
INGEN SKADA SKEDD – VAD INNEBÄR EU-DOMSTOLENS AVGÖRANDE I FASTWEB FÖR TILLÄMPNINGEN AV SKADEREKVISITET I SVENSK DOMSTOL?

Erik Olsson*

1. INLEDNING

EU-domstolen har endast vid fåtal tillfällen yttrat sig om den närmare innebörden av skaderekvisitet i rättsmedelsdirektivet. Än mer ovanligt är det att Högsta förvaltningsdomstolen uttalar något om hur domstolen ska bedöma en sökande leverantör skada ska bedömas, det har de facto aldrig hänt tidigare. Att Högsta förvaltningsdomstolen och EU-domstolen skulle meddela varsitt avgörande på området för skaderekvisitets tillämpning under en och samma vecka är inte ovanligt, det är helt enkelt otroligt. De två avgörandena ger läsaren en unik möjlighet att utforska gränserna för det nationella processuella självbestämmandet i möte med unionsrättens effektivitetskrav vad gäller rättsmedel. Å ena sida finns det generella unionsrättsliga kravet på effektiva rättsmedel för överträdelser av unionsrätten vilket på upphandlingsrättens område dessutom förstärkts med ett särskilt rättsmedelsdirektiv, som i sig ska ges full verkan i nationell rätt.¹ Å andra sidan finns den nationella processuella autonomi vilken, åtminstone som utgångspunkt, ger den nationella rättsordningen i allmänhet och de nationella domstolarna i synnerhet, ett långtgående självbestämmande vad gäller det

* Erik Olsson, Jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm. Särskilt tack till Jur. stud. Anna Englund för värdefull kritik och input i samband med upprättandet av denna krönika.

¹ Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten.

processuella ramverket för prövningen av upphandlingsmål. För intresserade upphandlingsjurister kom julen 2013 redan i juli.

EU-domstolen meddelande nyligen i mål C-100/12, Fastweb SpA mot Azienda Sanitaria Locale di Alessandria (Fastweb) ett avgörande som i allt väsentligt handlar om just denna skärningspunkt och det är framförallt detta avgörande som denna krönika kommer att handla om.² Innan vi kommer in på EU-domstolens dom ska vi dock undersöka några svenska kammarrättsavgörande och ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen, meddelat bara tre dagar innan EU-domstolens dom, vilka nu måste läsas om i ljuset av EU-domstolens avgörande.³

2. LIDA ELLER ANSES LIDA SKADA

Skaderekvisitets tillämpning i Sverige

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.⁴

För att en leverantör ska nå framgång med en ansökan om överprövning krävs således inte bara att den upphandlande myndigheten har gjort sig skyldig till en överträdelse av LOU utan också att leverantören har lidit, eller kan komma att lida, skada av denna överträdelse. Prövningen är, eller ska åtminstone vara, strikt begränsad till den sökande leverantörens omständigheter och domstolen kan således inte beakta andra leverantörers intressen när den bedömer om skaderekvisitet är uppfyllt.⁵ Den skada som normalt avses, och som ska bedömas av domstolen, är att leverantören gått miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Detta innebär dock inte att det måste stå klart att leverantören hade tilldelats kontraktet om det inte vore för myndighetens överträdelse utan snarare att överträdelsen kan ha medfört att leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet har försämrats.

En situation där fråga om skaderekvisitets uppfyllande ofta uppkommer är när en leverantör, som ansöker om överprövning och som gör gällande att den vinnande leverantören inte uppfyller samtliga skall-krav och att dess anbud rätteligen borde ha förkastats, inte heller uppfylla samtliga skall-krav. I sådana

² EU-domstolens avgörande av den 4 juli 2013 i mål C-100/12, Fastweb SpA mot Azienda Sanitaria Locale di Alessandria.

³ Högsta förvaltningsdomstolens dom av den 1 juli 2013 i mål nr 93-13.

⁴ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

⁵ Asplund m.fl., Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, s. 213.

situationer kan den sökande leverantören normalt inte anses lida skada på så sätt som krävs för förvaltningsrättens förordnande enligt 16 kap. 6 § LOU. Resonemanget bygger på att en sökande leverantör, som inte uppfyller samtliga skall-krav i en upphandling, aldrig kan komma ifråga för tilldelning av kontrakt. En sådan leverantör kan därför inte anses lida skada av att någon annan leverantör inte heller uppfyller samtliga skall-krav och således rätteligen borde ha förkastats. Detta eftersom ett sådant förkastande i normalfallet inte förändrar det förhållandet att den sökande leverantören inte kan komma ifråga för kontraktstilldelning.

Situationen blir en annan om det endast finns två anbudsgivare som inkommit med anbud i upphandlingen. Vi tänker oss att leverantören A rätteligen har förkastats i anbudskvalificeringen på grund av bristande skall-kravuppfyllelse. Den kvarvarande leverantören B tilldelas kontrakt som ensam kvalificerad leverantör. A ansöker om överprövning och gör gällande att även B brustit i skall-kravuppfyllelse och således inte heller kan tilldelas kontrakt. Enligt resonemanget ovan skulle A i en sådan situation inte kunna anses lida skada eftersom A, även om B:s anbud förkastades, inte skulle kunna tilldelas kontrakt. A kan emellertid anses lida skada indirekt av myndighetens underlåtelse att förkasta B:s anbud eftersom ett sådant förkastande hade inneburit att det inte längre fanns några kvarvarande kvalificerade anbud och att upphandlingen därför måste göras om. I en ny upphandling hade A, på lika villkor som B, getts möjlighet att inkomma med ett nytt anbud och därmed kunnat tilldelas kontrakt. A har således visserligen inte lidit skada på så sätt att A gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt i denna omgång av upphandlingen, men kan ändå anses lida skada genom att A fråntagits möjligheten att på lika villkor som B inkomma med ett nytt anbud i en ny omgång av upphandlingen.

Det varierar från kammarrätt till kammarrätt huruvida domstolen erkänner denna typ av indirekta skaderesonemang. Kammarrätten i Göteborg har flera avgöranden funnit att en sökande leverantör kan anses lida eller riskera skada i en sådan situation.⁶ Kammarrätten i Jönköping har dock kommit till motsatt slut och angett att en sökande leverantör som brister i skall-kravuppfyllelse aldrig kan anses lida skada av att den vinnande anbudsgivarens anbud har motsvarande brist.⁷ Detta oavsett om ett förkastande av det vinnande anbudet skulle medföra att upphandlingen måste göras om. Något avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som rör just denna frågeställning finns inte men som vi kommer att se nedan skulle en extensiv tolkning av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål 96-13 av den 1 jul 2013 kunna sägas ge visst stöd för Kammarrättens i Jönköpings inställning.

⁶ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4660-10 och mål nr 665-11. Se även Kammarrätten i Göteborg mål nr 9437-11 och 5010-12 för en likartad slutsats.

⁷ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3307-11.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Omständigheterna i Högsta förvaltningsdomstolens mål var i korthet följande. Ekerö kommun genomförde en upphandling avseende telefoni i form av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § LOU. Efter det att tilldelningsbeslut meddelats ansökte en av de anbudsgivare som inte tilldelats kontrakt, NEC Scandinavia AB, om överprövning och anförde bland annat att det inte förelåg sådana omständigheter som anges i 4 kap. 2 § LOU och att kommunen därför inte haft rätt att genomföra upphandlingen som ett förhandlat förfarande. Såväl förvaltningsrätten som kammarrätten fann att de skäl som kommunen anförde för att få använda sig av förhandlat förfarande med föregående annonsering inte var tillräckliga för att motivera användandet av ett sådant förfarande och att upphandlingen således borde ha genomförts som ett öppet eller selektivt förfarande, dvs. de förfaranden vilka som huvudregel ska användas vid upphandling enligt LOU.

Trots att NEC i sin ansökan om överprövning inte utvecklade hur NEC ansåg sig ha lidit eller riskerat lida skada av det förhållandet att förhandlat förfarande använts fann både förvaltningsrätten och kammarrätten att sådan skada förelåg. Vare sig förvaltningsrättens eller kammarrättens avgöranden innehöll dock någon djupare analys i denna del utan domstolarna verkar i det närmaste utgå ifrån en presumtion för liden skada när det rör sig om en brist i det konkurrensuppsökande skedet, dvs. ett fel redan i upphandlingens annonseringsfas. Både förvaltningsrätten och kammarrätten biföll NEC:s talan och förordnade om att upphandlingen skulle göras om. Det ska sägas att det är förhållandevis vanligt att förvaltningsrättens skadebedömning vad gäller fel i det konkurrensuppsökande skedet inte är särskilt djuplodande och det förefaller inte allt för sällan som om vissa förvaltningsrätter arbetar utifrån att det finns en mycket stark presumtion för skada vad gäller denna typ av fel.

Kommunen överklagade kammarrättens avgörande till Högsta förvaltningsdomstolen som meddelade prövningstillstånd. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade mycket kort att NEC inte hade konkretiserat på vilket sätt valet av förfarande hade medfört skada eller risk för skada för bolaget. Mot den bakgrunden angav Högsta förvaltningsdomstolen att det saknas anledning att överhuvudtaget göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för den upphandlande myndigheten att välja ett förhandlat förfarande. Högsta förvaltningsdomstolen upphävde därför underinsatsernas avgöranden och avlog istället ansökan om överprövning.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande framstår som klokt och rimligt, särskilt mot bakgrund av de omständigheter som förelåg i målet. Det framgår tydligt av 16 kap. 6 § LOU att leverantören måste lida eller riskera lida skada av en överträdelse för att förvaltningsrättens förordnande om att upphandlingen ska rättas eller göras om, ska kunna komma ifråga. Vad gäller valet mel-

lan olika typer av annonserade förfaranden är det av naturliga skäl mycket svårt för en leverantör att visa att denne lidit skada av förfarandet som sådant – vilken leverantör kan påstå att den lidit skada redan av det förhållandet att myndigheten bjudit in anbudsgivarna till förhandling? NEC ska naturligtvis inte kunna undvika denna svårighet genom att helt enkelt undvika frågan om skada i sin ansökan om överprövning.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande framstår också som processekonomiskt eftersom rätten kan undvika en prövning av den påstådda överträdelsen i de fall sökanden inte konkretiserat sin talan på ett sådant sätt att det framgår hur leverantören lider eller riskerar lida skada av den påstådda överträdelsen. Skadan kan helt enkelt prövas först och beroende på hur denna prövning faller ut kan domstolen sedan ta ställning till om man ska gå vidare och pröva den faktiska överträdelsen eller inte. Om skadan inte har konkretiserats behöver domstolen inte belasta målet med en prövning av den påstådda överträdelsen utan kan istället snabbt avslå talan.

Om man tillämpar detta synsätt på diskussionen ovan skulle det emellertid kunna innebära att bolag som ansöker om överprövning och anför att den vinnande anbudsgivare inte uppfyller samtliga skall-krav inte kan nå framgång med sin talan om den sökande anbudsgivaren själv brister i skall-kravsuppfyllelse. Eftersom den påstådda överträdelsen, dvs. att myndigheten felaktigt antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav, endast ska prövas om skaderekvisitet, dvs. om överträdelsen försvårat leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt, är uppfyllt, skulle Högsta förvaltningsdomstolens avgörande tas till intäkt för att ge Kammarrätten i Jönköping rätt i sin inställning framför Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten i Jönköping valde nämligen till skillnad från Kammarrätten i Göteborg att inte överhuvudtaget pröva om det vinnande anbudet uppfyllt samtliga skall-krav när kammarrätten väl kunnat konstatera att den sökande leverantören brast i detta avseende.

Som vi nedan kommer att se måste dock Högsta förvaltningsdomstolens och kammarrätternas avgöranden nu läsas i ljuset av EU-domstolens avgörande i Fastweb.

3. FASTWEB-AVGÖRANDET

Omständigheterna i målet

Omständigheterna i Fastweb-målet kan sammanfattas som följer.

Den italienska myndigheten Centro Nazionale per l'Informatica nella Pubblica Amministrazione (CNIPA) genomförde ett avrop från ett ramavtal med förnyad konkurrensutsättning. De två ramavtalsleverantörerna Fastweb och Telecom Italia inkom med anbud. Genom tilldelningsbeslut antog CNIPA Telecom Italias anbud.

Fastweb överklagade tilldelningsbeslutet till den regionala förvaltningsdomstolen och gjorde gällande att Telecom Italias anbud inte uppfyllde samtliga tekniska specifikationer (en form av skall-krav) i förfrågningsunderlaget.⁸ Telecom å sin sida intervenerade i målet och ingav ett anslutningsöverklagande där de gjorde gällande att inte heller Fastweb uppfyllde de tekniska specifikationerna och därför inte hade någon talerätt. Förvaltningsdomstolen beslutade att kontrollera huruvida bolagens anbud uppfyllde skall-kraven och kom fram till att båda anbuden brast i detta avseende. Mot denna bakgrund hänsköt förvaltningsdomstolen målet till EU-domstolen för förhandsavgörande.

I sitt beslut om hänskjutande uttalade den Italiens förvaltningsdomstolen att det mest logiska vore att både Fastwebs och Telecoms överklagande ska bifallas, vilket skulle få till följd att upphandlingen måste göras om i sin helhet eftersom det då inte finns några giltiga anbud. Förvaltningsdomstolen underströk också att detta skulle vara till fördel för Fastweb eftersom de vid en ny upphandling får en ny möjlighet att inkomma med anbud och vinna kontraktet.

Förvaltningsdomstolen påpekade dock samtidigt att domstolen, enligt ett avgörande från den italienska högsta förvaltningsdomstolen, var förhindrad från att komma till ett sådant slut. Enligt detta avgörande, som getts i plenum, skulle prövningen av ett anslutningsöverklagande, varigenom huvudklagandens talerätt ifrågasätts på den grunden att dess anbud rätteligen borde ha förkastats, föregå prövningen av huvudöverklagandet även då den sökande leverantören har ett intresse av att hela upphandlingen görs om. Den italienska högsta förvaltningsdomstolen anser nämligen att det endast är den som uppfyller samtliga skall-krav som har talerätt mot ett tilldelningsbeslut. Det faktum att en part som har överklagat ett beslut om tilldelning av ett kontrakt påstår sig ha ett praktiskt intresse av att upphandlingen genomförs på nytt är enligt den italienska högsta förvaltningsdomstolen inte i sig tillräckligt för att ge en part, som inte uppfyller samtliga skall-krav, talerätt. Anslutningsöverklagandet, genom vilket huvudklagandens talerätt ifrågasätts, måste således alltid prövas först. Detta gäller även då det endast har varit fråga om två anbudsgivare, det vill säga den anbudsgivare vars anbud inte antagits, nämligen huvudklaganden, och den vinnande anbudsgivaren, anslutningsklaganden.

Det är mot denna bakgrund som den hänskjutande förvaltningsdomstolen ville få svar på om det är förenligt med de grundläggande principerna och principen om ett effektivt domstolsskydd att agera i enlighet med den italienska högsta förvaltningsdomstolens avgörande, dvs. pröva anslutningsöverklagandet

⁸ Observera att begreppet skall-krav är ett svenskt begrepp som inte används i EU-domstolens avgörande. Av pedagogiska skäl använder jag dock detta begrepp även vid återgivandet av domstolens resonemang för att uttrycka krav i förfrågningsunderlaget till en upphandling vilka måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas.

först och därefter avvisa huvudöverklagandet då det visat sig att klaganden, Fastweb, inte uppfyller samtliga skall-krav.

EU-domstolens bedömning

EU-domstolen inleder sin bedömning med att påminna om att det framgår av artikel 1 i direktiv 89/665 (rättsmedelsdirektivet) att dess syfte är att det ska vara möjligt att få till stånd en effektiv prövning av beslut från upphandlande myndigheter som innebär en överträdelse av unionsrätten. Enligt punkt 3 i artikel 1 ska medlemsstaterna se till att prövningsförfaranden är tillgängliga, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst kontrakt och som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse.

EU-domstolen går sedan vidare och jämför den uppkomna situationen med den som förelåg i mål C-249/01, (Hackermüller).⁹ I Hackermüller slog domstolen fast att en anbudsgivare inte får nekas tillträde till ett prövningsförfarande enbart med hänvisning till att anbudsgivaren inte uppfyller samtliga skall-krav och därmed inte kan anses lida skada av den påstådda överträdelsen. Däremot kan själva prövningen av anbudsgivarens talan mycket väl resultera i att prövningsorganet kommer till slutsatsen att anbudet faktiskt borde ha förkastats och att talan därför ska avvisas på grund av att anbudsgivaren, med hänsyn till detta förhållande, inte har skadats eller riskerar att skadas av den påstådda överträdelsen. Det viktiga är att anbudsgivaren ges en möjlighet att ifrågasätta grunden för att dess anbud ska förkastas.

EU-domstolen konstaterar att nu förevarande situation skiljer sig från den som förelåg i Hackermüller, bland annat genom att det har konstaterats att det vinnande anbudet borde ha förkastats, eftersom det inte uppfyllde kraven i de tekniska specifikationer som ingick i förfrågningsunderlaget. När så är fallet kan en särskild talan som väckts av den vinnande anbudsgivaren inte få medföra att den sökande anbudsgivarens talan avvisas, i fall då båda anbudsgivarnas anbud ifrågasätts i samma förfarande och på identiska grunder. I en sådan situation kan nämligen båda konkurrenterna göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven.

Mot denna bakgrund fann EU-domstolen att rätten till effektiva rättsmedel, såsom denna framgår av artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet utgör hinder för att ansökan om överprövning avvisas efter en första prejudiciell prövning av anslut-

⁹ EU-domstolens avgörande av den 19 juni 2013 Domstolens dom (sjätte avdelningen) den 19 juni 2003 i mål 249/01 Werner Hackermüller mot Bundesimmobiliengesellschaft mbH (BIG) och Wiener Entwicklungsgesellschaft mbH für den Donauraum AG (WED).

ningsansökan utan att det prövas huruvida såväl det anbud som lämnats av den vinnande anbudsgivaren, som anbudet från den anbudsgivare som ingett huvudansökan, uppfyller skall-kraven i upphandlingen.

4. FASTWEB-AVGÖRANDETS BETYDELSE FÖR SVENSK RÄTTSPRAXIS

Frågan är hur ovan refererad praxis från kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen förhåller sig till EU-domstolens avgörande i Fastweb. Annorlunda uttryckt; hur hade EU-domstolen betraktat svensk rättspraxis rörande prövning av skaderekvisitet.

Vad gäller ovan presenterad kammarrättspraxis avseende uppfyllande av skaderekvisitet kan konstateras att det finns en rad likheter mellan de situationer som kammarrätterna i Göteborg respektive Jönköping hade att bedöma och den situation som förelåg i Fastweb.

I båda fall finns två anbudsgivare varav den ena tilldelats kontrakt och den andra ansökt om överprövning och anfört att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller samtliga skall-krav. I samband med överprövningen görs invändningen att den sökande leverantören inte heller uppfyller samtliga skall-krav. I Kammarrätten i Göteborgs bedömning medför en sådan situation att den sökande leverantören kan anses lida skada på så sätt att den, genom att myndigheten felaktigt antagit den vinnande anbudsgivaren trots att denne inte uppfyller samtliga skall-krav, har gått miste om möjligheten att inkomma med anbud i en ny upphandling. Kammarrätten i Jönköping å andra sidan anser att det inte under några förhållanden är möjligt för en anbudsgivare som inte uppfyller samtliga skall-krav att lida skada av att en konkurrerande leverantör antagits trots att denne inte heller uppfyller samtliga skall-krav.

Kammarrätten i Göteborgs inställning påminner således mycket om den inställning som den hänskjutande italienska domstolen har, i det att båda domstolarna anser att det borde följa av en situation där samtliga anbudsgivarna brister i skall-kravsuppfyllelse att upphandlingen görs om. Båda domstolarna anser också att detta resultat vore till fördel för den sökande anbudsgivaren och att det på denna grund kan anses att den sökande anbudsgivaren lider, eller riskera lida skada på sätt som krävs för förvaltningsrättens ingripande.

Kammarrätten i Jönköpings inställning är mer snarlik den italienska Högsta förvaltningsdomstolens resonemang i det att de aldrig, oavsett omständigheterna i det enskilda fallet, erkänner att en anbudsgivare vars anbud brister i skall-kravsuppfyllelse kan lida eller riskera att lida skada av att en annan anbudsgivare antas trots att dennes anbud innehåller motsvarande brist.

Som vi sett tar EU-domstolen på ett tydligt sätt ställning för Kammarrätten i Göteborgs synsätt framför Kammarrätten i Jönköpings. Enligt min mening

innebär detta att Kammarrätten i Jönköpings avgörande inte längre kan anses vara ett uttryck för gällande rätt utan istället får anses överspelat. Förvaltningsrätterna bör fortsättningsvis, då de behandlar motsvarande situation, istället ta vägledning av Kammarrätten i Göteborgs avgöranden eller direkt av EU-domstolens avgörande.

Frågan är vad EU-domstolens avgörande innebär för Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål 96-13. Innebär EU-domstolens avgörande att även Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i viss mån får anses överspelat? En sådan slutsats hade, enligt min mening, varit att ta det hela för långt.

Först och främst är det viktigt att komma ihåg att Högsta förvaltningsdomstolens avgörande rörde en situation där den sökande leverantören inte överhuvudtaget hade konkretiserat vilken skada denne ansåg sig lida av att ett förhandlat förfarande använts. Det är således fullt möjligt att betrakta Högsta förvaltningsdomstolens avgörande som ett rent åberopsbördemål där Högsta förvaltningsdomstolens avslag endast var motiverat av att sökanden inte konkretiserat de omständigheter som denne la till grund för sin talan. Vid en sådan läsning är Högsta förvaltningsdomstolens avgörande helt förenligt med EU-domstolens avgörande.

En fråga som dock uppkommer är vad som hade hänt om sökanden hade konkretiserat sin skada genom att hänvisa till att sökanden vid en ny upphandling skulle ha en ny möjlighet att inkomma med anbud och därvid tilldelas kontrakt. En sådan talan kan i princip föras varje gång en ansökan om överprövning innehåller kritik mot upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens praxis ska nämligen en sådan talan, om den bifalles, leda till att upphandlingen ska göras om.¹⁰ Vissa uttalanden i EU-domstolens avgörande kan förstås som att anbudsgivaren alltid kan anses lida skada då dess talan kan föranleda att upphandlingen ska göras om. Särskilt punkten 33 i EU-domstolens avgörande där EU-domstolen anger att den situation som föreligger i ett mål där båda inkomna anbud är förenade med brister i uppfyllande av skall-kraven är sådan att båda konkurrenterna kan göra gällande ett berättigat intresse av att övriga anbud utesluts, vilket kan leda till slutsatsen att det är omöjligt för den upphandlande myndigheten att välja ett anbud som uppfyller de ställda kraven. EU-domstolens uttalande tycks implicera att det finns en form av skada eller risk för skada inbyggd i alla de situationer där en överträdelse av upphandlingsreglerna kan leda till att upphandlingen måste göras om.

Enligt min mening är det för tidigt att dra så långtgående slutsatser av EU-domstolens avgörande. I den situation som EU-domstolen hade att bedöma lider, eller åtminstone riskerar anbudsgivaren att lida, skada av den överträdelse

¹⁰ Se bland annat RÅ 2008 not. 26.

som myndigheten begått, dvs. att anta en anbudsgivare som inte uppfyller samtliga skall-krav. Hade myndigheten gjort rätt från början hade myndigheten redan vid utvärderingen av anbudet fått inse att de inte hade några kvalificerade anbud och myndigheten hade således varit tvungen att göra om upphandlingen och låta anbudsgivarna inkomma med anbud ånyo. Den direkta följderna av ett korrekt handlande från myndighetens sida är således att alla anbudsgivare får en andra chans att lämna anbud. Leverantören lider således skada direkt av myndighetens agerande och inte bara av avsaknaden av den rättsföljd som följer av agerandet, nämligen ett förordnande om att upphandlingen ska göras om.

Denna situation skiljer sig från den situation som Högsta förvaltningsdomstolen hade att bedöma. Om myndigheten i det fallet hade gjort rätt och använt sig av ett öppet eller selektivt förfarande i förfrågningsunderlaget istället för ett förhandlat förfarande hade denna korrigering inträffat redan vid annonseringen av den första upphandlingen. Ett korrekt agerande från myndighetens sida hade således inte föranlett en *andra chans* att lämna anbud utan snarare en *första chans* att lämna anbud i ett öppet eller selektivt förfarande. Vid ett förordnande om att upphandlingen ska göras om på grund av att myndigheten valt fel förfarande är det således inte det förhållande att myndighetens agerande korrigeras som medför en andra chans till anbudsgivning utan snarare det förhållande att agerandet korrigeras först i ett sent skede, efter anbudsgivning. Enligt min mening följer det av rättsmedelsdirektivet att en leverantör, för att anses ha lidit eller riskerat lida skada, ska kunna visa att dennes möjligheter att tilldelas kontrakt försämrats, inte bara i förhållande till om dess talan avslås, utan även i förhållande till hur dessa möjligheter hade sett ut om myndigheten hade agerat på ett korrekt sätt redan från början när den påstådda överträdelsen begicks. I den situation som Högsta förvaltningsdomstolen hade att bedöma innebär ett sådant test att leverantören måste konkretisera hur dess anbud hade sett annorlunda ut för det fall myndigheten från början valt ett öppet eller selektivt förfarande snarare än ett förhandlat. Om anbudsgivaren inte kan konkretisera detta och göra gällande att ett öppet eller selektivt förfarande hade ökat dess möjligheter att tilldelas kontrakt, kan anbudsgivaren inte heller anses lida skada av myndighetens överträdelse. Detta även om ett bifall av leverantörens talan hade kunnat leda till att upphandlingen görs om, något som potentiellt gynnat leverantören genom att han fått möjlighet att inkomma med ett nytt och mer konkurrenskraftigt anbud.

På motsvarande sätt förhåller det sig enligt min mening med andra brister i det konkurrensuppsökande skedet vilka inte kan anses ha påverkat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt. Om en leverantör exempelvis uppfyller samtliga skall-krav borde normalt denne leverantör inte efter det att tilldelningsbeslut meddelats nå framgång med en ansökan om överprövning grundad på att något av de skall-krav som sökanden uppfyllt varit oproportionerligt högt ställt. Leverantören skulle visserligen hamna i en bättre sits om

upphandlingen skulle göras om, vilket är resultatet av en framgångsrik talan av denna typ, men leverantören kan inte visa att överträdelsen som sådan, dvs. det oproportionerliga skall-kravet, har försämrat dennes möjligheter att tilldelas kontrakt.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande står enligt min mening inte i konflikt med EU-domstolens avgörande i Fastweb. Det var riktigt av Högsta förvaltningsdomstolen att begära att sökanden konkretiserar den skada som denne anser sig ha lidit av den påstådda överträdelsen och det finns inget i Fastweb som motsäger detta ställningstagande. Även om sökanden hade konkretiserat sin talan finns det vidare, enligt min mening, inget som förhindrar att en domstol, på det sätt som Högsta förvaltningsdomstolen anger, prövar skadan först när det gäller överträdelser som är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. Tvärtom är detta ofta ett effektivt sätt att hantera, och i förekommande fall avslå, ansökningar som är uppenbart ogrundade. En prövning av skadan som första led kan ske genom att förvaltningsrätten ställer sig frågan om den påstådda överträdelsen är av en sådan art att den kan ha medfört att anbudsgivarens möjligheter att tilldelas kontrakt försämrats i förhållande till vad som gällt för det fall överträdelsen aldrig förelegat. Endast om denna fråga kan besvaras jakande finns anledning att gå vidare och pröva överträdelsen som sådan.

Däremot innebär EU-domstolens avgörande att denna metod, varigenom domstolen prövar skaderekvisitet först, inte kan upphöjas till allmän princip för alla typer av upphandlingsmål. Exempelvis går det inte att pröva skadan först i en sådan situation som den som förelåg i Fastweb, där frågan om anbudsgivaren kunnat lida skada är beroende av frågan om överträdelsen faktiskt föreligger. Det går således inte att, såsom Kammarrätten i Jönköping, först pröva skadan och konstatera att den sökande leverantörens anbud inte uppfyller samtliga skall-krav och därför inte kan lida skada, utan att samtidigt ta ställning till om de överträdelser som den sökande leverantören gör gällande är sådana att de, för de fall de inte förelegat, medfört en förbättrad möjlighet för leverantören att tilldelas kontrakt.

EU-domstolen är i allmänhet, och i synnerhet på processrättens område, framförallt intresserad av de praktiska konsekvenserna av en nationell rättsregel eller en nationell domstols agerande. Så länge den nationella rättsordningen inte kommer i vägen för rättsmedelsdirektivets fulla verkan – i detta fall den sökandens rätt att få en överträdelse som den lidit skada av prövad – kommer EU-domstolen inte att lägga sig i hur den nationella rättsordningen fungerar. Om en nationell processuell rättsregel eller rättspraxis emellertid kommer i vägen för dessa syften förväntar sig EU-domstolen att den nationella domstolen, oavsett instans, åsidosätter den nationella regeln så att rättsmedelsdirektivets fulla verkan kan uppnås i den enskilda situationen. För svenskt vidkommande innebär detta enligt min mening att förvaltningsrätten inte är förhind-

Erik Olsson

rade att som huvudregel pröva skadan först för att på så sätt uppnå en mer effektiv rättsprocess, men att förvaltningsrätten samtidigt i varje situation måste vara uppmärksam på de konsekvenser en sådan arbetsmetodik får i det enskilda fallet. Om effekten blir att den enskilde fräntas möjligheten att få överträdelser, vilka redan då de först begicks försämrat dennes möjligheter att tilldelas kontrakt, prövade måste förvaltningsrätten lägga om sitt arbetssätt så att en sådan prövning tillåts.