



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Pernilla Skoglösa

Skadeståndet vid offentlig upphandling

Examensarbete
30 högskolepoäng

Johann Mulder

Skadeståndsrätt

Höstterminen 2011

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Introduktion till ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	5
1.3 Metodologiska överväganden	7
1.3.1 Allmänt	7
1.3.2 Metod vid användning av svensk rätt	8
1.3.3 EU-rättsligt inflytande på metoden	10
1.4 Begreppet rättsmedel	12
1.5 Avgränsningar	13
1.6 Disposition	13
2 RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	15
2.1 Den EU-rättsliga regleringen	15
2.1.1 En kort tillbakablick	15
2.1.2 Grundläggande principer	15
2.2 Den svenska regleringen	16
2.2.1 En kort tillbakablick	16
2.2.2 Lagens begrepp och tillämpningsområde	17
2.2.3 Undantag och partiella undantag från lagens tillämpningsområde	18
2.2.4 Tröskelvärden samt A- och B-tjänster	18
2.2.5 Grunder för kontraktstilldelning	19
2.3 Den skadeståndsrättsliga regleringen	20
2.3.1 Bakgrund och implementering av direktiv	20
2.3.2 Rättsmedelsdirektiven	22
2.3.3 Kort om skadeståndsregleringen i LOU	24
3 SKADESTÅNDRÄTTSLIGA PRINCIPER OCH OFFENTLIG UPPHANDLING	26
3.1 Skadeståndslagen	26

3.2	Ersättningsnivå och partsförhållande	27
3.3	Ansvarsgrund	31
3.4	Bevisbörda	32
3.5	Medvållande och skadebegränsande åtgärder	34
3.6	Lojalitetsplikten	36
3.7	Skadeståndets funktion	37
4	SAMBANDET MELLAN SKADESTÅND OCH ÖVERPRÖVNING	40
4.1	Kort om överprövning	40
4.2	Talerätt och tidsfrister	41
4.3	Överprövning i förhållande till skadestånd	43
4.4	Överprövning som skadebegränsande åtgärd	45
4.5	Anmärkningar om överprövning som skadebegränsande åtgärd	50
5	OTILLÅTEN DIREKTUPPHANDLING OCH SKADA	53
5.1	Otillåten direktupphandling	53
5.2	Överprövning av avtals giltighet	54
5.3	Förhållande mellan överprövning av avtals giltighet och skadestånd	55
5.4	Vem är skadelidande?	57
5.5	Ersättningen vid otillåten direktupphandling	59
5.6	När uppstår en skada?	60
5.7	Medvållande eller skadebegränsning?	64
6	SAMMANFATTANDE KOMMENTARER OCH SLUTSATSER	68
6.1	Sammanfattande kommentarer	68
6.2	Slutsatser och ändringsförslag	72
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	74
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	78

Summary

A contracting authority that hasn't complied with the provisions of the Law of public procurement shall compensate the damage hence incurred to a supplier. The provision, which is based on a EU directive, is rather bland and its application is unclear. Principles for compensation levels have been developed through practice, but doubts concerning the conditions under which damages shall be compensated and whether the underlying aims of the directive is met in Swedish law remains.

Damages were reduced to zero in a court of appeal case since the supplier, that wasn't awarded the contract, wasn't considered to have taken reasonable care to mitigate the loss, because no application for review of the contract was filed within the prescribed time. Thus, the possibility of damages are made dependent on an application for review, which raises questions about the function of damages, and whether or not it complies with the directive's preventative purpose to make use of the utilized limits stated in the court of appeal case.

A number of new rules were introduced in 2010 in the Law of public procurement, which primarily aims to prevent illegal direct award of contract. The possibility to review the validity of a contract is available since then, and it raises the question about how the damages are affected in situations where an illegal direct award of contract has occurred.

This work investigates the practical impact damages have today, especially regarding the relationship to review procedure as well as when an illegal direct award of contract has occurred. The thesis also deals with which compensation level should apply, who the party that has suffered damages is, at which time an injury occurs and how the obligation to limit the damage and contributory negligence liability may affect the possible compensation. It will also explore whether or not Sweden meets the requirements stipulated in the underlying directive.

The conclusions are that it is possible to relatively clear establish which compensation levels that should apply and who is considered to suffer damage. However, it is more difficult to determine at what point of time an injury occurs and what the contributory negligence liability includes. It is also difficult, with regard to various underlying factors, to determine what should be included in the obligation to limit the damage. Since Sweden has not chosen to impose restrictions on the right to compensation, which is possible under the directive, it is doubtful whether the preventive purpose is being fulfilled and if it is appropriate to impose stringent restrictions on the basis of a principle. My opinion is that a clarification should be made, preferably through legislation. It would increase the predictability and reduce the uncertainty that currently exists about the function of damages.

Sammanfattning

En upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Bestämmelsen, som baseras på ett EU-direktiv, är tämligen intetsägande och dess tillämpning är oklar. Principer för ersättningsnivåer har utarbetats genom praxis, men oklarheter rörande under vilka förutsättningar skadestånd ska utgå och huruvida de bakomliggande syftena i direktivet fått genomslag i svensk rätt kvarstår.

Skadeståndet nedsattes i ett hovrättsfall till 0 kr av anledningen att anbudsgivaren inte ansågs ha vidtagit rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada, eftersom någon ansökan om överprövning av upphandlingen inte ingavs inom föreskriven tid. Således görs skadeståndet beroende av att en ansökan om överprövning sker, vilket väcker frågor om vilken funktion skadeståndet har och om det är förenligt med direktivets preventiva syfte att använda sig av i hovrättsfallet nyttjade begränsningar.

Ett antal nya regler infördes år 2010 i lagen om offentlig upphandling, vilka främst syftar till att förhindra otillåten direktupphandling. Möjlighet att överpröva ett avtals giltighet förekommer sedan dess och det aktualiserar frågan hur skadeståndet påverkas i situationer då en otillåten direktupphandling skett.

I arbetet utreds vilken praktisk betydelse skadeståndet har i dagens läge, speciellt avseende förhållandet till överprövning samt då en otillåten direktupphandling skett. Uppsatsen behandlar även vilken ersättningsnivå som ska gälla, vem som är skadelidande, vid vilken tidpunkt en skada uppstår samt hur skadebegränsningsplikten och medvållandeansvar kan påverka ett eventuellt skadestånd. Dessutom utreds huruvida Sverige uppfyller kraven som ställs i det bakomliggande direktivet.

Slutsatserna blir att det går att fastställa relativt klart vilka ersättningsnivåer som ska gälla och vem som anses lida skada. Däremot är det svårare att bestämma när en skada anses uppkomma och vad som innefattas i medvållandeansvar samt vad som med beaktande av olika bakomliggande omständigheter bör innefattas i skadebegränsningsplikten. Eftersom Sverige inte valt att införa begränsningar i rätten till skadestånd, vilket är möjligt enligt direktivet, så är det tveksamt om det preventiva syftet uppfylls och om det är lämpligt att införa långtgående begränsningar med stöd av en princip. Min uppfattning är att ett klagande bör ske, förslagsvis lagstiftningssvängen. Det hade ökat förutsebarheten och minskat den osäkerhet som för tillfället finns kring skadeståndsfunktionen.

Förord

Jag vill passa på att rikta ett stort tack till följande personer som haft stor betydelse för denna uppsats:

- Johann Mulder, min handledare, som gett mig goda råd och värdefull vägledning.
- Nicklas Hansson, advokat på MAQS Law Firm i Malmö, som inspirerade mig till ämnet.
- Daniel, min man, som alltid stöttar mig och lyser upp tillvaron.
- Min familj, som alltid finns där och ställer upp för mig.

Lund, december 2011.

Pernilla Skoglösa

I uppsatsen har hänsyn tagits till de författningsändringar som vidtogs genom SFS 2011:1030¹. De nya reglerna, som trädde i kraft den 1 november 2011, innebär bland annat att flera paragrafer i 16 kap. LOU har fått nya beteckningar.

¹ Lag om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

Förkortningar

Art.	Artikel
AvtL	Lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område
Dir.	Direktiv
ERT	Europarättslig tidskrift
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
HovR	Hovrätt
JT	Juridisk Tidskrift
KöpL	Köplagen (1990:931)
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I
NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Prop.	Regeringens proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SkL	Skadeståndslagen (1972:207)
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄLOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (upphävd)

1 Inledning

1.1 Introduktion till ämnet

LOU innehåller en paragraf (16 kap. 20 §) som anger att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i lagen ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. Trots att paragrafen förekom redan i ÅLOU², som trädde i kraft 1994, är skadeståndsbestämmelsens tillämpning fortfarande oklar. I rättspraxis har det efterhand dragits upp principer för vilka ersättningsnivåer som ska gälla, men det är fortfarande diffust under vilka förutsättningar skadestånd ska utgå och huruvida de bakomliggande syftena i de direktiv som den svenska regleringen ska bygga på verkligen uppfylls.

I ett relativt nyligen avgjort hovrättsfall³ tillerkändes anbudsgivaren inget skadestånd eftersom rimlig aktsamhet för att begränsa skada inte vidtagits. Någon begäran om överprövning av tilldelningsbeslutet inlämnades nämligen inte inom föreskriven tid. Skadeståndet görs alltså i fallet beroende av att ansökan om överprövning sker. Fallet väcker ett antal frågor om skadeståndets funktion och hur de olika rättsmedlen överprövning och skadestånd hänger samman.⁴ Möjlighet till skadestånd ska finnas enligt rättsmedelsdirektivet⁵, och frågan är om begränsningar av i hovrättsfallet använt slag är förenligt med direktivets preventiva syfte och det sätt Sverige valt att implementera direktivets bestämmelser på.

Sedan den 15 juli 2010 gäller ett antal nya regler i LOU, vilken tillkom år 2007, främst rörande överprövningsprocessen och regleringen kring otillåten direktupphandling. Möjlighet till överprövning av ett avtals giltighet har införts och frågan är hur det påverkar skadeståndsregleringen. Bedömningen av vid vilken tidpunkt en skada uppstår, hur den bestäms och vem som räknas som skadelidande framstår fortfarande som oklar. Troligen drar sig många för att inleda en skadeståndsprocess av anledningen att det är svår-förutsägbart huruvida man kan vinna framgång med ett krav eller inte, särskilt när en otillåten direktupphandling sker och ingen möjlighet att lämna ett anbud ges.

1.2 Syfte och frågeställningar

Ett av de huvudsakliga syftena med denna uppsats är att utröna vilken betydelse skadeståndet har vid offentlig upphandling, både i förhållande till

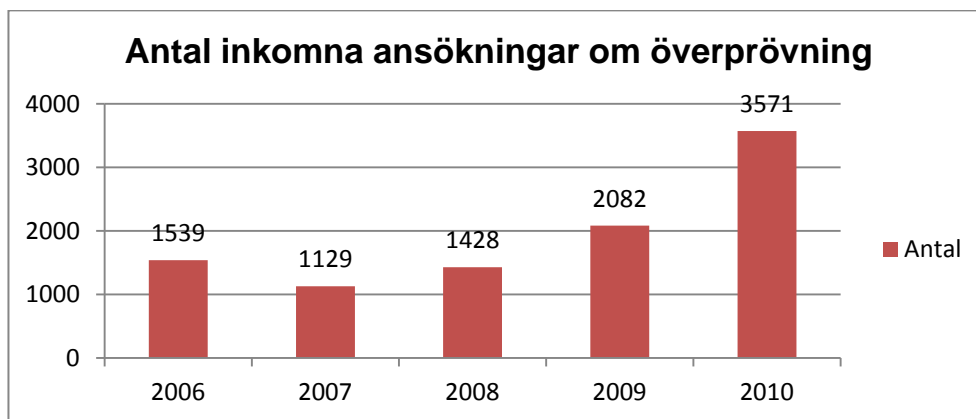
² Bestämmelsen fanns i 7 kap. 6 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU), som är föregångaren till den nuvarande LOU.

³ RH 2010:48.

⁴ Anledningen till att skadestånd, som vanligtvis ses som en sanktion, klassas som ett rättsmedel förklaras under avsnitt 1.4.

⁵ Dir. 2007/66/EG, art. 2c.

upphandlande myndigheter och till förfördelade leverantörer. Således ska skadeståndets praktiska betydelse redas ut, speciellt avseende förhållandet till överprövning samt då en otillåten direktupphandling skett. Utredningsbehovet förefaller uppenbart när man talar med praktiserande advokater och försöker finna material som behandlar problemen. Rättsläget är oklart, och det är problematiskt att avgöra när och under vilka förutsättningar skadestånd faktiskt ska utgå, varför uppsatsen även syftar till att utreda det. Även om offentlig upphandling är av väldigt stor ekonomisk betydelse, har skadeståndsproblematiken inte utretts ordentligt, och varken lagförarbeten eller juridisk litteratur ger någon större vägledning. Eftersom det föreligger många frågetecken kring möjligheten att erhålla skadestånd väljer många istället att ansöka om överprövning, vilket nedanstående diagram visar.⁶



Källa: Domstolsverket⁷

En fråga som uppsatsen kommer att behandla är vilka skadebegränsande skyldigheter en anbudsgivare har. I praxis förefaller det vara oklart hur skadebegränsningsskyldigheten ska tillämpas inom offentlig upphandling och det kan ifrågasättas huruvida domstolens aktörer är medvetna om vid vilka tidpunkter det finns en faktisk möjlighet att begränsa sin skada. Då det inte är alldeles enkelt att fastställa när en skada uppstår och hur långt skadebegränsningsplikten resp. eventuellt medvållandeansvar sträcker sig, kommer arbetet att granska och försöka utreda det.

Skadestånd och överprövning är två olika rättsmedel som kan tilltas enligt LOU, men hur hänger bestämmelserna samman och vilket förhållande har de till varandra? Det finns som nämnt rättsfall där skadeståndet begränsats på grund av att den skadelidande inte ansökt om överprövning, men bör sådana begränsningar införas och kan skadeståndet göras beroende av överprövning på det viset?

Det har länge diskuterats vilken nivå på skadestånd som ska kunna utgå vid felaktig offentlig upphandling och rättsläget har klargjorts något genom ett avgörande från HD som kom år 2007. Frågan om vilken ersättningsnivå

⁶ Självfallet kan även andra anledningar finnas till att en överprövningstalan föredras framför en skadeståndstalan, exempelvis med tanke på att en överprövningstalan går snabbare.

⁷ Domstolsverkets publikation, *Domstolsstatistik 2010*, s. 21.

som ska gälla tas upp i uppsatsen och kopplas särskilt till vilket skadestånd som är möjligt att erhålla då en otillåten direktupphandling skett.

Problematiken med otillåten direktupphandling har också präglat den offentliga upphandlingen. Risken att tvingas utge skadestånd har inte avskräckt upphandlande myndigheter från att genomföra upphandlingar som avviker från LOU:s förfaranderegler. Därför har nya regleringar och sanktionsmöjligheter införts i LOU, vilka jag kommer att granska och sätta i förhållande till skadeståndets funktion.

För att kunna svara på frågeställningarna som redovisats ovan i avsnittet är det påkallat att undersöka hur en skada bestäms, vem som är skadelidande och när en skada uppkommer. Slutligen ska det i detta arbete också diskuteras kring vilka syften som ligger bakom regleringen av offentlig upphandling och reda ut huruvida Sverige uppfyller kraven i de bakomliggande direktiven, särskilt den preventiva funktion skadeståndet ska ha.

1.3 Metodologiska överväganden

1.3.1 Allmänt

I denna uppsats har rättsdogmatisk metod tillämpats. För att klargöra hur jag metodologiskt gått tillväga ska jag inledningsvis förklara vad rättsdogmatiken, som brukar betraktas som den traditionella juridiska metoden, innebär.

Rättsdogmatik kan sägas bestå i en rekonstruktion av rättssystem och det traditionella förfarandet innebär att man tar sin utgångspunkt i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och doktrin.⁸ Rättskällorna kan enligt gängse uppfattning rangordnas enligt ovan presenterad ordning, vilket är av betydelse om olika rättskällor skulle vara oförenliga.⁹

Dock är det inte alltid enkelt att avgöra vad som är gällande rätt, det finns nämligen en hel del olika förklaringar till begreppets egentliga innebörd.¹⁰ När Södergren resonerar kring gällande rätt, anger han att för att en uppfattning ska göra anspråk på att beskriva innehållet i befintlig gällande rätt, måste man kunna tänka sig att den gällande rätten även förekommer oberoende av författarens uppfattning. Således borde det vara teoretiskt möjligt att göra fel vid försöket att redogöra för gällande rätt, genom att beskrivningen inte motsvarar vad andra avser med gällande rätt. Det borde alltså finnas en allmän uppfattning om vad som gäller för att en gällande rätt ska kunna ses som befintlig. En förutsättning för uppfattningen är dock att regler och snäva ramar finns för hur det är tillåtet att resonera och dra slutsatser. Att beskriva gällande rätt kompliceras av att lagstiftningen inte alltid är heltäck-

⁸ Se Jareborg, Nils, *Rättsdogmatiken som vetenskap*, s. 3, 6.

⁹ Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur?* [Cit. *Vad gör juristen?*] - del II, s. 868, Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, s. 50.

¹⁰ Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, kap. 2.

ande och motsägelsefri. För att möjliggöra uppbyggnaden av ett rättssystem genom att fastställa gällande rätt i konkreta fall finns regler för vad som får beaktas, vilka finns i rättskällevärdet.¹¹

Även om man vid ett rättsdogmatiskt arbete ska förhålla sig till de rättskällor som finns, anses det accepterat att utvidga perspektivet och kritiskt granska rättsläget och jämföra olika möjliga lösningar mot varandra och se på eventuella effekter av lösningarna.¹²

Detta har tagits fasta på i arbetet: uppsatsen beskriver rättsområdet enligt gällande rätt (de lege lata), men diskuterar även hur rätten bör se ut (de lege ferenda). Således finns både en deskriptiv del i arbetet, den övervägande delen, och en normativ del där det rättsliga materialet bearbetas och analyseras.¹³

Det anses accepterat att blanda in värderingar i en rättsdogmatisk uppsats, men utgångspunkten är att man ska förhålla sig objektiv till källorna.¹⁴ Visserligen hävdar många att man aldrig kan vara alldeles objektiv, att man alltid påverkas av nedärvda kulturella uppfattningar och den tid vi lever i.¹⁵ Schultz anser att varje undersökning påverkas av undersökarens värderingar, vilket exempelvis visar sig i valet av ämne samt nyanserna i framställningen av alltifrån förarbeten till litteratur.¹⁶ En liknande inställning kan skönjas hos Eriksson och Wiedersheim-Paul, som anger att den litteratur man lägger till grund för sin utredning och de metoder man valt till stor del beror på den selektiva process som varje människa går igenom under sin uppfostran, utbildning och arbetsliv. Det särskilda valet av förutsättningar skapar en personlig referensram som starkt inverkar på beteendet och därmed även arbetet med en utredning. Ens värderingar påverkar inställningen till vilka frågor som är av intresse och även mål och handlingsalternativ.¹⁷

Genom frånvaron av källangivelser framgår det när mina egna uppfattningar och tolkningar uttrycks i uppsatsen.

1.3.2 Metod vid användning av svensk rätt

Någon uttömmande beskrivning av rättsområdet går inte att göra baserat på den primära rättskällan, lagen. Därför har praxis, i viss mån förarbeten samt juridisk litteratur använts i relativt stor utsträckning i syfte att utröna hur lagreglerna ska användas. Litteratur som behandlar de för uppsatsen aktuella ämnena är väldigt sparsam. Visserligen förekommer en del artiklar där vissa intressanta synpunkter och diskussioner aktualiseras. Även om doktrin

¹¹ För ett mer utvecklat resonemang, se Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 36 ff.

¹² Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 534, Jareborg, Nils, *Rättsdogmatiken som vetenskap*, s. 3.

¹³ Se t.ex. Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 549.

¹⁴ Schultz, Mårten, *Kausalitet Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, s. 56 f.

¹⁵ Se t.ex. Kellgren, Jan, Holm, Anders, *Att skriva uppsats i rättsvetenskap - råd och reflektioner*, s. 55.

¹⁶ Schultz, Mårten, *Kausalitet Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, s. 57.

¹⁷ Eriksson, Lars Torsten, Wiedersheim-Paul, Finn, *Att utreda forska och rapportera*, s. 58 f.

ligger längst ner på rättskällevärdet, kan den vara väldigt användbar i rättsdogmatiska uppsatser. Såsom Sandgren beskriver det kan doktrin anses samspela med lagstiftaren och rättstillämpningen, exempelvis deltar rättsvetenskapare i offentliga utredningar och en levande och relevant rättsvetenskap befinner sig nära rättspraxis.¹⁸

Inom doktrin har en del kritik framkommit mot att tillerkänna förarbeten för stor betydelse och förarbetenas praktiska betydelse påstås vara betydligt mindre än vad rättskällevärdet ger intryck av.¹⁹ Som nämnt har jag ändå använt mig av en del förarbeten för att se vilka resonemang och överväganden som förekommer i dem.

Förutom HD-avgöranden, som har en självklar plats i rättskällevärdet, har jag använt mig av några hovrättsavgöranden. Även om de inte har samma auktoritet som HD-domar, kan de ge viss ledning för hur rättsliga problem kan angripas och likaså visa på hur dessa problem kan förväntas behandlas av domstolarna vid framtida avgöranden.²⁰

Det har uttryckts att offentlig upphandling är en hybrid mellan förvaltningsrätt och civilrätt.²¹ Både offentligrättsliga och civilrättsliga element finns alltså inom området för ersättningsansvar.²² Skadeståndsansvar är normalt en civilrättslig frågeställning där tvister kan lösas genom de allmänna domstolarna, medan överprövningsinstitut är en förvaltningsrättslig lösning som hanteras av förvaltningsdomstolarna. Civilrätten handlar om förhållandet mellan personer och företag, medan offentlig rätt berör relationen mellan staten och medborgare.²³ I denna uppsats har jag dock ej funnit anledning att gå tillväga på olika metodologiska vis vid behandlingen av de olika rättsmedlen. De härrör från samma direktiv och har implementerats i svensk rätt för att uppfylla direktivets krav, vilket även ger skadeståndsregleringen en delvis offentligrättslig karaktär.²⁴ Dock har jag beaktat den förvaltningsrättsliga officialprincipen, som innebär att domstolen ska se till att ett mål blir tillräckligt utrett och därför är inte de allmänna förvaltningsdomstolarna bundna av parternas yrkanden i målet. En motsatt princip, förhandlingsprincipen, tillämpas vid civilprocesser, där parternas yrkanden alltså sätter ramen för domstolens prövning.²⁵

Ett visst rättsekonomiskt inslag har använts i arbetet, vilket föranletts av att den offentliga upphandlingen bland annat syftar till att använda skattebetalarnas medel så effektivt som möjligt genom att de upphandlande myndig-

¹⁸ Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, s. 541.

¹⁹ Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? - del I*, s. 607, - *del II*, s. 869.

²⁰ Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 45.

²¹ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 110.

²² Hjelmberg, Simon Evers m.fl., *EU Udbudsretten - udbudsdirektivet för offentliga myndigheter*, s. 376.

²³ Jfr Agell & Malmström, Ramberg, Christina, *Civilrätt*, s. 25 f.

²⁴ Se t.ex. Hjelmberg, Simon Evers m.fl., *EU Udbudsretten - udbudsdirektivet för offentliga myndigheter*, s. 376.

²⁵ Sandin, Erik, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling - två steg framåt, ett steg bakåt*, s. 918 f.

heterna väljer den anbudsgivare som erbjuder det mest ändamålsenliga alternativet.

Uppsatsen kan även påstås ha ett slags processekonomiskt syfte, för om rättsläget klargörs kan det förhoppningsvis leda till att färre rättsliga processer inleds. Genom att ge upphandlande myndigheter och leverantörer en bättre bild över vad som faktiskt gäller och under vilka omständigheter det är meningsfullt att inleda en process respektive när det skonar både parterna och det processuella systemet att låta bli kan antalet processer reduceras.

Eftersom de svenska bestämmelserna tidvis ses i ljuset av de bakomliggande syftena med bestämmelserna, har även en teleologisk tolkningsmetod använts. Ändamålet med bestämmelserna och hur väl dess syften uppfylls i svensk rätt har alltså granskats.²⁶

1.3.3 EU-rättsligt inflytande på metoden

Även då det gäller det EU-rättsliga materialet har rättsdogmatisk metod använts, men riktigt samma tolkningsprinciper kan inte tillämpas. Inom svensk rätt diskuteras syften och annat i förarbetena, men inom EU-rätten sker det istället i preambeln till rättsakterna.²⁷

Unionens lagstiftningsprocess skiljer sig ganska mycket från den svenska och kännetecknas ofta av mycket förhandlingar och kompromisser, vilket gör att den slutliga rättsakten kan skilja sig i betydande mån från det ursprungliga förslaget,²⁸ och därför bör förarbetena inte tillmätas något större avseende. Detta påverkar i sin tur tolkningen av de svenska förarbeten som bygger på EU-rättslig grund. Visserligen har det uttalats att det inte finns något hinder mot att vägledning ges i en proposition om hur en införlivad direktivbestämmelse ska tillämpas, dock får inte vad som vägledande uttryckts göra anspråk på att utgöra ett auktoritativt besked om bestämmelsens rätta tolkning. Det bör istället ses som ett fakta- och erfarenhetsgrundat övervägande om hur frågan kan komma att bedömas av i sista hand EU-domstolen.²⁹ Lagrådet framhöll i en remiss att det får ankomma på de rättstillämpande organen att värdera uttalanden i förarbeten mer efter saklig tyngd hos argumenten än utifrån auktoriteten hos den som framför dem.³⁰

EU-domstolens praxis utgör däremot en viktig del av unionsrätten. För det mesta innehåller fördragen och rättsakterna endast generellt hållna regler och det förstärker domstolsavgörandenas betydelse då bestämmelserna kan behöva tolkas och klargöras.³¹

²⁶ Se t.ex. Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen Studier i förmögenhetsrätt*, s. 176 ff.

²⁷ Jfr Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 38 f.

²⁸ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpning* [cit. *EU-rättslig metod*], s. 114.

²⁹ Prop. 1994/95:19, s. 529.

³⁰ Prop. 2001/02:121, s. 193, se även Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 114 f.

³¹ Se t.ex. Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 28.

När nationella regler står i konflikt med EU-rättsliga bestämmelser gäller principen om europarättens företräde framför nationell rätt, vilket fastslogs redan år 1964 i fallet *Costa mot ENEL*.³² Principen är numera införd i en förklaring som tillagts Lissabonfördragets slutakt. Det ansågs alltför politiskt laddat att föra in principen i själva fördragstexten, då frågan om företräde varit kontroversiell.³³

Generellt sett har alltså unionsrätten företräde framför nationell rätt, men olika typer av rättsakter har olika betydelse för medlemsstaternas rättssystem, och eftersom det är av intresse för det sätt på vilket unionsrätten tolkas, så följer en kort genomgång av de skilda typerna av rättsakter.

Unionsrätten kan delas upp i primär- och sekundärrätt. Den primära rätten utgörs främst av de grundläggande fördragen, medan sekundärrätten omfattar förordningar, direktiv och beslut. Förordningar är en viktig rättsakt med stark genomslagskraft och äger enligt artikel 288.2 FEUF allmän giltighet, de ska vara bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat.³⁴ Även andra rättsakter, såsom direktiv och fördragsartiklar, kan ha s.k. direkt effekt om de innehåller någon rättsligt bindande förpliktelse, under förutsättning att krav på tydlighet, precision och ovillkorlighet uppfylls.³⁵

Normalt är endast direktiv bindande för medlemsstaterna med avseende på de resultat som ska uppnås. Det överläts således åt medlemsstaterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet. När fördraget skrevs var avsikten inte att direktiv skulle ha direkt effekt, men för att säkerställa en effektiv tillämpning av EU-rätten har domstolen genom praxis vid ett antal tillfällen utvidgat normen direkt effekt till att inkludera även direktiv när någon regelrätt implementering inte skett. Med direkt effekt menas att vissa bestämmelser kan ligga till grund för individuella rättigheter och skyldigheter, vilka kan åberopas av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter.³⁶

Att direktivbestämmelser kan ha direkt effekt framgår exempelvis av fallet *Van Duyn*³⁷, då EU-domstolen uttalade att det vore oförenligt med ett direktivs bindande rättsverkan enligt artikel 288 FEUF att utesluta möjligheten till direkt effekt. I senare fall har domstolen anfört starkare skäl genom att hävda att medlemsstater inte ska kunna dra nytta av sin egen försummelse att korrekt implementera ett direktiv inom rätt tid.³⁸

En viktig skillnad gentemot förordningar och fördragsartiklar är dock att direktiv endast kan ha vertikal direkt effekt, medan de andra två rättsakterna

³² Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, se även Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 77 ff.

³³ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 80.

³⁴ A.a., s. 28, 31, 84.

³⁵ Se t.ex. mål 26/62, *Van Gend & Loos*, där en fördragsartikel enligt domstolen hade direkt effekt.

³⁶ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 84 ff. För vidare information om implementering, se avsnitt 2.3.1.

³⁷ Mål 41/74, *Van Duyn mot Home Office*.

³⁸ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 87.

även kan ha horisontell direkt effekt. Direktiv kan alltså endast åberopas av enskilda gentemot staten och inte gentemot annan enskild part.³⁹

Även om en direktivbestämmelse inte har direkt effekt, ska de nationella domstolarna, i den utsträckning det är möjligt, tolka de nationella regler som genomför direktivet i enlighet med direktivets syfte. Detta brukar kallas principen om indirekt effekt eller von Colson-principen efter det rättsfall där principen först etablerades.⁴⁰ I den fortsatta framställningen har jag vid tolkningen av de rättsmedelsdirektiv som ligger bakom skadeståndsreglerna vid offentlig upphandling haft ovanstående skillnader mellan rättsakttyper i åtanke.

Även när det gäller EU-rätten har den teleologiska tolkningsmetoden utnyttjats i viss utsträckning, genom att ändamålen med bestämmelserna beaktas. Somliga anser att en tillämpning av den teleologiska metoden är svårare när det gäller EU-rätt eftersom det är besvärligare att utröna reglernas ändamål då förarbeten har en så svag ställning, men eftersom syftena med de direktiv jag använt står uttryckta i direktivtexten har jag ändå ansett den teleologiska metoden vara användbar.⁴¹

1.4 Begreppet rättsmedel

Inom den svenska processrätten används begreppet rättsmedel i en mer inskränkt betydelse än ordet tyder på. Genom användningen av ett rättsmedel kan ett domstolsavgörande omprövas, vanligtvis genom att ett avgörande överklagas. Överklagande och återvinning räknas som allmänna rättsmedel, medan resning och klagan över domvilla hör till de extraordinära rättsmedlen.⁴² Begreppet rättsmedel definieras inte i rättsmedelsdirektivet, uttrycket används endast i ingressen till direktivet. Direktivets andra artikel innehåller dock krav som ställs på medlemsstaterna rörande prövningsförfaranden, och i artikeln behandlas både åsidosättande av olagliga beslut (överprövning) samt beviljande av skadestånd till personer som skadats av en överträdelse. Att skadestånd nämns som ett prövningsförfarande tillsammans med grunderna för överprövning talar för att både överprövningstalan och skadeståndstalan ska betraktas som rättsmedel i direktivets mening.

Det ligger nära till hands att betrakta överprövning som ett rättsmedel, eftersom prövningen innebär ett slags överklagande. Dock är det inte ett domstolsbeslut som prövas, utan en felaktighet eller ett beslut av den upphandlande myndigheten. Skadestånd, som normalt endast betraktas som en sanktion, kommer jag även att benämna som ett rättsmedel i denna uppsats, med tanke på att skadeståndet ses som ett prövningsförfarande i

³⁹ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 86 ff.

⁴⁰ A.a., s. 94, 110, se även mål 14/83, *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein Westfalen*.

⁴¹ Se Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 38 med hänvisningar.

⁴² Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättsmedlen*, s. 11, 14.

rättsmedelsdirektivets mening. Dessutom hänvisar litteratur till skadestånd som ett rättsmedel då det gäller offentlig upphandling.⁴³

1.5 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar skadestånd och andra rättsmedel inom området för offentlig upphandling. Av utrymmesskäl har vissa avgränsningar fått göras för att kunna fokusera på de problem som framgår av frågeställningarna.

Exempelvis behandlas inte bestämmelser som är specifika för ramavtal eller eventuellt skadestånd på grund av avbruten upphandling och inte heller situationen då ett upphandlingsavtal inte ingås i enlighet med tilldelningsbeslutet. Civilrättsliga effekter som kan uppkomma i samband med en upphandling går jag inte heller djupare in på.

Uppsatsen är inriktad på svensk rätt, men med hänsyn till EU-rättens relevans på området behandlas även en del unionsrätt. Eftersom offentlig upphandling är föremål för arbetet kommer främst LOU att behandlas, LUF⁴⁴ nämns endast där det är av betydelse för förståelsen av reglernas utveckling. Lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet⁴⁵ kommer inte att behandlas i uppsatsen.

Fokus för arbetet är skadeståndets funktion och därför kommer inte reglerna om överprövning att behandlas lika utförligt. Dock beskrivs överprövning tillräckligt ingående för att kunna jämföra de olika rättsmedlen och se hur de förhåller sig till varandra.

Inga anspråk görs på att heltäckande behandla uppsatsens ämnesområde.

1.6 Disposition

Uppsatsen har inletts med en kort introduktion av ämnet samt en presentation av uppsatsens syfte, frågeställningar och avgränsningar. Även en genomgång av tillämpad metod och använt material har skett.

I kapitel 2 följer en beskrivning av de EU-rättsliga bestämmelser och principer som ligger bakom reglerna om offentlig upphandling och hur de implementerats i svensk rätt genom LOU. Fokus riktas därefter mot de skadeståndsrättsliga reglerna.

Kapitel 3 ägnas åt en kort beskrivning av några för ämnet relevanta principer som den svenska skadeståndsrätten bygger på och en genomgång sker av hur skadeståndsrättsliga frågor har hanterats i praxis vid felaktig offentlig upphandling.

⁴³ Se t.ex. Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikes lag kommentarer Offentlig upphandling* [Cit. *Sveriges rikes lag*], s. 360.

⁴⁴ Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁴⁵ Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I kapitel 4 belyses frågan om sambandet mellan de skadeståndsrättsliga reglerna och bestämmelserna om överprövning av en upphandling. Frågan om vilka rättsliga möjligheter som finns att införa begränsningar av rätten till skadestånd behandlas. Egen analys blandas fortlöpande in i kapitlet.

I kapitel 5 följer en beskrivning av otillåten direktupphandling och de nya reglerna rörande överprövning av ett avtals giltighet går igenom. Avslutningsvis angrips frågan om vem som kan tänkas lida skada och vid vilken tidpunkt en skada uppstår. Även detta kapitel kommer att innefatta analys.

Uppsatsen avslutas med kapitel 6, som innehåller sammanfattande kommentarer där jag strävar efter att besvara de frågeställningar som uppsatsens inledande kapitel redogjort för samt dra slutsatser av det som framkommit i arbetet.

2 Rättsliga utgångspunkter

2.1 Den EU-rättsliga regleringen

2.1.1 En kort tillbakablick

Den offentliga upphandlingens ekonomiska betydelse i Europa är väldigt stor.⁴⁶ År 2008 annonserades över 150 000 upphandlingar till ett sammanlagt värde om mer än 390 miljarder euro.⁴⁷ Trots att ingen uttrycklig reglering av offentlig upphandling fanns i Romfördraget, varigenom föregångaren till EU skapades, kan fördraget ändå sägas ha innefattat grunderna för den offentliga upphandlingen. Grunderna som åsyftas är främst den fria rörligheten för varor och tjänster, den fria etableringsrätten samt de principer som måste beaktas för att nämnda friheter ska kunna förverkligas.⁴⁸

År 1971 kom det första upphandlingsdirektivet⁴⁹, vilket enbart reglerade upphandling av bygg- och anläggningsarbeten och det dröjde sex år innan nästa direktiv tillkom, det s.k. varudirektivet⁵⁰. Det första direktivet som omfattade tjänster kom år 1992⁵¹. De tre olika direktiven, som efterhand reviderats, anpassades till WTO-avtalet för den offentliga upphandlingen genom ändringsdirektivet 97/52/EG⁵². Rättsmedelsdirektiven, 89/667/EEG och 92/13/EEG, som gällde ända fram till tillkomsten av det nya rättsmedelsdirektivet 2007/66/EG, innefattade reglering av leverantörers rätt till överprövning av ett upphandlingsbeslut samt möjligheten att väcka talan om skadestånd etc.⁵³

2.1.2 Grundläggande principer

Upphandlande myndigheter ska ta hänsyn till ett antal grundläggande EU-rättsliga principer, som har förts in i 1 kap. 9 § LOU. Principerna, som syftar till att garantera likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, ska beaktas i alla faser av upphandlingsförfarandet.⁵⁴

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt, de ska behandlas lika och utan irrelevant

⁴⁶ Det framgår av tidningen TED (Tenders Electronic Daily), där upphandlingar över tröskelvärdena måste annonseras av upphandlande myndigheter i alla EU-länder. Läs mer om tröskelvärden i avsnitt 2.2.4.

⁴⁷ Konkurrensverkets rapport 2011:1, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, s. 21.

⁴⁸ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 24.

⁴⁹ Dir. 71/305/EEG

⁵⁰ Dir. 77/62/EEG

⁵¹ Dir. 92/50/EEG

⁵² Ändringarna omfattade de då gällande direktiven 92/50/EEG (tjänster), 93/36/EEG (varor) och 93/37/EEG (byggentreprenader).

⁵³ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 25.

⁵⁴ Prop. 2006/07:128, s. 156.

hänsyn. Exempelvis måste alla leverantörer få ta del av relevant information vid samma tillfälle. Ett exempel på när likabehandlingsprincipen inte beaktades är i EU-domstolens mål C-243/89⁵⁵, där det i en upphandling ställdes som krav att nationella material och förbrukningsvaror samt nationell arbetskraft och utrustning skulle användas.⁵⁶

Icke-diskrimineringsprincipen ligger ganska nära likabehandlingsprincipen och innebär att anbudsgivare ska behandlas lika oberoende av nationalitet och etablerings- eller verksamhetsland. Anbudsgivare från andra orter än den egna får inte heller missgynnas. Principen innefattar att krav inte får ställas som endast inhemska företag kan uppfylla.⁵⁷

Öppenhetsprincipen⁵⁸ syftar till att främja öppenhet och förutsägbarhet vid upphandlingen. Uppgifter som gäller upphandlingen får inte hållas hemliga, upphandlingen ska annonseras offentligt och upphandlingshandlingar ska i princip vara offentliga.⁵⁹

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att handlingar såsom intyg, examensbevis eller certifikat, som utfärdats av behörig myndighet i en medlemsstat, ska accepteras även i andra medlemsstater.⁶⁰

Även proportionalitet ska enligt proportionalitetsprincipen prägla upphandlingen. Krav som ställs vid en upphandling ska stå i rimlig proportion till det som eftersträvas, kraven får alltså inte överskrida vad som är nödvändigt. Andra åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar måste också stå i rimligt förhållande till målet som eftersträvas.⁶¹

2.2 Den svenska regleringen

2.2.1 En kort tillbakablick

Före Sveriges EU-medlemskap reglerades offentlig upphandling genom upphandlingsförordningen (1986:366), men genom EES-avtalet nödgades Sverige införa de olika direktiven och resterande EU-rätt. Det gjordes genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) som trädde i kraft år 1994. Utöver det direktivstyrda området valde Sverige att reglera upphandling under tröskelvärdena.⁶² Lagen innebar en detaljreglering i avsevärt större utsträckning än fallet varit tidigare med nya krav på både upphandlande enheter och leverantörer. Lagen innefattade även nya över-

⁵⁵ Mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark*.

⁵⁶ Se även Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling i försörjningssektorerna* [Cit. *Upphandlingens grunder*], s. 34.

⁵⁷ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, s. 33 f, Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om offentlig upphandling - en handbok* [Cit. *Nya lagen*], s. 24.

⁵⁸ En annan benämning för principen är transparensprincipen.

⁵⁹ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder* s. 34, Gertéll, Pernilla, *Nya lagen*, s. 24 f.

⁶⁰ A.a., s. 35, resp. s. 25.

⁶¹ A.a., s. 34 f, resp. s. 24 f.

⁶² För information om tröskelvärdesnivåerna, se avsnitt 2.2.4.

prövningsmöjligheter. Den nu gällande LOU (SFS 2007:1091) trädde i kraft i januari 2008 och baseras huvudsakligen på det gällande upphandlingsdirektivet 2004/18/EG.⁶³

Offentlig upphandling och upphandling enligt LUF⁶⁴ har ett betydande ekonomiskt värde även i Sverige. Enligt konkurrensverkets uppskattning uppgick den totala upphandlingspliktiga volymen år 2006 till ca 450–535 miljarder kronor, motsvarande 15,5–18,5% av BNP. Grundat på den uppskattningen borde den upphandlingspliktiga volymen år 2010 ha legat på ca 510–608 miljarder kronor.⁶⁵

2.2.2 Lagens begrepp och tillämpningsområde

LOU gäller enligt 1 kap. 2 § offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster samt byggkoncessioner och ska även tillämpas när upphandlande myndigheter anordnar projekttävlingar. Offentlig upphandling definieras i enlighet med 2 kap. 13 § LOU på följande vis:

”Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.”

Lagen använder sig av begreppet upphandling istället för tilldelning av kontrakt, vilket är det uttryck som används i direktiven.⁶⁶ Direktiven använder i vissa fall begreppet ”tilldelning av kontrakt” som en beteckning för hela upphandlingsprocessen, medan begreppet i andra fall endast avser själva tilldelningsbeslutet. I propositionen till LOU görs bedömningen att begreppet offentlig upphandling är väl inarbetat hos myndigheter och företag och därför kan uttrycket med fördel användas för att beteckna hela processen inom den klassiska sektorn fram till och med slutandet av upphandlingskontraktet eller tillkomsten av ramavtalet.⁶⁷ Det är alltså inte fråga om någon egentlig betydelseskilnad mellan direktivets och svensk rätts uttryckssätt.

Begreppet upphandlande myndigheter avser enligt 2 kap. 19 § LOU statliga och kommunala myndigheter. Med myndighet jämställs vid tillämpningen av LOU beslutande församlingar i kommuner och landsting samt vissa offentligt styrda organ och även sammanslutningar av ovan nämnda myndigheter och organ. I ÄLOU användes begreppet upphandlande enhet istället för upphandlande myndighet, men ändringen är rent språklig då det är samma krets som ska tillämpa LOU.⁶⁸

⁶³ Sveman, Eva, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s. 9 f.

⁶⁴ Se avsnitt 2.2.3.

⁶⁵ Konkurrensverkets rapport 2011:1, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, s. 13.

⁶⁶ Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, s. 13.

⁶⁷ Prop. 2006/07:128, s. 150.

⁶⁸ A.a., s. 145 ff, Sveman, Eva, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s. 24.

2.2.3 Undantag och partiella undantag från lagens tillämpningsområde

För att undgå LOU:s regelverk krävs att något av undantagen i 1 kap. 3-8 §§ LOU är tillämpliga. Ett viktigt undantag är tjänster som omfattas av lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, även kallad LUF. I och med tillkomsten av den gällande LOU delades upphandlingsbestämmelserna upp på två lagar: LOU reglerar den s.k. klassiska sektorn medan LUF reglerar den s.k. försörjningssektorn. Avgörande för vilken av lagarna som ska tillämpas är för vilken verksamhet det som upphandlas är avsett.⁶⁹ Vissa teletjänster undantas också från LOU:s tillämpningsområde och lagen gäller inte heller då upphandlingen omfattas av särskilda internationella regler. Exempel på andra undantag är kontrakt som avser förvärv av fastighet, skiljemanna- och förlikningsuppdrag samt anställningar.⁷⁰

Vid offentliga upphandlingar som avser B-tjänster⁷¹ och andra kontrakt, vars värde understiger de tröskelvärden som anges i lagen, tillämpas endast kap. 15 och 16 LOU samt en del andra bestämmelser som de kapitlen hänvisar till. Det gäller upphandlingar som inte omfattas av det direktivstyrda området och en offentlig upphandling enligt regleringen i 15 kap. ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande. Om synnerliga skäl föreligger, t.ex. om någon oförutsedd händelse som myndigheten inte själv kunnat råda över inträffar, eller det rör sig om kontrakt understigande de bestämda värden som anges i 15 kap. 3 § får direktupphandling användas.⁷² För att avgöra om de enklare förfarandereglererna i 15 kap. är tillämpliga ska ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. Det är inte tillåtet att dela upp en upphandling i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Något generellt förbud mot en uppdelning föreligger alltså inte, endast om syftet med en sådan uppdelning är att hamna under de aktuella gränsvärdena och därmed undvika att behöva följa det mer omfattande regelverket.⁷³

2.2.4 Tröskelvärden samt A- och B-tjänster

LOU är som nämnt uppdelad i upphandling över respektive under bestämda tröskelvärden. Tröskelvärdena skiljer sig åt beroende på om upphandlingen gäller varor eller tjänster eller om det gäller upphandling av byggentreprenader.⁷⁴ I 3 kap. LOU finns detaljerade bestämmelser för hur värdet av en upphandling ska beräknas och de aktuella tröskelvärdena bestäms av Europeiska kommissionen för att sedan tillkännages av regeringen. Nivån på tröskelvärdena ligger för närvarande på 1 243 375 kr eller 1 919 771 kr

⁶⁹ Gertéll, Pernilla, *Nya lagen*, s. 30.

⁷⁰ 1 kap. 4-6 §§ LOU.

⁷¹ Se följande avsnitt om A- och B-tjänster.

⁷² Den upphandlande enheten ska kunna visa att sådana omständigheter är för handen som medger direktupphandling, se prop. 2001/02:142, s. 99.

⁷³ Prop. 2006/07:128, s. 316.

⁷⁴ Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, s. 46.

när det gäller varor och tjänster och 48 193 215 kr när upphandlingen avser byggentreprenader.⁷⁵

I direktiv 2004/18/EG görs skillnad på tjänster som anges i direktivets bilaga II A (s.k. A-tjänster) och tjänster enligt bilaga II B (s.k. B-tjänster).⁷⁶ Som påpekades under föregående avsnitt ska då det gäller B-tjänster 15 kap. LOU tillämpas, medan upphandling av A-tjänster ska ske enligt de implementerade direktivbestämmelserna. Skälet till uppdelningen av olika tjänstetyper är, såsom det anges i direktivets beaktandesats 19, att man önskar begränsa direktivets tillämplighet till sådana tjänster för vilka bestämmelserna kommer göra det möjligt att utnyttja alla medel till ökad handel mellan länderna. Beträffande B-tjänster vill man istället övervaka utvecklingen innan beslut fattas om full tillämpning av direktivet.⁷⁷

Om en upphandling avser varor och även omfattar A- eller B-tjänster, behandlas upphandlingen som en tjänsteupphandling om värdet av tjänsterna är högre än värdet av varorna. Bestämmelsen kan orsaka problem om tjänstedelen består av både A- och B-tjänster och B-tjänsterna har det högre värdet samtidigt som hela tjänstedelen har högre värde än varudelen. Eftersom B-tjänsternas värde är högre än A-tjänsternas blir det då en B-tjänsteupphandling, men frågan är om upphandlingen i sin helhet ska göras med beaktande av reglerna i 15 kap. LOU. Varken lagtexten eller direktivtexten ger något entydigt svar.⁷⁸ Problemet kommer dock lämnas därhän eftersom det inte utgör föremål för detta arbete.

2.2.5 Grunder för kontraktstilldelning

Enligt 12 kap. 1 § resp. 15 kap. 16 § LOU ska en myndighet antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller anbudet med det lägsta priset. Vilken grund för tilldelning myndigheten använder ska anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. För att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga tas hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, exempelvis pris, kvalitet och miljöegenskaper.

Vid upphandlingar över tröskelvärdena ska den upphandlande myndigheten vikta utvärderingskriterierna, kriteriernas inbördes förhållande ska alltså anges. ÄLOU stadgade att utvärderingskriterierna skulle anges efter angelägenhetsgrad, med det viktigaste kriteriet först. Tillvägagångssättet ansågs dock ge myndigheterna alltför stort utrymme att vid utvärderingen ge kriterierna en relativ betydelse som anbudsgivarna inte hade information om

⁷⁵ De nuvarande värdena finns i Tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärden vid offentlig upphandling, jfr 3 kap. 1 § LOU.

⁷⁶ Förteckningar över A- resp. B-tjänster finns i LOU:s bilaga 2 resp. 3.

⁷⁷ Se dir. 2004/18/EG, beaktandesats 19 och Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, s. 14.

⁷⁸ 2 kap. 18 § 2 st. LOU, se även Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 121.

då de formulerade sina anbud. I nya LOU anses det dock acceptabelt att ange kriterierna som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Dock får i undantagsfall kriterierna anges i fallande prioritetsordning, men endast under förutsättning att upphandlingsmyndigheten kan visa att det inte är möjligt att ange viktning.⁷⁹ Beträffande upphandlingar under tröskelvärdena får den upphandlande myndigheten själv välja mellan att ange viktningsskriterier eller att ange kriterierna i fallande prioritetsordning.⁸⁰

2.3 Den skadeståndsrättsliga regleringen

2.3.1 Bakgrund och implementering av direktiv

Reglerna om överprövning och skadestånd i 16 kap. LOU resp. 16 kap. LUF bygger på de två rättsmedelsdirektiven 89/665/EEG resp. 92/13/EEG. Praxis från EU-domstolen visar att syftet med direktiven är att säkerställa att upphandlingsdirektivens bestämmelser verkligen tillämpas och att beslut som upphandlande myndigheter tar ska kunna prövas effektivt.⁸¹ Således har rättsmedelsdirektiven både ett preventivt och ett reparativt syfte.⁸² De två rättsmedelsdirektiven har ersatts av det nu gällande rättsmedelsdirektivet, 2007/66/EG.

Innan denna framställning går närmre in på rättsmedelsdirektiven ska något sägas om implementering av direktiv och resonemanget om direktivkonform tolkning som inleddes i avsnitt 1.3.3 ska utvecklas något.

När det gäller direktiv ska de alltså implementeras i den nationella rättsordningen för att bli gällande. Normalt sätts en tidsgräns ut i direktiven inom vilken tid direktivet ska vara verkställt i medlemsstaterna. Det kan ske genom att en ny lag införs, gamla bestämmelser ändras eller i undantagsfall att regler som redan till fullo stämmer överens med direktivet fortsätter gälla.⁸³ Eftersom endast resultatet som ska uppnås anges i direktivet, kan alltså ett antal olika tillvägagångssätt användas vid införlivandet. Dock är det viktigt att upprätthålla rättssäkerhet och förutsägbarhet, enskilda ska få kännedom om sina rättigheter och om nödvändigt kunna göra dem gällande vid domstol och inför andra myndigheter. Direktiv kan således inte genomföras genom administrativ praxis som fritt kan ändras av en myndighet och knappast heller med stöd av domstolspraxis som överensstämmer med direktivinnehållet. Avsikten med rättsaktstypen direktiv är att skyldigheter som följer av direktiv ska kunna införlivas i det existerande rättssystemet på ett sätt som är kompatibelt med den nationella strukturen, förutsatt att direktivets avsedda resultat uppnås.⁸⁴

⁷⁹ 12 kap. 2 § LOU, se även Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, s. 118.

⁸⁰ 15 kap. 16 § 3 st. LOU.

⁸¹ Mål C-81/98, *Alcatel Austria AG*, p. 33 f.

⁸² Detta framgår även av NJA 2007 s. 349.

⁸³ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 32 f.

⁸⁴ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 178.

Det förekommer två olika typer av direktiv, fullharmoniseringsdirektiv⁸⁵ och minimidirektiv. Avseende den förstnämnda typen får den skyddsnivå som direktivet fastslår varken över- eller underskridas, och dessa direktiv kan i princip ligga nära en färdig lag. I strävan att harmonisera medlemsstaternas lagstiftning har utvecklingen gått mot mer detaljerade direktiv. När det gäller minimidirektiv är det tillåtet för medlemsstaterna att tillämpa nationella skyddsregler som går längre än direktivets minimiskydd.⁸⁶ Rättsmedelsdirektiven är minimidirektiv som alltså öppnar upp för möjligheten att införa strängare bestämmelser i svensk rätt.⁸⁷

Direktivbestämmelser som ej införlivats i tid eller implementerats på felaktigt sätt medför en skyldighet att tolka nationell rätt direktivkonformt. Skyldigheten avser både den eventuella lagstiftningen som infört direktivet och lagen som varit i kraft innan dess.⁸⁸ En annan konsekvens av att underlåta att i rätt tid och korrekt införliva ett direktiv är att staten kan hållas ansvarig vid nationell domstol, och eventuellt tvingas utge skadestånd, när direkt effekt av en bestämmelse saknas. Detta är alltså en alternativ möjlighet för enskilda då någon horisontell direkt effekt inte kan åberopas. För att en medlemsstat ska kunna bli ansvarig måste bestämmelsen som överträtts syfta till att ge enskilda rättigheter. Överträdelsen ska dessutom vara tillräckligt klar och orsakssamband ska finnas mellan åsidosättandet av skyldigheten och den skada som de lidande orsakats.⁸⁹

Utöver de ovan nämnda konsekvenserna av en medlemsstats misslyckande med att implementera ett direktiv, så kvarstår det faktum att det utgör ett fördragsbrott att inte uppfylla skyldigheterna enligt fördraget. Antingen kommissionen eller en annan medlemsstat kan om det dras till sin spets väcka talan vid EU-domstolen.⁹⁰

Skyldigheten att använda direktivkonform tolkning borde omfatta nationella bestämmelser vars utformning är öppen för tolkning. Någon skyldighet för domstolen att tolka lagregler på ett sätt som strider mot den faktiska lydelsen föreligger inte. Dessutom måste respekten för rättssäkerhet och andra allmänna rättsprinciper beaktas vid tolkningen.⁹¹

I NJA 2003 s. 82 bekräftades det att frågan om direktivkonform tolkning av en lagregel endast blir aktuell om ordalydelsen lämnar utrymme för olika tolkningar. Målet gällde preskriptionsregeln i 7 kap. 8 § ÄLOU⁹², som inte ansågs lämna utrymme för tolkning. För övrigt uttalade domstolen att LOU, som i stor utsträckning bygger på ett direktiv, borde tolkas enligt direktivets lydelse och syfte, om tolkningsutrymme föreligger. Oavsett om en lagregel ska tillämpas i ett fall som omfattas av EU-rättsliga principer eller inte, borde den aktuella bestämmelsen anses ha samma innebörd. I fallet låg

⁸⁵ Även kallade maximidirektiv.

⁸⁶ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 33.

⁸⁷ Se t.ex. Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 347.

⁸⁸ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod*, s. 188 f.

⁸⁹ A.a, s. 210 ff, se vidare mål C-6, 9/90, *Francovich och Bonifaci mot Italien*, där principen att enskilda kan kräva skadestånd från staten etablerades.

⁹⁰ Art. 258, 259 FEUF.

⁹¹ Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, s. 96.

⁹² Numera är preskriptionsregeln införd i 16 kap. 21 § LOU.

upphandlingens värde under de tröskelvärden som innefattas i direktivets tillämpningsområde. Preskriptionsregeln kunde därmed inte stå i strid med EU-rätten och då uppkommer aldrig frågan om det på grund av direktivbestämmelser finns anledning att åsidosätta preskriptionsregeln. Fallet visade på att en lagregel i LOU ska tolkas på samma vis, oavsett om upphandlingsvärdet ligger över eller under tröskelvärdena. Även områden som ligger utanför det direktivstyrda området kan alltså influeras av ett direktivs lydelse och syfte.⁹³

2.3.2 Rättsmedelsdirektiven

Anledningen till att även direktiv 92/13/EEG, vilket gällde försörjningssektorn, behandlas i denna uppsats är att skadestandsreglerna i ÄLOU byggde på de båda rättsmedelsdirektiven. Samma paragraf reglerade skadestånd både för den klassiska sektorn och för försörjningssektorn, med skillnaden att det för försörjningssektorn fanns ytterligare en paragraf som reglerade möjligheten till skadestånd med det negativa kontraktssintresset. I praxis har dock den andra paragrafen även tillämpats på upphandlingar inom den klassiska sektorn.⁹⁴

Direktiv 2007/66/EG, som ersätter både direktiv 89/665/EEG och 92/13/EG⁹⁵, kom främst till för att förstärka de garantier för insyn och likabehandling som de äldre rättsmedelsdirektiven syftade till. EU-domstolens praxis har nämligen åskådliggjort ett antal brister i medlemsstaternas prövningsförfaranden, framförallt gällande avsaknaden av en tidsfrist som möjliggör en effektiv prövning mellan beslutet att tilldela ett kontrakt och ingåendet av avtalet ifråga. Det andra huvudmålet med direktivet är att förhindra otillåten direktupphandling, vilket av EU-domstolen har betraktats som den allvarligaste överträdelsen av upphandlingsreglerna.⁹⁶ Avseende de rent skadestandsrättsliga delarna medför inte det nya rättsmedelsdirektivet några större förändringar, utan som framgått handlar ändringarna främst om överprövning och förhindrande av otillåten direktupphandling.⁹⁷

I direktiv 89/665/EEG sades att när det offentliga upphandlingsområdet öppnas för konkurrens mellan medlemsstaterna, krävs en väsentligt större garanti för insyn och icke-diskriminering. För att det ska få verkan måste det finnas snabba och effektiva rättsmedel att tillgå om någon överträdelse skulle ske av gemenskapsrättens bestämmelser eller av nationell lagstiftning som genomför sådana regler. Eftersom det ovan nämnda direktivets räckvidd begränsats till den klassiska sektorn tillkom direktiv 92/13/EEG, vars

⁹³ Jfr NJA 2003 s. 82, särskilt s. 88.

⁹⁴ Prop. 2009/10:180, s. 221 f.

⁹⁵ Delen av direktivet som behandlar ändringar av 92/13/EEG kommer inte att kommenteras i denna uppsats, eftersom LUF hade tillkommit när 2007 års direktiv implementerades i Sverige.

⁹⁶ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 3, 4, 13.

⁹⁷ Överprövning och otillåten direktupphandling behandlas i kap. 4 resp. kap. 5.

syfte var att tillhandahålla rättsmedel för att reglerna för upphandlingsförfarande inom försörjningssektorn skulle efterlevas.

Direktiv 89/665/EEG:s första artikel ålade medlemsstaterna att vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kunde prövas effektivt och skyndsamt. Det skulle finnas ett prövningsförfarande som kunde åberopas av alla med intresse av att få ingå avtal om viss offentlig upphandling av varor eller bygg- och anläggningsarbeten och som skadats eller riskerade att skadas av en påstådd överträdelse.

I enlighet med artikel 1 p. 3 sista meningen hade medlemsstaterna möjlighet att införa krav på att en person som råkat ut för en överträdelse skulle påtala det för den avtalsslutande myndigheten innan överprövning begärdes. Bestämmelsen har i det nya rättsmedelsdirektivet lyfts ut till artikel 1.4 och fått följande lydelse:

”Medlemsstaterna får föreskriva att den som vill utnyttja ett prövningsförfarande ska underrätta den upphandlande myndigheten om den påstådda överträdelsen och om sin avsikt att ansöka om prövning, under förutsättning att detta inte påverkar den minimiperiod under vilken avtal inte får ingås i enlighet med artikel 2a.2 eller några andra tidsfrister för ansökan om prövning i enlighet med artikel 2c.”

En medlemsstat hade enligt direktiv 89/665/EEG artikel 2.5 även möjlighet att införa bestämmelser som gjorde rätten till skadeersättning beroende av att ett överklagat beslut först upphävdes av ett organ med nödvändig behörighet för detta. Regeln finns numera i artikel 2.6, och har inte fått någon ny materiell innebörd, utan lyder på följande sätt:

”Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.”

De två nämnda möjligheterna till att införa begränsningar enligt nuvarande artikel 1.4 och 2.6 har dock ej använts i svensk lagstiftning.⁹⁸

Medlemsstaterna ska enligt det nya rättsmedelsdirektivet fortfarande se till att åtgärderna som vidtas, vad avser prövningsförfarandena i artikel 1, innefattar bestämmelser om befogenhet att bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse.⁹⁹ Och, som påpekas i ingressen, bör direktivet inte utesluta att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning.¹⁰⁰

I direktiv 92/13/EEG:s inledande satser angavs det uttryckligen att möjlighet att begära skadestånd alltid skulle finnas. Det fastslogs även att om någon begärt skadestånd som svarar mot kostnaderna för att utarbeta anbud eller på annat sätt delta i ett upphandlingsförfarande, skulle anbudsgivaren inte behöva visa att denne skulle ha fått kontraktet om överträdelsen inte skett för att få sina kostnader täckta. Stycket är ett uttryck för ersättning enligt det

⁹⁸ Mer om vad detta innebär under avsnitt 4.4, 4.5.

⁹⁹ Dir. 2007/66/EG, art. 2.1.c.

¹⁰⁰ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 20.

negativa kontraktssintresset och bestämmelsen utvecklades i artikel 2.7. Där preciserades att den som begärde skadestånd endast behövde visa att en överträdelse hade skett, att personen haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat den möjligheten.

Vissa rättsmedel i det första rättsmedelsdirektivet var obligatoriska, vilket innebar att alla medlemsstater var tvungna att införa dem. Det gällde möjligheten att vidta interimistiska åtgärder, åsidosätta olagliga beslut och, av särskilt intresse för denna framställning, att ge ersättning åt en person som skadats av överträdelse.¹⁰¹ Andra delar av direktivet var frivilliga, medlemsstaterna fick exempelvis välja att ge behörighet åt separata organ med ansvar för olika sidor av prövningsförfarandet och de fick välja huruvida prövningsförfarandet i sig skulle leda till att upphandlingen sköts upp.¹⁰²

Direktiv 92/13/EEG var uppbyggt på ungefär samma vis som det första rättsmedelsdirektivet med både obligatoriska och frivilliga föreskrifter. Artikel 2 var dock konstruerad på ett något annorlunda sätt, som gav medlemsstaterna möjlighet att välja ett alternativ som tillät medlemsstaten att så tidigt som möjligt vid behov vidta andra åtgärder än de som angavs under artikel 2.1 a-b¹⁰³ för att rätta konstaterad överträdelse, förebygga att berörda intressen led skada eller om så inte kunde ske, besluta om föreläggande att betala en viss summa. Dock skulle medlemsstaterna alltid, oavsett vilket alternativ som valdes, se till att bestämmelserna om prövning enligt artikel 1 gav prövningsorganet behörighet att tillerkänna skadestånd till dem som lidit skada av en överträdelse.

Ingenting sades i direktiven om under vilka processuella förutsättningar en skadelidande kunde få ersättning eller om nivån på skadeståndet. Kommissionen angav i sitt första förslag till rättsmedelsdirektiv att skadestånd skulle omfatta både kostnader och eventuell vinst man skulle ha kommit i åtnjutande av om man hade vunnit anbudstävlingen. Dock övergavs skrivningen om eventuell vinst efter uppmaning av parlamentet eftersom en sådan vinst skulle vara svår att beräkna vid den praktiska tillämpningen. Därmed lämnades det åt medlemsstaterna att bestämma formerna för ersättning och ersättningsnivå.¹⁰⁴

2.3.3 Kort om skadeståndsregleringen i LOU

När upphandlingsdirektivets skadeståndsregler först implementerades i ÅLOU, fanns rätten till skadestånd införd i följande korta stadgande i 7 kap. 6 §:

”En upphandlande enhet som inte följt bestämmelserna i denna lag skall ersätta

¹⁰¹ Dir. 89/665/EEG, art. 2.1 a-c.

¹⁰² Dir. 89/665/EEG, art. 2.2, 2.3.

¹⁰³ Denna motsvarar i huvudsak 2.1 a-b i första rättsmedelsdirektivet, endast en något annorlunda formulering används.

¹⁰⁴ Wahl, Nils, *Offentlig upphandling och skadestånd - reparation, prevention eller ingendera?*, s. 621.

därigenom uppkommen skada för leverantör.”

För försörjningssektorns del gällde därutöver föreskriften i 7 kap. 7 § som gav en anbudsgivare eller anbudssökande som deltagit i en upphandling rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i ÄLOU menligt påverkat möjligheterna att tilldelas upphandlingen.

Varken LOU eller rättsmedelsdirektiven innehåller några bestämmelser om skadeståndets storlek, dock kan ledning finnas i den praxis som utvecklats av HD.¹⁰⁵ Denna kommer att redogöras för i kapitel 3.

Numera är skadeståndsregleringen införd i 16 kap. 20 § LOU, vilken fått ett andra stycke där möjligheten till skadestånd enligt det negativa kontraktsintresset tagits in. Redan i NJA 2000 s. 712 behandlade HD möjligheten till ersättning för det negativa kontraktsintresset och uttalade då att i avsaknad av sakskalet som talar emot det får samma princip som gäller inom försörjningssektorn antas gälla. Stockholms kommun var en av remissinstanserna inför lagens uppdatering, och dess uttalande att ingen erinran fanns mot att tidigare gällande praxis om skadestånd kodifieras, visar på att införandet av ett andra stycke egentligen var överflödigt.¹⁰⁶

Preskriptionstiden för talan om skadestånd är ett år.¹⁰⁷ Tiden räknas från den tidpunkt avtal slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller har förklarats ogiltigt enligt 16 kap. 13 § LOU¹⁰⁸ genom ett avgörande som vunnit laga kraft.

Konkurrensverket utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen. Uppgiften tog verket över från NOU, Nämnden för offentlig upphandling, i september 2007.

¹⁰⁵ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 476.

¹⁰⁶ Prop. 2009/10:180, s. 221 f.

¹⁰⁷ 16 kap. 21 § LOU.

¹⁰⁸ 16 kap. 13 § reglerar den nya överprövningsmöjligheten av ett avtals giltighet som införts för att komma till rätta med otillåten direktupphandling, mer om detta under avsnitt 5.2.

3 Skadeståndsrättsliga principer och offentlig upphandling

3.1 Skadeståndslagen

”I denna lag meddelade bestämmelser om skadestånd tillämpas, om ej annat är särskilt föreskrivet eller föranledes av avtal eller i övrigt följer av regler om skadestånd i avtalsförhållanden.”

Den ovan citerade texten utgör innehållet i 1 kap. 1 § SkL, och av den kan utläsas att lagen är dispositiv och att speciallagstiftning har företräde. Även om SkL är den centrala föreskriften för skadeståndsrätten, finns ett antal skadeståndsrättsliga regler som inte är lagfästa utan följer av allmänna principer.¹⁰⁹

Så länge allt inte fullständigt reglerats i ett avtal och inte heller någon specialreglering finns, kan SkL fungera som en utfyllande rättskälla. Exempelvis kan SkL användas för att beräkna en skada. Dock saknas det lagbestämmelser om hur en ren förmögenhetsskada ska värderas, varför allmänna skadeståndsrättsliga principer rörande det får ge vägledning.

Det finns fyra olika skadetyper, nämligen personskada, sakskada, kränkning och ren förmögenhetsskada.¹¹⁰ Främst den senare kommer att behandlas i detta arbete eftersom det är den skadetyper en anbudsgivare eller potentiell anbudsgivare kan drabbas av då det gäller offentlig upphandling. Visserligen kan en anbudsgivare som tilldelas kontrakt även drabbas av sak- respektive personskada, men det ligger utanför området för denna uppsats.

Med ren förmögenhetsskada avses ekonomisk skada som uppstår utan samband med att någon lider person- eller sakskada.¹¹¹ Såvida inget avtalsförhållande finns ersätts som huvudregel ren förmögenhetsskada endast om den vållats genom brott, medan huvudregeln avseende sak- och personskada är att ersättning ska utgå om skadorna vållas uppsåtligt eller av oaktsamhet.¹¹² Skadeståndsskyldigheten för ren förmögenhetsskada har alltså generellt dragits hyfsat snävt i svensk rätt och även om ett förfarande kan betraktas som otillbörligt och inopportunt så leder det inte alltid till skadeståndsskyldighet. Skilda meningar förekommer rörande den snäva gränsdragningen, en del anser att kopplingen mellan skadestånd och straff hämmar rättsutvecklingen, medan andra menar att det finns goda skäl att låta en förlust stanna där den uppstår istället för att överföra förlusten till en

¹⁰⁹ Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, s. 29, 93 ff med hänvisningar.

¹¹⁰ 2 kap. 1-3 §§ SkL.

¹¹¹ 1 kap. 2 § SkL.

¹¹² 2 kap. 1-2 §§ SkL.

vållande person.¹¹³ Inom offentlig upphandling medges skadestånd för ren förmögenhetsskada utan att något samband med brottsligt förfarande föreligger.¹¹⁴

3.2 Ersättningsnivå och partsförhållande

Generellt sett gäller olika ersättningsregler beroende på om det rör sig om ett inom- respektive utomkontraktuellt förhållande. Men hur ska ett förhållande mellan en anbudsgivare och en upphandlande myndighet karakteriseras? Och hur förhåller det sig då en otillåten direktupphandling skett och en person som inte fått möjlighet att avge ett anbud vill utkräva skadestånd?

I NJA 1998 s. 873 uttalade HD följande:

”Med den uppbyggnad LOU har fått ligger det nära till hands att se saken så att ett kvasikontraktsrättsligt förhållande uppkommer mellan den upphandlande och presumtiva anbudsgivaren i och med att upphandlingen inleds.”¹¹⁵

Eftersom uttrycket presumtiva anbudsgivaren används förmodar jag att slutsatsen kan dras att HD inte endast avser de anbudsgivare som faktiskt lämnar in ett anbud, utan även de som skulle ha gjort det om de getts möjligheten. Således torde ett kvasikontraktuellt förhållande uppkomma även med personer som inte får chansen att lämna ett anbud, men gärna skulle ha gjort det, av anledningen att en otillåten direktupphandling skett.

När man annars talar om ersättningsnivå i svensk skadeståndsrätt brukar man skilja mellan det positiva och det negativa kontraktsintresset. Med det positiva kontraktsintresset avses att den skadelidande ska försättas i samma situation som om avtalet hade fullgjorts. Beräkningsmetoden används således då ett kontraktsförhållande finns, men något avtalsbrott skett. Har vissa utgifter kunnat undvikas för den skadelidande i och med avtalsbrottet, ska besparingarna dras ifrån skadeståndet. Med negativt kontraktsintresse avses att en skadelidande får ersättning för sina utgifter och kostnader så att personen hamnar i samma position som om avtalet aldrig ingåtts.¹¹⁶ En ersättning enligt det negativa kontraktsintresset kan exempelvis utgå vid culpa in contrahendo, som enkelt uttryckt föreligger vid försummelse eller vårdslöshet vid ett avtals ingående.¹¹⁷

I förarbetena till ÄLOU diskuterades vilken ersättningsnivå skadeståndet skulle ligga på när bestämmelserna i lagen inte följts och därmed orsakat skada, för som tidigare nämnts gav det bakomliggande EU-direktivet ingen ledning. I propositionen till ÄLOU anges att med uppkommen skada avses inte endast onödiga kostnader etc. utan även det positiva kontraktsintresset.

¹¹³ Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 67.

¹¹⁴ Se t.ex. Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 469.

¹¹⁵ NJA 1998 s. 873, s. 887.

¹¹⁶ Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 201. Se även 67 § 1 st. KöpL, som anses vara ett uttryck för det positiva kontraktsintresset.

¹¹⁷ Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten Särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 55, 308.

För att en leverantör ska anses ha drabbats av skada till följd av felet krävs att han i princip har förlorat kontraktet på grund av det. I den första promemorian ville arbetsgruppen begränsa skadeståndet till det negativa kontraktshintresset, men det ifrågasattes av Stockholms universitet som tyckte att fullt skadestånd skulle vara möjligt och att det stod i bättre överensstämmelse med direktivtexten. Dessutom påpekades att möjlighet till full ersättning fanns i flera EU-länder och att det är av värde ur effektivitetssynpunkt att möjlighet till fullt skadestånd finns. Förslaget enligt propositionen blev således att skadestånd ska kunna utgå enligt det positiva kontraktshintresset.¹¹⁸ Den faktiska innebörden är att en skadelidande leverantör är berättigad till ersättning för den vinst leverantören skulle ha gjort om den vunnit upphandlingen och hade kunnat fullgöra sina åtaganden.¹¹⁹

En ersättning enligt det positiva kontraktshintresset tillstyrktes alltså av de flesta, men det fanns vissa som var mer tveksamma. I en artikel uttryckte författarna Palm och Riberdahl att det är principiellt dubiöst att skadestånd kan utgå enligt det positiva kontraktshintresset trots att ett kontraktsförhållande inte föreligger och även Hellner riktade kritik mot motivuttalandet i den femte upplagan av sin bok *Skadeståndsrätt*, något som dock inte återkommit i följande upplagor.¹²⁰

I NJA 1998 s. 873 bekräftades att skadestånd enligt det positiva kontraktshintresset kan utgå till en leverantör som lidit skada på grund av att den upphandlande myndigheten överträtt upphandlingsreglerna. I fallet hade Heby kommun inlett ett upphandlingsförfarande som gällde en projektering av en om- och tillbyggnad av ett servicehus. Kommunen valde att tillämpa utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och angav inget utvärderingskriterium utöver priset. Dock förbehöll kommunen sig fri prövningsrätt, vilket är lagstridigt. Arkitekttjänst, som inkom med det lägsta anbudet, erhöll inte kontraktet och då det inte gick att utröna vilka andra omständigheter kommunen tillmätte betydelse ansåg HD att kommunen skulle ha antagit anbudet som innehöll det lägsta priset. Kommunen invände att Arkitekttjänsts anbud var orimligt lågt. Om ett anbud framstår som orimligt lågt måste dock den upphandlande myndigheten begära en skriftlig förklaring till det låga priset, annars får det inte förkastas. Genom att inte anta Arkitekttjänsts anbud bröt kommunen således mot lagen och blev därför skyldig att ersätta den skada som uppkommit. HD uttalade att en anbudsgivare som är berättigad till skadestånd ska försättas i samma läge som om anbudsförfarandet fullgjorts på rätt sätt. Därför fastställdes tingsrättens domslut, som innebar en ersättning enligt det positiva kontraktshintresset, det vill säga skillnaden mellan de intäkter som anbudsgivaren hade kunnat räkna med om denne fått uppdraget och de kostnader som sparats in genom att inte arbeta med uppdraget.

¹¹⁸ Prop. 1992/93:88 s. 45 f, 102 f.

¹¹⁹ Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, s. 214.

¹²⁰ Palm, Ulf, Riberdahl, Curt, *Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över*, s. 644, jfr Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 586 f.

Nästa uppmärksammade fall som hamnade i HD och rörde offentlig upphandling var NJA 2000 s. 712. Fallet gällde en kommun som genomfört en otillåten direktupphandling och alltså inte tillämpat de gällande annonseringsbestämmelserna. Kommunen hade upphandlat städtjänster, ett uppdrag som bolaget Tvättsvamparna hade varit intresserat av att lämna anbud på om tillfälle hade funnits. Om den aktuella upphandlingen hade genomförts offentligt hade Tvättsvamparna erbjudit sig att utföra tjänsterna enligt ett hypotetiskt anbud som de upprättade efter att de fick reda på att ett annat företag erhållit kontraktet. Anbudet höll en något lägre prisnivå än det pris som kommunen redan godtagit. HD uttalade att man inte redan av den omständigheten att skadeståndsbestämmelsen lämnar utrymme för full ersättning för utebliven vinst kan dra slutsatsen att ersättningen alltid ska bestämmas genom samma principer som används inom ramen för skadestånd i kontraktsförhållanden. Istället ansåg domstolen att det finns goda skäl för att vid bestämmandet av ersättningens storlek ta hänsyn till bland annat överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp. HD ansåg inte att det ovan refererade målet, NJA 1998 s. 873, utgjorde något hinder för att lägga en sådan allmän princip till grund för skadeståndsberäkningen. Principen lämnar jämväl utrymme för att fästa avseende vid om även andra leverantörer än den som väckt talan måste bedömas ha haft goda möjligheter att erhålla kontraktet. HD påpekade att det bör vara tillräckligt att leverantören visar att det är sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av överträdelsen för att kunna få skadestånd med ett högre belopp än motsvarande de kostnader han haft.

Påpekas bör att Tvättsvamparna ses som en leverantör i skadeståndsbestämmelsens mening då det i 1 kap. 5 § ÅLOU stadgades att den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster ses som leverantör, även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats.¹²¹ Det framgår av utredningen i fallet att kommunen efter den otillåtna direktupphandlingen genomfört andra upphandlingar av städuppdrag och i de fallen lämnades många anbud in, vilket alltså även borde ha skett om den första upphandlingen föregåtts av ett anbudsförfarande. Det är utifrån den synpunkten HD gör sin bedömning. Tvättsvamparnas hypotetiska anbud uppfattas av domstolen som en grov uppskattning av nivån på ett anbud från bolaget. I senare förfaranden har Tvättsvamparnas anbuds nivå legat högre än flera andra anbud och HD finner det därför osannolikt att Tvättsvamparna skulle ha lämnat det lägsta anbudspriset om upphandlingen skett på korrekt vis. Dessutom brukade kommunen inte använda principen om lägsta pris som urvalskriterium och Tvättsvamparna skulle troligen inte ha uppfyllt krav på organisation och annat som kommunen normalt krävde vid ett upphandlingsförfarande.

¹²¹ Den gällande definitionen av leverantör finns i 2 kap. 11 § LOU och lyder på följande sätt: ”Med leverantör avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader. Med leverantör avses också grupper av leverantörer.”

HD avslutar med konstaterandet att Tvättsvamparna alltså inte förmått göra sannolikt att bolaget förlorat kontraktet till följd av att ett anbudsförfarande inte föregått upphandlingen.

I fallet närmast ovan tilldelades Tvättsvamparna således inget skadestånd och HD behövde aldrig ta ställning till exakt vilken nivå ett eventuellt skadestånd skulle ligga på, även om det fastslogs att ett antal icke uttömmande omständigheter skulle beaktas. I fallet från 1998 konstaterades det att det positiva kontraktsintresset skulle användas som ersättningsnivå vid skadestånd enligt LOU, men i 2000 års fall användes nya principer för att uttröna ersättningsnivån. Dock kom ett HD-fall år 2007 som klargjorde rättsläget något.

Rederiet Ishavet förde i NJA 2007 s. 349 talan mot Göteborgs Stad av följande anledning. Göteborgs Stad genomförde ett upphandlingsförfarande för upphandling av ett övningsfartyg till en gymnasieskola och i förfrågningsunderlaget angavs sex urvalskriterier utan inbördes ordning, varav ett var pris. Det angavs att fartyget skulle användas under 72 dygn och det skulle inför varje nytt läsår vara möjligt att förlänga förhyrningen med upp till 100 dygn. Bolaget Virgo, vars talan Ishavet övertagit, lämnade ett anbud på 684 000 kr för 72 dygns användning och vid ytterligare användning 9 500 kr per dygn. Priset för 100 dygns användning skulle alltså uppgå till 950 000 kr. Gotlands kommun avgav också ett anbud, där priset låg på 842 000 kr för 72 dygn och därutöver 9 700 kr per dygn. Dessutom erbjöds ett särskilt pris om 1 000 000 kr för 100 dygns användning.

Vid utvärderingen av de två anbud som inkommit bedömdes anbuderna som likvärdiga förutom avseende kriterierna pris och fartygsutrustning. Men kvalitativa och pedagogiska kvalitéer övervägde till fördel för Gotlands kommun. Ishavet ansåg att utvärderingen gått fel till, eftersom fartygsutrustning getts större tyngd än övriga kriterier och dessutom lades Gotlands kommuns pris för 100 dygns användning till grund för bedömningen.

Domstolen fann att Göteborgs stad överträtt bestämmelserna om offentlig upphandling genom att felaktigt utvärdera anbuderna gällande pris- och fartygsutrustningskriteriet och därför ska de ersätta uppkommen skada. HD diskuterar de två tidigare fallen som varit uppe till prövning och kommer fram till en lösning där ersättningsnivån blir beroende av om det rör sig om en otillåten direktupphandling eller åsidosättande av upphandlingsreglerna i andra fall. Domstolen hävdar att eftersom utformningen av skadeståndsparagrafen inte tillåter utdömande av allmänt skadestånd, men det är angeläget att det preventiva syftet uppfylls, bör ersättning utgå med hela det positiva kontraktsintresset när en anbudsgivare inte tilldelas kontraktet på grund av felaktigheter i förfarandet. Den typen av ersättning stämmer överens med de svenska lagmotiven, med fallet från 1998 och med praxis i övriga europeiska länder. Omständigheten att beställaren kan bli skyldig att ersätta andra anbudsgivare för nedlagda kostnader är ingen anledning att gå lägre än det positiva kontraktsintresset för den som skulle ha erhållit kontraktet.

När en otillåten direktupphandling skett är det inte lika enkelt att fastslå vilken leverantör som skulle ha fått kontraktet om anbud hade infordrats och kriterier preciserats i underlaget. För att inte urholka skyldigheten att infordra anbud anser HD att leverantörerna som sannolikt skulle ha lämnat anbud i en sådan situation och därmed haft en realistisk chans att erhålla kontraktet bör kunna få skadestånd. I sådana fall är en skönsmässig bedömning som omnämndes i 2000 års fall påkallad, eftersom skadeståndet kan behöva överstiga nedlagda kostnader. Dock kan det ej krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet för att ett skadestånd, med ett högre belopp än motsvarande de kostnader han haft, ska kunna utgå.

Utgångspunkten i det aktuella fallet är att Virgo skulle ha tilldelats kontraktet om förfarandet gått till på rätt sätt. Därför ska Göteborgs Stad ersätta det positiva kontraktsintresset, vilket enligt HD inte förutsätter att Virgo skulle ha gjort en nettovinst, utan det har rätt att bli försatt i samma ekonomiska läge som bolaget hade hamnat i om det hade fått kontraktet. Dock ska avdrag göras för kostnader som uppdraget hade medfört. I fallet var det ostridigt att Virgo försökt få andra uppdrag under den period skadeståndsyrkandet avser, men misslyckats. Att endast 834 000 kr dömdes ut i skadestånd förefaller märkligt, eftersom HD uttalar att någon justering av beloppet 950 000 inte bör göras, med undantag av besparade kostnader om 16 000 kr. Hovrättens domslut fastställs ändå.¹²²

3.3 Ansvarsgrund

Inom svensk rätt finns ett antal ansvarsgrunder som skadeståndsskyldigheten bygger på. För att exemplifiera några av de vanligast förekommande kan nämnas uppsåt, oaktsamhet¹²³, principalansvar och rent strikt ansvar. Att orsaka skada genom en brottslig gärning kan också sägas vara en ansvarsgrund som kan leda till skadestånd för ren förmögenhetsskada, men rörande offentlig upphandling aktualiseras inte den regeln eftersom en specialreglering finns i LOU.

En culpabedömning sker ofta i förhållande till specificerade normer som finns i någon författning eller i myndighetsföreskrifter, och man jämför om den påstått oaktsamme borde ha agerat på något annat vis som stod i bättre överensstämmelse med en viss standard.¹²⁴ Eftersom inget sägs i 16 kap. 20 § LOU framstod det länge som oklart huruvida det krävs culpöst handlande från den upphandlande myndighetens sida för att skadeståndsansvar ska kunna åläggas. Numera får det anses vara klarlagt att skadeståndsansvaret i själva verket är strikt.¹²⁵

¹²² Jfr Stenberg, Hans, *Professor analyserar HD-dom om LOU-skadestånd*, s. 4 f.

¹²³ Som gemensam beteckning för uppsåt och oaktsamhet, brukar termen vållande eller culpa användas, se t.ex. Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 127.

¹²⁴ Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 128 f.

¹²⁵ Jfr NJA 2007 s. 349.

Rent strikt ansvar innebär att ansvar åläggs oberoende av någons vållande. I svensk rätt används exempelvis det rent strikta ansvaret då det gäller farlig verksamhet eller ansvar för hund.¹²⁶ I de förenade målen *Brasserie och Factortame*¹²⁷ uttalade domstolen följande:

”Den nationella domstolen får inte, inom ramen för den nationella lagstiftning som den tillämpar, göra skadeståndet beroende av att det statliga organ som fördragsbrottet kan tillskrivas avsiktligt eller av vårdslöshet har handlat culpöst om detta går utöver en tillräckligt klar överträdelse av gemenskapsrätten.”¹²⁸

I en utredning från 1999 behandlades frågan om möjlighet till full ersättning för en skada och då uttrycktes nedanstående:

”Anledning saknas att skilja mellan den situationen att företrädare för den upphandlande enheten uppsåtligt eller av oaktsamhet bryter mot reglerna och den situationen att en regelöverträdelse beror på en missuppfattning om reglernas innehåll eller annat misstag.”¹²⁹

När en överträdelse väl konstaterats är således skadeståndsansvaret strikt, vilket även uttalades i NJA 2007 s. 349. Då lagen anger att ersättning ska utgå för den till följd av överträdelsen uppkomna skadan, behöver man inte ta hänsyn till överträdelsens karaktär, eftersom karaktären av felet ändå inte kan påverka ersättningen i höjande eller sänkande riktning, om det inte rör sig om en otillåten direktupphandling.¹³⁰

3.4 Bevisbörda

När det gäller skadestånd faller en stor del av bevisbördan ofta på den skadelidande. Rör det sig om något område där culpöst handlande kan utlösa skadeståndsskyldighet, anses den skadelidande som huvudregel ha bevisbördan för att oaktsamhet förekommit. Dock kan beviskraven för vållandets olika delar skilja sig åt. Beviskravet kan inte alltid ses separat från den materiella bedömningen av agerandet eftersom redan omständligheten att en skada inträffat kan tala för någons bristande aktsamhet.¹³¹ Det är dessutom upp till den skadelidande att visa att det föreligger adekvat kausalitet mellan det oaktsamma handlandet och skadan. I vissa fall kan det vara en besvärlig utredningsfråga, till exempel om konkurrerande skadeorsaker eller mellankommande handlande föreligger.¹³² Ett klassiskt exempel på när adekvat kausalitet inte ansågs föreligga var i NJA 1983 s. 606. En lösspringande hund jagade i fallet ut en älg på en väg och älgen orsakade en trafikolycka. Hundägaren blev inte skadeståndsskyldig, då det inte befanns

¹²⁶ Rent strikt ansvar och strikt ansvar används i uppsatsen synonymt, jfr Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 104.

¹²⁷ Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*.

¹²⁸ Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, p. 104.

¹²⁹ SOU 1999:139, s. 322 ff.

¹³⁰ NJA 2007 s. 349, s. 367.

¹³¹ Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 148.

¹³² För vidare information om detta, se Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 12 kap.

utrett att hunden haft sådan inverkan på älgens beteende att den kunde ses som skyldig till att älgen kom ut på vägen.

När det gäller skadestånd vid offentlig upphandling är den som yrkar ersättning bevisskyldig för skadan, enligt förarbetena till ÄLOU. För att en leverantör ska anses ha drabbats av skada på grund av överträdelsen av upphandlingsreglerna ska han i princip ha förlorat kontraktet till följd av det.¹³³ Beviskravet lättades upp något i NJA 2000 s. 712, då domstolen framhöll att det bör räcka att en leverantör kan visa att det är sannolikt att han förlorat kontraktet på grund av överträdelsen för att kunna utfå högre skadestånd än havda kostnader. Innan HD kom fram till den lösningen påpekades att rätten till skadestånd i princip urholkas om leverantören alltid måste styrka att det är precis han som förlorat kontraktet till följd av överträdelsen, och det är inte i enlighet med de bakomliggande direktivens preventiva syfte. Domstolen är dock medveten om att det sänkta beviskravet medför risk för att den upphandlande myndigheten blir skadeståndsskyldig gentemot flera leverantörer och därför kopplas beviskravet samman med frågan om skadeståndsberäkning.¹³⁴

Angående beviskraven då det gällde 6 kap. 7 § ÄLOU, som behandlade det negativa kontraktsintresset, sades i förarbetena att förutsättningarna för skadestånd mildrades såvitt avser kostnader i samband med en upphandling. Således skulle en leverantör inte behöva visa att han förlorat kontraktet till följd av överträdelsen, utan det är tillräckligt att visa att möjligheterna att erhålla kontraktet menligt påverkats. Deltagande i upphandling var en förutsättning för att yrka skadestånd enligt paragrafen, eftersom endast kostnader för deltagande ersattes.¹³⁵ I NJA 2000 s. 712 tolkas bestämmelsen på så vis att leverantören inte behöver visa att han skulle ha fått kontraktet om någon överträdelse inte skett, men han måste visa dels att en överträdelse skett samt att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och dels att felet i upphandlingen minskat den möjligheten.¹³⁶

Numera regleras det negativa kontraktsintresset i 16 kap. 20 § 2 st. LOU, och redan tidigare ansågs de regler som gällde inom försörjningssektorn vara analogt tillämpliga inom den klassiska sektorn.¹³⁷ Utvecklingen som beviskraven genomgått avseende de båda olika ersättningsnivåerna är alltså av intresse då det gäller offentlig upphandling.

I NJA 2007 s. 349 anger HD att olika beviskrav bör tillämpas beroende på om det rör sig om en otillåten direktupphandling eller vid överträdelser då ett anbudsförfarande skett. När ett anbudsförfarande skett kan ersättning för det positiva kontraktsintresset krävas när leverantören kan göra sannolikt att den gått miste om kontraktet på grund av felet vid upphandlingen. Eftersom beställaren kan bestrida krav på ersättning för utebliven vinst på grund av att

¹³³ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹³⁴ Se särskilt s. 725 i domen.

¹³⁵ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹³⁶ NJA 2000 s. 712, s. 724.

¹³⁷ Jfr Prop. 2009/10:180, s. 221 f.

det är sannolikt att en annan anbudsgivare skulle ha erhållit kontraktet om allt gått rätt till, föreligger enligt HD egentligen ingen risk för att beställaren blir skyldig att ersätta mer än en anbudsgivare. Det finns således enligt HD ingen anledning att begränsa skadeståndets omfattning i sådana fall.

När det gäller otillåten direktupphandling däremot, är det inte lika enkelt enligt domstolens mening att fastslå vilken leverantör som skulle ha erhållit kontraktet. För att inte urholka möjligheten till skadestånd ställs beviskravet till att de leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och som då skulle haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet kan få skadestånd. I de fallen är en skönsässig bedömning av skadeståndsnivån påkallad. Det krävs dock inte att det varit sannolikt att leverantören vid ett korrekt förfarande hade erhållit kontraktet för att denne ska kunna utfå skadestånd till ett högre värde än vad som motsvarar nedlagda kostnader.

3.5 Medvållande och skadebegränsande åtgärder

Huvudregeln i svensk rätt är att skadevållaren ska ersätta hela den skadelidandes förlust, men vissa inskränkningsmöjligheter finns. Exempelvis innehåller SkL jämningsmöjligheter i 6 kap. där det bland annat sägs att skadestånd med anledning av ren förmögenhetsskada kan jämkas om vållande på den skadelidandes sida har medverkat till skadan. En jämkning kan då ske efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på båda sidor och omständigheterna i övrigt. Skadeståndsskyldigheten kan även jämkas om den skulle vara oskäligt betungande med hänsyn till skadevållarens ekonomiska förhållanden.¹³⁸

Ofta åberopas prevention som grund för jämkning, att den skadelidande ska iaktta aktsamhet med risk för att denne annars förlorar en del av skadeståndet.¹³⁹

Skyldigheten att begränsa sin skada är en grundläggande skadeståndsrättslig princip och om den inte uppfylls kan skadeståndet sättas ner helt eller delvis.¹⁴⁰ Inom köprätten är skadebegränsningsskyldigheten uttryckligen reglerad i 70 § 1 st. KöpL, därför har jag använt viss litteratur som främst avser köprätten. Inom köprätten inträder skyldigheten att begränsa skada först då ett kontraktsbrott inträffat och syftar till att begränsa verkningarna av det. När det gäller medvållande är istället förhållanden vid tidpunkten för den skadegörande handlingen avgörande för om jämkning kan komma ifråga.¹⁴¹

Rättsverkan för underlåtenhet att begränsa skada är att den skadelidande förlorar rätten till ersättning för de skador som kunde ha undvikits eller begränsats. Vad som mer precist krävs för att begränsa en skada framgår inte av lagtexten, det som kan utläsas ur 70 § 1 st. KöpL är att den skadeli-

¹³⁸ 6 kap. 1-2 §§ SkL, se även Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, kap. 7.

¹³⁹ Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, s. 224.

¹⁴⁰ Bokwall, Carl, Arfwedson, Per-Owe, *Ny dom begränsar LOU-skadestånd*.

¹⁴¹ Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten Särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 550 f.

dande har en skyldighet att vidta åtgärder för att begränsa skadan och att skyldigheten bara omfattar skäliga åtgärder. Som nämnt skiljer sig rättsverkningen åt då det gäller medvållande, här kan en jämkning bli aktuell, exempelvis efter vad som är skäligt med hänsyn till graden av vållande på båda sidor, vilket är lösningen som alltså valts i SkL.¹⁴² Att hålla isär de olika rättsverkningarna har dock ingen större praktisk betydelse i avseendet att båda resulterar i att skadeståndet minskas.

Då det gäller skadestånd i kontraktsförhållande kan jämkning ske både enligt allmänna och speciella jämkningsregler, men skälen till att vissa lagar innehåller jämkningsregler, medan andra saknar sådana har befunnits vara så oklara att ingen allmän rättsgrundsats kan urskiljas.¹⁴³

Enligt Hentze och Sylvén gäller skadebegränsningsskyldigheten även inom offentlig upphandling och en skadelidande leverantör måste alltså begränsa skador som uppkommer genom en upphandlande myndighets oriktiga agerande.¹⁴⁴ Huruvida det innefattar ett krav på att ansöka om överprövning kommer att diskuteras i kapitel 4. I ett fall som togs upp vid EU-domstolen uttalades att då den nationella domstolen ska fastställa den skada som kan ersättas, kan en undersökning ske av om den skadelidande visat rimlig aktsamhet för att förhindra skadan eller för att begränsa dess omfattning och speciellt om denne i god tid använt sig av alla de rättsmedel som står till förfogande. Principen om att en skadelidande ska visa rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning, med risk för att annars själv behöva stå för skadan, gäller generellt i medlemsstaternas rättsordningar.¹⁴⁵

Skadebegränsningsprincipens giltighet inom offentlig upphandling behandlades även i SOU 1999:139, där kommittén ansåg det vara naturligt att en skadelidande leverantör vidtar skäliga åtgärder för att begränsa sin skada, och om så inte sker får leverantören själv stå för motsvarande del av förlusten.¹⁴⁶ Av HD:s domskäl i NJA 2007 s. 349 framgår att hänsyn har tagits till att den skadelidande har försökt få andra uppdrag under perioden skadeståndet beräknats för.¹⁴⁷

I fallet RH 2010:48, som kommer att behandlas mer utförligt i kapitel 4, sattes skadeståndet ner till 0 kr eftersom rimlig skadebegränsande aktsamhet inte ansågs ha vidtagits. Samma invändning i ett tidigare fall påverkade inte skadeståndsnivån.¹⁴⁸ Inte i något av fallen meddelade HD prövningstillstånd.

¹⁴² Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten Särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 551.

¹⁴³ Hellner, Jan m.fl., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, s. 234.

¹⁴⁴ Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 365.

¹⁴⁵ Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*, p. 84-85.

¹⁴⁶ SOU 1999:139, s. 321 ff.

¹⁴⁷ NJA 2007 s. 349, särskilt s. 368.

¹⁴⁸ Göta HovR mål T 1704-04.

3.6 Lojalitetsplikten

Lojalitetsplikten har växt sig allt starkare i svensk förmögenhetsrätt sedan mitten av förra århundradet. Lojalitet beskrivs ofta som en plikt att iakttä eller tillvarata motpartens intressen.¹⁴⁹ Plikten har inte införts i någon generell lagstiftning, även om lagbestämmelser finns inom vissa områden, utan anses gälla likt en allmän rättsgrundsats. Att fastställa vilka intressen motparten har brukar inte föranleda några problem, det är svårare att bestämma i vilken utsträckning en parts intressen ska tillgodoses och vilken handlingsnorm som ska användas i det enskilda fallet. Lojalitetsplikten brukar typiskt sett anses omfatta informations- och upplysningsplikt, klargörandeplikt, tillsynsplikt, vårdplikt, omsorgsplikt, tystnadsplikt samt förbud mot konkurrerande verksamhet. Som allmän rättsgrundsats gäller lojalitetsplikten dock endast i avtalsförhållanden, men lojalitetsfrågor kan även aktualiseras utan att bundenhet mellan parterna föreligger. Exempelvis kan parter som ämnar ingå avtal med varandra redan före avtalsslutet ha viss lojalitetsplikt mot varandra, även om något avtal till slut inte skulle ingås.¹⁵⁰ I ett rättsfall som prövades i HD förde ett bolag förhandlingar med en företagare om återförsäljarrätt till vakuumpumpar. HD ansåg att avtalsförhandlingarna efter ett tag nått så långt att en lojalitetsplikt uppstått, således borde bolaget då ha tagit hänsyn till företagarens intressen. Skyldigheten hade i fallet närmast avseende på företagarens intresse av att begränsa sina kostnader ifall ett avtal inte skulle komma till stånd.¹⁵¹

Även inom EU-rätten gäller en typ av lojalitetsplikt, fast i EU-rättsliga sammanhang brukar den benämnas lojalitetsprincip. Principen finns inskriven i artikel 4.3 FEU och innebär att unionen och medlemsstaterna ska respektera varandra och bistå varandra vid fullgörandet av fördragets uppgifter. Medlemsstaterna ska vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att skyldigheter enligt fördragen eller unionens institutioners akter följs.

När det gäller offentlig upphandling uppkommer som HD uttalade i NJA 1998 s. 873 ett kvasikontraktuellt förhållande mellan den upphandlande myndigheten och den potentiella anbudsgivaren i och med att en upphandling inleds. Även om det således inte rör sig om ett rent avtalsförhållande, borde rimlig lojalitetshänsyn visas mellan en anbudsgivare och en upphandlande myndighet också innan kontraktet sluts. Likaså borde viss lojalitet vara påkallad mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som ännu inte avgett ett anbud, vilket kan framstå som märkligt eftersom parterna ännu inte kommit i kontakt med varandra. Men i de fallen kan eventuellt förbudet mot otillåten direktupphandling användas som handlingsnorm och kravet på lojalitet eller hänsyn ligger då i att inte otillbörligen utesluta någon från möjligheten att avge ett anbud.

¹⁴⁹ Munukka, Jori, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, s. 837.

¹⁵⁰ Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, s. 31 f, 46.

¹⁵¹ NJA 1990 s. 745, se även Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, s. 47.

I ÄLOU uppställdes ett krav på att upphandlingen skulle genomföras affärsmässigt, vilket troligtvis innebar att kontraktsmässiga aspekter skulle vara vägledande vid bedömningen.¹⁵² Således borde den inom avtalsförhållanden accepterade principen om lojalitet kunna användas vid upphandlingar. Begreppet affärsmässighet utmönstrades vid tillkomsten av den nuvarande LOU, och ersattes av principerna i 1 kap. 9 § LOU. Enligt förarbetena ska det inte innebära någon förändring av det rättsliga läget.¹⁵³

3.7 Skadeståndets funktion

Ett antal huvudsakliga funktioner kan skönjas inom den svenska utomobligatoriska skadeståndsrätten. En av dem är den reparativa funktionen, ett visst belopp ska ersätta den inträffade förlusten. Den skadelidande ska försättas i samma situation som om skadan inte inträffat. En annan funktion är den preventiva, som avser förhindra att skador, som skulle kunna leda till skadestånd, uppkommer. Av störst betydelse i sammanhanget är den allmänpreventiva verkan, som innebär att folk generellt sett avstår från ett agerande som medför skadeståndsskyldighet. Sedan har förstås skadeståndet även en individualpreventiv effekt, den som en gång blivit tvungen att utge ersättning blir troligen mer aktsam i framtiden.¹⁵⁴

En annan funktion med skadeståndet är placering av kostnader för skador. Förlusten flyttas över från den skadelidande till skadevållaren. I de fall en skada täcks av en försäkring sker ingen överflyttning på samma vis av förlusten från den skadelidande, eftersom denne genom premier själv har bekostat skyddet. Däremot kan en annan skadeståndsrättslig funktion träda in, nämligen pulverisering av förlusterna. Numera är skadestånd nära sammankopplat med försäkring och därför sprids förlusterna ut genom fördelning på alla som betalar premier. Med anledning av den nära förbindelsen mellan skadestånd och försäkring har på senare tid en ekonomisk prevention lyfts fram som en skadeståndsrättslig funktion. Skadeståndsreglerna inskräpper handlingssätt där skador undviks och genom att försäkringsbolagen kan differentiera premierna skapas ekonomiska motiv för att avstå från vissa riskfyllda beteenden.¹⁵⁵

Vid ren förmögenhetsskada spelar, enligt Hellner, försäkring mindre roll och en skadevållare har ofta begränsade möjligheter att ersätta stora skador. Därmed blir avvägningen mellan olika intressen mer än vid sak- eller personskada inriktat på om ansvar överhuvudtaget ska utkrävas och på ändamålsenligheten med en skadeståndstalan för att bestämma vem som ska ansvara för inträffade förluster. Därför kan skadeståndsansvaret i Hellners mening jämföras med straff som repressalie mot ett av rättsordningen icke uppskattat agerande.¹⁵⁶

¹⁵² Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, s. 423.

¹⁵³ Prop. 2006/07:128, s. 155 ff.

¹⁵⁴ Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, s. 25, 39, 42.

¹⁵⁵ A.a., s. 40 ff.

¹⁵⁶ A.a., s. 58.

Angående inomkontraktuellt skadestånd har det uttalats att skadestånd ger det mest fullständiga skyddet för den förfördelade parten. Det är av betydelse för att den part som gjort en god affär ska kunna tillgodogöra sig vinsten av avtalet. Skadeståndet kan ses som ett medel att förmå en part att uppfylla sina förpliktelser, vilket även rörande inomkontraktuellt ansvar kan sägas ha både en preventiv och en påtryckande funktion. Andra påföljder är ofta förenade med praktiska svårigheter, till exempel då det gäller krav på fullgörande och dessutom kan inskränkningar i exempelvis rätten att häva ett avtal vara omfattande.¹⁵⁷ Men även om skadeståndet kan ge ett bra skydd, är det också förenat med en del olägenheter, såsom att relationerna mellan parter försämras och det kan vara väldigt betungande för en person att behöva utge ett stort skadestånd. Dessutom kan beräkningen av skadestånd vara problematisk.¹⁵⁸

I förarbetena till ÄLOU noterades att syftet bakom det första rättsmedelsdirektivets bestämmelser är att åstadkomma ett tryck på upphandlande myndigheter att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna räkna med att anbud som tid och pengar läggs ner på kommer att beaktas på korrekt sätt.¹⁵⁹ Hentze och Sylvéns resonemang går ut på att den mest betydelsefulla funktionen med rättsmedlen är den allmänpreventiva effekten. Rättsmedlen ska garantera upphandlingsreglernas efterlevnad, särskilt beträffande krav på transparens och icke-diskriminering.¹⁶⁰

Preventionstanken är tydlig i rättsmedelsdirektivens ingresser, där betydelsen av snabba och effektiva rättsmedel betonas med intentionen att uppmuntra utländska anbudsgivare. Reparationstanken framgår främst av kraven på effektiva sanktioner vid överträdelser.¹⁶¹ Eftersom rättsmedelsdirektivet är till för att skydda intressen som presenteras i direktiv 2004/18/EG bör hänsyn även tas till ändamålet med de bestämmelserna. Nämligen att hindra att skattemedel används till att snedvrیدا konkurrensen genom diskriminering, favorisering av vissa leverantörer eller genom att uppställa handelshinder och ta hänsyn till andra irrelevanta faktorer.¹⁶²

I NJA 2000 s. 712 beaktade HD det preventiva syftet med rättsmedelsdirektivet när ersättningsfrågan diskuterades och i det senare rättsfallet, NJA 2007 s. 349, påpekas att det av EU-rättsliga direktiv och avgöranden från EU-domstolen framgår att syftet med skadeståndet är i första hand att förmå myndigheter att genom korrekta förfaranden uppfylla de grundläggande principer som EU-fördraget bygger på och genom det motverka korrupktion etc. Dessutom har skadeståndet en reparativ funktion, den som på grund av ett felaktigt förfarande gått förlustig en intäkt ska ha chans att erhålla ersättning för denna.¹⁶³

¹⁵⁷ Hellner, Jan m.fl., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, s. 200 f.

¹⁵⁸ Hellner, Jan m.fl., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, s. 201 f.

¹⁵⁹ Prop. 1992/93:88, s. 103.

¹⁶⁰ Hentze, Margareta, Sylvé, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 343.

¹⁶¹ Wahl, Nils, *Offentlig upphandling och skadestånd - reparation, prevention eller ingendera?*, s. 622.

¹⁶² Höök, Rolf, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 452.

¹⁶³ NJA 2000 s. 712, s. 724 f, NJA 2007 s. 349, s. 363.

Även om skadeståndet är tänkt att ge visst rättsligt skydd åt den enskilde så syftar det enligt Björklund och Madell i första hand till att säkra procedur-reglernas genomslag och därmed medverka till att offentliga medel inte används till att snedvrída konkurrensen på den fria inre marknaden.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 578.

4 Sambandet mellan skadestånd och överprövning

4.1 Kort om överprövning

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada kan ansöka om överprövning enligt 16 kap. 4 § LOU. Överprövningen kan röra antingen upphandlingen eller ett upphandlat avtal. Efter att ett avtal har tecknats kan inte själva upphandlingen överprövas, men under vissa förutsättningar kan numera avtalet ogiltigförklaras. Detta kan exempelvis ske vid överträdelse av reglerna om förnyad konkurrensutsättning eller om ett avtal har slutits efter en otillåten direktupphandling, vilket kommer att behandlas vidare under avsnitt 5.2. Andra anledningar att ogiltigförklara ett avtal kan vara då avtalet slutits i strid mot ett interimistiskt beslut eller om tid för avtalsspärr eller den s.k. tiodagarsfristen inte respekterats. Dock krävs i de senare nämnda fallen att även de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU¹⁶⁵ eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts.¹⁶⁶

En överprövning kan som huvudregel ske när den upphandlande myndigheten brutit mot någon grundläggande princip eller annan bestämmelse i LOU och det medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada.¹⁶⁷ Ansökan om överprövning lämnas in till den förvaltningsrätt där den upphandlande myndigheten har sin hemvist. Till skillnad från skadeståndsmål, där prövningen sker hos allmänna domstolar, är alltså förvaltningsdomstolarna behörig domstol för överprövningsmål. För att överklaga en dom till kammarrätten krävs prövningstillstånd.¹⁶⁸

Förvaltningsrätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den inte får avslutas innan rättelse gjorts.¹⁶⁹ Normalt är processen hos förvaltningsdomstol skriftlig och vardera part får stå sina eventuella kostnader. Domstolen tar ej ut några kostnader för att pröva en ansökan.¹⁷⁰

Överprövningen infördes som en åtgärd för att garantera att en upphandlande myndighets beslut ska kunna prövas effektivt under hela upphandlingsprocessen fram till dess att kontrakt tecknas.¹⁷¹ Till och med beslutet att genomföra eller låta bli att genomföra en upphandling kan bli föremål för

¹⁶⁵ Principerna som avses är likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet, vilka behandlades i avsnitt 2.1.2.

¹⁶⁶ 16 kap. LOU, se även Gertéll, Pernilla: *Nya lagen*, s. 183 ff.

¹⁶⁷ 16 kap. 6 § LOU.

¹⁶⁸ 16 kap. 5 § LOU.

¹⁶⁹ 16 kap. 6 § LOU.

¹⁷⁰ Riese, Kerstin (red.), *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, s. 62.

¹⁷¹ Art. 1-2, direktiv 89/665/EEG.

prövning.¹⁷² I samband med införandet av det nya rättsmedelsdirektivet gjordes en justering som innebar att en tidsgräns infördes mellan beslutet att teckna ett kontrakt och ingåendet av avtalet, detta för att förhindra att den upphandlande myndigheten skyndar sig att underteckna ett upphandlingsavtal och därmed undviker att beslutet överprövas.¹⁷³

Redan år 2002 infördes dock en möjlighet i LOU att undanröja ett tilldelningsbeslut för att tillgodose kraven som ställdes i Alcatel-fallet.¹⁷⁴ Det medförde krav på att en upphandling inte fick avslutas innan anbudsgivare fått en möjlighet att inom 10 dagar från tilldelningsbeslutet ansöka om överprövning av detta. Efter 10-dagarsperioden kunde den upphandlande myndigheten sluta avtal med den utvalde anbudsgivaren om ingen ansökan om överprövning ingetts.¹⁷⁵ Problematiskt var att upphandlande myndigheter kunde sluta civilrättsligt giltiga avtal som inte var upphandlingsavtal och som fortsatte gälla även då domstolen beslöt att en upphandling skulle göras om.¹⁷⁶ Domstolstrots är något man hoppas komma tillrätta med i och med införandet av justerade överprövningsregler.¹⁷⁷

4.2 Talerätt och tidsfrister

För att vara berättigad att ansöka om överprövning räcker det att en leverantör kan visa att det finns risk för skada på grund av en överträdelse mot LOU. Det är inte ekonomisk skada som avses, även om skadan kan resultera i en sådan konsekvens, utan det är tillräckligt att den klagande leverantören visar att möjligheten att erhålla kontrakt har minskat eller riskerar att minskas. Begreppet leverantör omfattar, även i detta sammanhang, alla som haft intresse av att tilldelas kontrakt, vilket innebär att även leverantörer som inte lämnat anbud kan utnyttja överprövningsmöjligheten. Dock kan det i vissa fall krävas att leverantören lämnat ett anbud för att ha talerätt, vilket uttalades i ett fall från EU-domstolen då det påpekades att den som inte avgivit ett anbud svårligen kan visa att denne har intresse av att motsätta sig beslutet eller att visa att aktuellt bolag skadats/riskerar att skadas.¹⁷⁸ Detta bör emellertid inte gälla då det handlar om en otillåten direktupphandling där en leverantör aldrig getts möjlighet att lämna ett anbud eller inte kunnat lämna anbud på grund av något villkor som strider mot icke-diskrimineringsprincipen etc.¹⁷⁹

Inte heller Hentze och Sylvén anser att det är ekonomisk skada i den bemärkelse som gäller för skadestånd som är aktuell vid överprövning. Det rör sig

¹⁷² Mål C-26/03, Stadt Halle, p. 33.

¹⁷³ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 4.

¹⁷⁴ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG.

¹⁷⁵ Prop. 2001/02:142, s. 72 f.

¹⁷⁶ Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 582, prop. 2001/02:142, s. 74 ff.

¹⁷⁷ Prop. 2009/10:180, bl.a. s. 220.

¹⁷⁸ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 451 f.

¹⁷⁹ Gertéll, Pernilla: *Nya lagen*, s. 184.

istället om ett icke-finansiellt avhjälpande, vilket också stöds av Arrowsmith.¹⁸⁰

Avsikten med överprövningen är som nämnt att erbjuda ett snabbt och effektivt rättsmedel. EU-domstolen har uttalat att skyndsamhets- och effektivitetsmålen inte är uppfyllda då ett bolag inte ansöker om prövning av ett beslut att fastställa specifikationerna för upphandlingsförfarandet trots att bolaget anser att specifikationerna är diskriminerande för detta, då bolaget hindras att avge ett godtagbart anbud. Istället väntade leverantören tills ett tilldelningsbeslut tagits innan överprövning begärdes, vilket enligt domstolen kan vara till skada för upphandlingsförfarandet då inledningen av de prövningsförfaranden som ålagts medlemsstaterna försenas utan objektiva skäl.¹⁸¹

Enligt Falk skulle det av uttalandena i domens p. 37–38 kunna utläsas, att medlemsstaterna har en förpliktelse att vid implementeringen av rättsmedelsdirektiven införa en regel som säger att en leverantör inte kan avvakta med att ansöka om överprövning av ett upphandlingsbeslut till en senare tidpunkt än då denne borde ha insett att ett fel i upphandlingen kan komma att leda till skada för leverantören.¹⁸² Något krav på att ansöka om överprövning inom viss tid från det att ett potentiellt fel uppmärksammas under upphandlingsprocessen har inte införts i LOU och därför borde inte någon sådan frist tillämpas i svensk rätt. Att så långtgående slutsatser inte kan dras av Grossmandomen uttalades även i fallet T 1704-04.¹⁸³

I fallet *Universale-Bau* framhåller EU-domstolen att rättsmedelsdirektivets avsikt är att säkra en effektiv tillämpning av bestämmelserna om offentlig upphandling och att direktivet inte utgör något hinder för att införa nationella regler där det föreskrivs att ett beslut av den upphandlande myndigheten måste begäras inom en föreskriven tidsfrist. Alla oegentligheter som förekommit under upphandlingen och som åberopas till stöd för begäran om prövning måste åberopas inom en viss tidsfrist vid äventyr av preklusion, annars riskerar man alltså att inte längre kunna ifrågasätta beslutet/oegentligheten efter att fristen löpt ut, dock under förutsättning att fristen är skälig.¹⁸⁴

En möjlighet att införa begränsningar i form av preklusionsfrister finns alltså genom rättsmedelsdirektivet, men *Universale-Bau*-fallet säger inget om att sådana frister måste införas utan det bör vara upp till varje medlemsstat att avgöra.

¹⁸⁰ Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 348.

¹⁸¹ Mål C-230/02, *Grossmann*, p. 37-38.

¹⁸² Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 453.

¹⁸³ Se avsnitt 4.4.

¹⁸⁴ Mål C-470/99, *Universale-Bau*, p. 71, 77-79.

Vilka förfaranden en leverantör kan söka överprövning mot framgår av EU-domstolens dom i fallet *Stadt Halle*¹⁸⁵:

”34. Med hänsyn till denna rättspraxis, liksom till syftena med direktiv 89/665, dess ordalydelse och systematik, och för att upprätthålla direktivets ändamålsenliga verkan, blir slutsatsen att varje åtgärd som vidtas av en upphandlande myndighet i samband med en offentlig upphandling av tjänster som faller inom det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50 och som kan ha rättslig verkan utgör ett beslut som kan bli föremål för ansökan om överprövning i den mening som avses i artikel 1.1 i direktiv 89/665, oberoende av om denna åtgärd vidtas inom ramen för ett formellt upphandlingsförfarande eller inte.”

Området för överprövningens omfattning är alltså väldigt brett och någon restriktiv tolkning av begreppet beslut som kan bli föremål för en ansökan om överprövning står inte i överensstämmelse med reglerna i rättsmedelsdirektivet.¹⁸⁶

När ett tilldelningsbeslut har meddelats inträder numera som huvudregel en avtalsspärr, som innebär ett förbud mot att ingå avtal under en period om minst 10 dagar. Begär en leverantör överprövning av upphandlingen innan avtalsspärren löpt ut, inleds en förlängd avtalsspärr automatiskt. Efter att domstolen fattat ett avgörande gäller en tiodagarsfrist innan den upphandlande myndigheten får ingå avtal.¹⁸⁷ Vill en leverantör ansöka om överprövning av en upphandling måste han således göra det innan avtalsspärren löpt ut.¹⁸⁸

4.3 Överprövning i förhållande till skadestånd

Överprövning har precis som skadeståndet sin grund i rättsmedelsdirektiven och har implementerats i svensk rätt för att uppnå de EU-rättsliga kraven. Det handlar om två olika rättsliga instrument och vilket av dem som blir aktuellt då en upphandling genomförts på felaktigt vis är enligt somliga beroende av vilket sätt den upphandlande myndigheten brutit bestämmelserna på och i vilket skede som felaktigheten uppmärksammas.¹⁸⁹ Björklund och Madell skriver att förhållandet mellan skadestånd och överprövning har i viss mån besvarats genom tiodagarsfristen¹⁹⁰ och den chans till överprövning denna betyder.¹⁹¹

¹⁸⁵ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 34, se även Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?*, s. 79.

¹⁸⁶ Mål C-26/03, *Stadt Halle*, p. 30.

¹⁸⁷ Riese, Kerstin (red.), *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, s. 62 f, 16 kap. 1-3, 8, 10 §§ LOU.

¹⁸⁸ 16 kap. 6 § 2 st. LOU.

¹⁸⁹ Sandin, Erik, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling - två steg framåt, ett steg bakåt*, s. 918.

¹⁹⁰ Numera gäller som nämnt istället en avtalsspärr. Visserligen finns en s.k. tiodagarsfrist i 16 kap. 10 § LOU, men den infördes efter att Björklund och Madells artikel författades.

¹⁹¹ Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 592.

Vidare hävdar Björklund och Madell att möjligheten att erhålla skadestånd vid ett felaktigt upphandlingsförfarande aldrig varit tänkt att vara det primära rättsmedlet. De påpekar att för svenskt vidkommande har skadestånd visat sig ha en begränsad funktion på grund av oklarheter rörande bland annat beviskrav och ersättningsnivå.¹⁹²

Skadeståndet är avsett att ge visst skydd åt enskilda, men syftar först och främst till att säkra procedurreglernas genomslag och genom det medverka till att offentliga medel inte används till att snedvrída konkurrensen på den fria marknaden. Kravet på att snabba och effektiva rättsmedel ska finnas i medlemsstaternas rättsordningar visar att det i första hand är konkurrensut-sättning som ska aktualiseras om upphandlingsförfarandet genomförts på felaktigt sätt, varför det kan ifrågasättas om skadeståndet verkligen fyller någon större funktion i Sverige.¹⁹³

Leffler kommer i en artikel från år 2005 fram till att utrymmet för en skadeståndstalan vid offentlig upphandling är väldigt begränsat och att utsikterna till framgång med en skadeståndstalan har krympt mycket till följd av EU-rättslig praxis som talar för att en leverantör ska försöka få en överträdelse korrigerad så snabbt som möjligt genom överprövning.¹⁹⁴ Åsikterna Leffler uttrycker och vad han grundar dem på kommer att behandlas mer ingående i avsnitt 4.5.

I rättsmedelsdirektiven synes inte något inbördes förhållande vara uppställt mellan överprövning och skadestånd, utan medlemsstaterna ska se till att det nationella prövningsförfarandet omfattar både möjlighet till överprövning och beviljande av skadestånd.¹⁹⁵ Sverige har inte valt att införa möjligheten som rättsmedelsdirektiven ger att kräva av den som begär prövning av ett upphandlingsförfarande att innan dess meddela den upphandlande myndig-heten att den klagande är av åsikten att en överträdelse skett och att denne tänker ansöka om prövning.¹⁹⁶

I SOU 2006:28 diskuterades huruvida en preklusionsfrist borde införas i LOU. Diskussionen föranleddes av EU-domstolens uttalanden i fallen *Universale-Bau*¹⁹⁷ och *Grossman*, där det bland annat uttrycktes att det är av vikt att upphandlingsreglerna tillämpas effektivt, i synnerhet i ett skede då överträdelser kan korrigeras. Dock ansåg utredningen att nackdelarna med en preklusionsfrist övervägde, annars skulle det ha inneburit att synpunkter på ett visst beslut i upphandlingsprocessen skulle framförts inom en viss begränsad tid för att rätten till överprövning avseende en överträdelse som skett i ett speciellt skede av upphandlingen inte skulle bortfalla.¹⁹⁸

¹⁹² Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 579.

¹⁹³ A.a., s. 601.

¹⁹⁴ Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?*, s. 78 ff.

¹⁹⁵ Se t.ex. dir. 2007/66/EG, art. 2.

¹⁹⁶ Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 364.

¹⁹⁷ Mål C-470/99.

¹⁹⁸ SOU 2006:28, s. 288 ff.

LOU:s lagtext innehåller ingen reglering av förhållandet mellan skadestånd och överprövning, det enda som kan ge viss ledning är tidsfristerna för överprövning respektive preskriptionstiden för skadestånd. Som Pedersen skriver är skadestånd i huvudsak ett postkontraktuellt rättsmedel.¹⁹⁹ Att göra skadeståndet avhängigt av överprövningsförfarandet är på ett sätt motsägelsefullt eftersom skadeståndets funktion vid offentlig upphandling försvinner. Det återkommer jag till längre fram i detta arbete.²⁰⁰ Förutom tidsfristerna skiljer sig de olika rättsmedlen åt på så vis att det räcker med risk för att lida skada när det gäller överprövning medan uppkommen skada krävs för en skadeståndstalan.²⁰¹

Ett uttalande som gjordes i fallet *Brasserie och Factortame*²⁰² och kan vara av intresse i denna uppsats finns i punkt 83, som anger följande:

”Det ankommer på varje medlemsstat - då det inte finns gemenskapsrättsliga bestämmelser på området - att i sin nationella rättsordning fastställa de kriterier som gör det möjligt att bestämma skadeståndets omfattning, på villkor att de inte får vara mindre förmånliga än de som avser liknande ersättningsanspråk som grundas på den nationella rätten och att de inte i något fall får vara sådana att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.”

Av citatet kan utläsas att nationella bestämmelser inte får bortta möjligheten till skadestånd, det får således inte sättas upp orimliga eller rent av omöjliga krav för att erhålla skadestånd. Vad detta kan tänkas innebära för skadeståndets del i förhållande till överprövning kommenteras nedan i avsnitt 4.5.

4.4 Överprövning som skadebegränsande åtgärd

Som nämnts tidigare i denna uppsats har Sverige valt att ej införa några uttryckliga begränsningar av rätten till skadestånd, trots att direktivet öppnar upp för vissa möjligheter till inskränkningar. Det som främst avses är följande stadgande i direktiv 2007/66/EG artikel 2.6:

”Medlemsstaterna får föreskriva att när någon kräver skadestånd på grund av att ett beslut har fattats på olagligt sätt, ska det ifrågasatta beslutet först åsidosättas av ett organ som har de nödvändiga befogenheterna.”

Är det då korrekt av svenska domstolar att ställa upp krav på att en leverantör måste ansöka om överprövning för att inte förlora rätten till skadestånd?

¹⁹⁹ Pedersen, Kristian, *Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna - Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv* [Cit. *Offentlig upphandling*], s. 578.

²⁰⁰ Se sidan 50.

²⁰¹ 16 kap. 4, 20 §§ LOU.

²⁰² Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*.

Hjelmborg m.fl. anser att möjligheten till full ersättning på grund av bestäl- larens överträdelse är en nödvändighet för att medlemsstaterna ska kunna leva upp till kravet på effektiv implementering.²⁰³

Enligt Hentze och Sylvéns uppfattning bör det, om möjlighet till överpröv- ning finns, vanligtvis fordras att leverantören ansöker om att få upphand- lingen avbruten eller rättad. Dock anses det inte alltid vara möjligt att under ett pågående upphandlingsförfarande få kännedom om möjliga fel som begåtts av den upphandlande myndigheten med tanke på svenska sekretess- regler.²⁰⁴

I ett yttrande från NOU sägs att det kan övervägas om den omständighet att överprövning inte begärts då en upphandling genomförts i strid med LOU kan påverka ersättningen i en skadeståndprocess.²⁰⁵ Emellertid stannar NOU vid den betraktelsen och några ytterligare synpunkter framkommer inte.

”84 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 använt sig av alla de rättsmedel som står till hans förfogande.

85 Enligt en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar skall nämligen den skadelidande, med risk för att annars själv behöva stå för skadan, visa en rimlig aktsamhet för att begränsa skadans omfattning (...).”

Citatet ovan är hämtat från domen i målen *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame*²⁰⁶ och bekräftar den allmänna skadeståndsrättsliga principen att en skadelidande ska vidta rimliga åtgärder för att begränsa en skada och dessutom ska man visa aktsamhet för att förhindra att skador uppstår. Att i god tid ha använt sig av alla de rättsmedel som står till ens förfogande tas upp, vilket leder till frågan om detta ska tolkas som att överprövning måste begäras för att full rätt till skadestånd ska bibehållas. Fallen *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame* gällde skadestånd på grund av medlemsstats överträdelse av fördragen, och behandlade inte offentlig upphandling. Därför bör nog inte för långtgående slutsatser dras av uttalandet om att använda alla tillgängliga rättsmedel, även med tanke på att förhållandet mellan skadestånd och överprövning inte är helt klargjort. Uttryckliga bestämmelser saknas rörande förhållandet och dessutom använder EU-domstolen begreppet ”kan”, inte ska eller måste.

Genomgången av om det är korrekt att ställa upp krav på överprövning som skadebegränsande åtgärd kommer att fortsätta nedan under avsnitt 4.5, men innan dess ska några rättsfall tas upp för att belysa hur förhållandet mellan överprövning och rätten till skadestånd har behandlats i praxis.

²⁰³ Hjelmborg, Simon Evers m.fl., *EU Udbudsretten - udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, s. 373.

²⁰⁴ Hentze, Margareta, Sylvé, Hans, *Sveriges rikes lag*, s. 364.

²⁰⁵ NOU:s yttrande 2007-01-26, mål nr T 1653-06, s. 10.

²⁰⁶ Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur och Factortame*.

Förhållandet mellan överprövning och skadestånd har varit uppe till bedömning i tre olika hovrättsfall. Tyvärr beviljade inte HD prövningstillstånd i något av fallen, trots att slutsatsen i det första fallet inte stämmer överens med de två senare. Således är det svårt att dra några klara konklusioner om vad som faktiskt gäller.

Det första fallet, Göta hovrätt T 1704-04, gällde en upphandling Migrationsverket (MV) genomförde avseende tolktjänster, där ett antal kriterier viktades efter skilda procentsatser. TCV erhöll den högsta summan poäng och MV angav att de antagit anbuderna från TCV och ytterligare två leverantörer. Innan avtal hann tecknas begärde tre stycken leverantörer överprövning och efter det meddelade MV att de beslutat att göra om utvärderingen av inkomna anbud. De tre leverantörerna återkallade sina ansökningar och målen avskrevs. Men istället för att värdera om aktuella anbud startade MV upp ett nytt upphandlingsförfarande med delvis andra kriterier. TCV hamnade nu på tredje plats och MV tecknade avtal med de två andra leverantörerna. Värt att nämna är att TCV vid den första upphandlingen lämnat felaktiga uppgifter, och därför fann MV det nödvändigt att avbryta det förfarandet. Genom användningen av vissa kriterier i den nya upphandlingen bröt MV mot kraven på affärsmässighet, konkurrensneutralitet och icke-diskriminering. Domstolen fann att TCV skulle ha erhållit kontrakt tillsammans med åtminstone en annan leverantör om allt gått till på korrekt vis. Det framgår av tingsrättens dom att TCV ansökte om överprövning, men det skedde på ett för sent stadium för att kunna prövas i sak. Gällande skadebegränsning uttalades följande i hovrättens domskäl:

”I svensk rätt finns ingen bestämmelse enligt vilken en anbudsgivare går förlustig sin rätt att begära skadestånd vid allmän domstol om anbudsgivaren inte har begärt överprövning i allmän förvaltningsdomstol. Enligt hovrättens mening finns det inte heller utrymme att dra så långtgående slutsatser av EG-domstolens avgörande i Grossman-målet och andra EG-rättsliga avgöranden att en rätt till skadestånd blir prekluderad på den av Migrationsverket angivna grunden. TCV är således i det avseendet bibehållen sin rätt till skadestånd.”

TCV erhöll endast ungefär en åttondel av vad som begärts, men det berodde inte på någon underlåtenhet att begränsa sin skada, utan det var för att deras beräkningar inte stämde överens med hur många uppdrag de troligen skulle ha erhållit om bolaget varit en av leverantörerna som tilldelats kontrakt. Att rätten till skadestånd inte prekluderas på grund av underlåtenhet att söka överprövning är tydligt i fallet. Dock diskuteras det inte ifall skadeståndet skulle kunna sättas ner med anledning av underlåtenheten, i fallet tas åtminstone inte några sådana hänsyn vid skadeberäkningen.

Domen överklagades av TCV, men inget prövningstillstånd meddelades av HD²⁰⁷, trots att NOU i ett yttrande rekommenderade att HD tog upp fallet

²⁰⁷ Högsta domstolens beslut 2007-06-27, mål nr T 1653-06.

eftersom det vore betydelsefullt för ledning av rättstillämpningen att avgöra ytterligare mål om skadestånd enligt LOU.²⁰⁸

I RH 2010:48 begärde Mykene, som tagit över en fordran från Plastikkirurgicentrum i Malmö (PKC), skadestånd från Skåne läns landsting (numera Region Skåne), på grund av felaktigheter i förfrågningsunderlaget vid en offentlig upphandling. Upphandlingen gällde bröstreduktionsoperationer och det felaktiga kravet som ställdes var att operationerna skulle utföras i Mellersta Skånes sjukvårdsdistrikt. På grund av kravet, som stred mot affärsmässighetskravet i 1 kap. 4 § ÅLOU, förlorade PKC upphandlingen. Mykene yrkade drygt 20 mkr i skadeersättning, vilket bestreds av Region Skåne som invände att PKC underlåtit att begränsa sin skada alternativt varit medvållande till skadan. Detta eftersom ingen invändning gjorts om lokaliseringskravet, varken före anbud ingavs eller före tidpunkten för tilldelningsbeslut och dessutom underlät PKC att i rätt tid ansöka om överprövning av det fattade tilldelningsbeslutet.

Tingsrätten beräknade att en ersättning enligt det positiva kontraktsintresset skulle motsvara drygt 18 mkr och påpekade att det åligger den upphandlande myndigheten att se till att anbudsinvändningen och förfrågningsunderlag är korrekt och följer LOU samt bakomliggande EU-rättsliga lagstiftning. Varken i lag eller i praxis förekommer någon skyldighet för en anbudsgivare att påpeka eventuella felaktigheter i underlaget, varför skäl inte finns att jämka på grund av omständigheten att det felaktiga kravet inte påtalades innan ett anbud lämnades in. Nämnas kan även att företrädaren för PKC fick besked om tilldelningsbeslutet per telefon och därefter sändes ett skriftligt besked via e-post. Detta uppmärksammade dock inte företrädaren för bolaget förrän dagen innan Region Skåne tecknade avtal med upphandlingsvinnaren. Tingsrätten finner det obilligt att jämka skadeståndet till 0 kr på grund av att PKC ansökte om överprövning för sent och dessutom är det inte förenligt med LOU:s regler om skadestånd, vars funktion är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande myndigheterna att genomföra korrekta förfaranden. Således bör inte för höga krav ställas på den förfördelade parten att begära överprövning för att begränsa sin skada. Dock anser tingsrätten att PKC har brustit något i aktsamhet genom att felaktigt anta att tidsfristen för att begära överprövning började löpa när PKC tagit del av det skriftliga beslutet och därför begränsas Region Skånes skadeståndsskyldighet till drygt 12 mkr.

Fallet överklagades och även hovrätten diskuterade huruvida PKC underlåtit att begränsa skadan eller varit medvållande genom att inte i rätt tid begära överprövning av tilldelningsbeslutet. Hovrätten finner anledning att skilja mellan medvållande, som är hänförligt till tiden före skadans inträffande, och plikten att begränsa en redan inträffad skada. Uttalanden från målen Brasserie du Pêcheur och Factortame tas upp, där det anges att rimlig aktsamhet ska iakttas för att förhindra skadan eller begränsa omfattningen på den. Därefter diskuteras vad som rimligen kunnat krävas av PKC i

²⁰⁸ NOU:s yttrande 2007-01-26, mål nr T 1653-06.

sammanhanget och det sägs att PKC under tiden 25/1-5/2 2002 hade möjlighet att begränsa skadan genom att begära överprövning av tilldelningsbeslutet. Även om företrädaren inte fick del av underlaget förrän den 4/2 fanns enligt hovrätten objektivt sett tillräckliga möjligheter att tillvarata sina intressen genom att granska handlingarna och begära överprövning inom utsatt tid. Även om tiden var knapp hade PKC chans att begära överprövning och därför anses PKC inte ha visat rimlig aktsamhet för att begränsa sin skada. Hovrätten satte av den anledningen ner skadeståndet till 0 kr.

Det sista hovrättsfallet som ska tas upp under detta avsnitt är Svea hovrätts mål T 3328-10. Den aktuella upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling, den avsåg språktolkar och hölls av Stockholms läns landsting (SLL). Lägsta priset efter viss viktning skulle antas och anbudet skulle efter viktningen rangordnas. Bland annat TCV, vars fordran Nordic-Arabian Trade House AB (N-A) övertog, lämnade ett anbud. Efter en överprövning godtog TCV:s anbud och avtal tecknades samma dag som TCV efterfrågade den skriftliga rangordningen. SLL angav att någon rangordning inte gjorts och fördelningsnyckel ej tagits fram. N-A yrkade drygt 13 mkr i skadestånd eftersom de ansåg att endast TCV:s anbud borde ha antagits, istället för flera som var fallet. Hovrätten finner att det varken av avtalet eller av upphandlingsunderlaget kan utläsas att TCV skulle få ensamrätt på uppdragen eller vara berättigade att avropas i första hand. Dock anser domstolen att SLL åsidosatt bestämmelser i LOU genom att inte rangordna leverantörer eller ange en fördelningsnyckel för fördelning av uppdrag. TCV skulle ostridigt ha placerats först vid en sådan rangordning. Skadan bedöms emellertid ej uppgå till ett högre värde än 800 000 kr. SLL är av uppfattningen att det beloppet bör jämkas eftersom TCV borde ha begränsat sin skada genom att ansöka om överprövning.

En skyldighet att begränsa sin skada föreligger som bekant enligt allmänna skadeståndsrättsliga principer och enligt hovrätten kunde det i fallet ha skett genom att TCV överklagade upphandlingen hos allmän förvaltningsdomstol. Utredningen i fallet har visat att TCV var medveten om hur man tillvaratar sina rättsliga intressen i en anbudsprocess. Samma dag som ramavtalet undertecknades efterfrågades en prisutvärdering och rangordning av leverantörer, vilket visar att bolaget hade kännedom om innehållet i ramavtalen men skrev ändå under det egna avtalet. Därmed finner domstolen att TCV försuttit en möjlighet att åstadkomma rättelse som det rimligen kan krävas att bolaget skulle ha använt sig av och därmed har inte de till buds stående rättsmedlen utnyttjats för att begränsa sin skada. Det befins sakna anledning att jämka skadeståndet till något annat belopp än 0 kr.

I NJA 2007 s. 349 bestrids endast att leverantören försökt begränsa sin skada genom att försöka få andra uppdrag, men det åberopas inte att leverantören borde ha ansökt om överprövning innan dess att den upphandlande myndigheten tecknade avtal med en annan part. Alltså tar HD aldrig upp frågan om överprövning krävs som skadebegränsande åtgärd.

4.5 Anmärkningar om överprövning som skadebegränsande åtgärd

För att återkomma till Lefflers artikel, så tolkar han EU-domstolens utsagor i fallen *Universale-Bau* och *Grossman* som att en leverantör inte ska kunna föra talan mot en viss överträdelse hur länge som helst. Detta eftersom direktivet stadgar att överträdelser ska korrigeras så tidigt som möjligt. Söker en leverantör inte överprövning snabbt, så sjunker reglernas effektivitet. Leffler framhåller dessutom argumentet att en leverantör som underlåter att söka överprövning inte anses ha försökt begränsa sin skada.²⁰⁹

Ansöker en leverantör om överprövning och ansökan bifalls ska rättelse vidtas av den upphandlande myndigheten. Leverantören kommer då ej ha lidit någon ersättningsgill skada och en skadeståndstalan blir överflödig. Om leverantören å andra sidan nekas bifall för att domstolen ej anser att en överträdelse skett eller risk för skada finns, lär inte heller en allmän domstol i en efterföljande skadeståndprocess finna någon överträdelse eller skada och således är det även i det fallet meningslöst att föra en skadeståndstalan.²¹⁰

Resonemanget ovan brister enligt min mening eftersom skadeståndsfunktionen i praktiken helt bortfaller om kravet upprätthålls på att överprövning måste sökas som skadebegränsande åtgärd. Det rimmar illa med kravet på att det inte får bli omöjligt eller orimligt svårt att erhålla skadestånd, vilket konstaterades i fallen *Brasserie du Pêcheur* och *Factortame*.

Leffler fortsätter sitt resonemang med att ange att leverantörens rätt rimligtvis endast prekluderas om leverantören är passiv utan något objektiva skäl, ett argument som hämtats från fallet *Grossman*. Leverantören ska alltså ha haft kännedom om överträdelserna och haft möjlighet att få dem korrigerade, annars bevaras rimligtvis rätten att återkomma med en skadeståndstalan vid en senare tidpunkt. Ett exempel på när en leverantör inte kan antas ha kännedom om en överträdelse är vid otillåten direktupphandling. Leffler är alltså av åsikten att möjligheten till skadestånd har minskat till följd av EU-domstolens praxis. Därför rekommenderar han leverantörer att vara uppmärksamma på överträdelser under hela upphandlingsförfarandet, så att fel kan angripas i tid. Upphandlande myndigheter å sin sida bör informera leverantörer om alla steg i upphandlingsprocessen och säkra bevisning om att så skett. Artikeln avslutas med följande mening:

”Om en leverantör ändå påtalar ett fel, bör en stående invändning mot honom vara att han inte sökt överprövning.”²¹¹

²⁰⁹ Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?*, s. 80 ff.

²¹⁰ Jfr Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?*, s. 82.

²¹¹ A.a., s. 85.

I fallet RH 2010:48 tas perioden mellan tilldelningsbeslutet och avtalsslutet upp som den period då skadan kan begränsas, vilket leder till frågan om en skada redan existerar vid den tidpunkten. Medvållande, som kan ske före tidpunkten för överträdelsen och skadebegränsning, som kan ske efter att skadan inträffat, verkar inte skiljas tydligt åt i hovrättsfallet trots att det anges att anledning finns att skilja dem åt. När det gäller inomobligatoriskt skadestånd bör skadebegränsande åtgärder vidtas efter det att ett kontraktsbrott inträffat, men ska samma princip gälla vid offentlig upphandling? Då skulle tidpunkten för själva överträdelsen av LOU bli avgörande för när skyldigheten att vidta skadebegränsande åtgärder anses uppkomma. Eller inträder skadebegränsningsskyldigheten först när en ekonomisk skada hos leverantören uppkommer? Sker det verkligen vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet, såsom det antyds i hovrättsfallet, eller kanske snarare när avtal faktiskt sluts med en annan leverantör? Dessa frågor finns det anledning att återkomma till, vilket ska ske i kapitel 5.

Det kan ifrågasättas om det verkligen stämmer överens med rättsmedelsdirektivets bakomliggande syften att så stort ansvar läggs på leverantörens agerande. Om en leverantör borde ha upptäckt en felaktighet, men i realiteten inte gjort det, kan dennes möjlighet till skadestånd vara omintetgjord enligt Lefflers resonemang. Det synes gå emot det preventiva syftet med direktivet när upphandlande myndigheter kan slippa undan med felaktiga förfaranden utan att bli ersättningsskyldiga. Som nämnt är en överprövningsprocess relativt snabb och billig, vilket möjligen gör att somliga upphandlande myndigheter tillämpar LOU felaktigt, men hoppas på att ingen begär överprövning. I praktiken kan den upphandlande myndigheten då vara skyddad mot att behöva utge skadestånd, eftersom invändningen att ingen överprövning begärts kan göras. Och skulle någon leverantör upptäcka felet är det ofta inga större svårigheter att behöva genomgå en överprövningsprocess.

Ett krav på att leverantörer under alla omständigheter måste ansöka om överprövning när överträdelser upptäcks innebär en hög grad av lojalitet från deras sida, de måste så att säga agera för motpartens intresse trots att de inte står i något avtalsförhållande och noga granska förfarandet så att allt går rätt till. Med att agera för motpartens intresse menar jag här att leverantören tvingas göra den upphandlande myndighetens jobb och kontrollera så att LOU följs. Tingsrätten ansåg i fallet RH 2010:48 att det inte var anbudsgivares uppgift, vilket uttrycktes på följande sätt:

”Det åligger den upphandlande myndigheten att tillse att anbudsinbjudan och förfrågningsunderlag är korrekt och följer LOU och bakomliggande EG-rättslig lagstiftning. Någon skyldighet för anbudsgivare att påpeka eventuella felaktigheter i underlaget är inte föreskrivet i lag och ett sådant krav har heller inte fastställts i praxis.”

Eftersom rättsmedelsdirektivet innehåller möjligheter till begränsningar av skadestånd, som Sverige valt att inte implementera i svensk rätt, anser jag inte att det föreligger någon legal skyldighet att ansöka om överprövning för att en skadeståndstalan inte ska prekluderas. Den i övrigt så detaljrika LOU

borde i så fall innehållit en uttrycklig reglering av skyldigheten. Däremot gäller principen om att en skadelidande ska begränsa sin skada även vid offentlig upphandling och möjligtvis innebär detta en rättslig möjlighet att ändå i princip förplikta en leverantör att ansöka om överprövning vid äventyr att annars riskera nedsättning av skadeståndet. Som sagt utreds detta vidare i nästa kapitel i samband med att tidpunkten för när en skada anses uppkomma ska behandlas.

5 Otillåten direktupphandling och skada

5.1 Otillåten direktupphandling

Med begreppet otillåten direktupphandling²¹² avses att en upphandling faller in under LOU:s tillämpningsområde, men någon annonsering har inte skett trots att annonseringsplikt föreläggas. Den oannonserade upphandlingen ska alltså ha genomförts utan stöd av någon undantagsregel från annonseringsplikten i LOU. I propositionen till 2010 års lagändringar anges att det avgörande för om otillåten direktupphandling ska anses föreligga är om tilldelning av kontrakt skett i strid med reglerna i LOU utan föregående offentliggörande av den aktuella upphandlingen.²¹³

Eftersom inget upphandlingsmeddelande lämnades vid en otillåten direktupphandling började heller inte den tiodagarsfrist som fanns i 16 kap. 1 § 3 st. LOU, innan 2010 års uppdatering av lagen, att löpa. Därför kunde inte domstolen avvisa en ansökan om överprövning av anledningen att ett avtal redan ingåtts och rätten till överprövning hade då i princip ingen tidsbegränsning.²¹⁴ Numera används en ny lösning, där istället ett avtals giltighet kan överprövas, vilket beskrivs i avsnittet nedan.

Otillåten direktupphandling har varit ett stort problem inom hela EU²¹⁵, och en kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling som utfördes i Sverige och redovisades i SOU 1999:139 visade att den sannolikt mest frekventa avvikelserna från LOU är otillåten direktupphandling.²¹⁶

I förslaget till det nya rättsmedelsdirektivet sades att om en direktupphandling tilldelas otillbörligt har de skadelidande företagen i praktiken ingen annan möjlighet än att väcka skadeståndstalan, eftersom särskilda tidsfrister saknas som gör det möjligt att under viss tid vänta med att ingå avtal då en tilldelning ifrågasätts. Dessutom är det inte så enkelt för andra leverantörer att få reda på att en otillåten direktupphandling skett. Då skadeståndstalan inte möjliggör ett nytt konkurrensutsättande av den olagliga upphandlingen, ansågs skadeståndet enligt förslaget inte heller fungera vidare avskräckande, och därutöver måste de skadelidande kunna visa att de haft rimlig möjlighet att vinna upphandlingen.²¹⁷

²¹² Andra benämningar är olovlig eller olaglig direktupphandling.

²¹³ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 460, prop. 2009/10:180, s. 188.

²¹⁴ Jfr Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 460, se även RÅ 2005 ref. 10.

²¹⁵ Jfr dir. 2007/66/EG, beaktandesats 13.

²¹⁶ SOU 1999:139, s. 324 ff.

²¹⁷ KOM(2006) 195 slutlig, *Förslag till europaparlamentets och rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för*

I en kartläggning NOU utförde studerades överprövnings- och skadeståndsmål vid påstådd otillåten direktupphandling. Av de domstolsavgöranden som gällde överprövning som ingick i undersökningen prövades knappt hälften i sak. Det berodde på att upphandlingen ofta var avslutad vid beslutstillfället och att domstolen därför var förhindrad att pröva målet i sak. Endast ett fåtal av domstolsavgörandena i granskningen gällde skadeståndsmål, vilket enligt NOU förmodades bero bland annat på att leverantören vid fall av otillåten direktupphandling är medveten om besväret med att få ersättning kombinerat med risken att tvingas ersätta motpartens rättegångskostnader. Vidare antar NOU att leverantörer i viss mån har mindre incitament att föra talan om ogiltighet vid en otillåten direktupphandling än då en upphandling faktiskt har genomförts. Skadestånd dömdes inte ut i något av de fåtal fall som granskades. Vid en otillåten direktupphandling har leverantörerna inte deltagit i någon upphandling och har kanske inte kunskap om omständigheterna vid förvärvet av varan eller tjänsten. Regeringen bedömer därför i prop. 2009/10:180 att möjligheten att föra talan om ogiltighet inte är tillräckligt utan behöver kompletteras med en möjlighet att påföra en sanktion i form av upphandlingsskadeavgift.²¹⁸

5.2 Överprövning av avtals giltighet

Såsom nämnts infördes en möjlighet till överprövning av ett avtals giltighet för att ogiltigförklaring ansågs vara det mest verkningsfulla sättet att återupprätta konkurrens och skapa nya affärsmöjligheter för de aktörer som olovligen berövats sina konkurrensmöjligheter.²¹⁹ Reglerna återfinns i 16 kap. 13-15 §§ LOU, där det bland annat anges att rätten ska besluta att ett avtal mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt om avtalet slutits utan föregående annonsering enligt vad som föreskrivs i andra bestämmelser i LOU. I förarbetena förklaras den civilrättsliga delen av en ogiltigförklaring, vilket jag endast kort ska beröra. Avtalet blir civilrättsligt ogiltigt och skyldigheten att fullgöra plikter enligt avtalet bortfaller. Har dessa redan uppfyllts och en återgång inte är möjlig är huvudregeln att förmögenhetsläget som gällde innan avtalet ingicks ska återställas.²²⁰

16 kap. 14 § LOU innehåller ett undantag till ogiltighetsregleringen, och undantaget aktualiseras om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse och rätten ska då besluta att avtalet får bestå.²²¹

prövning vad gäller offentlig upphandling, s. 2.

²¹⁸ Prop. 2009/10:180, s. 187 f, se även NOU:s rapport 52/99-28, *Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling*. Björklund och Madell påpekar att ogiltighet ofta är en praktisk påföljd, se Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 583.

²¹⁹ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 14.

²²⁰ Prop. 2009/10:180, s. 361.

²²¹ Ett par andra undantag finns i 16 kap. 15 § LOU, men de går jag inte igenom i denna uppsats.

En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ha inkommit till förvaltningsrätten inom sex månader från det att avtalet slöts. Undantag gäller om Europeiska kommissionen har publicerat en annons eller ett meddelande om upphandlingen respektive om den upphandlande myndigheten skriftligen underrättat anbudssökandena och anbudsgivarna om att avtal har slutits samt lämnat en sammanfattning som det hänvisas till. Då gäller en tidsfrist om 30 dagar.²²² Vid otillåten direktupphandling borde alltså den längre tidsfristen gälla eftersom det inte finns några anbudsgivare att underrätta och likaså är det inte särskilt troligt att en upphandlande myndighet som genomfört en upphandling i strid med LOU vill få den publicerad.

Har en tjänst redan till fullo utförts efter att en otillåten direktupphandling skett är inte ogiltighet av avtalet en vidare effektiv rättsföljd, eftersom prestationerna inte kan återgå när exempelvis en byggnad uppförts. Den upphandlande myndigheten kommer ju inte att göra om upphandlingen eftersom något behov av ytterligare en byggnad inte föreligger och därmed sker inte någon ny konkurrensutsättning.²²³ Att den upphandlande myndigheten eventuellt blir skyldig att betala en upphandlingsskadeavgift gynnar inte en leverantör som haft intresse av att erhålla kontrakt.

Men vilka möjligheter till skadestånd föreligger då för en leverantör som anser sig ha skadats till följd av en otillåten direktupphandling och hur förhåller sig överprövningsmöjligheten av ett avtals giltighet till skadeståndssanktionen?

5.3 Förhållande mellan överprövning av avtals giltighet och skadestånd

Överprövning av ett avtals giltighet infördes för att skadeståndsmöjligheten inte fått avsedd effekt och inte avskräckte från genomförandet av otillåtna direktupphandlingar. Det framstår som klart att den leverantör som slutit det avtal som förklarats ogiltigt av domstolen ska kunna begära skadestånd för den skada leverantören kan antas lida. Som exempel tas i propositionen till lagändringen upp hyres- eller anställningsavtal som redan ingåtts och som löper med uppsägningstid.²²⁴ Men det kan även vara av relevans att möjligheten till skadestånd behålls i andra situationer. Som nämnts ovan är det inte alltid möjligt att på nytt konkurrensutsetta en upphandling, eftersom upp till sex månader kan ha passerat från det att den upphandlande myndigheten ingick avtal med en leverantör och upphandlingsföremålet kan därför redan ha förbrukats/utförts. Ordalydelsen av skadeståndsregleringen i LOU täcker in alla situationer där en leverantör har lidit skada och enligt vad jag kan utläsa från propositionen vill man endast utvidga skadeståndet till att omfatta nytillkomna situationer, inte inskränka det och utesluta tillfällen då det tidigare varit möjligt att begära skadestånd.²²⁵

²²² 16 kap. 17 § LOU.

²²³ Jfr Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, s. 592 f.

²²⁴ Prop. 2009/10:180, s. 226.

²²⁵ Jfr a.a., s. 225 f.

I artikel 2e.2 i det nya rättsmedelsdirektivet finns visserligen en bestämmelse om när skadestånd inte är en lämplig alternativ sanktion, men regeln gäller vid överträdelser av artiklarna 1.5, 2.3 och 2a.2 och rör inte sådana situationer som denna uppsats fokuserar på. När det i propositionen diskuteras kring införandet av en sanktionsavgift påpekas det att sanktionsavgiften är en alternativ sanktion till ogiltighet och att skadestånd är en annan fråga. Skulle möjligheten att påföra en sanktion införas som alternativ till skadestånd, hade det kunnat gå ut över leverantörer som lidit skada genom upphandlande myndigheters överträdelser om de i vissa fall inte skulle kunna medges skadestånd. Det konstateras att någon sådan ändring av rätten till skadestånd inte bör införas.²²⁶

När det gäller otillåten direktupphandling har skadestånd, som framgått, haft en väldigt liten betydelse och torde efter 2010 års lagändring tillämpas än mer sällan. I direktiv 2007/66/EG anges att ett avtal som ingåtts till följd av en otillåten direktupphandling i princip borde vara ogiltigt, men ogiltigheten bör inte vara automatisk utan bör konstateras av eller vara resultatet av ett beslut som ett oberoende prövningsorgan har fattat. Direktivet utesluter inte heller att strängare sanktioner tillämpas enligt nationell lagstiftning.²²⁷ Även om direktivet alltså anger att ett avtal ingånget efter en otillåten direktupphandling i princip bör vara ogiltigt, går det inte att utläsa något krav på att medlemsstaterna ska införa krav som säger att en skadelidande leverantör måste ansöka om överprövning av ett avtals giltighet. Skadeståndsmöjligheten bör kvarstå för en leverantör som lider skada till följd av att hela eller delar av upphandlingsavtalet redan fullgjorts efter en otillåten direktupphandling.

Eftersom reglerna är så pass nya har mig veterligen inte förhållandet mellan skadestånd och överprövning av ett avtals giltighet prövats i domstol. Dock kan man tänka sig att invändningar av samma slag som vid överprövning av en upphandling kommer att dyka upp i framtida tvister. Det vill säga invändningar från den upphandlande myndigheten om att någon överprövning av avtalets giltighet inte har begärts innan en leverantör väcker skadeståndstalan och att leverantören därigenom inte begränsat sin skada. Även vid detta scenario är det svårt att avgöra vilka åtgärder som måste vidtas och det torde vara beroende av när en skada faktiskt uppstår, vilket tas upp under avsnitt 5.6.

Tidsramarna är lite annorlunda när det gäller överprövning av ett avtals giltighet i jämförelse med överprövning av en upphandling. En ansökan om överprövning av ett avtals giltighet ska ske inom sex månader från det att avtalet slöts och preskriptionstiden som gäller skadeståndstalan lyder enligt följande:

”Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör eller

²²⁶ Prop. 2009/10:180, s. 184.

²²⁷ Dir. 2007/66/EG, beaktandesats 13, 20.

har förklarats ogiltigt enligt 15 § genom ett avgörande som har vunnit laga kraft. Väcks inte talan i tid, är rätten till skadestånd förlorad.”

Eftersom inget krav finns intaget i LOU på att överprövning av ett avtals giltighet måste begäras för att skadestånd ska kunna erhållas borde de olika startpunkterna vara alternativa. Om en leverantör efter exempelvis 7 månader får reda på att en otillåten direktupphandling skett där avtal alltså slöts 7 månader tidigare borde en leverantör kunna väcka skadeståndstalan med stöd av den första meningen av preskriptionsbestämmelsen. Vid den tidpunkten är det inte möjligt att få avtalet ogiltigförklarat.

I NJA 2000 s. 712 krävde käranden skadestånd då en otillåten direktupphandling genomförts²²⁸, i målet inkom dock aldrig någon invändning om att skadebegränsande åtgärder underlåtit och således prövade domstolen inte huruvida underlåten ansökan om överprövning skulle påverka ett eventuellt skadestånd. Vid tidpunkten för målets avgörande fanns inga bestämmelser om överprövning av ett avtals giltighet, och EU-domstolen hade ännu inte kommit fram till att avtal ingångna efter en otillåten direktupphandling inte hindrar att en överprövning av upphandlingen kan ske.²²⁹

5.4 Vem är skadelidande?

I detta avsnitt behandlas vem som är skadelidande vid en offentlig upphandling. Visst fokus ligger på vem som kan anses som skadelidande då en otillåten direktupphandling skett, men det kommer även att utredas vem som generellt kan ses som skadelidande inom området för offentlig upphandling. När en upphandling genomförts öppet är det enklare att reda ut vem som är skadelidande än när en otillåten direktupphandling skett, eftersom vetskap finns om kretsen av potentiellt skadelidande, nämligen de som lämnat anbud. Det finns i och för sig undantagsfall, såsom då den upphandlande myndigheten ställt otillbörliga krav som gjort att en leverantör underlåtit att lämna anbud eftersom leverantören inte uppfyller de felaktiga kraven. I de fallen kan det vara i leverantörens intresse att begära överprövning så att upphandlingen görs om, annars riskerar denne att inte betraktas som skadelidande. Eller så kan leverantören välja att ändå inge ett anbud för att visa intresse av att erhålla kontrakt.²³⁰

Vid användningen av ordet skadelidande har jag i detta avsnitt utgått från 16 kap. 20 § LOU, där det sägs att uppkommen skada för en leverantör ska ersättas. De bolag som orsakats skada benämns således skadelidande. I vissa fall utgår endast ersättning enligt det negativa kontraktsintresset och även de leverantörer som råkar ut för sådana förluster räknas som skadelidande. Dock inriktar jag mig främst på de skadelidande som borde ha erhållit kontrakt om allt gått till på rätt sätt, eftersom det borde vara de som är mest

²²⁸ Se avsnitt 3.2.

²²⁹ Jfr mål C-26/03, *Stadt Halle* och även RÅ 2005 ref. 10.

²³⁰ Jfr mål C-230/02, *Grossmann*, p. 27.

benägna att inleda en skadeståndstalan då mest står på spel för den typen av skadelidande.

För att inledningsvis resonera kring skadelidande när en upphandling faktiskt har genomförts och någon felaktighet har begåtts kan nämnas ett hovrättsfall. Fallet avgjordes för ett antal år sedan och domstolen angav att något skadestånd inte kunde dömas ut eftersom den klagande inte förmådde visa att kommunens anbudsprövning skulle ha lett till att dennes anbud antagits.²³¹ Något som komplicerar det hela är att en upphandlande myndighet inom ramen för affärsmässigt övervägande generellt sett ska ges stor frihet att göra egna bedömningar av anbudens kvalitet.²³² Det kan då bli problematiskt för en leverantör att visa att just denne borde ha tilldelats kontraktet och därför har orsakats större skada än endast nedlagda kostnader för att förbereda anbud etc. För att avgöra om en potentiellt skadelidande är ersättningsberättigad måste alltså de beviskrav som ställdes upp i NJA 2007 s. 349 uppfyllas.²³³ Gällande ersättning enligt det negativa kontraktsintresset regleras beviskravet uttryckligen i LOU, där det anges att åsidosättandet av lagens bestämmelser ska menligt ha påverkat möjligheten att tilldelas kontraktet.

Om vi övergår till otillåten direktupphandling finns det i de fallen inte några konkreta konkurrerande anbud utan då är man hänvisad till ett resonemang där man tänker sig en hypotetisk upphandling.²³⁴ Förklaringen till att skadeståndet fått så dåligt genomslag när det gäller otillåten direktupphandling är troligen att få vågar inleda en skadeståndstalan. Därför kan det vara av vikt att reda ut vad som krävs och få upp medvetenheten kring alternativet, så att skadeståndsfunktionen därmed kan få avsedd effekt, nämligen främst preventiv.

Eftersom skadeståndsansvaret är strikt borde det inte vara problematiskt att klarlägga den upphandlande myndighetens skadeståndsskyldighet när ett fel väl begåtts, men desto svårare är det att visa att ett anbud skulle ha lämnats in om upphandlingen hade genomförts på tillåtet vis och att dessutom ange exakt hur anbudet skulle ha sett ut är ingen enkel uppgift.

Ser man till det preventiva syftet med upphandlingsreglerna så borde en stor krets av leverantörer betraktas som potentiellt skadelidande. Som framgår av NJA 2000 s. 712 tar domstolen hänsyn till liknande upphandlingar som faktiskt genomförts och hur den klagandes anbud i de fallen skulle ha stått sig i konkurrensen. Det är alltså inte endast det hypotetiska anbudet rätten fokuserar på, i så fall vore det enkelt för en leverantör att ange ett hypote-

²³¹ Mål T 382-97, se även Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, s. 214.

²³² Jfr mål T 1189-07, hovrätten fastställer endast tingsrättens dom, aktuella resonemang finns alltså i tingsrättens domskäl.

²³³ Se avsnitt 3.4.

²³⁴ NOU:s rapport 52/99-28, *Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling*, s. 19.

tiskt anbud med något bättre villkor än vad den upphandlande myndigheten fick från det bolag med vilket avtal tecknats.

I NJA 2007 s. 349 anges att leverantörer som sannolikt skulle ha lämnat anbud och som därvid skulle ha haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet ska kunna få skadestånd. Eftersom ersättningen kan behöva uppgå till mer än nedlagda kostnader är en skönsmässig bedömning i enlighet med NJA 2000 s. 712 påkallad. Dock kan det inte krävas att det varit sannolikt att leverantören vid en korrekt upphandling hade fått kontraktet för att leverantören ska kunna få skadestånd med ett högre belopp än motsvarande de kostnader denne haft.

Två beviskrav går att utläsa ur stadgandet från 2007 års fall:

- Leverantören ska visa att denne sannolikt skulle ha lämnat ett anbud.
- Leverantören ska visa att denne haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet.

Tidigare har det uttalats att leverantören även bör kunna visa att ingen annan leverantör, som sannolikt också skulle ha lämnat ett anbud om förfarandet hölls öppet, inte skulle ha lämnat ett bättre anbud. För att visa att en sannolik möjlighet fanns att erhålla kontrakt måste hypotetiska utvärderingsgrunder beaktas.²³⁵ Uttalandena skedde dock innan HD:s dom från 2007, då beviskravet sänktes till realistisk möjlighet. Uppfyller leverantören beviskraven kan den erhålla skadestånd utöver det negativa kontraktsintresset. Kretsen av potentiellt skadelidande när det gäller otillåten direktupphandling är alltså de som sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet, sedan gäller det att kunna uppbringa tillräcklig bevisning. Med ledning av NJA 2000 s. 712 kan man sluta sig till att viss erfarenhet inom relevant bransch krävs för att en leverantör ska betraktas som en hypotetisk anbudsgivare och leverantören ska kunna visa vilken prisnivå denne vanligtvis ligger på. Dessutom måste de krav som den upphandlande myndigheten normalt ställer när en upphandling genomförs på rätt sätt beaktas.

5.5 Ersättningen vid otillåten direktupphandling

Om en leverantör efter en otillåten direktupphandling verkligen lyckas visa att skada har lidits, är det intressant att veta vilken ersättningsnivå som kan bli aktuell. I avsnittet kommer jag inte att behandla det eventuella skadestånd den leverantör som slutit ett avtal som sedermera blir ogiltigt kan vara berättigad till, utan jag fokuserar på de leverantörer som skulle ha lämnat in ett anbud om upphandlingen genomförts på korrekt vis.

Med hänsyn till preventionstanken som ligger bakom skadeståndsbestämmelserna kan man fråga sig varför det krävs en skönsmässig bedömning när

²³⁵ Jfr Pedersen, Kristian, *Offentlig upphandling*, s. 582.

det gäller att bestämma ersättningsnivån, men det hänger troligen samman med det lättade beviskravet och svårigheten med att exakt fastställa ett hypotetiskt anbud. Samtidigt föreligger en, om än obetydlig, risk för att tvingas ersätta mer än en leverantör med mer än det negativa kontraktsintresset. Möjligen kan det även vara därför en lösning med ersättning enligt det positiva kontraktsintresset som huvudregel inte har valts i praxis.

Genom NJA 2007 s. 349 har det konstaterats att en skönsmässig bedömning är påkallad där hänsyn ska tas till överträdelsens karaktär, nedlagda kostnader och utsikter till vinst uppskattat skäligt belopp.²³⁶ Att överträdelsens karaktär ska beaktas kan tyckas något märkligt då strikt ansvar föreligger vid konstaterad överträdelse. Dessutom anges i propositionen att skälighetsbedömningen bör innefatta frågan om en leverantör varit i god eller ond tro i förhållande till myndighetens överträdelse.²³⁷ Vad godtrosprövningen innefattar nämns inte, men förmodligen prövas när leverantören fick kännedom om överträdelsen och om denne eventuellt väntade ut fristen för överprövning av ett avtals giltighet innan en skadeståndstalan inleddes, för att inte riskera en invändning om underlåten skadebegränsning.

En jämkning av skadestånd kan ibland ske, trots ett strikt ansvar, om den skadelidande anses vara medvållande.²³⁸ Dock kan jag svårligen tänka mig situationer där en skadelidande leverantör ses som medvållande vid en otillåten direktupphandling, när leverantören inte känt till att den upphandlande myndigheten ingått avtal med en annan leverantör.

Även om en skälighetsbedömning ska ske bör det inte finnas något hinder mot att döma ut ett skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset, så länge den skadelidande lyckas visa att denne borde ha erhållit kontraktet och att en vinst beräknad enligt det hypotetiska anbudet då skulle ha erhållits.

5.6 När uppstår en skada?

I RH 2010:48, som har nämnts tidigare, angavs att möjlighet fanns att begränsa skadan under tiden mellan det att tilldelningsbeslutet meddelades och att upphandlingsavtal slöts. Rimligtvis borde alltså hovrätten ha ansett att skada uppstod vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet. Vad den åsikten baseras på redogörs inte för i domskälen. I det kompletterande överklagandet till HD påpekas att ett meddelat tilldelningsbeslut inte innebär att också avtal kommer att ingås enligt beslutet. Av olika anledningar kan upphandlingen avbrytas eller kompletteras och ingen tidsgräns finns inom vilken ett upphandlingsavtal måste ingås. En anbudsgivare kan inte heller påverka om och när ett upphandlingsavtal ingås.²³⁹ Det förekommer alltså delade meningar om när en skada faktiskt uppstår, därför ska några synpunkter som kan tänkas påverka tidpunkten för skadans inträffande tas upp i det följande.

²³⁶ Se NJA 2000 s. 712.

²³⁷ Prop. 2009/10:180, s. 226.

²³⁸ Jfr Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, s. 108 ff.

²³⁹ Mål T 2469-10, aktbilaga 2, *kompletterande överklagande*, s. 5.

Huruvida ett civilrättsligt giltigt avtal uppkommer genom ett tilldelningsbeslut, som kan ses som en accept, har varit omdiskuterat. Jan och Christina Ramberg anser inte att avtalslagens anbud-acceptmodell passar in på offentlig upphandling, eftersom det till exempel är svårt att bedöma om en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en inledd upphandling.²⁴⁰ I ett kammarrättsavgörande har dock avtal ansetts uppkomma vid tilldelningsbeslutet, när en leverantör får reda på att dennes anbud antagits.²⁴¹ En skillnad från AvtL:s reglering är dock att leverantörernas anbud inte förfaller när den upphandlande myndigheten fattar ett tilldelningsbeslut, utan anbuden fortsätter gälla under den tid som angetts i förfrågningsunderlaget.²⁴² Resonemanget ovan borde dock endast gälla när en ren accept sker och förutsatt att inga förbehåll gjorts i förfrågningsunderlaget om att ett civilrättsligt giltigt avtal uppkommer först sedan upphandlingsavtal tecknats.²⁴³

I ett hovrättsfall²⁴⁴ blev Rikspolisstyrelsen skadeståndsskyldig gentemot Fidelia efter att ha avbrutit en upphandling. Till saken hör att Rikspolisstyrelsen först antog ett annat bolags anbud genom ett tilldelningsbeslut, men eftersom samtliga skall-krav inte uppfylldes av det bolaget så ansökte Fidelia om överprövning och förvaltningsdomstolen förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän upphandlingsfelen rättats till. Det innebar att endast Fidelias anbud kvarstod, och då valde Rikspolisstyrelsen att istället avsluta upphandlingen. Adekvat kausalitet ansågs föreligga mellan felen och påstådd skada. Som exempel på vad kravet på adekvat kausalitet innebär nämnde tingsrätten att en leverantör som deltagit i en anbudsgivning utan att erhålla kontrakt inte kan anses ha förorsakats någon ersättningsgill skada om den upphandlande enheten visserligen överträtt bestämmelserna i LOU men någon annan anbudsgivare oavsett skulle ha erhållit kontraktet. Att en annan leverantör erhållit kontraktet verkar alltså enligt resonemanget vara en förutsättning för att en skada ska anses ha uppkommit, eller i de speciella omständigheter som var för handen i nämnda fall ansågs själva avbrytandet av upphandlingen vara avgörande. Fallet belyser att ett tilldelningsbeslut inte behöver vara avgörande för vilken leverantör som slutligen tilldelas ett avtal, utan mycket kan fortfarande hända efter att den upphandlande myndigheten tagit ett tilldelningsbeslut.

Om vi övergår till att granska preskriptionsbestämmelsen i 16 kap. 21 § LOU, så anges det att en skadeståndstalan ska väckas inom ett år från det att avtal har slutits. Möjligheten finns nu också som bekant inom ett år efter att ett avtal ogiltigförklarats, men just nu fokuseras på det första stadgandet. Betyder det att det är vid tidpunkten för avtalsslut som en skada uppkommer? I fallet Uniplex²⁴⁵ från EU-domstolen behandlas fristen i artikel 1.1 i

²⁴⁰ Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, s. 110.

²⁴¹ Kammarrätten i Göteborg mål T 1031-05, jfr även RÅ 1996 ref. 50 där samma slutsats nåddes.

²⁴² 9 kap. 11 § LOU, jfr 1 kap. 9 § AvtL.

²⁴³ Jfr 1 kap. 6 § AvtL.

²⁴⁴ Svea HovR mål T 6796-10.

²⁴⁵ Mål C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd mot NHS Business Services Authority*.

det första rättsmedelsdirektivet för att ansöka om prövning i syfte att fastställa att en överträdelse av reglerna om offentlig upphandling skett eller i syfte att erhålla skadestånd. Enligt domstolen räknas fristen från den dag då sökanden fick kännedom om eller borde ha fått kännedom om överträdelsen. Slutsatsen om när fristen ska börja löpa, som drogs i fallet, borde dock inte kunna användas då LOU ska tillämpas, eftersom en sådan frist inte ligger inom tolkningsutrymmet för stadgandet i 16 kap. 21 § LOU.

Schultz diskuterar i en artikel när en skadeståndsfordran uppkommer och som utgångspunkt för diskussionen tas preskription. Normalt preskriberas en fordran tio år efter tillkomsten enligt preskriptionslagen²⁴⁶, men i LOU har alltså en annan lösning valts. Artikeln behandlar dock skadeståndsfordringar generellt, och är inte inriktad på LOU. Skadeståndsfordringens preskription innebär dess död, men för att göra en bedömning av när en fordran så att säga dör måste man först bedöma när den uppkommer. Ofta sägs en fordran ha uppkommit när den väsentliga grunden för den var förhanden, men det borde endast vara ett sätt att legitimera en slutsats som vilar på de överväganden som föranleds av det särskilda fallet. Preskriptionen börjar enligt mångas uppfattning löpa vid tidpunkten för den skadegörande handlingen, vilket är ett uttryck för det första rättsfaktumets princip. För att en fordran ska uppstå krävs dock att handlingen leder till skada och att adekvat kausalitet finns mellan handlingen och skadan. Enligt ett HD-fall som kommenteras av Schultz betraktas en fordrans tillkomst som en utdragen process där skilda rättsverkningar kan inträffa vid skilda tillfällen vilket medför problem att finna etiketter för skilda faktorer som ger upphov till skilda rättsliga konsekvenser. Beträffande strikt ansvar resonerar Schultz att det är analytiskt omöjligt att avgöra tillkomsten av en skadeståndsfordran utifrån det första rättsfaktumet förrän senare fakta inträffat.²⁴⁷

När det gäller köprätten anses ett kontraktsbrott innebära startpunkten för när plikten att vidta skadebegränsande åtgärder anses uppkomma²⁴⁸, men frågan är om det kan tolkas som att skadan uppstår vid kontraktsbrottet. Det är förstås vid den tidpunkten omöjligt att fastställa exakt hur stor skada motparten kommer att lida, men enligt normalt språkbruk borde det endast vara möjligt att begränsa en skada efter att skadan faktiskt har uppstått och vid köprätten vet man redan vid exempelvis säljarens dröjsmål att leverera en vara att köparen riskerar att lida ekonomisk skada. Åsikten att en skadebegränsningsplikt även skulle finnas vid förväntade kontraktsbrott har framförts av vissa, som menar att en köpare i vissa situationer har en skyldighet att häva köpet och täckningsköpa vid anteciperade kontraktsbrott.²⁴⁹

Vid inomboligatoriska förhållanden är det förstas enklare att veta vem som drabbas av skada och skadebegränsningsplikten torde vara större när det rör sig om kontraktsförhållanden, inte minst med tanke på lojalitetsplikten. I

²⁴⁶ Preskriptionslagen (1981:130).

²⁴⁷ Schultz, Mårten, *Skadeståndsfordrans uppkomst*, s. 871.

²⁴⁸ Se avsnitt 3.5.

²⁴⁹ Jfr Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten Särskilt om skadeståndsberäkning*, s. 627 ff.

Köpl finns en uttrycklig reglering av plikten att begränsa sin skada och en lagreglering är starkare än en allmän skadeståndsrättslig princip. Vidare föreligger möjligheten att begreppet skada/tidpunkten när skadebegränsningsplikten uppkommer har en annan innebörd i köprätten än vad den har vid offentlig upphandling. Medan det köprättsliga skadeståndsansvaret syftar till att kompensera den icke-kontraktbrytande parten för att kontraktet inte fullgörs på rätt sätt, är skadeståndet enligt LOU till för att ersätta förlorad handelsvinst eller kostnader.²⁵⁰

Då det gäller offentlig upphandling är det betydligt svårare att på ett tidigt stadium veta vem som kommer att drabbas av ett fel som begås av en upphandlande myndighet. Visserligen är ansvaret strikt, men samtidigt måste adekvat kausalitet kunna påvisas mellan felet och den ekonomiska skadan som drabbar en leverantör. Med tanke på att olika kriterier ska viktas och det faktum att den upphandlande myndigheten har relativt stor frihet att bedöma anbudens kvalitet²⁵¹ är det problematiskt att bedöma vilken leverantör som skulle ha tilldelats avtalet innan ett upphandlingsavtal faktiskt slutits. Dock måste man beakta att när ett tilldelningsbeslut tas så står det relativt klart vilken leverantör som kommer att bli avtalspart, även om mycket som nämnt kan hända efter den tidpunkten. Risken för att något inträffar efter det att ett tilldelningsbeslut tagits torde vara betydligt större när flera anbudsgivare deltar i upphandlingen, deltar endast två anbudsgivare och en av dem gynnas av tilldelningsbeslutet är det bara den förfördelade leverantören som eventuellt begär överprövning.

Men även om det vid tidpunkten för myndighetens överträdelse, som jag i fortsättningen kallar den skadegörande händelsen, är oklart vem och om någon verkligen kommer att drabbas av en ekonomisk skada, har en process som eventuellt kan leda till skada inletts vid överträdelsetidpunkten.²⁵² Om inte överträdelserna framgår av förfrågningsunderlaget är det svårt att veta att ett fel begåtts innan tilldelningsbeslutet då anbudet blir offentliga.²⁵³ En så att säga färdig skada är för handen först när ett upphandlingsavtal sluts med en annan leverantör, och efter det måste självfallet en potentiellt skadelidande söka begränsa sin skada genom att försöka få andra uppdrag etc.

Att överprövning kan begäras redan då felaktigheten begåtts leder inte till några slutsatser som kan dras rörande skadestånd, eftersom en skada när det gäller överprövning inte behöver vara av ekonomiskt slag och dessutom kan överprövning ansökas om redan vid risk för skada.

Som jag ser det är det alltför många oklara moment som återstår vid tidpunkten för den skadegörande handlingen för att en skada kan sägas ha uppkommit för en leverantör. Då återstår två alternativ, antingen tidpunkten när tilldelningsbeslut tas eller då avtal tecknas. Endast i hovrättsfallet RH

²⁵⁰ Jfr 16 kap. 20 § 1, 2 st. LOU.

²⁵¹ Jfr mål T 1189-07, som nämns under avsnitt 5.4.

²⁵² Jfr Schultz resonemang i *Skadeståndsfordrans uppkomst*.

²⁵³ Jfr Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, s. 277 ff.

2010:48 anges exakt vilken tidsram den förfördelade anbudsgivaren hade till förfogande för att begränsa sin skada, vilket alltså var perioden mellan tilldelningsbeslutet och avtalsslutet. Anses skada uppstå vid tilldelningsbeslutet har leverantören en begränsad tid på sig att begära överprövning. Problemet att skadeståndets funktion i princip omintetgörs om ett krav på överprövning konsekvent upprätthålls återstår dock.

För att relatera skadetidpunkten till otillåten direktupphandling, finns egentligen endast två alternativ; den skadegörande handlingen eller avtalsslut. Något tilldelningsbeslut tas ju inte då den upphandlande myndigheten omöjliggör inlämnandet av anbud genom att direkt sluta avtal med en leverantör. Att fastställa när en överträdelse av LOU begicks kan svårligen göras. Då måste man ha tillgång till information om när ett beslut togs att genomföra en otillåten direktupphandling etc., vilket i flertalet fall kan vara problematiskt att få fram. Alternativet som återstår är tidpunkten för avtalsslut, vilken en skadelidande kan basera sin uträkning av skadestånd på. Skada kan visserligen även sägas uppstå när en leverantör får reda på att en otillåten direktupphandling skett, men det framstår som opraktiskt med tanke på att mer än en leverantör kan vara potentiellt skadelidande.

5.7 Medvållande eller skadebegränsning?

Som tidigare påpekats är medvållande något som tidsmässigt brukar ligga före tidpunkten då skadebegränsande åtgärder är möjliga. Som framgått av föregående avsnitt är det dock svårt att bestämma exakt tidpunkt när en skada uppstår och tillika när medvållande inte längre är möjligt. Därför kommer jag att gå igenom medvållande i förhållande till de två alternativa skadetillfällena som jag i enlighet med avsnittet ovan finner mest troliga.

Emellertid föreligger möjligheten att medvållande endast är tänkbart fram till tidpunkten för den skadegörande handlingen eftersom processen mot en skada inletts redan vid det tillfället och därför behandlas även det scenariot. Det är inte heller självklart att skadebegränsningsplikten uppkommer direkt efter att det potentiella ansvaret för medvållande upphört att gälla bara för att så är fallet inom vissa rättsområden, såsom köprätten.

Innan medvållande kopplas samman med olika eventuella skadetidpunkter ska något anges om vad som krävs för medverkansansvar och hur det kan påverka ett tänkbart skadestånd. För att ett handlande ska betraktas som medvållande förutsätts först och främst vållande, dvs. att den skadelidande genom att handla oaktsamt medverkat till skadan.²⁵⁴ Bestämmelsen om medvållande som finns i SkL är främst avsedd för culpaansvar, vilket framgår av att graden av vållande på båda sidor ska beaktas, men regeln är även tillämplig när det gäller strikt ansvar såvida inget annat finns stadgat.²⁵⁵ En speciell typ av medverkanssituation är förhanden när en skadlig effekt börjat inträda och den skadelidande inte begränsar skadan utan

²⁵⁴ Jfr 6 kap. 1 § 2 st. SkL, se även Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, s. 223.

²⁵⁵ Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, s. 231 f.

förrättas kanske till och med den. Enligt Bengtsson föreligger då skadeståndsskyldighet rörande den initiala skadan, men frågan är hur stor skadeersättning som ska erläggas med tanke på att den skadelidande hade kunnat få händelseförloppet att utveckla sig annorlunda. Det har diskuterats om situationen verkligen ska bedömas enligt medvållanderegler. Men även om medvållanderegeln visserligen är tillämplig när det är fråga om följskador av allmän förmögenhetsnatur till rena förmögenhetsskador, finns det anledning att vid en jämkningsbedömning ta större hänsyn än annars till vållande på båda sidor samt skadan.²⁵⁶ Även om medvållande brukar fokusera på tidpunkten kring en överträdelse, finns alltså vissa möjligheter att även senare aktiviteter/underlåtenhet ska bedömas enligt medverkansbestämmelser.

Medvållanderegeln avser inskräpa försiktighet och omtanke hos den skadelidande och det anses inte rättvist och rimligt att en oaktsam skadelidande ska kunna utkräva fullt skadestånd från motparten. Det vanliga när det gäller utomobligatoriska förhållanden är att skadeståndet jämkas till en viss kvotdel av skadan.²⁵⁷ Angående jämkningsnivå går man i litteraturen sällan in på detaljfrågor avseende bedömningen, vilket troligen beror på svårigheterna att uppställa generella principer för skilda situationer då det i praxis ofta synes göras en intuitiv bedömning.²⁵⁸

Att ett medvållande skulle föreligga vid tidpunkten för överträdelsen framstår som väldigt osannolikt, det är den upphandlande myndigheten som begår en överträdelse och att skadan skulle ha samband med den skadelidandes oaktsamhet är inte särskilt troligt. Någon skyldighet för en leverantör att kontrollera att allting går till på korrekt vis finns inte och dessutom är det som sagt ofta oklart vem och om någon kommer att lida skada av en felaktighet. Det skulle vara väldigt betungande för en leverantör att noga granska hela upphandlingsprocessen så att inga felaktigheter begås under risk att ses som oaktsam och eventuellt medvållande till en potentiell skada.

Medvållande som princip gäller även i utomobligatoriska förhållanden, men som nämnt i avsnittet ovan är det betydligt enklare att ingripa då man vet exakt vem som kommer att drabbas av en eventuell skada. Många exempel som förekommer i litteraturen rörande medvållande gäller personskador eller sakskador, då man vanligtvis redan vid den skadegörande handlingen äger visshet om vem som drabbas av skada.²⁵⁹ Eftersom felaktigheter inte sällan görs vid utvärderingen av inkomna anbud borde många fel inte uppdragas förrän ett tilldelningsbeslut tas och alla anbud blir offentliga. Om en skada anses ha uppkommit vid tilldelningsbeslutet och en leverantör får reda på att en överträdelse av bestämmelserna i LOU skett finns inte mycket utrymme för medvållande hos leverantören. Om inte underlåtenhet att begära överprövning kan ses som medvållande förstås. När det gäller

²⁵⁶ Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, s. 57, 181.

²⁵⁷ Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald, Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, s. 113.

²⁵⁸ Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, s. 85 ff.

²⁵⁹ Jfr t.ex. Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, kap. 13.

culpabedömningar brukar man som bekant använda en norm att jämföra en handling/underlåtenhet med²⁶⁰, och i detta fall skulle man eventuellt kunna använda skadebegränsningsprincipen som norm. Dock verkar det lite långsökt då man lika gärna kan tillämpa själva skadebegränsningsprincipen i sig under förutsättning att en skada anses föreligga.

Hur väl teorin om medvållandets eventuella betydelse efter den skadegörande handlingen passar in på offentlig upphandling kan dock ifrågasättas. En leverantör som inte känner till att en överträdelse skett kan knappast vara oaktsam genom underlåtenhet att vidta några åtgärder och skulle en leverantör känna till överträdelsen är det tveksamt huruvida ett agerande är nödvändigt i syfte att undvika att ses som culpös, eftersom det är så pass osäkert om överträdelsen leder till en ersättningsgill skada för den aktuella leverantören. De minimikrav som enligt Bengtsson möjligen kan sättas upp för ett handlande som objektivt sett kan ses som medvållande är följande. Den skadelidande ska ha haft möjlighet att handla annorlunda på ett vis som varit ägnat att minska risken för skadan och det korrekta förfarandet bör inte ha varit för kostsamt, besvärligt eller onaturligt för någon i den skadelidandes ställning. Vanligtvis ska den skadelidande dessutom ha haft tid på sig att ta ställning till om förfarandet borde användas. Betydelsefullt för bedömningen är också att sätta den skadelidandes handlande i relation till vållandet på ansvarssidan, har skadevållaren varit allvarligt vårdslös eller rentav uppsåtliga har begått felaktigheter borde inte smärre oförsiktighet eller tanklöshet hos den skadelidande påverka skadeståndet.²⁶¹ Eftersom strikt ansvar föreligger för den upphandlande myndigheten som överträder LOU, borde det åtminstone likställas med normalt vållande på ansvarssidan.²⁶²

Om vi övergår till skadebegränsning, så ska något nämnas om eventuell skyldighet att begära överprövning efter att en skada uppstått. I detta fall utgår jag dels från tidpunkten för tilldelningsbeslut, dels från avtalsslutstidpunkten. Uppstår skada först vid avtalsslutet återstår inte möjligheten att söka överprövning, utan då återstår endast andra skadebegränsande åtgärder såsom att hålla nere sina kostnader och försöka få andra uppdrag. Uppkommer skada däremot redan vid tilldelningsbeslutet finns utrymme för att ansöka om överprövning. Skadebegränsningsplikten omfattar endast skäliga åtgärder, och även om det inte är särskilt ansträngande att ansöka om överprövning behöver det inte ligga inom ramen för vad som skäligen kan begäras, även om ett par hovrättsfall tyder på det. Enligt Håstad är det inte säkert att en part behöver beakta motpartens intresse vid val av påföljd.²⁶³ Uttalandet rör visserligen köprätten, men samma övervägande borde kunna göras när det gäller offentlig upphandling. Eftersom det föreligger två alternativa rättsmedel, bör man kanske låta leverantören välja vilket alternativ denne vill nyttja, istället för att införa krav som urholkar skadeståndets funktion utan att uttryckliga lagregler behandlar problemet.

²⁶⁰ Hellner, Jan, Radetzki, Markus, *Skadeståndsrätt*, s. 128 f.

²⁶¹ Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, s. 66 f.

²⁶² Jfr a.a., s. 115.

²⁶³ Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, s. 211.

Om överprövning anses nödvändig såsom skadebegränsande åtgärd borde det medföra en nedsättning av skadeståndet till 0 kr, eftersom hela skadan hade kunnat undvikas om överprövning begärts. Anses felaktigheter ha begåtts tas upphandlingen om, och om inga överträdelser anses ha ägt rum har inte heller någon skada uppstått för leverantörerna. I tingsrättens domslut i fallet RH 2010:48 jämkades skadeståndet till två tredjedelar, vilket talar för att de tillämpat reglerna om medvållande, där bristen på aktsamhet föranledde en sänkning, men vållandet på ansvarssidan tillmättes större betydelse.

När det gäller otillåten direktupphandling har potentiella skadelidande betydligt längre tid på sig att ansöka om överprövning, men det gäller förstås att det uppdragas att ett avtal slutits med en leverantör utan att något upphandlingsförfarande skett. Att skadebegränsande åtgärder inte vidtagits är lättare att motivera då en leverantör inte varit medveten om att en otillåten direktupphandling skett. Eftersom tidsfristen för att ansöka om överprövning av ett avtals giltighet är så pass lång har skadeståndets betydelse minskat då det gäller otillåtna direktupphandlingar, inte minst med tanke på att det uttrycks i det nya rättsmedelsdirektivet att otillåtet ingångna avtal i princip bör ogiltigförklaras. Andra rättsmedel, såsom sanktionsavgift, hjälper nu till att fungera avskräckande, men som nämnt tidigare anser jag inte att skadeståndets funktion helt har bortfallit.

6 Sammanfattande kommentarer och slutsatser

6.1 Sammanfattande kommentarer

Som framgått av det ovanstående föreligger en del oklarheter kring skadeståndsfunktionen inom området för offentlig upphandling och lagstiftningen tillhandahåller inga klara lösningar. I det följande ska jag genom sammanfattande kommentarer diskutera hur det gällande rättsläget faktiskt ser ut och därmed åskådliggöra vilka förändringsbehov som finns. Avsikten är att i detta kapitel besvara de frågeställningar som inledningsvis ställdes upp i den mån de inte redan besvarats i avsnitten ovan.

Ett av de största problemen med att ställa upp krav på att skadebegränsande åtgärder i form av överprövning måste vidtas, för att rätten till skadestånd inte ska prekluderas, är att skadeståndets betydelse förtas i många situationer. Oavsett hur utfallet blir av en överprövningstalan är en efterföljande skadeståndsprocess meningslös. EU:s medlemsstater har i rättsmedelsdirektivet beretts en möjlighet att införa begränsningar av rätten till skadestånd lagstiftningsvägen, men den möjligheten har Sverige inte valt att ta. Krav kan inte heller införas genom direktivkonform tolkning, något absolut krav på att införa begränsningar föreligger ju inte och som sagt har direktiv ingen horisontell direkt effekt. En eventuell möjlighet att införa förpliktelser finns dock, som påpekats i uppsatsen, genom skadebegränsningsprincipen alternativt genom principen om medvållande. Enligt min uppfattning kan krav svårigen ställas jämlikt medvållanderegeln, då jag inte anser det vara culpöst att underlåta att söka överprövning så länge skadestånd och överprövning ses som alternativa rättsmedel utan något definierat inbördes förhållande. Såsom Håstad har angett, i och för sig gällande köprätten, är det inte säkert att en part behöver beakta motpartens intresse vid val av påföljd. Visserligen har det i praxis uppställts skyndsamhets- och effektivitetskrav och en av rättsmedelsdirektivets målsättningar är att tillhandahålla effektiva rättsmedel, men att effektiva rättsmedel ska tillhandahållas borde dock inte i sig innebära att en leverantör måste utnyttja överprövningsmöjligheten vid misstanke om framtida skada. Grossmanfallet handlade tyvärr endast om överprövning och huruvida krav kan ställas på preklusionsfrister inom vilka överprövning av en viss felaktighet måste sökas för att talerätten inte ska bortfalla. Förhållandet till skadestånd behandlades alltså inte av EU-domstolen, men påpekanden gjordes om att upphandlingsreglerna ska tillämpas effektivt. Dock är avvägningen mellan olika argument svår när själva förhållandet mellan skadestånd och överprövning aldrig ställts på sin spets i EU-domstolen. Stöd för en långtgående skadebegränsningsplikt har förstås uttryckts både i hovrättsfall och av bland annat Leffler.

I de två senare hovrättsfallen, där skadeståndet sattes ner till 0 kr, används begreppet skadebegränsning, vilket enligt min uppfattning borde ligga efter

tidpunkten för skadans inträffande då skadebegränsningsplikten normalt tar över. Även om skadebegränsning kan innefattas i medvållandebegreppet anser jag det som nämnt ligga närmare till hands att införa skadebegränsning under just principen om att begränsa sin skada. Anses en skada uppkomma vid tilldelningsbeslutet, vilket RH 2010:48 talar för, så finns chansen för en förfördelad leverantör att begära överprövning av upphandlingen, men det kan ifrågasättas om en skada för leverantören verkligen uppkommit vid den tidpunkten. Om däremot en skada anses uppkomma först vid upphandlingsavtalet kvarstår ingen möjlighet att ansöka om överprövning, utan då är leverantören hänvisad till att vidta andra åtgärder. Att ett civilrättsligt avtal ofta uppkommer vid tilldelningsbeslutet talar i viss mån för att skada för en förfördelad leverantör uppkommer vid nämnd tidpunkt, men som berörts tidigare förfaller inte de andra leverantörernas anbud och det är inte säkert att ett upphandlingsavtal ingås som till fullo överensstämmer med det civilrättsliga avtalet. Efter tilldelningsbeslutet är det som bekant fortfarande möjligt att begära överprövning och eventuellt måste upphandlingen göras om, vilket stöder ståndpunkten att skada uppkommer först då ett upphandlingsavtal sluts. Skadebegränsningsplikten och tidpunkten då en skada anses uppkomma kan även tänkas bero på den situation som karakteriserar den enskilda upphandlingen. Deltar endast två leverantörer är det förstås enklare att avgöra vem som kommer att drabbas av en skada och möjligen kan då en strängare plikt åläggas den förfördelade leverantören.

En skadebegränsningsplikt förekommer både vid inom- och vid utomobligatoriska förhållanden, men eftersom det vid offentlig upphandling uppkommer ett slags kvasikontraktuellt förhållande är det inte helt enkelt att avgöra hur och när skadebegränsningsprincipen ska tillämpas. En klar ekonomisk skada uppstår för en leverantör först då avtal sluts med någon annan rörande upphandlingsföremålet och en del talar som sagt därför för att det är först efter den tidpunkten som en skadelidande är förpliktad att begränsa sin skada, vilket inte kan ske genom överprövning men likväl genom andra åtgärder. För att blanda in lojalitetsprincipen kan dock poängteras att i enlighet med Munukkas resonemang kan vissa lojalitetshänsyn vara påkallade också utom kontraktsförhållanden, även om det är svårt att precisera exakt hur långtgående lojalitetsplikt som krävs när man rör sig på gränsen mellan inom- och utomobligatoriska förhållanden. Huruvida en rimlig lojalitetshänsyn från leverantörens sida innefattar att påpeka eventuella överträdelser vid första misstanke är högst tveksamt och på samma vis förhåller det sig med frågan om det kan ses som en rimlig skadebegränsande insats att ansöka om överprövning. Som nämnt behöver det inte vara särskilt besvärligt, men andra synpunkter som försvårar bedömningen spelar in. Dessutom är det inte, såsom vid kontraktsbrott inom köprätten, särskilt lätt att veta vem som kommer att påverkas av en upphandlande myndighets felaktiga tillämpning av LOU, eller ens om adekvat kausalitet kan finnas föreliggande mellan överträdelse och skada.

Ett syfte med överprövningsmöjligheten är förstås att konkurrensen ska kunna återupprättas om någon felaktighet begås, vilket är viktigt för att hela systemet med offentlig upphandling ska fungera på ett smidigt vis. Samti-

dig ställer det höga krav på leverantörerna, som åläggs att granska den upphandlande myndighetens agerande. Det kan ifrågasättas om en så långtgående undersökningsplikt ingår i de skäligen åtgärder som kan behöva vidtas enligt skadebegränsningsprincipen.

Skadebegränsande åtgärder brukar inte helt omintetgöra skadeståndets funktion, som begreppet antyder är principen till för att begränsa uppkomna skador. Ersättning utgår normalt för åtminstone en del av den uppkomna skadan. När det gäller offentlig upphandling har upphandlande myndigheter dock kunnat undslippa skadestånd helt av anledningen att överprövning inte begärts, vilket inte är i enlighet med det preventiva syftet som bestämmelserna är baserade på. Angående syftet med de bakomliggande direktiven, får man inte glömma bort att de är till för att uppfylla de intressen som presenteras i upphandlingsdirektivet från år 2004. Hänsyn borde alltså även tas till ändamålet med de bestämmelserna, nämligen att hindra att skattemedel nyttjas till att snedvrída konkurrensen genom diskriminering, favorisering av vissa leverantörer eller genom att uppställa handelshinder och ta hänsyn till andra irrelevanta faktorer.²⁶⁴ Här kan ett rättsekonomiskt syfte skönjas då hänsyn tas till offentliga medel och till optimering av konkurrensen, vilket innebär ett säkerställande av effektiv användning av skattebetalarnas medel.

Skadestånd är ett verktyg som ska förhindra en felaktig tillämpning av LOU, men i nuläget uppfylls inte det syftet enligt mig. Det beror delvis på den plikt som genom hovrättspraxis ålagts leverantörer att ansöka om överprövning om de anser att felaktigheter har förekommit under upphandlingen. Eftersom skadeståndet därigenom i många situationer omintetgörs försvinner skadeståndets avskräckande effekt när risken att behöva utge ersättning blir så pass liten. När det gäller otillåten direktupphandling har skadeståndet inte heller fått avsedd effekt, men anledningen är en annan. Oklarheter rörande under vilka förutsättningar skadestånd ska utgå torde här ha en avgörande betydelse för skadeståndets tveksamma genomslag, men förhoppningsvis har ersättningsmöjligheterna klargjorts något i denna uppsats. I det nya rättsmedelsdirektivet hade ett klargörande kunnat ske, men istället valdes en lösning där nya rättsmedel introducerades. Därför vill jag inte överdriva betydelsen av skadestånd vid otillåten direktupphandling, emellertid kan påpekas att även om andra metoder har införts för att förhindra otillåtna direktupphandlingar fyller skadeståndet fortfarande en funktion enligt mig, vilket bekräftas av förarbetsuttalanden²⁶⁵. Framförallt borde det gälla om mer än sex månader passerat sedan ett upphandlingsavtal slöts när den skadelidande upptäcker att en otillåten direktupphandling skett eller om upphandlingsföremålet redan fullgjorts.

Något som förtjänar uppmärksamhet är beviskravet som ställdes upp i NJA 2007 s. 349, nämligen att en leverantör ska visa att denne haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Beviskravet är alltså lägre än vid andra felaktigheter rörande en upphandling, men huruvida det faktumet fått

²⁶⁴ Se sidan 38.

²⁶⁵ Se sidan 55.

verkligt genomslag kan ifrågasättas. Om en leverantör måste jämföra sitt eget hypotetiska anbud med andra anbud som troligen skulle ha ingetts om upphandlingen skett öppet, blir det i realiteten ingen skillnad från beviskravet sannolikt, vilket inte är HD:s avsikt. För att ha en realistisk möjlighet att erhålla ett kontrakt borde det inte räcka med att ett anbud sannolikt skulle ha lämnats, utan såsom indikerades i NJA 2000 s. 712 bör även krav som den upphandlande myndigheten normalt ställer under upphandlingsförfaranden uppfyllas. Skillnaden mellan beviskraven sannolikt och realistisk möjlighet verkar alltså ligga i jämförelsen med andra hypotetiska anbud, vilket således inte borde behöva ske vid en otillåten direktupphandling. Det sänkta beviskravet är dock inte enbart positivt för en skadelidande leverantör, utan det hänger som nämnt samman med en skönsässig bedömning av ersättningsnivån som inte behöver uppgå till det positiva kontraktsintresset.

I och med NJA 2007 s. 349 är det relativt klarlagt att det positiva kontraktsintresset ska utgå när en leverantör är ersättningsberättigad efter att en felaktig upphandling har genomförts. Det är i sådana situationer ganska otänkbart att en upphandlande myndighet tvingas utge full ersättning till mer än en leverantör, även om det kan bli tal om ersättning enligt det negativa kontraktsintresset utöver ersättning enligt det positiva kontraktsintresset. Under vilka förutsättningar som ersättning även enligt det negativa kontraktsintresset ska utgå behandlas inte av HD och inte heller problematiken hur det är förenligt med tanken att bara en anbudsgivare kan få ett upphandlingskontrakt. Dessutom är det som tidigare påpekats märkligt att HD fastställde hovrättens domslut, trots att det i den instansen gjordes en bedömning med skönsässiga inslag.²⁶⁶

För att återkomma till den bristande preventiva effekten, kan det understrykas att ett konsekvent upprätthållande av att skadestånd nedsätts till 0 kr till följd av invändningar om att överprövning inte skett riskerar leda till en bristfällig efterlevnad av LOU från de upphandlande myndigheternas sida. Konsekvenser av det kan bli en rubbad konkurrenssituation som går ut över skattebetalarna. En invändning mot åsikten att den preventiva funktionen inte uppfylls är dock att rättsmedelsdirektivet tillåter begränsningar av rätten till skadestånd genom annat föregående prövningsförfarande. Om krav infördes genom lag på att en leverantör måste begära överprövning för att inte rätten till skadestånd ska prekluderas uppstår samma problematik som genom hovrättspraxisen har aktualiserats, nämligen att skadeståndets betydelse i princip omintetgörs. Skadeståndets funktion hade alltså även i det scenariot kraftigt minskat, men då hade grunden åtminstone varit ett aktivt ställningstagande från lagstiftarens sida. Att direktivets preventiva syfte blir problematiskt att uppfylla löses troligen bäst på EU-rättslig nivå. Det kan även påpekas att direktiv ska implementeras genom lag, att med stöd av en princip införa samma begränsningar som är möjliga enligt direktivet förefaller något märkligt.

²⁶⁶ Se sidan 31.

6.2 Slutsatser och ändringsförslag

Krav på att ansöka om överprövning underminerar den preventiva effekten som skadeståndsregleringen ska ha, upphandlande myndigheter avskräcks inte i tillräcklig mån från att genomföra felaktiga upphandlingar, utan ansvar slussas över på leverantörerna. Visserligen uppställs effektivitetsmål i direktivet, men som den senare hovrättspraxisen ser ut sker det på bekostnad av leverantörerna. Avseende otillåten direktupphandling kommer den nyligen införda regleringen, som innebär att ett avtal kan ogiltigförklaras och sanktionsavgift behöva erläggas, troligen verka avskräckande för upphandlande myndigheter. Det är ändå viktigt att möjligheten till skadestånd kvarstår, om en leverantör skulle upptäcka att en otillåten direktupphandling skett efter att överprövningsfristen löpt ut. För övrigt kan nämnas att jag håller med Björklund och Madell om att ogiltighet ofta är en opraktisk påföljd, eftersom en återgång av upphandlingsföremålet inte alltid är möjlig. Det gäller exempelvis om en byggnad redan uppförts helt eller delvis.

Att ha en skadeståndsrättslig preskriptionstid på ett år vore onödigt om snabba och effektiva rättsmedel ska användas under alla förhållanden. Leffler anger att en leverantörs rätt till skadestånd prekluderas om denne förhåller sig passiv utan något objektiva skäl. En leverantörs rätt till skadestånd kan alltså bibehållas om kännedom inte erhålls om den upphandlande myndighetens begångna fel, enligt Lefflers resonemang. Jag håller med om att effektivitet bör uppmuntras för att offentliga upphandlingar ska genomföras på smidigt sätt, men ifrågasätter om så långtgående slutsatser kan dras av den EU-rättsliga praxis som Leffler stöder sig på. Jag anser även att rimligheten i att en leverantör som upptäcker ett fel på ett sent stadiet av en upphandling, men av någon anledning inte hinner sända in en ansökan om överprövning i tid, går miste om hela det eventuella skadeståndet kan ifrågasättas. Upptäcker en leverantör en felaktighet efter att ett upphandlingsavtal slutits med någon annan, kan den upphandlande myndigheten invända att felet borde ha upptäckts tidigare, vilket ställer höga krav på leverantören när det i själva verket är den upphandlande myndigheten som begått felet.

För att betraktas som skadelidande vid en genomförd offentlig upphandling ska en leverantör kunna visa att denne skulle ha tilldelats kontraktet om allt gått till på korrekt sätt. När det å andra sidan gäller otillåten direktupphandling måste leverantören visa att denne sannolikt skulle ha lämnat ett anbud och dessutom haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet. Här går det inte att bortse från de krav som den upphandlande myndigheten normalt ställer vid regelrätta upphandlingar och likaså leverantörens branschfarenhet etc.

Beträffande ersättningsnivåer har riktlinjer utarbetats genom praxis, även om det fortfarande finns vissa frågetecken avseende otillåten direktupphandling. I de fallen måste hänsyn tas till olika premisser, vilket omöjliggör bestämning av en generell specifik ersättningsnivå. Andra delar av ska-

deståndsproblematiken kring offentlig upphandling är verkligen i behov av ställningstaganden så att skadeståndsfrågor blir enklare att hantera i framtiden. Att det i praktiken har införts vissa krav behöver inte innebära att den bästa lösningen använts och så länge inget mål tagits upp av HD där problemen behandlas är det svårt att uttala sig om vilken lösning som bör väljas.

När arbetet med denna uppsats inleddes var min förhoppning att en exakt tidpunkt då skada uppstår skulle kunna preciseras och att man enkelt utifrån den skulle kunna avgöra vilka skadebegränsande åtgärder som kan krävas. Men som så ofta när det gäller juridiken blir svaret att det beror på. Vilka faktorer som påverkar bedömningen är exempelvis hur långt medvållandeansvaret ska sträckas och huruvida ansökan om överprövning verkligen bör innefattas i skadebegränsningsplikten. Av den anledningen är ett klagörande lagstiftningsvägen verkligen önskvärt.

Det behövs en bättre och tydligare lagstiftning just när det gäller de rättsliga följderna av offentlig upphandling. Lagen är väldigt detaljreglerad i övrigt och det skulle höja förutsebarheten avsevärt om vissa problem klargjordes genom lagstiftning. Förutsebarheten är för tillfället väldigt bristfällig, vilket i vissa fall leder till att leverantörer inte vågar inleda skadeståndsprocesser och därmed uppfylls inte direktivets preventiva syfte. Som tidigare nämnt är förutsebarhet en del av öppenhetsprincipen, vilken i sin tur är en av de grundläggande principerna som både den EU-rättsliga regleringen och LOU ska bygga på.

Åtminstone borde HD bevilja prövningstillstånd till något skadeståndsmål så att tveksamheter kan redas ut och principer ställas upp för hur framtida fall ska behandlas. Dock kan det ta väldigt lång tid innan ett prejudikat kommer från HD, dels med tanke på arbetsbördan i domstolarna, men framförallt med tanke på att något bolag faktiskt måste våga driva en skadeståndstalan så långt.

Som jag inledningsvis konstaterade i uppsatsen är LOU:s skadeståndsbestämmelse fortfarande omgärdad av diverse oklarheter trots att paragrafen varit tillämplig i så pass många år. Är det inte på tiden att lagstiftaren klargör rättsläget?

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

KOM(2006) 195 slutlig, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG avseende effektivare förfaranden för prövning vad gäller offentlig upphandling.*

Prop. 1994/95:19, *Sveriges medlemskap i Europeiska unionen.*

Prop. 2001/02:121, *Genomförande av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m.*

Prop. 2001/02:142, *Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.*

Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.*

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

SOU 1999:139, *Effektivare offentlig upphandling För fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt.*

SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2.*

Litteratur

Agell & Malmström, Ramberg, Christina, *Civilrätt*, tjugoförsta upplagan, 2010.

Bengtsson, Bertil, *Om jämkning av skadestånd*, 1982.

Bengtsson, Bertil, Ullman, Harald, Unger, Sven, *Allehanda om skadestånd i avtalsförhållanden*, 2009.

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, fjärde upplagan, 2010.

Björklund, Daniel, Madell, Tom, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, SvJT 2008, s. 578 ff.

Ekelöf, Per Olof, Edelstam, Henrik, *Rättsmedlen*, tolfte upplagan, 2009.

Eriksson, Lars Torsten, Wiedersheim-Paul, Finn, *Att utreda forska och rapportera*, åttonde upplagan, 2006.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, 2009.

- Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, 2009.
- Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om offentlig upphandling - en handbok*, 2011.
- Hellner, Jan, Hager, Richard, Persson, Annina H., *Speciell avtalsrätt II Kontraktsrätt*, femte upplagan, 2 häftet, 2011.
- Hellner, Jan, *Metodproblem i rättsvetenskapen Studier i förmögenhetsrätt*, 2001.
- Hellner, Jan, Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, åttonde upplagan, 2010.
- Hentze, Margareta, Sylvén, Hans, *Sveriges rikets lag kommentarer Offentlig upphandling*, Upplaga 1:2, 1998.
- Herre, Johnny, *Ersättningar i köprätten Särskilt om skadeståndsberäkning*, 1996.
- Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, 2011.
- Hjelmborg, Simon Evers, Jakobsen Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, *EU Udbudsretten - udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, 2005.
- Håstad, Torgny, *Köprätt och annan kontraktsrätt*, sjätte upplagan, 2009.
- Höök, Rolf, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, JT 2007/08 nr 2, s. 452 ff.
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatiken som vetenskap*, SvJT 2004 häfte 1, s. 1 ff.
- Kellgren, Jan, Holm, Anders, *Att skriva uppsats i rättsvetenskap - råd och reflektioner*, 2007.
- Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelser av upphandlingsreglerna?*, ERT 2005 nr 1, s. 78 ff.
- Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, 2004.
- Munukka, Jori, *Kontraktuell lojalitetsplikt*, 2007.
- Munukka, Jori, *Lojalitetsplikten som rättsprincip*, SvJT 2010, s. 837 ff.
- Nicander, Hans, *Lojalitetsplikt före, under och efter avtalsförhållanden*, JT 1995/96 nr 1, s. 31 ff.
- Palm, Ulf, Riberdahl, Curt, *Upphandlingslagens skadeståndsregler bör ses över*, SvJT 1996, s. 644 ff.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, 1980.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, 1995.

Pedersen, Kristian, *Offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna - Några kommentarer till Europeiska kommissionens förslag till reviderade rättsmedelsdirektiv*, ERT 2006 nr 4, s. 575 ff.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder - en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2008.

Ramberg, Jan, Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2010.

Riese, Kerstin (red.), *Upphandlingsreglerna - en introduktion*, 2010.

Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? - del I*, JT 1999/00 nr 3, s. 591 ff, *del II*, JT 1999/00 nr 4, s. 867 ff.

Sandgren, Claes, *Vad är rättsvetenskap?*, Festskrift till Peter Seipel, s. 527 ff, 2006.

Sandin, Erik, *Åberopsbörda i mål om offentlig upphandling - två steg framåt, ett steg bakåt*, JT 2009/10 nr 4, s. 917 ff.

Schultz, Mårten, *Kausalitet Studier i skadeståndsrättslig argumentation*, 2007.

Schultz, Mårten, *Skadeståndsfordrans uppkomst*, JT 2010/11 nr 4, s. 870 ff.

Sveman, Eva, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, 2009.

Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen?*, 2009.

Wahl, Nils, *Offentlig upphandling och skadestånd - reparation, prevention eller ingendera?*, JT 1997/98 nr 2, s. 619 ff.

Internet

Bokwall, Carl, Arfwedson, Per-Owe, *Ny dom begränsar LOU-skadestånd*, hämtad den 29 september 2011: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.338931>

Domstolsverkets publikation, *Domstolsstatistik 2010*, hämtad den 20 september 2011: http://www.domstol.se/Publikationer/Statistik/domstolsstatistik_2010.pdf

Konkurrensverkets rapport 2011:1, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, hämtad den 15 september 2011: http://www.kkv.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2011-1.pdf

NOU:s rapport 52/99-28, *Kartläggning av fel och brister vid offentlig upphandling*, hämtad den 19 oktober 2011: <http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/99-52.pdf>

NOU:s yttrande 2007-01-26, mål nr T 1653-06, hämtad den 10 oktober 2011: http://www.kkv.se/upload/filer/upphandling/nou-arkiv/pdf/2006_0162_29_hd_ramavtal.pdf

Stenberg, Hans, *Professor analyserar HD-dom om LOU-skadestånd*, hämtad den 30 augusti 2011 från InfoTorg Juridik: www.infotorgjuridik.se

Rättsfallsförteckning

Svensk rättspraxis

Hovrätt

HovR över Skåne och Blekinge mål T 382-97, dom den 19 oktober 1998.

Göta HovR mål T 1704-04, dom den 14 mars 2006.

Svea HovR mål T 1189-07, dom den 12 juni 2008.

RH 2010:48

Svea HovR mål T 3328-10, dom den 15 februari 2011.

Svea HovR mål T 6796-10, dom den 22 juni 2011.

Kammarrätt

Kammarrätten i Göteborg mål T 1031-05, dom den 16 maj 2005.

Högsta domstolen

NJA 1983 s. 606

NJA 1990 s. 745

NJA 1998 s. 873

NJA 2000 s. 712

NJA 2007 s. 349

Högsta domstolens beslut mål T 1653-06, 27 juni 2007. (Beslut gällande överklagandet av Göta HovR mål T 1704-04).

Kompletterande överklagande mål T 2469-10, aktbilaga 2, 18 juni 2010. (Överklagande av RH 2010:48).

Högsta förvaltningsdomstolen (f.d. Regeringsrätten)

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 2005 ref. 10

EU-domstolen

Mål 26/62, *Van Gend & Loos mot Nederländska skatteförvaltningen*, dom den 5 februari 1963.

Mål 6/64, *Costa mot ENEL*, dom den 15 juli 1964.

Mål 41/74, *Van Duyn mot Home Office*, dom den 4 december 1974.

Mål 14/83, *Von Colson och Kamann mot Land Nordrhein Westfalen*, dom den 10 april 1984.

Mål C-243/89, *Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark*, dom den 22 juni 1993.

Mål C-6, 9/90, *Francovich och Bonifaci mot Italien*, dom den 19 november 1991.

Mål C-46/93 och 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA mot Bundesrepublik Deutschland och The Queen mot Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd m.fl.*, dom den 5 mars 1996.

Mål C-470/99, *Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH mot Entsorgungsbetriebe Simmering GmbH*, dom den 12 december 2002.

Mål C-230/02, *Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG mot Republik Österreich*, dom den 12 februari 2004.

Mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, dom den 11 januari 2005.

Mål C-406/08, *Uniplex (UK) Ltd mot NHS Business Services Authority*, dom den 28 januari 2010.