
TANKAR OM SKADA I UPPHANDLINGSRÄTT, DEL 1

Erik Olsson, Olle Lindberg och Viktor Robertson*

1. INLEDNING

Upphandlingsrätt är mer i fokus än det någonsin har varit och det är många som sätter tilltro till offentlig köpkrafts potential för att uppnå politiska mål.¹

Samtidigt är upphandlingsrätten ofta föremål för kritik, inte minst från regeringen som under de senaste åren särskilt har fokuserat på antalet överprövningar av offentlig upphandling (under hypotesen att det är för högt).² Stundtals uppstår även upprörda känslor över att antalet överprövningar skulle öka, vilket dock är fel i sak.³

* Erik Olsson, advokat och delägare, Olle Lindberg och Viktor Robertson, biträdande jurister, samtliga vid Advokatfirman Kahn Pedersen.

¹ Se exempelvis regeringen Löfvens nationella upphandlingsstrategi, publicerad 30 juni 2016 men även artiklar i branschmedia såsom "En nyckel till politiska mål", Sofia Elmeholt, Inköpsrådet, 1 februari 2017 och "Sluta fega – våga ställa sociala krav", Lena Baastad, Upphandling24, 17 augusti 2016.

² Exempelvis har civilminister Ardalan Shekarabi gjort följande uttalanden i media: "Vi måste göra något åt möjligheterna att begära överprövning. I dag är reglerna för generösa". ("Propositionen klar: 'Nu är det upp till riksdagen'", Erik Säfvenberg, Upphandling24, 22 juni 2016) samt "Sverige tillhör de länder i Europa som har flest antal överprövningar, trots att reglerna om överprövning i stora delar grundar sig på EU-direktiv. Antalet överprövningar har inte bara samhällsekonomiska konsekvenser utan skapar också problem såväl för myndigheter och leverantörer som för samhällsmedborgare. Samtidigt är det självklart viktigt att rättssäkerheten inte eftersätts vid upphandlingar [...]" ("Överprövningar i ny utredning", Erik Säfvenberg, Upphandling24, 22 juni 2017). Motsvarande synsätt framgår även av ett flertal utredningar och propositioner den senaste tiden, se SOU 2015:12 *Överprövning av upphandlingsmål m.m.* (beställd av regeringen Reinfeldt), prop. 2015/16:129 *Interimistiska beslut vid överprövning av upphandlingar* samt SOU 2018:44 *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål*.

³ Under förra året publicerats ett antal artiklar om att antalet överprövningar av upphandlingar ökade med 41 procent, se exempelvis "Antalet överprövningar ökade kraftigt förra året", Erik Säfvenberg, Upphandling24, 23 februari 2017 samt "Kraftigt ökande antal överprövningar", Avfall Sverige, publicerad på www.avfallsverige.se, 14 mars 2017. I den gemensamma rapporten från Upphandlingsmyndigheten (2017:5) och Konkurrensverket (2017:11), framgår dock att andelen upphandlingar från 2016 som hamnade i domstol faktiskt minskade något från året innan. 2015 var siffran 7,9 procent, jämfört med 7,4 procent för 2016. "Ökningen"

Vidare har bland annat Christina Ramberg, professor i civilrätt, i flera sammanhang framhållit upphandlingslagstiftningens skadliga effekter och till och med föreslagit ett avskaffande av lagstiftningen i sin helhet.⁴ Huvuddragen i kritiken verkar vara att det blir dyrare för samhället med LOU än utan. Av tillgänglig data framgår dock att det upphandlingsrättsliga regelverket genererar besparingar av offentliga medel.⁵

Även om man bör förhålla sig skeptisk till denna typ av uttalanden, som ofta grundar sig på rent felaktig data, kan konstateras att det även bland upphandlande myndigheter, leverantörer och i viss mån även hos allmänheten finns en uppfattning om att upphandlingsrätten är onödigt krånglig och att det med rätt advokat i princip går att hitta fel och vinna framgång i varje överprövningsprocess. För att uttrycka det annorlunda: det är för svårt för myndigheter att göra rätt och för lätt för leverantörer att vinna framgång i en process.

Kritiken mot den unionsrättsliga lagstiftningen är inte obefogad och uttrycks kanske bäst av lagrådet på följande sätt.⁶

”Direktiven uppvisar brister av olika slag. Det finns bestämmelser som är rätt och slätt obegripliga eller som är tvetydiga och kan ges olika innebörd. Andra har en innebörd som visserligen är begriplig, men som är oförnuftig. Det finns också bestämmelser som strider mot andra bestämmelser. Brister av nu angivna slag bör inte utan vidare godtas i den svenska lagstiftningen. I vissa fall kan man komma till rätta med bristen genom att den svenska versionen av en direktivbestämmelse tolkas med stöd av andra språkversioner av direktivet. I andra fall måste bestämmelser ges en rimlig innebörd efter vad som kan antas ha varit direktivförfattarnas avsikt. Det bör nämligen – som Lagrådet alltså har framhållit i tidigare lagstiftningsärenden – inte komma i fråga att låta en oklarhet i direktivet stå kvar i den svenska lagen.”

Samtidigt kan Sverige inte svära sig fria från ansvar. Ett vanligt förekommande uttryck, som bland annat vår civilminister brukar svänga sig med i dessa sammanhang, är att vi ofta försöker vara ”mer katolska än påven” i det att vi tolkar varje unionsrättslig bestämmelse på strängast möjliga sätt.⁷ Att detta skulle vara

berodde istället delvis på samordnade upphandlingar (med väldigt många parter) som genererade en stor mängd målnummer per upphandling.

⁴ Se exempelvis ”Gör Sverige till ett LOU-fritt försöksområde”, Christina Ramberg och Ilmar Reepalu, Upphandling24, 26 september 2013, ”Avskaffa lagen om offentlig upphandling”, Christina Ramberg, Dagens Juridik, 11 mars 2013, samt ”Offentlig upphandling är byråkrati till ingen nytta”, Christina Ramberg och Ilmar Reepalu, DN Debatt, 26 september 2013.

⁵ För en kortfattad genomgång av några av de faktafel som ligger till grund för bl.a. professor Rambergs kritik mot LOU, se repliken till Rambergs debattartikel ”Stora vinster med offentlig upphandling”, Bo Nordlin, DN Debatt, 26 september 2013. Enligt EU-kommissionen har det upphandlingsrättsliga regelverket genererat besparingar runtom i EU på ca 4–5 procent, vilket 2011 motsvarade ca 20 miljarder euro, se kommissionens arbetsdokument ”Evaluation report – Impact and effectiveness of EU public procurement”, SEC(2011) 853 final, s. 156.

⁶ Lagrådets yttrande över Nytt regelverk för offentlig upphandling, s. 3.

⁷ Se exempelvis uttalanden i Upphandling24 den 27 september 2017, i Computer Sweden den 22 september 2017 samt på Twitter den 7 april 2016.

sant som en mer övergripande maxim vet vi inte om vi håller med om, men just vad gäller ämnet för denna krönika, nämligen skadebegreppet, är vi nog böjda att hålla med.

Vi kommer i en serie krönikor att undersöka skadebegreppet vid överprövning av upphandling. Syftet med denna övning är dels att klargöra om det utvecklats några principer för hur en skadebedömning ska göras vid överprövning av upphandlingar, dels ställa oss frågan huruvida dessa principer är kloka och nyttiga för utvecklingen av upphandlingsrätten och för rättsområdets förtroende hos allmänheten.

I denna första krönika kommer vi att undersöka vilka, om några, slutsatser man kan dra av unionsrätten vad avser skadebegreppet i upphandlingsrätten. Detta då det är unionsrätten som sätter de yttersta ramarna för hur vi som medlemstat kan tolka och tillämpa unionsrättsliga begrepp. Först när dessa ramar är klarlagda är det möjligt att kritiskt granska den svenska rättsutvecklingen, vilket vi kommer att göra i kommande krönikor.

Vår genomgång av unionsrätten vad avser skadebegreppet är uppdelad i följande delar. I avsnitt 2 går vi igenom relevanta direktivsbestämmelser och uttalanden i EU-domstolens praxis. I avsnitt 3 undersöker vi icke-bindande rättskällor såsom EFTA-domstolen och Tribunalens praxis samt de diskussioner som förts i europeisk doktrin avseende skadebegreppet. Slutligen, i avsnitt 4, sammanfattar och analyserar vi våra iakttagelser vad avser det unionsrättsliga skadebegreppet inom offentlig upphandling.

2. LAGBESTÄMMELSER OCH EU-DOMSTOLENS PRAXIS

Det upphandlingsrättsliga skadebegreppet kommer från det s.k. rättsmedelsdirektivet.⁸ Direktivet syftar enligt EU-domstolen till att, såväl på det nationella planet som på unionsplanet, säkerställa att unionens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelsena ännu kan rättas till.⁹ EU-domstolen har vidare uttalat att direktivet syftar till att säkerställa att effektiva rättsmedel står till buds i alla medlemsstater i händelse av överträdelse av unionsrättens regler för offentlig upphandling eller av nationell lagstiftning om genomförandet av sådana regler, för att säkra en effektiv

⁸ Rådets direktiv av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (89/665/EEG) (konsoliderad version).

⁹ Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., EU:C:1999:534, punkt 33.

tillämpning av direktiv om samordning av förfaranden för offentlig upphandling.¹⁰

Själva skadebegreppet återfinns i direktivets artikel 1 punkten 3 vilken har följande lydelse.

”Medlemsstaterna ska se till att prövningsförfarandena ska vara tillgängliga på de villkor som medlemsstaterna själva anger, 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.”

Formuleringen som sådan (vilken till stor del liknar den som vi tagit in i svensk lag) säger inte mycket om hur själva skadebedömningen ska göras i termer av när en enskild ska anses ha skadats eller riskerat lida skada, men kan i vart fall tolkas som att det ska finnas ett orsakssamband mellan skadan (eller risken för skada) och den påstådda överträdelsen.

Att det förhåller sig på detta sätt bekräftas också i två tidiga avgöranden från EU-domstolen där domstolen anger att medlemsstaterna inte är skyldiga att se till att prövningsförfarandena kan utnyttjas av var och en som önskar tilldelas ett offentligt upphandlingskontrakt, utan att de kan kräva att den berörda personen skall ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som han eller hon gör gällande.¹¹

I *Grossman Air Service* ansågs, med hänvisning till detta krav på orsakssamband mellan överträdelse och skada, att en leverantör som avstått från att lämna anbud i en upphandling med hänvisning till vissa diskriminerande krav i anbudsinfordran, men samtidigt underlåtit att begära prövning av anbudsinfordran som sådan, kunde fräntas sin rätt att överpröva en senare tilldelning av kontrakt i den aktuella upphandlingen.¹²

I avgörandet synes EU-domstolen också formulera följande huvudregel:¹³

”[D]eltagande i ett upphandlingsförfarande [kan] i princip utgöra ett villkor som måste uppfyllas för att det skall kunna slås fast att den berörde har ett befogat intresse av att tilldelas det ifrågavarande avtalet eller riskerar att skadas på grund av att beslutet att tilldela upphandlingsavtalet påstås vara rättsstridigt. Den som inte har avgivit något anbud kan svårligen visa att han har intresse av att motsätta sig beslutet eller att han har skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen.”

¹⁰ Mål C-470/99, *Universale Bau*, EU:C:2002:746, punkt 71. För vidare redogörelse av de unionsrättsliga rättsmedlen se Sundstrand, Andrea, *Talerätt för vinnande leverantör – valfritt för domstolen?*, ERT 2014 2, s. 289 f.

¹¹ Mål C-249/01, *Hackermüller*, EU:C:2003:359, punkt 18 samt mål C-230/02, *Grossman Air Service*, EU:C:2004:93, punkt 26.

¹² Mål C-230/02, *Grossman Air Service*, punkterna 39–40.

¹³ A.a. punkt 27.

Regeln synes således vara att den som inte lämnat anbud inte heller kan anses lida skada av överträdelser i ett upphandlingsförfarande. Domstolen formulerar emellertid samtidigt ett undantag från denna huvudregel.

Om leverantörens möjlighet att tilldelas avtal, på grund av de påstått diskriminerande kraven i anbudsinfördran, får betraktas som försumlig, kan det inte krävas av leverantören att han ändå inkommer med ett anbud för att kunna föra talan mot en upphandling. I sådana fall ska leverantören istället ges möjlighet att söka prövning av anbudsinfördran direkt och innan det att upphandlingsförfarandet har avslutats.¹⁴ Försummar leverantören denna möjlighet anses han emellertid inte ha rätt att ansöka om överprövning av ett senare meddelat tilldelningsbeslut.

I ett nyligen meddelat förslag till avgörande från generaladvokat Campos Sánchez-Bordona var en av frågorna huruvida italiensk rätt var förenlig med rättsmedelsdirektivet.¹⁵ Den italienska författningsdomstolen hade i ett avgörande angett huvudregeln att den leverantör som fritt valt att avstå från att delta i ett upphandlingsförfarande inte har rätt att ansöka om att ogiltigförklara det. Av författningsdomstolens avgörande framgår ett undantag från denna regel, nämligen att leverantören ändå har rätt att söka prövning när denne angriper ”ett beslut om att inte genomföra ett upphandlingsförfarande eller om att inte offentliggöra något meddelande om det angriper krav i meddelandet som omedelbart utesluter aktören, eller slutligen angriper krav som ålägger bördor som är fullkomligt obegripliga, helt oproportionerliga eller gör det omöjligt att lämna anbud”.¹⁶ Av förslaget till avgörande framgår att generaladvokaten inte ser några motsättningar mellan den italienska författningsdomstolens avgörande och EU-domstolens avgörande i det ovan nämnda målet *Grossman Air Service*.¹⁷ Under processen i EU-domstolen hade kommission anført att den tolkar EU-domstolens avgörande i *Grossman Air Service* på så sätt att det inte behöver vara helt säkert att det ifrågasvarande företags anbud inte kommer att antas, utan att det räcker att det är sannolikt för att få söka prövning utan att ha deltagit i förfarandet. Generaladvokatens uppfattning var dock att det är riskfyllt att använda sig av en sannolikhetsberäkning som enda avgörande faktor, eftersom vilket företag som helst i så fall skulle kunna hävda att villkoren vid en upphandling *sannolikt* kommer få till följd att deras anbud inte antas, vilket skulle kunna bana väg för oseriösa ansökningar om överprövning från aktörer som har valt att inte delta i upphandlingsförfarandet.¹⁸

I *Stadt Halle* förtydligade domstolen att det vid direktupphandling inte krävs någon formell ställning som anbudsgivare för att en leverantör ska ha rätt att

¹⁴ A.a. punkterna 28–29.

¹⁵ Förslag till avgörande, C-328/17, Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl., EU:C:2018:542.

¹⁶ A.a. punkt 66.

¹⁷ A.a. punkt 68.

¹⁸ A.a. punkt 73.

föra talan mot upphandlingen. Istället krävs att leverantören har, eller har haft, intresse av att tilldelas kontraktet och har skadats eller riskerat att skadas av den påstådda överträdelsen, vilket i *Stadt Halle* bestod av avsaknaden av annonsering av den aktuella upphandlingen.¹⁹

I *Hackermüller* uppkom frågan om en leverantör ska anses lida skada av att en annan anbudsgivare tilldelats kontrakt i de fall det organ som har att pröva leverantörens ansökan om överprövning kan konstatera att leverantören rätteligen borde ha fått sitt anbud förkastat i ett tidigare skede av upphandlingen.²⁰

EU-domstolen fann att en sådan ordning endast är tillåten om leverantören, inom ramen för ett prövningsförfarande, ges rätt att ifrågasätta det skäl för avvisning av anbudet på vilket prövningsorganet grundar sin slutsats att han inte har skadats eller riskerar att skadas av det beslut han hävdar är rättsstridigt.²¹

Av detta följer att det inom ramen för en prövningsprocess är möjligt att hävda att en leverantör inte lider skada av en viss överträdelse med hänvisning till att leverantören, på grund av en brist i dennes anbud, ändå inte skulle kunna tilldelas kontrakt oberoende av den av leverantören påstådda överträdelsen. Såsom följer av EU-domstolens avgörande i *GAT* är det emellertid inte möjligt för ett prövningsorgan att avvisa en leverantörs talan vad avser en viss påstådd överträdelse med hänvisning till att det funnits en eller flera andra överträdelser i upphandlingsförfarandet, vilka medför att det inte kan anses finnas ett tillräckligt orsakssamband mellan just den överträdelse som leverantören åberopat och den skada som leverantören anser sig lida.²² Som mycket riktigt påpekades av en österrikiska regeringen i yttrande till EU-domstolen skulle en sådan ordning nämligen leda till att leverantören, för att styrka sin skada, skulle vara tvungen att systematiskt åberopa alla rättsstridigheter inom ett förfarande för att kunna göra sina rättigheter gällande.²³

GAT-avgörandet är också intressant då det fastställer att det inte finns något hinder för ett prövningsorgan att lyfta rättsstridigheter *ex officio*, dock under förutsättning att prövningsorganet, innan det tillkännager sitt avgörande, ger parterna möjlighet att yttra sig över de ifrågavarande rättsstridigheterna.²⁴ Det ska även noteras att generaladvokat Geelhoed i *GAT* konstaterar att den leverantör som uppfyller ett visst rättsstridigt krav inte kan anses lida skada av kravets rättsstridighet.²⁵

¹⁹ Mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Lochau*, EU:C:2005:5, punkten 40.

²⁰ Mål C-249/01, *Hackermüller*.

²¹ A.a. punkterna 27–28.

²² Mål C-315/01, *GAT*, EU:C:2003:360, punkt 54. Se även Dischendorfer, Martin, *The classification of selection criteria and the legality of ex officio interventions of review bodies in review procedures under the EC directives on public procurement: the GAT case*, P.P.L.R 2004, 2 NA39-46.

²³ Se generaladvokat Lenaerts A. Geelhoed, förslag till avgörande i mål C-315/01, *GAT*, EU:C:2002:573, punkt 44.

²⁴ Mål C-315/01, *GAT*, punkt 49.

²⁵ Generaladvokat Lenaerts A. Geelhoeds förslag till avgörande i mål C-315/01, *GAT*, punkt 46.

Av EU-domstolens avgörande i *Strabag* framgår att en prövning enligt rättsmedelsdirektiven inte får göras beroende av att den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till försummelse.²⁶ Detta även om det enligt nationell rätt finns en presumtion för försummelse då en överträdelse av upphandlingsrätten kan visas.²⁷

I *Fastweb* utvecklade domstolen den princip som slagits fast i *Hackermüller*.²⁸ I avgörandet fastställs ett viktigt undantag från principen om att en leverantör som rätteligen skulle ha uteslutits ur ett upphandlingsförfarande inte kan anses lida skada av brister i andra anbudsgivares anbud. När den sökande leverantören och den leverantör som talan avser är de enda anbudsgivarna som är kvar i upphandlingen kan det uppstå en situation där prövningsorganet skulle kunna finna att det inte längre finns några giltiga anbud kvar i upphandlingen. Under dessa förhållanden kan den sökande leverantören, trots att dess anbud rätteligen skulle ha förkastats, ändå anses lida skada eftersom ett förkastande av även det vinnande anbudet skulle innebära att upphandlingen rätteligen ska göras om och att leverantören därmed skulle ges en möjlighet att delta i en ny upphandling.²⁹

Fastweb-avgörandet har sedermera utvecklats i avgörandena *PFE, Boku Wien* samt *Archus*.³⁰ En anbudsgivare som, genom ett slutligt, lagakraftvunnet, beslut av den upphandlande myndigheten uteslutits ur ett upphandlingsförfarande, kan inte anses lida skada av brister i ett senare kommande tilldelningsbeslut även om anbudsgivaren då gör gällande att den tilldelade leverantören också skulle ha uteslutits och att förfarandet därmed rätteligen ska göras om.³¹

Är det istället fråga om ett prövningsförfarande där det som en skadeinvändning görs gällande att sökanden har brister i sitt anbud och därför ska förkastas, samtidigt som sökanden gör gällande att övriga anbud har brister och att det därför inte finns någon leverantör med vilken kontrakt kan tecknas, ska samtliga invändningar prövas i processen.³² Om domstolen vid en sådan prövning finner att det inte finns någon leverantör med vilken man kan teckna avtal ska den sökande leverantören anses lida skada eftersom upphandlingen inte längre kan avslutas genom att kontrakt tecknas.³³ Detta gäller oavsett hur många anbudsgivare det rör sig om, och bristerna behöver inte vara samma för

²⁶ Mål C-314/09, *Strabag*, EU:C:2010:567, punkt 39.

²⁷ A.a. punkterna 40–41.

²⁸ Mål C-100/12, *Fastweb*, EU:C:2013:448. För vidare analys av detta mål samt dess förhållande till EU-domstolens avgörande i *Hackermüller* se Olsson, Erik, *Ingen skada skedd – vad innebär EU-domstolens avgörande i Fastweb för tillämpningen av skaderekvisitet i svensk domstol?*, ERT 2013 3, s. 619 ff.

²⁹ Mål C-100/12, *Fastweb*, punkterna 28–33.

³⁰ Mål C-689/13, *PFE*, EU:C:2016:199; mål C-355/15, *Boku Wien*, EU:C:2016:988, och mål C-131/16, *Archus*, EU:C:2017:358.

³¹ Mål C-355/15, *Boku Wien* punkterna 30–33 och mål C-131/16, *Archus*, punkt 57.

³² Mål C-131/16, *Archus*, punkt 57–58.

³³ A.a. punkt 59.

samtliga anbudsgivare, så länge varje brist föranleder att det aktuella anbudet ska förkastas.³⁴

EU-domstolens uttalanden avseende skaderekvisitet vid överprövning av upphandling kan således summeras på följande sätt:

1. Det finns ett krav på kausalitet mellan den överträdelse och den skada leverantören gör gällande.
2. Den som avstått från att lämna anbud i en upphandling kan normalt inte anses lida skada av hur upphandlingen genomförts med mindre än att skälet till att leverantören avstod från att lämna anbud var att de överträdelser som leverantören gör gällande i förfarandet medfört att leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt får betraktas som försumbar.
3. En leverantör som rätteligen fått sitt anbud förkastat från ett upphandlingsförfarande kan inte lida skada av att ett annat anbud felaktigt antagits. Detta förutsätter emellertid att leverantören, i domstol, fått möjlighet att yttra sig över skälen till varför dess anbud skulle ha förkastats och att den sökande leverantören inte kan visa att samtliga leverantörer rätteligen skulle ha förkastats och att det därför inte är möjligt för myndigheten att avsluta upphandlingen genom att teckna kontrakt.

I nästa avsnitt kommer vi att gå igenom icke-bindande rättskällor och doktrin vad avser skada och orsakssamband vid överprövning av offentlig upphandling. Även om vi primärt är intresserade av skadebegreppet vid överprövning kan konstateras att de mest utvecklade skaderesonemangen på upphandlingsrättens område står att finna i skadeståndsrätten.

Vad avser Tribunalen är det viktigt att hålla i minnet att den är prövningsorgan för upphandlingar som genomförs av EU:s institutioner och att dessa formellt sett inte omfattas av upphandlings- eller rättsmedelsdirektiven. Tribunalens bedömningar vad avser skada utgår emellertid från EUF-fördraget och från de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar.³⁵ I denna egenskap kan de ge viss vägledning kring unionsrättens innehåll i avsaknad av mer tydliga bestämmelser eller uttalanden från EU-domstolen. Detsamma gäller för EFTA-domstolen vilken visserligen endast har jurisdiktion över EES-länderna men som tillämpar upphandlingsdirektiven och EU-domstolens avgöranden vid sina prövningar.

³⁴ Mål C-689/13, PFE, punkt 29.

³⁵ Se exempelvis T-199/14, Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen, EU:T:2015:820, punkt 178.

3. TRIBUNALEN, EFTA-DOMSTOLEN OCH DISKUSSION I EUROPEISK DOKTRIN

De rättsmedel Tribunalen har att tillgå i upphandlingsmål är framförallt möjligheten att ogiltigförklara ett rättsstridigt beslut som fattats av en upphandlande institution samt möjligheten att utdöma skadestånd för den skada som en enskild leverantör har lidit till följd av det rättsstridiga beslutet.

Tribunalens skadebedömning i upphandlingsmål aktualiseras främst i två olika sammanhang. För det första inom ramen för prövningen om en part har talerätt vid talan om ogiltigförklaring av beslut, och för det andra inom ramen för en skadeståndstalan som förs på grundval av institutionens överträdelse. I det senare fallet prövas frågan om skada inom ramen för en kausalitetsbedömning av överträdelsens påverkan på sökanden.

3.1 Skada i samband med talerätt och ogiltigförklaring

Talerätt i Tribunalen har varje fysisk eller juridisk person vad avser beslut som är riktat emot den, eller som direkt eller personligen berör den.³⁶ Tribunalen har i sin fasta praxis vidare uttalat att detta förutsätter att själva ogiltigförklaringen av rättsakten kan få rättsliga verkningar och kan medföra en fördel för den person som väckt den.³⁷ Ett sådant intresse ska vidare bestå fram till tidpunkten för domstolsavgörandet. Syftet med denna begränsning i talerätten är att Tribunalen inte ska kunna användas som ett organ för sakkunnigutlåtanden eller för att klargöra rent teoretiska frågor.³⁸

Motsvarande resonemang har förts av generaladvokat Kokott som framhåller att allmänna klagomål eller en talan från en sökande som uppenbarligen inte kan ha något hopp om framgång ska uteslutas.³⁹ Kokott framhåller emellertid att rätten att ansöka om ett prövningsförfarande om offentlig upphandling inte får begränsas i alltför hög grad och att det i synnerhet inte får ställas samma krav i fråga om ansökan om ett prövningsförfarande kan upptas till sakprövning och prövningen i sak. Det kan alltså inte vara fråga om att redan vid den tidpunkt då ansökan lämnas in kräva bevisning för att sökanden skadats eller riskerat att skadas. För rätten att lämna in ansökan om ett prövningsförfarande måste det i stället räcka att den berörde – utöver den upphandlande myndighetens rättsstridighet – på ett övertygande sätt hävdar sitt intresse av det aktuella

³⁶ Jfr artikel 263 fjärde stycket i EUF-fördraget samt mål T-183/00, *Strabag Benelux*, EU:T:2003:36, punkt 27.

³⁷ Se t.ex. mål T-392/15, *European Dynamics Luxembourg/kommissionen*, EU:T:2017:462, punkt 35 och där i angiven praxis.

³⁸ Mål T-392/15, *European Dynamics Luxembourg/kommissionen*, punkt 36.

³⁹ Förslag till avgörande i mål C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:167, punkterna 143–148.

kontraktet och att skada kan uppkomma. Kokott anger vidare att det kan antas att en skada kan uppkomma när det *inte är uppenbart att det kan uteslutas* att sökanden utan den upphandlande myndighetens påstådda rättsstridighet hade tilldelats kontraktet.

Tribunalen har i *European Dynamics Luxembourg mot kommissionen* uttalat att ett beslut om att utesluta den sökande anbudsgivaren och att tilldela kontrakt till tre andra anbudsgivare hade en sådan inverkan på den sökande anbudsgivaren att denna var taleberättigad. Tribunalen anförde att en ogiltigförklaring av det aktuella beslutet skulle innebära att institutionen skulle vara tvungen att genomföra en ny bedömning av sökandens anbud, vilket skulle kunna vara till fördel för sökanden, i synnerhet som det inte var uteslutet att sökanden skulle kunna tilldelas kontrakt i samband med en ny utvärdering.⁴⁰

I sin dom uttalar dock Tribunalen, till synes som ett led i frågan om tale rätt, att en ogiltigförklaring även skulle kunna förmå institutionen att göra erforderliga ändringar i framtida anbudsförfaranden.⁴¹ Tribunalen tar här upp en mer abstrakt, framtida, fördel som sökanden kan uppnå med en ansökan. Denna utgångspunkt utvecklas av Tribunalen i *Evropaiki Dynamiki mot EIB*, där domstolen anger att en sökande kan ha ett berättigt intresse av att få en sak prövad även om det kontrakt som beslutet grundar sig på fullbordats.⁴² Detta eftersom en sådan prövning kan förmå institutionen att göra erforderliga ändringar av framtida upphandlingar där liknande förhållanden uppstår, om det skulle fastställas att kraven i sin aktuella utformning strider mot vissa rättsliga bestämmelser.⁴³ I detta fall bör dock skillnaden mellan de regler som Tribunalen har att förhålla sig till och vad som gäller enligt rättsmedelsdirektiven särskilt framhållas. I rättsmedelsdirektiven finns nämligen en särskild bestämmelse som innebär att medlemsstaterna får föreskriva att ett lagstridigt beslut inte får överprövas efter det att avtal har ingåtts.⁴⁴ Vidare är prövningsförfarandena i rättsmedelsdirektivet begränsade till den som har *haft intresse av att få ingå ett visst avtal* vilket innebär att det kan ifrågasättas om hänsyn kan tas till potentiella framtida upphandlingar på det sätt som Tribunalen gör.

I *Direct Way* intog Tribunalen en lite strängare hållning och fann att en anbudsgivare som deltagit i ett annonserat förfarande, inte kan anses ha rätt att bestrida beslutet att inleda ett sådant förfarande, även om fråga är om ett förfarande som endast får tillämpas i vissa särskilda fall.⁴⁵ Tribunalen medgav emellertid att den sökande anbudsgivaren, vars anbud förkastats på grund av att ett annat anbud antagits efter jämförelse mellan anbud, hade rätt att få

⁴⁰ Mål T-392/15, *European Dynamics Luxembourg/kommissionen*, punkt 37.

⁴¹ A.a. punkt 37.

⁴² Mål T-461/08, *Evropaiki Dynamiki/EIB*, EU:T:2011:494.

⁴³ A.a. punkt 64.

⁴⁴ Direktiv 89/665 (konsoliderad version) artikel 2.7 andra stycket.

⁴⁵ Mål T-126/13, *Direct Way*, EU:T:2015:819, punkterna 25–29.

tilldelningsbeslutet, varigenom detta skedde, prövat. Denna prövning är inte beroende av att beslutet att förkasta dennes anbud ogiltigförklaras i särskild ordning.⁴⁶

Utöver den skadeprovning som sker vid fastställande av leverantörens talerätt sker också i vissa fall en skadebedömning i samband med prövningen av om den upphandlande institutionen gjort sig skyldig till en överträdelse som ska föranleda ogiltighet.

Exempelvis angav Tribunalen i *Evropaiki Dynamiki mot EIB* att ett kravs bristande transparens kunde leda till att vissa leverantörer gynnades, till skada för andra anbudsgivare och i synnerhet den sökande leverantören, vilket medförde att det skulle anses vara i strid med likabehandlingsprincipen.⁴⁷ Domstolen gick därefter vidare och ogiltigförklarade beslutet. I samma mål prövade Tribunalen omständigheten att bara *en* anbudsgivare fått möjlighet att ändra sitt anbud efter att anbudstiden gått ut, samtidigt som institutionen ändrade den relativa betydelsen av vissa tekniska och finansiella kriterier. Tribunalen konstaterade att den inte hade tillgång till sådana uppgifter som gjorde det möjligt att utesluta att de genomförda ändringarna snedvred resultatet av den efterföljande anbudsutvärderingen till skada för sökanden. Enligt domstolens uppfattning var det dock institutionen som hade bäst möjlighet att bevisa att så inte var fallet, varför osäkerheten avseende förändringarnas konsekvenser skulle ligga institutionen till last.⁴⁸ Domstolen godtog därför den sökandes uppfattning om att de ändringar som gjorts i vinnande anbudsgivares anbud och i anbudsförutsättningarna kan ha snedvridit anbuds förfarandet på ett sådant sätt att sökanden därmed berövades en reell möjlighet att tilldelas kontraktet.

I engelsk upphandlingsrätt har ett något strängare angreppssätt kommit att användas. Enligt detta måste en leverantör, för att ha talerätt, ha en ”*significant chance*” att vinna kontraktet, eller i de fall fråga är om beslut inom ramen för ett flerstegsförfarande, en ”*real or significant as opposed to fanciful*” möjlighet att gå vidare till nästa steg i förfarandet.⁴⁹ I samma anda har engelsk domstol funnit att en leverantör saknar talerätt när den upphandlande myndigheten kan visa att tilldelningsbeslutet inte fått en annan utformning utan den aktuella överträdelsen.⁵⁰

⁴⁶ A.a. punkterna 43–45. Se även mål T-114/06 R, Globe SA./kommissionen, EU:T:2006:221, punkt 30 samt T-183/00 Strabag Benelux mot Rådet, EU:T:2003:36, punkt 28.

⁴⁷ Mål T-461/08, Europaiki/EIB, punkt 150.

⁴⁸ A.a. punkt 181.

⁴⁹ *Letting international v London Borough of Newham* [2007] EWCA Civ 1522, punkt 20 samt *Mears v Leeds City Council (second judgement)* [2011] EWHC 1031 (TCC), punkt 2.06.

⁵⁰ *Lion Apparel Systems v Firebury* [2007] EWHC 2179 (Ch); [2008] Eu. L.R. 191 (Morgan J).

3.2 Bedömningen av skada inom ramen för skadeståndstalan

Vi har ovan sett att Tribunalens bedömningar vad avser skada i samband med fråga om talerätt och ogiltighet är förhållandevis förlåtande mot den sökande leverantören. I detta avseende skiljer bedömningarna sig markant från de bedömningar som Tribunalen gör i frågor om skadestånd, något som väl illustreras i ovan refererat mål *Evropaiki Dynamiki mot EIB*.

I målet hade Tribunalen funnit att institutionen fattat rättsstridiga beslut vars undanröjande skulle kunna vara till fördel för den sökande leverantören och att det inte gick att utesluta att institutionens rättsstridiga beslut medförde att sökanden berövats en reell möjlighet att tilldelas kontraktet.

Huruvida sökanden dessutom kunde anses lida sådan skada som ger upphov till skadeståndsskyldighet är emellertid en annan fråga. Tribunalen konstaterar att skadeståndsansvar kräver att det beslut som fattats av den klandrade institutionen ska vara rättsstridigt, att det ska föreligga en reell skada och att det ska finnas ett orsakssamband mellan beteendet och den åberopade skadan.⁵¹ Vidare anger Tribunalen att det är sökanden som, vid ett yrkande om skadestånd för det positiva kontraktssintresset, har bevisbördan för att denna faktiskt skulle ha tilldelats kontrakt om överträdelsen inte skett.⁵²

Tribunalen anger sedan att sökanden inte förmått visa att sökandens anbud med säkerhet borde ha rankats högst vid ett korrekt genomfört förfarande. Tribunalen tillägger dessutom att *även om detta hade kunnat visas*, så har den upphandlande institutionen inte någon skyldighet att avsluta en upphandling genom att teckna kontrakt. Under dessa förhållanden är det inte möjligt att fastställa ett orsakssamband mellan överträdelsen och den skada som sökanden åberopat, dvs. förlusten av kontraktet.⁵³

Bedömningen kan tolkas som att det, på grund av att det alltid står den upphandlande institutionen fritt att avbryta upphandlingen, i princip aldrig är möjligt att få bifall på ett yrkande om det positiva kontraktssintresset i sådana upphandlingsmål som Tribunalen har att pröva. Som Tribunalen emellertid konstaterar i *Vanbreda Risk & Benefits mot kommissionen* gäller inte denna princip i de situationer då det kan konstateras att den upphandlande institutionen faktiskt inte begagnat sig av denna möjlighet.⁵⁴

I *Afcon Management Consultants* finner Tribunalen att sökanden inte kan visa att den skulle ha tilldelats kontraktet eftersom den upphandlande institutionen hade ett visst utrymme för skönsmässig bedömning vid utvärderingen av anbu-

⁵¹ Mål T-461/08, *Evropaiki/EIB* punkt 209. Se även T-556/11, *European Dynamics Luxemburg/EUIPO*, EU:T:2016:248, punkt 264 och däri angiven praxis.

⁵² Mål T-461/08, *Evropaiki/EIB* punkt 211.

⁵³ A.a. punkterna 210–212.

⁵⁴ Mål T-199/14, *Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen*, punkt 199.

den.⁵⁵ Mot denna bakgrund kunde ingen ersättning för utebliven vinst utgå eftersom den uteblivna vinsten, om än mycket sannolik, inte kunde betraktas som faktiskt och säker utan hypotetisk.

Vad det är för typ av överträdelse som ligger till grund för ett skadeståndsyorkande har stor betydelse för frågan om det kan anses föreligga ett orsakssamband mellan överträdelsen och skadan. Exempelvis har Tribunalen i en serie avgöranden funnit att en bristande motivering avseende exempelvis anledningarna till att en anbudsgivare förkastats i sig inte medför att unionen ådrar sig skadeståndsansvar. En bristande motivering säger nämligen inget om huruvida själva beslutet som sådant bör ändras på ett sätt som medför att den sökande kunde, eller skulle, ha tilldelats kontrakt.⁵⁶ På motsvarande sätt förhåller det sig med en överträdelse som består i att den upphandlande institutionen inte tillställt sökanden en utvärderingsrapport i samband med att tilldelningsbeslut meddelats.⁵⁷

EFTA-domstolen uttalar i *Fosen-Linjen* att rättsmedelsdirektivet utgör ett hinder för nationella rättsordningar där det krävs att det fel som myndigheten har begått är av en viss kvalificerad art.⁵⁸ Som en följd av detta konstaterar domstolen att varken felets art eller frågan om vad som orsakat detsamma är av relevans för bedömningen om en myndighet kan bli skadeståndsskyldig. Således kan en myndighet bli skadeståndsskyldig för även små fel som begåtts i upphandlingssammanhang. Däremot konstaterar domstolen att en skadeståndstalan gentemot en myndighet måste uppfylla övriga nödvändiga krav, såsom att det ska finnas ett kausalsamband mellan felet och den påstådda skadan.⁵⁹

I frågan om rätten till skadestånd för det positiva kontraktsintresset, som det var fråga om i *Fosen-Linjen*, gäller det enligt domstolen att det går att konstatera att den sökande faktiskt har förlorat intäkter på grund av myndighetens fel. Sådana förluster kan enligt domstolens mening inte ha förelegat om leverantören aldrig hade möjlighet att faktiskt tilldelas kontraktet.⁶⁰

Domstolen konstaterar vidare att rättsmedelsdirektivet inte innehåller bestämmelser om bevisbördan i frågan om den skada som lidits. I enlighet med detta konstaterar domstolen att direktivet inte innebär hinder för nationella

⁵⁵ Mål T-160/03, *Afcon Management Consultants/kommissionen*, EU:T:2005:107, punkterna 113–114.

⁵⁶ Mål T-556/11, *European Dynamics Luxemburg/EUIPO*, punkt 266, mål T-300/07, *Evropaiki Dynamiki/kommissionen*, EU:T:2010:372, punkt 144 samt mål T-4/01 *Renco mot Rådet*, EU:T:2003:37, punkt 89.

⁵⁷ Mål T-495/04, *Belfass SPRL/rådet*, EU:T:2008:160, punkt 126–127.

⁵⁸ Mål E-16/16, *Fosen-Linjen*. Avgörandet saknar, som bekant, prejudicerande verkan inom EU, men i sammanhanget bör noteras att *Arrowsmith* antyder att EU-domstolen skulle argumentera på samma sätt, se *Arrowsmith*, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, vol 2, 3:e uppl., 2018, s. 1048.

⁵⁹ Mål E-16/16, *Fosen-Linjen*, punkt 82.

⁶⁰ A.a. punkt 91.

bestämmelser om placeringen av bevisbördan, så länge dessa inte innebär överträdelse av principerna om likvärdighet och effektivitet.⁶¹

Eftersom det aktuella målet rörde frågan om skadestånd för det positiva kontraktssintresset hade domstolen även att pröva frågan om en leverantör hade rätt till sådant om myndigheten avbröt upphandlingen istället för att ingå kontrakt. I detta avseende fann domstolen att det inte fanns något hinder i EFTA-rätten för en medlemsstat att ha nationella regler vilka undantar en leverantörs rätt till skadestånd om myndigheten kan visa att upphandlingen ändå skulle ha avbrutits. Enligt domstolen förutsätter en sådan ordning dock att den upphandlande myndigheten faktiskt hade laga grund för avbrytandet.⁶²

3.3 Särskild om loss of opportunity vid skadeståndstalan

Av Tribunalens uttalanden i *Evropaiki Dynamiki mot EIB* samt *Afcon Management Consultants* är det lätt att få intrycket att det i princip är omöjligt att få bifall för ett yrkande om det positiva kontraktssintresset i ett upphandlingsmål eftersom det, såvitt kontrakt inte redan tecknats, alltid kan göras gällande att den upphandlande institutionen har möjlighet att avbryta upphandlingen.

Att det förhåller sig på detta sätt har påpekats i doktrin, vari det understryks att det är nästintill omöjligt för en sökande att med hundraprocentig säkerhet bevisa att den hade tilldelats kontrakt om det inte vore för en viss påstådd överträdelse.⁶³ Detta gäller i synnerhet i upphandlingar med många anbudsgivare där det dessutom finns kvalitativa utvärderingskriterier som innehåller ett visst mått av subjektivitet vid bedömningen. Särskilt svårt är det naturligtvis vid otillåtna direktupphandlingar, där det överhuvudtaget inte går att säga vilket utfall ett hypotetiskt annonserat förfarande skulle få, men svårigheten gör sig gällande även vid annonserade förfaranden.

Mot bakgrund av de svårigheter som testet om en hundraprocentigt sannolik kontraktstilldelning medför, har begrepp såsom ”*loss of opportunity*” eller ”*loss of chance*” och ”*balance of probabilities*” börjat introduceras i både praxis och doktrin i medlemsstater inom EU.⁶⁴ ”*Loss of opportunity/chance*” innebär att det inte är nödvändigt att visa att den skadelidande anbudsgivaren hade vunnit tilldelningen av kontraktet om upphandlingen hade genomförts på ett korrekt sätt. Principen innebär istället att det är tillräckligt att den skadelidande

⁶¹ A.a. punkt 108.

⁶² A.a. punkt 110.

⁶³ Se bland andra Reich, Arie och Shabat, Oren, *The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform*, P.P.L.R. 2014, 2, s. 71–72; Henty, Paul, *A Note of Aquatron Marine v Strathclyde Fire Board*, P.P.L.R. 2008, 3, NA104–107 samt Leffler, Henrik, *Damages of Liability of breach of EC procurement law; governing principles and practical solution*, P.P.L.R. 2003, 4, s. 166–173.

⁶⁴ Se bl.a. Gilliams, Hans M., P.P.L.R., 1992, 4, *Effectiveness of European Community public procurement law after Francovich*.

anbudsgivaren kan visa att det, utan överträdelsen, fanns en verklig eller faktisk chans att kontraktet hade tilldelats denne för att kausalitet ska fastställas. Enligt Arrowsmith är ”*loss of chance*”-testet förenligt med rättsmedelsdirektivets krav på möjligheten till skadestånd vid överträdelser av det upphandlingsrättsliga regelverket.⁶⁵

Även Tribunalen verkar förorda ett sådant synsätt. Till en början, såsom exempelvis i *Evropaiki Dynamiki mot EIB* skedde detta genom att Tribunalen, i samband med avslag på yrkandet, påpekade att sökanden har yrkat ersättning för förlusten av ett kontrakt snarare än ”*förlusten av möjligheten att ingå kontrakt*”.⁶⁶ Denna typ av fingervisningar förekommer också i *Belfass SPRL mot Rådet*.⁶⁷

I *Vanbreda Risk & Benefits* nådde sökanden framgång med ett yrkande om skadestånd avseende den förlorade möjligheten att tilldelas kontraktet.⁶⁸ Sökanden lyckades inte visa att man med hundra procents sannolikhet skulle ha fått kontraktet men väl att man hade haft en mycket god chans att få kontraktet, om det inte vore för den upphandlande institutionens agerande. Efter att ha tagit hänsyn till en rad faktorer åberopade av parterna uppskattade Tribunalen denna chans till nittio procent.

I *European Dynamics Luxembourg mot EUIPO* utvecklade Tribunalen lite närmare vilka faktorer som kan beaktas då man har att beräkna skadans storlek utifrån perspektivet ”förlorad möjlighet att tilldelas kontrakt”.⁶⁹ Som framgår av Tribunalens uttalanden kan det bli en förhållandevis komplicerad övning som tar hänsyn till kontraktets värde och den nettovinst som sökanden kan antas göra på detta, värdet av eventuella optioner och sannolikheten för att dessa faller ut, utvärderingsmodellens komplexitet samt sannolikheten för ett gynnsamt utfall för just sökanden vid tillämpningen av denna.

Motsvarande räkneövningar förekommer i engelsk rätt där exempelvis en anbudsgivares chanser till att vinna kontraktet bedömdes uppgå till sjuttio procent, och därmed fick anbudsgivaren sjuttio procent av kontraktets värde i skadestånd.⁷⁰ I Frankrike däremot, som också tillämpar ett ”*loss of chance*” test där det

⁶⁵ Se Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement – Regulation in the EU and UK*, vol 2, 3:e uppl., 2018, s. 1051.

⁶⁶ Mål T-461/08, *Evropaiki/EIB*, punkt 210.

⁶⁷ Mål T-495/04, *Belfass SPRL./Rådet*, punkt 124.

⁶⁸ Mål T-199/14, *Vanbreda Risk & Benefits/kommissionen*, punkterna 194–199.

⁶⁹ Mål 556/11, *European Dynamics Luxembourg/EUIPO*, punkterna 274–282.

⁷⁰ Se Harmon CFEM Facades (UK) Ltd v The Corporate Officer of the House of Commons (1999) 67 Con. L.R. 1, HC. Se även Lichere, Francois, *Damages for violation of the EC public procurement rules in France*, P.P.L.R., 2006, 4, 176–177 och Dr Totis Kotsonis, *Case E-16/16, Fosen-Linjen AS and AtB: the question of whether damages claims should be limited to cases of a sufficiently serious breach, the burden of proof when seeking damages and the extent of the verification requirement at tender evaluation*, P.P.L.R. 2018, 2, NA60-NA69. Motsvarande system har även förordats av Michael Slavicek vad avser den svenska skadeståndsrätten, se *Damages for breach of the EC public procurement rules in Sweden*, P.P.L.R., 2006, 4, 233–240.

räcker att leverantören har en verklig möjlighet ("chance sérieuse") att tilldelas kontraktet för att skadestånd ska utgå, utgår i dessa fall full ersättning för det positiva kontraktsintresset. Som Lichere påpekat innebär detta i praktiken att kravet på orsakssamband efterges i den utsträckning som sökandens möjlighet att tilldelas kontrakt (exempelvis sjuttio procent) inte korresponderar med hundra procent ersättning.⁷¹ Trettio procent av den ersättning som sökanden tilldelas saknar i sådana fall orsakssamband och sökanden hamnar *de facto* i en bättre situation än om han hade deltagit i en rättsenlig upphandling.

Det mest utvecklade resonemanget kring skadans storlek vid ersättning för förlorad möjlighet för kanske Reich och Shabat som föreslår att det ska vara möjligt för en sökande att få ersättning även om deras möjlighet till vinst understiger femtio procent, och kanske till och med om den är så liten som en procent.⁷² Ersättningens storlek räknas fram genom att man utgår ifrån hundra procent av det positiva kontraktsintresset och sedan multiplicerar detta belopp med de olika osäkerheter som finns vad avser sökandens möjligheter att få kontraktet.

4. SAMMANFATTNING OCH REFLEKTIONER

Som vi har sett ovan härstammar det upphandlingsrättsliga skadebegreppet från rättsmedelsdirektivet och har kommit att utvecklas inom ramen för EU-domstolens praxis, där vissa huvuddrag går att utläsa. Det måste finnas ett kausalt samband mellan myndighetens påstådda fel och den skada leverantören anser sig ha lidit. Som en följd av detta kausalsamband kan en leverantör som inte lämnat anbud som regel inte anses lidit skada av det påstådda felet i upphandlingen, förutsatt att felet inte allvarligt påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt. Om så är fallet krävs det inte att leverantören lämnat anbud i upphandlingen för att denne ska anses uppfylla skaderekvisitet vid en ansökan om överprövning.

Enligt vår mening skulle en omvänd ordning innebära onödiga merkostnader, då leverantörer vilka på grund av otillåtna krav inte kan komma ifråga för anbudsgivning ändå skulle tvingas lämna anbud bara för att på så sätt kunna föra en överprövningsprocess. En sådan, omvänd, ordning bidrar knappast heller till att uppfylla rättsmedelsdirektivets syfte, det vill säga att säkra en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven.

Kravet på att en leverantör måste ha lämnat anbud, eller i vart fall ha begränsats i sin möjlighet att lämna anbud på grund av myndighetens otillåtna krav,

⁷¹ Lichere, Francois, *Damages for violation of the EC public procurement rules in France*, P.P.L.R., 2006, 4, 176–177.

⁷² Se Reich, Arie och Shabat, Oren, *The remedy of damages in public procurement in Israel and the EU: a proposal for reform*, P.P.L.R. 2014, 2, s. 50–77.

stämmer vidare väl överens med vad exempelvis Tribunalen uttalat om att domstolarnas roll i upphandlingssammanhang inte är att agera organ för sakkunnigutlåtanden eller för att klargöra rent teoretiska frågor. Det är även i linje med rättsmedelsdirektivets krav på att medlemsstaterna ska säkerställa att leverantörer som har eller har haft ett intresse att ingå avtal har tillgång till upphandlingsrättsliga prövningsförfaranden.

Vidare kan en leverantör, vars anbud förkastats, i vissa fall lida skada av att samtliga andra leverantörers anbud också borde ha förkastats.

Tribunalen tillämpar ett förhållandevis förlåtande skaderekvisit vad avser frågan om talerätt. Den sökande leverantören ska visa att den har ett intresse av att få det påstått rättsstridiga beslutet undanröjt, i den bemärkelsen att ett sådant undanröjande åtminstone hade ökat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt. Tribunalen har härvid underkänt leverantörers påståenden om att denne ska anses lida skada av en myndighets val av ett visst förfarande, när leverantören ifråga har deltagit i förfarandet.

Inom ramen för en skadeståndsprövning har Tribunalen fastslagit att vissa typer av överträdelse, såsom exempelvis bristande motivering av ett tilldelnings- eller uteslutningsbeslut, inte är sådana att de i sig kan föranleda skada. Vid yrkanden om ersättning för det positiva kontraktsintresset kan konstateras att det ofta är mycket svårt, för att inte säga omöjligt, att styrka kausalitet mellan en överträdelse och en sålunda definierad skada. Detta eftersom det då ankommer på sökanden att med hundra procents säkerhet visa att denne skulle ha tilldelats kontraktet om det inte vore för överträdelsen. Av denna anledning har såväl Tribunalen som vissa av de europeiska nationella domstolarna börjat utge ersättning för ”den förlorade möjligheten att tilldelas kontrakt” snarare än för själva kontraktstilldelningen. För att upprätthålla ett adekvat orsakssamband mellan överträdelse och skada i sådana fall krävs emellertid att det positiva kontraktsintresset multipliceras med den sökande leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet.

Som vi kommer att se i nästa krönika kan det göras gällande att svenska förvaltningsdomstolars syn på skadebegreppet ligger närmare den bedömning som Tribunalen gör vid frågan om talerätt än den strängare bedömning som görs när fråga är om utdömande av skadestånd. Det finns anledning att undersöka huruvida detta är en lämplig ordning samt om det, inom ramen för de unionsrättsliga begränsningar som skisserats ovan, finns utrymme för en alternativ, och eventuellt strängare, syn på det upphandlingsrättsliga skadebegreppet inom ramen för en överprövning.

