



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Axel Strandborg

# Skadestånd vid offentlig upphandling

– särskilt om regelöverträdelsen som ansvarsgrund

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Eva Lindell-Frantz

Termin för examen: Period 1 VT2018

# Innehållsförteckning

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Presentation av ämnet	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Avgränsningar	6
1.4 Metod och material	8
1.5 Forskningsläge	12
1.6 Terminologi	13
1.7 Disposition	13
2 UPPHANDLINGSRÄTTEN – DÅ, NU OCH I FRAMTIDEN	14
3 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET	18
3.1 Allmänna principer	18
3.2 Annonsering och upphandlingsdokument	19
3.3 Uteslutning och kvalificering	20
3.4 Anbudsprövning och anbudsutvärdering	20
4 RÄTTSMEDLEN	22
4.1 Rättsskyddsprincipen och rättsmedelsdirektiven	22
4.2 Avtalsspärr	23
4.3 Överprövning av upphandling	24
4.4 Överprövning av avtals giltighet	25
4.5 Skadestånd	26
4.5.1 Inledning	26
4.5.2 Förutsättningarna för skadestånd	27
4.5.3 Skadeståndet som ett sekundärt rättsmedel	30
5 SÄRSKILT OM REGELÖVERTRÄDELSEN	32
5.1 Inledning	32
5.2 Ansvarsgrund vid skadestånd	32
5.2.1 EU-rättsliga ramar	32
5.2.2 Svensk rättstillämpning	42
5.3 Grund för ingripande vid överprövning av upphandling	46
5.3.1 EU-rättsliga ramar	46

5.3.2	Svensk rättstillämpning	48
6	ANALYS OCH SLUTSATSER	51
6.1	Ansvarsgrund vid skadestånd	51
6.2	Jämförelse med överprövning	56
6.3	Utvecklingstendenser	59
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	61
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	65

# Summary

A condition for the award of damages based on the Swedish Procurement Act (LOU) is that there has been a violation of public procurement law. In recent years, the closer meaning of this condition has been elaborated on in case law, both on the European level and within the Swedish legal system. The purpose of this thesis is to examine the 'breach criteria' in light of the conditions imposed by EU law and the evolution of public procurement law in Sweden throughout the last century. In addition, a comparison is made with the threshold of infringement triggering a ground for the review and setting aside of procurement decisions.

As to the question whether liability is conditional upon the degree of seriousness of the breach of LOU, the following conclusions are drawn. For the recognition of a right to damages, EU law requires that an infringement of EU public procurement rules is 'sufficiently serious'. The clarity and precision of the rule infringed, and, by extension, the measure of discretion left by that rule to the national authorities, are the most important factors in evaluating whether a breach is sufficiently serious. By contrast, liability cannot be subjected to a requirement of fault. The Swedish Supreme Court has emulated this approach.

As to the question whether a more serious breach of LOU is required to trigger liability than to trigger a ground for the setting aside of procurement decisions, there are a few points that speak *in favour* of such a proposition. Other than the fact that the 'sufficiently serious breach criteria' is not mentioned in the case law concerning the review procedure, the Swedish Supreme Court has explicitly stated that an independent assessment of the breach should be carried out in civil proceedings for damages. However, statements from the European Court of Justice and the EFTA court contending that the remedy of damages should function as a 'procedural alternative' to other remedies provided for in the Remedies Directive speak *against* the assertion that the 'breach criteria' differs significantly. Furthermore, the Swedish Supreme Court clearly relates the assessment of a breach in damages cases to the case law concerning the setting aside of procurement decisions. Thus, the state of law seems unclear, even if I believe it is safe to conclude that there is no great difference between the two procedures in this respect.

A general trend in public procurement law is that societal interests are emphasised above the interests of individual tenderers. A limitation on tenderers' ability to receive damages by requiring a 'sufficiently serious breach' fits well with this trend. At the same time, the impact of this condition should not be overstated, since there are greater obstacles for a damages claim to be successful, *inter alia* with regard to causality.

# Sammanfattning

Ett rekvisit som ska vara uppfyllt för att skadestånd baserat på LOU ska komma i fråga är att det skett en *regelöverträdelse*, dvs. att en upphandlande myndighet har brutit mot en bestämmelse i LOU. Den närmare innebörden av detta krav har varit föremål för domstolsavgöranden under senare år, såväl inom ramen för den svenska rättstillämpningen som på EU-rättslig nivå. Syftet med denna uppsats är att undersöka kravet på en regelöverträdelse i ljuset av dess EU-rättsliga ramar och upphandlingsrättens historiska utveckling. En jämförelse med de krav som ställs upp vid överprövning genomförs också.

Vad gäller frågan huruvida det krävs att en regelöverträdelse är av en viss allvarlighetsgrad för att grunda skadeståndsansvar, dras följande slutsatser. EU-rätten påbjuder att en överträdelse av upphandlingsreglerna kan grunda skadeståndsansvar för den upphandlande myndigheten under förutsättning att överträdelsen är ”tillräckligt klar”. Den överträdde regelns grad av klarhet och precision och i förlängningen myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning är de viktigaste faktorerna för att avgöra om en överträdelse är tillräckligt klar. Däremot får ansvaret inte göras beroende av att myndighetens agerande kan betecknas som culpöst. Inom ramen för den svenska rättstillämpningen har HD tagit efter det nämnda synsättet och det är tydligt att HD kräver att en överträdelse av LOU kvalificeras som tillräckligt allvarlig för att skadestånd ska komma i fråga.

Vad gäller frågan huruvida det krävs en allvarligare överträdelse av LOU för att vara skadeståndsgrundande än för att ingripa mot upphandlingen vid en överprövning, finns det en del som talar *för* att så är fallet. Förutom att det i överprövningspraxis inte uttryckligen talas om att en överträdelse i överprövningsmål måste vara ”tillräckligt klar” eller dylikt för att föranleda rättelse, kan anföras att överprövningspraxis verkar ha blivit strängare på senare år. I vart fall har HD uttryckt att det ska ske en självständig felbedömning inom ramen för skadeståndsmål. Uttalanden från EU-domstolen och EFTA-domstolen om att skadeståndet ska fungera som ett ”processuellt alternativ” till överprövning talar emellertid *mot* att felbedömningarna vid överprövning och skadeståndsmål väsentligen skiljer sig åt. Ett annat argument i den riktningen är att HD tydligt knyter an till överprövningspraxis i skadeståndsmål. För närvarande får rättsläget betecknas som osäkert, även om det står klart att det i vart fall inte föreligger någon avgrundsdjup skillnad mellan bedömningarna.

En upphandlingsrättslig utvecklingstendens under senare år har varit att betona samhällliga värden och intressen framför leverantörernas. En begränsning av leverantörernas möjligheter att framgångsrikt föra en skadeståndstalan genom ett krav på att en överträdelse måste vara ”tillräckligt klar” passar väl in i den utvecklingen. Samtidigt bör inte betydelsen av ett sådant krav överdrivas eftersom det finns större hinder för missnöjda leverantörer som söker utfå skadestånd, t.ex. avseende kravet på kausalitet.

# Förord

Jag vill tacka doktoranden Fredrik Morawetz som vid ett seminarium i Lund i december 2017 inspirerade mig att skriva om ämnet.

Jag vill även tacka min handledare Eva Lindell-Frantz för värdefulla synpunkter under arbetets gång.

Mina vänner och framför allt min familj har stöttat mig genom åren och därför passar jag på att tacka även dem.

Sist och minst vill jag tacka Hemnet, Facebook och Youtube som aldrig varit mer än ett klick bort när jag behövt skriva på arbetet som mest.

Lund i maj 2018

*Axel Strandborg*

# Förkortningar

EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EFTA	European Free Trade Association
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska unionen (tidigare Europeiska gemenskaperna)
EUD	Europeiska unionens domstol (tidigare Europeiska gemenskapernas domstol)
EUT	Europeiska unionens officiella tidning
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FFU	Förfrågningsunderlag
HD	Högsta domstolen
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen (tidigare Regeringsrätten)
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner
NJA	Nytt juridiskt arkiv
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SkL	Skadeståndslag (1972:207)
TED	Tenders Electronic Daily

# 1 Inledning

## 1.1 Presentation av ämnet

I Sverige har det funnits ett rättsligt ramverk för offentlig upphandling under hela 1900-talet. Stora förändringar skedde dock i början av 1990-talet då den svenska lagstiftningen anpassades till EU-rätten.<sup>1</sup> Den nuvarande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (förkortad LOU) trädde i kraft den 1 januari 2017 och utgör en implementering av EU-direktiv som antogs 2014.<sup>2</sup> I allmänna termer kan det grundläggande målet med upphandlingslagstiftningen sägas vara att skapa rättvisa och effektiva ramar för myndigheternas upphandling av byggtreprenad, varor och tjänster.<sup>3</sup> Syftet är tänkt att uppnås genom att upphandlande myndigheter är skyldiga att följa en mängd *procedurregler*, dvs. regler som styr själva upphandlingsförfarandet. För att säkerställa procedurreglernas efterlevnad har i sin tur även *remedieregler* införts i LOU, däribland en rätt till skadestånd för leverantörer som lidit skada p.g.a. att en upphandlande myndighet inte har följt lagens bestämmelser.<sup>4</sup>

Ett rekvisit som ska vara uppfyllt för att skadestånd ska komma i fråga är att det skett en *regelöverträdelse*, dvs. att en myndighet har brutit mot en bestämmelse i LOU. Den närmare innebörden av detta krav har varit föremål för domstolsavgöranden under senare år, såväl inom ramen för den svenska rättstillämpningen som på EU-rättslig nivå. Ett avgörande från EFTA-domstolen meddelat hösten 2017<sup>5</sup> har väckt viss osäkerhet om hur allvarlig en överträdelse behöver vara för att aktualisera skadeståndsansvar. Ett exempel på en annan fråga som aktualiseras är vilken betydelse en bestämmelses grad av klarhet och precision kan komma att få för ansvarsbedömningen. Den sistnämnda problematiken illustreras av lagrådets remissvar i samband med införandet av LOU, där vissa av de bakomliggande direktivens bestämmelser betecknas som ”rätt och slätt obegripliga” eller ”tvetydiga” och där det anges att det är ofrånkomligt att direktivens vidlyftighet återspeglas också i den svenska regleringen.<sup>6</sup> Ytterligare en aspekt är kopplingen till överprövning av upphandling, som utgör ett annat rättsmedel vid sidan av skadestånd, och där det också krävs en regelöverträdelse för att en missnöjd leverantör ska kunna nå framgång med sin talan.

---

<sup>1</sup> För en närmare beskrivning av den historiska utvecklingen, se kapitel två nedan.

<sup>2</sup> Direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/25/EU.

<sup>3</sup> Andersson 2014, s. 12. Se närmare skälen 1–2 i direktiv 2014/24/EU och Henning 2014/15, s. 412 f.

<sup>4</sup> 20 kap. 20 § LOU.

<sup>5</sup> Mål E-16/16 *Fosen-Linjen*.

<sup>6</sup> Yttrande från Lagrådet av den 12 februari 2016, Nytt regelverk om offentlig upphandling, s. 3 f.



## 1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med denna uppsats är att undersöka möjligheterna för leverantörer att erhålla skadestånd vid myndigheters överträdelse av upphandlingslagstiftningen. Fokus ligger på *ansvarsgrunden*, dvs. själva regelöverträdelsen. Kraven på ansvarsgrunden undersöks i ljuset av dess EU-rättsliga ramar och upphandlingsrättens historiska utveckling. En jämförelse med de krav som ställs upp för att en domstol ska kunna ingripa mot en upphandling vid överprövning genomförs också. För att uppsatsen ska tjäna sitt syfte har jag utgått från följande frågeställningar:

1. Behöver en överträdelse av en bestämmelse i LOU vara av en viss allvarlighetsgrad för att grunda skadeståndsansvar och vilka parametrar är i så fall av betydelse för bedömningen av överträdelsen?
2. Krävs en allvarligare överträdelse av LOU för att vara skadeståndsgrundande än för att ingripa mot upphandlingen vid en överprövning?
3. Går det att koppla samman svaren på de två första frågorna med en utvecklingstendens inom upphandlingsrätten?

## 1.3 Avgränsningar

Undersökningen begränsar sig till att behandla LOU, dvs. upphandling inom den s.k. klassiska sektorn,<sup>7</sup> även om skadeståndsregleringen är likartad i LUF, LUK och LUF5. Fokus ligger vidare på sådana upphandlingar som hamnar *över* de s.k. tröskelvärdena och som också i övrigt omfattas av upphandlingsdirektiven, dvs. upphandlingar som fullt ut är underkastade de EU-rättsliga bestämmelserna på området. Det kan dock noteras att den svenska lagstiftaren har valt att göra skadeståndsreglerna i LOU tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdena, även om Sverige som utgångspunkt inte kan hållas ansvarig inför EU-domstolen i de fallen.<sup>8</sup>

Framställningen berör framför allt remedieregler, och inte de omfattande procedurregler som upptar större delen av LOU. Rättsmedlen är dock tänkta att användas för att sanktionera överträdelse av procedurreglerna, varför det är svårt att fullt ut förstå rättsmedlens funktion och förutsättningarna för att använda

---

<sup>7</sup> Den klassiska sektorn omfattar stat, kommun, landsting, offentligt ägda företag m.m., dvs. organisationer som vi normalt betraktar som "det allmänna" eller "det offentliga".

<sup>8</sup> EU-domstolen har dock slagit fast att kontrakt under tröskelvärdena och kontrakt som annars inte faller under upphandlingsdirektivets tillämpningsområde i vissa fall kan ha ett "bestämt gränsöverskridande intresse" och därför omfattas av primärrättens regler, se t.ex. EUD mål C-507/03 *Kommissionen mot Irland*, p. 29. Primärrättens betydelse för offentlig upphandling har behandlats utförligt i Sundstrand 2012.

desamma utan att känna till hur upphandlingsförfarandet är reglerat. Procedur-reglerna beskrivs därför översiktligt i kapitel tre, främst för att ge läsaren en bild av vad en regelöverträdelse egentligen kan bestå i.<sup>9</sup>

För att tillse att de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling efterlevs, finns två typer av kontroll. *Privat kontroll* å ena sidan utövas av enskilda aktörer på medlemsstatsnivå, t.ex. genom skadeståndsanspråk och andra remedier. *Offentlig kontroll* å andra sidan utövas av Europeiska kommissionen, ytterst genom att väcka talan mot en medlemsstat enligt artiklarna 258 och 260 FEUF.<sup>10</sup> På nationell nivå består den offentliga kontrollen av bestämmelser om tillsyn och upphandlingsskadeavgift.<sup>11</sup> Det säger sig självt att offentlig kontroll i stort faller utanför den här uppsatsens problemområde. När det gäller den privata kontrollen, ligger fokus främst på skadeståndsinstitutet. För att kunna besvara uppsatsens frågeställningar är det dock nödvändigt att ha en förståelse för hur skadeståndet samspelar med andra rättsmedel vid offentlig upphandling, i synnerhet överprövning.

Skadeståndsregeln i LOU tar sikte på de leverantörer som gått miste om ett kontrakt p.g.a. att en upphandlande myndighet inte följt bestämmelserna i lagen. Den leverantör som (felaktigt) erhöll kontraktet från början har emellertid också en möjlighet att kräva skadestånd av den upphandlande myndigheten om avtalet har ogiltigförklarats med stöd av LOU. I de sistnämnda fallen är det dock osäkert om skadeståndsansvar kan göras gällande direkt med stöd av LOU.<sup>12</sup> Således har inte den möjligheten till skadestånd diskuterats vidare nedan. Detsamma gäller skadeståndsansvar baserat på SkL eller annan författning.<sup>13</sup> Den här framställningen fokuserar nämligen på skada för förbigången leverantör på grund av överträdelser av upphandlingsregelverket, dvs. den ”egentliga” skadeståndsregeln i LOU.

Som framgår redan av uppsatsens titel, ligger fokus framför allt på regelöverträdelsen som ansvarsgrund för skadestånd. Av utrymmesskäl ägnas därför inte någon större uppmärksamhet åt principerna för beräkning av skadeståndets storlek.

---

<sup>9</sup> För en mer ingående beskrivning av upphandlingsproceduren, se t.ex. Pedersen 2017 och Forsberg 2017. Det underliggande direktivet 2014/24/EU kommenteras utförligt i ljuset av EU-domstolens praxis i de Koninck, Ronse & Timmermans 2015.

<sup>10</sup> Schebesta 2016, s. 20 ff.

<sup>11</sup> I Sverige är sedan år 2007 Konkursverket tillsynsmyndighet. Det är också Konkursverket som för talan hos allmän förvaltningsdomstol om upphandlingsskadeavgift, som är en slags administrativ straffavgift som aktualiseras då avtal under vissa omständigheter får bestå trots att upphandlingen innefattat överträdelser av lagen. Se närmare 21 och 22 kap. LOU och Pedersen 2017, s. 201 ff.

<sup>12</sup> Andersson 2014, s. 17. Se dock prop. 2009/10:180, s. 225 f där regeringen gör bedömningen att skadeståndsbestämmelsen i LOU omfattar en sådan situation. Se även Asplund m.fl. 2012, s. 385 ff.

<sup>13</sup> Angående förhållandet mellan SkL och LOU, se NJA 2013 s. 909 och Andersson 2014, s. 33 ff.

Inte heller behandlas kausalitetsfrågor särskilt ingående. Processuella frågor, såsom talerätt, bevisbörda och beviskrav, preskription, processkostandsansvar m.m., berörs antingen i mindre utsträckning eller inte alls.

I ljuset av det stora och detaljerade regelkomplex som upphandlingsrätten omfattar, är det inte svårt att föreställa sig att en regelöverträdelse kan uppstå i många olika situationer. Det finns bokstavligen hundratals sätt för en upphandlande myndighet att inte följa lagstiftningen. Andersson har gjort ett försök att systematisera regelöverträdelserna i olika typsituationer.<sup>14</sup> Med *otillåten direktupphandling* avses att en myndighet helt förbigår upphandlingsförfarandet, dvs. att myndigheten underlåter att annonsera upphandlingen och avtalar direkt med en leverantör, trots att ärendet är sådant att förfarandereglererna i LOU ska följas. Med *ärendehanteringsfel* avses att ett upphandlingsförfarande visserligen inletts, men att det skett en regelöverträdelse i ett senare skede av processen. Det kan handla om fel vid upphandlingens konkurrensuppsökande skede (t.ex. rörande annonseringen eller utformningen av förfrågningsunderlaget och däri uppställda krav), fel vid leverantörskontrollen (t.ex. rörande uteslutning) samt fel vid anbudsutvärderingen (t.ex. avvikande från det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet). Med *avbruten upphandling* avses att den upphandlande myndigheten avslutat förfarandet utan att ha slutit avtal med en leverantör. Det brukar anföras att det krävs att ett avbrytandebeslut förutsätter ”sakligt godtagbara skäl” och att skadestånd således kan komma att aktualiseras om sådana skäl saknas. Avbrytande av upphandling lämnas dock i stort utanför den här uppsatsen,<sup>15</sup> liksom otillåten direktupphandling.<sup>16</sup> Uppmärksamheten ägnas således främst åt ärendehanteringsfel och vad som krävs för att sådana ska kunna ligga till grund för ett skadeståndsansvar.

## 1.4 Metod och material

Den här uppsatsen ämnar utreda rättsläget sådant det är (*de lege lata*). För att kunna besvara uppsatsens två första frågeställningar har jag således använt mig av den metod som brukar benämnas *traditionell rättsdogmatisk metod*. Syftet med metoden kan sägas vara att åstadkomma en auktoritativ utsaga om gällande rätt.<sup>17</sup> Med ”gällande rätt” förstås själva rättssystemet som normativt system.<sup>18</sup> Jareborg uttrycker det som att den rättsdogmatiska forskningen bedrivs i syfte

---

<sup>14</sup> Andersson 2014, s. 18 ff.

<sup>15</sup> Angående skadestånd vid avbruten upphandling, se NJA 2013 s. 762 och NJA 2016 s. 369. Rättsfallen har kommenterats i Andersson 2014, s. 30 ff och Andersson 2016, s. 108 ff. Se även Andersson 2017, s. 253 ff och Pedersen 2017, s. 171 ff.

<sup>16</sup> Angående skadestånd vid otillåten direktupphandling, se NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349. Rättsfallen har kommenterats i Andersson 2014, s. 25 ff. Se även Andersson 2017, s. 252 f.

<sup>17</sup> Se härvid med vidare referenser Olsen 2004, s. 112.

<sup>18</sup> Jareborg 2004, s. 9 och Kleineman 2013, s. 24.

att ”rekonstruera ett fragment av ett visst rättssystem”.<sup>19</sup> Syftet uppnås genom att de allmänt accepterade rättskällorna tolkas och värderas med hänsyn till deras inbördes hierarkiska ordning. I det svenska rättssystemet tas utgångspunkten därför i lagstiftning, rättspraxis, lagförarbeten och juridisk (rättsdogmatisk) litteratur.<sup>20</sup> Lagstiftning och rättspraxis från prejudikatinstanserna har formell auktoritet, medan den juridiska litteraturen kan sägas övertyga i kraft av de argument som framförs. Lagförarbetenas ställning är omtvistad, men det står klart att uttalandena däri är av större betydelse än ett genomsnittligt uttalande i litteraturen.<sup>21</sup>

Bilden kompliceras när det gäller områden som omfattas av unionsrätten. EU-rätten utgör nämligen en ”ny rättsordning inom folkrätten”,<sup>22</sup> dvs. en autonom rättsordning i sig själv, som äger företräde framför medlemsstaternas nationella rättsordningar.<sup>23</sup> Med *EU-rättslig metod* avses den särskilda (rättsdogmatiska) metod för att tolka EU-rättsliga källor som EU-domstolen har utvecklat.<sup>24</sup> Karakteristiskt för denna är bl.a. den ändamålsinriktade (teleologiska) tolkning av unionsrättsliga bestämmelser som EU-domstolen i stor utsträckning använder sig av. Domstolen utgår nämligen från att unionsrättsliga bestämmelser är avsedda att ha en ändamålsenlig verkan (franska: ”effet utile”), varför domstolen gärna väljer den tolkning som leder till att bestämmelserna får genomslag i medlemsstaterna och att avsedd effekt verkligen uppnås.<sup>25</sup> Därutöver ska unionsrättsliga bestämmelser tolkas i en riktning som överensstämmer med de allmänna rättsprinciper som vuxit fram i EU-domstolens praxis, t.ex. proportionalitetsprincipen.<sup>26</sup> I sin tur ska nationella bestämmelser tolkas unionsrättskonformt, dvs. med hänsyn till relevanta unionsrättsliga reglers innehåll och syfte.<sup>27</sup>

Ytterligare något som utmärker unionsrätten är att rättspraxis, vid sidan av primärrätten<sup>28</sup> och sekundärrätten,<sup>29</sup> utgör en mycket viktig rättskälla. EU-domstolen har enligt artikel 19 FEU exklusiv kompetens att tolka unionsrätten och det är EU-domstolen som har gett de från början nakna och vaga bestämmelserna i fördragen rättslig struktur och ett konkret innehåll.<sup>30</sup> När det gäller betydelsen av lagförarbeten som rättskälla skiljer sig den EU-rättsliga metoden väsentligt

---

<sup>19</sup> Jareborg 2004, s. 8. Se även Kleineman 2013, s. 21 med en snarlik formulering.

<sup>20</sup> Kleineman 2013, s. 21 och Jareborg 2004, s. 8. Se närmare Bernitz m.fl. 2014, s. 31 ff.

<sup>21</sup> Se närmare Kleineman 2013, s. 28 och Bernitz m.fl. 2014, s. 31 ff.

<sup>22</sup> EUD mål C-26/62 *Van Gend en Loos*.

<sup>23</sup> EUD mål C-6/64 *Costa mot E.N.E.L.*. Se närmare Bernitz & Kellgren 2018, s. 100 ff.

<sup>24</sup> Hettne & Otken Eriksson 2011, s. 34 ff.

<sup>25</sup> Se närmare Bernitz & Kjellgren 2018, s. 195 ff.

<sup>26</sup> Reichell 2013, s. 125 f.

<sup>27</sup> EUD mål C-14/83 *von Colson*. Se närmare Bernitz & Kellgren 2018, s. 123 ff.

<sup>28</sup> Med ”primärrätten” avses EU:s två grundläggande fördrag – FEU och FEUF - liksom allmänna rättsprinciper och Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. Se närmare Bernitz & Kellgren 2018, s. 184 ff.

<sup>29</sup> Med ”sekundärrätten” avses den lagstiftning som införts inom EU, varvid förordningar och direktiv utgör de viktigaste. Se närmare Bernitz & Kellgren 2018, s. 184 ff.

<sup>30</sup> Bernitz & Kjellgren 2018, s. 187 f.

från den traditionellt svenska. Inom unionsrätten saknas i huvudsak detaljerade lagförarbeten av det slag som brukar finnas till svenska lagar. I stället kan skälen i ingressen till unionslagstiftning sägas fylla en liknande funktion. Skälen är inte formellt bindande, men utgör likväl en del av själva rättsakten. Många gånger kan de ge betydande tolkningshjälp genom att förtydliga innebörden av en viss bestämmelse. Därutöver anges inte sällan syften och relevanta intressen som kan beaktas vid tolkningen, även om en tydlig prioritetsordning mellan dessa ofta saknas.<sup>31</sup>

Av relevans för den här framställningen är även en diskussion rörande rättskällevärdet av EFTA-domstolens praxis. EFTA-domstolen handhar rättstvister som uppstår i samband med tolkningen av EES-avtalet (av vilket EU:s materiella upphandlingslagstiftning blivit en del<sup>32</sup>). EFTA-domstolens avgöranden är visserligen inte bindande för de medverkande EFTA-länderna (och än mindre för EU-domstolen och EU:s medlemsländer), men i praktiken respekterar EFTA-länderna domstolens ställningstaganden. Vid sin tolkning av EES-avtalet tar EFTA-domstolen stor hänsyn till en övergripande princip om att det i materiellt hänseende så långt möjligt ska råda *homogenitet* mellan EU-rätten och EES-rätten.<sup>33</sup> Det nämnda innebär att EFTA-domstolens avgöranden kan ha betydelse som ”inspirationskälla” i EU-rättsligt hänseende, dvs. övertyga i kraft av de argument som framförs.<sup>34</sup> EFTA-domstolens praxis torde t.o.m. väga tyngre än enskilda författares uppfattning i olika rättsfrågor, eftersom intresset av homogenitet tjänar såväl EFTA-länder som EU-länder och därmed borde beaktas även av EU-domstolen.

Vad så gäller materialet för den rättsdogmatiska undersökningen har lagtext och bakomliggande EU-direktiv bildat en naturlig utgångspunkt. Förarbetena till den svenska lagtexten och de inledande skälen i direktiven har härvid utgjort ett stöd vid tolkningen av de ofta kortfattade bestämmelserna. Huvuddelen av materialet som legat till grund för min rättsdogmatiska analys består emellertid av rättspraxis från EU-domstolen, HD och HFD. Även ett fall från EFTA-domstolen har – som antytts ovan – diskuterats. Däremot har jag som princip inte använt mig av avgöranden från underrätterna. Skälen till det har dels att göra med utrymme, dels med rättskällevärde; det här arbetet intresserar sig i första hand för normerna, inte hur de tillämpas i underrätter.<sup>35</sup>

---

<sup>31</sup> Bernitz & Kjellgren 2018, s. 198 ff.

<sup>32</sup> Se bilaga XVI till EES-avtalet.

<sup>33</sup> Bernitz & Kjellgren 2018, s. 268 f.

<sup>34</sup> Jfr middagstal av Carl Baudenbacher, ordförande i EFTA-domstolen, vid den årliga middagen arrangerad av Law Society, Competition Section i London den 22 November 2017, tillgängligt på <http://communities.lawsociety.org.uk/Uploads/m/r/w/audenbacher-speech-competition-section-annual-dinner.pdf>

<sup>35</sup> Jfr Kleineman 2013, s. 24.

När det gäller rättsfallen rörande skadestånd har ambitionen varit att behandla de fall från HD och EU-domstolen som är av omedelbar relevans för bedömningen av just regelöverträdelsen. När det däremot gäller överprövningspraxis har jag nödgats göra ett urval. Här har jag valt sådana rättsfall som behandlar likande regelöverträdelser som skadeståndsmålen och som jag – och andra författare med mig<sup>36</sup> – därmed funnit lämpliga att använda för en jämförelse. Vissa av rättsfallen (inte minst från EU-domstolen men även t.ex. RÅ 2002 ref. 50) har några år på nacken, men de har likväl ett rättskällevärde då skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet och de allmänna principerna för upphandling inte har förändrats sedan de ifrågakvarande avgörandena meddelades.

I anslutning till domstolsavgörandena har jag riktat blicken mot de reaktioner som väckts i den juridiska litteraturen. Den juridiska litteraturen har även spelat en stor roll när det gäller den mer övergripande beskrivningen av upphandlingsförfarandet och rättsmedlen i kapitel tre och fyra. När det gäller just den unionsrättsliga litteraturen ska konstateras att EU-rätten är ett ungt rättsområde med många ännu olösta problem och att litteraturen därmed i hög utsträckning är engagerad i att utveckla rättsområdet. Således har jag varit uppmärksam på att det i litteraturen – inklusive det material jag har använt mig av – inte alltid görs en tydlig distinktion mellan vad som är gällande rätt (*de lege lata*) och vad som borde vara gällande rätt (*de lege ferenda*).<sup>37</sup>

För att besvara den tredje och sista frågeställningen har jag gjort en historisk tillbakablick på hur upphandlingsrätten har utvecklats sedan början av 1900-talet. Här har jag framför allt använt mig av den juridiska litteraturen och förarbetena till upphandlingslagstiftningen som i hög utsträckning har dokumenterat de förändringar som upphandlingsrätten genomgått under årens lopp. Jag har även försökt att leverera någon liten framtidsspaning baserat på kommittédirektiv från den svenska regeringen. Uppmärksamheten ägnas inte så mycket åt detaljer och enskilda reglers utformning, utan snarare åt de skyddsintressen och ändamål som lagstiftaren vid olika tidpunkter valt att betona. Här ibland finns två framstående skyddsintressen som åtminstone till viss del konkurrerar med varandra. *Allmänintresset* å ena sidan upphöjer hushållning av allmänna medel till ledstjärna. Med det synsättet är det överordnande målet att det offentliga ska agera affärsmässigt, dvs. sträva efter att göra en så bra affär som möjligt. Samtidigt finns det inom ramen för samhällsintresset utrymme att beakta exempelvis sociala och miljömässiga konsekvenser, liksom upphandlande myndigheters ansvar för upprätthållandet av gemensamma värden och samhällsfunktioner. *Leverantörsintresset* å andra sidan betonar vikten av att skydda de enskilda aktörernas ekonomiska intressen, snarare än samhällets. Fokus hamnar således på att garantera leverantörerna en rättvis behandling i deras förhållanden med det offentliga. Konkret innebär det att myndigheten i ett enskilt fall kan behöva bortse från det

---

<sup>36</sup> Se t.ex. Vestling 2017, s. 53 ff och 66.

<sup>37</sup> Bernitz & Kjellgren 2018, s. 209 f.

kommersiellt sett bästa anbudet, även om rättvis konkurrens på sikt antas leda till bättre affärer.<sup>38</sup> Samtidigt är en långtgående rätt för leverantörer att utnyttja olika rättsmedel (såsom överprövning och skadestånd) förknippad med förseningar och kostnader som ytterst bärs av det allmänna.<sup>39</sup>

## 1.5 Forskningsläge

Inom ramen för den svenska juridiska litteraturen utmärker sig Håkan Andersson<sup>40</sup> med ett ambitiöst försök att systematisera och sammanfatta rättsläget avseende rätten till upphandlingsskadestånd.<sup>41</sup> Andersson har bl.a. utförligt kommenterat NJA 2016 s. 358 och dess implikationer för svensk rättstillämpning.<sup>42</sup> På europeisk nivå har Hanna Schebesta<sup>43</sup> skrivit en bok baserad på hennes avhandling som behandlar skadeståndsremediet vid offentlig upphandling, såväl ur ett komparativt som ett rent EU-rättsligt perspektiv.<sup>44</sup> Albert Sanchez-Graells<sup>45</sup> har i sin tur kommenterat EFTA-domstolens avgörande i mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, som kan sägas vara det senaste inlägget rörande ansvarsgrunden vid upphandlingsskadestånd på den europeiska nivån.<sup>46</sup>

Trots ovan nämnda arbeten menar jag likväl att skadeståndsinstitutet vid offentlig upphandling är ett relativt outforskat område inom rättsvetenskapen. Enligt min mening finns det därför utrymme för en framställning som likt denna uppsats fokuserar på regelöverträdelsen som ansvarsgrund. Mig veterligen har de frågetecken kring EU-rättens påbud som uppstått med anledning av EFTA-domstolens avgörande i mål E-16/16 *Fosen-Linjen* inte varit föremål för någon mer djuplodande diskussion i den svenska juridiska litteraturen.<sup>47</sup> Därutöver är min förhoppning att ett försök att lyfta blicken och diskutera upphandlingsskadeståndet i förhållande till upphandlingsrättsliga utvecklingstendenser kan utgöra ett intressant komplement till den renodlat rättsdogmatiska forskningen.<sup>48</sup>

---

<sup>38</sup> Andersson 2014, s. 13. Jfr även prop. 2006/07:128, s. 154.

<sup>39</sup> Schebesta 2016, s. 22. Se även dir. 2017:69, s. 3 f.

<sup>40</sup> Professor i civilrätt vid Uppsala universitet.

<sup>41</sup> Andersson 2017, Andersson 2016 och Andersson 2014.

<sup>42</sup> Andersson 2017, s. 223 ff och Andersson 2016, s. 102 ff.

<sup>43</sup> Assisterande professor vid Wageningen University.

<sup>44</sup> Schebesta 2016.

<sup>45</sup> Reader vid University of Bristol Law School.

<sup>46</sup> Sanchez-Graells 2018b.

<sup>47</sup> Det ska dock nämnas att Mikael Dubois och Anna Wennberg vid Hamilton Advokatbyrå har skrivit ett kortare blogginlägg där frågan diskuteras. Blogginlägget finns tillgängligt på <https://upphandling24.se/EFTA-domstolen-overtradelsens-art-utan-betydelse-skadestandsansvar/>

<sup>48</sup> Det ska dock nämnas att doktoranden Fredrik Morawetz vid ett seminarium i Lund den 12 december 2017 diskuterade just hur NJA 2016 s. 358 kunde placeras i förhållande till utvecklingstendenser inom upphandlingsrätten. Förhoppningsvis bjuds vi på fler insikter i den genren när Morawetz avhandling väl publiceras.

## 1.6 Terminologi

Termerna *EU-rätt* och *unionsrätt* används växelvis och synonymt för att beteckna EU:s samlade regelverk, liksom den gemenskapsrätt (EG-rätt) som gällde före Lissabonfördragets ikraftträdande 2009. Med förkortningen *EU* avses såväl Europeiska unionen som dess föregångare Europeiska gemenskaperna. För enkelhetens skull benämns Europeiska unionens domstol genomgående *EU-domstolen* alternativt förkortas *EUD*, även om domstolen tidigare hade namnet Europeiska gemenskapernas domstol (EG-domstolen). Europeiska frihandelssammanslutningens domstol benämns *EFTA-domstolen*.

Med termerna *rättsmedel* och *remedium* avses medel att komma till sin rätt. Inom ramen för den här uppsatsens ämnesområde handlar det närmare bestämt om medel för leverantörerna att kunna hävda sin rätt gentemot en upphandlande myndighet.<sup>49</sup> Som exempel på sådana rättsmedel kan nämnas skadestånd och överprövning av upphandling. Den snäva innebörd som termen rättsmedel har inom processrätten begagnas således inte i den här framställningen.

## 1.7 Disposition

Uppsatsen är disponerad som följer. Inledningsvis har jag beskrivit den svenska upphandlingsrättens historiska utveckling från början av 1900-talet fram till idag (*kapitel två*). I samband härmed har jag även kort berört de förändringar som vi kan förvänta oss i den närmaste framtiden. Därefter har jag översiktligt och i grova drag redogjort för de viktigaste elementen av upphandlingsförfarandet så som det regleras i upphandlingsdirektiven och LOU (*kapitel tre*). När så procedurreglerna är avklarade vänds uppmärksamheten mot de rättsmedel som är tänkta att sanktionera överträdelse av upphandlingsregelverket (*kapitel fyra*). Fokus ligger främst på skadeståndsinstitutet. Nästa del av uppsatsen kan sägas vara dess mest centrala i deskriptivt hänseende (*kapitel fem*). Här görs en djupdykning i framför allt rättspraxis men även i den juridiska litteraturen rörande vilka krav som ställs upp för att en regelöverträdelse ska aktualisera skadestånd respektive ett ingripande vid en överprövning. Avslutningsvis analyseras det material som redogjorts för i de tidigare kapitlen och ett försök till besvarande av uppsatsens inledande frågeställningar redovisas (*kapitel sex*).

---

<sup>49</sup> Sundstrand 2013, s. 217.



## 2 Upphandlingsrätten – då, nu och i framtiden

Sedan början av 1990-talet har den svenska upphandlingslagstiftningen starkt influerats av EU-rätten. Den 1 januari 1994 trädde sålunda 1992 års LOU i kraft, vilken till stor del är baserad på EU-direktiv. Ett rättsligt ramverk för offentlig upphandling har emellertid funnits i Sverige under hela 1900-talet. Inledningsvis handlade det huvudsakligen om föreskrifter för upphandlingar av materiel för militären, men år 1920 trädde så den första upphandlingsförordningen i kraft. Tonvikten lades vid att säkerställa att statliga myndigheter vid upphandling av varor agerade affärsmässigt och transparent. Även närings- och arbetsmarknadspolitiska hänsyn skulle tas på så sätt att myndigheterna var skyldiga att beakta behovet av att förhindra arbetslöshet och att bevara näringar inom landet. Svenska varor skulle som princip ges företräde framför utländska. Regleringen var visserligen tvingande, men innehöll inga rättsmedel. Tvärtom fanns en föreskrift om att beslut i statliga upphandlingar inte fick överklagas.<sup>50</sup>

I början av 1950-talet avskaffades preferensen för svenska varor och kravet på affärsmässighet skärptes. Vidare skulle som regel inte längre sysselsättningssituationen påverka myndigheternas val av leverantör. Genom 1973 års kungörelse kom upphandlingsreglerna att utvidgas till att även omfatta tjänster. Enligt kungörelsen skulle tre principer gälla för statlig upphandling; affärsmässighet, offentlighet och rättssäkerhet, varav principen om affärsmässighet ansågs vara den främsta. Enligt regeringen var konkurrens mellan leverantörerna det viktigaste medlet för att uppnå verklig affärsmässighet. I samband med införandet av 1973 års kungörelse uttalade regeringen emellertid även att kravet på affärsmässighet ibland kunde få ge vika för sysselsättnings- och regionalpolitiska ändamål, bl.a. genom att beställningar kunde tidigareläggas vid en lågkonjunktur och att företag i norrlandslänen skulle få en större andel av de offentliga kontrakten.<sup>51</sup>

1973 års kungörelse kom sedermera att ersättas av 1986 års upphandlingsförordning. Parallellt omarbetade kommun- och landstingsförbunden det kommunala upphandlingsreglemente som de flesta landsting och kommuner antagit redan på 1970-talet. Upphandlingsreglementet var – till skillnad från upphandlingsförordningen – dispositivt, dvs. kommunerna och landstingen kunde bortse från bestämmelserna om de så önskade. Beslut om upphandlingar i kommuner och landsting omfattades dock av den kommunala besvärsrätten som innebar att invånarna hade rätt att till förvaltningsrätt klaga på upphandlingsbeslut.<sup>52</sup>

---

<sup>50</sup> SOU 2001:31, s. 71, Pedersen 2017, s. 20 och Sundstrand 2013, s. 40.

<sup>51</sup> SOU 2001:31, s. och Rosén Andersson m.fl. 2015, s. 34.

<sup>52</sup> Sundstrand 2013, s. 40.

I sak innebar 1986 års upphandlingsförordning inga större förändringar. Affärsmässighetsbegreppet återfinns i såväl förordningen som reglementet, vilket innebar att en myndighet skulle sträva efter att upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv. På den statliga sidan markerade lagstiftaren genom principen om affärsmässighet att andra, vidare hänsyn, såsom arbetsmarknads- och näringspolitiska, inte fick tas av myndigheterna på eget initiativ. Sanktioner vid överträdelser av upphandlingsbestämmelserna lös dock fortfarande med sin frånvaro.<sup>53</sup>

Som antytts ovan förändrades fundamenten för den svenska upphandlingslagstiftningen i början på 1990-talet i syfte att Sverige skulle uppfylla sina åtaganden enligt EES-avtalet. Reglerna för upphandling anpassades således till EU-rätten. När Sverige väl blev medlem i EU år 1995 behövde endast marginella förändringar av 1992 års LOU genomföras.<sup>54</sup>

Förändringarna av den svenska upphandlingsrätten i samband med 1992 års LOU rörde bl.a. proceduren, varvid EU-direktiven medförde en omfattande detaljreglering av en upphandling olika skeden och en uppdelning i en kvalifikationsfas och en utvärderingsfas.<sup>55</sup> De största skillnaderna i förhållande till det tidigare regelverket var emellertid dels att 1992 års LOU var tvingande också för kommuner och landsting, dels att det infördes rättsmedel i form av överprövning och skadestånd för skadedrabbade leverantörer.<sup>56</sup>

Affärsmässighetsbegreppet återfinns visserligen även i 1992 års LOU, men huvudsyftet med den nya upphandlingslagstiftningen var att alla leverantörer skulle behandlas lika.<sup>57</sup> EU-domstolen har upprepade gånger poängterat att syftet med EU-direktiven är att bidra till att förverkliga den gemensamma marknaden genom att motverka hinder mot den fria rörligheten för varor, tjänster och byggtreprenader och genom att skydda leverantörer som är etablerade i en medlemsstat och som vill verka i andra länder.<sup>58</sup> M.a.o. infördes de EU-rättsliga bestämmelserna med den gemensamma marknaden för ögonen och med målet att företag i alla medlemsstater skulle kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt.<sup>59</sup> Ett sätt att uttrycka det på är att EU:s regelverk för offentlig upphandling ägnar betydligt mer uppmärksamhet åt att skapa en fungerande inre marknad, än åt att garantera optimala upphandlingsresultat.<sup>60</sup> I litteraturen talas

---

<sup>53</sup> SOU 2001:31, s. 75 ff., Rosén Andersson m.fl. 2015, s. 35 och Sundstrand 2013, s. 40.

<sup>54</sup> SOU 2001:31, s. 77.

<sup>55</sup> SOU 2001:31, s. 78.

<sup>56</sup> Sundstrand 2013, s. 41. Angående de s.k. rättsmedelsdirektiven, se nedan avsnitt 4.1.

<sup>57</sup> SOU 2001:31, s. 78. Jfr EUD mål C-19/00 *SIAC*, p. 32–34.

<sup>58</sup> Se t.ex. EUD mål C-380/98 *The University of Cambridge*, p. 16.

<sup>59</sup> Schebesta 2016, s. 13. Se även EUD mål C-450/06 *Varec*, p. 34.

<sup>60</sup> Schebesta 2016, s. 18. Det bör dock framhållas att ökad konkurrens i längden antas ge myndigheterna bättre möjligheter att ingå affärsmässigt fördelaktiga kontrakt, dvs. att myndigheterna får valuta för sina pengar som en lycklig konsekvens av att leverantörerna behandlas rättvist, se t.ex. prop. 2006/07:128, s. 154.

det därför om en förskjutning av den svenska upphandlingsrättsliga diskursen på så sätt att samhällsintresset byttes mot individintresset i samband med EU-rättens intåg.<sup>61</sup>

Efter många års förhandlingar mellan EU:s medlemstater, trädde två nya upphandlingsdirektiv i kraft år 2004.<sup>62</sup> Utöver att direktiven strukturerades på ett mer lättöverskådligt sätt än deras föregångare, innehöll de en del mindre materiella förändringar rörande bl.a. ramavtal, elektroniska kommunikationsmedel och integrering av sociala och miljömässiga hänsyn i upphandlingsprocessen.<sup>63</sup> I svensk rätt införlivades direktiven genom 2007 års LOU (avseende den klassiska sektorn) och 2007 års LUF (avseende försörjningssektorerna). Affärsmässighetsbegreppet utmönstrades då till förmån för de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet. Som skäl angav dåvarande regeringen att lagen borde utformas i så nära anslutning till direktiven som möjligt. Dessutom ansåg regeringen att den väsentliga betydelsen av begreppet affärsmässighet var att möjligheterna att utnyttja konkurrens skulle tas till vara, vilket uppfylldes även genom en hänvisning till de EU-rättsliga principerna.<sup>64</sup>

I februari år 2014 antogs åter igen nya EU-direktiv (hädanefter gemensamt benämnda upphandlingsdirektiven),<sup>65</sup> och som följd av detta trädde LOU, LUF och LUK i kraft den 1 januari 2017 och ersatte då 2007 års upphandlingslagar. Revideringen av upphandlingsreglerna utgör en viktig del av den s.k. Europa 2020-strategin lanserad av Europeiska kommissionen i mars 2010. Avsikten med strategin är bl.a. att främja en smart, hållbar tillväxt för alla, att allmänna medel används så effektivt som möjligt och att marknaderna för offentlig upphandling är öppna över hela EU.<sup>66</sup> I sak bygger dock de nya upphandlingsdirektiven vidare på 2004 års upphandlingsdirektiv, snarare än förändrar dem i grunden.<sup>67</sup>

Ett uttalat mål med de nya upphandlingsdirektiven är att genom enklare och mer flexibla regler öka effektiviteten i offentlig upphandling för att säkra bästa möjliga resultat när det gäller att få valuta för pengarna. Vidare har skyldigheterna och möjligheterna att genom upphandling främja samhällseliga mål utvecklas särskilt.<sup>68</sup> Det sistnämnda har kommit till uttryck i LOU på ett flertal ställen. Som exempel kan nämnas att en leverantör som har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter enligt 13 kap. 3 § LOU får uteslutas från

---

<sup>61</sup> Andersson 2014, s. 13 och Höök 2007/08, s. 452.

<sup>62</sup> Direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG.

<sup>63</sup> Sundstrand 2013, s. 41 f. och prop. 2006/07:128, s. 1 f.

<sup>64</sup> Prop. 2006/07:128, s. 151 ff.

<sup>65</sup> Direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/25/EU.

<sup>66</sup> Se närmare Europeiska kommissionen, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, Bryssel, 2010, COM/2010/2020 slutlig.

<sup>67</sup> Prop. 2015/16:195, s. 290 ff.

<sup>68</sup> de Koninck, Ronse & Timmermans 2015, s. 2 ff. Se även skälen 36–37 och 47 i direktiv 2014/24/EU.

att delta i en upphandling. Ett annat exempel är att myndigheterna enligt 17 kap. 2 § är skyldiga att ställa kontraktsvillkor om lön, semester och arbetstid, om det är behövligt och de går att fastställa. Upphandlingsdirektiven lyfter m.a.o. fram upphandlingsreglernas strategiska funktion, varmed avses att myndigheterna ska upphandla varor och tjänster som främjar innovation och respekt för miljön samtidigt som de ska förbättra sysselsättningen och de sociala villkoren för arbetstagare.<sup>69</sup>

Inom ramen för den svenska upphandlingsrätten kan vi i den nära framtiden förmodligen förvänta oss förändringar vad gäller leverantörers rätt att ansöka om överprövning av en upphandling. Mellan åren 2012–2016 överprövades cirka åtta procent av alla annonserade upphandlingar i Sverige. Samtidigt ökade antalet inkomna ansökningar om överprövning till domstol år 2016 jämfört med de närmast föregående åren, från omkring 3 000 fall per år till 4 190.<sup>70</sup> I förhållande till andra EU-länder är antalet överprövningar i Sverige mycket högt.<sup>71</sup> Det har fått regeringen att uppdra åt en särskild utredare att överväga vilka åtgärder som kan bidra till att minska antalet överprövningsmål inom offentlig upphandling.<sup>72</sup> Anledningen uppges vara att det stora antalet överprövningar skapar problem för både beställare och leverantörer och medför en risk för att medborgarna inte får den samhällsservice de har rätt till.<sup>73</sup> Redan i uppdragsbeskrivningen anges att fokus bl.a. ska läggas på huruvida ansökningsavgifter och processkostnadsansvar för förlorande part i överprövningsmål kan vara lösningen på problemet.<sup>74</sup>

---

<sup>69</sup> Rosén Andersson m.fl. 2015, s. 36. Jfr ovan rörande Europa 2020-strategin.

<sup>70</sup> Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, s. 128 ff.

<sup>71</sup> Se närmare Europeiska kommissionen, *Final Study Report – Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts, Luxembourg*, 2015, MARKT/2013/072/C, s. 80 ff.

<sup>72</sup> Dir. 2017:69.

<sup>73</sup> Dir. 2017:69, s. 3 f.

<sup>74</sup> Dir. 2017:69, s. 9 ff. Notera dock att 2015 års överprövningsutredning avstyrkte såväl ansökningsavgifter som processkostnadsansvar, se SOU 2015:12, s. 108 ff och 119 ff.

## 3 Upphandlingsförfarandet

### 3.1 Allmänna principer

Som åskådliggjorts i föregående kapitel, har dagens regelverk för offentlig upphandling många och ibland motstridiga syften. I allmänna termer kan emellertid det grundläggande målet med upphandlingslagstiftningen sägas vara att skapa rättvisa och effektiva ramar för myndigheternas upphandling av byggentreprenad, varor och tjänster.<sup>75</sup> Det finns ett antal allmänna principer som speglar detta syfte och som ska beaktas genom hela upphandlingsförfarandet. Principerna har kodifierats i 4 kap. 1 § LOU där det anges att myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I bestämmelsen anges vidare att upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

*Icke-diskrimineringsprincipen* innebär att upphandlande myndigheter inte får diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet, t.ex. genom att ställa krav som bara det egna landets företag känner till eller kan uppfylla. *Likabehandlingsprincipen* medför att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Det innebär bl.a. att alla leverantörer måste få den information som är av relevans för upphandlingen vid samma tillfälle. *Öppenhetsprincipen* (även kallad *transparensprincipen*) kan sägas vara en följd av likabehandlingsprincipen och innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet, bl.a. genom att uppgifter om upphandlingen inte hemlighålls. *Proportionalitetsprincipen* innebär att de åtgärder som den upphandlande myndigheten vidtar inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. *Principen om ömsesidigt erkännande* innebär slutligen att medlemsstaternas myndigheter är skyldiga att erkänna och acceptera handlingar, t.ex. intyg och certifikat, som utfärdats av behöriga myndigheter i någon annan medlemsstat.<sup>76</sup>

Utöver de allmänna principerna finns ett mycket detaljerat regelkomplex rörande själva upphandlingsförfarandet. Dessa regler berör allt från annonsering, upphandlingsdokumentation och kommunikation till uteslutning av leverantörer och anbudsutvärdering. Nedan beskrivs utvalda delar av detta regelsystem, för att ge en konkret bild av vad en överträdelse av LOU egentligen kan bestå i.

---

<sup>75</sup> Andersson 2014, s. 12.

<sup>76</sup> Pedersen 2017, s. 30 f med däri gjorda hänvisningar.

## 3.2 Annonsering och upphandlingsdokument

LOU innehåller flera olika förfaranden för offentlig upphandling över tröskelvärdena, däribland öppet förfarande och selektivt förfarande.<sup>77</sup> Som regel gäller att upphandlingen ska annonseras oavsett vilket förfarande som väljs.<sup>78</sup> Annonseringen syftar till att ge offentlighet till upphandlingen och kan ses som ett uttryck för öppenhetsprincipen.<sup>79</sup> En annons om upphandling ska skickas till Europeiska unionens publikationsbyrå som sedan publicerar den i EUT och i den europeiska databasen TED.<sup>80</sup> Härvid är det viktigt att den upphandlande myndigheten kan visa vilken dag annonsen avsändes, eftersom de tidsfrister som gäller för lämnande av anbud normalt räknas från denna dag.<sup>81</sup>

I samband med annonseringen ska den upphandlande myndigheten ge fri, direkt, fullständig och kostnadsfri tillgång till upphandlingsdokumentet.<sup>82</sup> Det viktigaste upphandlingsdokumentet är *förfrågningsunderlaget* (ibland förkortat FFU). Det är genom förfrågningsunderlaget som ramen för upphandlingen fastställs och det kan vara svårt att ändra underlaget i efterhand utan att samtidigt agera i strid med de allmänna principerna, främst likabehandlingsprincipen. Myndigheten har därför som regel att rätta sig efter de kriterier och villkor som den angivit i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, alternativt avbryta förfarandet och påbörja en ny upphandling.<sup>83</sup> Inte heller får myndigheten beakta några andra krav och tilldelningskriterier än de som angivits i förfrågningsunderlaget.<sup>84</sup>

Även om utformningen av förfrågningsunderlaget varierar, finns det ett antal grundläggande beståndsdelar som återfinns i de allra flesta fall, bl.a. krav på leverantörerna, krav på föremålet för upphandlingen samt tilldelningsgrund och tilldelningskriterier.<sup>85</sup> En följd av proportionalitetsprincipen är att de krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas.<sup>86</sup>

---

<sup>77</sup> Se närmare 6 kap. LOU och Pedersen 2017, s. 78 ff.

<sup>78</sup> Undantagsvis får dock den upphandlande myndigheten använda sig av förhandlat förfarande utan föregående annonsering, se närmare 6 kap. 12–19 §§ LOU.

<sup>79</sup> Pedersen 2017, s. 115.

<sup>80</sup> Pedersen 2017, s. 115.

<sup>81</sup> Se närmare 11 kap. LOU.

<sup>82</sup> 10 kap. 7 § LOU. Låt vara att det är osäkert om förfrågningsunderlaget verkligen måste finnas tillgängligt redan vid annonseringen inom ramen för samtliga förfaranden, se närmare Pedersen 2017, s. 119 f.

<sup>83</sup> HFD 2016 ref. 37 I och II. Se även Pedersen 2017, s. 119 ff.

<sup>84</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 35–42.

<sup>85</sup> Pedersen 2017, s. 120 f.

<sup>86</sup> HFD 2016 ref. 37 I och II med däri gjorda hänvisningar.

### 3.3 Uteslutning och kvalificering

I prövningen av leverantörerna ingår normalt två moment, uteslutningsprövning och leverantörskvalificering.<sup>87</sup> Genom båda dessa moment ges den upphandlande myndigheten möjligheten att dels välja bort sådana företag som är direkt olämpliga som leverantörer, dels kontrollera att anbudsgivarna verkligen har förutsättningar att tillgodose myndighetens behov.<sup>88</sup>

Uteslutningsprövningen görs mot bakgrund av de s.k. uteslutningsgrunderna i LOU. Det finns ett antal *obligatoriska uteslutningsgrunder* som myndigheten måste följa, bl.a. om leverantören tidigare är dömd för vissa typer av brottslighet.<sup>89</sup> Därutöver finns *frivilliga uteslutningsgrunder* som den upphandlande myndigheten kan välja att använda sig av. Det kan t.ex. handla om att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, att leverantören är i konkurs eller är föremål för insolvens- eller likvidationsförfaranden eller att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen.<sup>90</sup> Det finns vissa möjligheter för en leverantör att undkomma uteslutning genom s.k. ”self-cleaning”, bl.a. måste leverantören visa att denne har ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet.<sup>91</sup>

Leverantörskvalificeringen sker efter uteslutningsprövningen och syftar till att identifiera de leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, ekonomisk styrka osv. för att utföra uppdraget. Det handlar *inte* om en relativ skala, utan antingen bedöms en leverantör klara av kvalificeringen, eller också bedöms denne inte klara av kvalificeringen. En upphandlande myndighet är inte skyldig att ställa några kvalificeringskrav, men normalt görs det för att undvika att myndigheten blir tvungen att anta ett anbud från en leverantör som inte klarar av att fullgöra kontraktet. Kvalificeringskraven får endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning, eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Vidare ska alla krav ha anknytning till det som ska anskaffas och – som framgått ovan – stå i proportion till detta.<sup>92</sup>

### 3.4 Anbudsprövning och anbudsutvärdering

Anbudsprövningen infaller efter leverantörskvalificeringen men före anbudsutvärderingen. I det här stadiet prövas om anbudet uppfyller de obligatoriska krav

---

<sup>87</sup> Därutöver tillkommer ett tredje moment, ett urval, när det inte är fråga om öppet förfarande, se närmare Pedersen 2017, s. 138 ff.

<sup>88</sup> Pedersen 2017, s. 138.

<sup>89</sup> Se närmare 13 kap. 1–2 §§ LOU.

<sup>90</sup> Se närmare 13 kap. 3 § LOU.

<sup>91</sup> Se närmare 13 kap. 5 § LOU.

<sup>92</sup> 14 kap. LOU och Pedersen 2017, s. 143 ff.

(s.k. ”skall-krav”) som ställdes i upphandlingsdokumenten, dvs. huruvida anbudet innehåller alla de uppgifter som efterfrågades, om anbudsgivarna angivit att de accepterar de kommersiella villkoren, om det som erbjuds i anbudet uppfyller kraven på föremålet för upphandlingen osv. Befinns så inte vara fallet, ska anbudet förkastas.<sup>93</sup>

De anbud som klarat sig genom anbudsprövningen ställs därefter mot varandra inom ramen för anbudsutvärderingen. Den upphandlande myndigheten ska tilldela kontraktet till den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder: (i) bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, (ii) kostnad eller (iii) pris.<sup>94</sup> Det är myndigheten själv som i det enskilda fallet avgör vilken grund för utvärdering som ska användas för upphandlingen.<sup>95</sup>

Utvärderingsgrunden *pris* innebär att anbudet med det lägsta priset ska antas. Även om just priset är ensamt utslagsgivande vid anbudsutvärderingen, krävs naturligtvis fortfarande att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. I de här sammanhangen behöver alltså lägsta pris inte medföra låg kvalitet.<sup>96</sup> När det gäller *bästa förhållandet mellan pris och kvalitet* ska den upphandlande myndigheten bedöma anbudet utifrån tilldelningskriterier som har anknytning till föremålet för upphandlingen. Tilldelningskriterierna får dock inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet och de ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna.<sup>97</sup> Som exempel på tänkbara tilldelningskriterier anges i upphandlingsdirektiven bl.a. tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljömässiga egenskaper, tekniskt stöd samt leveransvillkor.<sup>98</sup> När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden *kostnad*, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan, tjänsten eller byggnadsverket.<sup>99</sup> Dessa kostnadskriterier är en form av tilldelningskriterier.<sup>100</sup>

När grunden för utvärdering av anbud är kostnad eller bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, ska tilldelningskriterierna viktas inbördes. Det betyder att myndigheten i upphandlingsdokumenten måste ange tilldelningskriteriernas inbördes förhållande. Kriteriernas vikt får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.<sup>101</sup>

---

<sup>93</sup> Pedersen 2017, s. 152.

<sup>94</sup> 16 kap. 1 § LOU.

<sup>95</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1109.

<sup>96</sup> Pedersen 2017, s. 154.

<sup>97</sup> 16 kap. 2 § LOU.

<sup>98</sup> Artikel 67.2 i direktiv 2014/24/EU.

<sup>99</sup> 16 kap. 3 § LOU.

<sup>100</sup> Prop. 2015/16:195, s. 1112.

<sup>101</sup> 16 kap. 6 § LOU och Pedersen 2017, s. 155 f.



## 4 Rättsmedlen

### 4.1 Rättsskyddsprincipen och rättsmedelsdirektiven

En sedan länge etablerad allmän unionsrättslig princip är att enskilda har rätt till ett effektivt rättsligt skydd av sina rättigheter enligt unionsrätten.<sup>102</sup> Rätten till effektiva rättsmedel (även kallad *rättsskyddsprincipen*) bygger på medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner<sup>103</sup> och har sedermera kodifierats i artikel 47 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna. EU-domstolen har uttalat att rätten till effektiva rättsmedel innebär att de nationella regler som gäller för en talan som syftar till att säkerställa skyddet av enskildas unionsrättsliga rättigheter varken får vara mindre förmånliga än dem som avser liknande talan som grundas på nationell rätt (*likvärdighetsprincipen*) eller medföra att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten (*effektivitetsprincipen*).<sup>104</sup>

Utgångspunkten är att det ankommer på varje medlemsstat att i sina egna rättsordningar närmare fastställa de rättsmedel som behövs för att garantera ett effektivt domstolsskydd, så länge likvärdighets- och effektivitetsprincipen är uppfyllda.<sup>105</sup> Medlemsstaterna har m.a.o. ett betydande mått av *processuell autonomi*.<sup>106</sup> För de sakområden där EU har infört harmoniserande regler, är det emellertid inte ovanligt att det även har införts särskilda regler om remedier.<sup>107</sup> Så är fallet inom upphandlingsrätten, där EU har antagit de s.k. rättsmedelsdirektiven med minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla.<sup>108</sup> Rättsmedelsdirektiven består av direktiv 89/665/EEG avseende den klassiska sektorn (*det första rättsmedelsdirektivet*) och direktiv 92/13/EEG avseende försörjningssektorerna (*det andra rättsmedelsdirektivet*). Rättsmedelsdirektiven har sedermera ändrats i grunden genom direktiv 2007/66/EG (*ändringsdirektivet*), då bl.a. regler om avtalsspärr infördes.<sup>109</sup> I den fortsatta framställningen åsyftas med ”rättsmedelsdirektivet” den konsoliderade

---

<sup>102</sup> Se t.ex. EUD mål C-222/84 *Johnston*, p. 18 och EUD mål C-432/05 *Unibet*, p. 42.

<sup>103</sup> Rättsskyddsprincipen återfinns även i EKMR (artiklarna 6 och 13).

<sup>104</sup> Se t.ex. EUD mål C-63/08 *Pontin*, p. 43–44. Angående förhållandet mellan rätten till effektiva rättsmedel å ena sidan och principerna om effektivitet och likvärdighet å andra sidan, se närmare Schebesta 2016, s. 38 ff.

<sup>105</sup> Se t.ex. EUD de förenade målen C-295/04 och C-298/04 *Manfredi m.fl.*, p. 98. Jfr även artikel 19.1 FEU.

<sup>106</sup> Se närmare Schebesta 2016, s. 40 ff.

<sup>107</sup> Sundstrand 2012, s. 49.

<sup>108</sup> Se t.ex. EUD mål C-315/01 *GAT*, p. 45.

<sup>109</sup> Den senaste ändringen skedde dock genom direktiv 2014/23/EU för att anpassa rättsmedelsdirektiven till 2014 års upphandlingsdirektiv och då främst bestämmelserna om koncessioner.

versionen av det första rättsmedelsdirektivet, medan ”rättsmedelsdirektiven” avser såväl det första som det andra rättsmedelsdirektivet i deras ändrade lydelse.

Anledningen till att rättsmedelsdirektiven infördes var att de tidigare gällande bestämmelserna på såväl nationell som unionsrättslig nivå inte alltid ansågs vara tillräckliga för att garantera efterlevnad av upphandlingsdirektiven, i synnerhet inte i skeden då överträdelser fortfarande kunde korrigeras.<sup>110</sup> Rättsmedelsdirektivens syfte är alltså att garantera att upphandlingsreglerna verkligen efterlevs och tillämpas korrekt. Ett annat uttalat mål är att skydda de leverantörer som lider eller riskerar att lida skada till följd av överträdelser av regelverket.<sup>111</sup> Rättsmedelsdirektiven har således både ett preventivt och ett reparativt syfte.<sup>112</sup>

Rättsmedelsdirektiven stipulerar allmänt att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att säkerställa att en upphandlande myndighets beslut om kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven kan prövas effektivt och så skyndsamt som möjligt, när det görs gällande att sådana beslut innebär en överträdelse av unionsrätten om offentlig upphandling.<sup>113</sup> Medlemsstaterna är vidare skyldiga att se till att prövningsförfarandena är tillgängliga åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.<sup>114</sup>

Det är viktigt att notera att skadestånd till personer som skadats av en överträdelse endast är ett rättsmedel av flera som kan aktualiseras vid brott mot upphandlingsregelverket. Nedan behandlas även de övriga remedier vid offentlig upphandling som har sin grund i rättsmedelsdirektiven. Tyngdpunkten ligger dock på skadeståndsinstitutet.

## 4.2 Avtalsspärr

I samband med ändringarna av rättsmedelsdirektiven genom ändringsdirektivet infördes regler om s.k. *avtalsspärr*. Det innebär att kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven som huvudregel inte får ingås före utgången av en tidsfrist på minst tio kalenderdagar räknat från och med dagen efter det att beslutet om tilldelning av kontraktet översänds till de berörda anbudsgivarna och anbudsökandena.<sup>115</sup> Bakgrunden till de nya reglerna om avtalsspärr var att de upphandlande myndigheterna ibland skyndade sig att underteckna ett kontrakt i avsikt att göra det ifrågasatta beslutets verkningar oåterkalleliga. För att åtgärda den bristen, som angavs allvarligt hindra ett effektivt rättsligt skydd för de berörda

---

<sup>110</sup> Första och andra skälet i direktiv 89/665/EEG. Se även EUD mål C-81/98 *Alcatel*.

<sup>111</sup> Sjätte skälet i direktiv 89/665/EEG.

<sup>112</sup> Pedersen 2017, s. 188. Se även NJA 2007 s. 349 och NJA 2016 s. 358, p. 10.

<sup>113</sup> Artikel 1.1 i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>114</sup> Artikel 1.3 i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>115</sup> Artikel 2a.2 i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

anbudsgivarna, ansågs det nödvändigt att införa en minimiperiod, under vilken ett avtal inte får ingås.<sup>116</sup>

Bestämmelser om avtalsspärr återfinns i 20 kap. 1–3 §§ LOU. Enligt 20 kap. 8 § LOU gäller en särskild *förlängd avtalsspärr* under hela den tid då målet handläggs av förvaltningsrätten, om en leverantör ansöker om överprövning under den tid ordinarie avtalsspärr gäller. När en förlängd avtalsspärr gäller, får den upphandlande myndigheten enligt 20 kap. 10 § 1 stycket LOU inte ingå avtal förrän 10 dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

### 4.3 Överprövning av upphandling

Ett beslut som fattats på ett olagligt sätt ska enligt rättsmedelsdirektiven kunna *åsidosättas* av prövningsorganet.<sup>117</sup> Av 20 kap. 6 § LOU framgår följaktligen att rätten får besluta att en upphandling ska göras om eller avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (*överprövning av upphandling*).

Regelöverträdelsen som grund för ingripande vid överprövning av upphandling behandlas i nästkommande kapitel. Att leverantören ”kan komma att lida skada” innebär att leverantören har fått försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen. Det krävs alltså inte att leverantören *de facto* skulle ha tilldelats kontraktet om det inte vore för överträdelsen. För att rätten ska ingripa mot en upphandling är det tillräckligt att regelöverträdelsen *kan ha medfört* att leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet har försämrats. Skaderekvisitet, eller snarare kravet på orsakssamband mellan regelöverträdelse och skada, är således förhållandevis lågt ställt vid överprövning.<sup>118</sup>

En upphandling får enligt 20 kap. 6 § 2 stycket LOU inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör (under sådana omständigheter kan i stället avtalsogiltighet aktualiseras). Det bör även noteras att en överprövning av en upphandling aldrig kan sätta en konkurrerande leverantör i positionen att erhålla ett kontrakt. Domstolen kan alltså inte ändra ett beslut, utan enbart upphäva eller godkänna detsamma. Denna ordning är den vanliga vid rättslig överprövning, men innebär samtidigt en risk för domstolstrots på så sätt att myndigheten bara avbryter upphandlingsförfarandet om

---

<sup>116</sup> Skäl 4 i direktiv 2007/66/EG. Visserligen hade EU-domstolen redan tidigare slagit fast att ett krav på en rimlig tidsfrist under vilken avtal inte får träffas skulle föreskrivas av medlemsstaterna (se EUD mål C-81/98 *Alcatel*, p. 37–43), men det fanns fortfarande olikheter beträffande detta kravs räckvidd och exakta innehåll som direktivsbestämmelserna skulle åtgärda.

<sup>117</sup> Artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>118</sup> Se t.ex. EUD mål C-100/12 *Fastweb* vars implikationer för den svenska rättstillämpningen diskuteras utförligt i Olsson 2013. Se även Asplund m.fl. 2012, s. 212 ff.

den riskerar att inte få göra som den vill.<sup>119</sup> Även ett beslut att avbryta en upphandling kan emellertid överprövas och ogiltigförklaras av allmän förvaltningsdomstol.<sup>120</sup> Ett beslut att avbryta en upphandling måste nämligen ha ”sakligt godtagbara skäl” och följa de grundläggande principerna i EU-rätten.<sup>121</sup>

## 4.4 Överprövning av avtals giltighet

Ytterligare en nyhet i ändringsdirektivet, vid sidan av reglerna om avtalsspärr, var bestämmelser om *överprövning av avtals giltighet*. Ett avtal får enligt rättsmedelsdirektiven förklaras ogiltigt om någon av följande situationer är för handen:

- Den upphandlande myndigheten har tilldelat ett kontrakt utan föregående annonsering i strid med upphandlingsdirektiven.<sup>122</sup>
- Den upphandlande myndigheten har slutit ett avtal inom ett ramavtal eller enligt ett dynamiskt inköpssystem i strid med ramavtalet eller vissa särskilda bestämmelser i upphandlingsdirektiven.<sup>123</sup>
- En leverantör har ansökt om överprövning av en upphandling, men den upphandlande myndigheten har under pågående överprövning tecknat avtal före en underrättelse om tilldelningsbeslutet har skickats ut eller i strid med ett interimistiskt beslut eller en avtalsspärr.<sup>124</sup>

I vissa fall ska rätten avstå från att ogiltigförklara avtalet, även om förutsättningarna ovan är uppfyllda. Av 20 kap. 14 § LOU följer att så är fallet om det finns tvingande hänsyn till ett allmänintresse som innebär att avtalet måste bestå. Enligt förarbetena är det enbart exceptionella omständigheter som omfattas av bestämmelsen. Kostnader för förseningar, för att genomföra en ny upphandling eller för att byta leverantör kan inte utgöra sådana tvingande hänsyn.<sup>125</sup>

---

<sup>119</sup> Andersson 2014, s. 14 f.

<sup>120</sup> EUD mål C-92/00 *HI* och RÅ 2005 ref. 62. Allmän förvaltningsdomstols möjlighet att ogiltigförklara ett avbrytandebeslut framgår inte uttryckligen av LOU, men förutsätts i förarbetena och kan sägas följa indirekt av bestämmelsen i 20 kap. 12 § LOU om tidsfrist för ansökan om överprövning av ett beslut att avbryta en upphandling.

<sup>121</sup> Se t.ex. RÅ 2008 ref. 35. Se även Pedersen 2017, s. 171 ff och Asplund m.fl. 2012, s. 227 ff.

<sup>122</sup> Artikel 2d.1 a i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>123</sup> Artikel 2d.1 c i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>124</sup> Artikel 2d.1 b i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>125</sup> Prop. 2009/10:180, s. 137 ff. Om ett avtal får bestå av tvingande hänsyn till ett allmänintresse, kan dock upphandlingsskadeavgift aktualiseras, se 21 kap. 1 § 2 punkten LOU.

## 4.5 Skadestånd

### 4.5.1 Inledning

Inom skadeståndsrätten görs traditionellt en skillnad mellan *utomobligatoriskt* och *inomobligatoriskt* (eller *kontraktsmässigt*) skadestånd. Grundas skadeståndsskyldigheten på ett avtalsförhållande är det fråga om inomobligatoriskt skadestånd. De dispositiva reglerna i köplagen (1990:931) utgör exempel på regler som anknyter till avtalsförhållanden, liksom allmänna avtalsrättsliga principer rörande avtalsbrott. Om det däremot saknas ett avtalsförhållande mellan parterna, eller om ett visst avtalsförhållande mellan parterna inte inverkar på den aktuella skadeståndsgrundande situationen, befinner man sig i området för den utomobligatoriska skadeståndsrätten.<sup>126</sup> I vissa fall kan emellertid omständigheterna vara så avtalsliknande att problemen bör lösas med avtalsrättsliga principer trots att det i egentlig mening saknas ett avtal. Sådana situationer kallas ibland *kvasikontraktuella*.<sup>127</sup>

När det gäller skadestånd på upphandlingsrättslig grund får detta skadestånd betecknas som utomobligatoriskt eller kvasikontraktuellt. Skadan uppkommer som en följd av att ett potentiellt avtal inte har slutits med den skadelidande leverantören. Det är således inte fråga om ett skadestånd som grundar sig på ett avtalsförhållande mellan parterna. Skulle skadestånd komma på tal i förhållandet mellan en myndighet och en leverantör som tilldelats ett avtal, torde en sådan tvist normalt röra kontraktuella förpliktelser och inte överträdelser av upphandlingslagstiftningen. I sådant fall aktualiseras normalt sett inte heller bestämmelserna om skadestånd i LOU.<sup>128</sup>

I rättsmedelsdirektiven anges kort att medlemsstaterna ska ge ett prövningsorgan befogenheter att bevilja skadestånd till personer som skadats av en överträdelse av upphandlingslagstiftningen.<sup>129</sup> Det anges även att medlemsstaterna i sin nationella lagstiftning får föreskriva att ett ifrågasatt upphandlingsbeslut först ska åsidosättas av ett behörigt organ innan skadestånd kan aktualiseras.<sup>130</sup> Vidare får medlemsstaterna, under vissa förutsättningar, föreskriva att prövningsorganets befogenheter efter det att ett avtal ingåtts ska vara begränsade till beslut om skadestånd till den som lidit skada av överträdelser.<sup>131</sup> Det finns emellertid inga mer detaljerade direktivbestämmelser om förutsättningarna för skadestånd. Som en följd av de få och föga detaljerade bestämmelserna i rättsmedelsdirektiven, bygger

---

<sup>126</sup> Hellner & Radetzki 2014, s. 23 ff.

<sup>127</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 372. Se närmare Hellner & Radetzki 2014, s. 70 ff.

<sup>128</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 374. Se även NJA 1998 s. 873.

<sup>129</sup> Artikel 2.1 c i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>130</sup> Artikel 2.6 i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>131</sup> Artikel 2.7 i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

skadestandsreglerna i LOU till stora delar på svensk skadestandsrätt.<sup>132</sup> Medlemsstaterna måste dock respektera rätten till effektiva rättsmedel och mer specifikt principerna om likvärdighet och effektivitet.<sup>133</sup>

## 4.5.2 Förutsättningarna för skadestånd

### 4.5.2.1 ALLMÄNT OM FÖRUTSÄTTNINGARNA

I LOU anges förutsättningarna för skadestånd i 20 kap. 20–21 §§. Av 20 kap. 20 § 1 stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta den skada som därigenom har uppkommit för en leverantör. Enligt 20 kap. 20 § 2 stycket LOU har en leverantör som har deltagit i en upphandling rätt till ersättning för kostnader för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om åsidosättandet av bestämmelserna i LOU menligt har påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontraktet. I 20 kap. 21 § anges att 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 har förklarats ogiltigt genom ett avgörande som har fått laga kraft. Mål om skadestånd enligt LOU utgör dispositiva tvistemål, dvs. mål i vilka förlikning är tillåten. Således handläggs mål om skadestånd av allmän domstol, till skillnad från överprövningsmål som är av offentligrättslig karaktär och därmed handläggs allmän förvaltningsdomstol.<sup>134</sup>

### 4.5.2.2 ANSVARSGRUND

Skadestandsansvar brukar i svensk skadestandsrätt förutsätta *vållande*, dvs. oaktsamhet (*culpa*) eller uppsåt (*dolus*).<sup>135</sup> I vissa situationer gäller emellertid *rent strikt ansvar*, dvs. att ansvar inträder oavsett om det skadebringande agerandet kan betecknas som oaktsamt eller uppsåtligt.<sup>136</sup> Vid offentlig upphandling utgörs den ansvarsgrundande omständigheten av att en myndighet agerat i strid med upphandlingslagstiftningen.<sup>137</sup> Ansvarsgrunden är således beroende av en normöverträdelse, men som vi kommer att se i nästa kapitel, krävs det inte att överträdelsen dessutom kan betecknas som culpös. Skadestandsansvaret enligt LOU kan följaktligen kategoriseras som rent strikt, även om myndighetens agerande fortfarande måste kvalificeras som en (tillräckligt allvarlig) regelöverträdelse.<sup>138</sup> Regelöverträdelsen som ansvarsgrund vid upphandlingsskadestånd kommenteras ingående i nästkommande kapitel.

---

<sup>132</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 371. Se även NJA 2016 s. 369, p. 15.

<sup>133</sup> Se avsnitt 4.1 ovan.

<sup>134</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 371. Se även Schebesta 2016, s. 52 ff.

<sup>135</sup> Se närmare Hellner & Radetzki 2014, s. 121 ff och 418 ff.

<sup>136</sup> Se närmare Hellner & Radetzki 2014, s. 162 ff.

<sup>137</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 372 och Hellner & Radetzki 2014, s. 436. Se även NJA 2007 s. 349.

<sup>138</sup> Jfr Andersson 2017, s. 209.

#### 4.5.2.3 SKADA

För att skadestånd enligt LOU över huvud ska komma i fråga krävs att det har uppstått en *skada* för leverantören. Vid upphandlingar är det normalt fråga om *rena förmögenhetsskador*, dvs. sådan ekonomisk skada som uppkommer utan samband med att någon lider en person- eller sakskada. Det kan t.ex. röra sig om utebliven vinst eller nedlagda kostnader i samband med utformande av ett anbud.<sup>139</sup>

För att veta under vilka förutsättningar det är möjligt att få ersättning för olika typer av skador i samband med överträdelser av LOU, är det viktigt att göra en distinktion mellan det positiva respektive det negativa kontraktsintresset. Med *det negativa kontraktsintresset* (eller *tillitsintresset*) förstås att leverantören ska försättas i samma ekonomiska läge som om denne aldrig hade deltagit i upphandlingen. Leverantören ska m.a.o. ha ersättning för sina nedlagda kostnader. Med *det positiva kontraktsintresset* avses däremot förlorad vinst. Ett skadestånd beräknat enligt principen om det positiva kontraktsintresset innebär således att skadelidanden ska försättas i samma förmögenhetssituation som om upphandlingsförfarandet hade fullgjorts på ett riktigt sätt.<sup>140</sup>

Alltsedan 1992 års LOU infördes har skadestånd för regelöverträdelser av upphandlingslagstiftningen kunnat medföra ersättning för det positiva kontraktsintresset.<sup>141</sup> HD har också bekräftat att ersättning för utebliven vinst kan utgå till en leverantör som förlorat ett kontrakt på grund av ett fel i ett upphandlingsförfarande.<sup>142</sup> Beräkningen av ersättningens storlek bör som regel utföras på så sätt att kostnaderna som leverantören sparar in genom att inte lägga ned arbete på uppdraget dras av från de intäkter som denne hade kunnat påräkna med anledning av uppdraget.<sup>143</sup> Hellner har konstaterat att ett skadestånd beräknat enligt det positiva kontraktsintresset vid offentlig upphandling ”onekligen [är] förmånligt för den förbigångna parten – i stället för att ha besväret och kostnaden av att fullgöra kontraktet och risken att ha gjort en felbedömning eller att begå kontraktsbrott skall den förbigångne ha fulla vinsten”.<sup>144</sup>

---

<sup>139</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 373. Se även 1 kap. 2 § SkL.

<sup>140</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 376. Se även Ramberg & Ramberg 2016, s. 237 ff.

<sup>141</sup> I förarbetena diskuterades dock huruvida skadeståndet skulle begränsas till det negativa kontraktsintresset. Ett sådant tilltag är inte uttryckligen förbjudet enligt rättsmedelsdirektiven, men regeringen ansåg likväl att skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset skulle stå i bättre överensstämmelse med direktivtexten och dessutom vara av värde ur effektivitetssynpunkt, se prop. 1992/93:88, s. 45 ff. Förarbetsuttalandena kritiserades inledningsvis av Hellner, som förordade att skadeståndet skulle omfatta ett ”med hänsyn till kostnader och utsikter till vinst skäligt belopp”, se Hellner 1995, s. 468.

<sup>142</sup> NJA 1998 s. 873.

<sup>143</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 377 och Andersson 2014, s. 21 och 24. Se även NJA 2007 s. 349.

<sup>144</sup> Hellner 1998-99, s. 954.

Rätten till ersättning avseende det negativa kontraktsintresset regleras särskilt i 20 kap. 20 § 2 stycket LOU.<sup>145</sup> Bestämmelsen innebär att beviskravet är lägre för en leverantör som vill ha ersättning för sina nedlagda kostnader, snarare än utebliven vinst.<sup>146</sup> HD har i NJA 2013 s. 762 gett vägledning avseende vilka kostnader en leverantör kan få ersätta enligt det negativa kontraktsintresset. Det krävs bl.a. att den upphandlande myndighetens överträdelse måste ha inneburit att kostnaderna blivit onyttiga för leverantören genom att denne gått miste om kontraktet. I samma avgörande slog HD även fast att leverantören kan få ersättning för ombudskostnader i överprövningsprocessen.

#### 4.5.2.4 ADEKVAT KAUSALITET

*Adekvat kausalitet* är ett annat centralt begrepp inom skadeståndsrätten. Med *kausalitet* avses att det ska finnas ett faktiskt orsakssamband mellan det ansvarsgrundande agerandet och den uppkomna skadan. Att det finns ett faktiskt orsakssamband brukar dock inte vara tillräckligt för att skadeståndsansvar ska inträda, utan det krävs även att orsakssambandet är *adekvat* (eller rättsligt relevant).<sup>147</sup> I förarbetena till SkL uttalades att kravet på adekvans innebär att ”den inträffade skadan skall för en person med kännedom om alla föreliggande omständigheter ha framstått som en beräknelig och i viss mån typisk följd av det skadegörande beteendet”.<sup>148</sup> Den formuleringen torde sammanfatta rättsläget väl än idag.

Vid offentlig upphandling gäller följande. För skadestånd enligt det positiva kontraktsintresset krävs att leverantören har förlorat kontraktet till följd av överträdelsen av upphandlingslagstiftningen. I annat fall kan sägas att skada i form av utebliven vinst inte uppkommit alls, eftersom leverantören inte hade gjort någon vinst även om myndigheten skött upphandlingen felfritt. Det är leverantören som har *bevisbördan* för att ett orsakssamband föreligger mellan en regelöverträdelse och utebliven vinst.<sup>149</sup> När det gäller *beviskravet*, har HD slagit fast att det för fullt skadestånd räcker att leverantören *gjort sannolikt* att han gått miste om

---

<sup>145</sup> En motsvarande bestämmelse återfinns i artikel 2.7 i rättsmedelsdirektivet som avser försörjningssektorerna (direktiv 92/13/EEG), men inte i rättsmedelsdirektivet som avser den klassiska sektorn (direktiv 89/665/EEG). Någon regel om skadestånd avseende det negativa kontraktsintresset för den klassiska sektorn infördes därför inte i 1992 års LOU. Sedan HD i NJA 2000 s. 712 funnit att, i avsaknad av sakskalet som talar för något annat, samma rätt till ersättning för det negativa kontraktsintresset som gäller inom försörjningssektorerna får antas gälla även inom den klassiska sektorn, infördes dock en kompletterande regel i 2007 års LOU som motsvarar den 20 kap. 20 § 2 stycket LOU.

<sup>146</sup> Beviskravet diskuteras närmare i avsnitt 4.5.2.4 nedan.

<sup>147</sup> Se härvid med vidare referenser Hellner & Radetzki 2014, s. 184 ff.

<sup>148</sup> Prop. 1972:5, s. 22.

<sup>149</sup> Prop. 1992/93:88, s. 103. Se även Asplund m.fl. 2012, s. 378 f.



kontraktet på grund av felet.<sup>150</sup> För att undgå skadeståndsskyldighet kan myndigheten i sin tur göra sannolikt att en annan leverantör än den som väckt skadeståndstalan skulle ha fått kontraktet om bestämmelserna i LOU hade följts.<sup>151</sup>

För skadestånd enligt det negativa kontraktsintresserat är beviskravet, som framgått ovan, lägre än annars. Redan av bestämmelsen i 20 § 2 stycket LOU följer att det är tillräckligt att leverantören visar att åsidosättandet av upphandlingslagstiftningen *menligt har påverkat hans möjligheter att tilldelas kontraktet*. HD har formulerat beviskravet som så att ”det är tillräckligt att [leverantören] visar, förutom att en överträdelse skett, att han haft en realistisk möjlighet att erhålla kontraktet och att överträdelsen minskat denna möjlighet”.<sup>152</sup> För att få ersättning för sina kostnader måste leverantören alltså inte visa att han verkligen skulle ha tilldelats kontraktet om upphandlingsförfarandet hade gått rätt till.<sup>153</sup>

Frågan om adekvans spelar en undanskymd roll vid skadeståndbedömningen enligt LOU. För det första riskerar ett krav på adekvans strida mot EU-rätten.<sup>154</sup> Att en regelöverträdelse i ett upphandlingsförfarande kan orsaka att en förlorande leverantör haft onödiga utgifter och gått miste om vinst torde i vilket fall normalt framstå som tillräckligt förutsebart för en person med kännedom om alla föreliggande omständigheter. En leverantör som söker utfå skadestånd bör således fokusera på att uppfylla beviskravet avseende det faktiska orsakssambandet, snarare än att fundera över skadans förutsebarhet.

### 4.5.3 Skadeståndet som ett sekundärt rättsmedel

De olika rättsmedlens inbördes förhållande, eller hierarkin dem emellan, är inte helt klar.<sup>155</sup> I rättsmedelsdirektiven betonas dock särskilt behovet av att kunna rätta till ett fel på ett tidigt stadium för att undvika att skada uppstår.<sup>156</sup> Överprövning av upphandling respektive överprövning av avtals giltighet kan användas för att åtgärda överträdelser i ett pågående ärende och kan således betecknas som *primära rättsmedel*, medan skadeståndsansvaret som används för att efteråt

---

<sup>150</sup> NJA 2000 s. 712 och NJA 2007 s. 349.

<sup>151</sup> NJA 2007 s. 349.

<sup>152</sup> NJA 2000 s. 712.

<sup>153</sup> Särskilda regler gäller vid otillåten direktupphandling eftersom det ofta är mycket svårt för en leverantör att göra sannolikt att han skulle ha tilldelats kontraktet om anbud hade infordrats och kriterierna hade preciserats i ett förfrågningsunderlag. Om leverantören under sådana omständigheter lyckas göra *sannolikt* skulle ha lämnat anbud och därvid haft en *realistisk möjlighet* att erhålla kontraktet, begränsas ersättningsbeloppet därför inte automatiskt till nedlagda kostnader, utan i stället ska ett skäligt belopp utgå med beaktande av bl.a. nedlagda kostnader och utsikten till vinst, se NJA 2007 s. 349.

<sup>154</sup> EUD mål C-140/97 *Rechberger*, p. 67–77 i förening med EUD mål C-568/08 *Spijker*.

<sup>155</sup> Se närmare Sanchez-Graells 2018a, s. 27 ff med däri gjorda hänvisningar.

<sup>156</sup> Andra skälet i direktiv 89/665/EEG.

kompensera för skada kan betecknas som ett *sekundärt rättsmedel*. Notera att enbart *risk* för skada är tillräcklig för att överprövning ska kunna aktualiseras,<sup>157</sup> vilket markerar att detta primära remedium kan sättas in i ett tidigt stadium för att förebygga skadeverkningar och därmed göra det sekundära remediet skadestånd överflödigt.<sup>158</sup> Ytterligare en aspekt som förstärker bilden av skadeståndet som ett sekundärt rättsmedel är att rätten till skadestånd helt eller delvis kan gå förlorad ifall leverantören underlåtit att ansöka om överprövning i ett tidigare led och därmed inte uppfyllt sin skyldighet att begränsa skadan.<sup>159</sup>

Skadeståndets betydelse som rättsmedel vid offentlig upphandling bör i ljuset av vad som sagts ovan inte överdrivas. Snarare har skadeståndet som rättsmedel identifierats som särskilt problematiskt av Europeiska kommissionen och vid omarbetningen av rättsmedelsdirektiven genom ändringsdirektivet gjordes ett medvetet val att inte förändra bestämmelserna om skadestånd. Kommissionen hänvisade bl.a. till att skadeståndsinstitutet inte är särskilt attraktivt bland missnöjda leverantörer eftersom en framgångsrik skadeståndstalan i vilket fall inte leder till att kontraktet faktiskt tilldelas den förfördelade leverantören utan snarare riskerar förstöra relationen med den upphandlande myndigheten. Därutöver ansågs beviskraven för orsakssamband mellan skada och regelöverträdelse vara höga och rättsprocessen både lång och kostsam.<sup>160</sup>

Å andra sidan bör inte heller betydelsen av ett fungerande skadeståndsrättsligt moment underskattas. Skadeståndsinstitutet är särskilt viktigt som en sista utväg i de fall då en domstol väljer att inte ogiltigförklara ett avtal med hänsyn till allmänintresset trots att övriga förutsättningar är uppfyllda.<sup>161</sup> Dessutom utgör överprövning inte någon garanti för att det görs någon ny konkurrensutsättning, även om allmän förvaltningsdomstol ansett att förutsättningar för en förnyad upphandling föreligger. För att sanktionera den upphandlande myndighetens oförmåga eller ovilja att göra om upphandlingen finns ett behov av ett fungerande ersättningsrättsligt instrument.<sup>162</sup>

---

<sup>157</sup> Se ovan avsnitt 4.1.

<sup>158</sup> Andersson 2014, s. 15 f. Se även Madell & Björklund 2008, s. 592 f.

<sup>159</sup> Se EUD mål C-568/08 *Spijker* i förening med EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 84–85. Se även RH 2010:48 och Leffler 2005.

<sup>160</sup> Se närmare Europeiska kommissionen, *Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement*, Bryssel, 2006, SEC/2006/0557 slutlig. Se även Schebesta 2016, s. 24 och 27 ff.

<sup>161</sup> Jfr ovan avsnitt 4.4. Se även Schebesta 2016, s. 27. Det bör dock noteras att även upphandlingskadeavgift kan aktualiseras i de här fallen, se 21 kap. 1 § LOU.

<sup>162</sup> Madell & Björklund 2008, s. 579 och 592 ff.

## 5 Särskilt om regelöverträdelsen

### 5.1 Inledning

För att nå framgång med en skadeståndstalan eller med en ansökan om överprövning av en upphandling krävs att den upphandlande myndigheten har brutit mot upphandlingslagstiftningen. Det fordras m.a.o. en regelöverträdelse. Överträdelsen kan exempelvis bestå i otillåtna förhandlingar under upphandlingsprocessen. Vanligt är annars att missnöjda leverantörer gör gällande att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna som återfinns i 4 kap. 1 § LOU. Det kan också handla om i vilken utsträckning myndigheten har utvärderat anbudsgivarnas anbud på ett korrekt sätt. I samband med en sådan talan brukar även förfrågningsunderlagets utformning angripas. Att t.ex. den vinnande leverantören inte uppfyllt vissa obligatoriska krav (s.k. ”skall-krav”) är också en grund som brukar framföras, liksom att den missnöjda leverantören för egen del uppfyller sådana krav trots att myndigheten gjort en annan bedömning och därmed förkastat anbudet.<sup>163</sup>

I avsnitten nedan undersöks dels vilka krav EU-rätten ställer på hur allvarlig en regelöverträdelse måste vara för att aktualisera skadestånd respektive ett ingripande vid en överprövning, dels vilka krav som har ställts upp i svensk rättstillämpning.

### 5.2 Ansvarsgrund vid skadestånd

#### 5.2.1 EU-rättsliga ramar

##### 5.2.1.1 EU-DOMSTOLENS PRAXIS

Ett av de mest kända avgörandena från EU-domstolen är *Francovich*,<sup>164</sup> där principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar gentemot enskilda vid överträdelser av unionsrätten grundlades (ibland kallad ”Francovich-principen”). I domen slog EU-domstolen fast att enskilda har rätt till skadestånd om deras unionsrättsliga rättigheter kränkts genom överträdelser som kan tillskrivas en medlemsstat. En sådan rätt till skadestånd sades följa av EU-fördragets systematik och vara nödvändig för att säkerställa unionsrättens fulla genomslag.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Asplund m.fl. 2012, s. 189 och Leffler 2003, s. 488.

<sup>164</sup> EUD de förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich*.

<sup>165</sup> EUD de förenade målen C-6/90 och C-9/90 *Francovich*, p. 31–37.

I de förenande målen *Brasserie och Factortame III*<sup>166</sup> förtydligade EU-domstolen förutsättningarna för en medlemsstats skadeståndsansvar gentemot enskilda vid överträdelse av unionsrätten. Målen rörde underlåtenhet av den nationella lagstiftaren att i olika avseenden åtgärda att nationell rätt stod i strid med EU-fördragets bestämmelser om fri rörlighet och icke-diskriminering.<sup>167</sup> EU-domstolen konstaterade först att Francovich-principen är tillämplig oavsett vilket av medlemsstatens organ som är att skylla för överträdelsen, dvs. vare sig överträdelsen kan tillskrivas den lagstiftande, den dömande eller den verkställande makten. Medlemsstaten ska m.a.o. betraktas som en enhet när ansvar görs gällande till följd av en överträdelse av unionsrätten.<sup>168</sup>

I nästa del av domen ställde EU-domstolen upp tre krav som måste vara uppfyllda för att en rätt till skadestånd ska föreligga:

- (i) Den rättsregel som har överträtts har till *syfte att ge enskilda rättigheter*,
- (ii) överträdelsen är *tillräckligt klar*, och
- (iii) det finns ett *direkt orsakssamband* mellan åsidosättandet av medlemsstatens skyldighet och den skada som de drabbade personerna har lidit.<sup>169</sup>

Såvida de tre kraven ovan är uppfyllda, och en principiell rätt till skadestånd därmed är för handen, ankommer det på medlemsstaten att inom ramen för den nationella skadeståndsrätten gottgöra följderna av den skada som har uppstått genom överträdelsen. Likvärdighetsprincipen och effektivitetsprincipen måste emellertid respekteras, dvs. förutsättningarna som fastställs i den nationella lagstiftningen får inte vara mindre förmånliga än de som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd.<sup>170</sup>

Med begreppet ”tillräckligt klar” avses att en medlemsstat ”uppenbart och allvarligt har missbedömt gränserna för sitt utrymme för skönsmässig bedömning”.<sup>171</sup> Bland de omständigheter som ska beaktas lyfte EU-domstolen fram den överträdde regelns grad av klarhet och precision, omfattningen av det utrymme för skönsmässig bedömning som i den överträdde regeln lämnas åt de nationella myndigheterna, överträdelsens avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, den ursäktliga eller ousäktliga karaktären av en eventuell rättsvillfarelse, den omständigheten att en av en EU-institution intagen ståndpunkt har kunnat bidra till underlåtenheten att införa bestämmelser i enlighet med unionsrätten samt antagandet eller

---

<sup>166</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*.

<sup>167</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 3–15.

<sup>168</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 16–36.

<sup>169</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 51.

<sup>170</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 67–74.

<sup>171</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 55.

upprätthållandet av bestämmelser eller nationell praxis som strider mot unionsrätten.<sup>172</sup> En överträdelse är alltid att anse som tillräckligt klar om det finns fast rättspraxis från EU-domstolen av vilken det framgår att agerandet i fråga bryter mot unionsrätten.<sup>173</sup>

I *Brasserie och Factortame III* uttalade EU-domstolen vidare att nationella skadeståndsregler inte får göra ansvarsbedömningen beroende av huruvida de organ som kan tillskrivas överträdelsen agerat uppsåtligt eller oaktsamt, så länge överträdelsen är just ”tillräckligt klar”. En annan ordning hade nämligen, enligt domstolen, äventyrat rätten att få skadestånd. Visserligen är, som framgått ovan, vissa objektiva och subjektiva omständigheter som inom ramen för en nationell rättsordning kan anknyta till begreppet culpa relevanta även för att bedöma om en överträdelse av unionsrätten är klar eller inte. EU-domstolens poäng är att skyldigheten att ersätta skada som har åsamkats enskilda inte får göras beroende av en förutsättning utifrån begreppet culpa som går *utöver* en ”tillräckligt klar” överträdelse av unionsrätten.<sup>174</sup>

*Brasserie och Factortame III* rörde främst felaktig eller utebliven implementering av unionsrätten från den nationella lagstiftarens sida, dvs. situationer då medlemsstaten har att göra normativa val med vanligtvis stort utrymme för skönsmässig bedömning. De tre ansvarsförutsättningarna som ställdes upp i *Brasserie och Factortame III* gäller emellertid även då unionsrätten har överträtts genom beslut av förvaltningsmyndigheter, dvs. i situationer då medlemsstaten har att tillämpa unionsrätten och ofta förfogar över ett begränsat, eller till och med obefintligt, utrymme för skönsmässig bedömning. I *Hedley Lomas*<sup>175</sup> var fråga om ett avslagsbeslut från jordbruksministeriet för England och Wales avseende en enskild ansökan om exportlicens för att exportera ett visst antal levande får för slakt till Spanien. Det aktuella avslagsbeslutet stred mot det EU-rättsliga förbudet mot kvantitativa exportrestriktioner, vilket återfinns i fördragen och numera framgår av artikel 35 FEUF.<sup>176</sup> EU-domstolen konstaterade att det för skadestånd med anledning av överträdelsen krävdes att de tre villkoren från *Brasserie och Factortame III* var uppfyllda. Domstolen uttalade även att en mindre överträdelse av unionsrätten kan vara tillräcklig för att det ska vara fråga om en tillräckligt klar överträdelse i fall då utrymmet för skönsmässig bedömning från medlemsstatens sida är begränsat eller obefintligt. Så ansågs också vara fallet då medlemsstaten (och dess myndigheter) är skyldiga att rätta sig efter en unions-

---

<sup>172</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 56.

<sup>173</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 57.

<sup>174</sup> EUD de förenade målen C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, p. 75–80.

<sup>175</sup> EUD mål C-5/94 *Hedley Lomas*.

<sup>176</sup> EUD mål C-5/94 *Hedley Lomas*, p. 1–22.

rättslig regel som innehåller ett förbud, såsom förbudet mot kvantitativa exportrestriktioner.<sup>177</sup> I senare praxis, t.ex. *Synthon*,<sup>178</sup> har EU-domstolen betonat att just utrymmet för skönsmässig bedömning, som i stor utsträckning är beroende av den överträdde regelns grad av klarhet och precision, är ett viktigt kriterium för att fastställa huruvida det förelegat en tillräckligt klar överträdelse av unionsrätten.<sup>179</sup>

Varken *Francovich*, *Brasserie och Factortame III* eller *Hedley Lomas* rörde offentlig upphandling. Avgörandena ger snarare uttryck för generella principer om statens skadeståndsansvar vid brott mot EU-rätten. En fråga som uppkommer är därför om skadeståndsremediet som föreskrivs i rättsmedelsdirektiven följer dessa principer, eller om ansvarsbedömningen ser annorlunda ut vid just offentlig upphandling.

EU-domstolen behandlade skadeståndsansvar vid offentlig upphandling i *Strabag*.<sup>180</sup> I grunden rörde målet en upphandling avseende produktion och leverans av asfalt till staden Graz i Österrike. Efter en långdragen överprövningsprocess slog österrikisk domstol fast att anbudet från den vinnande leverantören borde ha förkastats, eftersom denne hade tillgång till sin nya anläggning för asfaltblandning först den 17 maj 1999, medan leverans enligt upphandlingen skulle ske under perioden från den 1 mars 1999 till den 20 december 1999. Strabag m.fl., vars anbud borde ha antagits i den vinnande leverantörens ställe, väckte därför en skadeståndstalan gentemot staden Graz. Österrisk lag ställde dock ett krav på att överträdelsen av upphandlingsreglerna skulle ha sin grund i en försummelse för att ge rätt till skadestånd. EU-domstolen hade därför att pröva om ett sådant nationellt krav stred mot EU-rätten.<sup>181</sup>

I sitt avgörande konstaterade EU-domstolen inledningsvis att rättsmedelsdirektivet endast uppställer minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla, och att det i avsaknad av särskilda bestämmelser på området ankommer på varje enskild medlemsstat att i sin nationella lagstiftning fastställa vilka åtgärder som behövs för att säkerställa att prövningsförfarandena verkligen medför en möjlighet att bevilja ersättning till personer som skadats av en överträdelse. Principerna om likvärdighet och effektivitet måste m.a.o. respekteras.<sup>182</sup>

När det gäller frågan huruvida det får uppställas ett nationellt krav på försummelse, konstaterade EU-domstolen att artiklarna i rättsmedelsdirektivet inte gav stöd för att rätten till skadestånd måste kännetecknas av särskilda omständig-

---

<sup>177</sup> EUD mål C-5/94 *Hedley Lomas*, p. 23–32.

<sup>178</sup> EUD mål C-452/06 *Synthon*.

<sup>179</sup> EUD mål C-452/06 *Synthon*, p. 39.

<sup>180</sup> EUD mål C-314/09 *Strabag*.

<sup>181</sup> EUD mål C-314/09 *Strabag*, p. 10–29.

<sup>182</sup> EUD mål C-314/09 *Strabag*, p. 30–34.

heter, såsom att överträdelsen måste ha samband med försummelse. Vidare menade EU-domstolen att rättsmedelsdirektivets ordalydelse ska tolkas utifrån *dess kontext* och *skadeståndsremediets ändamål*. Härvid fann EU-domstolen att det följer av rättsmedelsdirektivets systematik att skadeståndsremedit är tänkt att fungera som ett ”processuellt alternativ” till andra rättsmedel, t.ex. i de fall tidsfristen för överprövning löpt ut eller då medlemsstaten valt att begränsa möjligheten till överprövning när ett avtal väl ingåtts, och att en sådan ordning är förenlig ”med den effektivitetsprincip som ligger bakom direktivets mål att säkerställa effektiva rättsmedel”. I ljuset härav drog domstolen slutsatsen att möjligheten att erhålla skadestånd när reglerna för offentlig upphandling har överträtts *inte* får vara avhängig av att det fastställs att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till försummelse, eftersom det inte krävs försummelse för att nå framgång med övriga rättsmedel, såsom överprövning av upphandling.<sup>183</sup>

I målet *Spijker*<sup>184</sup> hade provinsen Drenthe i Nederländerna genomfört en offentlig upphandling rörande en renovering av två klaffbroar. Spijker m.fl., vars anbud kommit på andra plats, begärde överprövning av upphandlingen och menade att den vinnande leverantörens anbud borde ha förkastats då det inte uppfyllde tilldelningskriterierna. Efter att nederländsk domstol fattat ett intermistiskt beslut som gick Spijker m.fl. emot, valde provinsen Drenthe att tilldela kontraktet till den vinnande leverantören som då påbörjade verkställigheten av det samma. Därmed återstod endast skadestånd för Spijker m.fl. när väl ett slutligt avgörande i sakfrågan skulle fattas. I den slutliga sakprövningen kom så den nederländska domstolen fram till att ett fel i upphandlingen hade begåtts genom att det skett så stora förändringar i anbudsinfordran att upphandlingen borde ha avbrutits och gjorts om, vilket alltså inte hade skett. Den nederländska domstolen ställde med anledning därav ett flertal frågor till EU-domstolen.<sup>185</sup>

En av frågorna – och egentligen den enda som är av omedelbar relevans för den här framställningen – rörde rent allmänt förutsättningarna för skadestånd vid överträdelser av unionsbestämmelserna om offentlig upphandling. Den nederländska domstolen undrade nämligen huruvida det i unionsrätten fastställs kriterier för fastställande och beräkning av skadestånd i sådana situationer.

I sitt svar inledde EU-domstolen med att konstatera att rättsmedelsdirektivet inte preciserar förutsättningarna för att en upphandlande myndighet ska hållas ansvarig och inte heller med vilket belopp det eventuella skadeståndet ska utges. I sammanhanget noterade domstolen även att unionslagstiftaren hade underlåtit att ändra eller precisera bestämmelserna om skadestånd i samband med ändringsdirektivet. EU-domstolen tog dock fasta på förutsättningarna som ställdes upp i *Brasserie och Factortame III* och uttalade att bestämmelsen om skadestånd i rättsmedelsdirektiven ”utgör en konkretisering av principen om statens ansvar för

---

<sup>183</sup> EUD mål C-314/09 *Strabag*, p. 34–45.

<sup>184</sup> EUD mål C-568/08 *Spijker*.

<sup>185</sup> EUD mål C-568/08 *Spijker*, p. 12–34.

skada som har vållats enskilda genom sådana överträdelse av unionsrätten som kan tillskrivas staten”. EU-domstolen upprepade härvid att enskilda personer har rätt till skadestånd när de tre förutsättningarna som räknades upp i *Brasserie och Factortame III* är uppfyllda (inklusive att överträdelsen av den aktuella unionsbestämmelsen måste vara ”tillräckligt klar”), men att några mer detaljerade kriterier för hur skadestånd ska fastställas och beräknas inom området för offentlig upphandling ”för närvarande” inte framgår av domstolens praxis. Avslutningsvis hänvisade EU-domstolen till medlemsstaternas frihet att själva utforma de närmare kriterierna för att fastställa och beräkna skadestånd så länge likvärdighets- och effektivitetsprincipen är uppfyllda.<sup>186</sup>

#### 5.2.1.2 EFTA-DOMSTOLENS PRAXIS

Genom avgörandet i *Spijker* verkar EU-domstolen således ha slagit fast att samma principer som gäller för statens allmänna skadeståndsansvar vid brott mot EU-rätten gäller även vid skadestånd enligt rättsmedelsdirektiven. EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen*,<sup>187</sup> som meddelades efter *Spijker*, avviker emellertid från ett sådant synsätt. Målet avsåg en upphandling av färjetransporttjänster i Norge. Ansvar för kollektivtrafiken vilade hos Sør-Trøndelag fylkeskommun (motsvarande län i Sverige), men upphandlingen sköttes genom bolaget AtB. Tilldelningskriterierna var ”pris” (50 procent), ”miljö” (25 procent) och ”kvalitet” (25 procent), där varje kriterium gavs en poäng på en skala mellan ett till tio som sedan viktades mot de andra kriterierna i enlighet med anbudsspecifikationerna. Vid anbudsutvärderingen fick Norled högst poäng av anbudsgivarna medan Fosen-Linjen hamnade på en andra plats. Med anledning av oklarheter rörande den beräkning av bränsleförbrukning som skulle göras inom ramen för tilldelningskriteriet miljö, vände sig Fosen-Linjen till norsk domstol som interimistiskt beslutade att förbjuda ett ingående av kontraktet med Norled. Efter att ha överklagat beslutet utan framgång, valde AtB att avbryta upphandlingsförandet med hänvisning till bristerna avseende tilldelningskriterierna.<sup>188</sup>

Efter avbrytandebeslutet ingick AtB ett färjetransportavtal med Norled avseende den aktuella sträckan men för en kortare tidsperiod än vad den ursprungliga upphandlingen avsåg. Fosen-Linjen i sin tur valde att väcka en skadeståndstalan. Första instans ogillade skadeståndstalan, men fann att AtB hade brutit mot upphandlingslagstiftningen bl.a. genom att inte begära nödvändig dokumentation avseende någon av de relevanta parametrarna för beräkning av bränsleförbrukningen. Fosen-Linjen gick vidare och överklagade domen, varpå appellationsdomstolen valde att ställa ett antal frågor till EFTA-domstolen.<sup>189</sup>

Genom sin första fråga ville den norska appellationsdomstolen ha svar på om rättsmedelsdirektiven innebär ett förbud mot nationella regler som gör rätten till

---

<sup>186</sup> EUD mål C-568/08 *Spijker*, p. 85–92.

<sup>187</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*.

<sup>188</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 16–31.

<sup>189</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 31–35.



skadestånd beroende av (i) förekomsten av vårdslöshet och att den upphandlande myndigheten klart har avvikit från ett försvarbart tillvägagångssätt, (ii) förekomsten av ett väsentligt fel där vårdslöshet på myndighetens sida är en del av helhetsbedömningen, eller (iii) att myndigheten begått ett väsentligt, grovt och uppenbart fel. Den andra frågan rörde huruvida rättsmedelsdirektiven innebär att en överträdelse av de EU-rättsliga upphandlingsbestämmelserna *i sig* är tillräcklig för att grunda en skadeståndsskyldighet i de fall bestämmelserna inte lämnar något utrymme för skönsässig bedömning åt myndigheten.<sup>190</sup>

EFTA-domstolen valde att besvara de två frågorna gemensamt. Inledningsvis konstaterade domstolen att AtB inte ägnat sig åt myndighetsutövning (*actum jure imperii*) när det genomfört upphandlingen. Snarare syftar upphandlingsförfarandet till att sluta ett avtal *inter partes*, vilket omfattar ett kommersiellt handlande från AtB:s sida. Situationen skiljer sig därför från den då den nationella lagstiftaren implementerar unionsrättsliga bestämmelser om offentlig upphandling eller då domstolar baserar sina domar och beslut på desamma.<sup>191</sup>

Därefter upplyste EFTA-domstolen om sin syn på rättsmedelsdirektivets syfte och ändamål. Med hänvisning till första, andra, tredje och fjärde skälet påtalade domstolen bl.a. att rättsmedelsdirektivet syftar till att garantera en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven och att tillskapa ett regelverk som innebär att alla leverantörer på den inre marknaden har tillgång rättsmedel på så lika villkor som möjligt. Lika villkor bidrar nämligen till att öppna upp den offentliga upphandlingen i medlemsstaterna för konkurrens från hela EES-området. EFTA-domstolen framförde även att rättsmedelsdirektivet syftar till att skydda leverantörer från otillbörligt agerande av upphandlande myndigheter.<sup>192</sup>

Därefter hänvisade EFTA-domstolen till EU-domstolens avgörande i *Spijker* och upprepade att det är upp till medlemsstaterna själva att fastställa förutsättningarna för rätten till skadestånd i den mån närmare regler saknas i rättsmedelsdirektiven, så länge effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen är uppfyllda.<sup>193</sup> Med hänvisning till EU-domstolens avgörande i *Strabag*, betonade EFTA-domstolen dock att ordalydelsen i rättsmedelsdirektiven inte i någon del antydde att regelöverträdelsen (som ansvarsgrund för skadestånd vid offentlig upphandling) måste kännetecknas av några särskilda omständigheter.<sup>194</sup> EFTA-domstolen menade vidare att det, i ljuset av den grundläggande rätten till effektiva rättsmedel, måste finnas en möjlighet för en förlorande anbudsgivare att få bekräftat genom en dom att en överträdelse av upphandlingsregelverket har skett, *även* i sådana fall andra rättsmedel än skadestånd (såsom överprövning av upphandling) av olika skäl inte är tillgängliga. EFTA-domstolen tog m.a.o. fasta

---

<sup>190</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 36.

<sup>191</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 64.

<sup>192</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 66-68.

<sup>193</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 70.

<sup>194</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 71.

på EU-domstolens resonemang i *Strabag* om att skadeståndsremediet utgör ett ”processuellt alternativ” till andra rättsmedel i rättsmedelsdirektiven, varför framgång med en skadeståndstalan inte får göras beroende av att den upphandlande myndigheten agerat culpöst. En sådan ordning skulle nämligen försämra upphandlingsreglernas effektivitet och genomslag.<sup>195</sup>

Den norska appellationsdomstolens frågor rörde emellertid inte enbart betydelsen av myndighetens försummelse. EFTA-domstolen kunde därför inte nöja sig med att kopiera EU-domstolens resonemang i *Strabag*, utan var tvungen att gå vidare. Härvid menade EFTA-domstolen att, på samma sätt som ett krav på försummelse skulle skada upphandlingsreglernas effektivitet, skulle också andra generella begränsningar av rätten till skadestånd till att avse endast specifika situationer, såsom att överträdelsen måste vara av en viss allvarlighetsgrad, få samma negativa verkan. Utöver att minska incitamenten för upphandlande myndigheter att följa upphandlingsregelverket, riskerar enligt EFTA-domstolen sådana begränsningar även undergräva ett annat mål med rättsmedelsdirektivet, nämligen det om att upphandlingsremedierna ska kunna tillämpas på lika villkor i alla medlemsstater. Sammantaget drog EFTA-domstolen därför slutsatsen att ett krav på att överträdelsen måste vara av en viss allvarlighetsgrad undergräver rättsmedelsdirektivens uttalade mål om en effektiv och skyndsam prövning av myndigheternas upphandlingsbeslut. Följaktligen blev EFTA-domstolens slutsats att det inte är förenligt med rättsmedelsdirektiven att kräva att en överträdelse måste vara av en viss allvarlighetsgrad för att utlösa den upphandlande myndighetens skadeståndsansvar. Domstolen anger uttryckligen att ”the gravity of the breach [...] is irrelevant for the award of damages”.<sup>196</sup>

### 5.2.1.3 SYNPKTER I DEN JURIDISKA LITTERATUREN

Frågan om tröskeln för ansvar vid överträdelser av de unionsrättsliga upphandlingsreglerna har även varit föremål för diskussion i den juridiska litteraturen. Synen att skadeståndsremediet i rättsmedelsdirektiven utgör ett uttryck för den generella doktrinen om statsansvar vid överträdelser av EU-rätten (Francovich-principen) kan benämnas *enhetlighetstesen* (eng: ”unifying thesis”). Enhetlighetstesen medför ett krav på att en överträdelse måste vara ”tillräckligt klar” för att upphandlingsskadestånd ska komma i fråga. En annan argumentationslinje går ut på att rättsmedelsdirektivet föreskriver en parallell skadeståndsreglering för brott mot just upphandlingsreglerna. *Separationstesen* (eng: ”separation thesis”), som det sistnämnda synsättet kan benämnas, resulterar i en fristående tolkning av hur allvarlig regelöverträdelsen måste vara för att aktualisera skadeståndsansvar, vilket förmodligen leder till att tröskeln för ansvar blir lägre än annars.<sup>197</sup>

*Schebesta* kritiserar i sin avhandling EU-domstolens dom i *Spijker* och för fram en rad faktorer som hon menar skiljer skadestånd enligt Francovich-principen

---

<sup>195</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 72–77.

<sup>196</sup> EFTA-domstolen mål E-16/16 *Fosen-Linjen*, p. 77–82.

<sup>197</sup> Sanchez-Graells 2018b, s. 2 f och Schebesta 2016, s. 65.

från skadestånd enligt rättsmedelsdirektivet. Därmed gör Schebesta sig till talesperson för separationstesen. Närmare bestämt menar Schebesta att Francovich-principen å sin sida ska förstås som ett konstitutionellt instrument som är ägnat att garantera att medlemsstaterna lever upp till sina skyldigheter att implementera och tillämpa unionsrätten. Remediebestämmelserna i rättsmedelsdirektivet är å andra sidan särskilt utformade för och syftar till att just upphandlingsdirektiven ska få ett effektivt genomslag.<sup>198</sup>

När det gäller Francovich-principen menar Schebesta att *rättfärdigandegrunderna* för skadeståndsansvaret är kopplade till medlemsstaternas skyldighet att implementera och tillämpa unionsrätten. Den slutsatsen grundar Schebesta bl.a. på de omständigheter som, enligt EU-domstolens uttalanden i *Brasserie och Factortame III*, ska beaktas vid bedömningen av huruvida en överträdelse av unionsrätten är ”tillräckligt klar”. Att regelns klarhet och precision ska beaktas, liksom att en medlemsstat kan undgå ansvar om en EU-institution agerat på ett sätt som kan ha bidragit till överträdelsen, visar att skadeståndsansvaret är kopplat till relationen mellan medlemsstaten och EU, snarare än relationen mellan medlemsstaten och den enskilda skadelidanden. Skadestånd enligt Francovich-principen är således i hög grad beroende av medlemsstatens avsikter i samband med överträdelsen, närmare bestämt huruvida medlemsstaten agerat lojalt eller ej gentemot unionens rättsordning, snarare än omständigheter som är relevanta för den specifika underliggande lagstiftningen. Francovich-principen är m.a.o. i första hand ett verktyg för att få medlemsstater att efterleva unionsrätten. I kontrast härtill menar Schebesta att remedierna i rättsmedelsdirektiven rättfärdigas av behovet av en strikt efterlevnad av upphandlingsregelverket, oaktat medlemsstatens (myndighetens) avsikter.<sup>199</sup> I det fall skadestånd utdöms med anledning av att en upphandlande myndighet överträtt upphandlingsbestämmelserna, utsluter det ett anspråk baserat på Francovich-principen, eftersom medlemsstaten då efterlever EU-rätten genom att ha etablerat ett fungerande prövningsförfarande i enlighet med rättsmedelsdirektivet. Så länge medlemsstaten erbjuder effektiva rättsmedel, bör den enligt Schebesta inte hållas ansvarig enligt Francovich-principen.<sup>200</sup>

Schebesta framför vidare att Francovich-principen enligt EU-domstolen följer av EU-fördragen och medlemsstaternas konstitutionella traditioner, medan skadeståndsskyldigheten vid överträdelser av upphandlingsregelverket finns upptagen i ett direktiv. En viktig principiell skillnad är härvid att ett direktiv kan ändras av unionslagstiftaren, till skillnad från EU-fördragen och allmänna rättsprinciper. Skulle skadeståndsremediet i rättsmedelsdirektiven verkligen vara ett uttryck för den allmänna principen om statens ansvar för skada som har vållats genom överträdelser av unionsrätten, hade det inneburit att de nationella krafterna inom

---

<sup>198</sup> Schebesta 2016, s. 65.

<sup>199</sup> Schebesta 2016, s. 67 f.

<sup>200</sup> Schebesta 2016, s. 70.

EU:s lagstiftningsprocess kan disponera över sitt eget skadeståndsansvar vid överträdelser av unionsrätten. Schebesta menar därför att separationstesen är viktig för att bevara maktbalansen inom EU:s rättsordning på så sätt att medlemsstaternas skadeståndsansvar isoleras från unionslagstiftarens inflytande.<sup>201</sup>

Slutligen framför Schebesta att det framstår som paradoxalt om EU-domstolen skulle tvingas utgå från den generella och abstrakta doktrinen om medlemsstaternas skadeståndsansvar vid brott mot unionsrätten, trots att reglerna om rättsmedel vid offentlig upphandling är mer konkreta och detaljerade i jämförelse med andra områden inom unionsrätten.<sup>202</sup>

*Sanchez-Graells* å sin sida driver enhetlighetstesen och kritiserar EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen*. Dels menar Sanchez-Graells att EFTA-domstolens resonemang inte harmonierar med gällande rätt, dels att det i vilket fall finns ändamålsskäl mot att acceptera separationstesen.

Inledningsvis konstaterar Sanchez-Graells att EU-domstolens avgörande i *Spijker* ger klart stöd åt enhetlighetstesen, eftersom domstolen uttryckligen skriver att skadeståndsansvaret enligt rättsmedelsdirektivet utgör en ”konkretisering” av Francovich-principen.<sup>203</sup> Vidare lyfter Sanchez-Graells att rättsmedelsdirektivet är ett s.k. minimumdirektiv, dvs. ett direktiv som enbart ställer upp vissa minimivillkor som prövningsförfarandena i de nationella rättsordningarna måste uppfylla. Skulle under sådana omständigheter EU-rätten påbjuda att varje överträdelse av upphandlingslagstiftningen kan resultera i skadestånd, innebär det att området blivit fullt harmoniserat, åtminstone såvitt avser tröskeln för skadeståndsansvaret. En sådan ordning skulle strida mot logiken bakom minimumharmoniseringen, nämligen att det är upp till medlemsstaterna att själva avgöra om de vill gå längre och föreskriva ett striktare skadeståndsansvar än det som rättsmedelsdirektiven (och Francovich-principen) ger för handen. Härvid ifrågasätter Sanchez-Graells riktigheten i EFTA-domstolens uttalande om att ett underliggande syfte med rättsmedelsdirektivet är att tillskapa en remediereglering på så lika villkor som möjligt för alla leverantörer aktiva på den inre marknaden. Tvärtom menar Sanchez-Graells att det sjätte skälet i rättsmedelsdirektivet, enligt vilket det är nödvändigt att se till att ”lämpliga förfaranden” finns inom alla medlemsstater, talar emot att ett underliggande syfte skulle vara att dessa förfaranden dessutom ska vara så lika som möjligt.<sup>204</sup>

Sanchez-Graells anför även att bedömningen av huruvida en överträdelse är tillräckligt klar inom ramen för Francovich-principen i stor utsträckning har blivit objektiviserad. Subjektiva element, såsom medlemsstatens avsikter, spelar m.a.o.

---

<sup>201</sup> Schebesta 2016, s. 69 f.

<sup>202</sup> Schebesta 2016, s. 71.

<sup>203</sup> Sanchez-Graells 2018b, s. 3.

<sup>204</sup> Sanchez-Graells 2018b, s. 7 ff.

ingen betydelsefull roll, utan snarare är det utrymmet för skönsmässig bedömning och regelns klarhet och precision som EU-domstolen betonar i sin praxis. Därmed kan inte det faktum att skadestånd enligt rättsmedelsdirektivet inte får villkoras av försummelse användas som skäl för att frångå Francovich-principens kriterier för skadeståndsansvar.<sup>205</sup>

## 5.2.2 Svensk rättstillämpning

### 5.2.2.1 HÖGSTA DOMSTOLENS PRAXIS

Det senaste avgörandet från HD rörande ansvarsgrunden för skadestånd vid offentlig upphandling är NJA 2016 s. 358. Målet handlade om en upphandling av transporter avseende hjälpmedel för funktionshindrande inom Gävleborgs län. Upphandlande myndighet var Regionförbundet Gävleborg. Enligt anbudsinfordran skulle grunden för tilldelning av kontraktet vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, där viktning skulle ske efter en poängsättning av olika kriterier efter en femgradig skala. Kriterierna för utvärdering var pris (60 %), kvalitet, service (25 %) och miljö (15 %). De fyra högst rankade anbuderna hade utvärderats enligt följande: Jet Pak 4,50 poäng, SEAB 4,29 poäng, Valbo 4,28 poäng och Bergfors 4,27 poäng. Efter att Regionförbundet antagit Jet Paks anbud, ansökte Bergfors om överprövning av upphandlingen. Länsrätten avslog överklagandet. Bergfors överklagade till kammarrätten, som avvisade överklagandet eftersom Regionförbundet under mellantiden hade tecknat avtal med Jet Pak.

Bergfors väckte så en skadeståndstalan gentemot Regionförbundet. Som grund för talan angavs att kontraktet rätteligen borde ha tilldelats Bergfors och att de tre anbud som fått högre poäng än Bergfors borde ha förkastats alternativt ha åsatts en lägre poäng än Bergfors. Valbos anbud hade enligt Bergfors varit bristfälligt i två avseenden: dels tillgodosåg det inte ett uppställt ”skall-krav” på personalens kompetens och erfarenhet, dels var lämnade uppgifter om fordonsparken otydliga. I HD godtog Regionförbundet Bergfors påstående att Jet Paks och SEAB:s anbud borde ha förkastats. Därmed hade HD endast att pröva de invändningar som Bergfors riktat mot Regionförbundets bedömning av Valbos anbud.

I förfrågningsunderlaget under rubriken ”Teknisk förmåga och kapacitet” angavs bl.a. att ”[d]e personer som anlitas för utförandet skall ha mångårig vana av liknande arbeten samt ha relevant utbildning eller arbetslivserfarenhet. Anbudsgivaren skall ha erfarenhet av liknande åtaganden”. Under rubriken ”Personal” angavs bl.a. att ”personalen bör ha erfarenhet av att besöka privatpersoner i hemmet under stressade förhållanden men ändå kunna ge ett professionellt bemötande”. Valbo hade förklarat sig inte uppfylla det sistnämnda kravet och i en kommentar tillfogat att man för närvarande inte hade efterfrågad erfarenhet men

---

<sup>205</sup> Sanchez-Graells 2018b, s. 10 ff.

bedömde att personalen trots detta skulle kunna leva upp till de krav som ställdes. Avseende denna kategori (som bedömt frågor om personalens erfarenhet och kompetens) hade Valbo åsatts en lägre poäng än Bergfors. Det var nämligen endast Bergfors som hade just den specifika erfarenheten.

I förfrågningsunderlaget under rubriken ”Miljö” angavs bl.a. att Regionförbundet vid anbudsutvärderingen skulle ta hänsyn till vilket bränsle som användes, vilken miljöklassning fordonen tillhörde samt fordonens ålder och skick. Valbos anbud angav i denna del att Valbo vid anbudstillfället inte hade behövliga fordon utan att dessa skulle köpas in och att de då skulle vara ”nya eller senaste årsmodeller med den miljöklassning detta innebär”. Avseende denna kategori (som rör fordonsparken) hade Valbo och Bergfors åsatts lika höga poäng vid Regionförbundets utvärdering.

HD konstaterade inledningsvis att det i LOU föreskrivs att en upphandlande myndighet som inte följt bestämmelserna i lagen ska ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Härvid anmärkte domstolen att även förutsättningarna för överprövning anknyter till ett skadebegrepp och ett ”fel i upphandlingen”, varför bedömningsgrunderna vid överprövning i förvaltningsdomstol och skadeståndstalan i allmän domstol i det aktuella avseendet är ”likartade”.<sup>206</sup>

I nästa led uttalade HD att principerna för den ”felbedömning” som ska tillämpas vid en prövning av skadestånd varken framgår av lagtexten, dess förarbeten eller de bakomliggande rättsmedelsdirektiven. HD hänvisade i stället till EU-domstolens avgöranden i *Spijker* och *Brasserie och Factortame III* och menade att det av rättsfallen framgår att den enskilde har rätt till skadestånd när en överträdelse av en unionsbestämmelse om offentlig upphandling är ”tillräckligt klar”. Även EU-domstolens avgörande i *HI*<sup>207</sup> lyftes fram och HD uttryckte i samband därmed att felbedömningen inte får begränsas till att avgöra huruvida det beslut som är föremål för prövning är av godtycklig art.<sup>208</sup>

När det så gällde förfrågningsunderlaget, anförde HD att ett sådant ska utformas med beaktande av de grundläggande principer som gäller för offentlig upphandling (och som numera anges i 4 kap. 1 § LOU). Med hänvisning till EU-domstolens avgörande i *SIAC*<sup>209</sup> uttalade HD vidare att underlaget rent språkligt ska vara formulerat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka tilldelningskriterierna på samma sätt. Tolkningen ska alltså göras på ett objektivt sätt utifrån hur ordalagen kan uppfattas med hänsyn till nämnda principer. När det gällde vilka upphandlingskrav som får ställas uttryckte HD att den upphandlande myndigheten bör ha ”ett rimligt mått av fri-

---

<sup>206</sup> NJA 2016 s. 358, p. 11.

<sup>207</sup> EUD mål C-92/00 *HI*.

<sup>208</sup> NJA 2016 s. 358, p. 12–13.

<sup>209</sup> EUD mål C-19/00 *SIAC*. Rättsfallet behandlas närmare nedan under avsnitt 5.2.1.

het, eftersom det är myndighetens behov som ska tillgodoses genom upphandlingen". Vidare hänvisade HD till RÅ 2002 ref. 50<sup>210</sup> och uttalade att det också måste "finnas möjlighet att inom ramen för grundläggande principer för upphandling acceptera förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade", och att det "[i]nte heller då kvalificeringen eller utvärderingen av anbuderna prövas i samband med en skadeståndstalan i allmän domstol kan [...] krävas att myndighetens bedömningar har varit helt invändningsfria". HD drog således slutsatsen att det föreligger en tillräckligt klar överträdelse av bestämmelserna i LOU om "det är fråga om en tydlig och inte bagatellartad avvikelse från de principer som gäller för upphandlingskrav eller från vad som kan anses utgöra en sakligt gjord bedömning av anbud i förhållande till underlaget".<sup>211</sup>

Vad så gäller bedömningen i det enskilda fallet är HD:s skäl relativt kortfattade. Att det inte funnits grund att förkasta Valbos anbud konstateras utan närmare motivering. Vidare fann HD inte anledning att ifrågasätta utvärderingen och poängsättningen i förhållande till personalens erfarenhet. När det gällde delkriteriet om fordonens miljöklassning, ålder och skick, var HD något mer artikulerad. Det faktum att också Bergfors anbud innehållit en uppgift om framtida fordonsanskaffning (närmare bestämt att ett äldre fordon skulle bytas ut under kommande år) tog HD till intäkt för att Regionförbundet haft fog för sin bedömning. Vid utvärderingen hade Regionförbundet nämligen utgått från att både Bergfors och Valbo skulle anskaffa fordon av någon av de tre senaste årsmodellerna och gett anbuderna samma poäng. Enligt HD innebar det anförda sammantaget att "Bergfors inte har visat att Regionförbundet gjort fel i upphandlingen", varför Bergfors talan ogillades.

HD gjorde även ett intressant uttalande i NJA 2016 s. 369. Målet rörde en skadeståndstalan med anledning av ett avbrytande av en upphandling. I ett tidigare avgörande hade förvaltningsrätten funnit att den klagande leverantörens anbud felaktigt hade förkastats och att upphandlingslagstiftningen därmed hade överträtts. I stället för att rätta upphandlingen valde myndigheten emellertid att avbryta förfarandet. När HD så inom ramen för skadeståndsmålet skulle pröva om myndigheten hade brutit mot LOU i samband med förkastandet av anbudet, konstaterade HD att domstolen kunde "ta intryck av förvaltningsdomstolens resonemang och argument" men att invändningen likväl måste "prövas fullt i skadeståndsmålet". Även om förvaltningsdomstolens prövning sker i en process som liknar den som äger rum i allmän domstol, påpekade HD att "själva syftet med överprövningen i förvaltningsdomstol är [...] att göra en offentlighetskontroll och inte att lösa en civilrättslig tvist mellan parterna; prövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat och målet kan inte bli föremål för förlikning". Dessutom kan en parts åberopsbörd och beviskyldighet se annorlunda ut vid

---

<sup>210</sup> Rättsfallet behandlas närmare nedan under avsnitt 5.2.2.

<sup>211</sup> NJA 2016 s. 358, p. 14–16.

allmän domstol. Därför var det enligt HD motiverat att inte rakt av lägga förvaltningsrättens avgörande till grund för sin bedömning. I det enskilda fallet kom HD emellertid till samma slut som förvaltningsrätten; eftersom det i förfrågningsunderlaget uppställdes ett krav på referensobjekt för anbudsgivaren *eller* underentreprenören, var det fel av myndigheten att förkasta anbudet på den grunden att den missnöjda leverantören enbart hade lämnat referenser för egna projekt och inte för de uppgivna underentreprenörerna.

#### 5.2.2.2 SYNPKTER I DEN JURIDISKA LITTERATUREN

*Andersson* har kommenterat HD:s ställningstagande i NJA 2016 s. 358. Enligt *Andersson* visar rättsfallet att det inte räcker med att påvisa en formell avvikelse från upphandlingslagstiftningen, utan att det därutöver krävs en *materiell kvalificering* för att tillerkänna den bristfälliga hanteringen en ansvarsgrundande innebörd.<sup>212</sup> Att HD hänvisar till de grundläggande principerna som numera återfinns i 4 kap. 1 § LOU tar *Andersson* till intäkt för att HD baserat sitt avgörande på ändamålsskäl, dvs. att upphandlingsregleringen syftar till att skapa rättvisa och effektiva ramar för verksamheten. Det viktigaste är att leverantörerna behandlas lika, men också att det som en följd av proportionalitetsprincipen finns rimliga gränser för vilka krav som kan ställas på myndigheten i samband med utformningen av förfrågningsunderlaget. När HD talar om att myndigheten bör ha ett ”rimligt mått av frihet” när den utformar förfrågningsunderlaget, tolkar *Andersson* det som att HD drar en gräns gentemot atypiska eller oproportionerliga upphandlingskrav. Sådana krav kan grunda skadeståndsansvar för myndigheten och kännetecknas enligt *Andersson* av att man kan misstänka att de inte är ärligt formulerade till gruppen av möjliga leverantörer utan endast riktar sig till en viss utvald favorit. När det så gäller vilka krav som kan ställas på myndighetens bedömningar i samband med utvärdering av anbud, konstaterar *Andersson* att skadeståndsansvar enligt HD förutsätter en ”tydlig och inte bagatellartad avvikelse från [...] vad som kan anses utgöra en sakligt gjord bedömning”.<sup>213</sup>

*Andersson* gör även en terminologisk anmärkning. HD använder medvetet termerna ”fel” och ”felbedömning”, trots att lagtexten talar om att myndigheten ska ha ”brutit mot” eller ”inte följt” bestämmelserna i LOU. *Andersson* knyter HD:s terminologi till den materiella kvalificeringen och menar att det föreligger ett fel i upphandlingen först om regelöverträdelsen är ”tillräckligt klar”. En formell regelöverträdelse är alltså inte tillräcklig, utan det krävs även en materiell kvalificering för att överträdelsen ska vara ansvarsgrundande och därmed kunna betecknas som ett fel i upphandlingsrättsligt hänseende.<sup>214</sup>

Rörande den konkreta tillämpningen av de riktlinjer som HD ställde upp för felbedömningen i det enskilda fallet anför *Andersson* följande. Det fanns en

---

<sup>212</sup> *Andersson* 2016, s. 102 ff.

<sup>213</sup> *Andersson* 2016, s. 104.

<sup>214</sup> *Andersson* 2016, s. 105 f.



oklarhet i förfrågningsunderlaget rörande kraven på personalens erfarenhet, eftersom det fanns såväl ett ”skall-krav” som ett ”bör-krav”. ”Skall-kravet” gällde emellertid ”liknande arbeten”, vilket ökar myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning. Därutöver skulle en strikt tolkning av erfarenhetskraven innebära en konkurrensbegränsning, eftersom det bara var Bergfors som hade just den specifika erfarenheten. Ingenting tydde heller på att myndigheten överträtt likabehandlingsprincipen vid utvärderingen av anbuden. Avseende myndighetens kriterium ”Miljö”, anför Andersson att det visserligen går att argumentera för att myndigheten begått ett formellt ärendehanteringsfel då den inte förkastat Valbos anbud trots de stora oklarheterna rörande fordonens miljöklassning, ålder och skick. När även upphandlingsrättens grundläggande värderingar beaktas, och då i synnerhet kravet på likvärdig behandling, blir bilden emellertid en annan. Bergfors hade nämligen – precis som Valbo – angett att ett fordon skulle införskaffas och Regionförbundet hade härvid behandlat Bergfors och Valbo lika vid poängsättningen av de nya fordonen. Sammantaget konstateras att Bergfors inte lyckats visa att myndigheten begått ett fel i upphandlingen.<sup>215</sup>

## 5.3 Grund för ingripande vid överprövning av upphandling

### 5.3.1 EU-rättsliga ramar

I rättsmedelsdirektivet anges att ”beslut som fattats på olagligt sätt” kan bli föremål för en överprövning.<sup>216</sup> EU-domstolen har vid ett flertal tillfällen haft möjlighet att precisera skrivningens närmare innebörd.

I *SIAC*<sup>217</sup> behandlades tilldelningskriterier. EU-domstolen anförde att det skulle strida mot upphandlingsdirektiven i det fall myndigheten ges en absolut valfrihet när den tilldelar en leverantör ett kontrakt. Likabehandlingsprincipen medför att tilldelningskriterier måste anges i upphandlingsdokumentationen och att utomstående ska kunna kontrollera att myndigheten verkligen behandlar leverantörerna lika. För att detta ska vara möjligt krävs att tilldelningskriterierna är formulerade på ett sådant sätt att ”alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt”, liksom att myndigheten ”tolka[r] tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet” och tillämpar desamma ”objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare”.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> Andersson 2016, s. 106 ff.

<sup>216</sup> Artikel 2.1 b i direktiv 89/665/EEG (konsoliderad version).

<sup>217</sup> EUD mål C-19/00 *SIAC*.

<sup>218</sup> EUD mål C-19/00 *SIAC*, 37–44.

Så sent som år 2016 meddelade EU-domstolen sin dom i *Pizzo*.<sup>219</sup> Målet rörde en upphandling av avfallshantering i den italienska hamnen Messina. Flera leverantörer hade uteslutits p.g.a. att de inte hade betalat en obligatorisk avgift till den italienska tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling. En av leverantörerna överklagade uteslutningsbeslutet och påpekade att skyldigheten att erlægga avgiften inte uttryckligen hade angetts i upphandlingsdokumenten och att denna skyldighet inte heller klart framgick av ordalydelsen i den tillämpliga nationella lagstiftningen utan snarare fick utläsas med hjälp av en extensiv lagtolkning och förvaltningsrättslig praxis. En av frågorna som EU-domstolen hade att besvara var således om det stred mot principerna om likabehandling och öppenhet att utesluta en leverantör på den nämnda grunden.<sup>220</sup>

EU-domstolen anförde inledningsvis att kravet på öppenhet innebär att ”samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt dels för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt, dels för att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller upphandlingskriterierna”. Vidare uttalade domstolen att ”principerna om öppenhet och likabehandling [...] kräver att de materiella och formella villkoren rörande deltagande i en upphandling är klart definierade i förväg och offentliggörs, särskilt de skyldigheter som anbudsgivarna ska uppfylla så att de kan veta exakt vilka villkor som gäller för förfarandet och vara försäkrade om att samma krav gäller för samtliga konkurrenter”. Den upphandlande myndigheten måste i sin tur ”strängt följa de kriterier som den själv har fastställt”, i synnerhet ”när det finns risk för att en aktör utesluts från förfarandet”.<sup>221</sup>

När det gäller just ett villkor som saknas i upphandlingsdokumenten men som följer av tolkningen av nationell lagstiftning och en rättspraxis, såsom villkoret i det enskilda fallet, konstaterade EU-domstolen att det riskerar ”vara till särskilt stor nackdel för anbudsgivare som är etablerade i andra medlemsstater, eftersom deras kunskaper om nationell rätt och tolkningen därav samt om nationella myndigheters praxis inte är jämförbara med inhemska anbudsgivares kunskaper i detta avseende”. Sammantaget fann EU-domstolen därmed att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen och kravet på öppenhet om en leverantör utesluts från ett upphandlingsförfarande till följd av att denne har underlåtit att uppfylla en skyldighet som inte följer uttryckligen av upphandlingsdokumenten eller av gällande nationell lagstiftning, utan av en tolkning av nämnda lagstiftning och rättspraxis. I ljuset av proportionalitetsprincipen, är det emellertid möjligt för

---

<sup>219</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*.

<sup>220</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 11–20.

<sup>221</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 35–42.

myndigheten att i sådana situationer åtgärda bristen i upphandlingsförfarandet genom att erbjuda leverantören tillräcklig tid för att inkomma med rättelse.<sup>222</sup>

### 5.3.2 *Svensk rättstillämpning*

RÅ 2002 ref. 50 rörde en upphandling av outsourcing av Migrationsverkets IT-verksamhet. En leverantör som förlorat upphandlingen gjorde gällande att Migrationsverket hade brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling genom att tilldelningskriterierna inte hade varit tillräckligt tydliga utan snarare lämnat ett stort utrymme för godtycke.

I förfrågningsunderlaget framgick att det anbud som gav den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen för Migrationsverket skulle antas och att en viktning skulle ske mellan de två kriterierna ”Tekniska kompetensen/uppfyllelse av kravspecifikation” (60 procent) och ”Affärsvillkor, omfattande både totalpris och kommersiella villkor” (40 procent). Det första kriteriet var indelat i fyra avsnitt (”Drifttjänster”, ”Helpdesk-tjänster”, ”Tekniskt underhåll och support” samt ”Systemunderhållstjänster”) där en maxpoäng angavs för varje avsnitt. Avsnitten innehöll i sin tur ett antal uppräknade krav vars uppfyllande Migrationsverket vid utvärderingen kom att poängsätta individuellt.

I kammarrätten underkändes Migrationsverkets upphandling, bl.a. därför att förfrågningsunderlaget ansågs vara bristfälligt genom att poängsättningen för två avsnitt i underlaget (”Drifttjänster” och ”Systemunderhållstjänster”) inte hade preciserats i förhållande till de enskilda uppräknade kraven utan snarare angivits med en totalpoäng. Kammarrätten menade att en sådan ordning skapar ett stort utrymme för godtycke och att kraven på transparens och förutsebarhet i upphandlingen därmed hade åsidosatts.

I sin prövning konstaterade HFD inledningsvis att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. HFD tillade dock att ”[d]e skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när”. Vad så gällde informationen om poängsättningen i förfrågningsunderlaget framförde HFD att ”[ä]ven om en specificering av poängsättningen i förfrågningsunderlaget [...] kunde ha varit av värde” måste det anses vara tillräckligt att ange en totalpoäng ”för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud”. De brister som förfrågningsunderlaget trots allt innehöll var m.a.o. inte av sådan art eller omfattning att HFD fann att de grundläggande principerna för offentlig

---

<sup>222</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 46–51.

upphandling hade kränkts eller att LOU på annat sätt överträtts. Migrationsverkets överklagande bifölls därför.

Två senare avgöranden som också rör gränserna för upphandlande myndigheters manöverutrymme är HFD 2016 ref. 37 I och II. Bakgrunden i det första målet var en upphandling i Nacka kommun avseende drift av skolkök. I förfrågningsunderlaget fanns ett obligatoriskt krav (s.k. ”skall-krav”) på att anbudet skulle innehålla en viss uppgift om fettmängd i den näringsberäkning som skulle redovisas för en fyraveckorsmatsedel. En leverantör vars anbud hade förkastats ansökte om överprövning och medgav visserligen att bolaget inte hade specificerat det enkelomättade fettet under en egen rubrik i näringsberäkningen, men att andelen sådant fett likväl framgick av näringsberäkningarna eftersom det enkelomättade fettet var det som återstod när fleromättat och mättat fett dragits bort från den totala mängden fett. Leverantören hänvisade vidare till proportionalitetsprincipen och att det rörde sig om en oväsentlig brist. Nacka kommun å sin sida bestred bifall till ansökningen och anförde bl.a. att det inte är kommunen som ska räkna om anbudet för att det obligatoriska kravet ska uppfyllas.

HFD konstaterade i sin bedömning att ”[e]n förutsättning för att [förfrågnings]underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet”. Prövningen av huruvida de krav som ställs i förfrågningsunderlaget är proportionerliga måste därför göras redan i samband med utformningen av detsamma. HFD drog härvid slutsatsen att kravet om att specificera mängden enkelomättat fett hade en tydlig och adekvat koppling till upphandlingsföremålet och att uppfylla kravet inte kunde anses innefatta en alltför betungande uppgift för en potentiell leverantör. Om kommunen hade godtagit anbudet hade den därför handlat i strid med likabehandlingsprincipen, varför det var rätt av kommunen att i stället förkasta anbudet.

HFD 2016 ref. 37 II rörde en upphandling av avfallshämtning i Malung-Sälens kommun. En missnöjd leverantör gjorde gällande att det vinnande anbudet inte uppfyllde ett ”skall-krav” i förfrågningsunderlaget. Kravet bestod i att till anbudet bifoga en förteckning med uppgift om ungefärlig årsomsättning för bolagets viktigare uppdrag av liknande slag under de senaste tre åren. Såväl förvaltningsrätten som kammarrätten avlog emellertid ansökningen med hänvisning till att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta det vinnande anbudet. Av anbudet framgick nämligen att den vinnande leverantören utfört ett flertal liknande och relativt omfattande uppdrag för andra kommuner, varför det fick anses stå klart att bolaget hade den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågades i upphandlingen.

HFD kom till ett motsatt slut och förklarade att den klandrade upphandlingen skulle göras om. Frågan hos HFD var just om det är förenligt med de allmänna principerna för offentlig upphandling att en upphandlande myndighet godtar en leverantörs anbud trots att anbudsgivaren inte lämnat en i förfrågningsunderla-

get efterfrågad obligatorisk uppgift (i det enskilda fallet en uppgift om årsomsättning). Som motivering för att ingripa mot upphandlingen angav HFD att likabehandlingsprincipen hade överträtts och att kravet på att lämna en uppgift om årsomsättning hade en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och inte i sig kunde anses oproportionerligt.

## 6 Analys och slutsatser

### 6.1 Ansvarsgrund vid skadestånd

Något som förhoppningsvis har framgått med stor tydlighet i utredningen ovan, är att det som utgångspunkt är upp till medlemsstaterna själva att utforma de närmare reglerna för upphandlingsskadestånd, i den mån unionsrättsliga kriterier saknas. Detta under förutsättning att de nationella reglerna inte är mindre förmånliga än de som avser liknande nationella ersättningsanspråk eller är utformade på ett sådant sätt att det i praktiken blir omöjligt eller orimligt svårt att få skadestånd. För att avgöra om svensk rätt (närmare bestämt NJA 2016 s. 358) överensstämmer med EU-rätten, måste det klarläggas vilka kriterier som unionslagstiftaren och EU-domstolen egentligen ställer upp. Att detta inte är helt enkelt att göra torde även det ha framgått av framställningen ovan. En utgångspunkt måste emellertid vara EU-domstolens praxis.

Det är svårt att bortse från att avgörandet i *Spijker* starkt talar för enhetlighetstesen och att ett krav på att överträdelsen måste vara ”tillräckligt klar” därmed ställs upp även vad gäller skadestånd vid brott mot upphandlingsregelverket. Det synsättet vinner även stöd i den juridiska litteraturen genom Sanchez-Graells. Visserligen förespråkar Schebesta separationstesen, men jag uppfattar hennes argumentation som rättspolitisk snarare än rättsdogmatisk eftersom hon vidgår att *Spijker* talar emot hennes tes. Någon egentlig oenighet *de lege lata* mellan Schebesta och Sanchez-Graells torde således inte föreligga. Det bör dock noteras att Schebesta skrev sin avhandling före EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen*.

Om vi för en stund utgår från att det krävs en ”tillräckligt klar” överträdelse av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven för att grunda ett skadeståndsansvar, uppstår i nästa steg frågan vilka parametrar som ska beaktas i en sådan allvarlighetsbedömning. Av *Strabag* lärde vi oss att myndighetens eventuella försummelse inte får beaktas; ett culpaprekvisit skulle m.a.o. strida mot unionsrätten. I övrigt får ledning sökas i EU-domstolens praxis rörande Francovich-principen eftersom några närmare uttalanden inte har gjorts i anslutning till upphandlingsbestämmelserna. Avgörandena i *Brasserie och Factortame III*, *Hedley Lomas* och *Synthon* antyder härvid att utrymmet för skönsmässig bedömning är den enskilt viktigaste faktorn när det gäller att avgöra huruvida en regelöverträdelse är ”tillräckligt klar”. Eftersom många av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven är förhållandevis detaljerade, och utrymmet för skönsmässig bedömning därmed litet, torde ansvaret många gånger vara mycket strängt. Samtidigt finns bland de unionsrättsliga upphandlingsreglerna även vagare bestämmelser och principer som myndigheterna har följa. Hur myndighetens handlingsutrymme begränsas av t.ex. de allmänna principerna är inte alltid helt klart, varför det enligt min mening krävs ett större felsteg i de fallen för att skadeståndsansvar ska aktualiseras.

Vad så gäller betydelsen av den överträdde bestämmelsens klarhet och precision vill jag göra följande anmärkningar. Det framgår uttryckligen av EU-domstolens praxis att den överträdde regelns klarhet och precision är av betydelse för ansvarsbedömningen eftersom myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning i hög uträkning är beroende av detsamma. I ljuset av att EU-domstolen i *Spijker* uttalade att skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet utgör en konkretisering av Francovich-principen, torde endast *unionsrättsliga regler* som kommer till uttryck i olika EU-rättsakter, såsom t.ex. upphandlingsdirektiven, vara av relevans för bedömningen. Att *nationell genomförandelagstiftning*, såsom LOU, i sig skulle vara oklar torde alltså inte kunna ursäktas en myndighet. Även om det är lagstiftarens ”fel” att lagtexten efter transformation blivit otydlig, får de upphandlande myndigheterna axla denna skuld gentemot leverantörerna. Situationen är naturligtvis en annan om implementeringen blivit otydlig därför att den ursprungliga EU-rättsliga lydelsen är vag.

Schebesta gör gällande att skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet rimmar illa med Francovich-principen, bl.a. eftersom den senare principen enligt henne i hög utsträckning är beroende av medlemsstatens avsikter i samband med överträdelsen, närmare bestämt huruvida medlemsstaten agerat lojalt eller ej gentemot unionens rättsordning. Schebestas invändningar hör samman med den påstådda oförenlighet mellan EU-domstolens avgöranden i *Spijker* och *Strabag* som bl.a. den norska appellationsdomstolen i *Fosen-Linjen* hänvisade till. Resonemanget lyder ungefär som följer: För att skadestånd enligt Francovich-principen ska utgå, krävs att regelöverträdelsen är ”tillräckligt klar”. I *Spijker* upprepas detta krav i anslutning till skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet. I *Brasserie och Factortame III* räknas de omständigheter som ska beaktas i bedömningen upp. En sådan omständighet är överträdelsens avsiktliga eller oavsiktliga karaktär. Samtidigt följer det av EU-domstolens avgörande i *Strabag* att skadestånd vid överträdelser av upphandlingsregelverket inte får göras beroende av culpa på myndighetens sida. Vid en första anblick kan det därför framstå som att avgörandena i *Spijker* och *Strabag* inte hänger ihop.

Det bör dock noteras att EU-domstolen inte ens i *Brasserie och Factortame III* gjorde ett särskilt stort nummer av medlemsstatens avsikter, även om det nämnades som en faktor av flera att beakta. I sin efterföljande praxis rörande Francovich-principen har EU-domstolen vidare, såsom Sanchez-Graells mycket riktigt påpekar, snarare valt att betona objektiva element, och då i synnerhet just utrymmet för skönsmässig bedömning och den unionsrättsliga bestämmelsens grad av klarhet och precision. EU-domstolens uttalanden i *Strabag* bör därför enligt min mening inte tolkas som ett avståndstagande från enhetlighetstesen, utan snarare som ett förtydligande av att culpa på myndighetens sida inte ska beaktas inom ramen för bedömningen av regelöverträdelsens allvarlighetsgrad vid offentlig upphandling. Det faktum att upphandlingsskadeståndet kopplas till Francovich-principen behöver alltså inte nödvändigtvis medföra att subjektiva element, såsom överträdelsens avsiktliga eller oavsiktliga karaktär, blir avgörande eller ens måste beaktas vid ansvarsbedömningen. En annan sak är att medlemsstatens eller

myndighetens avsikter säkert många gånger korrelerar med den unionsrättsliga regelns grad av klarhet och precision; i många fall torde en tveksam tolkning i god tro ske just med anledning av att den underliggande bestämmelsen är vag. På motsvarande sätt kan säkert en överträdelse av en klar och precis bestämmelse spegla en ovilja från nationellt håll att respektera EU-rätten och dess företrädare. Det måste emellertid inte nödvändigtvis förhålla sig på det sättet. Det går att tänka sig situationer då en myndighets felaktiga tolkning skulle kunna anses vara ursäktlig av ett eller annat skäl, trots att den överträdde bestämmelsen är klar och precis, t.ex. om en annan myndighet eller en EU-institution genom uttalanden eller beslut bidragit till rättsvillfarelsen.

Om vi lämnar EU-domstolen och övergår till svensk rättspraxis kan vi konstatera att HD i NJA 2016 s. 358 mycket tydligt tar ställning för att vilken överträdelse som helst inte räcker för att grunda skadeståndsansvar. Med HD:s terminologi får man skilja mellan ett *upphandlingsrättsligt fel* (som är tillräckligt för skadeståndsansvar) och en *regelöverträdelse* (som inte nödvändigtvis är tillräcklig för skadeståndsansvar). Så som Andersson uttrycker det krävs en ”materiell kvalificering” av avvikelser; en skadeståndstalan kan m.a.o. inte grundas på varje konstaterat avsteg från det formellt sett bästa, lämpligaste och mest genomtänkta agerandet. Vid bedömningen av huruvida en överträdelse är tillräckligt klar, uttalade HD bl.a. att myndigheten vid utformningen av upphandlingskraven bör ha ”ett rimligt mått av frihet, eftersom det är myndighetens behov som ska tillgodoses genom upphandlingen”.<sup>223</sup> HD drog sedan slutsatsen att rätten till skadestånd förutsätter att det är fråga om en ”tydlig och inte bagatellartad avvikelse” från de allmänna principerna.<sup>224</sup> HD:s resonemang stämmer således väl överens med de slutaster jag dragit ovan rörande EU-domstolens praxis, då domstolen väljer att ta fasta på och hänvisa till utrymmet för skönsässig bedömning samt är mer försiktig när det gäller överträdelser av de allmänna principerna.

Så långt är allt väl. Något som skapat osäkerhet är emellertid EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen*. Som bekant drog EFTA-domstolen slutsatsen att det inte är förenligt med rättsmedelsdirektiven att kräva att en överträdelse måste vara av en viss allvarlighetsgrad för att utlösa den upphandlande myndighetens skadeståndsansvar. Denna slutsats tycks stå i strid med EU-domstolens avgörande i *Spijker*, där EU-domstolen uttalade att en förutsättning för skadestånd enligt rättsmedelsdirektiven är att överträdelserna är ”tillräckligt klar”. I *Spijker* hänvisade EU-domstolen till det faktum att unionslagstiftaren valt att inte precisera förutsättningarna för skadestånd i samband med ändringsdirektivet, vilket antyder att EU-domstolen inte anser sig ha utrymme att gå lika långt som EFTA-domstolen gör i *Fosen-Linjen*. Samtidigt var frågan från den nederländska domstolen i *Spijker* generell och abstrakt, vilket inbjöd till ett lika abstrakt svar. Det går därför inte att utesluta att EU-domstolen under mer specifika omständig-

---

<sup>223</sup> NJA 2016 s. 358, p. 15.

<sup>224</sup> NJA 2016 s. 358, p. 16.



heter skulle ha utvecklat sin syn på förutsättningarna för skadeståndsansvar. Därutöver ska noteras att EU-domstolen i *Spijker* uttryckte att det ”för närvarande” inte finns någon praxis som preciserar några närmare kriterier för förutsättningarna för skadestånd. Det kan möjligtvis tolkas som en öppning för ett sådant resonemang som EFTA-domstolen för.

Om vi då utgår från att *Spijker* inte utgör ett hinder för EFTA-domstolens slutsats i *Fosen-Linjen*, måste vi fråga oss om EFTA-domstolen verkligen har gjort en riktig tolkning av rättsmedelsdirektivet. EFTA-domstolen tycks basera sin argumentation på effektivitetsprincipen, som innebär att det inte får vara omöjligt eller orimligt svårt att utöva rättigheter som följer av unionsrätten. Till skillnad från likvärdighetsprincipen, finns här inga nationella regler att jämföra med, utan bedömningen är abstrakt. Uppenbarligen är EFTA-domstolen härvid mindre tolerant än EU-domstolen när det gäller vilka begränsningar av rätten till skadestånd som får ställas upp innan det anses bli orimligt svårt för leverantörerna att utöva sina rättigheter.

Utöver att skadeståndsinstitutet ska vara effektivt och därmed öka incitamenten för myndigheterna att följa upphandlingslagstiftningen, hänvisade EFTA-domstolen till principen om att alla leverantörer på EU:s inre marknad ska ha tillgång till rättsmedel på så lika villkor som möjligt, oavsett i vilken medlemsstat upphandlingen genomförs. Som stöd för den principen hänvisade EFTA-domstolen till tredje och fjärde skälet i rättsmedelsdirektivet. Av skälen framgår det bl.a. att ”snabba och effektiva rättsmedel” måste stå till buds vid överträdelser av upphandlingsreglerna för att ”konkurrens mellan medlemsstaterna” på det offentliga upphandlingsområdet ska fungera.<sup>225</sup> Vidare står det att läsa att ”[d]et förhållandet att det i somliga medlemsstater saknas möjligheter till rättelse eller att de befintliga möjligheterna är otillräckliga, hindrar gemenskapens företag från att lämna anbud i det medlemsland, där den upphandlande myndigheten är etablerad. Berörda medlemsstater måste rätta till förhållandet”.<sup>226</sup>

För egen del ansluter jag mig till Sanchez-Graells i hans ifrågasättande av EFTA-domstolens slutsats i den här delen. Jag kan inte se att tredje och fjärde skälet i rättsmedelsdirektivet verkligen föreskriver en sådan princip om lika villkor som EFTA-domstolen gör gällande. Snarare talas det om att de befintliga möjligheterna till rättelse är ”otillräckliga”, något som rimligen bör tolkas på det sättet att unionslagstiftaren med rättsmedelsdirektivet önskat skapa *tillräckliga* möjligheter till detsamma. I sjätte skälet talas vidare om att det är ”nödvändigt att se till att *lämpliga förfaranden* [min kurs.] finns inom alla medlemsstater”.<sup>227</sup> Det är alltså långt ifrån uppenbart att den terminologi som begagnas i rättsmedelsdirektivet om prövningsförfarandena (”lämpliga”, ”otillräckliga”) ger stöd för EFTA-domstolens tolkning (”lika”, ”enhetliga”). Därtill kommer att EFTA-domstolen

---

<sup>225</sup> Tredje skälet i direktiv 89/665/EEG.

<sup>226</sup> Fjärde skälet i direktiv 89/665/EEG.

<sup>227</sup> Sjätte skälet i direktiv 89/665/EEG.

tar föga hänsyn till det faktum att rättsmedelsdirektivet utgör ett minimidirektiv; om unionslagstiftaren önskat så lika villkor som möjligt för prövningsförfarandena i medlemsstaterna, hade naturligtvis full harmonisering varit en mer ändamålsenlig väg att gå. Slutligen vad avser EFTA-domstolens argument att det av bestämmelsen i rättsmedelsdirektivet inte framgår något annat än att en enkel överträdelse är tillräcklig för skadeståndsansvar, vill jag anmärka att man bör vara försiktig med att använda sig av bokstavstolkning när en bestämmelse är så allmänt eller ”grovt” formulerad som skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet. Snarare bör man då se till syftet med bestämmelsen och göra en teleologisk tolkning på det sätt som gjorts ovan.

För tydlighetens skull vill jag framföra att jag inte ifrågasätter att det säkert finns en poäng med att upphandlingsremedierna ska kunna tillämpas på lika villkor i alla medlemsstater. Som EFTA-domstolen påpekar skulle enhetliga villkor bidra till att öppna upp den offentliga upphandlingen i medlemsstaterna för konkurrens från hela EES-området. I annat fall finns en risk att samma typ av agerande från en upphandlande myndighet skulle leda till skadeståndsansvar i en medlemsstat men inte i en annan, vilket i längden gör det svårare för leverantörer att bedöma riskerna med att ge sig in på nya marknader. Min invändning är snarare att EFTA-domstolen presenterar ett svagt stöd för att denna slutats också är ett uttryck för gällande rätt. För EU:s medlemsstater får EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen* nog mer betraktas som ett debattinlägg *de lege ferenda* än en ”inspirationskälla” i rättsdogmatiskt hänseende. Att EU-domstolen skulle låta sig inspireras av EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen* håller jag därför för osannolikt, inte minst i ljuset av EU-domstolens eget avgörande i *Spijker* och den kritik som förts fram av Sanchez-Graells inom ramen för den juridiska litteraturen.

Så ett försök att sammanfatta svaret på uppsatsens första frågeställning. EU-rätten påbjuder att en överträdelse av upphandlingsreglerna kan grunda skadeståndsansvar för den upphandlande myndigheten under förutsättning att överträdelsen är ”tillräckligt klar”. Det krävs m.a.o. en kvalificering av överträdelsen; vilken överträdelse som helst aktualiserar inte ansvar. Det följer av att skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet, så som EU-domstolen påtalar i *Spijker*, ger uttryck för den allmänna principen om medlemsstaternas skadeståndsansvar gentemot enskilda vid överträdelser av unionsrätten, ibland benämnd Francovich-principen. Den överträdde regelns grad av klarhet och precision och i förlängningen myndighetens utrymme för skönsmässig bedömning kan, i ljuset av EU-domstolens avgöranden i bl.a. *Brasserie och Factortame III*, *Hedley Lomas* och *Synthon*, sägas vara de viktigaste parametrarna för att avgöra om en överträdelse är tillräckligt allvarlig. Däremot får ansvaret inte göras beroende av att myndighetens agerande kan betecknas som culpöst, något som framgår av *Strabag*. Inom ramen för den svenska rättstillämpningen har HD tagit efter det nämnda synsättet och i NJA 2016 s. 358 är det tydligt att HD kräver att en överträdelse av LOU kvalificeras som tillräckligt allvarlig för att skadestånd

ska komma i fråga. EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen* väckte frågetecken rörande de EU-rättsliga ramarna genom att domstolen frikopplade skadeståndsbestämmelsen i rättsmedelsdirektivet från Francovich-principen och uppställde ett krav på att varje tänkbar överträdelse av upphandlingsdirektiven ska kunna grunda ett skadeståndsansvar. Med stöd av kritiska röster i den juridiska litteraturen menar jag emellertid att EFTA-domstolens tolkning av rättsmedelsdirektivet inte är övertygande och att EU-domstolens avgörande i *Spijker* i vart fall talar starkt emot ett sådant resonemang. Inom ramen för svensk rätt bör således EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen* inte tillmätas någon särskild betydelse. Ett förtydligande och närmare riktlinjer för allvarlighetsbedömningen från EU-domstolen hade dock varit bra för att ytterligare klargöra rättsläget.

## 6.2 Jämförelse med överprövning

Naturligtvis har leverantörer ett intresse av att veta om en framgångsrik ansökan om överprövning även talar för att en eventuell skadeståndstalan ska kunna bli framgångsrik, eller om kravet på ansvarsgrunden väsentligen skiljer sig åt. Uppsatsens andra frågeställning tar därför sikte på huruvida det krävs en allvarligare överträdelse av upphandlingslagstiftningen för att grunda skadeståndsansvar än för att nå framgång med en ansökan om överprövning.

Inledningsvis vill jag påminna om min slutsats ovan att det krävs att en överträdelse av upphandlingslagstiftningen är ”tillräckligt klar” för att skadestånd ska komma i fråga. Samtidigt ska det konstateras att det varken i EU-domstolens praxis eller i HFD:s praxis rörande överprövning talas i termer av att en överträdelse måste vara av en viss allvarlighetsgrad för att ett beslut i en upphandling ska kunna åsidosättas. Snarare kretsar diskussionen kring huruvida ett visst agerande från myndighetens sida över huvud bryter mot en bestämmelse i LOU. Vid en första anblick synes svaret på uppsatsens andra frågeställning således vara jakande, dvs. en överträdelse behöver vara allvarligare för att vara skadeståndsgrundande än för att ingripa mot upphandlingen vid en överprövning.

Om vi undersöker rättspraxis rörande överprövning har den (åtminstone tidigare) varit ganska generös gentemot myndigheten. RÅ 2002 ref. 50 utgör ett exempel på detta där HFD uttalade att ”även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när”. I NJA 2016 s. 358 anknöt HD tydligt till denna praxis i ett skadeståndsmål, liksom till EU-domstolens avgörande i *SIAC*. I sina domskäl hänvisade HD närmare bestämt till EU-domstolens och HFD:s resonemang inom ramen för det som HD kallar ”upphandlingsrättslig felbedömning”. Notera att HD inte skriver ”upphandlingsskadeståndsrättslig felbedömning”, hur otympligt det begreppet än må vara. Visserligen har HD i NJA 2016 s. 369 po-

ängterat att ett påstående om att en myndighet brutit mot upphandlingslagstiftningen ska prövas fullt ut i skadeståndsmålet; men den använda terminologin talar enligt min mening likväl för att HD anser att felbedömningarna i överprövningsmål och skadeståndsmål i hög uträkning bör spegla varandra. Det visar inte minst bedömningen i det enskilda fallet i NJA 2016 s. 369, där HD kom till samma slut som förvaltningsrätten.

Rättspraxis rörande överprövning synes emellertid på senare år ha blivit striktare. Exempel på detta är EU-domstolens dom i *Pizzo*, som meddelades två veckor efter NJA 2016 s. 358, och HFD 2016 ref. 37 I och II, som meddelades två dagar efter NJA 2016 s. 358. I *Pizzo* formulerade EU-domstolen skarpare skrivningar av resonemang som fördes redan i *SIAC*, bl.a. att myndigheten ”strängt [ska] följa de kriterier som den själv har fastställt”<sup>228</sup> och att ”samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt”.<sup>229</sup> Vidare på samma tema är HFD:s avgöranden i HFD 2016 ref. 37 I och II, där domstolen kom fram till att avvikelser från ”skall-krav” inte är tillåtna. Som motivering angavs bl.a. att ”[n]är en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska nämligen potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.”

Ytterligare en komplikation återfinns i EU-domstolens praxis. I *Strabag* drog EU-domstolen slutsatsen att ett krav på försummelse inte får ställas upp för att myndigheten ska bli skadeståndsskyldig vid en överträdelse av upphandlingsbestämmelserna. Som motivering angavs att rätten till skadestånd ska fungera som ett alternativ till överprövning. EFTA-domstolen resonerade på samma sätt i *Fosen-Linjen*. Om vi godtar resonemanget om att upphandlingsskadeståndet och överprövningsinstitutet ska fungera som alternativ till varandra, bör de krav på ansvarsgrunden som ställs upp för att ingripa vid en överprövning inte vara lägre än kraven på ansvarsgrunden vid en skadeståndstalan.

Sammanfattningsvis finns det alltså en del som talar *för* att det krävs en allvarligare överträdelse för att grunda skadeståndsansvar än för att ingripa mot en upphandling genom överprövning. Förutom att det inte uttryckligen talas om att en överträdelse i överprövningsmål måste vara ”tillräckligt klar” eller dylikt för att föranleda en rättelse, kan anföras att överprövningspraxis har blivit strängare sedan NJA 2016 s. 358 meddelades. I vart fall har HD uttryckt att det ska ske en självständig felbedömning inom ramen för skadeståndsmål. I rättspolitiskt hänseende kan även anföras att skadestånd för det positiva kontraktsintresset är en långt mer ingripande åtgärd än ett förordnande om att upphandlingen ska göras

---

<sup>228</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 39.

<sup>229</sup> EUD mål C-27/15 *Pizzo*, p. 36.

om eller rättas, varför det inte vore orimligt om det krävdes en allvarligare överträdelse för att skadestånd ska aktualiseras. Det finns emellertid även sådant som talar *mot* att felbedömningarna vid överprövning och skadeståndsmål väsentligen skiljer sig åt. EU-domstolens uttalanden i *Strabag* och EFTA-domstolens i *Fosen-Linjen* om att skadeståndet ska fungera som ett processuellt alternativ till överprövning är ett argument som talar i den riktningen. Ett annat är att HD tydligt knyter an till överprövningspraxis i NJA 2016 s. 358 och där talar om ”upphandlingsrättslig felbedömning”. I sammanhanget bör även noteras att det inte finns något EU-rättsligt hinder mot att HD ställer upp strängare krav för myndigheten än de som påbjuds av EU-domstolen; om HD så önskar kan man skärpa sin praxis och ta fasta på den utveckling som skett på överprövningsområdet. För närvarande får emellertid rättsläget enligt min mening betecknas som osäkert, även om det står klart att det i vart fall inte föreligger någon avgrundsdjup skillnad mellan de båda felbedömningarna.

Ett konkret exempel på den osäkerhet som kvarstår kan hämtas från HFD 2016 ref. 37 I. I den aktuella upphandlingen hade som bekant uppställts ett obligatoriskt krav om att ange en viss fettmängd. I det fall myndigheten hade antagit ett anbud, där den efterfrågande fettmängden inte angavs men likväl kunde räknas ut med hjälp av andra uppgifter som redan fanns i anbudet, skulle det enligt HFD strida mot likabehandlingsprincipen. En sådan avvikelse från myndighetens sida förefaller emellertid onekligen vara rätt bagatellartad, åtminstone vid en första anblick. Å andra sidan kan det anföras att avvikelser från obligatoriska krav borde vara att betrakta som tillräckligt allvarliga också inom ramen för en skadeståndsbedömning, eftersom potentiella leverantörer – såsom HFD gör gällande – ska kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att det inte ens är lönt att lämna ett anbud om man inte anser sig kunna uppfylla detsamma. Ett förtydligande från HD på den här punkten hade därför varit önskvärt.

Avslutningsvis vill jag lämna en kommentar i anslutning till EFTA-domstolens avgörande i *Fosen-Linjen*. Som framgått tidigare är EFTA-domstolen av uppfattningen att allvarlighetsgraden av en regelöverträdelse saknar relevans för ansvarsbedömningen vid en skadeståndstalan. Ett viktigt skäl som EFTA-domstolen för fram är att regelöverträdelser måste beivras för att upphandlande myndigheter verkligen ska följa upphandlingslagstiftningen. Uppenbarligen anser då EFTA-domstolen att just skadeståndsinstitutet måste kunna tillgripas oavsett hur allvarlig eller bagatellartad överträdelsen är. Om man emellertid intar den positionen att överprövning av upphandling inte kräver att regelöverträdelsen är av en viss allvarlighetsgrad, går det att argumentera för att överprövningsinstitutet är tillräckligt för att garantera efterlevandaden av upphandlingslagstiftningen. Det är m.a.o. inte nödvändigt att skadeståndsansvaret utvidgas på det sätt som EFTA-domstolen gör gällande, eftersom det finns andra rättsmedel som tar sikte på sådana mindre allvarliga överträdelser som EFTA-domstolen oroar sig för att myndigheterna ska komma undan med.

## 6.3 Utvecklingstendenser

Beskrivningen i kapitel två av den svenska upphandlingsrättens utveckling genom åren har visat att ändamålen med regelverket och vilka intressen som legat i strålkastarljuset har skiftat över tid. Det är tydligt att tonvikten länge låg på samhällsintresset. Inledningsvis togs arbetsmarknadspolitiska hänsyn och det fanns rentav protektionistiska inslag i så motto att regelverket syftade till att bevara näringar inom landet. Från 1950-talet och egentligen ända fram till anpassningen av reglerna till EU-rätten under 1990-talet var affärsmässigheten det viktigaste ledordet, dvs. en myndighet skulle sträva efter att upphandlingen skulle bli så ekonomisk och ändamålsenlig som möjligt för myndigheten själv. Visserligen angavs att konkurrens mellan leverantörerna var det viktigaste medlet för att uppnå verklig affärsmässighet, men det saknades t.ex. rättsmedel för att säkerställa att myndigheterna verkligen efterlevde reglerna.

En markant förstärkning av leverantörsintresset skedde genom 1992 års LOU och anpassningen till EU-rätten. Rättsmedel infördes och upphandlingslagstiftningen blev tvingande för samtliga myndigheter, såväl statliga som kommunala. Såsom har poängterats i den juridiska litteraturen sattes marknad, fri rörlighet, likabehandling och konkurrens i förgrunden medan myndigheternas intresse av optimala upphandlingsresultat hamnade i skymundan. Affärsmässighetsbegreppet kom till slut att utmönstras, även om regeringen försäkrade att den väsentliga betydelsen av begreppet (att utnyttja konkurrens) uppfylldes även genom en hänvisning till de EU-rättsliga principerna.

EU:s regelverk bygger emellertid även på en regulatorisk grundtanke där samhällsreliga mål, t.ex. sociala och miljömässiga, spelar en allt viktigare roll. Utrymmet för sådana hänsynstaganden har utvidgats varje gång upphandlingsdirektiven har omförhandlats, nu senast genom 2014 års upphandlingsdirektiv. Samhällsintresset kan delvis sägas ha fått en renässans, t.ex. genom att ett uttalat syfte med de nya upphandlingsdirektiven är att öka effektiviteten i offentlig upphandling för att säkra bästa möjliga resultat när det gäller att få valuta för pengarna. Den svenska regeringen vill ta ytterligare steg i den riktningen genom att begränsa leverantörers möjligheter att ansöka om överprövning för att, så som regeringen uttrycker det, garantera att medborgarna får den samhällsservice de har rätt till.

Hur passar då frågan om kvalificering av överträdelser in i den här kontexten? Det säger sig självt att den felmarginal som enhetlighetstesen och HD:s ställningstagande i NJA 2016 s. 358 medför för myndigheterna också innebär en begränsning av leverantörernas möjligheter att framgångsrikt föra en skadeståndstalan. Detta eftersom det inte räcker att visa att myndigheten har brutit mot en bestämmelse i LOU, utan överträdelserna måste därutöver vara tillräckligt allvarliga. Ett sådant synsätt passar således väl in i den utvecklingstendens som återigen betonar flexibilitet och optimala upphandlingsresultat för myndigheten

framför leverantörernas rättigheter. EFTA-domstolen står här för en mer konservativ syn och kan sägas dröja kvar i ett ”marknadsparadigm”, där stränga krav på myndigheten och rättvisa för leverantörerna hamnar främst.<sup>230</sup>

Samtidigt bör inte betydelsen av en allvarlighetsbedömning överdrivas. Kravet på kausalitet mellan skada och överträdelse och bevisfrågor kopplade till detta utgör, såsom Europeiska kommissionen antytt, sannolikt ett minst lika stort hinder för missnöjda leverantörer som vill nå framgång med en skadeståndstalan. Om dessutom felbedömningen i skadeståndsmål i hög utsträckning följer den förhållandevis strikta praxisen avseende överprövning av upphandling, behöver kravet på att en överträdelse måste vara ”tillräckligt klar” inte utgöra en särskilt stor begränsning av upphandlande myndigheters skadeståndsansvar trots allt. Följaktligen bör man vara försiktig med att utropa samhällsintresset till stor vinnare och inte dra alltför stora växlar på den kvalificering av regelöverträdelser som redogjorts för ovan. Icke desto mindre kan ett sådant krav på kvalificering betraktas som en liten del av en bredare tendens att betona samhälleliga mål på bekostnad av leverantörernas ställning; en tendens som vi med största sannolikhet ännu inte sett slutet på.

---

<sup>230</sup> Det kan vara intressant att notera att EFTA-domstolens ordförande själv medger att EFTA-domstolen är mer marknadsorienterad än EU-domstolen, se tal av Carl Baudenbacher, ordförande i EFTA-domstolen, vid den årliga middagen arrangerad av Law Society, Competition Section i London den 22 November 2017, tillgängligt på <http://communities.lawsociety.org.uk/Uploads/m/r/w/baudenbacher-speech-competition-section-annual-dinner.pdf>

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### *EU-institutionerna*

- Europeiska kommissionen, *Impact assessment report – Remedies in the field of public procurement*, Bryssel, 2006, SEC/2006/0557 slutlig
- Europeiska kommissionen, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, Bryssel, 2010, COM/2010/2020 slutlig
- Europeiska kommissionen, *Final Study Report – Economic efficiency and legal effectiveness of review and remedies procedures for public contracts*, Luxembourg, 2015, MARKT/2013/072/C

### *Sverige*

- Dir. 2017:69 Flexibla och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor
- Prop. 1972:5 Kungl. Maj:ts proposition med förslag till skadeståndslag m.m.
- Prop. 1992/93:88 Om offentlig upphandling
- 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
- Prop. 2015/16:195 Nytt regelverk om upphandling
- SOU 2001:31 Mera Värde för pengarna
- SOU 2015:12 Överprövning av upphandlingsmål m.m.
- Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket, *Statistik om offentlig upphandling 2017*, Lenanders Grafiska AB, Kalmar, 2017
- Yttrande från Lagrådet av den 12 februari 2016, Nytt regelverk om offentlig upphandling



## Litteratur

- Andersson, Håkan, *Ersättningsproblem i skadeståndsrätten – skadeståndsrättsliga utvecklingslinjer. Bok III*, Uppsala, 2017 [cit. Andersson 2017]
- Andersson, Håkan, *Praxisutvecklingen av skadeståndsfrågorna kring upphandling – preciseringar, nyanseringar, förändringar och omtolkningar*, UrT 2016, s. 99–120 [cit. Andersson 2016]
- Andersson, Håkan, *Upphandlingsjuridikens skadeståndsrättsliga aspekter – en systematiserande probleminventering*, UrT 2014, s. 11–39 [cit. Andersson 2014]
- Asplund, Anders, Ehn, Magnus, Johansson, Daniel & Olsson, Erik, *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Jure, Stockholm, 2012 [cit. Asplund m.fl. 2012]
- Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 6 uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2018 [cit. Bernitz & Kjellgren 2018]
- Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt – Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014 [cit. Bernitz m.fl. 2014]
- Forsberg, Niclas, *Upphandling – enligt LOU, LUF, LUK, LUFS och LOV*, 4 uppl., Stockholm, 2017 [cit. Forsberg 2017]
- Hellner, Jan, *Skadeståndsrätt*, 5 uppl., Juristförlaget, Stockholm, 1995 [cit. Hellner 1995]
- Hellner, Jan & Radetzki, Marcus, *Skadeståndsrätt*, 9 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2014 [cit. Hellner & Radetzki 2014]
- Hellner, Jan, *Upphandling och skadestånd*, JT 1998–99, s. 950–955 [cit. Hellner 1998–99]
- Henning, Ronny, *Fidelifallet – när upphandlingsreglernas ändamål får bestämma*, JT 2014/15 s. 404–418 [cit. Henning 2014/15]
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida (red.), *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011 [cit. Hettne & Otken Eriksson 2011]
- Höök, Rolf, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, JT 2007/08 s. 452–458 [cit. Höök 2007/08]
- Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1–10 [cit. Jareborg 2004]
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Kleineman 2013]
- de Koninck, Constant, Ronse, Thierry & Timmermans, William, *European Public Procurement Law – The Public Sector Procurement Directive 2014/24/EU Explained through 30 Years of Case Law by the Court of Justice of the European Union*, 2 uppl., Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2015 [cit. de Koninck, Ronse & Timmermans 2015]

- Leffler, Henrik, *Har överprövning trängt ut skadestånd vid överträdelse av upphandlingsreglerna?*, ERT 2005, s. 78–85 [cit. Leffler 2005]
- Leffler, Henrik, *Skadestånd för överträdelse av reglerna om offentlig upphandling*, ERT 2003, s. 483–507 [cit. Leffler 2003]
- Madell, Tom & Björklund, Daniel, *Skadestånd vid offentlig upphandling*, SvJT 2008, s. 578–602 [cit. Madell & Björklund 2008]
- Olsson, Erik, *Ingen skada skedd – vad innebär EU-domstolens avgörande i Fastweb för tillämpningen av skaderekvisitet i svensk domstol?*, ERT 2013 s. 619–630 [cit. Olsson 2013]
- Olsen, Lena, *Rättsvetenskapliga perspektiv*, SvJT 2004, s. 105–145 [cit. Olsen 2004]
- Pedersen, Kristian, *Upphandlingsgrunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 4 uppl., Jure, Stockholm, 2017 [cit. Pedersen 2017]
- Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 10 uppl., Wolters Kluwer, Stockholm, 2016 [cit. Ramberg & Ramberg 2016]
- Reichell, Jane, *EU-rättslig metod*, i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [Reichell 2013]
- Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik & Piper, Catharina, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2 uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015 [cit. Rosén Andersson m.fl. 2015]
- Sanchez-Graells, Albert, *'If it Ain't Broke, Don't Fix It'? EU Requirements of Administrative Oversight and Judicial Protection for Public Contracts*, i Torricelli, Simone & Folliot-Lalliot, Laurence (red.), *Oversight and Challenges of Public Contracts*, Bruylant, Bryssel, 2018, s. 495–534 [cit. Sanchez-Graells 2018a]
- Sanchez-Graells, Albert, *You Can't Be Serious: Critical Reflections on the Liability Threshold for Damages Claims for Breach of EU Public Procurement Law*, 2018 tillgänglig på SSRN: [https://ssrn.com/abstract\\_id=3129430](https://ssrn.com/abstract_id=3129430) [cit. Sanchez-Graells 2018b]
- Schebesta, Hanna, *Damages in EU public procurement law*, Springer, Cham, 2016 [cit. Schebesta 2016]
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, 2 uppl., Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Sundstrand 2013]
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure, Diss. Stockholm: Stockholms universitet, 2012, Stockholm, 2012 [cit. Sundstrand 2012]
- Vestling, André, *Den offentliga upphandlingens skadebegrepp – en probleminventering*, UrT 2017, s. 41–67 [cit. Vestling 2017]

## Övrigt

Blogginlägg av Mikael Dubois och Anna Wennberg vid Hamilton Advokatbyrå, tillgängligt på <https://upphandling24.se/EFTA-domstolen-over-tradelsens-art-utan-betydelse-skadestandsansvar/> [hämtad 2018-02-28]

Tal av Carl Baudenbacher, ordförande i EFTA-domstolen, vid den årliga middagen arrangerad av Law Society, Competition Section i London den 22 November 2017, tillgängligt på <http://communities.lawsociety.org.uk/Uploads/m/r/w/baudenbacher-speech-competition-section-annual-dinner.pdf> [hämtad 2018-05-03]

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

C-26/62 *Van Gend en Loos*, EU:C:1963:1  
C-6/64 *Costa mot E.N.E.L.*, EU:C:1964:66  
C-14/83 *von Colson*, EU:C:1984:153  
C-222/84 *Johnston*, EU:C:1986:206  
C-6/90 och C-9/90 *Francovich*, EU:C:1991:428  
C-46/93 *Brasserie* och C-48/93 *Factortame III*, EU:C:1996:79  
C-5/94 *Hedley Lomas*, EU:C:1996:205  
C-140/97 *Rechberger*, EU:C:1999:306  
C-81/98 *Alcatel*, EU:C:1999:534  
C-380/98 *The University of Cambridge*, EU:C:2000:529  
C-19/00 *SIAC*, EU:C:2001:553  
C-92/00 *HI*, EU:C:2002:379  
C-315/01 *GAT*, EU:C:2003:360  
C-507/03 *Kommissionen mot Irland*, EU:C:2007:676  
C-295/04 och C-298/04 *Manfredi m.fl.*, EU:C:2006:461  
C-432/05 *Unibet*, EU:C:2007:163  
C-450/06 *Varec*, EU:C:2008:91  
C-452/06 *Synthon*, EU:C:2008:565  
C-63/08 *Pontin*, EU:C:2009:666  
C-568/08 *Spijker*, EU:C:2010:751  
C-314/09 *Strabag*, EU:C:2010:567  
C-100/12 *Fastweb*, EU:C:2013:448  
C-27/15 *Pizzo*, EU:C:2016:404

## EFTA-domstolen

E-16/16 *Fosen-Linjen*, meddelad den 31 oktober 2017

## Högsta domstolen

NJA 1998 s. 873  
NJA 2000 s. 712  
NJA 2007 s. 349  
NJA 2013 s. 762  
NJA 2013 s. 909  
NJA 2016 s. 358  
NJA 2016 s. 369

## Hovrätterna

RH 2010:48

## Högsta förvaltningsdomstolen

RÅ 2002 ref. 50

RÅ 2005 ref. 62

RÅ 2008 ref. 35

HFD 2016 ref. 37 I och II