

Skada

– om skadebegreppet i mål om överprövning
av offentlig upphandling

På Advokatfirman Kahn Pedersen ser vi det som en naturlig del i vår roll som specialistbyrå att delta i den akademiska debatten för att bidra till att föra fram och utveckla särskilt svåra rättsfrågor inom våra specialisterområden. Ett led i detta arbete är denna skriftserie som kommer ut med två till fyra nummer per år. Tanken med skriftserien är att lite mer djupgående utreda aktuella och mer komplicerade rättsfrågor, som vi märker är av intresse för våra klienter och samhället i stort.

Målsättningen är att vårt arbete med rapporterna ska komma inte bara våra klienter och samarbetspartners till del, utan även ska kunna bidra till utvecklingen av de rättsområden som är våra specialisterområden. Därför tillhandahålls alla nummer av skriftserien kostnadsfritt på vår webbplats under en Creative Commons Erkännande-Inga Bearbetningar 4.0 Internationell Licens, vilket möjliggör mångfaldigande och spridning av materialet förutsatt att inga ändringar görs och att källan anges.

Ämnet för denna rapport, som har nummer 2019:1, är skadebegreppet i överprövningsmål.

1. INLEDNING	4
Varför en rapport om skada?.....	4
Disposition.....	4
2. LAGBESTÄMMELSER OCH PRAXIS	5
Direktivets och LOU:s bestämmelser.....	5
Nuvarande bestämmelser.....	8
EU-domstolens praxis.....	9
Sammanfattning och reflektion.....	12
Högsta förvaltningsdomstolen.....	13
Kammarrätterna.....	18
Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om likabehandling.....	19
Särskilt om s.k. cirkelskaderesonemang.....	25
Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om öppenhet (transparens).....	28
Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principen om proportionalitet.....	31
Skadebedömningen när den upphandlande myndigheten tillämpat fel typ av förfarande.....	34
Skadebedömningen vid överträdelser av diverse formaliabestämmelser.....	35
Skada vid ogiltighet av avtal.....	39
Sammanfattning och reflektion.....	42
3. VARFÖR SER SKADEBEDÖMNINGEN UT SOM DEN GÖR?	44
Har förvaltningsprocessens allmänna karaktär kommit att påverka skadebedömningen i upphandlingsmålen?.....	44
Vem ska rättsmedlen skydda?.....	46
Domstolens val av påföljd och dess koppling till skada.....	47
<i>Fastweb</i> och cirkelresonemang.....	48
Bevisbörda och skada.....	51
Upphandlande myndighets skadeinvändningar under processen.....	54
4. FÖRSLAG TILL EN NY BEDÖMNING	59
Inledning.....	59
Användning av föreslagen metod i vissa typsituationer.....	59
Inledning.....	59
Leverantören har fått sitt anbud förkastat och vill få det utvärderat.....	59
Skada när leverantören anser att andra anbud ska förkastas.....	61
Skada om den upphandlande myndigheten ansetts bryta mot principerna om öppenhet (transparens) eller proportionalitet.....	61
Skadebedömningen när den upphandlande myndigheten tillämpat fel förfarande.....	62
Skadebedömningen vid överträdelser av diverse formaliabestämmelser.....	63
5. AVSLUTANDE KOMMENTARER	64
Om Advokatfirman Kahn Pedersen.....	66

1. Inledning

Varför en rapport om skada?

En förutsättning för att en förvaltningsdomstol ska kunna ingripa mot en upphandling är att den sökande leverantören har lidit skada av den överträdelse som leverantören gör gällande. Trots detta har frågan om skadebegreppets innebörd behandlats sparsamt i doktrinen. Därtill, som vi kommer att kunna konstatera i denna rapport, tillämpar domstolarna skaderekvisitet på olika sätt och i skiftande utsträckning.

Denna rapport avser först och främst att ge en övergripande bild av praxis från EU-domstolen och Högsta domstolen vad avser skadebegreppet samt att redogöra för hur frågan behandlats i kammarrätterna. Mot bakgrund av denna redogörelse kommer vi sedan att föreslå en alternativ metod för att tillämpa skaderekvisitet i mål om överprövning av upphandling.

Vår förhoppning är att denna rapport ska kunna bidra till en mer enhetlig tillämpning av skadebegreppet hos förvaltningsdomstolarna vilket vi i förlängningen tror kan leda dels till en större förutsebarhet i överprövningsmål, dels till ett ökat förtroende för upphandlingslagstiftningen i allmänhet och överprövningsinstitutet i synnerhet.¹

Disposition

Denna rapport inleds i avsnitt 2 med en kort redogörelse för gällande lagbestämmelser och hur dessa har tolkats i praxis från EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen. Avsnittet innehåller därtill en relativt omfattande redogörelse för hur skaderekvisitet har tillämpats av de svenska kammarrätterna. Mot bakgrund av hur domstolarna i praktiken har förhållit sig till skadebegreppet framställs i avsnitt 3 författarnas reflektioner kring detta och vilka slutsatser som kan dras av detta. Avslutningsvis ger vi i avsnitt 4 ett förslag på hur skadedömningar i överprövningsmål i stället skulle kunna göras samt tillämpar detta förslag på en serie typsituationer.

¹ Författarna till denna rapport har även diskuterat skadebegreppet i en serie krönikor i Europarättslig tidskrift se Tankar om skada i upphandlingsrätt del 1-3, ERT 2018, häfte 3 och 4 samt ERT 2019, häfte 1.

2. Lagbestämmelser och praxis

Direktivets och LOU:s bestämmelser²

Det upphandlingsrättsliga skadebegreppet kommer från det s.k. rättsmedelsdirektivet.³ Direktivet syftar till att säkerställa att unionens direktiv om upphandling verkligen tillämpas, särskilt på ett stadium där överträdelserna ännu kan rättas till.⁴ 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 tillämpning av direktiv om samordning av förfaranden för offentlig upphandling.⁵

Själva skadebegreppet återfinns i direktivets artikel 1 punkten 3 med 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, som till stor del liknar den som finns i LOU, 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 överträdelser.

I och med införandet av 1992 års LOU blev det för första gången möjligt att överpröva beslut om upphandling i Sverige. I samband med det uppstod en diskussion om vilken domstol som lämpligen borde handlägga mål om överprövning av upphandling.

Regeringen ansåg att överprövningarna skulle placeras hos de allmänna förvaltningsdomstolarna medan skadeståndsmålen skulle

2 Av presentationstekniska skäl hänvisas genomgående i denna rapport till lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Det ska dock noteras att bestämmelserna om överprövning i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUF5) samt lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK) är i allt väsentligt likalydande. Vad som i denna rapport sägs om överprövning enligt LOU har därför samma giltighet vad avser LUF, LUF5 och LUK.

3 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).

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

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

hanteras av de allmänna domstolarna, eftersom en sådan uppdelning innebar ett vidmakthållande av den tradition av uppdelning av måltyper mellan allmän domstol och allmän förvaltningsdomstol som dittills gällt i Sverige och föreslog därför den ordning som riksdagen senare beslutade om, dvs. att "[...] överprövningen av beslut under upphandlingen bör handhas av allmän förvaltningsdomstol och skadeståndsfrågorna av allmän domstol"⁶. Som kommer att framgå av denna rapport är det vår uppfattning att allokeringen av överprövningsmål till allmän förvaltningsdomstol har kommit att påverka hur skaderekvisitet har tolkats och tillämpats i Sverige.

Den närmare frågan om vad skadebegreppet ska ges för innehåll i överprövningsmål berördes endast kortfattat i förarbetena till 1992 års LOU, såtillvida att följande uttalades i specialmotiveringen till 6 kap. 1 § i den lagen:

*"Bestämmelsen i första stycket riktar sig främst till den leverantör som finner att en pågående upphandling sker på ett sådant sätt att han inte kan delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt. Exempel på sådana situationer kan vara att annonserna är så utformade att de utesluter från deltagande, eller att de kvalifikationskrav som den upphandlande enheten valt att tillämpa formulerats på ett sådant sätt att någon reell anbudstävlan inte kan uppkomma. Den som är berättigad att påtala ett missförhållande är den som antingen lidit skada eller kan komma att lida skada. Det i praktiken vanligaste fallet kan förmodas bli att en ansökan om rättelse görs redan när man riskerar att lida skada. Avsikten bakom bestämmelsen är nämligen att man skall kunna angripa en feltillämpning på så tidigt stadium att det skall vara möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommer."*⁷

Enligt 1992 års LOU, i dess ursprungliga utformning, var det inte möjligt att överpröva upphandlingar efter det att beslut om leverantör hade fattats.⁸ Det var således endast i undantagsfall som det vid tillfället för överprövningen var möjligt att bedöma huruvida den sökande leverantören faktiskt kunde lida skada av den påstådda överträdelsen, exempelvis genom att få sitt anbud förkastat eller på annat sätt gå miste om att tilldelas kontrakt. Innan beslut om leverantörerna fattats kunde det normalt på sin höjd konstateras att en viss överträdelse medförde risk för skada för den sökande leverantören. Först 1998 ändrades bestämmelsen så att överprövning var möjlig fram till dess att avtal slutits, dvs. den reglering som framgick av rättsmedelsdirektiven.⁹

Rättsmedelsbestämmelserna från 1992 års LOU överfördes i sak oförändrade till 2007 års upphandlingslag.¹⁰ I och med 2010 års rättsmedelsreform infördes en möjlighet för leverantörer att under vissa

6 Prop. 1992/93:88, s 45–47.

7 Prop. 1992/93:88, s. 101.

8 A.a.

9 Prop. 1996/1997:153, s. 75-76. Ändringen kom sig av att Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 1996 ref. 50 funnit att den tidigare lydelsen stod i strid med rättsmedelsdirektiven och att rättsmedelsdirektivens lydelse därför skulle ha företräde.

10 SFS 2007:1091 och 2007:1092, prop. 2006/07:128.

omständigheter ansöka om överprövning av ett avtals giltighet.¹¹ Intressant att notera är att den svenska lagstiftaren, utan närmare motivering, valde att inte ha något skaderekvisit för bifall till en ogiltighetstalan vid överprövning av en direktupphandling. Vid en ogiltighetstalan avseende ett avtal som ingåtts i strid med en avtalsspärr finns dock ett skaderekvisit som motsvarar det som gäller för överprövning av upphandling. Det samma gäller om det är fråga om ogiltigförklaring av ett avtal som tecknats efter en förnyad konkurrensut-sättning från ett ramavtal.¹²

En i huvudsak obearbetad överföring av tidigare bestämmelser skedde sedan vid införandet av 2016 års upphandlingslagar.

En fråga med viss koppling till skadebegreppet är den om rättens förordnande vid bifall till en ansökan om överprövning. Allt sedan 1992 års LOU har rätten haft att välja mellan ett förordnande om att upphandlingen ska rättas på visst sätt eller ett förordnande om att upphandlingen ska göras om. I rättsmedelsdirektiven anges endast att otillåtna beslut ska undanröjas och det finns ingen närmare förklaring i förarbetena till 1992 års LOU till varför Sverige har valt denna ordning.¹³ Uppdelningen mellan rättelse och göra om har kvarstått oförändrad och som vi redogör för i denna rapport kan den ordningen i viss mån ha påverkat domstolarnas syn även på skaderekvisitet.¹⁴ I Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2008 not 26 anförde justitierådet Nord bland annat följande till utveckling av sin mening i frågan om rättens val av påföljd.

”De åtgärder som enligt nyss nämnda lagrum står till domstolens förfogande är att förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. Om ett fel är hänförligt till det inledande skede under en upphandling när den upphandlande enheten öppnar upphandlingen för konkurrens har det ansetts att valet mellan de två åtgärderna i normalfallet bör bli att upphandlingen ska göras om, eftersom en rättelse i enskilt fall lätt kan medföra att fel uppkommer i andra delar av upphandlingen. Rättelse kan dock anses vara en lämplig åtgärd när anbudsvärderingen gjorts på ett felaktigt sätt (se Hentze/Sylvén, Lagbokscommentaren 1998 s. 352). Om det fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen alltså normalt göras om (jfr RÅ 1999 ref. 12). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas kan vara att det fel som förekommit inte påverkat detta skede (jfr RÅ 2005 ref. 47).”

Som vi kommer att visa i denna rapport har dessa överväganden vid domstolens val av påföljd också kommit att påverka hur skadebedömningen görs.

11 Prop. 2009/10:180.

12 Jfr. 20 kap. 13 § LOU.

13 Se artikel 2.1b i direktiv 89/665/EEG respektive 92/13/EEG.

14 Se Ds 2009:30 s. 164-167 samt prop. 2009/10:180 s. 148-150.

Nuvarande bestämmelser

I nuvarande LOU¹⁵ återfinns tre bestämmelser som innehåller någon form av skaderekvisit för överprövning. Det första skaderekvisitet framgår av 20 kap. 4 § LOU och reglerar frågan om talerätt.

"Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

- 1. en upphandling, och*
- 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör."*

Det andra framgår av 20 kap. 6 § LOU och reglerar vad som krävs för rättens ingripande vid överprövning av upphandling.

"Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts."

Det tredje framgår slutligen av 20 kap. 13 § LOU och reglerar vad som krävs för rättens ingripande vid överprövning av avtals giltighet.

"Rätten ska besluta att ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör är ogiltigt, om avtalet har slutits

- 1. utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1, 2 eller 3 §, 18 kap. 2 § eller 19 kap. 9 § när det inte har varit tillåtet att använda direktupphandling enligt 19 kap.,*
- 2. efter en förnyad konkurrensutsättning inom ett ramavtal enligt 7 kap. 7 eller 8 § samt 9 § utan att de villkor har följts som framgår av de paragraferna eller av det ramavtal som ligger till grund för konkurrensutsättningen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, eller*
- 3. enligt ett dynamiskt inköpssystem utan att de villkor som anges i 8 kap. 10 eller 12 § har följts och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada."*

LOU:s uppdelning i två skaderekvisit (ett för talerätten och ett för domstolens ingripande) återfinns inte i upphandlingsdirektiven.

¹⁵ Lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

EU-domstolens praxis

Som beskrivits ovan framgår det av rättsmedelsdirektivets ordalydelse att det ska finnas någon form av orsakssamband mellan en viss överträdelse och den skada som den sökande leverantören anser sig lida. Detta framgår också av två tidiga avgöranden från EU-domstolen där domstolen bekräftade 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 ska ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som han eller hon gör gällande.¹⁶

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 fråntas sin rätt att överpröva en senare tilldelning av kontrakt i den aktuella upphandlingen.¹⁷

I avgörandet formulerade EU-domstolen också följande huvudregel:¹⁸

"[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."

Regeln förefaller 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 får betraktas som försumbar på grund av de påstått diskriminerande kraven i anbudsinfordran, 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 anbudsinfordran direkt och innan det att upphandlingsförfarandet har avslutats.¹⁹ Försummar leverantören denna möjlighet anses leverantören emellertid inte ha rätt att ansöka om överprövning av ett senare meddelat tilldelningsbeslut.

EU-domstolen har vidare avgjort ett mål där en av frågorna var om

16 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.

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

18 A.a. punkt 27.

19 Mål C-230/02, *Grossman Air Service*, punkterna 28–29.

italiensk rätt var förenlig med rättsmedelsdirektivet.²⁰ 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 leverantören 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".

EU-domstolen angav att de prövningsförfaranden som föreskrivs i rättsmedelsdirektivet kan åberopas "av var och en" som har intresse av att tilldelas kontrakt i en viss offentlig upphandling. Vidare angavs att ett deltagande i anbuds-förfarandet i princip kan utgöra ett villkor för att företaget ska anses ha befogat intresse eller riskerar att skadas och att den som inte ingett något anbud svårligen kan visa intresse eller skada.²¹ Som ett undantag från denna huvudregel uttalade dock EU-domstolen att en leverantör kan ha rätt till en rättslig prövning, även utan att ha lämnat anbud, om leverantören anser att specifikationerna i upphandlingen gjort det omöjligt att utforma ett anbud.²² En sådan talan kan väckas efter det att den upphandlande myndigheten fattat beslut om tilldelning av ett kontrakt.²³ Eftersom en leverantör som inte lämnat anbud bara i undantagsfall har rätt till en prövning, krävs det att leverantören ska visa att villkoren i upphandlingen gjort det omöjligt att utforma ett anbud.²⁴ EU-domstolen uttalade att det var tillåtet att, genom nationell lagstiftning, hindra en leverantör från att väcka talan mot en upphandling som leverantören beslutat att inte delta i, eftersom reglerna för förfarandet gör det mycket osannolikt att den tilldelas kontraktet. Det ankom dock på den nationella domstolen att bedöma huruvida den konkreta tillämpningen av lagstiftningen påverkade rätten till ett effektivt domstolsskydd för de berörda leverantörerna.

I *Stadt Halle* förtydligade EU-domstolen att det vid direktupphandling inte krävs någon formell ställning som anbudsgivare för att en leverantör ska ha rätt att 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 överträdelser, vilken i *Stadt Halle* bestod i avsaknaden av annonsering av den aktuella upphandlingen.²⁵

I *Hackermüller* slog domstolen fast att en anbudsgivare som begär överprövning inte kan nekas tillträde till ett prövningsförfarande bara för att

20 Se mål C-328/17, *Amt Azienda Trasporti e Mobilità m.fl.*, EU:C:2018:542.

21 Se punkt 44–46 i domen.

22 A.a. punkt 51.

23 A.a. punkt 52.

24 A.a. punkt 53.

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

den inte uppfyller samtliga ska-krav. Däremot kan själva prövningen av anbudsgivarens talan i och för sig resultera i att dennes anbud borde ha förkastats och att talan därför ska avvisas på grund av att anbudsgivaren inte har skadats eller riskerat att skadas av den påstådda överträdelsen. Det viktiga, enligt EU-domstolen, är att anbudsgivaren ges en möjlighet att ifrågasätta grunden för att dess anbud ska förkastas.

Av *GAT* följer vidare att kravet på kausalitet mellan upphandlingsfel och skada inte kräver att leverantören behöver åberopa samtliga brister som kan ha förelegat i upphandlingen.²⁶

GAT-avgörandet är också intressant eftersom det fastställer att det inte finns något hinder för en domstol att lyfta rättsstridigheter *ex officio* (dvs. utan yrkande från part), under förutsättning att domstolen ger parterna möjlighet att yttra sig.²⁷ Det ska även noteras att generaladvokat Lenaerts A Geelhoed i *GAT* konstaterar att den leverantör som uppfyller ett visst rättsstridigt krav inte kan anses lida skada av kravets rättsstridighet.²⁸

I *Fastweb* utvecklade domstolen den princip som fastslagits i *Hackermüller*.²⁹ 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 domstolen 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 ny möjlighet att delta i en ny upphandling.³⁰

Fastweb-avgörandet har sedermera utvecklats i avgörandena *PFE*, *Boku Wien* samt *Archus*.³¹ 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 tilldelningsbeslut även om anbudsgivaren då gör gällande att den tilldelade leverantören också skulle ha uteslutits och att förfarandet därmed rätteligen ska göras om.³²

26 Mål C-315/01, *GAT*, EU:C:2003:360, punkt 54. Se även Dischendorfer, *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.

27 Mål C-315/01, *GAT*, punkt 49.

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

29 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, *Ingen skada skedd – vad innebär EU-domstolens avgörande i Fastweb för tillämpningen av skaderekvisitet i svensk domstol?*, ERT 2013 3, s. 619 ff.

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

31 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.

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

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

1. Det finns ett krav på kausalitet mellan den överträdelse som leverantören gör gällande och den skada som leverantören gör gällande.
2. Den som avstått från att lämna anbud i en upphandling kan normalt inte anses lida skada av hur upphandlingen genomförts om inte 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 förkastats och att den sökande leverantören inte kan visa att samtliga anbudsgivares anbud rätteligen skulle ha förkastats och att det därför inte är möjligt för myndigheten att avsluta upphandlingen genom att tilldela kontrakt.

SAMMANFATTNING OCH REFLEKTION

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 ha lidit skada av det påstådda felet i upphandlingen, förutsatt att felet inte 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.

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 rättsmedelsdirektivens syfte, dvs. att säkra en effektiv tillämpning av upphandlingsdirektiven.

Kravet på att en leverantör som regel måste ha lämnat anbud 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.

I dessa fall har dock EU-domstolen ställt upp vissa processuella hinder för när en sådan invändning kan göras.

Högsta förvaltningsdomstolen

Inledningsvis kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen endast i begränsad omfattning har behandlat frågan om hur skada ska bedömas i överprövningsmål.

I avgörandet RÅ 2009 ref. 69 instämde Högsta förvaltningsdomstolen i kammarrättens bedömning att en leverantör kunde anses lida skada av att en annan leverantörs anbud antagits trots att det inte uppfyllde samtliga ska-krav. Intressant i målet är att myndigheten i målet gjort invändning om att inte heller det sökande bolaget, vid en sådan tolkning av ska-kravet som det sökande bolaget gjorde gällande, skulle kunna anses uppfylla ställt ska-krav. Trots detta fann kammarrätten att det sökande bolaget *"i vart fall riskerat lida skada"*. Kammarrätten utvecklade inte hur den kom till detta slut utan det är lätt att få intrycket att redan det faktum att myndigheten antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav leder till skada för den sökande leverantören.

Högsta förvaltningsdomstolen instämde även i kammarrättens bedömning i RÅ 2010 ref. 97. Frågan i målet var om det är förenligt med LOU att i ett och samma ramavtal kombinera två avropsmodeller trots att dessa delvis var överlappande. Högsta förvaltningsdomstolen gjorde överhuvudtaget ingen skadebedömning i målet utan angav följande:

"Eftersom upphandlingen har skett i strid med LOU ska upphandlingen, i likhet med vad kammarrätten och länsrätten har kommit fram till, göras om."

Inte heller kammarrätten nämnde något om en skadebedömning. I länsrättens dom angavs endast att *"[d]en kombination av ramavtal som upphandlingsbolaget har använt för upphandlingen är således inte förenlig med lagens krav. Sökandena måste härigenom anses ha orsakats sådan skada att skäl finns för att besluta att upphandlingen ska göras om"*.

Det förefaller således i princip inte behöva ske någon skadebedömning i de fall då det föreligger ett fel som är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det ska dock noteras att ansökningarna om överprövning i målet inkom innan tilldelningsbeslut meddelats, något som möjligen påverkade skadebedömningen, om än inte uttalat. Intrycket av att det finns en presumtion för skada vid fel i det konkurrensuppsökande skedet förstärks av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2012 ref. 48 II där domstolen hade att pröva om den tid för implementering som medgavs den vinnande leverantören i en upphandling var tillräckligt lång för att göra det möjligt för andra än befintlig leverantör att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen angav följande:

"Även med beaktande av att en anbudsgivare har att vidta förberedande åtgärder under anbudstiden – och att upphandlingen föregåtts av en tidigare upphandling – framstår tiden mellan avtalets tecknande och första avtalsdag som alltför kort och oförenlig med de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Bristen kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Överklagandet ska således bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om."

Det framgår således överhuvudtaget inte att Högsta förvaltningsdomstolen gjort någon skadebedömning i förhållande till sökanden. Kanske påverkades Högsta förvaltningsdomstolen av att den sökande leverantören inte lämnat något anbud i upphandlingen och förutsatte att detta berodde på att den inte hade möjlighet att leverera, på grund av den korta implementeringstiden. Å andra sidan var detta inte obesträtt och kammarrätten, som avtog sökandens yrkande, framhöll att sökanden inte utvecklat på vilket sätt den aktuella fristen gjort det omöjligt för sökanden att lämna anbud. Mot bakgrund av att frågan om skada var uppe i målet är det underligt att Högsta förvaltningsdomstolen överhuvudtaget inte nämnde skada i sitt avgörande och det är svårt att skilja sig från intrycket att Högsta förvaltningsdomstolen presumerat skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet.

Detta skulle emellertid komma att ändras. I HFD 2013 ref. 53 hade den sökande leverantören deltagit i ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Efter att kontrakt tilldelats en annan anbudsgivare yrkade den sökande leverantören att upphandlingen skulle göras om på den grunden att myndigheten inte hade haft rätt att tillämpa ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Av vad som framgår av förvaltningsrättens och kammarrättens domar synes det knappt, om ens alls, ha förts någon argumentation om hurvida den sökande leverantören lidit skada av myndighetens val av ett förhandlat förfarande. Förvaltningsrätten, vars bedömning kammarrätten instämde i, angav endast, efter att ha konstaterat att ett förhandlat förfarande inte var motiverat, att "[e]ftersom [den sökande leverantören] sannolikt har lidit skada av kommunens agerande ska upphandlingen göras om".

Mot bakgrund av hur Högsta förvaltningsdomstolen i ovan redovisade avgöranden behandlat frågan om skada framstod underinstansernas avgöranden inte som särskilt förvånande. Redan i sin uppsläppande mening klargjorde emellertid Högsta förvaltningsdomstolen att domstolens intresse för målet inte grundade sig i den materiella frågan om när det aktuella förfarandet får användas, utan snarare om hur skaderekvisitet vid överprövning ska tillämpas. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande innehöll domstolens mest utvecklade skaderezonemang dittills.

"Fyra anbudsgivare deltog i det förhandlade förfarandet, varav bolaget var en. I ansökningen om överprövning – som ingavs efter det att

förfarandet slutförts och bolaget förlorat upphandlingen – framförde bolaget invändningar som bl.a. tog sikte på dels valet av förfarande, dels hur förfarandet genomfördes. Bolaget anförde att varken bolaget eller någon av de övriga anbudsgivarna fått möjlighet att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud och att det därmed fick anses att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolaget inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Inte heller har bolaget konkretiserat på vilket sätt övriga påstådda brister har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Mot den bakgrunden saknas anledning att göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för den upphandlande myndigheten att välja förfarande.”

Även om HFD 2013 ref. 53 inte avgjordes av rätten i sin helhet förefaller avgörandet avvika från tidigare lagtolkning. Enligt det synsätt som etableras i HFD 2013 ref. 53 förefaller det exempelvis som om avgörandet RÅ 2010 ref. 97 rätteligen skulle ha föregåtts av en mer extensiv prövning av hur en anbudsgivare lider skada av att en upphandling avser ett ramavtal med kombinerade avropsmodeller. En tolkning som möjligen får Högsta förvaltningsdomstolens praxis att framstå som mer konsekvent är att domstolen tillämpar olika skadebedömningar beroende på om tilldelningsbeslut meddelats eller inte, alternativt beroende på om den sökande leverantören inkommit med anbud eller inte. Det finns också en viss logik i ett sådant synsätt. När en leverantör deltagit i en offentlig upphandling och först när tilldelningsbeslut meddelats framställer invändningar mot upphandlingens utformning finns det kanske särskild anledning att ifrågasätta om leverantören verkligen lidit skada av den påstådda överträdelsen eller om den endast åberopar alla felaktigheter som den kan identifiera i hopp om att upphandlingen ska göras om, för att därmed få en ny möjlighet att inkomma med anbud. Om leverantören däremot, såsom verkar ha varit fallet i RÅ 2010 ref. 97, framställer en invändning mot en upphandling redan innan tilldelningsbeslutet meddelats finns det kanske större anledning att sätta tilltro till leverantörens påstående om att den lider skada av överträdelsen.³³ Möjligen är det denna skillnad som föranlett att Högsta förvaltningsdomstolen tillämpat ett förhållandevis strikt skaderesonemang i HFD 2013 ref. 53 medan domstolen till synes presumerat skada i RÅ 2010 ref. 97.

I avgörandet HFD 2015 ref. 63 fann domstolen att en upphandlande myndighet hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att under en förhandling ge anbudsgivarna uppgifter om hur mycket respektive anbudspris måste sänkas för att kunna tilldelas kontrakt. Domstolen konstaterar, utan närmare motivering, att ett sådant förfarande varit till skada för den leverantör som inte tilldelats kontrakt.

Ett omdiskuterat avgörande är Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37. I målet hade en upphandlande myndighet

33 Jfr i detta fall Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6098-18.

genomfört ett öppet förfarande och antagit ett anbud trots att anbudet inte uppfyllde ett av upphandlingens ska-krav, nämligen att för angivna referensuppdrag redovisa ungefärlig årsomsättning. Den upphandlande myndigheten anförde att den av övrig information i anbudet kunde bedöma att den tilldelade leverantören hade en sådan kapacitet som krävdes och att myndigheten således inte behövde den aktuella uppgiften. Högsta förvaltningsdomstolen fann att det var fråga om ett obligatoriskt krav, som i sig var kopplat till ändamålet för upphandlingen och inte kunde anses oproportionerligt. Högsta förvaltningsdomstolen angav slutligen:

”Mot bakgrund av det anförda finner Högsta förvaltningsdomstolen att [den upphandlande myndighetens] åtgärd att godta [den vinnande leverantörens] anbud inte är förenlig med likabehandlingsprincipen. Vid sådant förhållande och då åtgärden kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.”

Det är inte helt lätt att förstå hur den aktuella överträdelsen, att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav, kan anses avse upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Möjligen avses att den upphandlande myndigheten genom sitt agerande vid utvärderingen gett uttryck för att den inte önskade kvarstå vid det aktuella ska-kravet. Det är i så fall rimligt att upphandlingen görs om så att ska-kravet kan tas bort. Detta synsätt utgör emellertid ett påtagligt avsteg från rådande praxis hos kammarrätterna och Högsta förvaltningsdomstolen hade nog haft mycket att vinna på att förklara sitt resonemang lite utförligare. Det kan också konstateras att kammarrätterna i senare meddelade avgöranden, i motsvarande situation, förordnat att upphandlingen ska rättas.³⁴

Det är även intressant att Högsta förvaltningsdomstolen inte nämnde något om den sökande leverantörens skada, utan endast den skada som överträdelsen har haft på upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Högsta förvaltningsdomstolen ger intryck av att skadebedömningen tar sikte på potentiella leverantörer och marknadens skada snarare än på den skada som den sökande leverantören lidit av den aktuella överträdelsen.

I slutet av 2017 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen även ett avgörande om huruvida en leverantör ska vara berättigad att ansöka om överprövning av en upphandling som leverantören avstått från att delta i.³⁵

Den överprövade upphandlingen avsåg ett ramavtal om totalt sju år, vilket den sökande leverantören invände mot och gjorde gällande att det saknades sådana särskilda skäl som motiverar en längre avtalstid än fyra år. Det kan i detta sammanhang noteras att LOU innehåller

³⁴ Se exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5515--5516-15, Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2071-17, Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8626-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2925-17.

³⁵ HFD 2017 ref. 62.

en reglering om att ramavtal får ha en löptid om mer än fyra år endast om särskilda skäl föreligger.³⁶

I målet invände den upphandlande myndigheten att leverantören, som avstått från att inkomma med anbud i upphandlingen, inte kunde anses taleberättigad enligt 16 kap. 4 § i 2007 års LOU (vilken motsvaras av 20 kap. 4 § LOU) eftersom detta kräver att leverantören *anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada*. Leverantören hade nämligen under målets handläggning gjort klart att leverantören inte hade något intresse av att delta i den upphandling som var föremål för överprövningen. Istället var leverantören intresserad av möjligheten att delta i en framtida upphandling som rätteligen borde inträffa om fyra snarare än sju år. Den upphandlande myndigheten gjorde, på grundval av samma omständigheter, även gällande att leverantören i vart fall inte kunde anses lida skada på det sätt som krävs för rättens ingripande enligt 16 kap. 6 § i 2007 års LOU (vilket motsvaras av 20 kap. 6 § LOU).

Högsta förvaltningsdomstolen, som fann att leverantören inte hade något intresse av att få tilldelas kontrakt i den överprövade upphandlingen och därför inte var taleberättigad, motiverade sitt avgörande enligt följande.

”Enligt artikel 1.3 i rättsmedelsdirektivet krävs att det ska finnas ett prövningsförfarande åtminstone för den som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal och som har lidit eller riskerar att lida skada till följd av en påstådd överträdelse. Regleringen av talerätten i 16 kap, 4 § LOU skiljer sig från direktivet genom att det i lagtexten inte finns något uttryckligt krav på att den som ansöker om överprövning ska ha eller ha haft intresse av att få ingå det aktuella upphandlingsavtalet.

Av förarbetena till bestämmelsen om talerätt framgår att avsikten var att den skulle motsvara artikel 1.3 i direktivet och att ordet leverantör valdes i stället för anbudsgivare och anbudssökande för att omfatta också den som velat vara med i en upphandling, men inte kunnat delta på ett korrekt och i lagen förutsatt sätt (Ds 1992:62 s. 94 och prop. 1992/93:88 s. 101 och 139). Det finns därför anledning att tolka bestämmelsen i ljuset av direktivets krav på att en leverantör ska ha haft intresse av att ingå avtal i den aktuella upphandlingen för att ha talerätt.

En sådan tolkning stöds av att medlemsstaterna enligt rättsmedelsdirektivet ska vidta nödvändiga åtgärder för att beslut ska kunna prövas effektivt och i synnerhet så skyndsamt som möjligt (artikel 1.1 fjärde stycket). Även detta talar således för att talerätten inte bör tolkas så extensivt att bolag som inte önskar eller önskat delta i en viss upphandling ska kunna få den överprövad.

Högsta förvaltningsdomstolen finner mot denna bakgrund att en förutsättning för att en leverantör ska ha rätt att få en viss upphandling överprövad är att denne har eller har haft ett intresse av att tilldelas kontrakt i samma upphandling.”

³⁶ 7 kap. 2 § LOU.

Högsta förvaltningsdomstolen tolkade således in rättsmedelsdirektivens rättsfigur "*intresse av att få ingå ett visst avtal*" i den svenska lokutionen "*anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada*". Den logiska förlängningen av detta blir att endast den som har haft ett intresse av att ingå ett visst avtal kan lida skada av en upphandlingsrättslig överträdelse, vilket stämmer väl överens med EU-domstolens uttalanden.³⁷ Ett annat sätt att uttrycka det är att även om det svenska talerättskravet "*anser sig*" är subjektivt bestämt innehåller begreppet "*skada*", även i talerättsbestämmelsen, en objektiv komponent som innebär att det endast är en viss typ av skada som erkänns av rättsordningen – närmare bestämt en skada som består i den potentiella förlusten av ett visst kontrakt som den sökande leverantören har ett intresse av och som är det kontrakt som överprövningen avser.

Sammantaget ger Högsta förvaltningsdomstolens praxis i frågan om skaderekvisitet ett bitvis motsägelsefullt intryck. I den mån det finns en systematik är denna inte uppenbar och det finns ett stort behov av ytterligare förtydliganden. Det kan dock i detta sammanhang noteras att Högsta förvaltningsdomstolen vid ett tillfälle meddelat prövningstillstånd för ett mål i kammarrätt med motiveringen att frågan om en leverantör, som inte har lämnat anbud, har lidit eller har kunnat lida skada till följd av de utvärderingskriterier som upphandlingen innehåller, är föga belyst i rättspraxis.³⁸ Det verkar med andra ord som om även Högsta förvaltningsdomstolen ser ett behov av att utveckla hur en skadebedömning ska göras. Kammarrätten avskrev dock sedermera målet eftersom klaganden återkallade sitt överklagande.³⁹ I avvaktan på en utveckling av frågan i Högsta förvaltningsdomstolens praxis finns det anledning att studera skaderesonemangen i kammarrättspraxis.

Kammarrätterna

Det bör framhållas att den följande redogörelsen inte är någon fullständig eller systematisk genomgång av alla kammarrättsavgöranden. Det bör också framhållas att kammarrätternas avgöranden formellt sett inte är prejudicerande. Istället redogör vi för exempel på avgöranden som illustrerar olika typer av skaderesonemang som förts av kammarrätterna.

För att underlätta genomgången har vi kategoriserat olika avgöranden utifrån de omständigheter som den sökande leverantören anfört till grund för sina yrkanden.

37 Jfr exempelvis HFD 2018 ref. 50, där skaderekvisitet ansågs uppfyllt i och med att leverantörens anbud förkastats till följd av tillämpningen av ett otillåtet krav på s.k. golvpris.

38 Se Högsta förvaltningsdomstolens beslut i mål nr 1909-18.

39 Se Kammarrätten i Stockholms beslut i mål nr 4710-18.

SKADA OM DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN ANSETTS BRYTA MOT PRINCIPEN OM LIKABEHANDLING

Att en upphandlande myndighet brutit mot likabehandlingsprincipen är en av de vanligaste invändningarna vid överprövningsprocesser enligt LOU. Dessa brister kan se olika ut men tre huvudsakliga typer kan urskiljas:

- 1) brister som innebär att den sökande leverantörens anbud felaktigt har förkastats
- 2) brister som innebär att något antaget anbud rätteligen borde ha förkastats
- 3) brister som innebär att samtliga antagna anbud rätteligen borde ha förkastats

Nedan kommer vi att redogöra för olika typer av skadebedömningar som kammarrätterna gjort i dessa olika typer av situationer.

Leverantören har fått sitt anbud förkastat och vill få det utvärderat

Kammarrätterna har i en rad domar prövat under vilka omständigheter som en leverantör lidit eller kunnat komma lida skada om den fått sitt anbud förkastat.

Bland annat har Kammarrätten i Göteborg prövat en situation där en leverantör fått sitt anbud felaktigt förkastat. I målet konstaterade domstolen att myndigheten inte skulle ha förkastat anbudet och att leverantören därmed fick anses ha riskerat att lida skada eftersom anbudet uppfyllde även övriga förutsättningar.⁴⁰ Av kammarrättens dom kan utläsas att det i denna typ av fall räcker med att konstatera att myndigheten felaktigt förkastat ett anbud för att leverantören ska anses ha lidit skada. I domen prövade kammarrätten överhuvudtaget inte frågan om leverantören skulle kunna tilldelas kontrakt om den inte hade fått sitt anbud felaktigt förkastat. Snarare satte kammarrätten ett likhetstecken mellan ett felaktigt förkastande av ett anbud och skada för leverantören.⁴¹

Motsvarande bedömning har gjorts av Kammarrätten i Stockholm.⁴² Kammarrätten uttalade, med hänvisning till ett av sina tidigare avgöranden, att den omständigheten att en leverantör felaktigt har uteslutits från utvärdering i regel får anses medföra att leverantören kan komma att lida skada.⁴³ I skadebedömningen gjorde kammarrätten överhuvudtaget ingen koppling till leverantörens möjligheter

⁴⁰ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5319-16.

⁴¹ Liknande bedömningar har samma kammarrätt gjort i mål nr 558-14.

⁴² Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6123-14. Målet prövades senare av Högsta förvaltningsdomstolen vilken inte ansåg att det förelåg någon överträdelse av LOU. Högsta förvaltningsdomstolen prövade följaktligen inte frågan om leverantörens skada.

⁴³ Jfr även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8896-12.

att tilldelas kontrakt i upphandlingen om felet inte hade begåtts. Istället angavs som huvudregel att en leverantör som uteslutits får anses ha lidit skada.

En något tydligare koppling till möjligheterna att tilldelas kontrakt hittar vi i ett av Kammarrätten i Jönköpings avgöranden.⁴⁴ Kammarrätten fann att den leverantör som felaktigt fått sitt anbud förkastat lidit skada under förutsättning att den lämnat ett lägre anbudspris än den anbudsgivare som antogs som leverantör. Motsvarande resonemang har förts av Kammarrätten i Göteborg som i ett mål uttalade att "*[d]å den anbudsgivare som enligt tilldelningsbeslutet skulle tilldelas uppdraget enligt uppgift från kommunen ska uteslutas från upphandlingen och bolaget lämnat det lägsta anbudet av de som återstår har bolaget i vart fall riskerat att lida skada*".⁴⁵ I sin skadebedömning gjorde kammarrätten en tydlig koppling mellan det fel som begåtts och den möjlighet att tilldelas kontrakt som den sökande leverantören skulle ha haft om felet inte hade förekommit.⁴⁶ En liknande bedömning finns även i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm där domstolen konstaterade att ett anbud innehållit sådana brister att det inte hade kunnat komma ifråga för kontraktstilldelning.⁴⁷ Av detta följer enligt kammarrätten att leverantören inte heller kan visa att den lidit skada eftersom en företrädare gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

På motsvarande sätt har Kammarrätten i Jönköping resonerat då den prövat om en anbudsgivare fått ett felaktigt anbudspris i samband med utvärderingen.⁴⁸ Kammarrätten ansåg inte att leverantören hade lidit skada av felet eftersom en korrekt summering av anbudets priser skulle medföra att anbudet endast kommit tvåa i upphandlingen och därmed inte hade påverkat utgången. Detta stämmer även överens med vad som angetts inom doktrinen, där det konstateras att en påtalad brist som i och för sig anses vara en överträdelse av LOU inte utgör grund för ett ingripande om det inte även kan konstateras att bristen har eller kan orsaka just den sökande leverantören skada.⁴⁹

En mer ovanlig skadesituation behandlades i ett nyligen meddelat avgörande från Kammarrätten i Göteborg.⁵⁰ En region genomförde en upphandling av teckenspråkstolk tjänster. Ett av anbuderna förkastades eftersom det inte uppfyllde ett obligatoriskt krav om visst lägsta medelbetyg från referenser. Leverantören som fått sitt anbud förkastat

44 Se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 423-18.

45 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 507-13.

46 En liknande bedömning gjorde samma kammarrätt i mål nr 6220-17 dock utan att där direkt nämna sökande leverantörs möjlighet att ingå kontrakt. Kammarrätten nöjde sig istället med att konstatera att sökanden hade lämnat ett lägre anbudspris än vinnande leverantör och att den därmed lidit eller riskerat lida skada av att den fått sitt anbud förkastat. Se även Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2730-17 där liknande resonemang fördes.

47 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6478-15.

48 Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2201-17.

49 Se Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012, s. 213.

50 Kammarrätten i Göteborg dom i mål nr 4079-18

ansökte om överprövning och åberopade bl.a. att det förekommit jäv i upphandlingen. Skälet var att en av de personer som ingick i referensgruppen för att ta fram underlag för upphandlingen visade sig vara gift med en gruppchef hos den vinnande anbudsgivaren. Kammarrätten ansåg att den aktuella personen i regionens referensgrupp, vars hustru var anställd av det bolag som vann upphandlingen, hade tagit del i handläggningen av upphandlingen på ett sådant sätt som kunde påverka regionens beslut och åtgärder i den. Detta ansågs utgöra en objektiv omständighet som medförde att hans opartiskhet kunde ifrågasättas. Med hänvisning till EU-domstolens avgörande i mål C-538/13 e-Vigilo ansåg kammarrätten att regionen därmed hade bevisbördan för att någon partiskhet inte förelegat. Regionen bedömdes dock inte ha lämnat några förklaringar som visade att personens medverkan inte inneburit en intressekonflikt. Eftersom det ansågs föreligga en presumtion för att jävsförhållandet påverkat utgången i upphandlingen fann kammarrätten att regionen hade brutit mot principen om likabehandling och att den sökande leverantören lidit skada av detta. En av rättens ledamöter ansåg, i en skiljaktig mening, att överklagandet skulle avslås. Som skäl för den skiljaktiga meningen angavs att det visserligen inte kunde krävas att den sökande leverantören skulle visa att den aktuella personen faktiskt agerat partiskt. Däremot måste krävas av den sökande att den klart anger de omständigheter som talan grundas på. Den åtgärd som invändningar riktats mot var regionens beslut att diskvalificera den sökandes anbud. Det var på den grunden som skada eller risk för skada ansågs ha lidits. Den sökande leverantören hade dock inte åberopat några omständigheter som innebar att utformningen av förfrågningsunderlaget hade betydelse för diskvalificeringsbeslutet. Vad som anförts om jäv utgjorde därför inte skäl för rättens ingripande.

Sammantaget förefaller det finnas två huvudsakliga synsätt för om en leverantör ska anses lida skada av att dess anbud felaktigt förkastats. Enligt det ena synsättet uppstår skadan, eller risken för skada, redan i och med att anbudet felaktigt förkastas eller leverantören uteslutits. Enligt det andra synsättet krävs därutöver även att den sökande leverantören kan visa att den skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingen om det inte vore för det felaktiga förkastandet. Synsätten verkar närmast skilja sig åt i den koppling som görs mellan felet och möjligheten att tilldelas kontrakt, där en sådan koppling inte görs i det första fallet men väl i det senare.

Skada när leverantören anser att andra anbud ska förkastas

En annan vanligt förekommande situation är att en leverantör anser att andra leverantörers anbud, vilka placerats bättre än leverantörens eget, rätteligen borde ha förkastats. I en sådan typ av prövning har Kammarrätten i Stockholm bl.a. gjort följande uttalanden.⁵¹

"Kammarrätten har bedömt att [den upphandlande myndigheten]

51 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1672-17.

brutit mot likabehandlingsprincipen genom att godta [den vinnande anbudsgivarens] anbud. Det är dock inte visat att även [det anbud som enligt utvärderingen kom på andra plats] borde ha förkastats. Eftersom [den sökande leverantören] placerades på tredje plats i utvärderingen har därmed [den upphandlande myndighetens] överträdelse inte medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Om någon annan leverantör har påverkats av överträdelsen kan inte beaktas av kammarrätten vid bedömningen av [den sökande leverantörens] ansökan om överprövning."

I domen konstaterade kammarrätten att den sökande leverantörens anbud inte hade hamnat på första plats vid en korrekt genomförd hantering, och att leverantören därför inte hade lidit skada av det fel som begåtts. Bedömningen är långt ifrån ovanlig och återkommer fortlöpande i kammarrätternas praxis när det gäller denna typ av prövningar.⁵² Kammarrätten konstaterade att det faktum att någon annan leverantör påverkats av överträdelsen inte kan ligga till grund för domstolens bedömning. I domen tog kammarrätten med andra ord aktivt ställning mot att använda överprövning som en allmänt korrigerande åtgärd genom att tydliggöra skaderekvisitets subjektiva utformning. Liknande uttalanden har gjorts i doktrinen där det angetts att skadebedömningen är strikt begränsad till den skada som drabbat den sökande leverantören, och att reglerna därför inte lämnar utrymme för domstolen att beakta även andra leverantörers intressen – i detta fall den leverantör som kommit på andra plats enligt utvärderingen – när den prövar om skaderekvisitet är uppfyllt.⁵³

En något annorlunda inställning intog dock Kammarrätten i Sundsvall när den i ett mål avseende förkastande av konkurrerande anbud uttalade bl.a. följande.⁵⁴

"Den skada eller risk för skada som avses är ytterst 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 upphandlande myndighetens överträdelse, utan snarare att överträdelsen medfört att leverantörens möjlighet att tilldelas kontraktet försämrats. I nu aktuell upphandling har tre anbud kommit in, varav ett inte borde ha kvalificerats. Mot denna bakgrund, och då utvärderingen har skett enligt en delvis relativ utvärderingsmodell, anser kammarrätten att sökande leverantör har lidit eller kan komma att lida skada."

I sin skadebedömning tog kammarrätten ett tydligt avstamp i möjligheterna att tilldelas kontrakt och möjligheten att därmed tillgodogöra sig det ekonomiska värde som det innebär. I doktrinen har liknande bedömningar gjorts och det har där ansetts att det räcker med

52 För ett liknande resonemang se Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4010-06 och 7715-17, Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1641-15, 1748-17 och 1042-18 samt Kammarrätten i Sundsvalls domar i mål nr 2726-17 och 188-17.

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

54 Se Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2547-15.

att överträdelsen kan ha medfört att leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt försämras. Det måste med andra ord inte stå klart att leverantören *de facto* hade tilldelats kontrakt om felet inte hade förekommit.⁵⁵ Eftersom det i en relativ utvärderingsmodell inte är helt säkert vad utfallet blir, för det fall ett av tre anbud förkastas, har den sökande leverantören åtminstone en möjlighet att tilldelas kontrakt. Denna möjlighet är enligt kammarrättens mening tillräcklig för att kunna konstatera skada, eller i vart fall risk för skada.

Ett motsvarande resonemang fördes av Kammarrätten i Göteborg i ett mål där begränsad kontroll av kvalificeringskraven hade tillämpats.⁵⁶ Frågan var om en leverantör som i anbudsutvärderingen hamnat på nionde plats kunde lida skada av att en av de fem leverantörer som rangordnats högst och tilldelats kontrakt inte uppfyllde samtliga krav. Myndigheten hade i det aktuella fallet ansett att sökandens placering i rangordningen gjorde det omöjligt för sökanden att lida skada. Kammarrätten menade emellertid att systemet med egen försäkran innebär att om någon av de fem leverantörerna med lägst totalt utvärderingspris inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav sker kontroll av den leverantör som erhållit det sjätte totalt lägsta utvärderingspriset, osv. Den upphandlande myndigheten hade funnit att anbuden från leverantörerna 1–5 uppfyllde samtliga kvalificeringskrav och hade därmed inte kontrollerat övriga lämnade anbud, däribland den sökande leverantörens. Detta innebär att även om endast ett av de fem bäst rangordnade anbuden förkastades, skulle en kontroll av de kvarvarande anbuden i förlängningen kunna medföra att den sökande leverantörens anbud antogs. Kammarrättens skaderesonemang bygger alltså på det osannolika, men inte omöjliga, scenariot att anbuden från de tre anbudsgivare som, liksom den sökande leverantören, inte kontrollerats mot kvalificeringskraven men som kommit före den sökande leverantören i anbudsutvärderingen samtliga skulle behöva förkastas. Givet att ett sådant scenario åtminstone är tänkbart kan den sökande leverantören anses riskera att lida skada redan av att ett av de kvalificerade anbuden rätteligen skulle ha förkastats.

Även Kammarrätten i Stockholm har intagit en förhållandevis liberal hållning till vad den sökande leverantören måste anföra och visa för att nå framgång.⁵⁷ Kammarrätten resonerade enligt följande:

"Förvaltningsrätten har avslagit ansökan om överprövning eftersom bolaget inte har angett på vilket sätt bolaget har lidit skada eller riskerar att lida skada. Mot bakgrund av att endast två leverantörer kvalificerat sig i upphandlingen har bolaget, genom vad det anfört i förvaltningsrätten, gjort sannolikt att det lidit skada."

I ett tidigare mål intog samma kammarrätt dock en långt mer restriktiv

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

56 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1935--1939-18.

57 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7332-15.

inställning.⁵⁸ Även i det tidigare målet hade den sökande leverantören placerat sig på andra plats i utvärderingen och gjorde därefter gällande att den vinnande leverantören skulle få sitt anbud förkastat. Kammarrätten uttalade följande i skadedelen.

”Bolaget har i sin ansökan om överprövning gjort gällande att det vinnande anbudet inte har uppfyllt i förfrågningsunderlaget närmare angivet skallkrav. Kammarrätten konstaterar att bolaget inte har klargjort än mindre konkretiserat på vilket sätt bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av att [den vinnande leverantören] tilldelats kontrakt i upphandlingen. Det saknas därmed anledning att göra någon prövning av det som bolaget åberopar som grund för att ett ingripande enligt LOU ska ske (jfr HFD 2013 ref. 53). Överklagandet ska därmed avslås.”

Även om det indirekt framgick av förutsättningarna i målet att den sökande leverantören skulle ha hamnat på första plats om den vinnande leverantörens anbud skulle ha förkastats krävde kammarrätten med andra ord att skadan faktiskt konkretiserades och åberopades av den sökande leverantören.

Förutom den typ av resonemang som redovisats ovan har i kölvattnet av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2016 ref. 37 kommit en serie avgöranden där kammarrätterna tycks presumera skada så snart ett vinnande anbud felaktigt antagits.⁵⁹ På samma sätt tar dessa kammarrättsavgöranden sikte på den skada som överträdelsen innebär för en upphandlings konkurrensuppsökande skede, snarare än frågan om vilken skada överträdelsen eventuellt innebär för den sökande leverantören. Denna typ av skaderesonemang tar dock sikte på en mer allmän marknadsskada, än den enskilde sökandes skada.

Skada när leverantören anser att samtliga anbud borde ha förkastats

En förhållandevis vanlig situation är att den sökande leverantören fått sitt anbud förkastat och då invänder att inget av de inlämnade anbuden uppfyller de krav som ställts i upphandlingen och att samtliga anbud därför rätteligen borde ha förkastats samt att upphandlingen borde göras om.

Kammarrätten i Göteborg anförde i ett mål följande resonemang för att den sökande leverantören då ska anses lida skada.⁶⁰

”Det är en grundläggande princip att anbud som inte uppfyller ett obligatoriskt krav ska förkastas. Om det som i det här fallet saknas giltiga anbud i upphandlingen får [myndigheten] avbryta den och genomföra en ny upphandling. Vid ett nytt förfarande hade [den sökande

58 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5044-13.

59 Se bl.a. Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 3158-16 och 3160-16.

60 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 406-17.

leverantören] fått en ny chans att tilldelas kontraktet. Att bolaget går miste om den möjligheten innebär att leverantören lider eller i vart fall riskerar att lida skada."

Motsvarande resonemang har även förts av kammarrätterna i Jönköping och Stockholm.⁶¹

I en liknande situation har Kammarrätten i Göteborg i ett annat mål konstaterat att en sökande leverantör inte lidit skada av att övriga anbud inte förkastats om i vart fall ett anbud i upphandlingen uppfyllt de ställda kraven, eftersom upphandlingen då inte ska göras om.⁶²

Kammarrätterna har i ovanstående fall gjort en tydlig koppling mellan följderna av att inga anbud uppfyllt kraven och de effekter som detta hade fått för den sökande leverantören. Intressant är att Kammarrätten i Göteborg i mål nr 406-17 gjorde en koppling mellan den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt vid ett omgjort förfarande och den skada som leverantören lidit, och inte endast leverantörens möjligheter att få delta med anbud.

SÄRSKILT OM S.K. CIRKELSKADERESONEMANG

Som ovan beskrivits kan en leverantör vars anbud korrekt förkastats anses lida skada av att ett annat anbud accepterades, när också det anbudet rätteligen borde ha förkastats. En förutsättning för att den sökande leverantören kan visa skada förefaller vara att den upphandlande myndigheten borde ha förkastat samtliga anbud, och att upphandlingen därmed borde göras om.

Bland annat Kammarrätten i Jönköping har dock expanderat denna typ av skaderesonemang till att potentiellt gälla alla överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet.⁶³ Kammarrätten konstaterade, i likhet med avgörandena refererade i avsnittet ovan, att en leverantör som uteslutits normalt sett inte hade lidit skada av att även andra leverantörer borde ha uteslutits om det inte är så att det därmed inte finns något anbud att anta. Skadan som den sökande leverantören därmed lider är att nekas möjligheten att i en omgjord upphandling delta med anbud och att i förlängningen tilldelas kontrakt. Därefter gjorde kammarrätten följande uttalande.

"Likaså kan det enligt kammarrättens mening finnas situationer där en diskvalificerad anbudsgivare bör kunna göra gällande att en brist i förfrågningsunderlaget medför att anbudsgivaren i fråga lidit eller i vart fall riskerar att lida skada (jfr Asplund m.fl., Överprövning av

⁶¹ Liknande uttalanden gjordes av Kammarrätten i Jönköping i mål nr 3238-15, i Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 1597-15 och 6441-16 och i Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 5640-15, 6420-15, 7055-16 samt 3265-17.

⁶² Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2494-14. Målet rörde formellt sett en ogiltighets-talan men eftersom det var fråga om att myndigheten tecknat avtal i strid med rådande av-talsspärr fick kammarrätten anledning att pröva om myndigheten även begått ett upphand-lingrättsligt fel som sökande leverantör lidit skada av (jfr 20 kap. 13 § 1 andra stycket LOU).

⁶³ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2658--2667-13.

upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, 2012, s. 214, och Kammarrättens i Stockholm dom den 26 november 2010 i mål nr 3480-10). Även i ett sådant fall medför en ny upphandling en ny möjlighet att lämna anbud och att tilldelas kontrakt.”

Även Kammarrätten i Göteborg har fört denna typ av resonemang som synes innebära att skada kan anses föreligga i samtliga fall där ett bifall till talan skulle medföra ett förordnande om att upphandlingen ska göras om.⁶⁴

I ett mål från 2018 utvecklade Kammarrätten i Jönköping sitt resonemang enligt följande med hänvisning till EU-domstolens avgöranden i *Fastweb* och *PFE*.⁶⁵

”De angivna rättsfallen från EU-domstolen handlade om talerätt för anbudsgivare som blivit uteslutna från en upphandling på grund av bristande kravuppfyllnad. I de s.k. Rättsmedelsdirektiven [...] – i vilka de unionsbestämmelser som var föremål för tolkning i nämnda rättsfall återfinns – görs ingen skillnad mellan det rekvisit som gäller för talerätt och skaderekvisitet (jfr 20 kap. 4 § respektive 6 § LOU). Detta innebär att den av EU-domstolen uttalade principen – att förutsättningarna för talerätt kan vara uppfyllda trots att sökandens anbud rätteligen har förkastats – enligt kammarrättens mening även är tillämplig då frågan är om skaderekvisitet är uppfyllt. Detta förutsätter dock att det inte finns något annat anbud att anta (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 6420-15).

Bolaget har, till skillnad mot klagande anbudsgivare i ovan angivna rättsfall, inte framställt några invändningar mot den antagna leverantörens anbud. Den överträdelse av LOU som har konstaterats i förevarande fall avser i stället brister i de aktuella upphandlingsdokumenten.

Även om de i rättsfallen uttalade principerna inte är direkt tillämpliga på en sådan situation, anser kammarrätten att det kan finnas situationer då en diskvalificerad anbudsgivare bör kunna göra gällande att en överträdelse av sistnämnt slag medför att anbudsgivaren har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. För det fall upphandlingsfelet är av sådan art att upphandlingen måste göras om medför ett nytt anbudsförfarande, indirekt, en ny möjlighet för den diskvalificerade anbudsgivaren att lämna anbud och därigenom tilldelas kontraktet.

Det ovan konstaterade upphandlingsfelet är enligt kammarrättens bedömning av sådan karaktär att det på ett påtagligt sätt riskerar att medföra konkurrensbegränsande effekter på ifrågavarande anskaffningar. Ett beslut om ingripande mot upphandlingen bör, med hänsyn till att felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, föranleda att upphandlingen görs om. Eftersom bolaget under sådana omständigheter har möjlighet att inkomma med ett nytt

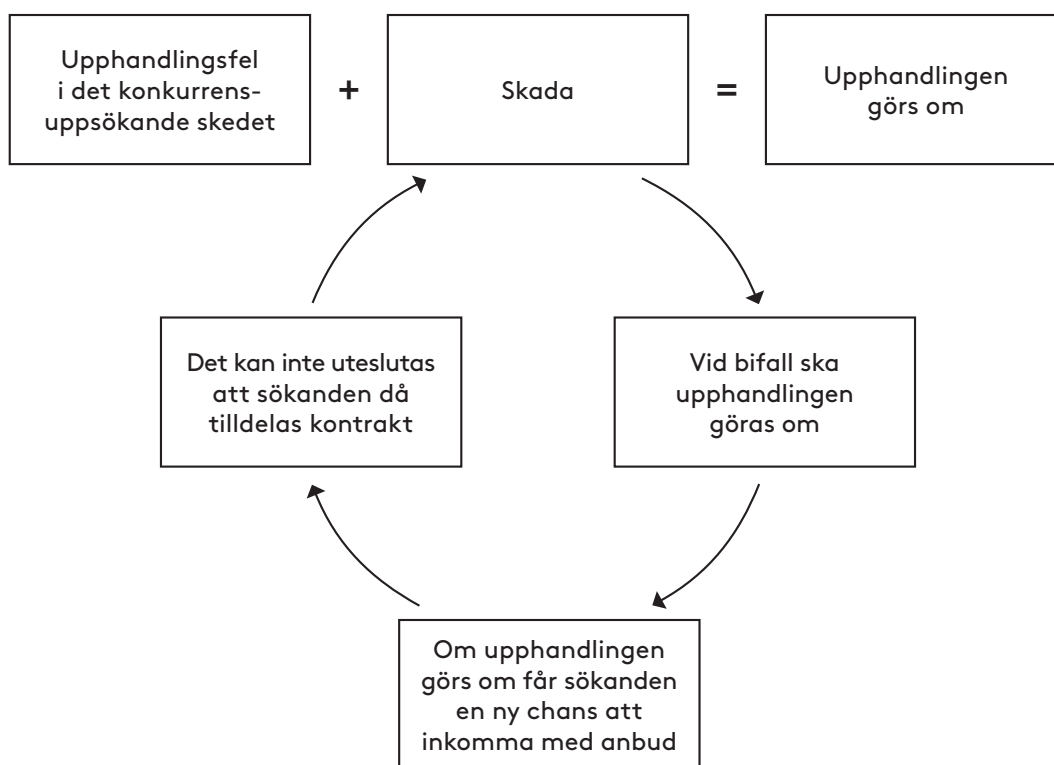
⁶⁴ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4217-17.

⁶⁵ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2809-17. EU-domstolens avgöranden i mål C-100/02, *Fastweb* och mål C-689/13, *PFE* har behandlats ovan i detta avsnitt.

anbud – varvid det även finns möjlighet att åtgärda de av [den upphandlande myndigheten] anförda bristerna i bolagets kravuppfyllnad – kan det inte uteslutas att bolaget, vid ett nytt anbudsförfarande, skulle kunna delta och antas som leverantör. Även om bolagets anbud på de av [den upphandlande myndigheten] angivna grunderna inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och därmed rätteligen borde ha förkastats, får detta anses tillräckligt för att bolaget till följd av det konstaterade felet ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art ska upphandlingen göras om.”

Kammarrättens synsätt kan, måhända lite tillspetsat, summeras enligt följande. Om en överträdelse är av sådan art att en upphandling, för det fall sökanden kan visa skada eller risk för skada, ska göras om, ska sökanden anses lida skada eller risk för skada och upphandlingen ska därför göras om. Detta eftersom sökanden, om sökandens talan bifalls, hamnar i en bättre situation än om talan avslås. Problematiken med ett sådant synsätt kan illustreras med figur 1 nedan.

FIGUR 1



Vi kommer längre fram i rapporten att särskilt behandla denna typ av "cirkelskaderesonemang", men kan redan nu konstatera att det finns anledning att förhålla sig skeptisk till dem, då de i princip innebär att skaderekvisitet anses uppfyllt så snart fråga är om en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet. Resonemanget från kammarrätterna bygger förvisso på *Fastweb*-domen, men omständigheterna förefaller vara väsensskilda från omständigheterna i *Fastweb*.

Kammarrätten i Göteborg har i ett senare meddelat avgörande funnit att en diskvalificerad anbudsgivare endast ska anses lida skada av överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet om anbudsgivaren kan visa att den skulle ha utformat sitt anbud på ett annat sätt om bristerna inte förelegat. Kammarrätten anger följande.

*"För att en diskvalificerad anbudsgivare ska anses ha lidit skada i ett sådant fall bör det dock enligt kammarrättens mening krävas att anbudsgivaren skulle ha utformat sitt anbud på ett annat sätt om det inte hade funnits brister i förfrågningsunderlaget. [Den sökande leverantören] har inte påstått att deras anbud skulle ha sett annorlunda ut utan aktuella brister. Bolaget har därmed inte förmått visa kausalitet mellan bristerna i upphandlingsdokumentet och möjligheten att tilldelas kontrakt."*⁶⁶

SKADA OM DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN ANSETTS BRYTA MOT PRINCIPEN OM ÖPPENHET (TRANSPARENS)

En upphandlande myndighet kan bryta mot principen om öppenhet på många olika sätt, men vanligast är att det förfrågningsunderlag som ligger till grund för upphandlingen brister i transparens. En intressant fråga är i vilka situationer som en leverantör kan anses lida skada av brister i detta avseende.

I doktrinen har det angetts att skaderekvisitet i LOU är relativt lågt ställt och att det i normalfallet torde vara uppfyllt vid överträdelse hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet förutsatt att den sökande leverantören hade kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt om bristen inte hade existerat. Det krävs dock att den aktuella bristen på något sätt har påverkat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt.⁶⁷ Skadan tillåts dock vara mer abstrakt beskriven vid brister hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet än vad som vanligen kan krävas i andra typer av överprövningar.⁶⁸

Kammarrätten i Göteborg fann i ett mål att ett krav som den sökande leverantören inte uppfyllt var så otydligt att det inte kunde krävas att leverantören skulle ha insett vad som skulle tillföras anbudet för att uppfylla kravet.⁶⁹ Kammarrätten fann att bolaget lidit skada av felet, eftersom det fått sitt anbud förkastat. I sin skadebedömning utgick kammarrätten till synes från det faktum att anbudet förkastades utan att i övrigt pröva vilken plats i utvärderingen som anbudet faktiskt skulle ha placerats på om det inte hade förkastats. Istället framstår det som om själva förkastandet utgjorde tillräcklig skada för att upphandlingen skulle göras om.

⁶⁶ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2666-18.

⁶⁷ Asplund m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, s. 213 f.

⁶⁸ Se Rosén Andersson m.fl., *Lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster – En kommentar*, Norstedts juridik 2015, s. 641.

⁶⁹ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4889-17.

En annan närliggande fråga är när förfrågningsunderlaget i sig innehåller sådana oklarheter att anbudsgivaren inte kunnat förstå dem och hävdar att anbudet kunnat utformas på ett annat sätt om kraven hade gått att förstå. Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande funnit att ett förfrågningsunderlag lämnat ett stort utrymme för den upphandlande myndighetens godtycke och att det därför inte kunde anses vara tillräckligt förutsebart och tydligt utformat.⁷⁰ Enligt kammarrättens mening hade denna brist på transparens medfört att den sökande leverantören inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört skada. I skadebedömningen gjordes dock ingen värdering av hur bolaget faktiskt skulle ha utformat sitt anbud på ett annorlunda sätt och varför denna brist hade lett till skada. Snarare förutsatte kammarrätten att leverantören hade kunnat utforma sitt anbud på ett sätt som medfört att leverantören kunnat komma ifråga för kontraktstilldelning om kraven varit tillräckligt transparenta. Något resonemang om hur det faktiskt skulle ha skett eller vilken effekt det hade fått på utvärderingen av anbudet och kontraktstilldelningen förde kammarrätten inte.⁷¹

Kammarrätten i Göteborg har i ett liknande mål uttalat följande.⁷²

”Utgångspunkten bör vara att anbudsgivaren redan innan anbudet avges ska ha möjlighet att skapa sig en överblick av om detta kommer att tas upp till utvärdering samt enligt vilka kriterier det kommer att utvärderas. I den aktuella upphandlingen har det inte varit möjligt att skaffa sig en sådan överblick. Detta är ett brott mot principen om transparens. [Den sökande leverantören] har gjort gällande att bolaget hade haft möjlighet att välja andra produkter och därigenom utforma anbudet på ett mer konkurrenskraftigt sätt om miljökravet framgått tydligare. Kammarrätten anser att det inte är osannolikt att [den sökande leverantörens] anbud hade sett annorlunda ut om bristen i förfrågningsunderlaget inte hade förekommit. [Den sökande leverantören] har därmed riskerat att lida skada.”

Kammarrätten gjorde i detta fall en bedömning av de omständigheter som anförts, och gjorde därefter en sannolikhetsbedömning av frågan om leverantörens anbud skulle ha sett ut på ett annat sätt om de aktuella bristerna inte förekommit. Vad kammarrätten dock inte prövade är om de förändringar som leverantören påstår sig ha kunnat göra, om bristen inte fanns, faktiskt hade kunnat leda till ett, i vart fall teoretiskt, annat utfall vad gäller vem som skulle tilldelas anbud. Även i detta fall är den skada som leverantören kan anses lida således abstrakt och inga kopplingar görs till möjligheterna att, i frånvaron av nämnda brister, faktiskt komma ifråga för kontraktstilldelning.

Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande från april 2018 uttalat angående bristfälligt utformade upphandlingsdokument att det räcker att det inte kan uteslutas att leverantören kunnat lämna ett mer

70 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5098-15.

71 Liknande bedömningar gör samma kammarrätt i mål nr 6086-16, 5053-16 och 1324-17.

72 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5113-15.

konkurrenskraftigt anbud om bristen inte hade förelegat.⁷³ I ett avgörande från juni samma år förtydligade dock kammarrätten att det krävs någon form av klargörande eller konkret beskrivning från den sökande leverantörens sida av på vilket sätt den åberopade bristen lett till den påstådda skadan.⁷⁴ Enligt kammarrättens mening kan man dock i denna typ av mål vad gäller skadebedömningen inte upp- rätthålla ett allt för högt ställt beviskrav. Kammarrätten konstaterade därefter att de beräkningar som gjorts av den sökande leverantören inte visat annat än att frånvaron av bristen endast skulle haft en marginell påverkan på anbudet. Som en följd därav ansåg kammarrätten att leverantören inte visat att den lidit eller riskerat lida skada på grund av de fel som begåtts.

Kammarrätten i Jönköping har i sin tur konstaterat att en leverantör i vart fall kunnat komma att lida skada av att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget inte hade angett hur många ramavtalsleverantörer som den avsåg att anta.⁷⁵ Den sökande leverantören hade kommit på tredje plats i utvärderingen men den upphandlande myndigheten hade enbart antagit två leverantörer.

Ett förhållandevis utvecklat skaderesonemang finner vi i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm där en leverantör, som av förbiseende råkat bifoga sina allmänna villkor, gjorde gällande att den upphandlande myndigheten hade överträtt öppenhetsprincipen genom att inte tillämpa den avtalsrangordning som fanns i myndighetens utkast till avtal utan istället förkastat leverantörens anbud med hänvisning till de reservationer som de allmänna villkoren innebar i förhållande till myndighetens avtalsutkast.⁷⁶

"Kammarrätten konstaterar först och främst att det inte har gjorts gällande att upphandlingens krav om fasta priser och om garanti gällande tillgång till reservdelar är otydliga, oproportionerliga eller att de har varit svåra att efterkomma av annan anledning. Det har vidare inte gjorts gällande att [den sökande leverantören] på något sätt utformat sitt anbud med anledning av vad som framgår av de aktuella bestämmelserna i de administrativa föreskrifterna respektive i upphandlingskontraktet. [Den sökande leverantören] har istället anfört att bolagets leverans- och betalningsvillkor medskickats anbudet av rent förbiseende/misstag. Vid detta förhållande konstaterar kammarrätten att den av leverantören påstådda transparensbristen inte har påverkat leverantörens möjligheter att lämna ett anbud i överensstämmelse med kraven i upphandlingen. Omvänt hade inte heller avsaknaden av påtalad transparensbrist inneburit att leverantören skulle ha utformat sitt anbud på annat sätt. Med anledning härav finner kammarrätten att de påstådda bristerna i upphandlingen inte kan anses ha medfört att leverantören har lidit sådan skada som

73 Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2237-17.

74 Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 272-18. Se motsvarande resonemang i Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr 4062-16 och 4063-16.

75 Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 1324-17.

76 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 766-17.

krävs för ett det ska bli aktuellt med ett ingripande i enlighet med LOU."

Kammarrätten i Stockholms resonemang bygger på att den sökande leverantören, även då den gör gällande en brist i transparens, måste visa hur denna brist försämrat leverantörens ställning i upphandlingen. I målet, där leverantören medgett att den inkommit med ett orent anbud av förbiseende, ansågs det inte visat att eventuella brister i transparens hade påverkat leverantörens ställning.

I ett tidigare meddelat avgörande förde Kammarrätten i Stockholm samma typ av resonemang, men accepterade samtidigt vad kammarrätten beskriver som en något vag beskrivning av skadan när den uttalade bl.a. följande.⁷⁷

"I förevarande fall påstår [sökande leverantör] utan någon närmare konkretisering att det hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om utvärderingsmodellen inte varit behäftad med brister. Även med beaktande av denna något vaga beskrivning anser kammarrätten att [sökande leverantör] får anses ha visat att dess anbud skulle ha sett annorlunda ut om utvärderingsmodellen varit mer transparent och förutsägbar. Detta bör ju i och för sig gälla även övriga anbudsgivare, men kammarrätten anser trots detta, med hänsyn till att det endast är risken att lida skada som behöver visas, att det i målet visats att [sökande leverantörs] möjligheter att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har påverkats negativt till följd av bristerna i utvärderingsmodellen."

SKADA OM DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN ANSETTS BRYTA MOT PRINCIPEN OM PROPORTIONALITET

I mål som avser överträdelse av proportionalitetsprincipen är det förhållandevis vanligt att domstolen, snarare än att ta sikte på vilken skada ett visst krav innebär för den sökande leverantören, bedömer vilken typ av effekt ett oproportionerligt krav kan få på marknaden i sin helhet. Exempel på detta finns bl.a. från Kammarrätten i Sundsvall, som vid ett oproportionerligt krav inte gjorde någon skadebedömning överhuvudtaget utan endast konstaterade att kravet, som endast kunde uppfyllas av den vinnande anbudsgivaren, var oproportionerligt och att upphandlingen därför skulle göras om.⁷⁸ Än tydligare är detta perspektiv i ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm.⁷⁹ Kammarrätten uttalade bl.a. följande.

"Det uppställda bör-kravet och utvärderingsmodellen riskerar vidare leda till att konkurrensen begränsas på ett sätt som inte är nödvändigt genom att potentiella leverantörer som inte redan finns etablerade på orten avhåller sig från att lämna anbud på upphandlingen."

⁷⁷ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4063-16.

⁷⁸ Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1308-18.

⁷⁹ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 2222-16.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten därför att [den upphandlande myndigheten] inte kan anses ha visat att det aktuella bör-kravet och tillhörande utvärderingsmodell är proportionerliga. Myndigheten har alltså genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091). Vid sådant förhållande och där de aktuella villkoren i upphandlingen kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandling göras om.”

Som kan utläsas utgick kammarrätten i skadebedömningen från skadan på det konkurrensuppsökande skedet, och inte från den specifika skada som den sökande leverantören lidit av det aktuella felet. Kammarrätten synes alltså snarare ha sett till en allmän marknads-skada än prövat på vilket sätt den sökandes möjligheter försämrats.

Särskilt tydligt blir denna inställning i ett annat avgörande från Kammarrätten i Stockholm där kammarrätten bl.a. uttalade att en myndighets åtgärder framstår som oproportionerliga eftersom *”en eller flera leverantörer”* inte gavs möjlighet att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt på grund av att den upphandlande myndigheten genom sina ställda krav endast ville undvika ett ringa merarbete.⁸⁰ Kammarrätten tog i målet uttalat ställning för en större grupp leverantörers möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud trots att domen bara omfattade en leverantörs ansökan om överprövning.

Resonemangen ovan ska kontrasteras mot exempel på skadebedömningar med en tydligare koppling till skadan för den sökande leverantören. Sådana bedömningar har bl.a. gjorts av Kammarrätten i Göteborg där en leverantör fått sitt anbud förkastat på grund av ett oproportionerligt ska-krav.⁸¹ I det fallet ansåg domstolen att ett ingripande skulle ske i upphandlingen på grund av den direkta skada som leverantören lidit av att få sitt anbud förkastat.⁸² Samma typ av bedömning gjorde Kammarrätten i Stockholm i ett mål där kammarrätten slog fast att en leverantör fick anses ha lidit skada av att fräntas möjlighet att delta med anbud i en upphandling på grund av ett oproportionerligt krav.⁸³ Enligt vår mening kan det argumenteras för att skadebedömningen blir mer konkret om en leverantör inte fått sitt anbud utvärderat på grund av ett olagligt krav, och att risken med en sammanblandning av valet av ingripande därför blir betydligt mindre i dessa fall.

En liknande bedömning gjorde Kammarrätten i Göteborg i frågan om en leverantörs möjligheter att utforma sitt anbud som en följd av

⁸⁰ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3560-14.

⁸¹ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3309-13.

⁸² Liknande bedömningar har gjorts av Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 949-10, Kammarrätten i Göteborg i mål nr 1227-08, Kammarrätten i Stockholm i mål nr 7561-15 och Kammarrätten i Jönköping i mål nr 1024-15 och 378-15.

⁸³ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4283-08. Liknande bedömningar har gjorts av samma kammarrätt i mål nr 3477-09 och 4846-09.

en myndighets oproportionerliga krav.⁸⁴ Kammarrätten gjorde i det aktuella fallet bedömningen att leverantören, genom en utförlig redogörelse för på vilket sätt det otillåtna kravet påverkat prissättningen av dess anbud, gjort sannolikt att den inte kunnat lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud på grund av det aktuella kravet och att leverantören därför lidit skada av överträdelsen.⁸⁵

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande gjort klart att man tillämpar en lägre tröskel för konkretisering av skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet, såsom ett oproportionerligt högt ställt krav.⁸⁶ Domstolen uttalande bl.a. följande.

”Bolaget har som grund för att det riskerar att lida skada uppgett att det uppställda kravet innebär en begränsning i bolagets möjligheter att lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon närmare redogörelse eller bevisning till stöd för påståendet har inte åberopats. I målet har inte ens påståtts att bolagets möjligheter att tilldelas det aktuella kontraktet minskar eller att bolaget på något sätt missgynnas i förhållande till andra anbudsgivare till följd av det uppställda kravet. Vid bedömningen av om bolaget ändå kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU får beaktas att upphandlingen fortfarande pågår och att det är fråga om ett fel i förfrågningsunderlaget. När fråga är om ett fel i det konkurrensuppsökande skedet anses det tillräckligt att skadan är mer abstrakt beskriven av sökanden och att felet påverkat det sätt på vilket denne har utformat sitt anbud eller att, om felet inte förelåg, ett mer konkurrenskraftigt anbud annars hade kunnat lämnas (jfr Rosén Andersson m.fl. Lagen om offentlig upphandling – En kommentar, s. 611 samt Asplund m.fl. Överprövning av upphandling, s. 213). Med hänsyn härtill finner kammarrätten att det som bolaget åberopat som grund för skada i förevarande fall får anses tillräckligt för bedömningen att bolaget ska anses kunna komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU.”

Detta avgörande ger vid handen att det finns en åberopsbörda åtminstone i den meningen att leverantören måste göra gällande att kravet begränsat leverantörens möjlighet att lämna sitt ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Det verkar emellertid inte finnas något som helst beviskrav, med innebörden att leverantören på något sätt måste visa att möjligheten faktiskt begränsats. Detta innebär att det i princip räcker att leverantören påstår skada på visst sätt för att skadan ska anses visad. Som vi kommer att diskutera finns det anledning att ifrågasätta lämpligheten i att, som kammarrätten gör i detta mål, sänka beviskravet så lågt att det i praktiken blir ett krav på åberopande och inget annat.

84 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4593-12.

85 Liknande uttalanden görs av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2538-14 och av Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 2437-09.

86 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 8972-12.

SKADEBEDÖMNINGEN NÄR DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN TILLÄMPAT FEL TYP AV FÖRFARANDE

En intressant fråga är om en leverantör kan göra gällande att den lidit skada på grund av att myndigheten felaktigt använt en viss typ av förfarande. Som angetts ovan har Högsta förvaltningsdomstolen prövat denna fråga inom ramen för sitt avgörande HFD 2013 ref. 53 och det kan konstateras att kammarrätterna sedermera har anammat Högsta förvaltningsdomstolens synsätt.

Exempelvis har Kammarrätten i Stockholm i ett mål prövat frågan om en leverantör lidit skada av valet av förfarande när leverantören själv deltagit i förfarandet.⁸⁷ I målet hade myndigheten felaktigt övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och den sökande leverantören hade deltagit i förhandlingarna och lämnat anbud. Kammarrätten konstaterade i målet att sökanden inte angett på vilket sätt sökanden lidit skada av valet av förfarande. Istället noterade domstolen att båda de leverantörer som deltog vid förhandlingarna fick möjlighet att anpassa sina anbud och att inga krav ändrades. Vidare hade det inte framkommit att någon av leverantörerna gynnats vid förhandlingarna. Enligt kammarrättens mening låg det därmed i sakens natur att skada för leverantören inte uppkommit eller kunnat uppkomma.

En liknande bedömning gjorde Kammarrätten i Göteborg när den konstaterade att den sökande leverantören inte var skadelidande när den dels bjudits in att delta med anbud när myndigheten övergått till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dels inte specificerat på vilket sätt valet av förfarandet medfört att den lidit eller riskerat lida skada.⁸⁸

Det kan sammanfattningsvis konstateras att kammarrätterna i ovanstående fall ansett att en leverantör som deltagit i ett förfarande, som i och för sig varit olagligt, inte kan lida skada av valet av förfarande som sådant. Snarare krävs det då att leverantören kan visa att genomförandet av själva förfarandet skett i strid med de allmänna principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det bör dock understrykas att det finns gott om avgöranden, varav flera redovisas i denna rapport, där kammarrätterna snarare tycks presumera skada vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet. Om någon slutsats ska dras är det sannolikt att skadebedömningen har blivit strängare just vad avser den specifika överträdelse som behandlades i HFD 2013 ref. 53. I andra typer av överträdelser förekommer det fortfarande att skada presumeras vid överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet.

⁸⁷ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 4076-14.

⁸⁸ Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3471-13.

SKADEBEDÖMNINGEN VID ÖVERTRÄDELSER AV DIVERSE FORMALIABESTÄMMELSER

Vi har ovan redogjort för några av de mer vanliga överprövningssituationerna där frågan om skada behandlas. Det finns emellertid även en serie mål som berör lite mer ovanliga överträdelser men där det förts intressanta skaderesonemang som förtjänar att redovisas.

I ett mål från Kammarrätten i Jönköping hade den vinnande anbudsgivaren tillåtits att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avsåg behörighet att utöva yrkesverksamhet, i strid med bestämmelserna om åberopande av annans kapacitet, se 14 kap. 6 § LOU.⁸⁹ I upphandlingsdokumenten hade det dock klargjorts att ett sådant åtagande godtogs. Kammarrätten ansåg därför att myndigheten brutit mot LOU genom att tillåta denna typ av åberopande av annans kapacitet. I sin skadebedömning konstaterade domstolen att den sökande leverantören hade uppgett att den skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för den aktuella bristen, vilket myndigheten inte hade ifrågasatt. Därför ansåg kammarrätten att leverantören gjort sannolikt att den lidit skada på det sätt som krävs enligt 20 kap. 6 § LOU.

I ett av Kammarrätten i Stockholms mål hade den upphandlande myndigheten sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier genom att utvärdera anbudsgivarnas organisatoriska resurser för uppdragets utförande.⁹⁰ Vad avser skadan konstaterade kammarrätten att den sökande leverantören hade anfört att dess anbud hade kunnat utformas på annat sätt och att utfallet av anbudsutvärderingen hade kunnat bli väsentligen annorlunda om det inte vore för överträdelserna. Leverantören hade också anfört att om det t.ex. uppställt en poänggräns för referensomdömena under kvalificeringsfasen hade anbud som nu utvärderats istället kunnat komma att diskvalificeras. Enligt kammarrätten hade leverantören därigenom visat att det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts medfört att bolaget kunnat komma att lida skada.

I ett annat mål hade Kammarrätten i Stockholm att pröva huruvida den sökande leverantören kunde anses lida skada när en myndighet i strid med lag hade hänvisat till vissa varumärken.⁹¹ Kammarrätten delade förvaltningsrättens bedömning vilken uttalade bl.a. följande i skadedelen.

”De ovan konstaterade bristerna i förfrågningsunderlaget i form av hänvisning till varumärken i strid med 6 kap. 4 § LOU är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet. [Den sökande leverantören] har anfört att hänvisningen till specifika varumärken haft stor inverkan på deras möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, eftersom det räcker med belastningspriser på ett fåtal produkter för att rangordningen ska ändras. Mot bakgrund av vad som kommit fram i

⁸⁹ Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3427-17.

⁹⁰ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 486-17.

⁹¹ Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 7824-16.

målet anser förvaltningsrätten att bolaget har gjort detta sannolikt. Bolaget har genom detta agerande i vart fall riskerat att lida skada."

I målet gjorde kammarrätten således en prövning av sökandens påstådda skada och hur den kommit att påverka sökandens möjligheter att lämna ett annorlunda utformat anbud. Vad domstolen dock inte prövade är om dessa möjligheter faktiskt hade påverkat leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen, dvs. i vilken mån ett potentiellt annorlunda utformat anbud också hade kunnat ge ett annat, och för sökanden mer fördelaktigt, resultat i en eventuell utvärdering. Det kan diskuteras om det i en skadebedömning räcker med att ange att en rangordning skulle kunna komma att ändras om myndigheten inte agerat i strid med lag utan att därmed pröva hur rangordningen hade fallit ut till den sökande leverantörens fördel.

Kammarrätten i Stockholm har vidare prövat frågan om en myndighet hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att företrädare för myndigheten haft omfattande kontakter med en av anbudsgivarna inför och under den aktuella upphandlingen.⁹² Kammarrätten fann att då det finns objektiva omständigheter som ger anledning att ifrågasätta om myndigheten hade behandlat alla leverantörer lika i upphandlingen, uppstod en presumtion för att detta inneburit en konkurrensfördel för den vinnande leverantören, vilken kan ha medfört en snedvridning av konkurrensen. Det ankom därmed på myndigheten att visa att alla anbudsgivare hade behandlats lika i upphandlingen. Då myndigheten enligt kammarrättens bedömning inte förmått visa att den hade behandlat alla leverantörer lika i upphandlingen skulle den sökande leverantören anses ha lidit skada av särbehandlingen. Detta trots att kammarrätten inte angav på vilket sätt konkurrensen faktiskt snedvridits eller på vilket sätt de konkurrensfördelar, som den vinnande leverantören presumerats ha fått, hade påverkat den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas kontrakt.

Vidare har Kammarrätten i Jönköping konstaterat att den sökande leverantören lidit skada i ett fall där den vinnande anbudsgivaren tilllåtits göra en otillåten rättelse av sitt anbud.⁹³ Kammarrätten fann att myndighetens agerande inneburit att den sökande leverantören hade lidit skada eftersom den hade placerat sig på andra plats i anbudsutvärderingen, och hade tilldelats kontrakt om det inte vore för den otillåtna kompletteringen.

Ett, enligt vår mening, mycket väl utvecklat skaderesonemang från Kammarrätten i Jönköping återfinns i ett mål avseende frågan om anbudsgivarna getts tillräcklig tid att inkomma med anbud i en upphandling.⁹⁴ Kammarrätten anger följande avseende om leverantören lidit skada av den korta anbudstiden.

"Det är [den sökande leverantören] som har bevisbördan för att så är

92 Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6449-17.

93 Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3133-17.

94 Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2805-14.

fallet och det är inte tillräckligt [att] bolaget själv anser att skaderekvisitet är uppfyllt utan bolaget måste kunna konkretiseras eller klargöra skadan eller risken för skada (se HFD 2013 ref. 50). Hur noggrant en sökande i mål om överprövning av offentlig upphandling måste förklara varför man anser sig kunna lida skada beror dock på omständigheterna i det enskilda fallet. I vissa fall framstår det redan utifrån sökandens yrkanden och åberopade omständigheter som uppenbart att denne lidit skada till följd av överträdelsen och någon ytterligare precisering kan då inte anses nödvändig (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 24 mars 2014 i mål nr 551-14 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 3 september 2014 i mål nr 2234-14). För det fall att orsakssambandet mellan överträdelsen och påstådd skada inte framstår som uppenbart eller är mer avlägset, så som i det ovan nämnda avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen där det var fråga om val av förfarande, måste väsentligt högre krav ställas på sökanden att förklara varför denne anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

[Den sökande leverantören] har anfört att den oskäligt korta tiden som har lämnats anbudsgivarna att justera sina anbud med anledning av ändringar i förfrågningsunderlaget har medfört att bolaget inte kunnat lämna sitt bästa anbud. Enbart detta påstående är inte tillräckligt för att visa att skaderekvisitet är uppfyllt. [Den sökande leverantören] har dock beskrivit vad ändringen i förfrågningsunderlaget har inneburit för bolaget och vilka anpassningar och bedömningar som har behövt göras och på vilket sätt förändringen har påverkat dess möjlighet att lämna sitt bästa anbud och därmed också möjligheten att tilldelas kontraktet. Kammarrätten anser att [den sökande leverantören] genom detta i tillräcklig utsträckning har klargjort varför bolaget har lidit eller kan komma att lida skada."

Det är således tydligt att kammarrätten ställt krav på att leverantören i tillräcklig grad ska kunna precisera sin skada genom att redogöra för på vilket sätt bristen i upphandlingen faktiskt påverkat leverantörens möjligheter att lämna sitt bästa anbud och, i förlängningen, att tilldelas kontrakt. Det kan särskilt noteras att kammarrätten inte stannade vid frågan om utformningen av leverantörens anbud, utan klargjorde också att anbudets utformning ska kunna leda till en förändrad möjlighet att tilldelas kontraktet i fråga.

I HFD 2018 ref. 50 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen bl.a. att det inte är förenligt med LOU att uppställa krav på ett s.k. golvpris, där anbud vars pris understiger golvpriset förkastas. Ur ett skadeperspektiv är domen i sig inte särskilt intressant, i och med att skadan för leverantören i sådana fall är uppenbar. Det som däremot är mer intressant är hur HFD 2018 ref. 50 har kommit att tolkas och tillämpas i efterföljande kammarrättspraxis.

I ett avgörande från Kammarrätten i Göteborg hade den upphandlande myndigheten ställt krav på ett lägsta tillåtet golvpris.⁹⁵ Samtliga anbudsgivare hade inkommit med anbud i enlighet med kravet, dvs. lagt

95 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 5255-18.

sig på minimigränsen och samtliga anbud hade kvalificerats. Kammarrätten ansåg att myndighetens användande av golvpris (med förkastande av anbud under golvprisnivån) var i strid med LOU. Denna del av domen får anses okontroversiell i ljuset av HFD 2018 ref. 50.

Något mer förvånande är kammarrättens syn på leverantörens skada. Utifrån kammarrättens redogörelse för leverantörens talan framstår det som att leverantören främst hade invändningar mot att upphandlingens utfall helt avgjordes genom lottning. Kammarrätten ansåg dock att leverantören led, eller riskerade att lida, skada till följd av golvpriskravet, med hänvisning till HFD 2018 ref. 50 och att leverantören förhindrats att konkurrera med sitt bästa pris. Såvitt framgår av domen hade leverantören inte lämnat någon närmare beskrivning av vilket lägre pris leverantören annars skulle ha kunnat offerera, eller annars beskrivit *hur* anbudet skulle sett annorlunda ut om golvpriskravet inte inkluderats i upphandlingen. Kammarrätten verkar närmast ha förutsatt att skaderekvisitet var uppfyllt i målet, på grund av att det var uppfyllt i HFD 2018 ref. 50. Enligt vår mening bör det dock ställas betydligt högre krav för att en leverantör ska kunna visa skada om den inte fått sitt anbud förkastat till följd av ett otillåtet krav (som i det nu aktuella kammarrättsavgörandet) jämfört med om leverantören *de facto* förkastats till följd av tillämpningen av ett otillåtet krav (som i HFD 2018 ref. 50).

Samma kammarrätt meddelade dom (samma dag) i ett annat mål där det också var fråga om golvpriser.⁹⁶ I detta mål var det dock inte fråga om ett golvpriskrav kopplat till förkastande av anbud vars priser understeg miniminivån. Istället hade den upphandlande myndigheten utformat en utvärderingsmodell där anbuderna inte fick fördelaktigare utvärdering vid priser understigande en viss nivå. Kammarrätten ansåg att en sådan utvärderingsmodell stred mot LOU, med hänvisning till HFD 2018 ref. 50. Vi anser, i och för sig, att det finns anledning att ifrågasätta kammarrättens extensiva tillämpning av HFD 2018 ref. 50, mot bakgrund av att det underlag Högsta förvaltningsdomstolen hade att bedöma inbegrep ett automatiskt förkastande av anbud med priser understigande golvpriset – vilket alltså inte var fallet i Kammarrätten i Göteborgs nu aktuella avgörande. Oavsett tillåtligheten av en utvärderingsmodell med "golvnivåer" kan konstateras att kammarrätten därefter gjorde en nyanserad analys av den klagande leverantörens påstådda skada till följd av utvärderingsmodellens utformning. Leverantörens anbud hade förkastats på grund av att det inte fanns någon beskrivning av vidtagna miljöledningsåtgärder, vilket kammarrätten ansåg vara korrekt. Det som, enligt kammarrätten, utgjorde ett upphandlingsfel var endast utvärderingsmodellens utformning, dvs. något som inte var kopplat till den omständighet som föranledde anbudets förkastande. Kammarrätten uttalade att det krävs att anbudsgivaren skulle ha utformat sitt anbud annorlunda om det inte hade funnits några brister i upphandlingsdokumenten, för att en rätteligen förkastad anbudsgivare ska kunna lida skada av ett sådant fel. Leverantören i målet hade inte ens påstått att dess anbud

96 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2666-18.

hade sett annorlunda ut utan den aktuella bristen i utvärderingsmodellen, och skaderekvisitet ansågs därför inte uppfyllt.

SKADA VID OGILTIGHET AV AVTAL

Som tidigare redogjorts krävs det inte att den sökande lider skada av ett avtals ingående vid en ansökan om överprövning av avtals giltighet, när det är fråga om avtal som ingåtts utan föregående annonsering (trots att annonseringsplikt förelegat) eller vid otillåtna direktupphandlingar (tillsammans benämnda "otillåtna direkttilldelningar" i följande redogörelse), se 20 kap. 13 § 1 p. LOU.

Om det däremot är fråga om ogiltigförklaring av ett avtal som tecknats efter en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal krävs det att den sökande lider skada av en överträdelse av LOU för att domstolen ska besluta om ogiltigförklaring, 20 kap. 13 § 2 p. LOU. Det samma gäller när överträdelsen består i att den upphandlande myndigheten tecknat avtal i strid med en avtalsspärr eller ett interimistiskt beslut eller i strid med bestämmelserna om dynamiska inköpssystem.

Frågan om vad som skiljer en otillåtet utformad förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal jämfört med en "vanlig" otillåten direkttilldelning är svår att ge ett generellt svar på. Ju längre från föreskrifterna för den förnyade konkurrensutsättningen som ett visst avrop rör sig, eller om avtalet avser varor eller tjänster som på ett mer betydande sätt avviker från de som omfattas av ramavtalet, desto mer sannolikt är att det är fråga om en otillåten direkttilldelning.

Gränsdragningen mellan de två typerna av kontrakt kommer vi inte att beskriva mer ingående än så i detta sammanhang, men ur ett skadeperspektiv kan konstateras att frågan är högst relevant. Om det är fråga om att avtal har tecknats utan föregående annonsering (trots att annonseringsplikt förelegat), ska domstolen endast pröva just frågan om avtal har ingåtts utan iakttagande av annonseringsplikt. I ett sådant mål är det irrelevant om den sökande leverantören har lidit skada av att just det avtalet ingicks.⁹⁷

I ett mål vid Kammarrätten i Göteborg prövade kammarrätten bl.a. giltigheten av ett avtal om måleriarbeten. Måleriavtalet tillkom genom en förnyad konkurrensutsättning från ett ramavtal och avsåg "*målningsarbeten*".⁹⁸ Avtalet omfattade utöver målningsarbeten dessutom fönsterrenovering. När förvaltningsrätten avgjorde målet resonerade domstolen kring omfattningen av avtalet, och kom fram till att fönsterrenoveringen inte kunde inrymmas i begreppet "*målningsarbeten*" och att "*måleriavtalet*" därmed inte kunde anses ingå i ramavtalet för måleri utan föregående annonsering. Denna tolkning antyder att det inte är fråga om ogiltigförklaring av ett avtal som tillkommit efter en otillåtet genomförd förnyad konkurrensutsättning, utan istället

97 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 549--550-18.

98 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 687-18.

som en ren direkttilldelning. Trots detta prövade förvaltningsrätten om den sökande leverantören hade lidit skada av överträdelsen av LOU.

När kammarrätten prövade samma avtal inledde kammarrätten med skadebedömningen. Kammarrätten utgick således från att det var fråga om ett avtal som tecknats efter en förnyad konkurrensutsättning (eftersom något skaderekvisit inte finns för otillåtna direkttilldelningar). Kammarrättens avgörande i denna del är intressant av flera anledningar. Exempelvis fann kammarrätten att den sökande leverantören inte lidit någon skada (vilket vi återkommer till nedan) och att det därför inte fanns anledning att pröva frågan om omfattningen av måleriavtalet. Enligt vår mening är en förutsättning för skaderekvisitets tillämpning att rätten har klargjort frågan om klassificeringen av avtalet. Om en analys av avtalets omfattning leder till slutsatsen att de aktuella tjänsterna inte kan anses rymmas inom den förnyade konkurrensutsättningen, ska avtalet ses som en otillåten direkttilldelning, och då finns inget skaderekvisit att tillämpa.

I målet hade den upphandlande myndigheten hävt ett tidigare avtal med den sökande leverantören, med motiveringen att leverantörens underleverantörer inte hade fullgjort sina skyldigheter att betala skatt och socialförsäkringsavgifter. Den upphandlande myndigheten anförde att detta medförde en rätt för myndigheten att utesluta leverantören från kommande upphandlingar. Eftersom leverantören därför aldrig skulle komma ifråga för tilldelning av de aktuella avtalen kunde leverantören definitionsvis inte heller lida skada av eventuella överträdelser av LOU.

Kammarrätten konstaterade att den sökande leverantören gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Domstolen uttalade där efter att myndigheten haft fog för sin ståndpunkt att leverantören inte skulle antas i kommande upphandlingar och att leverantören därmed inte kan anses lida skada av att myndigheten ingick måleriavtalet. Avtalet skulle därmed inte ogiltigförklaras.

Avgörandet illustrerar vikten av att ur skadebedömningshänseende särskilja mellan olika typer av ogiltighetstalan. Vi kommer i det följande att var för sig behandla tre huvudtyper: otillåtna direkttilldelningar, väsentlig ändring och avtal i strid med avtalsspärr eller interimistiskt beslut.

Skada vid otillåtna direkttilldelningar

Trots att det, som vi redogjort för ovan, inte krävs någon skada för att ogiltigförklara ett avtal som ingåtts efter en otillåten direkttilldelning, uppkommer frågan om skada ändå i rättspraxis.

Kammarrätten i Göteborg prövade frågan om omständigheter som inte åberopats av den sökande leverantören kunde läggas till grund för ogiltigförklaring av ett avtal.⁹⁹ En upphandlande myndighet hade

99 Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6481-17.

genomfört en upphandling, men inget anbud kunde accepteras. Den upphandlande myndigheten övergick då till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förvaltningsrätten ansåg att den sökande leverantören inte borde ha fått delta i det nya förfarandet (eftersom anbudet inte hade uppfyllt de formella kraven i upphandlingen), och genom att myndigheten bjudit in även den sökande att lämna anbud var förutsättningarna för att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering inte uppfyllda.

Kammarrätten konstaterade att den omständigheten inte hade åberopats av den sökande leverantören, ändrade förvaltningsrättens dom och avslag ansökan. I samband med redogörelsen för vilka omständigheter som förvaltningsrätten borde ha beaktat – och än viktigare, vilka som inte borde beaktats – uttalade kammarrätten följande:

"Kammarrätten anser därför att förvaltningsrätten inte skulle ha prövat om ett ingripande varit motiverat på grund av den omständigheten som inte åberopats av [den sökande leverantören] och som för övrigt knappast hade kunnat medföra någon skada för bolaget."

Annorlunda uttryckt fann kammarrätten att den sökande leverantören inte kunde ha ansetts lida skada av att felaktigt bjudas in och lämna anbud. Även om det i och för sig förefaller rimligt, kan ändå konstateras att det inte finns något skaderekvisit för den här typen av ogiltighetsmål. Anledningen till att kammarrätten lade till meningen om leverantörens skada får anses oklar.

Skada då sökanden gör gällande väsentlig ändring (ogiltighet)

På motsvarande sätt finns det inte något skaderekvisit för ogiltigförklaring av väsentliga ändringar i kontrakt som i och för sig upphandlats enligt lagarna. Om ett kontrakt har varit föremål för sådana ändringar som anses vara väsentliga enligt 17 kap. 8-14 §§ LOU, utgör ändringen en otillåten direkttilldelning. Vid en talan om ogiltigförklaring av sådana ändringar i upphandlade avtal tillämpas 20 kap. 13 § 1 p. LOU, dvs. ogiltigförklaring utan skaderekvisit.¹⁰⁰

Skada vid tecknande av avtal i strid med avtalsspärr eller interimistiskt beslut

En särskild grund för ansökan om överprövning av avtals giltighet utgörs av möjligheten att ogiltigförklara ett avtal som tecknats i strid med gällande avtalsspärr eller interimistiskt beslut från domstol om att avtal tills vidare inte får tecknas, se 20 kap. 13 § andra stycket LOU.

För ogiltighet i sådana fall krävs det att den sökande leverantören visar att den upphandlande myndigheten dessutom gjort sig skyldig

¹⁰⁰ Se exempelvis Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 6695-15 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2751-17.

till någon annan överträdelse av bestämmelserna i LOU samt att den överträdelsen har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. I en överprövning av avtals giltighet, där avtal tecknats i strid med avtalsspärr, kommer processen således att bli densamma som om det vore en överprövning av den bakomliggande upphandlingen. Det som framgått ovan avseende skaderekvisitet vid överprövning av upphandling är därmed tillämpligt även på en talan om ogiltighet med stöd av 20 kap. 13 § andra stycket LOU.¹⁰¹

Sammanfattning och reflektion

Med tanke på det stora antal upphandlingsmål som avgörs varje år är det förvånande att det inte finns en mer stringent och sammanhållen praxis för hur skadebedömningar ska göras. Underrätternas skadebedömningar varierar på en skala från ingen bedömning alls, vilket fortsatt är förhållandevis vanligt, via en presumtion för skada vid vissa typer av överträdelser, till en tämligen strikt skadebedömning där den sökande leverantören har att visa att den skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för den påstådda överträdelsen.

Avsaknaden av en tydlig praxis för skadebedömningar medför att det är svårt att på förhand bedöma huruvida en viss ansökan om överprövning kommer att bifallas eller avslås. Ett skaderesonemang som hos en domstol leder till bifall kan mycket väl hos en annan domstol, eller till och med hos en annan domare i samma domstol, komma att avslås. Det behöver knappast påpekas att detta är en olycklig ordning.

I viss mån kan Högsta förvaltningsdomstolen hållas ansvarig för denna utveckling, eller snarare brist på utveckling. Det är lätt att få intrycket att Högsta förvaltningsdomstolen i sina prejudikat fokuserat på bedömningen av överträdelsen och behandlat skadebedömningen, som rätteligen borde ingå i alla överprövningsmål förutom vid rena direkttilldelningar, styvmoderligt. En bidragande orsak till detta kan också tänkas vara att Högsta förvaltningsdomstolen, åtminstone i överprövningsmål, ofta förefaller ha tillämpat principen "*less is more*" vid sin domskälsskrivning. I jämförelse med exempelvis Högsta domstolens avgöranden rörande skadestånd på upphandlingsområdet är det tydligt att Högsta förvaltningsdomstolen helt enkelt använder sig av färre ord och en mer avskalad formuleringsstil än vad Högsta domstolen gör.

Även om vi, efter vår genomgång av avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen och kammarrätterna, kan konstatera att det mest framträdande kännetecknet för domstolarnas behandling av skada är just bristen på likformighet kan vissa övergripande trender trots allt identifieras.

1. Även om det finns gott om framträdande undantag förefaller det som om skaderekvisitet tillämpas något mer strikt i de fall då den

¹⁰¹ Jfr exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2494-14.

sökande leverantören gör gällande att den vinnande leverantörens anbud ska förkastas, i vart fall i den bemärkelsen att man kräver en starkare koppling mellan överträdelsen och den sökande leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt. Möjligen är detta förhållande kopplat till att det då, typiskt sett, är fråga om en överträdelse som inte påverkar det konkurrensuppsökande skedet. Undantaget från detta är naturligtvis Högsta förvaltningsdomstolens svårklarade avgörande i HFD 2016 ref. 37.

2. Det finns en tydlig tendens, både hos Högsta förvaltningsdomstolen och hos kammarrätterna, att i samband med sin skadebedömning även ta hänsyn till en form av marknadsskada, dvs. frågan om överträdelsen även kan antas ha påverkat andra leverantörer än den leverantör som ansökt om överprövning. Domstolarna tar här en form av allmänna hänsyn där varje individuell överprövning inte bara syftar till att tillvarata den sökande leverantörens rätt, utan hela marknadens rätt till korrekt genomförda upphandlingsförfaranden. Även om detta inte går att utläsa av förarbetena är det kanske även denna typ av resonemang som ligger bakom att upphandlingar görs om snarare än rättas i vissa fall samt att en ansökan om överprövning av avtals giltighet vid otillåten direkttilldelning saknar skaderekvisit i svensk lagstiftning.
3. Även om det finns undantag tycks den absoluta huvudregeln vara att det knappt görs någon skadebedömning alls vid överprövningar av överträdelser i det konkurrensuppsökande skedet. I den mån skadebedömningar görs präglas de, sånär som på i den specifika situation som förelåg i HFD 2013 ref. 53, av ett så lågt beviskrav att det egentligen snarare är fråga om en ren återopsörda. Det räcker många gånger att den sökande leverantören påstår att en viss överträdelse påverkat dess möjligheter att lämna anbud, eller påverkat anbudets utformning, för att leverantören ska anses lida skada.
4. I vissa fall förs till och med en sorts cirkelresonemang där redan det förhållandet att en leverantör skulle gynnas av domstolens förordnande om att upphandlingen görs om, vilket naturligtvis är sant för alla leverantörer som förlorat en upphandling, är tillräckligt för att leverantören ska anses ha lidit skada. Denna typ av resonemang leder till att skaderekvisitet i princip förlorar betydelse i varje situation där rätten vid bifall ska förordna om att upphandlingen ska göras om.

Sammantaget ger praxis intrycket av att skaderekvisitet i princip saknar betydelse i huvuddelen av alla överprövningsmål och att överprövningsinstitutet mindre handlar om att tillvarata den enskilde leverantörens rätt och mer om att kontrollera huruvida den upphandlande myndigheten gjort fel, dvs. ett förhållningssätt som mer är inriktat mot den allmänna marknadsskadan. Som framgår i de följande avsnitten anser vi att detta förhållande över tid riskerar att underminera förtroendet för upphandlingsregelverket och försvåra möjligheterna för upphandlade myndigheter att genomföra upphandlingar på ett så ändamålsenligt sätt som möjligt.

3. Varför ser skadebedömningen ut som den gör?

Har förvaltningsprocessens allmänna karaktär kommit att påverka skadebedömningen i upphandlingsmålen?

Som vi redogjort för tidigare valde lagstiftaren vid LOU:s tillkomst att placera överprövningsmålen inom ramen för förvaltningsdomstolarnas behörighet. Samtidigt placerades de upphandlingsrättsliga skadeståndsmålen under allmän domstols behörighet.

Frågan är om uppdelningen har kommit att påverka de bedömningar som sker i överprövningsmålen. För att kunna utreda denna fråga krävs att förvaltningsprocessens funktion och karaktär behandlas. I författningskommentaren till förvaltningsprocesslagen (1971:291) (FPL), anges att förvaltningsprocessens funktion främst är att kontrollera myndigheternas beslutsfattande.¹⁰² Till stöd för detta hänvisas bl.a. till uttalanden från förarbetena till FPL där det framgår att processen syftar till att nå materiellt riktiga resultat och till att värna den enskildes rättsskydd samt att tillförsäkra den enskilde en god rättssäkerhet.¹⁰³ Detta kan uttryckas som att förvaltningsprocessen är kontrollerande i förhållande till myndighetsbeslut.¹⁰⁴

Förvaltningsprocessens karaktär kan således beskrivas som en strävan efter att domstolarna ska pröva om myndigheternas beslut är materiellt riktiga i förhållande till bakomliggande offentligrättslig lagstiftning. I denna prövning ingår dock inte nödvändigtvis en prövning av om den enskilde lidit skada av ett materiellt felaktigt beslut, även om detta i vissa fall kan förekomma som en del av domstolens prövning, t.ex. i fråga om rätten till olika former av bistånd.

Även om det i överprövningsmålen finns ett uttalat skaderekvisit och målen delar andra likheter med dispositiva tvistemål (jfr HFD 2009 ref. 69) går det inte att bortse från det faktum att överprövningsmål löpande handläggs vid sidan av andra typer av förvaltningsrättsliga mål som helt saknar denna karaktär. Risken för en "smittoeffekt", där förvaltningsprocessens allmänna inriktning mot att kontrollera, pröva och vid behov korrigera myndigheters beslut även gör sig gällande i överprövningsmålen, kan inte helt bortses ifrån.

¹⁰² Se von Essen, *Förvaltningsprocesslagen m.m.*, avsnittet *Förvaltningsprocessens funktion*, Zeteo, Zeteoversion 7.

¹⁰³ A.a.

¹⁰⁴ A.a.

Frågan är om skaderekvisitet skulle ha haft en mer framträdande roll i överprövningsmålen om lagstiftaren valt att placera även denna måltyp i allmän domstol. Som regel har de allmänna domstolarna en större erfarenhet av att pröva skadeinvändningar, och då särskilt i dispositiva tvistemålsprocesser. I mål om skadestånd är kravet på att visa sin skada en direkt avgörande faktor för att den sökande (käranden) ska kunna få rätt till ersättning från sin motpart.

En jämförelse kan göras med den praxis som utvecklats av Högsta domstolen om rätten att få skadestånd för upphandlingsrättsliga fel. Det kan noteras att de rekvisit som Högsta domstolen har att pröva inte skiljer sig nämnvärt från de som förvaltningsdomstolarna tillämpar, jfr 20 kap. 6 och 20 §§ LOU. I båda fallen ska domstolen besluta om ett ingripande (i det senare fallet i form av utdömande av skadestånd) om en upphandlande myndighet inte har följt bestämmelserna i LOU och detta har lett till att den sökande leverantören har lidit skada.

I ett av de första fall som Högsta domstolen hade att pröva avseende upphandlingsrättsligt skadestånd konstaterar domstolen att det, för att skada ska ha uppkommit, i princip krävs att leverantören förlorat kontraktet till följd av överträdelsen (se "Tvättsvamparna" NJA 2000 s. 712). Högsta domstolen gjorde med andra ord redan tidigt klart att det måste föreligga en koppling mellan skadan och den sökande leverantörens möjligheter att tilldelas det aktuella kontraktet.¹⁰⁵

I "Fidelis", NJA 2013 s. 762, uttalade Högsta domstolen bl.a. följande (p. 22):

"Om en överprövning leder till en rättelse av ett upphandlingsfel, avväris oftast den skada som annars skulle kunna uppstå, t.ex. att kontrakt tecknas med en anbudsgivare som rätteligen inte borde ha fått kontraktet. Att en domstol ska kunna ta ställning till ett påstått fel innan en faktisk skada har uppstått är en av avsikterna med överprövningsinstitutet."

Högsta domstolens tillämpning av skadebegreppet stämmer väl överens med skadeståndsrättens allmänna krav på adekvat kausalitet mellan den uppkomna skadan och skadeorsaken. Utan ett sådant samband kan skadestånd normalt sett inte utgå.¹⁰⁶

Högsta domstolen kom att utveckla sin syn på kravet på adekvat kausalitet mellan det påstådda felet och skadan särskilt i "Armémuseum", NJA 2016 s. 369.¹⁰⁷ Högsta domstolen uttalar där bl.a. följande (p. 24 och 28):

"Det står klart att om [Myndigheten] inte hade felaktigt förkastat

¹⁰⁵ Jfr i detta fall även med "Arkitekttjänst" NJA 1998 s. 873 "Ishavet" NJA 2007 s. 349.

¹⁰⁶ Se Herre, *Ersättningar i köprätten: särskilt om skadeståndsberäkningar*, Juristförlaget, 1996, tillgänglig via Zeteo, hämtad 2019-01-03, s. 321 f.

¹⁰⁷ Se även Se Högsta domstolens dom av den 27 december 2018 i mål T 1055-18, p. 34, där Högsta domstolen uttalar sig om kärandens skada.

[Sökandens] anbud, så skulle utvärderingen av de två anbuden ha visat att [Sökanden] hade erbjudit det lägsta priset. [Sökanden] skulle således ha tilldelats kontraktet och avtal skulle följaktligen ha tecknats med bolaget. Frågan är alltså om det finns ett direkt orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och [Myndighetens] beslut att avbryta upphandlingen. Ett sådant samband skulle innebära att [Myndigheten] genom tilldelningsbeslutet framkallat de förhållanden som enligt myndigheten motiverade beslutet att avbryta upphandlingen. Först om orsakssamband saknas behöver det prövas om [Myndigheten] vid beslutet att avbryta upphandlingen inte kan anses ha följt bestämmelserna i LOU.

(...)

Slutsatsen är att det finns ett adekvat orsakssamband mellan det felaktiga tilldelningsbeslutet och det förhållandet att [Sökanden] gick miste om avtalet. Frågan huruvida beslutet att avbryta upphandlingen utgjorde ytterligare en överträdelse av LOU saknar då betydelse och behöver därför inte prövas.”

Sammanfattningsvis kan det konstateras att Högsta domstolen löpande uttalat sig om vad som ska beaktas vid skadebedömningen i mål om upphandlingsskadestånd samt vad som i vissa fall inte ska anses utgöra en sådan skada. Genom sin vana av att pröva just frågor rörande adekvat kausalitet har domstolen tydliggjort vad som krävs för att skadestånd faktiskt ska kunna utgå i vissa särskilda situationer.

Det finns en tydlig skillnad mellan det strikta krav på adekvat kausalitet som upprätthålls av Högsta domstolen och de mer tillåtande skadebedömningar som i vissa fall sker i de allmänna förvaltningsdomstolarna. Det kan inte uteslutas att denna mer strikta skadebedömning även hade tillämpats i överprövningsmål om de hade hanterats av allmän domstol.

Vem ska rättsmedlen skydda?

Av rättsmedelsdirektivet artikel 1.3 framgår att rättsmedlen ska vara tillgängliga *”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”*¹⁰⁸. Att rättsmedlen generellt sett ska vara tillgängliga för en vid krets av leverantörer, dvs. kunna nyttjas av många enskilda leverantörer, innebär dock inte nödvändigtvis att rättsmedlen i det enskilda fallet ska skydda leverantörskollektivet i stort. Det syns inte minst i EU-domstolens förhållandevis strikta syn på kravet på att ha deltagit i en upphandling för att få inleda en process mot tilldelningen i den. De EU-rättsliga rättsmedlen har således ett tydligt fokus på den rättssökande leverantörens intresse.¹⁰⁹

¹⁰⁸ 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).

¹⁰⁹ Se ovan samt EU-domstolens avgörande i mål C-230/02 *Grossman Air Service*.

Enligt vår mening finns det i svensk rättspraxis en tendens att i skadebedömningen i överprövningsmål inte endast beakta om sökanden lider eller riskerar att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU. Istället tycks vissa domstolar beakta om överträdelsen medför skada för leverantörskollektivet i stort. Detta tar sig ibland uttryck i ett hypotetiskt test, i vilket domstolen ställer sig frågan om myndighetens överträdelse av LOU kan ha påverkat andra leverantörer, genom att försvåra eller omöjliggöra för dem att lämna anbud i upphandlingen. En överträdelse av bestämmelserna i LOU "kan anses ha skadat upphandlingens konkurrensuppsökande skede" (när frågan borde vara om överträdelsen kan anses ha skadat den sökande leverantören) samt att en myndighets åtgärder framstod som oproportionerliga eftersom "en eller flera leverantörer" inte gavs möjlighet att lämna ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt.¹¹⁰

Det finns visst stöd i EU-domstolens rättspraxis för att ta hänsyn till hur den upphandlande myndighetens agerande påverkar leverantörskollektivet i stort. I såväl *Presstext* som *Finn Frogne* utgjordes en del av domstolens bedömning av om de åtgärder som vidtagits medfört att ett annat anbud kunnat vinna upphandlingen eller andra anbudsgivare kunnat delta.¹¹¹ De uttalanden som EU-domstolen gjort i dessa mål rör dock inte frågan om skada för någon enskild leverantör i samband med utnyttjande av rättsmedlen, utan gjordes som ett led i bedömningen av om de upphandlande myndigheternas agerande utgjort en överträdelse av upphandlingsdirektiven, i form av otillåtna väsentliga ändringar av de upphandlade kontrakten. Detta är något annat än att i samband med skadebedömningen i ett överprövningsmål även beakta påverkan på leverantörskollektivet i stort.

EU-domstolens rättspraxis ger därför, enligt vår mening, inte stöd för att genomföra skadebedömningen i ett överprövningsmål som ett test av om den överträdelse av LOU som sökanden påtalat kunnat påverka andra, hypotetiska, leverantörers möjligheter eller intresse av att lämna anbud eller vinna framgång i upphandlingen. Istället bör skadebedömningen göras enbart utifrån en prövning av hur just sökanden påverkats av den upphandlande myndighetens överträdelse av LOU, dvs. om och i så fall i vilken utsträckning som överträdelsen försämrat sökandens möjligheter att tilldelas kontraktet i upphandlingen.

Domstolens val av påföljd och dess koppling till skada

Vid ett ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU, ska rätten förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis – åtminstone delar av den – framgår att en upphandling ska göras om i de fall

¹¹⁰ Se Kammarrätten i Stockholms domar i mål 2222-16 respektive 3560-14.

¹¹¹ EU-domstolens dom i mål C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur*, EU:C:2008:351, punkterna 34–37 och dom i mål C-549/14, *Finn Frogne*, EU:C:2016:634, punkterna 28–29.

överträdelsen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede.¹¹²

Även om detta i stort har varit en fungerande ordning är det svårt att skilja sig från tanken att rättens möjlighet att välja förordnande, och Högsta förvaltningsdomstolens uttalande om att upphandlingar som har fel i det konkurrensuppsökande skedet ska göras om, har påverkat skaderekvisitet eller åtminstone domstolarnas syn på vem överprövningsinstitutet avser att skydda.

I begreppet "det konkurrensuppsökande skedet" ligger ett, i vart fall indirekt, hänsynstagande till tredje man. Även om den sökande leverantören själv har deltagit i upphandlingen ställer sig domstolen frågan om en viss överträdelse är sådan att den kan ha påverkat uppsökandet av konkurrensen, dvs. huruvida andra leverantörer kan ha påverkats negativt av överträdelsen och därför avstått från att lämna anbud. Detta kan uppfattas som att rättens förordnande präglas av hänsyn till tredjemansintresset snarare än att endast begränsas till intresset hos den sökande leverantören.

Domstolen är vid sitt val av påföljd inte bunden av leverantörens yrkande om rättsföljd, utan kan förordna om att en upphandling ska göras om trots att rättelse yrkats. Detta gäller även om en rättelse i det enskilda fallet skulle ha varit tillräcklig för att tillvarata leverantörens intressen och undanröja dennes skada.¹¹³ Genom denna ordning förmås domstolen att i varje mål om överprövning ta ställning till vilken skada ett eventuellt fel kan ha för marknaden i stort istället för den kanske mer relevanta frågan om vilken skada den sökande leverantören kan anses ha lidit. Vår bedömning är att detta är en av förklaringarna till hur skaderekvisitet kommit att behandlas i svensk praxis.

Fastweb och cirkelresonemang

Vi har tidigare redogjort för EU-domstolens avgöranden i målen *Fastweb*, *PFE*, *Boku Wien* och *Archus*. Dessa domar innebär att en sökande leverantör vars anbud rätteligen förkastats inte kan anses lida skada av att andra anbudsgivares anbud godkänns. Ett undantag från denna huvudregel är om den sökande kan visa att samtliga övriga anbud också skulle ha förkastats och att upphandlingen därför inte kan avslutas genom att kontrakt tecknas utan måste göras om.¹¹⁴

Som vi emellertid också har beskrivit har denna rättspraxis av vissa kammarrätter tagits till intäkt för att en sökande leverantör *alltid* ska anses lida skada vid överträdelser hänförliga till det konkurrensupp-

112 RÅ 1999 ref. 12 samt RÅ 2008 not. 26.

113 Se Rå 2005 ref. 47 samt HFD 2013 ref. 5.

114 Se mål C-100/12, *Fastweb*, mål C-689/13, *PFE*, mål C-355/15, *Boku Wien* och mål C-131/16, *Archus*.

sökande skedet.¹¹⁵ Detta eftersom påföljden vid sådana överträdelse är att upphandlingen ska göras om, och den sökande leverantören då får en ny möjlighet att inkomma med anbud och potentiellt kan tilldelas kontrakt.

Enligt vår mening är detta en övertolkning av EU-domstolens praxis och en olämplig ordning. I de situationer som EU-domstolen prövat i ovan refererade avgöranden bedömde domstolen om en sökande leverantör lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada av att myndigheten felaktigt antagit leverantörer vars anbud inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav.

För en sådan bedömning bör man ställa sig frågan om leverantören hade hamnat i en bättre sits om myndigheten inte hade begått den aktuella överträdelsen. I de scenarier som EU-domstolen prövat är det lätt att inse att så är fallet. Vi tänker oss i figur 2 nedan att tre leverantörer, den sökande leverantören A samt de konkurrerande leverantörerna B och C, samtliga inkommer med anbud i en upphandling. Samtliga leverantörers anbud är ofullständiga och ska därför rätteligen förkastas. Om myndigheten hade agerat korrekt i upphandlingen hade den således, i samband med anbudsutvärderingen, förkastat samtliga anbud och gjort om upphandlingen. Om så hade skett hade A rätteligen, jämte B och C, fått *en andra chans* att inkomma med ett fullständigt anbud. I ett scenario där endast A har förkastats av den upphandlande myndigheten har A således lidit skada av att B och C inte också rätteligen förkastades.

FIGUR 2

TILLDELNINGSBESLUT			FAKTISKA OMSTÄNDIGHETER				
Anbud A	×	20 kr	→	Anbud A	×	20 kr	= SKADA
Anbud B	✓	40 kr		Anbud B	×	40 kr	
Anbud C	✓	60 kr		Anbud C	×	60 kr	

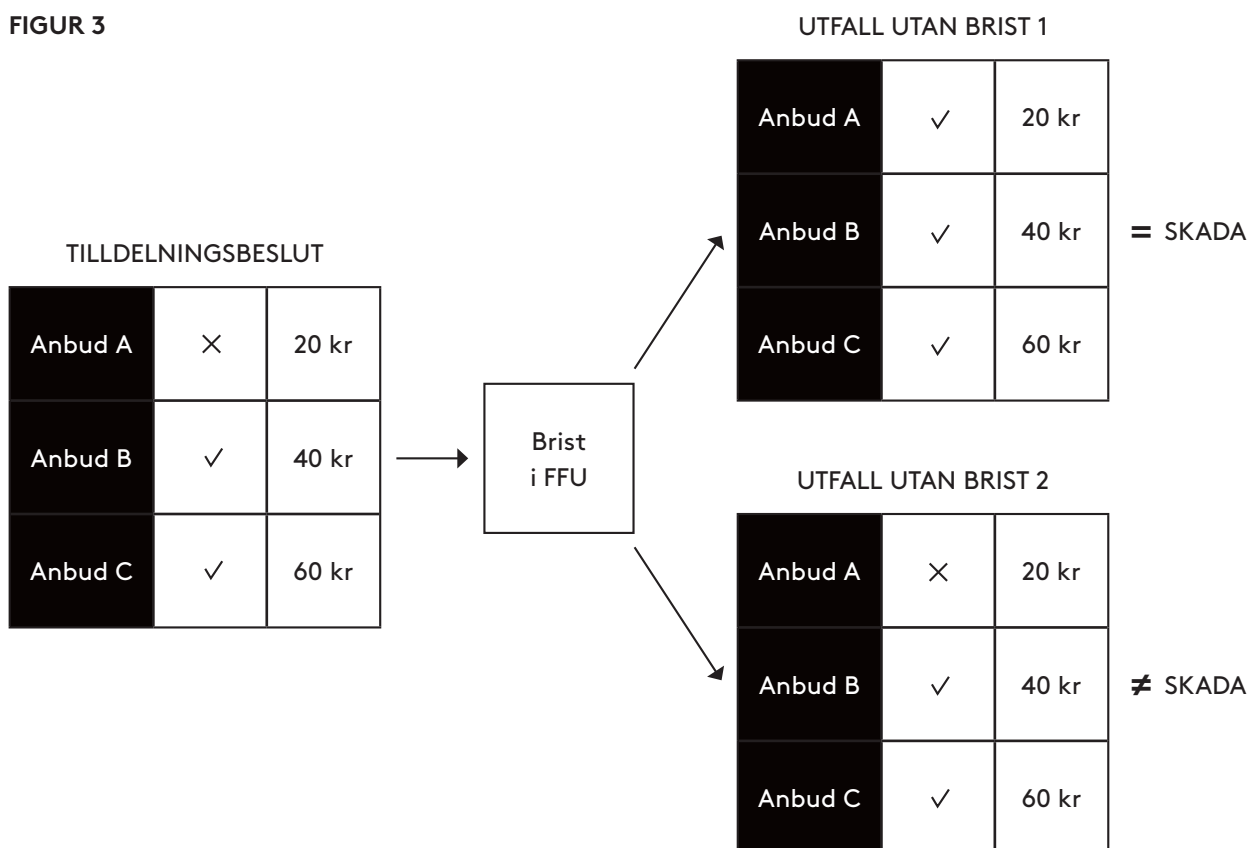
115 Se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2658--2667-13 samt i mål 2809-17 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4217-17.

Vi tänker oss nu istället en situation där A rätteligen har fått sitt anbud förkastat, men där detta inte gäller B och C:s anbud, vilka antagits. De faktiska omständigheterna enligt figur 2 ovan överensstämmer således med innehållet i den upphandlande myndighetens tilldelningsbeslut. A gör därför istället gällande en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet, exempelvis att det funnits otydligheter i upphandlingsdokumenten. I en sådan situation kan det visserligen göras gällande att A hamnar i en bättre situation om upphandlingen görs om. A får ju då en *andra chans* att inkomma med ett fullständigt anbud. Man kan dock inte av detta förhållande dra slutsatsen att A också lidit skada av myndighetens överträdelse.

Låt oss återigen föreställa oss hur det hade sett ut om myndigheten gjort rätt från början, dvs. om den påstådda bristen i förfrågningsunderlaget inte förelegat. I ett sådant scenario hade A fortfarande, så länge den påpekade otydligheten inte varit orsaken till att A:s anbud underkändes, fått sitt anbud förkastat. A hade således, i ett alternativt scenario där myndighetens överträdelse inte förelegat, inte hamnat i en bättre situation vad avser A:s möjlighet att tilldelas kontrakt.

Som illustreras i figur 3 är det enda scenario där en anbudsgivare som A kan lida skada av ett fel i det konkurrensuppsökande skedet ett scenario där denna brist medför att A inte längre ska förkastas, se utfall utan brist 1 nedan. I andra situationer saknar eventuella brister betydelse för A:s talan, se utfall utan brist 2 nedan.

FIGUR 3



Mot bakgrund av förvaltningsdomstolarnas kontrollerande funktion, som vi redogjort för ovan, är det kanske inte så konstigt att vissa kammarrätter gjort en övertolkning av EU-domstolens praxis som medgett ett förordnande om att upphandlingen ska göras om när ett fel i det konkurrensuppsökande skedet konstaterats. Den tolkning vi förordar innebär ju potentiellt att konstaterade överträdelser av upphandlingsdirektiven inte åtgärdas eller att en upphandling får ett annat utfall än vad den hade fått vid ett korrekt genomfört förfarande. Detta kan te sig främmande för hur en förvaltningsdomstol normalt ser på sin uppgift, vilket är att genomföra en kontroll av beslutsmyndighetens agerande. Vi kan emellertid konstatera att Kammarrätten i Göteborg i ett senare avgörande har tillämpat ett mer strikt skaderezonemang då en diskvalificerad leverantör gör gällande en överträdelse i det konkurrensuppsökande skedet.¹¹⁶ Kammarrätten tydliggjorde, till skillnad från tidigare avgöranden från samma kammarrätt, att det i sådana situationer krävs att leverantörens anbud skulle ha sett annorlunda ut om det inte vore för den aktuella överträdelsen.

Bevisbörda och skada

Som redan anmärkts är det svårt att urskilja en konsekvent linje i Högsta förvaltningsdomstolens praxis när det gäller dess bedömning av skaderekvisitet. Sammantaget kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen som regel har uttryckt sig mycket sparsamt i skadedelen och främst uppehållit sig vid frågorna om den upphandlande myndigheten har brutit mot upphandlingsreglerna. Det är därför knappast förvånande att resonemang om bevisbördans placering och krav på bevisningens styrka ofta lyser med sin frånvaro.

Det finns dock ett avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som står i viss kontrast till dess övriga bedömningar om tillämpningen av skaderekvisitet. I avgörandet HFD 2013 ref. 53 anges uttryckligen att den sökande leverantören ska visa att den har lidit, eller kan komma att lida, skada av den eller de brister som påtalats. Med andra ord placerade Högsta förvaltningsdomstolen i detta avgörande på ett tydligt sätt bevisbördan för att skaderekvisitet är uppfyllt på den sökande leverantören.

Som huvudregel gäller inom förvaltningsprocessen att enskilda parter har bevisbördan i mål där den enskilde söker utverka en förmån från det allmänna, medan det allmänna har bevisbördan i mål som rör ingripanden och andra betungande beslut av det allmänna gentemot enskilda.¹¹⁷ I mål om offentlig upphandling föreligger dock inte någon av dessa två typsituationer. Högsta förvaltningsdomstolen har i stället uttalat att upphandlingsmålen i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare.¹¹⁸

116 Se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2666-18.

117 Se t.ex. Ragnemalm, *Förvaltningsprocessrättens grunder*, 8 uppl, s. 107 f.

118 Se RÅ 2009 ref. 69.

Lagstiftaren har inte tagit generell ställning till bevisbördans placering i upphandlingsmålen. Det finns dock undantag från detta, således gäller enligt 13 kap. 2 och 3 §§ LOU att det är den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger skäl för uteslutning, exempelvis p.g.a. obetalda skatter eller allvarligt fel i yrkesutövningen. Bevisbördans placering i vissa situationer framgår också av rättspraxis. Således är det den som åberopar ett undantag från skyldigheten att annonsera en upphandling som har bevisbördan för detta.¹¹⁹ Det finns också en bedömning i lagens förarbeten att den upphandlande myndigheten bör ha bevisbördan för att det föreligger tvingande hänsyn till ett allmänintresse i mål om överprövning av ett avtals giltighet.¹²⁰

Om vare sig lagstiftning eller praxis ger något besked om bevisbördans placering i en viss given situation bör enligt vår uppfattning vägledning kunna sökas utifrån hur bevisfrågor behandlas i tvistemålsprocessen i allmän domstol.¹²¹ Ett antal olika bevisbördeteorier har utvecklats i praxis och doktrin, men vi väljer i detta sammanhang att endast mycket kort beröra två av dessa, som kan komma till användning i upphandlingsmål. Enligt de materiella bevisbördeteorierna fördelas bevisbördan på så sätt att lagens syfte ska få sitt största genomslag.¹²² När det gäller skaderekvisitet får syftet med bestämmelsen anses vara att rättsliga ingripanden vid fel i myndigheters upphandling endast ska kunna ske när felet har begränsat en leverantörs möjlighet att ingå kontrakt. Att då placera bevisbördan på den som uppger sig ha lidit skada kan bidra till att lagens syfte uppnås. Ett alternativt sätt att placera bevisbördan är utifrån den s.k. bevissäkringsprincipen. Den principen går ut på att den part som typiskt sett har bäst möjligheter och förutsättningar att säkra och lägga fram bevisning också har bevisbördan för det.¹²³ Även ur ett bevissäkringsperspektiv framstår det som rimligt att bevisbördan för skada inledningsvis ofta ska placeras hos den sökande leverantören. Det är nämligen som regel denne som får anses ha bäst förutsättningar att säkra eventuell bevisning och föra en argumentation angående de negativa effekter myndighetens överträdelse medfört för den parten.

Mot denna bakgrund är det enligt vår mening fullt logiskt och föga överraskande att det i HFD 2013 ref. 53 konstateras att bevisbördan vad gäller skaderekvisitets uppfyllelse ursprungligen ska åvila den sökande leverantören.

Det bör dock anmärkas att när en leverantör lagt fram tillräckliga bevis för att denne hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kon-

119 Se t.ex. EU-domstolens förenade mål C-20/01 och C-28/01, *Kommissionen mot Tyskland*, EU:C:2003:220 samt Högsta förvaltningsdomstolen RÅ 2005 ref. 10.

120 Se prop. 2009/10:180 s. 139. Något behov av att ange bevisbördans placering i lagen ansågs inte nödvändig.

121 Ett stöd för detta kan exempelvis hämtas från RÅ 2009 ref. 69, där det uttalas att upphandlingsmålen har en större likhet med tvistemålen i den allmänna processrätten än med de mål som vanligen förekommer i förvaltningsprocessen.

122 Se Ekelöf, Edelstam, Heuman, *Rättegång IV*, s. 96–102. Se även Nordh, *Bevisbörda och bevisskrav i tvistemål*, SvJT 2012 s. 781–799.

123 Se Heuman, *Bevisbörda och bevisskrav i tvistemål*, 2005, s. 166–181. Se även Ekelöf, Edelstam, Heuman; *Rättegång IV*, s. 105–136.

traktet, om det inte vore för myndighetens överträdelse, övergår bevisbördan (den "falska" eller "processuella" bevisbördan) på myndigheten. Det ankommer då på myndigheten att visa att leverantörens ställning inte försämrats. Detta kan ske på två sätt. Myndigheten kan exempelvis anföra motbevisning som visar att leverantörens påståenden är oriktiga. Myndigheten kan även anföra nya omständigheter, vilka inte nödvändigtvis motsäger vad leverantören anfört men som medför att leverantören trots detta inte har haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet. Exempel på sådana omständigheter är att det fanns en ytterligare anbudsgivare som skulle ha tilldelats kontrakt vid bifall till leverantörens talan eller att det förelåg skäl att förkasta leverantörens anbud.

Efter att ha fastställt skyldigheten för den sökande att visa sin skada övergick Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2013 ref. 53 till sin bedömning av omständigheterna i målet. Vad gällde frågan om det funnits förutsättningar för det aktuella förfarandet konstaterade domstolen att den sökande inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande medfört skada eller risk för skada. Vidare ansågs den sökande inte ha konkretiserat på vilket sätt de påstådda övriga bristerna medfört skada eller risk för skada. Det bör noteras att den sökande leverantören i HFD 2013 ref. 53 verkar ha argumenterat mycket kortfattat i skadedelen. Det kan visserligen inte uteslutas att leverantören fört ett mer ingående resonemang om sin skada, men detta framgår i så fall inte av domarna.

Man kan lägga märke till Högsta förvaltningsdomstolens formuleringar, dvs. att leverantören måste klargöra och konkretisera den skada som överträdelsen inneburit. Ordvalen kan föra tanken till leverantörens åberopsbörda lika väl som dennes bevisbörda, jfr RÅ 2009 ref. 69 där det anges att det som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på. Domens innehåll bör dock ses utifrån leverantörens knapphändiga argumentation i skadedelen. Det är därför naturligt att Högsta förvaltningsdomstolen i sitt resonemang inte går in på någon egentlig bevisvärdering.

När det gäller invändningen om att det inte fanns några förutsättningar för ett förhandlat förfarande bedömde således Högsta förvaltningsdomstolen att den sökande inte klargjort hur valet av förfarande medfört skada. Denna bedömning bör enligt vår mening ses i sammanhanget att ett förhandlat förfarande inte i sig är ägnat att gynna eller missgynna någon anbudsgivare. Så länge en upphandlande myndighet genomför förfarandet med iakttagande av de grundläggande principerna är det svårt att tänka sig på vilket sätt någon av anbudsgivarna skulle lida skada i LOU:s mening i större utsträckning jämfört med om upphandlingen genomfördes som ett förfarande utan förhandlingar.

Den sökande leverantören hade dock inte bara ifrågasatt själva valet av förfarande, utan även anfört att det fanns andra brister i upphandlingen. Främst gällde det utvärderingsmodellen, som beskrevs

ha brister i transparens och öppna för godtycke under utvärderingen. Genom detta ansåg sig den sökande inte ha fått möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud. I denna del ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att den sökande inte konkretiserat på vilket sätt de påstådda bristerna medfört skada. Kravet på konkretisering kan härledas till vilka krav som bör ställas på bevisningens styrka, efter det att bevisbördan placerats på leverantören. Domen ger enligt vår tolkning besked om att det inte är tillräckligt att i allmänna ordalag beskriva sin skada för att leverantören ska anses ha uppfyllt sin bevisbörda. Exakt var gränsen går för att skadan ska anses vara visad i ett visst fall är naturligtvis omöjligt att säga på förhand. Rent övergripande torde dock krävas en tydlig beskrivning av hur anbudet skulle ha utformats om det inte vore för myndighetens överträdelse och på vilket sätt anbudet i så fall hade blivit mer konkurrenskraftigt.

Vid bedömningen av vilken nivå på bevisning som ska uppnås måste det även beaktas att leverantören ofta inte har tillgång till ett fullständigt underlag, utan normalt endast har tillgång till uppgifter om det egna anbudet och sådana uppgifter som kommunicerats i samband med tilldelningsbeslutet. Det kan därför inte krävas att leverantören ska visa exakt hur denne förhåller sig till övriga anbud i upphandlingen. Istället får det många gånger anses tillräckligt att leverantören visar att denne har haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt givet de omständigheter som denne tagit del av.

Det bör anmärkas att Högsta förvaltningsdomstolen i senare avgöranden inte förefaller ha varit särskilt trogen den i HFD 2013 ref. 53 fastslagna principen om att den sökande leverantören måste klargöra och konkretisera de omständigheter som medfört skada. Snarare synes man ha återfallit i gamla hjulspår, dvs. behandlat frågan om skaderekvisitets uppfyllelse och bevisfrågorna kring detta på ett tämligen styvmoderligt sätt.¹²⁴ Vi ser det som önskvärt att Högsta förvaltningsdomstolen i kommande avgöranden utvecklar sin praxis och ger tydligare vägledning om vilken typ av skada det ska vara fråga om samt vilka krav på bevisningens styrka som ska gälla.

Upphandlande myndighets skadeinvändningar under processen

En särskild situation är när den upphandlande myndigheten, i samband med en överprövning, åberopar brister hos den sökande leverantören som enligt myndigheten innebär att leverantören inte lider skada. Det rör sig om brister hos leverantören som myndigheten inte tidigare gett uttryck för, utan som åberopas först i domstol som ett led i argumentationen om huruvida skaderekvisitet är uppfyllt. Ett exempel på en sådan situation är Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1641-15. Vid en upphandling av elleveranser godkändes två av de inkomna anbuden. Myndigheten beslutade att tilldela kontrakt till

¹²⁴ Se HFD 2015 ref. 63 och HFD 2016 ref. 37 II.

en av leverantörerna. Den förlorande leverantören ansökte om överprövning och yrkade att det vinnande anbudet skulle förkastas, då det inte uppfyllde ett ska-krav om att bifoga årsredovisning. Myndigheten invände då att den sökande inte kunde anses lida skada eftersom det vid en förnyad granskning av sökandens anbud visat sig att det innehöll brister avseende ställda krav. Kammarrätten fann att det vinnande anbudet skulle ha förkastats. Därefter uppstod frågan om rätten kunde beakta den skadeinvändning som myndigheten gjort under överprövningsprocessen, trots att myndigheten tidigare vid anbudsutvärderingen godkänt den sökande.

Kammarrätten konstaterade inledningsvis att en upphandlande myndighet inte anses bunden av de bedömningar som gjorts inför ett tilldelningsbeslut. Kammarrätten utvecklade därefter sitt resonemang:

"Ända till dess ett kontrakt ingåtts kan myndigheten fatta ett nytt tilldelningsbeslut (jfr Kammarrättens i Jönköping beslut i mål 21--38-11 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål nr 4675-13 och 5880-13). Det bör därför inte finnas något hinder för myndigheten att i överprövningsprocessen ändra uppfattning i frågan om ett anbud uppfyller ställda krav."

Efter att ha hänvisat till HFD 2013 ref. 24 samt HFD 2013 ref. 5 och vad som där anges angående prövningsramen i överprövningsmål fortsatte kammarrätten:

"Såväl en vinnande leverantörs som den upphandlande myndighetens invändningar ska således beaktas i den del som de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan. För att så ska vara fallet ska invändningarna enligt kammarrättens bedömning avse de sakförhållanden som överprövande leverantörs talan rör. [...] Landstingets invändningar mot [det sökande bolagets] anbud avser inte kravet på årsredovisning utan andra krav i förfrågningsunderlaget. Det landstinget anfört kan därför inte beaktas i detta mål."

Kammarrätten bortsåg således från myndighetens invändning om att den sökande leverantören inte uppfyllde skaderekvisitet på grund av dess egna brister i anbudet. Skälet var att prövningsramen i målet ansågs begränsad till frågor som hade en direkt anknytning till den överprövande leverantörens talan, dvs. kravet på årsredovisning. Utifrån det perspektiv som anlagts i denna rapport kan man dock ställa sig frågan om inte kammarrätten bestämt prövningsramens omfång alltför snävt i det ovan återgivna målet. När en leverantör ansökt om överprövning och rätten finner att myndigheten brutit mot upphandlingsreglerna är nästa led ofrånkomligen att pröva om skaderekvisitet är uppfyllt innan rätten kan besluta om ett eventuellt ingripande i upphandlingen. Om konsekvensen av myndighetens invändning är att den sökande leverantören inte klarat kraven i upphandlingen och därför inte kan tilldelas kontrakt råder inte någon adekvat kausalitet mellan myndighetens överträdelse och leverantörens skada, dvs. leverantörens förlorade möjlighet att få ingå avtal med myndigheten. Det kan därför argumenteras för att en (ny) invändning gällande den

sökande leverantörens skada är av sådan art att den direkt bemöter den sökandes talan och har sådan relevans för utgången i målet att den ska beaktas. Det finns även uppenbara processekonomiska skäl som talar för att invändningar mot den sökande leverantörens anbud som framkommer under överprövningsprocessen ska tas upp inom ramen för det pågående målet. Om myndighetens invändningar mot den sökande leverantören inte beaktas under processen, utan domstolen förordnar om rättelse, är myndigheten hänvisad till att i det följande tilldelningsbeslutet förkasta den sökande leverantörens anbud. Det kan då förväntas att leverantören anhängiggör en ny process avseende detta beslut. Om myndigheten trots bristerna väljer att inte förkasta leverantörens anbud vid den förnyade utvärderingen kan det inte uteslutas att någon annan leverantör ansöker om överprövning av tilldelningsbeslutet. Det finns således uppenbara effektivitetsfördelar om samtliga tvistefrågor som kan tänkas uppkomma under ett upphandlingsförfarande kan tas om hand inom ramen för en och samma process.

Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande HFD 2013 ref. 24, vilket kammarrätten återgav i sin dom, prövat "yrkanden" som framställt av en leverantör som beretts tillfälle att träda in i målet med stöd av HFD 2011 ref. 29, s.k. tredjemansinträde. Den leverantören, som alltså ursprungligen tilldelats kontrakt i upphandlingen, hade dock inte riktat några invändningar mot den sökande leverantören och dennes eventuella skada. Utöver att bemöta påståendena om brister i det egna anbudet hade tredjemansleverantören framställt två andra yrkanden som avsåg att säkerställa att myndigheten inte omedelbart kunde fatta ett nytt tilldelningsbeslut när rätten skilt sig från målet. Yrkandena var av en art som sällan förekommer i överprövningsprocesser och kan beskrivas som något aparta. Högsta förvaltningsdomstolen fann att dessa två andra yrkanden inte kunde ses som en del av argumentationen mot uppgifterna i ansökan utan att de rörde självständiga frågor som förvaltningsrätten inte kunde pröva i målet och att de därför skulle avvisas. Enligt vår mening kan det vara en övertolkning att utifrån HFD 2013 ref. 24 dra slutsatsen att det inte är möjligt att inom ramen för en överprövningsprocess rikta (nya) invändningar mot den sökande leverantören i skadedelen. Sådana invändningar utgör en argumentation för varför den sökandes talan ska avslås och det kan därför te sig ändamålsenligt att de ingår i rättens prövningsram.

Ett annat skäl som kan framföras mot att rätten beaktar invändningar under överprövningsprocessen mot den sökande leverantörens anbud är förbudet mot reformatio in pejus. Om en upphandlande myndighet, som under anbudsutvärderingen godkänt leverantörens anbud, därefter i samband med överprövningen hävdar att anbudet borde ha förkastats kan det tänkas att leverantören har hamnat i ett sämre läge på grund av sin ansökan om överprövning. Frågan är dock om den sökande leverantören försätts i ett sämre läge endast av det skälet att den upphandlande myndigheten vid en förnyad granskning av anbudet identifierar brister som inte tidigare noterats. En leverantör som rangordnats på andra plats i en upphandling där endast en anbudsgivare

ska antas befinner sig i en situation där leverantören inte tilldelats något kontrakt. Leverantörens anbud har visserligen godkänts vid anbudsutvärderingen men en, under överprövningsprocessen, framlagd invändning om att leverantörens anbud egentligen skulle ha förkastats kan i normalfallet inte sägas försämra leverantörens ställning.

Detta gäller särskilt vid s.k. begränsad kontroll, där myndigheten endast kontrollerat om den vinnande leverantören har uppfyllt alla krav i upphandlingen. Även om myndighetens invändning kan påverka leverantörens möjligheter till framgång i processen, har leverantören utgångsläge så som det var när den ansökte om överprövning inte förändrats.

Det går dock att tänka sig situationer när denna typ av invändningar från myndigheten under processen försätter leverantören i en sämre situation. Låt oss anta att leverantören efter anbudsutvärderingen placerats som nummer två i rangordningen i en ramavtalsupphandling där fyra leverantörer ska tilldelas ramavtal. Vi tänker oss att leverantören sedan ansöker om överprövning och yrkar att den ska rangordnas på första plats. Om myndigheten då framställer invändningen att leverantörens anbud egentligen skulle ha förkastats och lyckas övertyga rätten om detta, blir konsekvensen i en förlängning att leverantören inte ska tilldelas ramavtal överhuvudtaget. Leverantören kan då, på grund av att rätten prövat myndighetens invändning i skadedelen, anses ha försatts i en sämre situation än den som leverantören befann sig i när den ansökte om överprövning. En annan situation där det kan anses att den sökande leverantören försätts i ett sämre läge är om myndigheten under processen invänder att leverantören inte lidit skada eftersom den rätteligen borde ha uteslutits. Sådana omständigheter hos leverantören som utgör grund för uteslutning är nämligen av den karaktären att leverantören även kan förhindras att delta i framtida upphandlingar som görs av myndigheten i fråga, eller av andra upphandlande myndigheter. Även i en sådan situation kan myndighetens invändning under processen sägas ha försatt leverantören i ett sämre läge.

Som en summering av frågan huruvida invändningar mot leverantören under processen kan vara i strid med förbudet mot reformatio in pejus anser vi att det vid sedvanliga förkastandegrunder kan ifrågasättas om den sökande leverantören försätts i ett sämre läge på grund av myndighetens invändningar. Bedömningen kan dock vara en annan under vissa särskilda omständigheter, t.ex. om myndighetens invändning avser en grund för uteslutning eller påverkar leverantören negativt i en upphandling av ramavtal med flera leverantörer och med rangordning eller annan fördelningsnyckel för avrop.

En närliggande situation är när en leverantörs anbud har förkastats under utvärderingen, exempelvis på grund av att ett visst ska-krav inte uppfyllts. Leverantören ansöker om överprövning, och myndigheten invänder under processen att leverantörens anbud innehållit ytterligare brister i kravuppfyllelse, vilka inte tidigare uppmärksammats. Ett exempel på detta är Kamrarrätten i Göteborgs dom i mål

nr 2565-18. En leverantörs anbud hade förkastats då ett krav avseende kvalitets- och miljöledningssystem inte ansågs uppfyllt. Leverantören ansökte om överprövning och förvaltningsrätten biföll leverantörens talan genom att förordna om rättelse. Den upphandlade myndigheten överklagade till kammarrätten och åberopade i samband med det även nya brister i leverantörens anbud, vilka utgjorde skäl för förkastande. Kammarrätten avvisade inte dessa nya invändningar, men återförvisade målet till förvaltningsrätten för att de skulle kunna prövas i första instans. Vi anser att detta är en rimlig ordning eftersom invändningar av denna typ vare sig kan anses falla utanför prövningsramen i målet eller försätta den sökande leverantören i ett sämre läge jämfört med situationen innan han ansökte om överprövning.

4. Förslag till en ny bedömning

Inledning

Enligt vår mening är det önskvärt att domstolarna tillämpar en skadebedömning som är mer lik den skadebedömning som tillämpats av EU-domstolen och som också används i mål om upphandlingsskadestånd. En sådan bedömning präglas av följande moment.

1. Den sökande leverantören ska ha ett intresse av att tilldelas kontrakt i den upphandling som är föremål för prövning.
2. En leverantör som inte inkommit med ett anbud i en annonserad upphandling anses inte kunna lida skada av överträdelse under förfarandet om inte den aktuella överträdelsen är skälet till att leverantören avstått från att lämna anbud.
3. Om det inte vore för myndighetens överträdelse skulle leverantören ha tilldelats kontrakt, eller i de fall det inte kan fastslås vilken leverantör som då skulle ha tilldelats kontrakt, i vart fall haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet.
4. Det ankommer på leverantören att visa att förutsättningar enligt ovanstående punkter 1–3 föreligger.
5. Några andra intressen än den sökande leverantörens intresse av att tilldelas kontrakt i upphandlingen ska inte beaktas vid skadebedömningen.

Användning av föreslagen metod i vissa typsituationer

INLEDNING

I avsnitt 2 grupperade vi avgöranden från kammarrätterna utifrån vissa typsituationer. Vi kommer nedan att återbesöka vissa av dessa typsituationer för att utröna hur de skulle bedömas för det fall ett sådant striktare skaderekvisit som vi skisserat ovan skulle ha tillämpats.

LEVERANTÖREN HAR FÅTT SITT ANBUD FÖRKASTAT OCH VILL FÅ DET UTVÄRDERAT

För denna typ av talan kan konstateras att en leverantör som felaktigt fått sitt anbud förkastat i princip måste visa att den hade tilldelats

kontrakt, eller åtminstone visa att den hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontrakt, om anbudet tagits upp till utvärdering.

Detta innebär bl.a. att en leverantör endast bör kunna nå framgång med sin talan om anbudet, vid en utvärdering, potentiellt kunnat vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det får således inte finnas andra kvalificerade leverantörer i upphandlingen som lämnat mer ekonomiskt fördelaktiga anbud utifrån de utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten ställt upp.

Vidare innebär detta att det, förutom den grund på vilken leverantören fått sitt anbud förkastat, inte får finnas ytterligare grunder enligt vilka leverantören rätteligen skulle ha fått sitt anbud förkastat. Som vi behandlat ovan bör det normalt stå en upphandlande myndighet fritt att åberopa sådana ytterligare grunder för förkastande inom ramen för överprövningsprocessen. Om domstolen finner att dessa förkastandegrunder innebär att leverantörens anbud rätteligen borde förkastas, så bör detta föranleda att leverantören inte anses lida skada.

I de fall det är osäkert om leverantören skulle ha tilldelats kontrakt eller inte, exempelvis om det rör sig om ett tvåstegsförfarande där den aktuella leverantörens anbud förkastats innan det blivit föremål för utvärdering eller om en relativ utvärderingsmodell använts, kan domstolen naturligtvis inte ställa samma höga krav på att leverantören ska visa att den skulle ha tilldelats kontrakt. I en sådan situation förefaller det istället lämpligt att presumera att leverantören har haft lika goda möjligheter som övriga leverantörer att tilldelas kontrakt och att leverantören därför ska anses riskera lida skada av det felaktiga förkastandet. En sådan presumtion kan emellertid kullkastas om den upphandlande myndigheten inom ramen för processen kan visa, exempelvis genom att genomföra en hypotetisk utvärdering av leverantörens anbud, att leverantören inte hade kunnat tilldelas kontrakt. Bevisbördan för denna typ av invändning bör ligga på myndigheten och beviskravet vara så högt att det i princip krävs att myndigheten visar att det vid en objektiv bedömning av leverantörens anbud i förhållande till övriga anbud hade varit uteslutet för myndigheten att tilldela leverantören kontrakt. Det handlar med andra ord om att myndigheten kan visa att leverantören vid en utvärdering inte hade haft en realistisk möjlighet att tilldelas kontraktet.

Som diskuterats ovan följer det av kravet på orsakssamband att leverantören också måste kunna visa att ett undanröjande av den överträdelse som leverantören gör gällande skulle ha medfört att leverantörens anbud tagits upp till utvärdering. Detta gäller, enligt vår mening, oavsett vilken typ av överträdelse det är fråga om och oavsett hur bevisbördan är placerad avseende den relevanta överträdelsen. I detta avseende kan särskilt framhållas att vi således instämmer i den skiljaktiga mening som framfördes i det ovan refererade målet från Kammarrätten i Göteborg, där det var fråga om jäv i en upphandling.¹²⁵ Som framhållits i den skiljaktiga meningen krävs det, även i rena

125 Kammarrätten i Göteborg dom i mål nr 4079-18.

jävssituationer, att den sökande kan koppla ihop den skada som den anser sig ha lidit, att dess anbud förkastats, med den överträdelse som sökanden gör gällande, i det fallet att det förekommit en jävssituation mellan den vinnande anbudsgivaren och den tjänsteman som utformat förfrågningsunderlaget.

SKADA NÄR LEVERANTÖREN ANSER ATT ANDRA ANBUD SKA FÖRKASTAS

För en sökande leverantörs invändning att ett annat anbud ska förkastas krävs i princip att den sökande leverantören skulle ha tilldelats kontrakt om det ifrågasatta anbudet hade förkastats.

I situationer då det inte kan fastställas hur det är med den saken, exempelvis vid s.k. begränsad kontroll där myndigheten endast har prövat den eller de anbudsgivare som inkommit med det lägsta anbudspriset mot kvalificeringskraven, räcker det att domstolen kan konstatera att den sökande leverantören skulle ha haft en realistisk möjlighet att tilldelats kontrakt om det ifrågasatta anbudet hade förkastats. Myndigheten bör dock kunna invända mot detta, t.ex. genom att visa att det finns en annan kvalificerad anbudsgivare som skulle ha tilldelats kontrakt om en ny utvärdering hade gjorts, utan beaktande av den vinnande leverantörens anbud.

En annan invändning som myndigheten kan göra är att den sökande leverantörens anbud innehåller sådana brister att dess anbud rätteligen skulle ha förkastats. Vid begränsad kontroll, där det inte har fastställts huruvida övriga anbudsgivare är kvalificerade, bör myndigheten i så fall kunna visa att det fanns åtminstone någon ytterligare anbudsgivare som hade kunnat kvalificeras och således tilldelas kontrakt vid en ny utvärdering. I annat fall kan den sökande leverantören göra gällande att det inte kan uteslutas att samtliga anbud skulle ha förkastats vid en fullständig utvärdering av anbuden och att upphandlingen därför rätteligen skulle ha gjorts om.

SKADA OM DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN ANSETTS BRYTA MOT PRINCIPERNA OM ÖPPENHET (TRANSPARENS) ELLER PROPORTIONALITET

För invändningar om att upphandlingsdokumenten har varit otydligt utformade är vår inställning att det åligger den sökande leverantören att visa att otydligheten *de facto* har minskat leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt.

Det räcker således inte med ett påstående om att leverantörens anbud skulle ha kunnat se annorlunda ut om underlaget hade varit tydligare. Leverantören måste också beskriva hur anbudet hade utformats om bristerna i upphandlingen inte förelegat och visa att en sådan utformning hade kunnat leda till att leverantören hade tilldelats kontrakt i upphandlingen. Det måste således finnas ett tydligt

orsakssamband mellan den påstådda otydligheten och att leverantören inte tilldelades kontrakt i upphandlingen.

På samma sätt förhåller det sig med överträdelser av principen om proportionalitet. Som huvudregel innebär detta att det endast är leverantörer som inte uppfyller ett oproportionerligt krav som kan nå framgång med en talan om att kravet är oproportionerligt. Om en leverantör som uppfyller ett oproportionerligt krav ska kunna nå framgång med en invändning måste leverantören i princip kunna visa att kravet har haft särskilt negativa konsekvenser för just den leverantören och således även påverkat utfallet i utvärderingen av anbudet till leverantörens nackdel. Leverantören bör i detta avseende beskriva hur dess anbud hade sett ut om det inte vore för kravet och varför detta medfört att leverantören särskilt hade gynnats i förhållande till andra leverantörer på ett sådant sätt att den hade tilldelats kontrakt.

Det är fullt tänkbart att en leverantör visserligen har missgynnats i jämförelse med andra anbudsgivare av ett oproportionerligt krav men att effekten av detta inte har varit tillräckligt stor för att leverantören ska anses ha lidit skada. Så kan exempelvis vara fallet om prisskillnaden mellan den vinnande leverantören och den sökande leverantören uppgått till 100 kr men det oproportionerliga kravet endast inneburit en komparativ kostnadsnackdel för den sökande leverantören om 50 kr. I en sådan situation kan konstateras att leverantören visserligen missgynnats men inte i sådan grad att det påverkat leverantörens möjlighet att tilldelas kontrakt. Det bör åligga leverantören att visa att den fördring som ett krav inneburit är tillräcklig för att ändra utfallet i utvärderingen till dennes fördel.

SKADEBEDÖMNINGEN NÄR DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETEN TILLÄMPAT FEL FÖRFARANDE

I normalfallet kan en leverantör som deltagit i ett visst förfarande inte lida skada enbart på grund av att myndigheten inte hade rätt att tillämpa det ifrågavarande förfarandet. Istället krävs, precis som för oproportionerliga krav, att leverantören kan visa att det valda förfarandet har gett leverantören en särskild nackdel som medfört att leverantören inte kunnat tilldelas kontrakt. I normalfallet torde detta vara mycket svårt att visa.

En annan sak är att en upphandlande myndighet inom ramen för ett förfarande kan begå andra överträdelser, t.ex. genom att behandla leverantörerna på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen. Om leverantören kan visa att den skulle ha tilldelats kontrakt om det inte vore för denna överträdelse kan leverantören naturligtvis nå framgång med en sådan talan, alldeles oavsett om myndigheten har haft rätt att använda det aktuella förfarandet eller inte.

SKADEBEDÖMNINGEN VID ÖVERTRÄDELSER AV DIVERSE FORMALIABESTÄMMELSER

Vad avser andra överträdelser, såsom exempelvis överträdelser av bestämmelserna om åberopande av andras kapacitet, sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier, hänvisning till varumärken, rättelse och komplettering av anbud, etc. är det samma principer som bör gälla. Leverantören ska visa att den hade tilldelats kontraktet om det inte vore för den aktuella överträdelsen. För det fall sakomständigheterna är sådana att det inte är fastställt huruvida leverantören hade tilldelats kontrakt om det inte vore för överträdelsen åligger det leverantören att visa att dennes möjligheter att tilldelas kontrakt åtminstone hade förbättrats och att den därför kan anses ha haft en realistisk möjlighet att tilldelats kontrakt.

5. Avslutande kommentarer

Vi har ovan visat att svenska domstolar inte sällan presumerar skada eller helt bortser från skaderekvisitet vid överprövning av upphandling. Detta innebär visserligen att fler överträdelse av upphandlingsdirektiven beivras men innebär samtidigt att rättsmedelsdirektivens fokus på den rättssökande leverantörens intressen sätts ur spel.

Vår bedömning är att en starkt bidragande orsak till den skepsis som ibland uttrycks vad avser antalet överprövningar och upphandlingslagarnas komplexitet är just att överprövningsinstitutet förlorat fokus på den sökande leverantörens skada. Detta sker i huvudsak på två sätt.

För det första ges leverantörer möjlighet att klaga på alla överträdelser av LOU i en upphandling, alldeles oavsett vad dessa överträdelser har haft för betydelse för den faktiska kontraktstilldelningen. Detta gör att en leverantör som exempelvis har inkommit med ett för dyrt anbud efter tilldelningen kan processa sig till en ny chans till anbuds-givning genom att göra gällande att myndigheten valt fel förfarande, använt för lång ramavtalstid eller dylikt, dvs. överträdelser som det får antas att leverantören inte hade invänt mot om den tilldelats kontraktet. Denna form av talan kan lätt ge intryck av att leverantören processar för processandets skull och underminera förtroendet för överprövningsinstitutet som sådant. Att en leverantör som faktiskt har lidit skada av en överträdelse, och kan visa detta, har möjlighet att få rättelse i domstol torde vara okontroversiellt. En striktare skadebedömning leder således till att den sökande leverantörens berättigade intresse av rättsmedel tydliggörs och förhoppningsvis även till ett ökat förtroende för överprövningsinstitutet.

För det andra medför den nuvarande ordningen att upphandlande myndigheter behöver oroa sig för alla potentiella fel i ett upphandlingsförfarande snarare än att fokusera på sådana fel som faktiskt kan leda till skada för berörda leverantörer. Detta gör, enligt vår erfarenhet, att myndigheter kan vara benägna att hålla sig till etablerade och "överprövningssäkrade" mallar för hur en upphandling ska göras och att man avstår från nytänkande eller innovativa lösningar som i och för sig kan vara affärsmässigt önskvärda. Detta eftersom varje materiellt fel i en upphandling, oavsett storlek eller om det medför, eller ens skulle kunna medföra, skada för någon leverantör, potentiellt kan leda till att förfarandet måste göras om.

I SOU 2018:44 läggs flera förslag fram som syftar till att antalet överprövningsmål ska minska.¹²⁶ Bland annat föreslås att det ska införas en ansökningsavgift samt att ett processkostnadsansvar ska gälla där den förlorande parten ersätter motpartens kostnader i målet. Vår bedömning är dock att målet att minska de negativa effekterna av

¹²⁶ SOU 2018:44, *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.*

överprövningsinstitutet bättre kan uppnås genom en mer strikt, och enligt vår mening mer korrekt, tillämpning av skaderekvisitet. Vad vi föreslår ovan har dessutom fördelen att man kan undvika ytterligare en omfattande lagändring på ett rättsområde som under de senaste åren redan har varit föremål för ett stort antal reformer.

Avslutningsvis bör framhållas att det även har ett stort värde i sig att berörda parter redan innan en process inleds är förvissade om att skaderekvisitet tillämpas på ett konsekvent och förutsebart sätt i förvaltningsdomstolarna. Detta förutsätter dock en enhetligt tillämpad metod för skadebedömningar i överprövningsmål.

Om Advokatfirman Kahn Pedersen

Kahn Pedersen är en advokatbyrå helt inriktad på specialiserad affärsjuridik. Vi åtar oss uppdrag enbart inom våra två verksamhetsområden Digital och Public. Se www.kahnpedersen.se för mera information om vår verksamhet.

Författarna till denna rapport är:

Kristian Pedersen, advokat, partner.

Erik Olsson, advokat, partner.

Magnus Ehn, senior specialist.

Olle Lindberg, associate.

Viktor Robertson, associate.

www.kahnpedersen.se

ISBN 978-91-983215-6-2