actions and the possibility of compensation for the supplier disappears as damages no longer have been suffered.. In the event the appeal is rejected, this results in the supplier not having any success with an action for damages since it is already determined that no breach of the law on Public Procurement has been made. Consequently, mainly in cases where there is an *illegal direct procurement*, will an action for damages apply. The supplier is however faced with other obstacles and it becomes an entirely hypothetical assessment of what requirements the authorities would have set since no specifications have been prepared. The supplier's inability to show adequate causality between the damage and the actions of the authority has led to the Court of appeal finding it justified to introduce a certain proof relief. It is not necessary for the supplier to *prove* that a contract would have been secured, only that it is *plausible* to conclude that it might have been. What standard of proof that apply, and in some situations even with whom the burden of proof should be placed, is however, a somewhat uncertain area of law where various theories have been presented in the legal doctrine.

# Sammanfattning

Denna uppsats behandlar leverantörers möjligheter till skadestånd vid offentlig upphandling. De frågor som kommer att behandlas är under vilka förutsättningar en leverantör har rätt till skadestånd enligt lag om offentlig upphandling (LOU), huruvida det är möjligt för en leverantör att grunda sin skadeståndstalan direkt på skadeståndslagen (SkL) samt hur skadeståndet ska beräknas. Då lagstiftningen har starka ekonomiska inslag genom kravet på *affärsmässighet* har ett rättsekonomiskt perspektiv applicerats på arbetet.

Uppsatsen behandlar offentlig upphandling ur en skadeståndsrättslig aspekt och därför behandlas först de allmänna förutsättningarna för skadestånd. Efter detta följer en beskrivning av den offentliga upphandlingens bakgrund, hur ett upphandlingsförfarande går till väga samt en presentation av de olika rättsmedel som regleringen erbjuder.

En slutsats som presenteras i arbetet är att det inte är möjligt för en leverantör att grunda sin talan direkt på SkL då huvudregeln är att ett brott måste ha skett för att en ren förmögenhetsskada ska ersättas. Det är inte heller möjligt att grunda sin talan på att skadan orsakats genom myndighetsutövning eftersom bland annat Lagrådet har uttalat sig om att offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning.

En annan slutsats som följer av detta arbete är att LOU kan vid en första anblick ses som en mycket förmånlig reglering för en missgynnad leverantör, men att de beviskrav som uppkommer då leverantören ska visa på *skada* och *adekvat kausalitet* starkt begränsar dennes möjligheter till skadestånd. Det står även klart att leverantörens *skyldighet att begränsa sin skada* kraftigt beskär möjligheterna till skadestånd då en leverantör genom denna princip måste bevaka sina intressen och överklaga beslut av myndigheten. Detta medför att i det fall överklagandet bifalls lär myndigheten rätta sitt handlande och möjligheten till skadestånd för leverantören försvinner då denne inte längre har lidit någon skada. I det fall överklagandet avslås leder detta till att leverantören inte kommer att ha framgång med en skadeståndstalan då det redan är fastställt att något åsidosättande av LOU inte har skett. Genom detta blir det främst i de fall det rör sig om en *otillåten direktupphandling* som en skadeståndstalan blir aktuell. Här ställs dock leverantören inför andra hinder eftersom det blir en helt hypotetisk bedömning av vad myndigheten skulle ha satt för krav då inget förfrågningsunderlag har upprättats. Leverantörens svårighet att visa adekvat kausalitet mellan skadan och myndighetens agerande har lett till att HD funnit det motiverat att införa en viss bevislättning, leverantören behöver inte *styrka* att han skulle ha erhållit kontraktet utan det är tillräckligt att denne gör *sannolikt* att så skulle ha blivit fallet. Vilka beviskrav som gäller, och även i vissa situationer vem som bevisbördan ska placeras hos, utgör dock ett något osäkert rättsområde där olika teorier har presenterats i den juridiska doktrinen.

# Förord

På ett sätt känns det som en evighet sedan jag först satte min fot på Juridicum, på ett annat som att det var igår. Tiden som student har varit ett spännande kapitel i mitt liv men det är helt utan sentimentalitet som jag tar det efterlängtrade steget ut i verkligheten! Vem vet, det kanske kommer.

Ett stort tack skulle jag vilja rikta till alla vännerna under studietiden, ni har betytt, och kommer fortsätta att betyda, så mycket. Ett speciellt tack riktas till mina älskade föräldrar som har stöttat mig på alla sätt genom studietiden.

Självklart vill jag även rikta ett tack till min handledare, Eva Lindell-Frantz, för värdefull konstruktiv kritik, goda råd och intressanta diskussioner. Slutligen vill jag tacka Henrik Norinder som erbjöd sig att handleda de upphandlingsrättsliga delarna och som ställt upp med synpunkter och råd under arbetets gång.

Stockholm  
25 oktober 2011

*Linna Bjernestedt*

# Förkortningar

AvtL	Lagen (1962:381) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
BrB	Brottsbalken (1962:700)
CISG	United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods
Ds	Departementsserien
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EU	Europeiska Unionen
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
GPA	Government Procurement Agreement
HD	Högsta domstolen
KKV	Konkurrensverket
KöpL	Köplag (1990:931)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv, avdelning 1
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
PreskrL	Preskriptionslagen (1981:130)
prop.	Proposition till Riksdagen
RegR	Regeringsrätten
RÅ	Regeringsrättens årsbok, rättsfallssamling från Regeringsrätten
SFS	Svensk Författningssamling
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
TED	Tenders Electronic Daily
ÄLOU	Lag (1992:1528) om offentlig upphandling
WTO	World Trade Organization



# 1 Inledning

---

*I detta kapitel kommer uppsatsens ämne samt syfte och frågeställning att presenteras. Författaren kommer även att redogöra för de beslut som tagits angående material, metod, perspektiv, avgränsningar av ämnet samt disposition.*

---

## 1.1 Presentation av ämnet

En grundsten i den svenska rättsordningen är *avtalsfriheten*, rättssubjekt ska vara fria att ingå avtal med varandra.<sup>1</sup> Som med alla huvudregler finns det undantag från denna huvudregel och *offentlig upphandling* utgör ett av dessa. När en myndighet vill ingå ett avtal, till exempel om inköp av utrustning till en skola eller uppförande av en byggnad, är det inte möjligt för myndigheten att fritt välja sin avtalspart och teckna ett avtal. I lag om offentlig upphandling<sup>2</sup> (LOU) regleras hur myndigheten ska utföra den offentliga upphandlingen, vilket kan ske enligt ett antal olika förfaranden beroende på vad avtalet gäller och vilken summa avtalet uppskattas uppgå till, så kallade *tröskelvärden*.<sup>3</sup>

I Sverige sker varje år offentliga upphandlingar för hundratals miljarder kronor. Konkurrensverket (KKV) har uppskattat att den upphandlingspliktiga volymen i Sverige år 2010 omfattade mellan 510 och 608 miljarder kronor.<sup>4</sup> LOU erbjuder leverantörer flera olika rättsmedel för att angripa en upphandling som inte gått korrekt till. Leverantören kan till exempel överklaga myndighetens beslut eller föra en talan om ogiltigförklaring.<sup>5</sup> Under 2010 avgjordes 3154 mål om överprövningar i svensk förvaltningsdomstol, 31 procent av dessa mål ledde till bifall av leverantörens talan, 42 procent till avslag.<sup>6</sup>

I det fall en upphandling har skett i strid mot LOU kan en leverantör som lidit skada på grund av detta ha rätt till skadestånd. Denna rätt kan antingen omfatta endast ersättning för kostnader leverantören har haft vid upphandlingen, *det negativa kontraktsintresset*, eller ersättning för *det positiva kontraktsintresset* omfattande bland annat utebliven vinst.<sup>7</sup> Då den upphandlingsrättsliga regleringen om skadestånd är mycket knapphändig

---

<sup>1</sup> Adlercreutz, [2011] sid. 27.

<sup>2</sup> SFS 2007:1091.

<sup>3</sup> LOU 3 kap.

<sup>4</sup> Konkurrensverket, [2011] sid. 13 samt 24 f.

<sup>5</sup> LOU 16 kap. 1, 5 och 15 §§.

<sup>6</sup> Konkurrensverket, [2011] sid. 13 samt 24 f. I 27 procent av fallen avgjordes målet utan att bli prövat i sak, på grund av för sent inlämnad ansökan eller överlämnande till en annan förvaltningsdomstol.

<sup>7</sup> LOU 16 kap. 20 §.

spelar skadeståndslagen<sup>8</sup> (SkL) en betydande roll vid utredningen om rätt till skadestånd enligt LOU föreligger.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med denna uppsats är att undersöka i vilken utsträckning det är möjligt för en leverantör att erhålla skadestånd från en myndighet vid offentlig upphandling. För att skapa förutsättningar för en djupare analys är det övergripande syftet preciserat i ett antal frågor. Frågorna är ställda ur ett *de lege lata*-perspektiv, vilket innebär att de hänför sig till hur rättsläget är.<sup>9</sup>

- Är det möjligt för en leverantör att grunda en skadeståndstalan vid offentlig upphandling direkt på SkL?
- Under vilka förutsättningar har en leverantör rätt till skadestånd enligt LOU:s reglering?
- Hur ska skadeståndet beräknas?

## 1.3 Metod

### 1.3.1 Rättsdogmatisk metod

I arbetet med uppsatsen har *rättsdogmatisk metod* använts.<sup>10</sup> I enlighet med denna har *författningstext, förarbeten, rättspraxis, allmänna rättsgrundsatser* och *juridisk doktrin* behandlats för att fastställa vad som utgör gällande rätt.

Med *författningstext* åsyftas lagar, förordningar och föreskrifter. Den direkta anknytning till lagstiftaren medför att denna rättskälla är den som väger tyngst.<sup>11</sup> För att applicera lagtexten på verkligheten måste dock ofta en tolkning ske och i vissa situationer saknas en direkt reglering.

*Förarbeten* har beaktats i enlighet med den svenska och nordiska rättstraditionen. Dessa utgörs av den skriftliga dokumentationen som producerats vid tillkomsten av författningstext genom bland annat *propositioner, offentliga utredningar* och *departementskrivelser*.<sup>12</sup>

Avgöranden från domstolarna, *rättspraxis*, utgör en annan rättskälla. I detta arbete har rättspraxis från de högre instanserna, då främst Högsta Domstolen, prioriterats enligt gällande hierarki. Praxis från de lägre instanserna har dock använts när dessa har saknat motsvarighet i högre

---

<sup>8</sup> SFS 1972:207.

<sup>9</sup> Lehrberg, [2010] sid. 167.

<sup>10</sup> Peczenik m.fl., [1995] sid. 131 f.

<sup>11</sup> Nilsson, [2011] sid. 35.

<sup>12</sup> Nilsson, [2011] sid. 41 f.

instanser. Det ska klargöras att det inte existerar någon direkt plikt för de lägre instanserna att följa de högre instansernas avgöranden om domstolen motiverar varför rättsläget i det aktuella fallet inte överensstämmer med praxis. Det ska vidare noteras att EU-domstolen står över HD gällande avgöranden som går att hänföra till tolkning av gemenskapsrätten.<sup>13</sup>

Som rättskälla har även *juridisk doktrin* använts. Med detta åsyftas vetenskaplig juridisk litteratur och även innefattar publikationer från myndigheter som inte utgör författningstext. Denna rättskälla är den av lägst dignitet och dess värde motiveras genom den auktoritet författaren innehar. De publikationer som kommer från myndigheter bygger sin auktoritet på myndighetens ställning.<sup>14</sup>

Arbetets frågeställning tar sin utgångspunkt i det svenska rättsläget, men Sverige är genom medlemskapet i EU underordnad det gemenskapsrättsliga regelverket och även EU-domstolens tolkning av den gällande rätten. Därför måste även den gemenskapsrättsliga regleringen av offentliga upphandlingar behandlas. På EU-rättslig nivå har *föredrag*, *direktiv* och *förordningar* behandlats. EU-rätten saknar en rättstradition med precisering av rättsläget genom förarbeten och är istället grundat på en *kontinentalrättslig rättstradition*, där allmänna rättsprinciper väger tungt. I enlighet med denna rättstradition har stor vikt vid utredningen av det gemenskapsrättsliga rättsläget lagts vid rättspraxis från EU-domstolen samt de aktuella EU-rättsliga principerna.<sup>15</sup>

### 1.3.2 Rättsekonomiskt perspektiv

Analysen kommer att ske genom ett *rättsekonomiskt perspektiv*, vilket innebär att juridiken ses ur ett ekonomiskt perspektiv. Detta sker genom att olika regler och principers påverkan på den ekonomiska effektiviteten i samhället behandlas.<sup>16</sup>

I den rättsekonomiska teorin förutsätts det att marknadsaktörerna alltid i en fri valsituation väljer det som maximerar deras subjektiva preferenser och som ger den största nyttan, så kallad *nyttomaximering*. I det fall marknadsaktören gör ett val med inslag av risk, väljer denne det val som maximerar den *förväntade nyttan*. Den ideala marknaden utgörs i denna teori av en plats där *utbud* och *efterfrågan* möts vid perfekt konkurrens. Genom varje frivillig transaktion ökar båda parternas välbefinnande eftersom ingen av dem ingår ett avtal om inte detta ger denne något. Detta resulterar i att även det sammanlagda välbefinnandet i samhället ökar, vilket kallas för *kvasiränta*. Varje transaktion medför dock *transaktionskostnader*, vilket kan delas in i *kontaktkostnader*, *kontraktskostnader* och *kontrollkostnader*. Dessa kan utgöras av till exempel annonseringskostnader och administrativa kostnader, kostnader som uppstår vid förhandling med en eller flera parter,

---

<sup>13</sup> EUF-fördraget artikel 267.

<sup>14</sup> Nilsson, [2011] sid. 42 f.

<sup>15</sup> Bernitz & Kjellgren, [2010] sid.105.

<sup>16</sup> Dahlman m.fl., [2004] sid. 70.

samt kostnadsposter för parterna att säkerställa att motparten uppfyller sina skyldigheter.<sup>17</sup>

Det som eftersträvas i denna teori är *välstånd*, tillfredställelse mätt i pengar. Välstånd har dock inget värde i sig, utan kan tjäna som ett instrument för att uppnå *välfärd*, tillfredställelse mätt i *nytta*. Att eftersträva en maximering av välståndet i samhället går att härleda till *utilitarismen*, en etisk teori bland flera. Utilitarismen innebär att det är moraliskt riktigt att välja den lösning som maximerar välfärden i samhället.<sup>18</sup> Det problem som denna teori för med sig är att den kan användas för att rättfärdiga en sämre behandling av en enskild eller grupp om detta handlande leder till en maximering av välfärden för samhället i stort.

## 1.4 Avgränsningar

Då rättskällorna är både nationella, EU-rättsliga och i viss mån internationella finns det omfattande lagstiftning beträffande offentlig upphandling. För att möjliggöra en rimlig omfattning och ett tillräckligt djup i arbetet har fokus lagts på den skadeståndsrättsliga aspekten.

Även då LOU och lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster<sup>19</sup> (LUF) i stort överensstämmer med varandra kommer endast LOU och dess bakomliggande direktiv att behandlas mer ingående. En bearbetning av båda lagarna skulle ta allt för stort utrymme. Regleringen i LOU omfattar den klassiska sektorn, det som man normalt förknippar offentlig upphandling med, och valet föll därför på denna lagstiftning.

Det nylanserade rättsmedlet att ålägga den upphandlande myndigheten upphandlingsstörningsavgift kommer ej att behandlas då denna rättsföljd inte har formen av ett skadestånd, avgiften tillfaller staten och inte leverantör som åsamkats skada.<sup>20</sup>

För att läsaren ska kunna tillgodogöra sig behandlingen av skadeståndsaspekten, som utgör arbetets centrala frågeställning, kommer upphandlingsförfarandet enligt LOU samt den EU-rättsliga reglering som denna härstammar ifrån endast att redovisas kortfattat. Intentionen är att ge en grundläggande förståelse för skadeståndsregleringen vid offentlig upphandling och inte att ge en uttömmande bild av förfarandet i sig. De delar som kommer att belysas är de som är intressanta ur ett skadeståndsperspektiv.

Vid behandlandet av rättspraxis, från såväl svenska domstolar som EU-domstolen, kommer inte hela målen att återges. Fokus kommer att ligga på

---

<sup>17</sup> Dahlman m.fl., [2004] sid. 9, 16 f, 32, 45, 51, 75-78, 85-87, se vidare Cooter & Ulen, [2008] sid. 15-38.

<sup>18</sup> Dahlman m.fl., [2004] sid. 205 f.

<sup>19</sup> SFS 2007:1092.

<sup>20</sup> LOU 17 kap. 1 §.

de delar av fallen som är av värde för uppsatsen, då målen ofta är omfattande och innehåller många ställningstaganden som är viktiga ur andra aspekter men inte nödvändiga att behandla i detta arbete.

LOU:s aktuella tröskelvärden finns bifogade i bilaga A. De redovisas inte i den löpande texten av pedagogiska skäl då siffrorna är mer överskådliga i ett separat dokument.

## 1.5 Material

I den skadeståndsrättsliga delen har tonvikten av uppsatsen lagts på områdets starka auktoriteter, så som Bertil Bengtsson och Jan Hellner, men även andra författare har givits utrymme för att belysa olika ståndpunkter inom doktrinen. I urvalet av litteraturen berörande upphandling har den litteratur som djupare behandlar skadestånd getts företräde och denna har kompletterats med publikationer från myndigheter.

Tidigare låg tillsynen över upphandlingsområdet hos den statliga myndigheten Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Sedan 1 september 2007 faller dock området under KKV:s tillsynsområde. Genom denna överföring finns publikationer från både NOU och KKV behandlade i detta arbete.

## 1.6 Disposition

I uppsatsen ges först en redovisning av SkL:s reglering. Detta sker innan LOU behandlas, då SkL har en utfyllande funktion i egenskap av *Lex Generalis* (se avsnitt 4.2.1 nedan). De allmänna skadeståndsrättsliga grunderna kommer härefter att redovisas, då dessa utgör grunden för förutsättningarna att erhålla skadestånd. Behandlingen av LOU inleds med en tillbakablick på den offentliga upphandlingens historia för att ge läsaren en bättre förståelse för utformningen av dagens regler och ändamålen bakom lagstiftningen. I kapitel 6 följer så en förenklad redogörelse för de olika upphandlingsmodellerna vilket inleds med en redogörelse för när de olika modellerna är tillämpliga. Tanken är här att klargöra förfarandet för att senare ha möjlighet att resonera runt de olika åsidosättandena av LOU som kan ha gjorts av myndigheten och huruvida de kan skapa en rätt till skadestånd. Av pedagogiska skäl finns en schematisk mall bifogad som förenklat illustrerar hur de olika förfaringssätten vid offentlig upphandling går till och i vilka situationer de blir aktuella.<sup>21</sup> Arbetet avslutas med en analys där författarens egna resonemang och slutsatser förs fram. I analysen kommer först det rättsekonomiska perspektivet att appliceras på LOU för att utvärdera dess tillämplighet. Sedan kommer uppsatsens frågeställningar att behandlas ur ett rättsekonomiskt perspektiv där fokus ligger på den ekonomiska effektiviteten i samhället.

---

<sup>21</sup> Bilaga B.

## 2 Några centrala begrepp

---

*I detta kapitel kommer några för arbetet centrala begrepp att redovisas för att läsaren ska kunna tillgodogöra sig den kommande framställningen på bästa sätt.*

---

### 2.1 Ansvarsformer

#### 2.1.1 Culpa

Grundregeln i skadeståndsrätten är att för skadeståndsskyldighet krävs oaktsamhet, vilket i detta arbete kommer att benämnas som *culpa*. Ett handlande kan även vara uppsåtligt, för vilket begreppet *dolus* i den juridiska litteraturen ofta används.<sup>22</sup> I detta arbete kommer begreppet culpa att innefatta även doluösa handlingar om inte annat anges, då det normalt räcker att bevisa att den skadevällande har varit culpös.

Vid en culpabedömning sker en bedömning av huruvida skadevällaren borde ha handlat på ett annat sätt. Traditionellt har bedömningen tagit sin utgångspunkt i hur den gode familjefadern, *bonus pater familias*, skulle ha handlat.<sup>23</sup>

Idag sker dock normalt bedömningen genom beaktande av en rad olika källor. *Författningar* eller andra *föreskrifter* är vanligtvis den källa som har företräde i det fall det finns en aktuell reglering, dock med förutsättningen att regleringen har till syfte att skydda den skadelidande. Genom beaktande av hur ansvaret har bedömts i tidigare fall, genom så kallade *prejudikat*, kan domstolen ta ställning till huruvida handlingen ska anses culpös eller ej. En annan källa som kan användas för att avgöra vilken aktsamhet som ska ligga till grund för bedömningen är att beakta vilken *sedvana* som finns i samhället vid liknande handlingar. Här kan kopplingar göras till den traditionella *bonus pater familias* då det är en normalt aktsam person agerande som ska jämföras med den aktuella situationen. I det fall domstolen inte finner nog ledning i bedömningen av de redovisade källorna kan domstolen utföra en *fri culpabedömning*. Detta sker genom att analysera risken för skadan, den sannolika skadans storlek och den skadelidandes möjligheter att förhindra skadan. Ibland beaktar domstolen även skadevällarens möjligheter att inse risken för skadan. Efter att ha vägt risken för skadan mot eventuella kostnader av skadeförebyggande åtgärder kommer domstolen fram till huruvida omständigheterna varit så starka att de motiverat ett visst handlande och att underlåtenheten ska resultera i skadeståndsskyldighet.<sup>24</sup>

---

<sup>22</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 127.

<sup>23</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 129.

<sup>24</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 127-135.

## 2.1.2 Rent strikt ansvar

Med rent strikt ansvar avses att skadevällaren är ansvarig oberoende av vållande, någon culpabedömning sker därför inte. Denna stränga ansvarsform har traditionellt ålagts verksamheter som bedömts som farliga. Exempel på dessa områden är bland annat luftfart, kärnkraft och vissa former av miljöskador, förutsatt att skadan är hänförlig till den ”farliga” verksamheten och inte verksamheten i övrigt. Exempel finns även på situationer där rent strikt ansvar har vuxit fram genom rättspraxis.<sup>25</sup>

Det rena strikta ansvaret begränsas alltså ej genom någon aktsamhetsbedömning, utan dess yttre gränser utgörs av reglerna om adekvat kausalitet som kommer att behandlas i avsnitt 3.3.

## 2.2 Skadeståndsberäkning

### 2.2.1 Principen om full ersättning

Skadeståndsrätten vilar på principen om att en skadelidande ska försättas i samma situation som om skadan inte inträffat när väl skadeståndsskyldighet har fastställts.<sup>26</sup> SkL tillhandahåller beskrivningar om hur denna beräkning ska ske när det gäller andra former av skador men detta saknas angående rena förmögenhetsskador.<sup>27</sup> Vad som utgör en ren förmögenhetsskada kommer att behandlas i avsnitt 3.1.

### 2.2.2 Det positiva kontraktssintresset

Vid skadeståndsberäkning enligt det *positiva kontraktssintresset* omfattas såväl utgifter och kostnader som ersättning för utebliven vinst. Även följdförluster och indirekta skador innefattas i begreppet. Ersättning enligt det positiva kontraktssintresset utgår normalt i det fall parterna befunnit sig i en avtalsituation med varandra och ett kontraktsbrott har skett (se avsnitt 4.1). Utgångspunkten vid beräkningen är att den skadelidande ska försättas i samma situation *som om kontraktet hade fullgjorts korrekt*.<sup>28</sup>

### 2.2.3 Det negativa kontraktssintresset

När en skadelidande får ersättning enligt det *negativa kontraktssintresset* innebär detta att parten får ersättning för de kostnader och förluster som denne lidit på grund av skadan. Den skadelidande ska försättas i samma situation *som om avtalet inte kommit till stånd*, eller som om avtalsförhandlingarna inte pågått längre än vad som var nödvändigt. Denna

---

<sup>25</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 171-180.

<sup>26</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 355.

<sup>27</sup> SkL 5 kap.

<sup>28</sup> Diesen m.fl., [1999] sid. 27, samt Lehrberg, [2006] sid. 302.

skadeståndsomfattning är vanligtvis aktuell när ett avtal funnits ogiltighet eller vid culpa in contrahendo (se avsnitt 4.5).<sup>29</sup>

### 2.2.3.1 Differensläran

*Differensläran* utgör en allmän princip vid beräkning av ersättning vid ekonomiska skador och går ut på att jämföra den skadelidandes ekonomiska ställning med den ställning denne skulle ha haft om skadan aldrig skett. Det *faktiska händelseförloppet* jämförs med ett *hypotetiskt händelseförlopp*. Läran går att spåra tillbaka till den tyska 1800-tals doktrinen. Dess ställning i svensk rätt är inte helt självklar då den har mött kritik från doktrinen och vidareutvecklingar av läran har skett. Dock anser Hellner att den utgör en huvudprincip för beräkning av skadestånd, genom sin förankring i det rättspolitiska syftet bakom skadeståndets funktion, men att läran ofta inte är applicerbar i komplicerade situationer.<sup>30</sup>

Differensläran är applicerbar både vid ersättning för det negativa kontraktsintresset och vid ersättning för det positiva kontraktsintresset. Skillnad mellan dessa två är att det senare innefattande ersättning för *avtalsvärdet*.<sup>31</sup> Detta påverkar hur det hypotetiska händelseförloppet ska bedömas, vid ersättning för det positiva kontraktsintresset baseras det hypotetiska händelseförloppet på att kontraktet fullgjordes och vid det negativa kontraktsintresset baseras det istället på att vissa handlingar, till exempel avtalsförhandlingar aldrig ägt rum.

---

<sup>29</sup> Ramberg & Ramberg, [2010] sid. 240.

<sup>30</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 355 f.

<sup>31</sup> Herre, [1996] sid. 299.



# 3 Förutsättningar för skadestånd

---

*I detta kapitel behandlas de allmänna skadeståndsrättsliga förutsättningarna för att få rätt till skadestånd, samt de bevisfrågor som följer med dessa.*

---

## 3.1 Skada

För att rätt till skadestånd ska finnas måste den skadelidande ha orsakats en *skada*. Detta definieras av Rodhe som:

*”Att ett faktiskt inträffat händelseförlopp på ett för denna person ofördelaktigt sätt avviker från ett annat händelseförlopp, som sannolikt skulle ha utvecklats sig om icke en viss omständighet kommit emellan eller uteblivit.”<sup>32</sup>*

Genom den så kallade *differensläran* sker en jämförelse mellan det faktiska händelseförloppet och ett hypotetiskt händelseförlopp. Principen går att spåra till tysk rätt och ska ha introducerats som grund för skadeståndsberäkning av Strahl.<sup>33</sup> Differensprincipen har dock hårt kritiserats och saknar ställning som rättsregel men kan enligt Herre utgöra en lämplig huvudregel och startpunkt vid beräkning av skadestånd vid avtalsbrott.<sup>34</sup>

Definitionen av en *ren förmögenhetsskada* lyder:

*”Med ren förmögenhetsskada förstås i denna lag sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider person- eller sakskada.”<sup>35</sup>*

Härigenom utesluts såväl *sakskador*, vilka främst hänför sig till skada på fysiska föremål, som så kallade *trejdemansskador*, där någon lider en ekonomisk skada till följd av att någon annan drabbas av en person- eller sakskada.<sup>36</sup> Den skada som en leverantör lider vid offentlig upphandling utgör en ren förmögenhetsskada då skadan saknar förbindelse till någon person- eller sakskada. Leverantörens skada är den ekonomiska förlust som denne lider genom att kontraktet tillfaller en annan leverantör.

---

<sup>32</sup> Rodhe, [1956] sid. 467.

<sup>33</sup> Strahl, [1926] sid. 167 f.

<sup>34</sup> Herre, [1996] sid. 317.

<sup>35</sup> SKL 1 kap. 2 §.

<sup>36</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 44 f.

## 3.2 Handling/passivitet

I utomobligatoriska situationer krävs som huvudregel att skadan ska orsakats av en *positiv handling*. Det är endast i undantagsfall som underlåtenhet, *passivitet*, kan leda till ett skadeståndsansvar. I inomobligatoriska situationer grundar avtalet ofta en plikt att handla för att skydda sin medkontrahent och passivitet kan i vissa situationer leda till skadeståndsskyldighet.<sup>37</sup>

Genom att LOU stadgar att myndigheten ska ersätta all skada som orsakas av att lagen har åsidosatts behöver inte leverantören visa på en positiv handling av myndigheten utan ett passivt åsidosättande är tillräckligt.<sup>38</sup>

## 3.3 Adekvat kausalitet

För alla former av skadestånd, oavsett vilket ansvarsform det gäller, krävs det att det föreligger ett orsakssamband, *kausalitet*, mellan handlingen (alternativt passiviteten) och skadan.<sup>39</sup> Kausalitetsfrågor kan delas upp i *ensamfall* och *flerhetsfall*. I ensamfall finns det endast en underliggande orsak till skadan, medan det i flerhetsfall finns två eller fler. I flerhetsfallen kan det röra sig om antingen *alternativa skadeorsaker*, där flera tillräckliga betingelser föreligger, eller *samverkande skadeorsaker*, där flera betingelser tillsammans resulterat i skadan.<sup>40</sup> Vid konkurrerande skadeorsaker sker en bedömning om huruvida skadan kan är att betrakta som *färdig* eller ej. I det fall skadan är färdig uppstår ingen konkurrens till den senare orsaken.<sup>41</sup>

Kausalitetsbegreppet anses som en allmän skadeståndsrättslig grundsats. Begreppet återfinns inte i någon lagtext utan är ett begrepp som har utvecklats i rättspraxis och doktrin. I äldre rätt ansågs *betingelseläran* som den härskande kausalitetsläran. Denna status har den fortfarande i våra skandinaviska grannländer, men i svensk rätt anses den idag som föråldrad.<sup>42</sup> Betingelseläran bygger på att en betingelse, en händelse eller faktor, måste vara nödvändig för att en skada ska anses orsakad. Denna bedömning sker genom ett hypotetiskt test där man tar ställning till huruvida skadan skulle ha skett även i frånvaro av handlingen.<sup>43</sup>

En närliggande teori är *ekvivalensteorin*, vilken är stark i flertalet kontinentala rättsordningar. Det som skiljer den från betingelseläran är att ekvivalensteorin inte gör någon skillnad på olika orsaker, utan att alla orsaker är jämställda, ekvivalenta.<sup>44</sup>

---

<sup>37</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 111-114.

<sup>38</sup> LOU 16 kap. 20 §.

<sup>39</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 195.

<sup>40</sup> Diesen m.fl., [1999] sid. 145-147.

<sup>41</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 213 f.

<sup>42</sup> Schultz, [2007] sid. 48.

<sup>43</sup> Schultz, [2007] sid. 277.

<sup>44</sup> Schultz, [2007] sid. 277.

I svensk doktrin har Schultz kritiserat betingelseläran och ekvivalensteorin hårt och ansett att deras enda funktion är att ge struktur åt våra uppfattningar samt att de inte ger något egentligt teoretiskt stöd för en kausalitetsbedömning. I sin artikel anser han att det när det finns flera faktorer som kan ha orsakat en skada, konkurrerandeskadeorsaker eller samverkande skadeorsaker, så ger lärorna ingen vägledning.<sup>45</sup> Schultz har istället argumenterat för en utmanande teori till betingelseläran, *NSS-teorin* (där NESS står för Necessary Element of a Sufficient Set). Teorin är en kritisk vidareutveckling av den traditionella betingelseläran och har fått stort genomslag i amerikansk rätt. Innebörden av teorin är att kausalitetsbedömningen, vilken utgör det första steget av två, inte ska ske juridiskt eller normativt utan objektivt och faktiskt. Begreppen nödvändiga och tillräckliga villkor återfinns även i denna teori, dock omformulerade för att bättre kunna hantera situationer med konkurrerande skadeorsaker. En nyhet från de klassiska lärorna är att NSS-teorin öppnar upp för ett *common sense*-perspektiv.<sup>46</sup>

Även om oenighet råder återkommer begreppen *tillräcklig betingelse* och *nödvändig betingelse* i de olika teorierna. Hellner definierar dessa på följande vis:

*”Att en händelse är en tillräcklig betingelse för en annan motsvarar det som här beskrivits så, att den förra händelsen enligt naturens och samhällets ordning leder till den andra. Att en händelse är en nödvändig betingelse för en annan motsvarar att den senare händelsen inte skulle ha inträffat om inte den förra inträffat.”*<sup>47</sup>

Utöver kausalitet krävs även att händelseförloppet är *adekvat*, med vilket det åsyftas att det är någorlunda normalt och påräkneligt sett ur en fackmans perspektiv i efterhand.<sup>48</sup> Denna bedömning sker genom *adekvansläran*, en kausalitetsvärderande lära med vilket det menas att man tar ställning till frågan om skadevällaren, som i det tidigare steget funnits ha orsakat skadan, ska vara ersättningsskyldig eller inte.<sup>49</sup> Huruvida en skada är adekvat eller ej utgör en gräns för hur långt man är villig belasta skadevällaren för ett svårförutsägligt orsaksförlopp.

En annan kausalitetsvärderande lära är *huvudorsaksläran*, vilken dock har haft begränsad betydelse i svensk rätt. Läran innebär att när det finns flera möjliga orsaker till en skada så ska den viktigaste eller mest betydelsefulla faktorn anses som orsak till skadan.<sup>50</sup>

---

<sup>45</sup> Schultz, [2007] sid. 345 f.

<sup>46</sup> Schultz, [2007] sid. 406, 412 och 417.

<sup>47</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 197.

<sup>48</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 198 f.

<sup>49</sup> Dufwa, [1993] sid. 986.

<sup>50</sup> Schultz, [2007] sid. 305.

Även *normskyddsläran* är en kausalitetsvärderande teori enligt vilken undantag för ersättningskyldighet för en skada föreligger i det fall skadan inte omfattas av skyddsnormen, eller skyddsändamålet, i skadeståndsregeln. Denna teori är främst aktuell när det gäller rena förmögenhetsskador då de flesta person- och sakskador anses ligga inom normskyddet. Normskyddsläran bygger på rättspolitiska överväganden och kan till exempel appliceras vid bedömningen huruvida ett oriktigt myndighetsbeslut ska föranleda skadeståndsskyldighet eller ej.

Kravet på kausalitet kan hänföras både till ansvarsförutsättningarna och vid beräkandet av skadestånd då tvist kan uppstå dels huruvida handlingen verkligen orsakade skadan och dels huruvida skadan är så stor som den skadelidande påstår. Kausalitetskravet blir även högst aktuellt i de situationer då den skadelidande har underlåtit att begränsa sin skada (se avsnitt 5.3).<sup>51</sup>

## 3.4 Bevisbörda och beviskrav

### 3.4.1 Introduktion

Huvudregeln i civilrätten är att den som kräver skadestånd har *bevisbördan* för att ett visst förhållande föreligger. *Beviskravet*, styrkan på bevisningen som krävs, är vanligtvis att den skadelidande ska *styrka* detta.<sup>52</sup> När det gäller kausalitetsfrågan har dock HD i rättspraxis i vissa situationer, där det varit väldigt svårt för den skadelidande att styrka kausaliteten, inte krävt full bevisning utan funnit det tillräckligt att det:

*”...i betraktandet av samtliga omständigheter ska framstå som klart mer sannolikt att orsaksförloppet varit det som den skadelidande påstått...”*<sup>53</sup>

### 3.4.2 Offentlig upphandling

Det beviskrav en leverantör har vid en skadeståndstalan grundad på LOU är beroende av vilken form av skadestånd som leverantören yrkar på. För skadestånd för det negativa kontraktsintresset har HD fastställt att när en leverantör har styrkt att en överträdelse av lagen har skett så är det tillräckligt att leverantören visar att denne haft en *realistisk möjlighet* att erhålla kontraktet och att *överträdelsen minskat denna möjlighet*.<sup>54</sup> Beviskravet när leverantören yrkar på skadestånd för det positiva kontraktsintresset är högre, men HD har ansett att ett beviskrav i form av att leverantören ska styrka att denne skulle ha erhållit kontraktet är för högt. Domstolen ansåg att detta skulle resultera i att det preventiva syftet med regleringen inte uppnås och har därför funnit det tillräckligt att leverantören

---

<sup>51</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 195.

<sup>52</sup> Diesen m.fl., [1999] sid. 25.

<sup>53</sup> NJA 1993 s. 764 sid. 775.

<sup>54</sup> LOU 16 kap. 20 § 2 st.

kan visa att det är *sannolikt* att denne förlorat kontraktet till följd av överträdelsen.<sup>55</sup>

### 3.4.3 Särskilt om otillåten direktupphandling

I ett av de tre målen angående skadestånd vid offentlig upphandling som HD har behandlat har talan grundat sig på en otillåten direktupphandling (se avsnitt 7.2.2.2.).<sup>56</sup> I detta mål konstaterade domstolen att det var tillräckligt att leverantören gjorde det sannolikt att denne förlorat kontraktet. HD ansåg vidare att ett lågt beviskrav skulle leda till en orimligt betungande ersättningsskyldighet för myndigheten genom att denna skulle kunna bli skadeståndsansvarig för det positiva kontraktsintresset mot flera leverantörer. HD ansåg därför att beviskravet skulle beaktas vid bestämmandet av skadeståndet och att detta skulle ske genom en skönsmässig bedömning där faktorer som ska beaktas är överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader, utsikter till vinst samt andra leverantörers utsikter till att ha erhållit kontraktet. I det aktuella målet fann dock HD att leverantören inte gjort det sannolikt att denne skulle ha erhållit kontraktet om en korrekt upphandling hade skett.

I det senaste fallet som avgjorts av HD rörde det sig inte om en otillåten direktupphandling men domskälen behandlade ändå frågan om vilket beviskrav som gäller i de situationerna. HD fastställde att vid en otillåten direktupphandling så är tillräckligt att leverantören gör sannolikt att denne skulle ha lämnat ett anbud och därigenom haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet för att ha möjlighet till ett skadestånd överstigande sina kostnader, det negativa kontraktsintresset. Här refererade HD till tidigare praxis och den skönsmässiga bedömning som utvecklats och fann att denna skulle appliceras för att avgöra skadeståndets omfattning.<sup>57</sup>

Angående myndighetens möjlighet att invända i det fall en annan leverantör skulle ha erhållit kontraktet har HD uttalat sig på följande vis:

*”Beställaren har möjlighet att framgångsrikt bestrida krav på ersättning för det positiva kontraktsintresset på grunden att det är sannolikt att i stället en annan anbudsgivare skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna hade följts ...”*<sup>58</sup>

Den formulering som domstolen har använt sig av medför att en tolkning med att bevisbördan i denna situation ligger på myndigheten ligger nära till hands. Myndigheten har då att göra det sannolikt att en annan leverantör skulle ha erhållit kontraktet.

I doktrinen har Leffler behandlat svårigheten för leverantören att bevisa sin skada vid otillåten direktupphandling. Leverantören måste övertyga

---

<sup>55</sup> NJA 2000 s. 712.

<sup>56</sup> NJA 2000 s. 712.

<sup>57</sup> NJA 2007 s. 349.

<sup>58</sup> NJA 2007 s. 349.

domstolen om att dennes kostnader är så pass låga att den kunnat fullgöra kontraktet kostnadseffektivt, vilket resulterar i stora svårigheter speciellt när det gäller hypotetiska anbud. I situationen där det funnits flera potentiella anbudsgivare föreslår Leffler en lösning genom applicerande av *överviktsprincipen*, en bevisbördeprincip som stött på hård kritik för att den anses leda till ett godtyckligt beslut i strid mot rättssäkerheten.<sup>59</sup> I det fall två leverantörer visat att de hade bättre rätt till kontraktet än den leverantör det gick till, ska det inte föreligga något beviskrav för dem mot varandra. Genom att ingen bevisbörda tillämpas mellan dem så ska minsta bevismässiga övervikt leda till att den leverantör som har bevismässig övervikt ska vinna och därmed få ersättning för det positiva kontraktsintresset. Leffler medger att modellen resulterar i en viss oförutsägbarhet, även andra anbudsgivare kan föra en välgrundad talan, men anser att detta måste tolereras då ingen bättre lösning står till buds.<sup>60</sup>

Andra åsikter har även framförts av Madell och Björklund som anser att leverantörens möjlighet att utfå skadestånd för det positiva kontraktsintresset vid en otillåten direktupphandling i praktiken är obefintlig i det fall denne med ett hypotetiskt anbud måste visa att utifrån ett hypotetiskt förfrågningsunderlag skulle denne ha vunnit upphandlingen. Författarna anser även att det borde krävas av den upphandlande myndigheten att denna visar att upphandling med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skett tidigare och skulle ha skett även denna gång. Vidare anser de att det ska ligga på den upphandlande myndigheten att visa vilka kriterier som skulle ha använts.<sup>61</sup>

---

<sup>59</sup> Diesen m.fl., [1999] sid. 142-144.

<sup>60</sup> Leffler, [2005] sid. 499, 506 f.

<sup>61</sup> Madell & Björklund, [2008].

# 4 Den allmänna skadeståndsrättsliga regleringen

---

*I detta kapitel kommer SkL:s reglering beträffande skadestånd vid offentlig upphandling att presenteras. Detta kommer att ske genom behandlande av relevanta lagrum samt rättspraxis och doktrin.*

---

## 4.1 Introduktion

Som tidigare har nämnts fyller SkL en utfyllande funktion vid skadestånd enligt LOU och lagen kan även vara relevant i sig för skadestånd vid offentlig upphandling.

Huruvida parterna befinner sig i ett avtalsförhållande med varandra eller ej är avgörande för vilken reglering som ska tillämpas när frågan om skadestånd uppkommer. I det fall det inte finns ett bindande avtal mellan parterna är det en *utomobligatorisk relation* och SkL är tillämplig, såvida det inte finns någon relevant speciallag. Om parten har ett bindande avtal rör det sig istället om en *inomobligatorisk relation* med följden att SkL kan bli tillämplig genom sin utfyllande funktion om det saknas annan särskild reglering av den uppkomna situationen antingen i avtalet eller i någon kontraktsrättslig lagstiftning som avtalet omfattas av.<sup>62</sup>

## 4.2 SkL

### 4.2.1 Förhållandet till annan lagstiftning

SkL är enligt dess inledande paragraf en *dispositiv* lagstiftning, vilket innebär att regleringen inte är tvingande utan är möjlig att avtala bort genom avtal.<sup>63</sup> Stycket hänvisar även till den allmänna regeln om att *Lex Specialis* går före *Lex Generalis*, specifika lagbestämmelser går före mera allmänna stadganden.<sup>64</sup> Även allmänna kontraktsrättsliga grundsatser har företräde framför SkL.<sup>65</sup>

### 4.2.2 Konkurrerande ansvarsgrunder

I det fall SkL innehåller en förmånligare bestämmelse för den skadelidande än en *lex specialis* uppkommer frågan huruvida det är möjligt för den skadelidande att välja att grunda sin talan på skadeståndslagens regler.

---

<sup>62</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 29.

<sup>63</sup> SkL 1 kap. 1§.

<sup>64</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 30.

<sup>65</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 30.

Dessa situationer uppkommer i de fall speciallagen stadgar ett strikt ansvar för skadevällaren, men samtidigt för med sig en ofördelaktig regel som begränsar skadelidandes möjligheter till skadestånd.<sup>66</sup> Vill den skadelidande då grunda sin talan på SkL måste denne visa att oaktsamhet hos skadevällaren har orsakat skadan, vilket inte krävs när talan grundas på strikt ansvar.

I ett äldre fall behandlades frågan om huruvida den skadelidande har rätt att välja att grunda sin talan på SkL då den skadelidande ville undvika specialpreskriptionen i lagen angående ansvarighet för skada i följd av luftfart<sup>67</sup>. HD fann att den skadelidande kunde åberopa såväl SkL som allmänna skadeståndsrättsliga principer som grund för sin talan.<sup>68</sup>

Bengtsson anser att vid speciallagstiftning med strikt ansvar i utomobligatoriska situationer är huvudregeln att den skadelidande som alternativ kan åberopa SkL:s regler. Han anser dock att den enskilda lagens art måste beaktas och i det fall avsikten med lagstiftningen är att exklusivt reglera skadeståndskrav vid ett visst slag av skador ska skadeståndsansvaret inte gå att utöka genom att öppna upp för en talan grundat SkL. För att lagen ska anses ha detta syfte krävs stöd i speciallagens text, men detta stöd behöver inte framgå helt klart utan viss tolkning kan ske.<sup>69</sup>

Huvudregeln vid inomobligatoriska förhållanden är dock att den skadelidande inte kan åberopa utomobligatoriska regler för att dessa är mer förmånliga. Argument som har förts fram mot att denna möjlighet ska finnas är att den skadelidande inte bör hamna i en sämre situation för att denne har ett avtal med skadevällaren. Dock har det ansetts att de kontraktsrättsliga reglerna som gäller mellan avtalsparterna är anpassade för deras specifika förhållande och återspeglar en riskfördelning mellan parterna som ej bör kringgås.<sup>70</sup>

### 4.3 Inomobligatoriskt skadestånd

Den svenska avtalsrätten består i stor omfattning av avtalsrättsliga principer. De absoluta grundstenarna är principerna om *avtalsfrihet* och *avtalsbundenhet*. Ett avtal ska hållas – *pacta sunt servanda*. I en inomobligatorisk situation blir en avtalspart skadeståndsskyldig om denne bryter mot en avtalad förpliktelse och därigenom begår ett *kontraktsbrott* och de allmänna förutsättningarna för skada och adekvat kausalitet föreligger.

Utgångspunkten för skadeståndets beräkning vid avtalsbrott är att skadelidande ska försättas i samma situation som om kontraktet hade

---

<sup>66</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006], sid. 31 f.

<sup>67</sup> SFS 1922:382.

<sup>68</sup> NJA 1983 s. 836.

<sup>69</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 31 f.

<sup>70</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 95 f.



fullgjorts korrekt.<sup>71</sup> Detta innebär att den skadelidande har rätt till ersättning för det *positiva kontraktsintresset*. Detta gäller dock inte om avtalet föreskriver något annat genom en ansvarsbegränsning då avtalsfrihet råder, vilket tidigare har behandlats. Ytterst finns dock möjligheten att jämka parternas reglering i det fall den bedöms oskäligen med stöd av generalklausulen i avtalslagen<sup>72</sup> (AvtL).<sup>73</sup>

I det fall köplagen<sup>74</sup> (KöpL) är tillämplig stadgas att köparen har rätt till skadestånd om varan är behäftad med *fel*.<sup>75</sup> Dock måste felet ha legat inom säljarens kontroll, vilket avgörs med beaktande av huruvida det verkligen förelåg ett hinder och att detta var utanför säljarens kontroll samt att hindret var oförutsägbart för säljaren och inte kunde undvikas.<sup>76</sup> Skadeståndet omfattar den *direkta förlust* som köparen lider genom felet, med vilket menas utgifter, prisskillnad samt ersättning som köparen tvingas betala tredje man då ett avtal inte har kunnat fullföljas korrekt.<sup>77</sup> I det fall säljaren har agerat försumligt har dock köparen rätt till skadestånd omfattande även den *indirekta förlusten* vilket innefattar förlust på grund av minskning eller bortfall av produktion eller omsättning, förlust genom att varan inte kan utnyttjas, utebliven vinst i avtal med annan part eller annan liknande förlust.<sup>78</sup>

Det är inte möjligt att rakt av översätta direkt och indirekt förlust till positivt och negativt kontraktsintresse. KöpL:s reglering grundar sig på att den som drabbats av ett avtalsbrott ska ersättas så att denne befinner sig i samma situation som om avtalet hade fullgjorts, ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.<sup>79</sup> När ersättning utgår för indirekt förlust omfattas utebliven vinst vilket är typiskt för det positiva kontraktsintresset. När ersättning för direkt förlust utges med grund i ett täckningsköp går det dock inte att resonera direkt i det negativa kontraktsintresset. Den skadelidande får varan och blir ersatt för den eventuella prisskillnad som föreligger i förhållande till det avtal som ingåtts med den avtalsbrytande säljaren. Fokuset hamnar här på förhållandet när avtalet har fullgjorts, vilket motsvarar det positiva kontraktsintresset.

I brist på någon direkt lagregel är det inte helt klart huruvida det krävs culpa vid ett *kontraktsbrott* eller ej. Här står den skadeståndsrättsliga principen om att vid handlande som en skötsam person, i grunden den ansvarstagande familjefadern *bonus pater familias*, så ska skadeståndsansvar inte uppstå,

---

<sup>71</sup> Prop. 1988/89:76 sid. 192.

<sup>72</sup> SFS 1962:381.

<sup>73</sup> AvtL 36 §.

<sup>74</sup> SFS 1990:931.

<sup>75</sup> KöpL 40 §.

<sup>76</sup> KöpL 27 §.

<sup>77</sup> KöpL 40 § 2 st. samt 67 § 1 st. genom ett jämförande med de uppräknade posterna i 2st, se vidare prop. 1988/89:76 sid. 192-194.

<sup>78</sup> KöpL 40 § 3 st. och 67 § 2st., se vidare prop. 1988/89:76 sid. 192-194.

<sup>79</sup> Prop. 1988/89:76 sid. 192-194.

mot den avtalsrättsliga principen om att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*.<sup>80</sup>

Ramberg och Ramberg har dock uttalat sig på följande vis angående kravet på culpa vid kontraktsbrott:

*”Vi tror att den allmänna principen är att skadestånd kan utgå om en part förpliktar sig att åstadkomma ett preciserat resultat och inte uppnår detta, trots att han inte varit culpös.”*<sup>81</sup>

Detta är dock en åsikt som Ramberg och Ramberg framställt, vilken flertalet inom doktrinen inte delar. Bengtsson anser att det normalt ska ske en culpabedömning.<sup>82</sup> Att skadestånd ska utgå direkt i det fall ett avtal inte har uppfyllts korrekt stämmer illa överens med den svenska rättens restriktiva förhållningssätt till rena förmögenhetsskador. Det går även mot det kontrollansvar som KöpL stadgar, vilket kan ses som en sorts culpabedömning genom dess bedömning av huruvida säljaren gjort vad denne kunnat för att förhindra felet. Ett ytterligare argument för att någon slags culpa krävs är att garantier kan medföra ansvar utan culpa och detta skulle då vara onödigt om inte huvudregeln är att culpa krävs.<sup>83</sup> Graden av culpa behöver inte vara särskilt hög med hänsyn till lojalitetsplikten som stadgar att parterna ska agera för att inte åsamka den andre skada.<sup>84</sup>

## 4.4 Utomobligatoriskt skadestånd

### 4.4.1 Introduktion

Som huvudregel för att rätt till skadestånd för ren förmögenhetsskada i utomobligatoriska situationer skall föreligga måste en *brottslig handling* ha begåtts.<sup>85</sup> Lider A en ren förmögenhetsskada genom ett av B lagligt agerande, till exempel att B etablerar en konkurrerande verksamhet till A, vilket resulterar i en mindre kundkrets och i längden ett sämre ekonomiskt resultat, så är detta inte en skada som rättsordningen anser att B ska ersätta.

SkL:s reglering angående rena förmögenhetsskador är mycket kortfattad och det anges endast att den skadevällande ska *ersätta skadan*. Den traditionella principen är att ekonomisk skada ska ersättas när skadeståndsskyldighet föreligger och den skadelidande ska försättas i samma situation som om skadan inte hade inträffat.<sup>86</sup> Någon angivelse om hur skadeståndet ska beräknas vid ren förmögenhetsskada, vilket finns beträffande person och saksador, återfinns inte i SkL. Skadans omfattning blir därigenom en bevisfråga och den skadeståndslidande får ersättning för den skada som

<sup>80</sup> Ramberg & Ramberg, [2010] sid. 29 f samt 234.

<sup>81</sup> Ramberg & Ramberg, [2010] sid. 234.

<sup>82</sup> Bengtsson m.fl., [1985] sid. 30-31.

<sup>83</sup> Bengtsson m.fl., [1985] sid. 85.

<sup>84</sup> Bengtsson m.fl., [1985] sid 31.

<sup>85</sup> SkL 2 kap 2 §.

<sup>86</sup> Hellner & Radetzki, [2010] sid. 355 samt 366.

denne lyckas visa med beaktande av adekvat kausalitet.<sup>87</sup> Här kan en parallell dras till det negativa kontraktsintresset då den skadelidande ska försättas i samma situation som om skadan inte hade skett och något avtal inte föreligger mellan parterna att beakta.

## 4.4.2 Myndighetsutövning

I SkL återfinns en specialreglering för ren förmögenhetsskada orsakad av myndighetsutövning.<sup>88</sup> Kravet på brottslig handling saknas, men den skadelidande måste styrka att myndigheten handlat culpöst samt adekvat kausalitet mellan skadan och handlingen. I det fall offentlig upphandling skulle klassas som myndighetsutövning skulle detta öppna dörren för skadeståndstalan av leverantörer grundat direkt på SkL.

*”Med begreppet myndighetsutövning menas att det avser ”beslut eller åtgärder som ytterst är uttryck för samhällets maktbefogenheter eller, för att använda ett mer ålderdomligt uttryck, den statliga överhögheten över medborgarna i deras egenskap av samhällsmedlemmar”<sup>89</sup>*

I förarbetena till SkL låg tonvikten på att det skulle röra sig om *utövande av tvångsmakt*, men genom rättspraxis har begreppet kommit att luckrats upp och ett samband med myndighetsutövning har funnits räcka för att ålägga myndigheten ansvar.<sup>90</sup>

Som ett exempel på denna utveckling kan anföras ett mål där HD ansett att ett beslut angående produktionsstöd fattat av Filminstitutet, en stiftelse med syfte att bland annat främja värdefull svensk filmproduktion, utgjorde myndighetsutövning. Även då produktionsstödet till övervägande del var finansierat av privata rättssubjekt, och villkoren var angivna i avtal istället för i lag eller författning, fann domstolen att stiftelsens beslut om produktionsstöd utgjorde myndighetsutövning genom sitt påtagliga inslag av offentlig maktutövning.<sup>91</sup>

Bengtsson har uttalat sig om att det som är karakteristiskt för myndighetsutövning är den enskildes beroendeställning i förhållande till myndigheten. Bengtsson har även konstaterat att beslut och åtgärder som rör det allmännas förvaltning av sin egendom eller sina ekonomiska angelägenheter i övrigt faller utanför begreppet myndighetsutövning och han tar upp statlig affärsverksamhet och kommunal fastighetsförvaltning som exempel.<sup>92</sup> En leverantör vid offentligupphandling kan helt klart anses befinna sig i en beroendeställning till myndigheten genom den effekt myndighetens beslut har på leverantören. Upphandling måste dock anses falla inom begreppet affärsverksamhet. Vad som talar för att offentlig

---

<sup>87</sup> Diesen m.fl., [1999] Sid. 152.

<sup>88</sup> SkL 3 kap. 2 §.

<sup>89</sup> Prop. 1972:5 sid. 312.

<sup>90</sup> Prop. 1972:5 sid. 498 f.

<sup>91</sup> NJA 2005 s. 568.

<sup>92</sup> Bengtsson, [1996] sid. 41-45.

upphandling skulle utgöra myndighetsutövning är den mycket utförliga regleringen av hur myndighetens beslutsfattande ska gå till, vilket har starka förvaltningsrättsliga drag. Denna tankegång delas dock inte av Lagrådet som har yttrat sig i frågan och konstaterat att:

“Klart är att upphandling inte är en fråga om myndighetsutövning...”<sup>93</sup>

Även Justitieombudsmannen har kommit i kontakt med frågan genom ett mål som gällde tjänstefel vid en otillåten direktupphandling.<sup>94</sup> JO fann i detta fall att upphandling inte var att se som myndighetsutövning enligt brottsbalken<sup>95</sup> (BrB).

Även efter lagrådets uttalande har det i doktrinen funnits åsikter om att offentlig upphandling utgör myndighetsutövning genom de starka offentlighetsrättsliga inslagen som de olika rättsmedlen utgör. Warnling-Nerap har i en artikel separerat den offentlighetsrättsliga delen, vilken resulterar i ett tilldelningsbeslut, från den civilrättsliga delen, som resulterar i ett avtal, och funnit att den del av förfarandet som rör tilldelningsbeslutet måste anses utgöra myndighetsutövning.<sup>96</sup>

## 4.5 Kvasikontraktuell skadestånd

Bortsett från de typiska inomobligatoriska och utomobligatoriska situationerna finns ett gränsområde där parterna inte har ingått ett avtal med varandra, men befinner sig i ett sådant förhållande till varandra att det finns exempel från rättspraxis där skadeståndsansvar har ansetts föreligga. Ett exempel på då ett skadeståndsansvar vid ren förmögenhetsskada för det negativa kontraktsintresset kan uppstå, utan att parterna befinner sig i ett avtal med varandra är i det fall rättsfiguren *culpa in contrahendo*, klandervärd beteende i samband med avtals ingående, är tillämplig. Denna allmänna skadeståndsrättsliga princip är tillämplig när skadevällaren har förlett den skadelidande vid avtalsförhandlingar och detta förorsakat skada.<sup>97</sup> Ansvar grundar sig i den avtalsrättsliga lojalitetsplikten, vilken dock kräver att parterna ska ha nått långt i sina förhandlingar.<sup>98</sup>

Ett exempel där skadestånd utgick på grund av *culpa in contrahendo* är ett mål där en affärsman hade förhandlat om en anställning som VD i ett bolag med en representant från bolaget. En preliminär uppgörelse hade kommit till stånd men då nationell lag krävde ett beslut från bolagstämman blev uppgörelsen aldrig bindande för bolaget. HD ansåg att representanten som hade ingått den preliminära uppgörelsen hade vilselett den andre genom att ge denne anledning att anta att styrelsens godkännande inte skulle vara något problem. Skadestånd utgick enligt det negativa kontraktsintresset och

<sup>93</sup> Prop. 2006/07:128, bilaga 14, sid. 598.

<sup>94</sup> JO ärende 3497-2000.

<sup>95</sup> SFS 1962:700.

<sup>96</sup> Warnling-Nerap, [2006/07].

<sup>97</sup> Adlercreutz, [2011] sid. 119.

<sup>98</sup> Nicander, [1995/96] sid. 48.

affärsmannen fick ersättning för de flyttkostnader han haft samt förlorad inkomst.<sup>99</sup>

I praxis har HD även utvecklat en möjlighet för skadestånd i utomobligatoriska situationer genom att konstatera att ett fingerat avtalsförhållande existerar mellan den skadevållande och den skadelidande och på denna grund ålägga ett *kvasikontraktuellt ansvar*.<sup>100</sup> Detta är möjligt då svensk rätt inte uppställer några särskilda krav vid bedömningen av huruvida ett kontraktsförhållande existerar mellan skadevållaren och den skadelidande, utan detta har lämnats till rättstillämpningen.<sup>101</sup> Genom detta öppnas möjligheten för domstolen att utdöma ansvar för en ren förmögenhetsskada, även då ett reellt avtalsförhållande inte föreligger. Resultatet blir att inomobligatoriska regler kan tillämpas utan att åsidosätta SkL.<sup>102</sup> HD har i rättspraxis ansett att kvasikontraktuellt ansvar har förelegat för fastighetsmäklare och värderingsmän i förhållande till tredjeman genom att den utomobligatoriska parten har haft anledning att sätta tilltro till denne.<sup>103</sup>

Gällande relationen mellan den upphandlande myndigheten och leverantörer vid offentlig upphandling har HD uttalat att:

*”Med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande myndigheten och presumtiva anbudsgivare i och med att upphandlingen inleds.”<sup>104</sup>*

Detta uttalande har kritiserats starkt av Hellner som anser att hänvisningen till ett kvasikontraktuellt ansvar är begreppsjurisprudens och som inte ger någon vägledning, även då han instämt i att hänsyn bör tas till de kontraktsliknande inslagen i förhållandet.<sup>105</sup>

---

<sup>99</sup> NJA 1963 s. 105.

<sup>100</sup> Se NJA 2000 s. 48 och NJA 1987 s. 692.

<sup>101</sup> Kleineman, [1987] sid. 425.

<sup>102</sup> Lehrberg, [2006] sid. 142.

<sup>103</sup> Ramberg & Ramberg, [2010] sid. 251.

<sup>104</sup> NJA 1998 s. 873.

<sup>105</sup> Hellner, [1998-99] sid. 953-955.

# 5 Skyldigheten att begränsa sin skada

---

*I detta kapitel kommer inledningsvis den allmänna principen om skyldighet att begränsa sin skada att redovisas. Därefter kommer principens funktion vid offentlig upphandling att behandlas.*

---

## 5.1 Introduktion

*Skyldighet att begränsa sin skada* uppkommer för den skadelidande när en skadlig effekt inträtt och där denne underlåter att begränsa skadan, eller rentutav förvärrar den. Förpliktelsen att begränsa sin skada grundas på en allmän skadeståndsrättslig princip.<sup>106</sup> Denna skyldighet finns lagstadgad i bland annat KöpL.<sup>107</sup> Enligt denna regel är den skadelidande skyldig att vidta skäligen åtgärder för att begränsa sin skada. Denna regel återfinns även i United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG), vilken som i vissa fall är tillämplig i Sverige genom Lag om internationella köp<sup>108, 109</sup>. Vid kommersiella avtal tas ingen hänsyn till parternas ekonomiska situation och uttryckliga avvikelser i avtalet har företräde framför SkL:s regler. Grunden till detta är att avtalet anses vara anpassat till parternas specifika förhållande och inte bör frångås.<sup>110</sup>

EU-domstolen har uttalat sig om den skadelidandes skyldighet att begränsa sin skada på följande sätt:

*”Det bör i synnerhet klargöras att den nationella domstolen, för att fastställa den skada som kan ersättas, kan undersöka om den skadelidande har visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och särskilt om denne i god tid har använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande.”<sup>111</sup>*

## 5.2 Gränsen mot medvållande

Skyldigheten att begränsa sin skada ska skiljas ifrån det lagstadgade *medvållandet*.<sup>112</sup> Medvållande och skyldigheten att begränsa sin skada är nära besläktade med varandra och frågan huruvida vilken av dem som är tillämplig besvaras med grund i när handlingen eller underlåtenheten ägt

---

<sup>106</sup> Håstad, [2009] sid. 211, Bengtsson, [1996] sid. 57.

<sup>107</sup> KöpL 70 § 1 st.

<sup>108</sup> SFS 1987:822.

<sup>109</sup> CISG artikel 77.

<sup>110</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 344.

<sup>111</sup> C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame m.fl.*

<sup>112</sup> SkL 6 kap 1 §.

rum. I det fall den skadelidande själv vållat en del av sin skada rör det sig om ett medvållande som resulterar i jämkning av skadeståndet.<sup>113</sup>

Om skadan redan skett och den skadelidande genom underlåtenheten brister i att begränsa sin skada rör det sig inte om ett medvållande utan om ett åsidosättande av principen om att begränsa sin skada. Effekten blir att ersättning för den del av skadan eller hela skadan som kunde ha förhindrats bortfaller.<sup>114</sup>

Vid skadestånd för skada vållad vid myndighetsutövning fanns tidigare en specialregel om nedsättning vid underlåtenhet att föra talan om rättelse, *passivitetsregeln*.<sup>115</sup> Bestämmelsen är idag upphävd, men det anses att jämkning på denna grund kan ske genom den allmänna regeln om medvållande. Denna princip hade dels en skadeståndsrättslig och dels en processrättslig funktion genom att allmänna rättsmedel i första hand förväntades användas. Dock ansågs jämkning främst aktuellt i det fall skadelidande medvetet underlåtit att fullfölja sin talan. Lägre krav sattes på privatpersoner och småföretagare som saknar juridisk hjälp.<sup>116</sup>

## 5.3 Beräkning

I kontraktsförhållanden beräknas skadan som orsakats av den skadelidandes underlåtenhet genom applicering av en sorts *kausalitetsregel*.<sup>117</sup> Frågan som uppkommer i dessa situationer är hur stort skadeståndet ska bli med hänsyn till hur händelseförloppet har utvecklats. Det görs en bedömning av hur stor skadan skulle ha blivit i det fall den skadelidande aktivt uppfyllt sin plikt att begränsa den och skadeståndet bestäms till detta belopp. I de fall det är svårt att avgöra hur stor del av skadan som den skadelidande har orsakat kan domstolen bestämma skadeståndet efter en skälighetsbedömning.<sup>118</sup>

## 5.4 Tillämpning vid offentlig upphandling

Nyligen har frågan om en leverantörens skyldighet att begränsa sin skada vid offentlig upphandling behandlats i svensk domstol, dock kom målet aldrig att behandlas i HD. Målet rörde en leverantör som gått miste om ett kontrakt på grund av ett felaktigt förfrågningsunderlag, men som inte överklagat myndighetens beslut. Leverantören anförde till sitt försvar att denne inte mottagit tilldelningsbeslutet förrän sista dagen före överklagans tidsfrist gick ut. Leverantören hade nämligen förväntat sig att meddelandet från myndigheten i ett skriftligt brev, men beslutet skickades med epost. HovR ansåg att det kunde förväntas av ett företag av leverantörens storlek att

---

<sup>113</sup> Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 340.

<sup>114</sup> Herre, [1996] sid. 550 f.

<sup>115</sup> SkL 3 kap. 4 §, upphävd genom SFS 1989:926.

<sup>116</sup> Bengtsson, [1999] sid. 108-111.

<sup>117</sup> Bengtsson, [1982] sid. 57.

<sup>118</sup> Bengtsson, [1982] sid. 214.

denne har en tillfredställande organisation som kan tillgodose bolagets rättsliga intressen och att denne hade haft tillräckliga möjligheter att tillgodose sina intressen genom att begära överprövning, även om tiden var knapp. Genom detta fann HovR att leverantören inte visat rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada och skadeståndet sattes ner till noll.<sup>119</sup>

Även då HD inte direkt har behandlat frågan om principen att om begränsa sin skada så har domstolen i domskälen till ett upphandlingsmål kort konstaterat att myndigheten inte gjort gällande att leverantören inte sökt att begränsa sin skada, vilket måste kunna tolkas som att detta är en giltig invändning från myndigheten sida.<sup>120</sup>

EU-domstolen har prövat huruvida nationella tidsfrister för att söka överprövning av påstådda överträdelser är förenligt med EU-rätten och kommit fram till detta är tillåtet då syftet är att korrigera överträdelser på ett tidigt stadium.<sup>121</sup> I ett annat mål har domstolen funnit att för att inte tappa sin rätt ska leverantören begära överprövning av en eventuell överträdelse så snart leverantören har kännedom om den.<sup>122</sup> En invändning från myndigheten att adekvat kausalitet saknas mellan överträdelserna och skadan är möjlig på EU-rättslig nivå då EU-domstolen tidigare har konstaterat att allmänna skadeståndsrättsliga principer är applicerbara på reglerna om skadestånd vid offentlig upphandling.<sup>123</sup>

---

<sup>119</sup> RH 2010:48.

<sup>120</sup> NJA 1998 s. 130.

<sup>121</sup> C-470/99, *Universale-Bau*, se vidare Leffler, [2005].

<sup>122</sup> C-230/02, *Grossman*, se vidare Leffler, [2005].

<sup>123</sup> C-46/93 och 48/93, *Brasserie och Factortame III*, se vidare Leffler, [2005] samt Leffler, [2003].



# 6 Den offentliga upphandlingens bakgrund

---

*För att sätta regleringen i sitt sammanhang kommer i detta kapitel en kort historisk redovisning först att ske och sedan kommer fokus att ligga på EU-rättens inflytande på den svenska rätten, dess reglering samt grundläggande principer. Allt med syfte att ge läsaren en inblick i de syften och värden som ligger bakom regleringen om offentlig upphandling.*

---

## 6.1 Historik

I anslutning till Sveriges medlemskap i EU den 1 januari 1995 införlivades redan 1994 de då sex gällande EU-direktiven om offentlig upphandling genom den äldre lagen om offentlig upphandling<sup>124</sup> (ÄLOU). Rättsmedelsdirektiven och förfarandedirektiven införlivades i sina moderniserade former 2008 i svensk rätt. Lagstiftaren valde denna gång att införliva den EU-rättsliga regleringen i form av två olika lagar, LOU och LUF, och därigenom separera den klassiska sektorn från de så kallade försörjningssektorerna.

För att implementera ändringsdirektivet genomfördes år 2010 flertalet ändringar av LOU. En av de nyheter som detta har medfört är möjligheten att genom överprövning ogiltigförklara ett avtal om upphandlingen har haft vissa felaktigheter.<sup>125</sup>

Syftet med den svenska regleringen om offentlig upphandling har varit att säkerställa *kostnadseffektivitet*. Detta har ansetts nödvändigt då den konkurrenssituation som i privata sammanhang naturligt leder till att det förmånligaste anbudet för verksamheten antas inte finns för offentliga verksamheter som inte kan gå i konkurs. Lagstiftaren har velat hålla nere kostnaderna för verksamheten och i det längre loppet kostnaderna för skattebetalarna. Andra bakomliggande syften förutom kravet på *affärsmässighet* har varit att säkerställa *offentlighet* och *rättssäkerhet*.<sup>126</sup>

## 6.2 EU-rätten och dess inflytande på svensk rätt

Genom Sveriges medlemskap i EU är Sverige skyldigt att iakttä gemenskapens regelverk.<sup>127</sup> Gemenskapsrätten är en högst levande rättskälla genom att dess tolkning dynamiskt utvecklas dels genom uttryckliga

---

<sup>124</sup> SFS 1992:1528.

<sup>125</sup> LOU 16 kap. 15- 18 §§, se vidare prop. 2009/10:180 sid. 127.

<sup>126</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 34 f. samt Sundstrand, [2010] sid. 23.

<sup>127</sup> Falk, [2010] sid. 34.

ändringar i rättskällorna och dels genom praxis från EU-domstolen.<sup>128</sup> Ett tydligt exempel på direktivkonform tolkning vid offentlig upphandling är ett mål från regeringsrätten där domstolen konstaterade att den svenska lagstiftningen innebar en avvikelse från det bakomliggande direktivet och gav då direktivet företräde framför nationell rätt.<sup>129</sup>

Medlemskapet medför även att Sverige är skyldigt att följa de internationella avtal som EU ingått för gemenskapens räkning. Detta leder till att de upphandlande myndigheterna måste iaktta EES-avtalet (Europeiska Ekonomiska Samarbetsområdet) och GPA-avtalet (Government Procurement Agreement) som ingåtts inom ramen för WTO (World Trade Organisation).<sup>130</sup>

## 6.2.1 Direktiven

De EU-rättsliga upphandlingsdirektiven kan delas in i två grupper, förfarandedirektiv och rättsmedelsdirektiv. Direktiv 2004/18/EG<sup>131</sup> är det så kallade klassiska förfarandedirektivet vilket reglerar upphandling av myndigheter och enheter, t.ex. kommuner, landsting och offentligt styrda organ. Direktivet innehåller både tvingande och frivilliga delar där Sverige har av de frivilliga inslagen endast infört upphandling av ramavtal.<sup>132</sup> Det andra förfarandedirektivet, direktiv 2004/17/EG<sup>133</sup>, behandlar upphandling inom försörjningssektorerna och kommer inte behandlas vidare då denna reglering faller utanför LOU och är inkorporerad i svensk rätt genom LUF. Rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn utgörs av Rådets direktiv 89/665/EEG<sup>134</sup> vilket har moderniserats genom ett ändringsdirektiv<sup>135</sup>. Rättsmedelsdirektivet kompletteras även det av ett direktiv<sup>136</sup> som behandlar upphandling inom försörjningssektorerna och som inte kommer att behandlas vidare i detta arbete.<sup>137</sup>

## 6.2.2 EU-rättsliga principer

De grundläggande rättsliga principerna som EU-domstolen ofta åberopar i upphandlingsmål är;

Principen om *icke-diskriminering*, aktuell vid utformningen av förfrågningsunderlaget innehåller krav som endast inhemska företag känner till eller kan utföra.

---

<sup>128</sup> Hettne, [2005] sid. 30.

<sup>129</sup> RÅ 1996 ref. 50.

<sup>130</sup> Falk, [2010] sid. 37.

<sup>131</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG.

<sup>132</sup> Falk, [2010], sid. 40 f.

<sup>133</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG.

<sup>134</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG.

<sup>135</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG.

<sup>136</sup> Rådets direktiv 92/13/EEG.

<sup>137</sup> Falk, [2010] sid. 40 f.

Principen om *likabehandling*, som innebär att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt.

Principen om *transparens*, vilket medför att den upphandlande enheten är skyldig att lämna information om upphandlingen, dess tillvägagångssätt innan, under och efter en avslutad upphandling.

Den klassiska *proportionalitetsprincipen* som innebär i upphandlingssituationer att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören än vad som behövs och är ändamålsenligt för den specifika situationen.

Principen om *ömsesidigt erkännande*<sup>138</sup> vilken klargör att intyg och certifikat utfärdade i en annan medlemsstat skall anses som gällande inom hela EU.

Idag är vissa av EU-rättens principer kodifierade medan andra endast framgår av EU-domstolens praxis. Principerna får närmst anses tillhöra primärrätten då de allmänna rättsprinciperna har företräde vid oförenlighet med sekundärrätten. Principerna anses innehålla EU-rättens grundläggande värderingar och genomsyrar hela den EU-rättsliga regleringen.<sup>139</sup>

Bestämmelsen om *icke-diskriminering* återfinns i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och innebär i upphandlingssituationer att en specifikation vid upphandlingen kan anses diskriminerande genom att ha den effekten utan att det föreligger formell diskriminering.<sup>140</sup> I EUF-fördraget stadgas även *den fria rätten för rörlighet för varor*<sup>141</sup>, *etableringsfriheten*<sup>142</sup> samt den grundläggande rätten till *fri rörlighet av tjänster*<sup>143</sup>.

Syftet bakom EU:s regelverk är att skapa en öppen och konkurrensutsatt upphandlingsmarknad. Detta ska ske genom att upphandlingen genomförs på den öppna marknaden där alla leverantörer ska behandlas lika. *Affärsmässighet* ska uppnås genom att det lägsta anbudet blir antaget, vilket dock är en princip med undantag. *Öppenhet* är en annan viktig princip som ska genomföras i form av publicering av såväl genomförda upphandlingar som planerade.<sup>144</sup>

### 6.2.2.1.1 Direkt effekt

Medlemsstaterna skall vidta alla allmänna och särskilda åtgärder som är nödvändiga för att uppfylla förpliktelseerna enligt fördragen och

---

<sup>138</sup> EUF-fördraget artikel 18.

<sup>139</sup> Bernitz & Kjellgren, [2010] sid. 158-106.

<sup>140</sup> Falk, [2010] sid. 51.

<sup>141</sup> EUF-fördraget artikel 34.

<sup>142</sup> EUF-fördraget artikel 49.

<sup>143</sup> EUF-fördraget artikel 56.

<sup>144</sup> Prop. 1992/93:88 sid. 36 f.

sekundärrätten.<sup>145</sup> EU-domstolen har ansett denna artikel ligga till grund för *principen om direkt effekt* som existerar under vissa förutsättningar. Denna princip har vuxit fram genom EU-rättens praxis<sup>146</sup>. Om särskilda kriterier är uppfyllda är det möjligt för en enskild, en fysisk eller juridisk person, att väcka talan mot staten i allmän domstol. Kriterierna är dels att medlemsstaterna har ålagts att implementera en bestämmelse och detta skett felaktigt alternativt inte skett alls, dels att bestämmelsen ger vissa rättigheter för enskilda. Det krävs vidare att bestämmelsen är klar och precis och därigenom möjlig att tillämpa på ett enskilt fall. Vidare krävs att den är ovillkorlig, och således inte är beroende av ytterligare åtgärder för att vara tillämplig. Direktiv har endast *vertikal direkt effekt*, de kan endast åberopas mot staten, ej mot andra enskilda. Vid *horisontell effekt* är det möjligt för en enskild att göra bestämmelsen gällande gentemot ett annat enskilt rättssubjekt. Vid offentlig upphandling innebär principen om direkt effekt att i det fall upphandlingsdirektiven inte har implementerats korrekt enligt de tidigare nämnda förutsättningarna ger det möjlighet för en leverantör att i ett överprövningsärende, eller skadeståndsmål, grunda sin talan direkt på direktivet och väcka talan mot staten istället för den upphandlande myndigheten.<sup>147</sup>

### 6.2.2.2 Indirekt effekt

I enlighet med lojalitetsprincipen är medlemsländerna, enligt praxis<sup>148</sup> från såväl EU-domstolen som HD, förpliktigade att tolka nationell lagstiftning mot bakgrund av gemenskapsrätten, s.k. *direktivkonform tolkning eller indirekt effekt*. Detta resulterar i att även direktivbestämmelser som saknar direkt effekt ges betydelse.

Även de upphandlingar som ligger under direktivens tröskelvärden, men som den svenska lagstiftaren har valt att innefatta i LOU:s reglering (se avsnitt 7.1.2.), ska tolkas mot bakgrund av gemenskapsrätten med resultat att de måste vara förenliga med EU-rättens friheter och principer.<sup>149</sup> Genom den svenska lagstiftarens beslut har därmed gemenskapsrätten fått större utbredning vid offentlig upphandling än vad EU-rätten kräver.

---

<sup>145</sup> EUF-fördraget artikel 10.

<sup>146</sup> Se C-26/62, *Vand Gend en Loos*.

<sup>147</sup> Hettne, [2005] sid 95-97 samt 100 f.

<sup>148</sup> Se C-14/83, *von Colson och Kaman mot Land Nordrhein-Westfalen* samt NJA 1998 s. 873.

<sup>149</sup> Kommissionen, [2006] sid. 2.

# 7 Upphandlingsförfarandet enligt LOU

---

*För att läsaren ska kunna tillgodogöra sig de skadeståndsrättsliga aspekterna av LOU krävs viss kunskap om hur lagen föreskriver att en upphandling ska gå till och detta ska därför kort redovisas i detta avsnitt.*

---

## 7.1 Lagens tillämplighet

### 7.1.1 Introduktion

LOU är tillämplig på såväl köp, leasing, hyra och hyrköp. Det saknas betydelse för hur betalningen sker, även t.ex. byte eller sponsring kan omfattas av regleringen.<sup>150</sup> Regleringen i LOU är för svensk rätt osedvanligt detaljerad och kritik i doktrinen har riktats mot detta med farhågor om att detaljeringsgraden i realiteten kan utgöra ett hinder för affärsmässighet i upphandlingen.<sup>151</sup>

Ramberg har nyligen uttalat sig om att hon anser att LOU bör avskaffas eftersom lagstiftningen medför en dyr och onödig byråkrati, det kostar mer än det smakar. Ramberg tar upp den privata sektorn som en förebild och anser att trycket på upphandlarna att göra en bra affär är hård i såväl den offentliga som den privata sektorn och upphandlingarna därför kommer att leva upp till kravet på affärsmässighet även utan en reglering. Hon anser att LOU inte behövs som ett skydd mot korruption eftersom en reglering redan finns genom existerande straffrättsliga, skatterättsliga och arbetsrättsliga regler, till exempel angående mutor och opassande förmåner.<sup>152</sup>

Kritik i doktrinen har även framställts mot att den svenska lagstiftaren valt att låta all offentlig upphandling omfattas av lagen istället för att endast omfatta de upphandlingar som överskrider direktivens tröskelvärden för att myndighetens egenintresse för att upphandlingen sker affärsmässigt skulle vara tillräckligt.<sup>153</sup>

I bilaga B illustreras förenklat de olika förfarandenas tillvägagångssätt.

---

<sup>150</sup> LOU 2 kap. 13 och 21 §§, se vidare Sundstrand, [2010] sid. 47-50.

<sup>151</sup> Palm & Riberdahl, [1996] sid. 645.

<sup>152</sup> Perkiö, [2011].

<sup>153</sup> Palm & Riberdahl, [1996] sid. 644 f.

## 7.1.2 Tröskelvärden

I vilken form upphandlingen ska ske avgörs främst av de aktuella *tröskelvärdena*.<sup>154</sup> Dessa skiftar beroende på vad upphandlingen gäller och vilken sorts enhet som ska utföra den. Tröskelvärdena fastställs på unionsnivå med beaktande av WTO:s upphandlingsavtal (GPA). Tjänster kategoriseras som antingen *A- eller B-tjänster*. Till kategorin A-tjänster hör den sortens tjänster som traditionellt har ansetts lämpa sig väl för gränsöverskridande handel, t.ex. landtransporter, fastighetsförvaltning och datatjänster. B-tjänster utgörs av den sortens tjänster som ansetts mindre lämpade för gränsöverskridande handel och dessa finns uppräknade i bilaga 3 till LOU. I det fall en upphandling av B-tjänster överstiger det aktuella tröskelvärdet så ska de unionsrättsliga principerna tillämpas.<sup>155</sup>

När en upphandling innefattar en kombination av varor och tjänster från de två olika kategorierna ska myndigheten tillämpa *övertviksprincipen* vilket innebär att upphandlingen ska klassas enligt den vara eller tjänst som dominerar värdemässigt.<sup>156</sup>

De aktuella tröskelvärdena finns redovisade i bilaga A.

## 7.1.3 Upphandlande myndighet

För att LOU ska vara tillämplig ska det vara frågan om en *upphandlande myndighet*. Detta avgörs genom att se till vilket syfte myndigheten har med sin verksamhet. För att klassas som en upphandlande myndighet ska syftet med verksamheten vara att tillgodose behov i det allmännas intresse.<sup>157</sup>

## 7.1.4 Tilldelning av kontrakt

I det fall inget annat anges ska kontraktet tillfalla den leverantör vars anbud har det lägsta priset, den så kallade *lågstaprisprincipen*. Myndigheten kan dock ange att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten ska erhålla kontraktet, men måste i detta fall ange vilka kriterier som kommer att beaktas. Exempel på kriterier som myndigheten kan ställa är leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, service och tekniskt stöd. I det fall myndigheten bedömer ett anbud vara orimligt lågt får detta förkastas, dock först efter att en skriftlig förklaring begärts av leverantören men uteblivit.<sup>158</sup>

## 7.1.5 Undantag från LOU:s tillämpningsområde

LOU är inte tillämplig på kontrakt avseende förvärv, arrende, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet till fastighet

---

<sup>154</sup> LOU 3 kap.

<sup>155</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 31-39.

<sup>156</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 92.

<sup>157</sup> Prop. 2006/07:128 sid. 137 f.

<sup>158</sup> LOU 12 kap. 1 och 3 §§.

med mera.<sup>159</sup> Tjänstekontrakt som tilldelas en upphandlande myndighet som har en särskild rättighet eller ensamrätt att utföra tjänsten, faller även det utanför lagens tillämpningsområde.<sup>160</sup> Genom en tillfällig bestämmelse, det så kallade *Teckal-undantaget*, är inte myndigheter förpliktade att utföra upphandling när det finns en leverantör som är en juridisk person som myndigheten helt eller delvis äger, alternativt är medlem i. Myndigheten måste utöva kontroll över den juridiska personen, motsvarande den kontroll den utövar över sin egen förvaltning. Härtill krävs att den juridiska personen endast får utföra verksamhet av endast marginell karaktär för annan än myndigheten.<sup>161</sup>

## 7.2 Förfarandet

### 7.2.1 Upphandling överstigande tröskelvärde

I det fall upphandlingen överstiger de ovan behandlade tröskelvärdena erbjuder LOU tre olika förfaranden som upphandlingen kan ske genom. Upphandlingen kan ske genom ett *öppet* eller *selektivt förfarande*, alternativt genom ett *förhandlande förfarande*, under vissa givna omständigheter.<sup>162</sup>

#### 7.2.1.1 Öppen upphandling

Med ett öppet förfarande avses ett annonserande förfarande där alla leverantörer har möjlighet att lämna bud. Annonsering sker genom att en upphandlingsannons skickas till EU-kommissionen för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) samt till databasen TED (Tenders Electronic Daily). Ett förfrågningsunderlag skickas sedan ut till de berörda leverantörerna. Det finns ingen möjlighet till förhandling mellan myndigheten och leverantörerna och det är därför mycket viktigt att förfrågningsunderlaget blir korrekt samt innehåller alla de behov som myndigheten har. Leverantörerna arbetar fram sina anbud som sedan inges till myndigheten. När tidsfristen gått ut värderar myndigheten anbuden och avtal träffas med en eller flera leverantörer. Ett upphandlingsprotokoll upprättas vilket sedan kungörs i EUT och TED.<sup>163</sup>

#### 7.2.1.2 Selektiv upphandling

Vid ett selektivt förfarande sker annonsering på samma sätt som vid ett öppet förfarande. Skillnaden är att leverantörerna får ansöka om att få lämna bud och den upphandlande myndigheten avgör vilka leverantörer som bjuds

---

<sup>159</sup> LOU 1 kap. 6§.

<sup>160</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 91.

<sup>161</sup> LOU 2 kap. 10a §, i kraft till och med 2013-01-01. Namnet kommer från C-107/98, *Teckal*.

<sup>162</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 93.

<sup>163</sup> Gertell, [2011] sid. 51 f, 59 f samt 105.

in. I andra aspekter så är förfarandet detsamma som vid öppen upphandling.<sup>164</sup>

### 7.2.1.3 Förhandlande upphandling

Vid upphandling enligt detta förfarande får myndigheten rätt att bjuda in leverantörer och förhandla om kontraktsvillkoren med flera av dem samtidigt. Även detta förfarande sker efter annonsering. Det krävs dock att vissa speciella omständigheter föreligger för att ett förhandlande förfarande ska få användas.<sup>165</sup> Dessa speciella situationer är dels att ett öppet eller selektivt förfarande redan ägt rum men anbudet är ogiltigt eller inte kan godtas, att det inte är möjligt att ange ett totalpris i förväg, att förfrågningsmaterial inte är möjligt att utarbeta tillräckligt exakt eller att det rör sig om en byggentreprenad utan vinstsyfte. Den stora skillnaden mellan detta förfarande och de andra direktivstyrda är att myndigheten har möjlighet att förhandla med leverantören.<sup>166</sup>

## 7.2.2 Upphandling under tröskelvärde, alternativt B-tjänst

Den svenska lagstiftaren har valt att gå längre än vad direktiven kräver, LOU omfattar således även upphandlingar som understiger de direktivstyrda tröskelvärdena. I dessa fall blir det aktuellt med *förenklad upphandling* alternativt *direktupphandling*. Även då Sverige frivilligt infört dessa bestämmelser så ska enligt EU-domstolens praxis de frivilliga bestämmelserna tolkas på samma sätt som de tvingande av rättssäkerhetsskäl, vilket tidigare har berörts.<sup>167</sup>

### 7.2.2.1 Förenklad upphandling

Vid en förenklad upphandling så sker annonseringen i rikstäckande svenska tidningar eller i en svensk allmänt tillgänglig elektronisk databas. Alla intresserade leverantörer har möjlighet att lämna anbud och myndigheten får förhandla med leverantörerna efter att anbuden lämnats och värderats. Ett upphandlingsprotokoll upprättas efter att avtal träffas med leverantören.<sup>168</sup>

### 7.2.2.2 Direktupphandling

En direktupphandling innebär att myndigheten kan vända sig direkt till en leverantör, ingen form av annonsering behöver ske. Denna möjlighet finns dock endast under vissa speciella omständigheter, så som när värdet på upphandlingen är lågt eller situationen är sådan att kontraktet måste, för skäl som legat utanför myndighetens kontroll, ingås omgående.<sup>169</sup> Myndigheten

---

<sup>164</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 93.

<sup>165</sup> LOU 4 kap. 2 §.

<sup>166</sup> Sundstrand, [2010] sid. 110-111.

<sup>167</sup> C-28/95, *Leur-Bloem*, se vidare Sundstrand, [2010] sid. 110 f.

<sup>168</sup> Sundstrand, [2010] sid. 115-117.

<sup>169</sup> LOU 4 kap. 5 §.



kan förhandla direkt med leverantören och efter det träffas avtalet utan att något upphandlingsprotokoll behöver upprättas.<sup>170</sup> I det fall en direktupphandling har skett i strid mot LOU kallas detta för en *otillåten direktupphandling*.

Då myndigheten vid direktupphandling endast har kontakt med en leverantör är detta i relation till de övriga förfarandena betydligt mindre komplicerat. Direktupphandling liknar mer ett sedvanligt förhandlande mellan två parter än en egentlig upphandling. Det är denna förenkling som skapar problem. Risken är att förfarandet missbrukas av myndigheten som slipper de i många fall omfattande processerna med upprättande av förfrågningsunderlag, annonsering, anbudsvärdering och underrättande av anbudsgivare. För den skadelidande leverantören uppstår speciella problem vid en otillåten direktupphandling. Då ingen annonsering har skett måste leverantören först få kännedom om att upphandlingen har ägt rum. Vid en skadeståndstalan med anspråk på ersättning till det positiva kontraktintresset måste vidare leverantören visa på att denne skulle ha fått kontraktet om upphandlingen gått korrekt till, vilket blir ett hypotetiskt resonemang då inget förfrågningsunderlag existerar och inget anbud från leverantören finns att analysera.

---

<sup>170</sup> Sundstrand, [2010] sid. 118 f.

# 8 LOU:s rättsmedel

---

*I detta kapitel kommer rätten till skadestånd enligt LOU att behandlas samt även de andra rättsmedlen som lagen erbjuder. Hur de olika rättsmedlen samverkar med varandra kommer att dessutom redovisas.*

---

## 8.1 Introduktion

De rättsmedel som står till förfogande för en leverantör gentemot en upphandlande myndighet är traditionellt möjligheterna att begära *överprövning av ett beslut* och att kräva *skadestånd* efter det att upphandlingen avslutats. År 2010<sup>171</sup> införlivades bestämmelsen om möjlighet till *ogiltigförklaring av ett avtal* som lanserats i ändringsdirektivet och detta utgör idag ännu ett rättsmedel för leverantörer.<sup>172</sup>

## 8.2 Överprövning av beslut

### 8.2.1 Tillämplighet

För att en överprövning ska vara möjlig måste det föreligga en överträdelse av LOU.<sup>173</sup> Detta kan ha skett till exempel genom utformningen av förfrågningsmaterialet eller vid anbudsvärderingen. Överprövningen kan även grundas på myndighetens beslut om vilken upphandlingsform som ska användas, alternativt huruvida en upphandling överhuvudtaget ska genomföras eller om den upphandlande myndigheten istället ska genomföra en upphandling utan konkurrensutsättning.

### 8.2.2 Tidsfrister

En ansökan om överprövning av ett beslut kan inte tas upp efter det att ett avtal om upphandlings slutits. Detta avtal behöver inte utgöras av ett skriftligt kontrakt utan kan upprättas muntligt. Ansökan om överprövning sker hos behörig förvaltningsdomstol. För att en ansökan om prövning inte ska avvisas krävs att fristen inte har löpt ut och att avtal inte heller har ingåtts. Avtalsingåendet och därigenom prövningsfristen regleras av en *avtalsspärr*. Detta innebär att 10 dagar, alternativt 15 dagar, om underrättelsen inte skett elektroniskt, som huvudregel måste förflyta mellan det att beslut lämnas från den upphandlande myndigheten och kontrakt ingås med den vinnande leverantören.<sup>174</sup>

---

<sup>171</sup> SFS 2010:571.

<sup>172</sup> Sundstrand, [2010] sid. 191.

<sup>173</sup> LOU 16 kap. 1 §.

<sup>174</sup> Falk, [2010] sid. 460.

Vid begäran om överprövning gäller en *förlängd avtalsspärr*. Denna gäller under handläggningen i förvaltningsrätten och hindrar myndigheten från att fatta beslut i ärendet. Myndigheten kan därigenom varken ingå avtal, avbryta upphandlingen eller göra självrättelse. I de högre instanserna krävs ett *interimistiskt beslut*. Detta har samma effekt som den förlängda avtalsspärren.<sup>175</sup>

När ett beslut har lämnats från domstolen inträder en *10-dagarsfrist*. Denna räknas i kalenderdagar, inte i arbetsdagar. Har fristen gått ut, men inget avtal ingåtts, finns det möjlighet för en domstol att göra en överprövning. 10-dagarsfristen resulterar i denna situation i att myndigheten kan ingå ett kontrakt efter 10 dagar genom vilken möjligheten till överprövning avskärs.<sup>176</sup>

EU-domstolen har i rättspraxis fastställt att medlemsländerna är fria att införa egna tidsfrister och har poängterat att syftet bakom rättsmedelsdirektivet är att överträdelse ska korrigeras på ett tidigt stadium enligt effektivitetsprincipen. Fristerna får dock inte resultera i att leverantörerna förlorar möjligheten att tillvarata sina rättigheter och rättssäkerhetsprinciper därigenom kränks, utan denna måste vara skälig. Att den skadelidande har möjlighet att påtala och korrigera ett rättsstridigt beslut så snart denne får kännedom om det, överensstämmer med direktiven och rättssäkerhetsprincipen.<sup>177</sup>

### 8.2.3 Rättsföljder

I det fall domstolen bifaller en ansökan om överprövning och dessutom anser att ett fel har begåtts i upphandling finns det två olika vägar att gå. Domstolen kan besluta att upphandlingen ska göras om och hela processen måste då startas om från början. Det andra alternativet är att upphandlingen får avslutas efter det att *rättelse* har gjorts. Rättelse är den normala påföljden om värderingen av anbudet inte har gått rätt till, eller om det fel som har begåtts kan botas genom rättelse. Detta är inte möjligt om en anbudsgivare inte kunnat lämna ett anbud på grund av fel begånget av den upphandlande myndigheten.<sup>178</sup>

## 8.3 Ogiltigförklaring av avtalet

### 8.3.1 Tillämplighet

En leverantör som lidit skada av att ett avtal i strid mot regleringen i LOU ingåtts mellan en myndighet och en leverantör kan föra talan mot avtalet vid förvaltningsdomstol.

---

<sup>175</sup> Pedersen, [2011] sid. 32-34.

<sup>176</sup> LOU 16 kap. 10 §, se vidare Falk, [2010] sid. 526-530.

<sup>177</sup> C-470/99, *Universale-Bau*.

<sup>178</sup> LOU 16 kap. 5 §, se vidare Falk, [2010] sid. 518-519.

Möjligheten till att ogiltigförklara ett avtal föreligger i tre situationer;

- Myndigheten har inte utannonserat upphandlingen och har genomfört en *otillåten direktupphandling*. Inget krav finns i denna situation på att visa att leverantören lidit eller riskerar att lida skada, då otillåtna direktupphandlingar har ansetts av EU-domstolen som den mest allvarliga överträdelsen av upphandlingslagstiftningen.<sup>179</sup>
- Avtalet har slutits i strid mot en avtalsspärr, ett interimistiskt beslut, 10-dagarsfristen eller innan dess att upplysningar om beslutet skickats ut. Ett åsidosättande av LOU eller dess allmänna principer samt att leverantör åsamkats alternativt kan komma att åsamkas skada krävs dock.<sup>180</sup>
- Reglerna om konkurrensutsättningar eller villkor i ett ramavtal har åsidosatts. Även i denna situation ska leverantören ha lidit eller riskerar att komma att lida skada på grund av detta. Ramavtalet ogiltigförklaras dock inte i sig utan ogiltighetsförklaring sker av det avtal som myndigheten tilldelar baserat på ramavtalet.<sup>181</sup>

### 8.3.2 Tidsfrister

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska som huvudregel inlämnas till förvaltningsrätten inom 6 månader från det att avtalet slutits. I det fall myndigheten genomfört en otillåten direktupphandling saknas dock reglering i LOU, vilket resulterar i att den allmänna preskriptions-tiden på 10 år som stadgas i preskriptionslagen<sup>182</sup> (PreskrL) blir gällande.<sup>183</sup>

### 8.3.3 Konsekvenser

Domstolen ska som huvudregel ogiltigförklara avtalet om upphandlingen har stridit mot LOU. Undantag finns dock, vilka enligt förarbetena ska tillämpas *restriktivt*. En sådan situation är om det finns ”tvingande hänsyn till ett allmänintresse”, och med detta menas allmän ordning och säkerhet, skydd för människors liv och hälsa samt miljöskydd.<sup>184</sup>

Ett bifall av ansökan resulterar i att beslutet upphör att gälla med *retroaktiv verkan*. Avtalet blir civilrättsligt ogiltigt och alla prestationer som utbytt mellan parterna ska återgå enligt allmänna avtalsrättsliga principer.<sup>185</sup>

---

<sup>179</sup> LOU 16 kap. 13 §, se vidare Gertéll, [2011] sid 187-189 samt Pedersen, [2010] sid. 814 f.

<sup>180</sup> LOU 16 kap. 13 §, se vidare Gertéll, [2011] sid 187-189 samt Pedersen, [2010] sid. 814 f.

<sup>181</sup> LOU 16 kap. 13 §, se vidare Gertéll, [2011] sid 187-189 samt Pedersen, [2010] sid. 814-f.

<sup>182</sup> SFS 1981:130.

<sup>183</sup> PreskrL 2 §.

<sup>184</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 137-139, se vidare Pedersen, [2010] sid. 815.

<sup>185</sup> Pedersen, [2011] sid. 34.

Detta resulterar i att avtalet anses vara ogiltigt från starten och eventuella prestationer och ersättningar skall återgå mellan parterna. Syftet bakom att låta beslutet ha retroaktiv effekt är att lagstiftaren velat ge lagstiftningen en stark preventiv effekt.<sup>186</sup>

Den leverantör som tecknat ett avtal som sedan blivit ogiltigförklarat, och som lidit skada av detta kan, enligt förarbetena, få skadestånd enligt LOU samt enligt allmänna skadestandsregler.<sup>187</sup> Beräkningen av skadeståndets omfattning har överlåtits till rättstillämpningen. De kriterier som HD uppställt i sin praxis bör därvid kunna ge vägledning.<sup>188</sup> I förarbetena anges ersättning för hyresavtal och anställningsavtal som löper med uppsägningstid som exempel på ersättningsposter som leverantören kan erhålla skadestånd för.<sup>189</sup> Vidare anges att huruvida leverantören varit i *ond eller god tro* ska beaktas.<sup>190</sup> Pedersen anser att med ond tro borde åsyftas de faktiska omständigheterna eftersom det inte är möjligt att vara i god tro beträffande innehållet i svensk rätt enligt allmänna rättsprinciper, huruvida man är medveten om att ens handlande är brottsligt är inte relevant.<sup>191</sup> Det författaren här refererar till är den straffrättsliga figuren *straffrättsvillfarelse*, som innebär att en person inte med framgång kan hävda till sitt försvar att denne var ovetande om att handlingen var brottslig, om inte denne fått uppgifter som lett till denna uppfattning av en myndighet.<sup>192</sup> Ett exempel enligt Pedersen på när leverantören kan vara i god tro skulle vara i det fall leverantören har haft anledning att tro att grund för ett undantagsförfarande varit för handen, baserat på information lämnat av den upphandlande myndigheten.<sup>193</sup>

I samband med införandet av möjligheten till ogiltigförklaring skrev Forsberg en artikel där han hävdar att möjligheten att ogiltigförklara ett avtal skulle resultera i att sanktionerna vid en överträdelse skulle bli mer kännbara. Detta ansåg han i längden leda till att den upphandlande myndigheten borde bli mer motiverad att se till att upphandlandet går korrekt till och detta särskilt vid otillåtna direktupphandlingar.<sup>194</sup>

## 8.4 Skadestånd

### 8.4.1 Introduktion

En upphandlande myndighet som brutit mot lagens reglering ersätta uppkommen skada för en leverantör.<sup>195</sup> Regleringen angående skadestånd i

---

<sup>186</sup> Sundstrand, [2010] sid. 195-196.

<sup>187</sup> Prop. 2009/10:180 sid. 225.

<sup>188</sup> Pedersen, [2010] s. 815-817.

<sup>189</sup> Prop. 2009/10:180 s. 226.

<sup>190</sup> Prop. 2009/10:180 s. 226.

<sup>191</sup> Pedersen, [2010] sid. 818.

<sup>192</sup> BrB 24 kap. 9 §, se vidare prop. 1993/94:130 s. 50 – 59.

<sup>193</sup> Pedersen, [2010] sid. 818.

<sup>194</sup> Forsberg, [2009] sid. 39.

<sup>195</sup> LOU 17 kap. 20 §.

LOU är kortfattad och allmänt hållen. Detta är en vanlig företeelse i svensk rätt och resulterar i att SkL får en utfyllande funktion (vilket tidigare har behandlats i kap 4.2.1).<sup>196</sup> Rätt till skadestånd finns både för upphandlingar under och för upphandlingar över tröskelvärdena. Kritik mot detta har framförts i doktrinen. Palm och Riberdahl anser att det saknas skäl för möjlighet till skadestånd för det positiva kontraktsintresset vid upphandling under tröskelvärdena. De hävdar att skadeståndssanktionen i denna situation inte krävs, då myndigheternas egenintresse i att upphandlingarna sker affärsmässigt skulle vara tillräckligt och författarna poängterar att denna möjlighet inte finns i något annat EU-land.<sup>197</sup>

## 8.4.2 Tidsfrister och talerätt

En skadeståndstalan måste väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtalet har ingåtts mellan den vinnande leverantören och den upphandlande myndigheten, eller räknat från den tidpunkt då ett avtal har förklarats ogiltigt genom en överprövning. I de situationer då en upphandling borde ha hållits, men så inte har skett, resulterar detta i att tidsfristen inte börjar löpa. Detsamma gäller för situationen att ett upphandlingsmeddelande aldrig skickats.<sup>198</sup> Så som vid överprövning av ett avtals giltighet blir här PreskrL gällande vilket medför en preskriptionstid på 10 år.<sup>199</sup> I doktrinen har en tidsfrist för överprövning av tillåtna direktupphandlingar efterlysts, då den allmänna preskriptionstiden har ansetts alltför långtgående.<sup>200</sup>

I LOU:s reglering om skadestånd anges det endast att ”leverantör” har rätt till skadestånd.<sup>201</sup> I förarbetena fastslås det dock att ”begreppet avser även leverantör som inte deltagit i upphandlingen”, därigenom omfattas förutom leverantörer som medverkat i anbudsprocessen, även leverantörer som ansökt om att få medverka i upphandlingar med selektiva moment och fått avslag, samt leverantörer som skulle ha medverkat i upphandlingen om den hade utförts korrekt.<sup>202</sup>

## 8.4.3 Fel i förfarandet

För att en rätt till skadestånd ska uppstå måste ett *åsidosättande* av lagen ha skett i upphandlingsförfarandet, det måste strida mot LOU. Detta kan ha skett på flera olika sätt. De typerna av åsidosättande som av KKV har funnit vara de vanligaste kommer nedan kort att redovisas.<sup>203</sup> Bevisbördan för att en överträdelse har begåtts ligger på leverantören enligt allmänna skadeståndsrättsliga grundsatser.<sup>204</sup>

<sup>196</sup> SkL 1 kap. 1 §, se vidare Bengtsson & Strömbäck, [2006] sid. 30.

<sup>197</sup> Palm & Riberdahl, [1996] sid. 644.

<sup>198</sup> Falk, [2010] sid. 533.

<sup>199</sup> PreskrL 2 §.

<sup>200</sup> Madell & Björklund, [2008] sid. 583-584 samt 600-602.

<sup>201</sup> LOU 16 kap. 20 § 1 st.

<sup>202</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 102.

<sup>203</sup> Konkurrensverket, [2007] sid.57 -73.

<sup>204</sup> Falk, [2010] sid. 539.

### 8.4.3.1 Processuella fel

I det fall myndigheten har beslutat att inte upprätta en normal upphandling och detta inte uppfyller de tidigare redovisade undantagskraven har en otillåten direktupphandling skett. En leverantör kan därigenom ha förlorat möjligheten att lägga ett anbud och som en följd av detta även möjligheten av att få uppdraget. Ett annat processuellt fel kan vara att upphandlingen har avbrutits utan legitima skäl. Enligt praxis från EU-domstolen krävs att ”det föreligger allvarliga omständigheter eller undantagsfall” för att avbryta en upphandling.<sup>205</sup>

### 8.4.3.2 Utformningen av förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget kan anses vara behäftat med fel, dels genom att det är oklart i något avseende, dels genom att det innehåller krav som gynnar eller missgynnar vissa leverantörer och därigenom är diskriminerande. Normalt är det inte möjligt för den upphandlande myndigheten att förändra förfrågningsunderlaget under upphandlingens gång, ett avbrytande av upphandlingen är enda möjligheten om förändringarna är av väsentlig karaktär.<sup>206</sup> Hur förfrågningsunderlaget ska utformas är inte reglerat direkt i lagtext utan faller inom kravet på affärsmässighet och utnyttjande av befintlig konkurrens. Ett oklart förfrågningsresultat där leverantören inte vet hur anbudet ska utformas resulterar i att kravet på förutsägbarhet och transparens inte uppfylls.

Den upphandlande myndigheten kan ställa krav på till exempel leverantörens tekniska förmåga, tekniska kapacitet, ekonomiska och finansiella ställning. De obligatoriska kraven kallas normalt för *skall-krav* och om leverantören ej kan uppfylla dessa blir denne utesluten ur upphandlingen. Skall-kraven kan även hänföras till föremålet för upphandlingen genom kvalitet, prestanda, säkerhet och liknande. Den upphandlande myndigheten kan även ställa *bör-krav* på leverantören som sedan beaktas vid utvärderingen av anbuden men som inte är absoluta.<sup>207</sup>

I ett mål som kom upp till HD hade myndigheten i förfrågningsunderlaget förbehållit sig fri prövningsrätt. Detta fann HD utgöra ett åsidosättande av LOU eftersom leverantören inte fick klart för sig vad som krävdes för att erhålla kontraktet vilket stred mot principerna om öppenhet, förutsägbarhet ickediskriminering och likabehandling. Domstolen fann att då förfrågningsunderlaget var felaktigt skulle myndigheten ha antagit det anbud med lägst anbudspris då andra giltiga kriterier saknades.<sup>208</sup>

---

<sup>205</sup> C-27/98, *Fracasso & Leitschultz*, införd i LOU genom 9 kap. 9§ 2st.

<sup>206</sup> Sundstrand, [2010] sid. 191-193.

<sup>207</sup> Falk, [2010] sid. 408-409.

<sup>208</sup> NJA 1998 s. 873.

### 8.4.3.3 Anbudsvärderingen

Då myndigheten ska utvärdera de inkomna anbuden så kan frågor uppkomma om huruvida myndigheten har gjort en korrekt bedömning av anbudet. Det vinnande anbudet ska vara det som bäst stämmer överens med förfrågningsunderlaget, vilket inte med nödvändighet behöver vara det som utgör det billigaste alternativet, utan kan vara det ekonomiskt mest fördelaktiga baserat på uppställda kriterier. Myndighetens beslut angående anbudens överensstämmelse med de uppställda kraven måste i vissa fall bli mer eller mindre subjektivt, speciellt vid utvärderingskriterier som estetik och liknande. Bedömningen som myndigheten gör om produkten kan avvika ifrån den syn som anbudsgivaren har på sin egen produkt. KKV har i en rapport fastställt att generellt sätt är domstolarna obenägna att sätta sig i den upphandlande myndighetens ställe och göra en egen anbudsvärdering och att dessa tvister därför är väldigt svåra att vinna.<sup>209</sup>

Palm och Riberdahl har kritiserat myndighetens möjligheter att uppställa urvalskriterierna på grund av det stora inslaget av subjektivt tyckande. De har även ansett att lägstapris-principen bör tas bort, då den resulterar i en felaktig grund för överklagan vilket i ett längre perspektiv kan resultera i att myndigheten väljer det lägsta anbudet för att inte upphandlingen ska komma att angripas rättsligt.<sup>210</sup>

## 8.4.4 Skadeståndets omfattning

### 8.4.4.1 Introduktion

EU-domstolen har fastställt att den ersättningen som leverantören ska erhålla ska vara adekvat i förhållande till den lidna skadan för att ett effektivt skydd av enskildas rättigheter därigenom ska kunna garanteras. När EU-rätten inte föreskriver skadeståndets omfattning skall medlemsstaterna i sin nationella rättsordning fastställa kriterier, dock ej mindre förmånliga än vid liknande ersättningsanspråk grundade på den nationella rätten eller att det i realiteten blir omöjligt eller orimligt att utfå skadestånd.<sup>211</sup>

### 8.4.4.2 LOU 17 kap 20 § 1 st

I LOU stadgas att en upphandlande myndighet som brutit mot lagen ska ersätta leverantören för uppkommen skada.<sup>212</sup> Hur beräkandet av ersättningen ska ske regleras inte i lagtext, utan återfinns i förarbetena. I propositionen till ÄLOU fastställs att skadestånd till en leverantör vid ett förlorat kontrakt skulle utgå med det positiva kontraktsintresset.<sup>213</sup>

Det ursprungliga lagförslaget angående inkorporeringen av direktiven rörande skadestånd vid offentlig upphandling var utformat på ett annat sätt.

<sup>209</sup> Konkurrensverket, [2007] sid. 70.

<sup>210</sup> Palm & Riberdahl, [1996] sid. 644.

<sup>211</sup> C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame m.fl.*

<sup>212</sup> LOU 16 kap 20 § 1 st.

<sup>213</sup> Prop. 1992/93:88 s. 45 ff.



I detta förslag omfattade skadeståndet endast det negativa kontraktsintresset.<sup>214</sup> Stockholms universitet ifrågasatte dock i egenskap av remissinstans denna begränsning.<sup>215</sup> Universitetet ansåg att skadeståndet borde omfatta det positiva kontraktsintresset, dels med beaktande av att reglering på detta sätt hade skett i flertalet EG-länder, dels på grund av att det fanns en stor osäkerhet runt hur begreppet *skada* i direktiven skulle tolkas. Man ansåg även att kausalitetskravet skulle resultera i en stark begränsning av möjligheten till skadestånd och situationerna där det positiva kontraktsintresset kunde dömas ut skulle bli få. Remissinstansen fick sin vilja igenom och departementschefen ansåg att möjlighet till skadestånd för det positiva kontraktsintresset skulle föreligga även vid upphandlingar som understeg tröskelvärdena och därigenom inte omfattades av direktiven.

Kommissionen har i *Grönboken*<sup>216</sup> om offentlig upphandling behandlat vilken omfattning skadeståndet vid offentlig upphandling ska ha och funnit ett endast ersättning till leverantörer för kostnader inte lever upp till gemenskapsrättens krav på full ersättning. Nämnden för offentlig upphandling ansåg att det svårigen kunde utläsas ur Grönboken hur stora skadestånd som ska utgå, men att det i de flesta medlemsländer finns möjligheter till ersättning för såväl anbudskostnader som utebliven vinst. Ingen medlemsstat skulle enligt Grönboken sakna möjlighet till skadestånd för det positiva kontraktsintresset.<sup>217</sup>

I det senaste målet som behandlats av HD fastställer domstolen att skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset *bör* utgå när det konstaterats att en leverantör gått miste om ett kontrakt på grund av ett åsidosättande av LOU.<sup>218</sup> Det är värt att poängterade HD:s ordval, att formuleringen inte lyder *ska* utgå.

Som framgått ovan (se avsnitt 3.4.2) har HD fastställt en allmän princip om att bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader samt utsikter till vinst ska beaktas vid skadeståndets bestämmande vid otillåtna direktupphandlingar.<sup>219</sup> Domen har kritiserats av Leffler som anser att HD blandade ihop skadeståndsprinciperna sett ur ett EU-rättsligt perspektiv. Leffler menar att allvarligheten i överträdelsen fastställts i EU-domstolens praxis som ett grundläggande villkor för skadestånd och att detta inte ska beaktas vid skadeståndets beräkning utan fullt skadestånd skall utgå när väl kriterierna är uppfyllda.<sup>220</sup> Leffler ifrågasatte att domstolen gjorde en bedömning av överträdelsens allvarlighet, eftersom detta i praktiken resulterar i en culpabedömning när gemenskapsrätten stadgar ett rent strikt ansvar.<sup>221</sup>

---

<sup>214</sup> Ds 1992:4, sid.143-144 .

<sup>215</sup> Prop. 1992/93:88 sid 45 f.

<sup>216</sup> Kommissionen, [1996] p. 3.38.

<sup>217</sup> NOU, [1999].

<sup>218</sup> NJA 2007 s. 349.

<sup>219</sup> NJA 2000 s. 712.

<sup>220</sup> C-46/93, *Brasserie du Pêcheur*.

<sup>221</sup> Leffler, [2003] sid. 496-498, 504, 506, 507.

I det senaste fallet som HD har avgjort angående skadestånd grundat på LOU konstaterade dock domstolen att den princip som tidigare ställts upp inte resulterade i att någon egentlig risk för att myndigheten blir ersättningskyldig för utebliven vinst till flera leverantörer och att skadeståndets omfattning därför inte borde begränsas. HD konstaterade även att ersättning för det positiva kontraktsintresset inte förutsätter att leverantören skulle ha gjort en nettovinst på kontraktet. Vid beräkningen av skadeståndet gjordes utgångspunkten till det belopp leverantören skulle ha erhållit genom kontraktet och avdrag gjordes för de kostnader som leverantören skulle orsakats av uppdraget samt för intäkter som leverantören skaffat eller hade kunnat skaffa sig från annat håll som en följd av att uppdraget uteblev (denna modell kommer i fortsättning att refereras till som *subtraktionsmodellen*).<sup>222</sup>

#### 8.4.4.3 LOU 17 kap 20 § 2 st

Rätten till skadestånd för anbudsgivare och anbudssökare innefattar även ersättning för kostnader för att bereda anbud och liknande i upphandlingen.<sup>223</sup> För att få rätt till denna ersättning krävs att åsidosättandet av LOU har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet. Kravet på adekvat kausalitet mellan skadan och överträdelsen är här sänkt från att bevisa att åsidosättandet resulterat i att denne gått miste om kontraktet som denne annars fått, till att visa på att det påverkat möjligheterna att få kontraktet. Skadeståndets omfattning är dock av en annan art när det döms ut enligt andra stycket, anbudsgivaren eller anbudssökaren får genom denna reglering det negativa kontraktsintresset, det som normalt utdöms i utomobligatoriska situationer i svensk rätt.<sup>224</sup>

#### 8.4.4.4 Åsikter i doktrinen

Palm och Riberdahl har framfört stark kritik mot skadestandsreglerna vid upphandling. De har ansett att skadeståndets utformning är ”principiellt dubiöst” och kritiserat att skadestandsregler för kontraktsförhållanden utvidgas till situationer där inget kontrakt föreligger mellan parterna.<sup>225</sup> Även Hellner instämde i denna kritik då han ansåg att genom att den underliggande direktivtexten hänvisade till nationell rätt så skulle skadeståndet utgå, i överensstämmelse med svensk och annan nordisk rätt, till ett skäligt belopp med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst. Denna bedömning hade han tidigare lanserat i sin lärobok.<sup>226</sup>

Kritiken har bemötts av Wahl, som satt med i remissinstansen som argumenterade för det positiva kontraktsintresset vid skapandet av ÄLOU. Han bemötte den kritik som framlagts av Palm och Riberdahl mot skadeståndets omfattning med att utformningen är ett måste för att

---

<sup>222</sup> NJA 2007 s. 349.

<sup>223</sup> LOU 17 kap 20 § 2 st.

<sup>224</sup> Prop. 1992/93: 88 sid. 46.

<sup>225</sup> Palm & Riberdahl, [1996].

<sup>226</sup> Hellner, [1998/99] sid. 950 samt Hellner, [1995] sid. 468.

implementera gemenskapsrätten. Huruvida skadeståndsmöjligheten strider mot svenska skadeståndsrättsliga principer fann Wahl således ovidkommande och han ansåg att någon ändring av lagstiftningen inte var nödvändig och heller inte önskvärd.<sup>227</sup> Wahl har fått stöd av Hentze och Sylvén som instämmer i att det positiva kontraktsintresset är ett måste för korrekt implementering av gemenskapsrätten.<sup>228</sup> Leffler anser att det idag skulle saknas skäl att anta att någon annan princip än ersättning enligt det positiva kontraktsintresset gäller och att beräkningen ska ske genom att kostnaderna för att utföra prestationen enligt kontraktet subtraheras från kontraktspriset.<sup>229</sup>

## 8.5 De olika rättsmedlen i relation till varandra

Leffler har ingående behandlat den skyldighet som lagts på leverantören att aktivt få en överträdelse korrigerad så fort denne fått kännedom om den för att inte förlora sin rätt till skadestånd. Han anser att praxis från EU-domstolen ger stöd för invändningen att leverantören inte sökt överprövning och därigenom helt förlorat sitt skadeståndsanspråk.<sup>230</sup> I den aktuella artikeln illustrerar han tre olika scenarier som kan uppkomma i överprövningssituationer. I det första ansöker leverantören om överprövning och ansöknings bifalls. Resultatet blir att den upphandlande myndigheten vidtar rättelse av överträdelsen och genom detta har leverantören i princip inte lidit någon skada. I det andra scenariot avslås leverantörens ansökan om överprövning för att rätten antingen finner att en överträdelse inte har begåtts, alternativt att det saknas risk för skada. I en efterföljande process lär inte en allmän domstol gå ifrån länsrättens bedömning. I det sista scenariot ansöker inte leverantören om överprövning trots att denna möjlighet föreligger och i det fall den upphandlande myndigheten invänder att överprövning inte skett förlorar leverantören sannolikt processen med följd att denne blir ansvarig för rättegångskostnaderna. Lefflers slutsats av detta är att leverantören är skyldig att söka överprövning för att kunna få skadestånd men att överprövningen i princip resulterar i att skadeståndstalan är onödig.<sup>231</sup>

Leffler tar även upp den situationen att leverantören saknar kännedom om överträdelsen och därigenom inte haft möjlighet att få den korrigerad genom en överprövning. Han anser att leverantören inte har någon skyldighet att aktivt söka information om det inte föreligger mycket tydliga indikationer på att en överträdelse har skett. Bevisbördan för att överträdelsen har kommit till leverantörens kännedom placerar Leffler på den upphandlande myndigheten, med motiveringen att det är enklare för myndigheten att säkra bevisning än för leverantören. Typsituationer där leverantören saknat

---

<sup>227</sup> Wahl, [1997/98] sid. 624-625.

<sup>228</sup> Hentze & Sylvén, [1998] sid. 362.

<sup>229</sup> Leffler, [2003] sid. 493.

<sup>230</sup> *Grossman*, C-230/02 samt *Universale-Bau*, C-470/99.

<sup>231</sup> Leffler, [2005].

kännedom om överträdelsen anser han vara otillåtna direktupphandlingar eller fall där kontrakt slutits inom alltför kort tid efter tilldelningsbeslutet. Lefflers slutsats är att EU-domstolens praxis resulterat i att utrymmet för skadeståndstalan har krympt väsentligt. De fall då möjligheten kvarstår är då leverantören inte haft kännedom om överträdelsen, alternativt saknat faktisk möjlighet att ansöka om överprövning. Hans råd till leverantören är att angripa överträdelser i ett upphandlingsförfarande så snabbt som möjligt och avstå från att föra en skadeståndstalan i det fall myndigheten kan åberopa att denne försummat möjligheten till överprövning.<sup>232</sup>

---

<sup>232</sup> Leffler, [2005].

## 9 Analys och slutsatser

---

*Analysen kommer att ske ur ett rättsekonomiskt perspektiv och bygger på egna åsikter samt redan redovisat material. Källhänvisningar kommer därför inte att ges.*

---

### 9.1 Det rättsekonomiska perspektivet applicerat på LOU

En reglering som syftar till att bestämma hur en marknadsaktör ska finna sin avtalspart går i grunden emot den rättsekonomiska teorin, vilken bygger på att parterna ska ha ett fritt val att ingå avtal med vilken marknadsaktör som helst för att uppnå nyttomaximering. Detta förutsätter dock preferensen att marknadsaktören verkligen väljer det alternativ som medför den största nyttan för denne. Detta följer naturligt i det fall marknadsaktören är en konsument eller egenföretagare, denne kommer att välja det alternativ som medför den största nyttan i det fall denne besitter information, kunskap och möjlighet. Beslutsfattarens ekonomiska situation påverkas direkt av beslutet. När det gäller en statlig myndighet behöver inte denna preferens finnas, då beslutsfattarens val inte kommer att direkt påverka denne på samma sätt. En myndighet kan till exempel inte gå i konkurs och en uppkommen dålig ekonomisk situation för myndigheten behöver inte heller innebära att beslutsfattaren förlorar sin anställning eller påverkas på annat sätt. I denna situation är det därför fullt möjligt att andra faktorer förutom marknadsaktörens nyttomaximering kan komma att avgöra valet, eller att beslutsfattaren inte lägger ner kraft på att värdera de olika alternativ som finns. Självklart kan även en konsument eller företagare välja att låta andra faktorer avgöra, till exempel att ingå ett avtal med en närstående eller bekant då deras nyttomaximering är en invägande faktor. Konsumenten eller företagaren är i de flesta situationer fria att göra detta val, men när det gäller en myndighet ska inte denna sorts faktorer få vägas in eftersom myndighetens pengar i ett längre perspektiv är skattebetalarnas pengar. Detta resulterar i att en reglering av offentlig upphandling har en viktig funktion att fylla.

LOU:s krav på affärsmässighet kan likställas med den rättsekonomiska teorins nyttomaximering, då det är det ekonomiskt mest gynnsamma valet för myndigheten som lagstiftningen eftersträvar. I det fall upphandlingen sker genom att myndigheten uppställer kriterier för det mest ekonomiskt gynnsamma alternativet behöver myndigheten dock inte välja det anbud som är lägst. Detta stämmer väl överens med den rättsekonomiska teorin som ser till fler faktorer än priset, till exempel ska även en produkts kvalitet och livslängd beaktas. Dessa faktorer är av ekonomisk art genom att de på sikt kan resultera i ökade omkostnader eller att myndigheten måste byta ut

produkten. Med grund i detta resonemang kan det finnas skäl att fundera över den kritik som Madell och Björklund har framfört. De har uttryckt en oro för att myndigheterna kan bli ovilliga att upprätta kriterier för om dessa senare bedöms som felaktiga så har leverantören med det lägsta anbudet en stark grund för skadestånd. I sådana situationer borde dock myndigheten numera kunna åberopa att leverantören inte begränsat sin skada och därigenom tappat sin rätt till skadestånd. Resultatet blir att kontraktet konstateras ogiltigt och myndigheten får göra om upphandlingen, vilket naturligtvis medför ökade kostnader i sig.

Frågan uppstår då om en upphandling enligt lägsta anbudsprincipen överhuvudtaget överensstämmer med den rättseconomiska teorin. Möjligheten att slippa behöva upprätta kriterier, och senare värdera dessa, kan dock rättfärdigas genom de transaktionskostnader värderingen av anbuderna medför. En anbudsvärdering som är omfattande och komplicerad kan vara värd att undvika även om detta medför att det kontrakt som tecknas inte är det optimala. Kostnaderna för en omfattande anbudsvärdering kan överstiga det ekonomiska värde som anbudsvärderingen medför.

Ett problem som uppstår med det rättseconomiska perspektivet är när man ser till resultatet på längre sikt. På kortare sikt är det rättseconomiskt motiverat att göra om en omfattande upphandling. Ett exempel på detta problem är upphandlingen av vaccin mot livmoderhalscancer. Vid en sådan omfattande upphandling är det ur ett ekonomiskt perspektiv mycket viktigt att det mest förmånliga anbudet antas. Genom att upphandlingen har överklagats och nu måste göras om, vilket är mycket tidskrävande, finns det risk för att flickor som inte fått vaccinet i tid senare kommer att drabbas av denna form av cancer. Förutom den tragedi och det mänskliga lidande som skulle kunna besparas är effekterna ur ett samhällseconomiskt perspektiv stora och skillnaden i pris mellan anbuderna kanske inte uppvägs av de sjukvårdskostnader och övriga samhällskostnader som blir följden av en utdragen rättsprocess.

Ramberg argumenterar om att upphandling även utan en reglering skulle ske affärsmässigt, på grund av trycket på upphandlaren att göra en bra affär, sätter en stor tilltro till upphandlarna. I de absolut flesta fallen gör upphandlarna säkert ett väldigt bra jobb och är måna om att skapa den bästa affären för myndigheten. Det är dock inte de fallen som är relevanta för bedömningen huruvida det ska finnas en lagstiftning eller ej, utan det är de fall där ett felaktigt handlande sker som är av betydelse. Att ett visst handlande är ovanligt medför inte att lagstiftning om det inte behövs. Visserligen finns det, precis som Ramberg poängterat, lagstiftning på andra rättsområden som kan bli aktuell. Dessa regleringar medför dock inte ett strikt ansvar utan upphandlaren måste ha handlat culpöst, eller till och med dolöst, och det rör sig även om betydligt hårdare beviskrav. I det fall LOU skulle upphävas så försvinner skadeståndet som incitament för leverantörer att kontrollera att upphandlingar går korrekt till. En leverantör som upptäcker att en upphandling inte skett korrekt skulle inte ha något direkt att vinna på offentliggöra detta. Upphandlingen kan komma att göras om, men

en risk är att leverantören inte vill äventyra att den aktuella upphandlaren och dennes kollegor får en negativ uppfattning om leverantören vilket kan resultera i att denne inte bjuds in till upphandlingar i framtiden. Det går även att angripa Rambergs argument om att den privata sektorn skulle vara en bra förebild. Det finns garanterat väldigt duktiga upphandlare i den privata sektorn som inte behöver etablerade strukturer för att utföra en upphandling korrekt, men de flesta upphandlare kan nog ha nytta av sådana. Ett annat argument för att etablerade strukturer för upphandling behövs är att processen innefattar en rad beslut från upphandlaren och desto mer reglering som finns desto mindre kommer upphandlarens egna värderingar att kunna färga upphandlingen, vilket är viktigt för rättssäkerheten. För att säkerställa att upphandlingar sker affärsmässigt och att myndigheten därigenom får nyttomaximering behövs en utförlig reglering av hur upphandling ska ske samt tillhandahållande av rättsmedel för leverantörer att angripa en felaktig upphandling med.

## **9.2 Skadeståndstalan grundad direkt på SkL**

Relationen mellan myndigheten och leverantören är utomobligatorisk, eller kvasikontraktuell, men i vart fall inte inomobligatorisk då inget avtal finns mellan parterna. Genom detta borde det enligt den huvudregel som Bengtsson anser existerar vara möjligt för en leverantör att grunda sin talan direkt på SkL. Då den skada som leverantören anser sig ha lidit är en ren förmögenhetsskada är inte den allmänna regleringen i SkL aktuell eftersom myndigheten inte har begått någon handling som klassas som brott enligt BrB.

Frågan är då om leverantören kan grunda sin talan på att myndigheten har orsakat skadan genom myndighetsutövning. Lagrådets uttalande kan här inte misstolkas, det anser att offentlig upphandling inte utgör myndighetsutövning. Klart är dock att det finns en annan åsikt på vissa håll i doktrinen. Det som talar för denna uppfattning är att LOU genom sin utförliga reglering måste anses bära starka drag av myndighetsutövning, ingen civilrättslig process tillhandahåller så omfattande rättsmedel. Vid beaktandet av lagrådets yttrande ska det även vägas in att det endast är ett kort uttalande och att frågan inte har behandlats av lagstiftaren. Kanske kommer offentlig upphandling i framtiden att klassas som myndighetsutövning. Vad som dock måste poängteras är att plikten att begränsa sin skada är en allmän princip och myndigheten skulle kunna göra denna invändning även på en talan grundad direkt på SkL. Härigenom är det gruppen av leverantörer som har orsakats skada på grund av en otillåten direktupphandling som främst står kvar och LOU måste anses som en förmånligare reglering för dessa genom det strikta ansvaret och de sänkta beviskraven. Genom detta resonemang blir möjligheten till en konkurrerande ansvarsgrund utan något större värde för en leverantör

eftersom den inte kan användas för att ta sig förbi det hinder som överprövningen skapar.

### 9.3 Förutsättningar för skadestånd enligt LOU

Beträffande förutsättningar för skadestånd kan LOU vid en första anblick framstå som en väldigt gynnsam reglering för en leverantör som vill få skadestånd av myndighet som utfört inkorrekt upphandling. Myndighetens ansvar är strikt och genom detta behöver leverantören inte visa på någon försumlighet från myndighetens sida. Kravet på adekvat kausalitet mellan överträdelsen av LOU och leverantörens skada är sänkt till sannolikt, alternativt till att visa att leverantören haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet vid otillåten direktupphandling. Att styrka att en överträdelse av LOU verkligen skett framstår inte heller som allt för betungande för leverantören då lagstiftningen, vilket det framförts kritik mot, är synnerligen detaljerad. Vid ett djupare betraktande av LOU framträder dock hur starkt en leverantörs möjligheter till skadestånd beskärs genom dennes skyldighet att begränsa sin skada genom att begära överprövning. Som Leffler har konstaterat så måste detta i realiteten innebära att endast leverantörer som inte haft kännedom om överträdelsen, och därigenom inte haft möjlighet att överklaga, kan föra en skadeståndstalan med framgång. Denna grupp bör då främst innefatta leverantörer som förbigåtts genom en otillåten direktupphandling. Här aktualiseras ytterligare en betydande begränsning för leverantörer – problemet att visa på adekvat kausalitet mellan myndighetens agerande och leverantörens påstådda skada.

Vid en otillåten direktupphandling blir bedömningen rent hypotetisk då inget förfrågningsunderlag finns att tillgå och vilka beviskrav som gäller i denna situation är inte helt klart. Den skönsmässiga bedömningen som HD har konstruerat utgör knappast ett handgripligt beviskrav, utan måste anses medföra osäkerhet för en leverantör som vill få sin skadeståndstalan prövad. Visserligen finns de faktorer som domstolen ska beakta uppräddade, men hur detta ska ske och hur faktorerna ska vägas mot varandra klargjorde inte HD. De möjligheter som denna lösa formulering öppnar för kan vara till leverantörens fördel i det enskilda fallet, men kan likaväl ligga denne till last. Helt klart är dock att principen medför osäkerhet. Den överviktsprincip som Leffler propagerar för är en konkret lösning på problemet när fler än en leverantör kan visa att denne borde ha erhållit kontraktet istället för den leverantör kontraktet tillfallit. Även denna princip medför dock osäkerhet för den skadeståndssökande leverantören. Ett osäkert rättsläge på specifika punkter är inget speciellt för regleringen om offentlig upphandling, utan finns lite varstans i rättssystemet. Problemet är dock att en alltför stor osäkerhet för leverantörer kan resultera i att dessa blir återhållsamma till att väcka talan mot en myndighet, då de inte vill riskera att förlora hela eller delar av målet och bli ståendes med omfattande rättegångskostnader. Att lägga bevisbördan för hur förfrågningsunderlaget skulle ha sett ut på



myndigheten framstår som det mest naturliga valet, då det blir väldigt betungande, för att inte säga omöjligt, för leverantören att visa på detta. Att leverantörer är benägna att få upphandlingar överprövade är viktigt. Visserligen medför rättsprövningar stora transaktionskostnader, dels för myndigheten och dels för domstolsväsendet vilka båda finansieras av staten genom skattebetalarna, men dessa kostnader måste ses som kontrollkostnader för att säkerställa att offentliga upphandlingar sker korrekt.

Den svenska lagstiftarens val att låta fler upphandlingar omfattas av LOU än vad direktiven kräver är emellertid värt att diskutera ur ett rättsekonomiskt perspektiv. Det är fortfarande relativt stora upphandlingar det rör sig om och åter igen är det principerna som rättssäkerhet och effektivitet som ställs mot varandra. Det ligger i skattebetalarnas intresse att inte bara de riktigt omfattande upphandlingarna får den reglering och övervakning som LOU erbjuder. Å andra sidan ligger det även i skattebetalarnas intresse att transaktionskostnader hålls nere, då de får stå för slutnotan från både myndigheten och domstolsväsendet.

Möjligheten till en direktupphandling utgör egentligen ett undantag till offentlig upphandling då detta förfarande saknar någon värdering mellan olika anbud, vilket sker i alla de andra förfarandena. Direktupphandling kan sägas utgöra en ventil för de upphandlingar där effektiviteten väger tyngre än rättssäkerheten och används när transaktionskostnader av ett mer omfattande förfarande skulle bli oproportionerliga. Förfarandet medför dock, vilket tidigare har behandlats, en risk för en framgångsrik skadeståndstalan från en leverantör som kunde ha erhållit kontraktet. Risken för ett omfattande ersättningsansvar borde fungera preventivt genom att myndigheter just på grund av denna risk inte lättvindigt väljer direktupphandling och därigenom kan den rättssäkerhet som går förlorad genom denna enklare form av upphandling, vägas upp.

Det innebär helt klart stora problem för en leverantör att vid en otillåten direktupphandling övertyga domstolen om att denne har en produkt som är likvärdig, eller bättre, än den som leverantören med det erhållna kontraktet har och att den åsidosatta leverantören skulle kunnat erbjuda ett avtal till lägre kostnad. Detta problem är dock svårt att komma ifrån, adekvat kausalitet mellan skada och handling, alternativt passivitet, är en grundsten i skadeståndsrätten och begränsar ofta en skadelidandes möjlighet att erhålla ersättning. Adekvat kausalitet utgör ofta en yttre gräns för skadeståndsskyldighet och detta blir extra aktuellt för skadestånd grundat på LOU på grund av regleringens strikta ansvar. Kravet på adekvat kausalitet är sänkt vid skadestånd enligt LOU och ett lägre krav än det som HD har fastslagit kan knappast rättfärdigas, regleringen innehåller redan idag många hypotetiska moment. Ett lägre beviskrav skulle leda till fler processer som skattebetalarna måste finansiera.

## 9.4 Beräkning av skadestånd

Efter ett hett debatterande i doktrinen angående huruvida en leverantör ska ha möjlighet till ersättning enligt det positiva kontraktsintresset står det klart att denna fråga måste besvaras jakande med stöd av praxis från såväl EU-domstolen som HD. Den nationella frågan har därefter blivit om leverantören *ska* erhålla ersättning för det positiva kontraktsintresset eller endast *ha möjlighet* till detta. I det fall en upphandling har ägt rum och det är styrkt att ett åsidosättande av LOU har skett *bör* leverantören enligt HD erhålla skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset, vilket beräknas enligt subtraktionsmodellen. Formulering är olycklig då den inte helt tydligt klarlägger rättsläget men med beaktande av förarbeten och den, dock väldigt knapphändiga, praxis från HD som finns att tillgå så är det tämligen klart att leverantören ska erhålla ersättning enligt det positiva kontraktsintresset.

Om åsidosättandet av LOU har skett genom en otillåten direktupphandling ska dock en skönsässig bedömning ske genom beaktandet av överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader, utsikter till vinst samt andra leverantörers utsikter till att erhålla kontraktet. Denna skönsässiga bedömning har drag av en culpabedömning då åsidosättandets allvarlighet ska beaktas, vilket stämmer dåligt överens med LOU:s strikta ansvar. Att en skönsässig bedömning sker medför att leverantören har möjlighet till att erhålla det positiva kontraktsintresset. Ett åsidosättande av LOU, samt adekvat kausalitet mellan åsidosättandet och skadan, har därigenom inte som direkt följd att skadeståndet bestäms till det positiva kontraktsintresset. Som tidigare har nämnts är det viktigt för samhället att skadeståndet som ett rättsmedel utgör ett starkt incitament för att säkerställa att upphandlingar går korrekt till och präglas av affärsmässighet. Att skadeståndet är så pass väl tilltaget att det blir kännbart för myndigheten är viktigt just för den preventiva effekten. Många otillåtna direktupphandlingar blir säkerligen aldrig upptäckta, de publiceras inte som de andra förfarandena och måste därför vara svårare att upptäcka. På grund av detta är det viktigt att de otillåtna direktupphandlingar som upptäcks resulterar i ett omfattande skadestånd.

Resultatet av det speciella beviskravet och den skönsässiga bedömning som ska ske vid en skadeståndstalan grundad på en otillåten direktupphandling blir att en leverantör som har åsidosatts genom en otillåten direktupphandling befinner sig i en betydligt osäkrare situation än de leverantörer som grundar sin talan på någon annan form av överträdelse av LOU. Leverantören som åsidosatts genom den otillåtna direktupphandlingen har möjlighet till ett skadestånd överstigande dennes direkta kostnader. Förmodligen har leverantören inte haft några kostnader eftersom denne inte deltagit i någon upphandling. Den speciella regleringen beträffande otillåtna direktupphandlingar medför att leverantörens möjligheter till skadestånd utökas genom det sänkta beviskravet. Med tanke på de bevisvärigheter som leverantören får i detta hypotetiska resonemang hade någon annan lösning inte varit förenlig med lagstiftningens preventiva syfte. Den skönsässiga bedömningen har dock starka negativa effekter för

leverantören genom att det blir väldigt oklart hur omfattande skadeståndet ska vara i det enskilda fallet. Att ha möjlighet till ersättning utöver direkta utgifter i utomobligatoriska relationer är dock ovanligt i det svenska rättssystemet och att denna möjlighet finns är förhoppningsvis ett drivande incitament i sig. Dessutom så ska det inte bortses ifrån att de kontrakt som omfattas av upphandling är ofta väldigt stora och även om leverantören inte erhåller hela det positiva kontraktsintresset i affären så kan även en mindre del uppgå till betydande belopp.

## 9.5 Avslutande kommentar

Avslutningsvis kan det konstateras att plikten att begränsa sin skada får en omfattande effekt på en leverantörs förutsättningar för skadestånd. Det aktuella målet som berört frågan är endast ett hovrättsmål men genom att EU-domstolen har behandlat saken behöver den inte gå upp till HD. Plikten att begränsa sin skada är en tung börda att placera på leverantören men det faller sig samtidigt naturligt att denne ska ansvara för att se efter sina ekonomiska angelägenheter och överklaga ett felaktigt beslut inom en relativt kort tidsperiod. Att en leverantör ska kunna vänta och se om åsidosättandet får någon negativ effekt för denne är inget som eftersträvas. Tyvärr resulterar denna regel även i att leverantörer som inte känt till ett åsidosättande förlorar sin rätt till skadestånd. Leverantörer måste genom denna regel vara uppmärksamma på om ett fel har begåtts. Effektivitet är som sagt en stark princip inom offentlig upphandling och detta resonemang går hand i hand med denna princip. I en idealistisk värld leder denna plikt till att alla åsidosättanden upptäcks snabbt och resulterar i en ny upphandling. Risken är dock att det incitament som det positiva kontraktsintresset syftar till uteblir då leverantörer inte erhåller något skadestånd utan att upphandlingen istället görs om. Att möjligheten till skadestånd för det positiva kontraktsintresset finns vid otillåtna direktupphandlingar är av yttersta vikt då sådana förfarande till stor del övervakas genom att leverantörer väcker talan om skadestånd. Detta resonemang bygger även på att det skadestånd som utdöms genom den skönsrättsliga bedömningen är relativt omfattande. Ett klagande av hur denna bedömning ska ske skulle vara önskvärt.

Det är viktigt att uppmuntra leverantörer som lidit skada att kräva skadestånd då den otillåtna direktupphandlingen indirekt har tillfogat skattebetalarna skada genom att kontraktet inte var det mest ekonomiskt fördelaktiga. Notan för skadeståndet hamnar i slutändan även den hos skattebetalarna men någon annan lösning är inte möjlig då det skulle vara alltför ingripande, och gå emot skadeståndsrätten och arbetsrätten, att placera skadeståndsansvaret på upphandlaren. En skadeståndstalan resulterar även i transaktionskostnader, men att upprätthålla regler och motverka korruption måste få kosta då skadeståndet har en preventiv effekt och dess långsiktiga syfte är desto viktigare. Ett system som inte fungerar och som inte respekteras kan kritiseras ur många perspektiv, även ett ekonomiskt.

# Bilaga A

## Aktuella tröskelvärden vid offentlig upphandling i enlighet med LOU enligt Tillkännagivande av tröskelvärden vid offentlig upphandling<sup>233</sup>

- Upphandling av varor av en central statlig myndighet samt projekttävling anordnad av en central statlig myndighet:<sup>234</sup>

125 000 euro/ 1 243 375 kr

- Upphandlingar av varor och tjänster, forsknings- och utvecklingstjänster, telekommunikationstjänster, tjänster som har samband med byggtreprenader, projekttävling anordnad av en annan upphandlad myndighet samt projekttävling som avser forsknings- och utvecklingstjänster:<sup>235</sup>

193 000 euro/1 919 771 kr

- Upphandling av B-tjänster, byggtreprenader gällande uppförande av sjukhus, anläggningar för sport, rekreation och fritid, skol- eller universitetsbyggnader eller byggnader för administrationsändamål samt upphandling av byggkoncession:<sup>236</sup>

4 845 000 euro/48 193 215 kr.

---

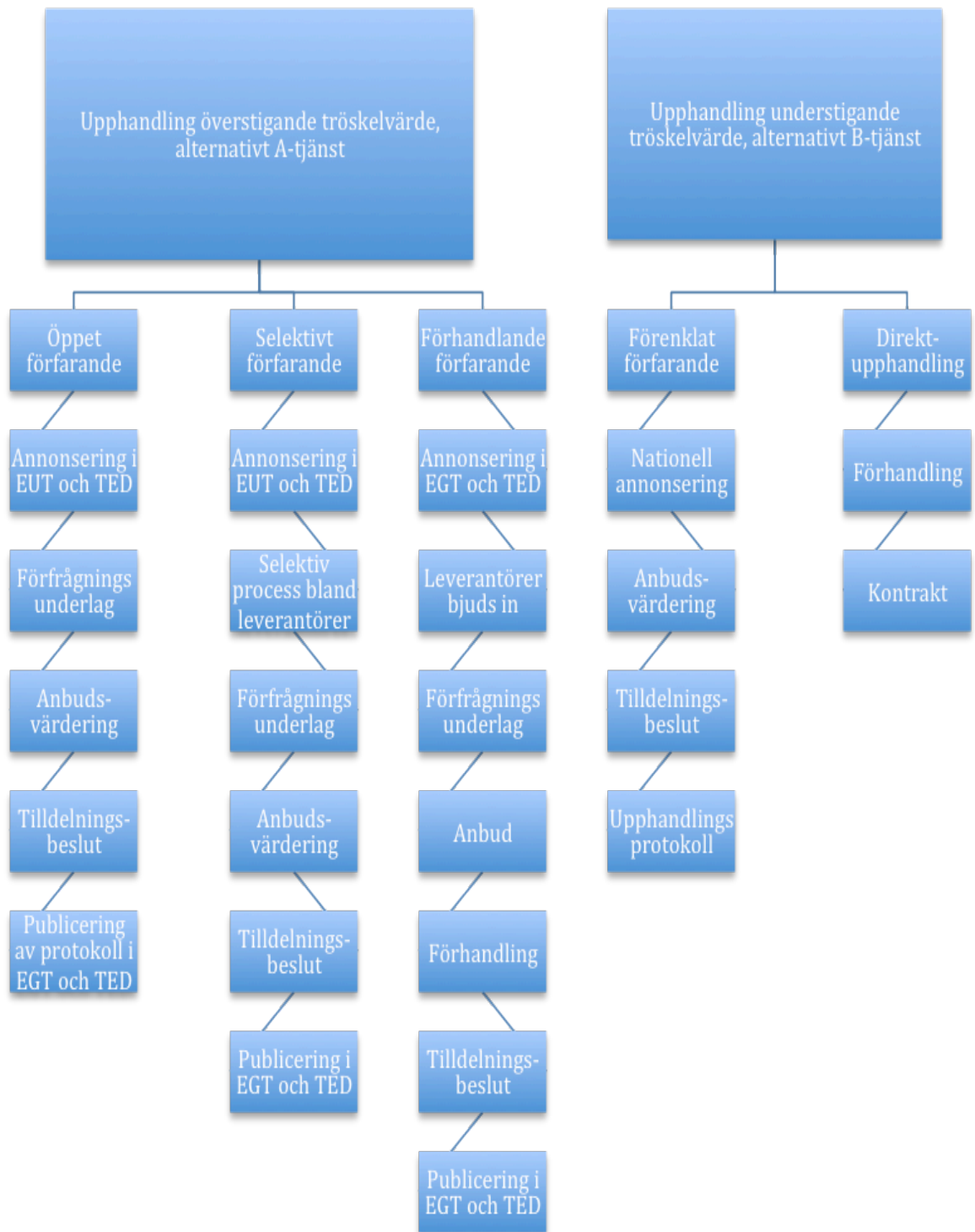
<sup>233</sup>SFS 2010:53.

<sup>234</sup> LOU 3 kap. 1 § 1st punkterna 1a och 1b samt 14 kap. 2 § 1 st. punkten 1.

<sup>235</sup> LOU 3 kap. 1 § 1 st. 2p samt 2 st. 3 kap. 2 § 1 st. 2 p., 14 kap. 2 § 1 st. punkt 2a och 2b.

<sup>236</sup> LOU 3 kap. 1 § 3 st. punkten 3, 3 kap. 2§ 1 st. punkten 1, 13 kap. 1 § 1 st. och 13 kap. 5 § 1 st.

# Bilaga B



# Käll- och litteraturförteckning

## KÄLLOR

### *Offentligt tryck:*

Prop. 1972:5, *Kungl. Maj:ts proposition om förslag till skadeståndslag m.m.*

Prop. 1988/89:76, *Om ny köplag.*

Ds. 1992:4, *Offentlig upphandling och EES - ett lagförslag.*

Prop. 1992/93:88, *Om offentlig upphandling.*

Prop. 2006/7:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster.*

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet.*

### *Direktiv:*

Europaparlamentets och rådets *direktiv 2004/18/EG* av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentets och rådets *direktiv 2004/17/EG* om samordning vid förfarandena vid offentlig upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Rådets *direktiv 89/665/EEG* av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

Europaparlamentets och rådets *direktiv 2007/66/EG* av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden av offentlig upphandling av betydelse för EES.

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

### *Författningar:*

Lag (1915: 218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område.

Brottsbalken (1962:700).

Skadeståndslagen (1972:207).

Preskriptionslagen (1981:130).

Köplag (1990:931).

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

*Övriga regelverk:*

United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods.

Föredraget om Europeiska unionens funktionssätt.

## LITTERATUR

- Adlercreutz, Axel                      Avtalsrätt I, tolfte upplagan, Juristförlag i Lund, Ungern 2011.  
[Cit: Adlercreutz 2011]
- Bengtsson, Bertil                      Om jämkning av skadestånd, P A Norstedt & Söners förlag AB, Lund 1982.  
[Cit: Bengtsson 1982]
- Bengtsson, Bertil                      Det allmännas ansvar – enligt skadeståndslagen, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2001.  
[Cit: Bengtsson 1996]
- Bengtsson, Bertil,  
Nordenson, Ulf och  
Strömbäck, Erland                      Skadestånd – lagstiftning och praxis med praxis och kommentarer, tredje upplagan, Liber Förlag, Uddevalla 1985.  
[Cit: Bengtsson m.fl. 1985]
- Bengtsson, Bertil  
och Strömbäck, Erland                      Skadeståndslagen – En kommentar, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2006.  
[Cit: Bengtsson & Strömbäck 2006]
- Bernitz, Ulf och  
Kjellgren Anders                      Europarättens grunder, fjärde upplagan, Norstedts Juridik AB, Mölnlycke 2010.

[Cit: Bernitz & Kjellgren 2010]

- Cooter, Robert och Ulen, Thomas. Law and Economics, femte upplagan, Pearson Education, Inc., Boston 2008.  
[Cit: Cooter & Ulen 2008]
- Dahlman, Christian, Glader, Marcus och Reidhav, David. Rättsekonomi – en introduktion, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund 2004.  
[Cit: Dahlman m.fl. 2004]
- Diesen, Christian, Karanikas, Mikael, Nelker, Louise och Wastesson, Mathias. Prövning av skadestånd – bevis 4, första upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1999.  
[Cit: Diesen m. fl. 1999]
- Dufwa, Bil. Flera skadeståndsskyldiga, första upplagan, Juristförlaget. Stockholm 1993.  
[Cit: Dufwa 1993]
- Falk, Jan-Erik. Lag om offentlig upphandling – inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster– en kommentar, Upplaga 1, Jure Förlag AB, Stockholm 2010.  
[Cit: Falk 2010]
- Pedersen, Kristian. Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, 2a upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm 2011.  
[Cit: Pedersen 2011]
- Gertéll, Pernilla. Nya lagen om Offentlig upphandling – en handbok, Studentlitteratur AB, Lund 2011.  
[Cit: Gertéll 2011]
- Hellner, Jan. Skadeståndsrätt, femte upplagan, Juristförlaget, Stockholm 1995.  
[Cit: Hellner 1995]
- Hellner, Jan och Marcus Radetzki. Skadeståndsrätt, åttonde upplagan, Norstedts Juridik AB, Visby 2010.  
[Cit: Hellner & Radetzki 2010]
- Hentze, Margareta och Sylvén, Hans. Sveriges Rikes Lag – Offentlig Upphandling, första upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1998.  
[Cit: Hentze & Sylvén 1998]



- Herre, Johnny                      Ersättningar i köprätten - Särskilt om skadeståndsberäkning, Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.  
[Cit: Herre 1996]
- Hettne, Jörgen                    EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning, första upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.  
[Cit: Hettne 2005]
- Håstad, Torgny                    Köprätt- och annan kontraktsrätt, sjätte upplagan, Iustus Förlag AB, Uppsala 2009.  
[Cit: Håstad 2009]
- Kleineman, Jan                    Ren förmögenhetsskada – särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart, Juristförlaget, Stockholm 1987.  
[Cit: Kleineman 1987]
- Lehrberg, Bert                    Avtalsrättens grundelement, andra upplagan, Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Warszawa 2006.  
[Lehrberg 2006]
- Lehrberg, Bert                    Praktisk juridisk metod, sjätte upplagan, Institutet för Bank- och Affärsjuridik AB, Tallinn 2010.  
[Cit: Lehrberg 2010]
- Nilsson, Mattias                    Juridiken: en introduktion till rättsvetenskapen, tredje upplagan, Jure Förlag, Stockholm 2011.  
[Cit: Nilsson 2011]
- Peczenik, Aleksander  
Med Aarnio, Aulis och  
Bergholtz, Gunnar                Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära, första upplagan, Norstedts juridik, Lund 1995.  
[Cit: Peczenik m.fl. 1995]
- Ramberg, Jan och  
Ramberg, Christina.                Allmän avtalsrätt, åttonde upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 2010.  
[Cit: Ramberg & Ramberg 2010]
- Rodhe, Knut                        Obligationsrätt, första upplagan, Norstedts juridik, Stockholm 1956.  
[Cit: Rodhe 1956]

- Schultz, Mårten                    Kausalitet – studier i skadeståndsrättslig argumentation, första upplagan, Jure förlag, Stockholm 2007.  
[Cit: Schultz 2007]
- Sundstrand, Andrea                Offentlig upphandling: LOU och LUF, första upplagan, Studentlitteratur, Lund 2010.  
[Cit: Sundstrand 2010]
- Strahl, Ivar                            Fyra expropriationsrättsliga uppsatser, Almqvist & Wiksells boktryckeri AB, Uppsala 1926.  
[Cit: Strahl 1926]

#### ARTIKLAR

- Forsberg, Peter                    Nya och ändrade sanktioner i upphandlingslagstiftningen m.m., Ny juridik, 2009:4, sid. 32ff.  
[Cit: Forsberg 2009]
- Hellner, Jan                         Upphandling och skadestånd, JT 1998/99, nr. 4, sid. 950ff.  
[Cit: Hellner 1998/99]
- Leffler, Henrik                    Skadestånd för överträdelser av reglerna om offentlig upphandling, Europarättslig Tidskrift, 2003:3, sid. 483ff.  
[Cit: Leffler 2003]
- Leffler, Henrik                    Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna? Europarättslig Tidskrift, 2005:1, sid.78ff.  
[Cit: Leffler 2005]
- Madell, Tom och Björklund, Daniel            Skadestånd vid offentlig upphandling, Svensk Juristtidning, 2008:7, sid. 578ff.  
[Cit: Madell & Björklund 2008]
- Nicander, Hans                    Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden, Juridisk tidskrift 1995/96 sid. 31ff.  
[Cit: Nicander 1995/96]
- Palm, Ulf och Riberdahl, Curt            Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över, SvJT 1996 sid. 644ff.  
[Cit: Palm & Riberdahl 1996]

- Pedersen, Kristian Upphandlingskrönika – Ogiltighet av avtal, Europarättslig Tidskrift, 2010:4, sid. 812ff  
[Cit: Pedersen 2010]
- Perkiö, Hans LOU är en växande cancersvulst, Dagens samhälle, nr 10 2011 sid 12 f.  
[Cit: Perkiö 2011]
- Wahl, Nils Offentlig upphandling och skadestånd – reparation, prevention eller ingendera?, JT 1997/98 nr. 2, sid. 619ff.  
[Cit: Wahl 1997/98]
- Warnling-Nerep, Wiweka Offentlig upphandling: myndighetsutövning eller inte & ett nytt område för kommunalt lag- och domstolstrots?, JT 2006/07 nr 2, sid. 384ff.  
[Cit: Warnling-Nerep 2006/07]

#### ÖVRIGT

Grönbok - Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden, KOM(96) 583, november 1996.

Hämtat 2011-08-14 från

[http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index\\_sv.htm#1996](http://europa.eu/documentation/official-docs/green-papers/index_sv.htm#1996)

[Cit: Kommissionen 1996]

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, 2006/C 179/02.

[Cit: Kommissionen 2006]

Konkurrensverkets rapportserie 2007:2 - Granskningsrapport – Länsrättens domar om offentlig upphandling.

[Cit: Konkurrensverket 2007]

Konkurrensverket rapportserie 2011:1 -Siffror och fakta om offentlig upphandling.

[Cit: Konkurrensverket 2011]

NOU:s rapport - Om kartläggning av hur skadestandsreglerna i EG:s rättsmedelsdirektiv har införlivats i EU:s medlemsstater, diari.nr. 1999-0053-28.

Hämtat 2011-08-14 från

<http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/rapport.html>

[Cit: NOU 1999]

# Rättsfallsförteckning

## EG-DOMSTOLEN

C-26/62 Van Gend & Loos, REG 1963, s. 161.

C-14/83 Von Colson, REG 1984 s. 1891.

C-46/93 och 48/93 Brasserie och Factortame III, REG 1996, s I-01029

C-28/95, Leur-Bloem, REG 1997, s. I-4161101

C-27/98 Fracasso & Leitschultz, REG 1999, s. I-5697

C-107/98 Tecal, REG 1999, s. I-8121.

C-470/99 Universale-Bau m.fl., REG 2002, s. I-11617

C-230/02 Grossman Air Service, REG 2004, s. 00000

## HÖGSTA DOMSTOLEN

NJA 1963 s. 105

NJA 1987 s. 692

NJA 1993 s. 764

NJA 1998 s. 130

NJA 1998 s. 873

NJA 2000 s. 48

NJA 2000 s. 712

NJA 2005 s. 568

NJA 2007 s. 349

## HOVRÄTTER

RH 2010: 48

REGERINGSRÄTTEN

RÅ 1996 ref. 50

JO-ÄRENDEN

3497-2000